

# Contratto e impresa

Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale

Rivista fondata da Francesco Galgano

- **Liquidazione equitativa del danno**
- ***Compensatio lucri cum damno***
- **Contratto**  
la dematerializzazione della contrattazione;  
recesso dal contratto a distanza
- **Società**  
patto di co-vendita nelle società;  
il concordato di gruppo;  
società per azioni e chiamato all'eredità;  
estinzioni delle società di capitali e diritti dei creditori
- **Diritto e nuove tecnologie**
- **Diritto alla salute e stili di vita**

[www.edicolaprofessionale.com/CI](http://www.edicolaprofessionale.com/CI)



Wolters Kluwer  
Italia

CEDAM

**La dematerializzazione della contrattazione:  
il contratto virtuale con i consumatori alla luce della recente novella  
al codice del consumo di cui al d. lgs. 21 febbraio 2014, n. 21 \***

SOMMARIO: 1. La dematerializzazione del luogo della contrattazione: lo spazio virtuale di *Internet*. – 2. La dematerializzazione dell'oggetto della contrattazione: nuovi beni immateriali e nuovi consumi. – 3. La dematerializzazione delle forme della contrattazione: le forme informatiche-telematiche. – 4. Commercio elettronico, strutture contrattuali e classificazioni del contratto virtuale. – 5. Il contratto virtuale in senso stretto quale contratto di scambio a distanza, tendenzialmente oggettivo e non negoziato: l'assenza di dialogo e di trattative. – 6. I soggetti del contratto virtuale: contratti d'impresa (B2B) e contratti con i consumatori (B2C). – 7. Le asimmetrie del contratto virtuale: contratti standard, con i consumatori e terzo contratto. – 8. Il tasto negoziale virtuale: procedimento formativo-forma atipica. – 9. L'equilibrio normativo e le clausole abusive nel contratto virtuale con i consumatori. – 10. Gli obblighi informativi nella contrattazione asimmetrica tra forma informativa e mera documentazione. – 11. Contratto virtuale con i consumatori e obblighi informativi della contrattazione a distanza previsti dal Codice del Consumo. – 12. Contratto virtuale con i consumatori e obblighi informativi della contrattazione del commercio elettronico previsti dal d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70. – 13. Tasto negoziale virtuale e obbligo accessorio dell'invio elettronico della ricevuta dell'ordine per via telematica disciplinato dall'art. 13 del d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70. – 14. L'efficacia delle forme informatiche-telematiche tipica e atipica per l'assolvimento dell'obbligo della forma informativa e dell'obbligo di mera documentazione informativa.

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

---

(\*) Il presente saggio è destinato agli *Studi in onore di Lucio Valerio Moscarini*.

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

Il diritto – come ha rilevato autorevole dottrina – ha bisogno del dove<sup>(2)</sup>: ma lo spazio virtuale è dematerializzato, un non luogo, che mette in crisi la concezione classica delle regole giuridiche in generale, di quelle contrattuali – delineate dal codice civile – in particolare. Con il termine spazio virtuale – che deve la sua fortuna, nella versione originaria inglese di *cyber-space*, al romanzo *Neuromante* dello scrittore canadese GIBSON<sup>(3)</sup> – s'intende descrivere la realtà generata da *Internet*: una realtà immateriale, virtuale con proprie regole sensoriali e spazio-temporali (25). Una realtà nuova – praticata dal c.d. *homo digitalis*<sup>(4)</sup> – dove i tradizionali elementi « temporali » e « spaziali » caratteristici del mondo reale – riferimenti fondamentali per il diritto in generale ed in particolare della disciplina giuridica dei contratti – perdono di significato: la crisi della rilevanza spazio-temporale segna la « morte della distanza »<sup>(5)</sup>. Questo «luogo» immateriale – o « spazio virtuale » che dir si voglia – costituisce un nuovo ordine artificiale<sup>(6)</sup> – presupposto tecnologico insostituibile – su cui si fondano commercio elettronico ed *e-business* in generale. L'organizzazione e la ripartizione delle risorse logiche dello spa-

---

reti – e sulla necessità di verificare i principi classici in tema di manifestazione di volontà e consenso negoziale si veda V. FRANCESCHELLI, *Premesse generali per uno studio del commercio elettronico*, in ID. (a cura di), *Il commercio elettronico*, Milano, 2001, 5. Sul tema del commercio elettronico e dell'e-business analizzati in una prospettiva di carattere economico si vedano: SCOTT-MURTULA-STECCO, *Il commercio elettronico*, Torino, 1999; CARIGNANI-MANDELLI, *Fare business in rete*, Milano, 1999; CAMUSSONE-BIFFI, *Il commercio diventa elettronico*, Milano, 1999; VALDANI-ORDANINI-VERONA, *L'impresa e-based*, Milano, 2002.

(<sup>2</sup>) IRTI, *Norme e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2001, p. 3. L'a. ritiene il « dove » « forma » e « fondamento » spaziale del diritto (*op. cit.*, pp. 22-23).

(<sup>3</sup>) GIBSON, *Neuromante*, 1984. Sembra opportuno richiamare le suggestive – e ormai celebri – parole del romanziere per descrivere la percezione dello spazio virtuale: « Lui battè sé stesso sulla tastiera penetrandovi e trovò uno spazio azzurro infinito dov'erano allineate delle sfere dai colori in codice appese ad una griglia a maglie strette di pallida luce fluorescente azzurra. Nel non spazio della matrice, l'interno del costruito di certi dati possedeva illimitate dimensioni soggettive » (*op. cit.*, p. 65). Sul tema degli « spazi virtuali » si veda, inoltre, WOOLLEY, *Virtual Worlds*, Penguin, London, 1993, spec. p. 122 ss.

(<sup>4</sup>) Sui rapporti tra *homo faber*, *homo ludens*, *homo videns* e *homo digitalis* si veda SARTORI, *Homo videns*, Bari, 1999. L'a. osserva che « l'*homo prensilis* si atrofizza nell'*homo digitalis*. Nell'età digitale il nostro fare si riduce a premere bottoni su una tastiera » (*op. cit.*, spec. p. 103). È lo spazio – dove si consacra il primato della visione multimediale – profetizzato da NEGROPONTE, *Essere Digitali*, cit.

(<sup>5</sup>) CAIRNCROSS, *The Death of Distance: How the Communications Revolution Will Change Our Lives*, cit.

(<sup>6</sup>) Si veda per una ricostruzione normativistica dello spazio virtuale quale *ordine artificiale* soggetto non solo alle regole del *codice informatico* ma anche – e innanzitutto – alla *forma iuris* DE LUCA, *Autonomia privata e mercato telematico nel sistema delle fonti*, Milano, 2004, *passim*, spec. p. 158 ss. e 161 ss.

zio virtuale – basato sul *world wide web* – avviene, principalmente, mediante la creazione di siti e portali <sup>(7)</sup>, a cui si sono devono aggiungere nuovi spazi virtuali delineati dall'architettura dei motori di ricerca – si pensi a *Google* – delle piattaforme di fruizione di opere musicali *online* – si pensi a *iTunes* – e dei *social network* globali, solo per fare alcuni significativi esempi. Non si può, con riferimento a questi ultimi, non menzionare *Facebook*, a cui risulterebbero iscritti oltre 900 milioni di utenti a livello globale, e *Twitter*, che segue con oltre 500 milioni di iscritti <sup>(8)</sup>. Il sito *web* – identificabile univocamente mediante un indirizzo telematico denominato URL, *Uniform Resource Locator*, che può essere espresso con il codice numerico *Internet Protocol* (IP) oppure mediante l'utilizzo del codice alfanumerico dei nomi di dominio (*Domain Name System*) – si caratterizza per essere costituito da una o più pagine ipertestuali (normalmente scritte in linguaggio *HTML*, *Hyper Text Markup Language* o altro codice informatico) <sup>(9)</sup>.

Un sistema di comunicazioni – secondo una nota definizione <sup>(10)</sup> – può essere efficacemente descritto considerando i seguenti tre profili:

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

Per *substrato fisico* si intende l'infrastruttura *hardware* e lo spazio fisico utilizzato dal mezzo di comunicazione per operare; *substrato logico*, il *software* che consente il funzionamento dell'*hardware*; *substrato informativo*, il contenuto trasmesso dal mezzo di comunicazione considerato. Anche il sistema di comunicazioni denominato Internet può, quindi, essere descritto come substrato fisico <sup>(11)</sup>, in quanto infrastruttura di comunicazione, rete di reti; come substrato logico<sup>(35)</sup>, in quanto codice

---

<sup>(7)</sup> V. FRANCESCHELLI – *Premesse generali per uno studio del commercio elettronico*, in ID. (a cura di), *Commercio elettronico*, Milano, 2001, p. 6 – il quale rileva che « da un punto di vista economico, la costruzione di un portale ha lo scopo di generare il massimo traffico di navigazioni una profonda conoscenza dei suoi comportamenti. Muoversi in un portale conosciuto ed apprezzato, aumenta il numero delle pagine *web* viste. Il navigatore migliora la conoscenza del sito, massimizzando la sua fedeltà al sito stesso. Si crea, così un circolo virtuoso: aumenta il valore per le aziende che fanno *advertising* e vendono prodotti e servizi sul portale; aumenta il fatturato e la redditività del portale ». Un sito *web* viene qualificato *portale* quando per l'elevato livello di organizzazione e strutturazione è in grado di fornire contenuti, servizi e prodotti eterogenei.

<sup>(8)</sup> *Corriere della Sera* 4 giugno 2012, p. 29 – fonte *vincos.it: World Map of Social Networks June 2012 (The Web Information Company – alexa.com)*.

<sup>(9)</sup> M.S. SPOLIDORO, *Il sito web*, in AIDA, 1998, p. 178.

<sup>(10)</sup> Y. BENKLER, *From Consumers to Users: Shifting the Deeper Structures of Regulation*, in *Federal Communications Law Journal*, 52, 2000, pp. 561 ss. spec. 562-563.

<sup>(11)</sup> LESSIG, *The Future of Ideas*, Random House, New York, 2001, pp. 241 ss. e spec. p.

informatico; come substrato informativo, in quanto contenitore di informazioni. Il substrato logico e informativo di *Internet* – come sopra descritti – individuano lo spazio virtuale esistente « nel » e veicolato « dal » substrato fisico di *Internet*: lo spazio virtuale – in quanto parte integrante del sistema di comunicazione complesso denominato *Internet* – è esso stesso mezzo di comunicazione. Lo studio della contrattazione telematica e virtuale – condotto attraverso l'analisi dei peculiari procedimenti formativi e delle forme – si muove, quindi, nello spazio multimediale e ipertestuale generato con il substrato logico costituito dal codice informatico costituente piattaforma tecnologica *world wide web* e reso accessibile e diffuso attraverso il substrato fisico costituito dai *server*, i *router*, i *nodi* della rete *Internet*. Lo spazio virtuale così definito – sebbene particolarmente rilevante dal punto di vista socio-economico, oltre che giuridico, in quanto elemento fondante del commercio elettronico come attualmente praticato dalle imprese a livello globale – dal punto di vista strettamente tecnico, non è che uno fra gli spazi virtuali esistenti e possibili. L'eterogeneità dello spazio virtuale – *rectius* degli spazi virtuali – è testimoniata dall'opera di ricostruzione « cartografica » della nuova realtà: la mappatura degli spazi virtuali <sup>(12)</sup>.

2. – Il nuovo spazio virtuale ha reso possibile anche la dematerializzazione dell'oggetto del contratto favorendo lo sviluppo di nuovi mercati basati su nuovi diritti di fruizione condizionata all'osservanza di regole stringenti dettate dalla necessità di tutelare il contenuto digitale: la società basata sulla proprietà cede il passo alla società dell'accesso ai contenuti. La fruizione del bene materiale tradizionalmente centrata sul diritto reale di proprietà nella società reale viene sostituita, nella società *liquida* dei contenuti digitali, da diritti obbligatori *flessibili* orientati alla prevalente tutela del titolare dei diritti d'autore e diritti connessi: si pensi al pervasivo utilizzo degli schemi negoziali di licenza di utilizzo – nelle numerose declinazioni riflesso del bene immateriale che s'intende proteggere da indebito utilizzo – e alla creazione dei nuovi diritti obbligatori di accesso temporaneo e condizionato. Il nuovo mercato dello spazio virtuale – peculiare della società del-

---

246 e 249 – riprendendo la definizione di BENKLER rileva – con particolare riferimento al substrato fisico del mezzo di comunicazione denominato *Internet* – che « The Physical Layer »: comprende « the technology upon which, or in which, or over which the network lives. It includes the computers that connect to the Net, the wires they connect to, the routers that feed those wires, and the spectrum that substitutes for the wires ». « Free Spectrum » e « Free Highways » sono condizioni per lo sviluppo e l'evoluzione tecnologica di *Internet*.

(12) DODGE-R. KITCHIN, *Mapping Cyberspace*, Routledge, London, 2001, p. 13 ss.

l'accesso<sup>(13)</sup> – è caratterizzato da nuove modalità di fruizione di beni e servizi disciplinate nei *contratti di accesso*<sup>(14)</sup>.

Nella categoria dei beni immateriali rientrano, tradizionalmente, le opere dell'ingegno, le invenzioni ed i modelli industriali.

Si tenga presente che il diritto morale o patrimoniale sul bene immateriale, derivante dalla creazione intellettuale (*corpus mysticum*), non va confuso con il diritto sulla cosa materiale (*corpus mechanicum*), potendo, infatti, i diritti sulla cosa materiale circolare disgiuntamente da quelli derivanti dalla creazione intellettuale e senza interferire con questi. Data la eterogeneità della categoria dei beni immateriali, risulta difficile individuarne esattamente limiti e caratteristiche<sup>(15)</sup>. L'unico elemento certo è il requisito dell'assenza di corporalità. Genericamente si può parlare di bene « immateriale » quando sussistono le seguenti caratteristiche: è godibile simultaneamente da un numero indeterminato di persone e in luoghi diversi ed il godimento da parte di un soggetto non limita quello degli altri, né deteriora il bene. Da questa definizione onnicomprensiva si distinguono le singole definizioni specifiche di ciascun nuovo bene immateriale fra cui possiamo, senza pretese di esaustività, annoverare: *software, data-base, domain name, sito web, identità digitali (avatar), file musicali, file video, file game, opere letterarie digitali, foto digitali, audiovisivi e opere multimediali*. Requisiti comuni a tali beni immateriali sono, in sintesi, la:

- 1) *qualità di creazione intellettuale*, tutelata dal diritto d'autore o dal diritto industriale;
- 2) *riproducibilità illimitata*;
- 3) *fruibilità simultanea da parte di più soggetti*;
- 3) *inconsumabilità*.

Il bene oggetto del contratto, si dematerializza diventa codice informatico – inesauribile e inconsumabile – suscettibile di fruizione di simultanea e di massa da parte di un numero illimitato di utilizzatori. Condivisione e accesso ai contenuti digitali sono i nuovi *mantra* dei mercati virtuali, che sono luogo elettivo – per non dire, con riferimento a taluni settori come quello musicale, esclusivo – della fruizioni di *software*, opere letterarie, musicali, video e audiovisivi. Anche la nuova dir. Ue 25 ottobre 2011, n. 83

(13) RIFKIN, *L'era dell'accesso. La rivoluzione della new economy*, Mondadori, Milano, 2000, pp. 6-7; AULETTA, *Googled. The End of the World at we Know It*, Penguin Press, New York, 2009.

(14) SAMMARCO, *I nuovi contratti dell'informatica*, cit., p. 208, utilizza la definizione di *contratti di accesso*, con riferimento a Internet e il particolare alla fruizione esclusivamente telematica-virtuale dei nuovi beni immateriali. Sulla nuova categoria dei contratti di accesso si veda *amplius* la monografia di PALMIERI, *I contratti di accesso*, Milano, 2002.

(15) MESSINETTI, *Beni immateriali, diritto privato*, in *Enc. giur. Treccani*, V, 1989, *passim*.

sui diritti dei consumatori – che modifica le dirr. Ce 93/13 in materia di clausole abusive e 99/44 in materia di vendita e garanzia di beni di consumo, oltre ad abrogare le dirr. Ce 85/577 in materia di contratti negoziati fuori dai locali commerciali e 97/7 in materia di contratti a distanza – prende atto della centralità dei *contenuti digitali* nei nuovi mercati. La dematerializzazione e la possibilità tecnica di condivisione illimitata dei contenuti digitali agevola le condotte illecite (c.d. *pirateria digitale*) e rende strenua la battaglia dei titolari dei diritti d'autore e dei diritti connessi nei confronti degli utilizzatori di *Internet*. Con il termine *pirateria digitale* in Internet s'intende fare riferimento alle seguenti attività e precisamente:

- fruizione mediante differita registrazione illecita di audio, video e audiovisivi sul proprio computer – c.d. *downloading*;
- fruizione in tempo reale dei dati predetti, senza registrazione permanente degli stessi – c.d. *streaming* – mediante accesso a siti *web* o più in generale tramite Internet.

Nell'interessante Documento AGCom del 12 febbraio 2010 "*Il diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica: indagine conoscitiva*" si osserva che, per valutare le dimensioni del fenomeno, spesso si considerano il *file sharing* e il *peer-to-peer* (P2P) rispetto ai quali, tuttavia, è necessario sottolineare che i dati di traffico P2P comprendono sia quello legale che illegale e che i dati sul traffico degli utenti sono in possesso, quasi esclusivamente, degli operatori fornitori dell'accesso ad Internet. In base alle stime della *Federazione contro la Pirateria Musicale* (FPM) il 23% degli utilizzatori della rete fruisce musica illegalmente con il P2P e, in media, i brani musicali oggetto di *download* via Internet sarebbero circa 1300 per ogni pc dotato di software P2P, per un totale di mancato fatturato per il settore di 300 milioni di euro all'anno. Emblematico caso di fruizione legale è quello di iTunes, che in meno di 4 anni ha venduto *online* più di 5 miliardi di opere musicali digitali.

3. – Come si dirà *amplius* in sede di ricostruzione, sintetica, dei tratti peculiari delineanti la nuova categoria negoziale del contratto virtuale anche le forme della contrattazione si dematerializzano nello spazio virtuale. La diffusione e affermazione della *forma telematica atipica* – basata, come si è rilevato, su documenti informatici privi di sottoscrizione – si inserisce a pieno titolo nel fenomeno generale della *crisi della sottoscrizione* e del predominio del testo grafico: è il c.d. *aformalismo negoziale* dei rapporti economici d'affari che si contrappone al formalismo del codice civile relativamente ai negozi su beni immobili e al nuovo formalismo di garanzia delle leggi speciali <sup>(16)</sup>. In proposito si è segnalata « la singolare *antitesi tra l'afor-*

---

(16) Si vedano sul formalismo negoziale in generale: IRTI, *Studi sul formalismo negoziale*,

*malismo della fonte del rapporto ed il formalismo degli atti unilaterali*, determinativi di vicende di esso: antitesi, che trova ragione nello spirito formalistico delle leggi speciali. Garanzia della parte e certezza della vicenda sono conseguite mediante le tecniche del formalismo giuridico »<sup>(17)</sup>.

Il riferimento è alla diffusione delle forme informatiche-telematiche rese disponibili dal substrato tecnologico di Internet: si pensi, in particola-

---

cit., p. 67 e L.V. MOSCARINI, *Diritti ed obblighi di informazione e forma del contratto*, Relazione per il Convegno di Cagliari, settembre 1999, pubblicata in *Atti del convegno* a cura di N. Corbo, *Annali della Facoltà di Economia di Cagliari*, 2000.

Sul formalismo negoziale nel contesto informatico-telematico si vedano: L.V. MOSCARINI, *Formalismo negoziale e documento informatico*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, vol. V, Milano, 1998, p. 1045 ss.; L.V. MOSCARINI, *Commento all'art. 4 del DPR 10 novembre 1997*, n. 513, in *Diritto privato e interessi pubblici - scritti minori di L.V. Moscarini*, I, Milano, 2001, 299 ss.; e da ultimo F. RICCI, *Scritture private e firme elettroniche*, Milano, 2003, *passim*.

<sup>(17)</sup> Così IRTI, *Studi sul formalismo negoziale*, cit., p. 68. L'a. prosegue - *op. cit.*, pp. 69-79 - rilevando che « Non si tratta di "régression du consensualisme", ma di solennizzazione degli atti unilaterali, che sopravviene in corso di tempo ristretto alla disciplina delle fonti del rapporto, ancora affidate al più libero regime del codice civile (...). Questo censimento di dati legislativi e di problemi teorici si restringe in alcune proposizioni: che il formalismo del codice civile avvolge soprattutto i *negozi giuridici su beni immobili*; che nel campo dell'aformalismo (o secondo la dottrina egemone della libertà di forma), la pratica degli affari allarga, di giorno in giorno, *l'uso di testi grafici non sottoscritti*; infine, che le leggi speciali vanno introducendo un severo *formalismo degli atti unilaterali*, incline a dilatarsi dalla dichiarazione all'intero processo notificativo. L'ultimo fenomeno si riconduce al quadro storico della "decodificazione". E mostra l'ambiguità di un legislatore che mentre sgretola la certezza del diritto con l'ossessivo mutamento delle norme, ne chiede poi la restaurazione alle tecniche del formalismo. *La solennizzazione degli atti unilaterali* è il tentativo di ripristinare la stabilità: stabilità delle vicende di rapporti già costituiti, intorno alla quale si agita e freme l'instabilità delle norme legislative (...). Il rinascente formalismo si delinea come un *formalismo del rapporto*, cioè degli atti destinati a modificare o estinguere il rapporto già costituito (...). Le leggi speciali applicano forme, non già a contratti, ma ad atti unilaterali (negoziali e non negoziali), la cui "gravità" sta nell'esser unilaterali e nell'influire, per questa loro natura, sullo sviluppo del rapporto obbligatorio (...). L'attenzione esegetica e dogmatica si sposta così sull'art. 1324 c.c. il quale permette di trapiantare nella cerchia degli "atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale" i risultati conseguiti nell'analisi dell'art. 1325, n. 4 c.c. Il problema della forma non si tinge di colori diversi: anche qui sono classificabili strutture deboli e strutture forti, secondo che il legislatore si limiti a prevedere l'atto o imponga anche un requisito di forma (...). È verosimile che nel corso di tempo, caduto l'ossequio per il c.c., il formalismo delle leggi speciali si estenderà alle fonti del rapporto. Allora il controllo reciproco delle parti sarà assistito o sostituito dal vincolo della forma (...). Il neoformalismo si viene, dunque, precisando come regime di atti unilaterali di massa: collettivi o *corporativi*, non già nel senso che siano compiuti insieme ad una pluralità di soggetti, ma nel senso che *il singolo autore vi figura come un membro di un gruppo omogeneo* (...). Questo spiega la indisponibilità giuridica della forma che non potrebbe essere derogata né sostituita con altra: è in gioco un *interesse di gruppo*, non un interesse della parte *uti singula* ».

re, alla *forma telematica atipica* consistente nel *tasto negoziale virtuale* di cui si dirà *infra*.

Un cenno, infine, esulando il tema dall'economia del presente studio, alle *forme informatiche-telematiche tipiche* – equipollenti, per espresso richiamo dell'art. 21, comma 2° del d. lgs. n. 82/2005 – c.d. CAD – all'art. 2702 del c.c. – che allo stato possono essere così sinteticamente ricostruite e precisamente <sup>(18)</sup>:

(i) con riferimento agli atti di cui all'articolo 1350 c.c., numeri da 1) a 12), l'equipollenza formale è riconosciuta limitatamente alla *forma informatica-telematica tipica* della sola *firma elettronica qualificata o digitale* (art. 21.2 *bis*, primo periodo del d. lgs. n. 82/2005, c.d. CAD, come recentemente modificato dalla l. n. 221/2012 di conversione del d.l. n. 179/2012, c.d. *crescitalia 2.0*);

(ii) con riferimento agli atti di cui all'art. 1350 c.c., numero 13): l'equipollenza formale è riconosciuta oltre che alla *forma informatica-telematica tipica* della *firma elettronica qualificata o digitale* anche alla *firma elettronica avanzata* (art. 21.2 *bis*, secondo periodo del d. lgs. n. 82/2005, c.d. CAD, come recentemente modificato dalla l. n. 221/2012 di conversione del d.l. n. 179/2012, c.d. *crescitalia 2.0*).

4. – I fenomeni summenzionati della dematerializzazione del luogo, dell'oggetto e delle forme della contrattazione costituiscono le premesse socio-economiche e giuridiche nel cui contesto deve essere inquadrato lo studio dei profili giuridici del commercio elettronico – anche nelle forme più evolute del *mobile commerce*, ossia mediante dispositivi di comunicazione mobile (c.d. *smart-phone*) e *social commerce*, ossia mediante utilizzo dei *social network* come *Facebook* giusto per esemplificare – e in particolare la tutela dei consumatori nei mercati virtuali.

---

(<sup>18</sup>) Fatto salvo quanto previsto in materia di firma autenticata dall'art. 25 del CAD che stabilisce quanto segue: “1. Si ha per riconosciuta, ai sensi dell'articolo 2703 del codice civile, la firma elettronica o qualsiasi altro tipo di firma avanzata autenticata dal notaio o da altro pubblico ufficiale a ciò autorizzato. 2. L'autenticazione della firma elettronica, anche mediante l'acquisizione digitale della sottoscrizione autografa, o di qualsiasi altro tipo di firma elettronica avanzata consiste nell'attestazione, da parte del pubblico ufficiale, che la firma è stata apposta in sua presenza dal titolare, previo accertamento della sua identità personale, della validità dell'eventuale certificato elettronico utilizzato e del fatto che il documento sottoscritto non è in contrasto con l'ordinamento giuridico. 3. L'apposizione della firma digitale da parte del pubblico ufficiale ha l'efficacia di cui all'art. 24, comma 2°. 4. Se al documento informatico autenticato deve essere allegato altro documento formato in originale su altro tipo di supporto, il pubblico ufficiale può allegare copia informatica autenticata dell'originale, secondo le disposizioni dell'art. 23, comma 5°”.

Il bene oggetto del contratto si dematerializza, diventa codice informatico – inesauribile e inconsumabile – suscettibile di fruizione simultanea e di massa da parte di un numero illimitato di utilizzatori: è il fenomeno della dematerializzazione dell’oggetto del contratto che concorre con la dematerializzazione del luogo e delle forme a delineare i tratti distintivi della contrattazione virtuale <sup>(19)</sup>.

In Italia, il commercio elettronico – al netto del preoccupante fenomeno del gioco d’azzardo – genera un volume di affari di circa 13 miliardi di euro ed è in costante crescita <sup>(20)</sup>. Condivisione e accesso ai contenuti digitali sono i mantra dei mercati virtuali, che sono luogo elettivo – per non dire esclusivo – della fruizione di *software*, opere letterarie, musicali, video e audiovisivi. Si affermano, quindi, consumi digitali a cui corrisponde – sotto il profilo negoziale – la definitiva affermazione – sociale, economica e giuri-

---

<sup>(19)</sup> Sul tema della contrattazione virtuale e della regolamentazione giuridica dei nuovi mercati, mi sia consentito rinviare *amplius* agli studi monografici Tosi, *Il contratto virtuale. Procedimenti formativi e forme negoziali tra tipicità e atipicità*, Milano, 2005, *passim*; e da ultimo, Tosi, *Contratti informatici, telematici e virtuali. Nuove forme e procedimenti formativi*, Milano 2010, *passim*.

<sup>(20)</sup> Il valore complessivo del mercato del commercio elettronico in Italia nel 2012 è di circa 18 miliardi di euro: questi i dati economici emergenti dal *Rapporto E-commerce in Italia 2012* – realizzato da Casaleggio Associati, in *partnership* con Adobe Systems – su un campione di 3mila aziende attive in 10 settori merceologici. La *performance* migliore (+35%) è stata realizzata dal segmento tempo libero trainato quasi totalmente e dal gioco d’azzardo, segmento che ora rappresenta più della metà del mercato (56,9%), mentre quello che ha evidenziato la crescita minore è stato il turismo (+12%), che però detiene il secondo posto con il 24,8% del mercato, e si avvicina alla saturazione. Gli altri segmenti sono cresciuti tra il 15 e il 22% (assicurazioni e arredamento del 15%; editoria del 16%; alimentare, elettronica di consumo e salute e bellezza del 18%; moda del 22% e i centri commerciali del 25%). Nel *Rapporto E-Commerce in Italia 2014* si registra che nel 2013 l’e-commerce ha rallentato la sua corsa, con una crescita per la prima volta a una cifra (+6%). Due settori hanno avuto una decrescita significativa. L’editoria tradizionale ha subito un calo di oltre il 20%, ed è stata assorbita in gran parte dal settore dei “centri commerciali” *online*. Si è persa progressivamente la divisione dei siti dedicati esclusivamente ai libri. Il settore salute e bellezza ha visto un calo del 19%. I servizi supportati dai dispositivi di telefonia e traffico dati mobile è considerato il fattore chiave nella crescita dell’e-commerce. La diffusione di *smartphone* e *tablet* ha esteso di molto l’accesso al mercato *online*, anche in Italia, dove 29 milioni di clienti finali accedono a internet da mobile, c.d. *mobile commerce*. In fase di sviluppo il c.d. *social commerce*, ossia attività di commercio elettronico attraverso *social network*. Il Rapporto ASSINFORM 2014 evidenzia la dinamica positiva per il comparto *e-Content* e *Digital Advertising* (7.613mln, in aumento del 5,6%), in cui sono cresciute tutte le componenti a eccezione di quella video (-1,8% a 3025 mln). Più in dettaglio hanno subito incrementi importanti i contenuti per *e-book* (+79,2% a 43mln), la musica (+17,6% a 120mln), il *mobile entertainment* (+20% a 1054mln), il *gaming* (+11,9% a 1605mln), l’editoria *online* (+9,2% a 213mln) e il *digital advertising* (3,7% a 1.553mln).

dica – della nuova categoria del *contratto virtuale* che diviene – *rectius* è – lo strumento negoziale “naturale” dei mercati immateriali.

Anche la dir. Ue 25 ottobre 2011, n. 83 sui diritti dei consumatori <sup>(21)</sup> – che modifica le dir. Ce 93/13 in materia di clausole abusive e 99/44 in materia di vendita e garanzia di beni di consumo, oltre ad abrogare le dir. Ce 85/577 in materia di contratti negoziati fuori dei locali commerciali e 97/7 in materia di contratti a distanza – prende atto della centralità dei contenuti digitali nei nuovi mercati.

Si pensi, a titolo esemplificativo, ai seguenti riferimenti espliciti della dir. Ue 11/83:

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

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

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

La diffusione del commercio elettronico e dei contenuti digitali favorisce lo sviluppo di modalità di consumo dematerializzate e la conseguente emersione di un nuovo soggetto attivo nei mercati virtuali: il consumatore telematico, virtuale o digitale che dir si voglia <sup>(22)</sup>. In una prospettiva classificatoria strutturale <sup>(23)</sup> il contratto virtuale costituisce una sottospecie dei contratti a conclusione telematica <sup>(24)</sup> – ossia quei contratti stipulati me-

<sup>(21)</sup> Recepita con d. lgs. 21 febbraio 2014, n. 21 di cui si dirà *infra*.

<sup>(22)</sup> Sul tema della tutela del consumatore nei mercati virtuali e delle interferenze tra diritto dei contratti e nuove tecnologie della comunicazione elettronica, mi sia consentito rinviare a Tosi (a cura di), *La tutela dei consumatori in Internet e nel commercio elettronico. Contratti – Responsabilità – Rimedi*, Milano, 2012, *passim*; cui *adde* Tosi, *Diritto Privato dell’informatica e di Internet. I beni – I contratti – Le responsabilità*, Milano, 2006.

<sup>(23)</sup> Sulla classificazione per strutture contrattuali (criterio della determinante giuridica) e per tipi (criterio della prestazione) si veda *amplius* V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, p. 433 ss.

<sup>(24)</sup> Sulla classificazione della categoria dei contratti di informatica e dei contratti telematici in particolare, si vedano *amplius* V. FRANCESCHELLI, *Computer e diritto*, cit., p. 160 ss.; Tosi, *I contratti di informatica*, Milano 1993, spec. p. 73-75; e da ultimo, Tosi, *Contratti informatici, telematici e virtuali*, Milano 2010, *passim*.

dian­te l'uti­lizzo delle nuove tec­no­logie in­for­ma­ti­che e te­le­ma­ti­che di co­mu­ni­ca­zio­ne – più spe­ci­fi­ca­men­te ne co­sti­tu­isce la na­tu­ra­le evo­lu­zio­ne tec­no­lo­gi­ca e giu­ri­di­ca. Il « co­di­ce in­for­ma­ti­co » della re­te *Internet* può ge­ne­ra­re una se­rie in­de­ter­mi­na­ta di spa­zi vir­tu­ali con di­feren­ti re­go­le tec­no­lo­gi­che di­pen­den­ti dalla di­ver­sa « ar­chi­te­ttu­ra » del co­di­ce: l'ar­chi­te­ttu­ra, si è de­tto, co­sti­tu­isce uno de­gli ele­men­ti re­go­la­to­ri dei mer­ca­ti vir­tu­ali. Il con­tra­to vir­tu­ale *in senso ampio* <sup>(25)</sup> può es­se­re de­fi­ni­to qua­le sot­to­spe­cie di con­tra­to te­le­ma­ti­co con­clu­so, in­di­feren­te­men­te, me­di­an­te uti­lizzo del­la tec­no­lo­gia *e-mail* <sup>(26)</sup> o me­di­an­te al­tri di­spo­si­ti­vi te­le­ma­ti­ci si­mi­la­ri – ba­sa­ti su ser­vi­zi *Internet* – di me­ra tra­smis­si­o­ne del mes­sa­gio a con­te­nu­to ne­go­zia­le. Il con­tra­to vir­tu­ale *in senso stretto* può es­se­re de­fi­ni­to, in­ve­ce, con ri­fe­ri­men­to es­clu­si­vo alla con­clu­si­o­ne me­di­an­te uti­lizzo delle pia­ta­for­me tec­no­lo­gi­che iper­tes­tu­ali of­fer­te dal *world wide web* di *Internet*.

Il *con­tra­to vir­tu­ale* può es­se­re a for­ma:

- in­for­ma­ti­ca-te­le­ma­ti­ca *atipica*;
- in­for­ma­ti­ca-te­le­ma­ti­ca *tipica*.

Il con­tra­to vir­tu­ale *in senso stretto* – a for­ma in­for­ma­ti­ca-te­le­ma­ti­ca *atipica* – può es­se­re de­fi­ni­to con ri­fe­ri­men­to allo spe­ci­fi­co con­tra­to carat­te­ri­zza­to dalla coe­si­sten­za dei se­guen­ti trat­ti di­sti­nti­vi:

- (i) pia­ta­for­ma ne­go­zia­le ba­sa­ta sul *world wide web* di *Internet*;
- (ii) pre­dis­po­si­zio­ne unila­te­ra­le – ma­te­ri­ale e di­chi­a­ra­ti­va – dell'of­fe­ren­te;
- (iii) of­fer­ta ne­go­zia­le *in incertis personis*;
- (iv) for­ma-pro­ce­di­men­to *atipica* del *tasto ne­go­zia­le vir­tu­ale*.

Il con­tra­to vir­tu­ale *in senso stretto* – a for­ma *tipica* – può es­se­re de­fi­ni­to, in­ve­ce, con ri­fe­ri­men­to allo spe­ci­fi­co con­tra­to carat­te­ri­zza­to dalla coe­si­sten­za dei se­guen­ti trat­ti di­sti­nti­vi:

- (v) pia­ta­for­ma ne­go­zia­le ba­sa­ta sul *world wide web* di *Internet*;
- (vi) pre­dis­po­si­zio­ne unila­te­ra­le – ma­te­ri­ale e di­chi­a­ra­ti­va – dell'of­fe­ren­te;
- (vii) of­fer­ta ne­go­zia­le *in incertis personis*;
- (viii) for­ma-pro­ce­di­men­to *tipica* della *firma digitale*.

---

<sup>(25)</sup> Sulla ri­co­stru­zio­ne della ca­te­go­ria ne­go­zia­le del con­tra­to vir­tu­ale si ve­da per tut­ti TOSI, *Il con­tra­to vir­tu­ale. Pro­ce­di­men­ti for­ma­ti­vi e for­me ne­go­zia­li tra tipicità e atipicità*, Mi­lano 2005, *passim*.

<sup>(26)</sup> A.M. GAMBINO, *L'accordo telematico*, Mi­lano 1997, rela­ti­van­te al me­cca­ni­smo della po­sta e­let­tro­ni­ca – con­si­ste­nte nella pos­si­bi­lità di tra­smet­te­re mes­sa­gi e do­cu­men­ti at­tra­verso la re­te *Internet* me­di­an­te uti­lizzo di op­por­tu­ni in­di­riz­zi te­le­ma­ti­ci – ri­le­va la ca­rat­te­ri­sti­ca di « sem­pli­fi­ca­re l'at­tu­a­zio­ne del rap­por­to, quan­to a tem­po im­pie­ga­to nella fa­se della for­ma­zio­ne ma­te­ri­ale della co­mu­ni­ca­zio­ne, quan­to ad im­me­di­atez­za nella spe­di­zio­ne della ste­ssa ».

Il contratto virtuale *in senso stretto* è caratterizzato dall'assenza di trattative tra le parti, dalla predisposizione unilaterale e dall'offerta al pubblico indistinto: è, pertanto, qualificabile come contratto d'impresa in serie – o di massa che dir si voglia – *contratto predisposto* <sup>(27)</sup> e *contratto asimmetrico* <sup>(28)</sup>. Le trattative telematiche possono, comunque, essere compatibili con il contratto virtuale *in senso ampio*. Il contratto virtuale in parola è, inoltre, contratto sinallagmatico di *do ut des*, a struttura bilaterale, a titolo oneroso <sup>(29)</sup>. La categoria del contratto virtuale risulta essere *trans-tipica* ossia indifferente rispetto all'oggetto dell'operazione negoziale – potendo essere costituita da *schemi negoziali* atipici e tipici – e alle varianti di forma telematica consentite dal substrato tecnologico dello spazio virtuale – potendo essere utilizzata liberamente tanto la forma informatica – o telematica che dir si voglia – *tipica* che quella *atipica*, salvo i casi di forma necessaria espressamente previsti dal diritto comune o dalla normativa speciale. Il contratto virtuale in commento è, invece, caratterizzato dallo *status* dell'offerente-imprenditore o « professionista » in senso comunitario – e dell'oblato-consumatore – e dalle seguenti specificità procedimentali ossia:

- conclusione *inter absentes* e a distanza;
- conclusione in ambiente negoziale dichiarativamente predisposto;
- conclusione in ambiente negoziale materialmente predisposto.

Quanto al contenuto negoziale, si deve osservare che il contratto virtuale, *in senso stretto*, così come *supra* definito, è unilateralmente predisposto – sia sotto il profilo dichiarativo che materiale – dal soggetto economicamente più forte <sup>(30)</sup>, con conseguenze diversificate – in termini di disci-

---

<sup>(27)</sup> Si vedano sull'argomento: A.M. AZZARO, *I contratti non negoziati*, Napoli 2000; M. MAGGIOLO, *Il contratto predisposto*, Padova 1996 e V. RIZZO, *Condizioni generali di contratto e predisposizione normativa*, Napoli 1983.

<sup>(28)</sup> V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino 2002, p. 54.

<sup>(29)</sup> La comunicazione in rete – secondo la classificazione elaborata da A.M. GAMBINO, *L'accordo telematico*, cit., p. 194 ss. – può avere per oggetto: a) la manifestazione della libera espressione (comunicazioni libere); b) uno scambio amichevole di informazioni; c) informazioni di cortesia; d) un bene commerciale (dichiarazioni impegnative). Il presente studio ha per oggetto esclusivamente il contratto virtuale a titolo oneroso e non anche i rapporti di cortesia in *Internet*. Su quest'ultimo profilo si rinvia a A.M. GAMBINO, *L'accordo telematico*, cit., p. 202 ss. Sui rapporti di cortesia in generale si vedano: LIPARI, *Rapporti di cortesia, rapporti di fatto, rapporti di fiducia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, p. 415 ss.; V. PANUCCIO, *Gli atti di cortesia: profilo di una teoria generale*, in *Scritti in onore di Pugliatti*, Milano 1975, p. 1599 ss.; SANTORO, *L'atto di cortesia. Irrilevanza giuridica e rilevanza sociale nel rapporto individuo-società*, in *questa rivista*, 2001, p. 652 ss.

<sup>(30)</sup> Si deve rilevare, in proposito, che dall'analisi del fenomeno giuridico della predisposizione unilaterale del contenuto negoziale si è sviluppata l'elaborazione dottrinale dell'*adesione non negoziale* a contratto predisposto (M. MAGGIOLO, *Il contratto predisposto*, Padova 1996),

plina giuridica applicabile – a tutela del soggetto-consumatore o meno – aderente a clausole vessatorie (art. 1340 c.c.) o abusive (art. 1469 *bis* c.c.)<sup>(31)</sup>. Fra i caratteri della contrattazione d'impresa s'inserisce anche – quale rilevante effetto dell'innovazione tecnologica sul diritto contrattuale d'impresa – il peculiare spazio entro il quale essa si svolge, ossia il *mercato virtuale* che in questo caso è quello globale, delocalizzato e immateriale generato da *Internet* e dalle piattaforme tecnologiche di scambio di beni e servizi – il *commercio elettronico* degli eterogenei *e-marketplace* – basate sul *world wide web*<sup>(32)</sup>.

5. – La prassi degli scambi telematici *senza dialogo* – basata sulle piattaforme tecnologiche negoziali ipertestuali del *world wide web* – pone non pochi problemi circa la qualificazione di essi come contratto fondato sull'accordo delle parti. Si contrappongono sul punto dottrine orientamenti dottrinali. Da un lato la dottrina degli *scambi senza accordo*, a favore dell'oggettivazione assoluta dello scambio, ritiene che il contratto di scambio non risulti da un accordo, ossia dalla congruenza di dichiarazioni rivolte dall'una all'altra parte, ma da *atti indirizzati alla cosa e iscritti in un « sistema » di mercato*. « La "significatività" di codesti atti non risiede nel far sapere alcunché ad altri, ma nell'espone e nello scegliere una cosa, o più precisamente un bene di un certo mercato. Essi significano in ragione della *posizione* che ciascun oggetto occupa nel mercato: di venditore o di compratore. Tale posizione corrisponde anche a una *funzione propria delle singole tecnologie* (ad esempio di sito o di utente telematico; di precettore o tra-

---

e degli *scambi senza accordo* (IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 347 ss. spec. p. 361, nota 15). All'orientamento dell'« oggettivazione » dello scambio – con automatici, nei centri commerciali, mediante moduli o formulari, televisivo, telematico, borsistico – emergente dagli studi citati, si contrappone l'orientamento consensualistico emergente dai lavori di OPPO (*Disumanizzazione del contratto?*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, p. 525 ss.) e A.M. GAMBINO (*L'accordo telematico*, cit., *passim*), che riaffermano il principio negoziale in tutti i casi in cui vi sia libertà o meno di accettare l'accordo ritenendo per contro insussistente l'accordo negozia – le non tanto in difetto di trattative – che sono solo una fase eventuale del procedimento di formazione del contratto – ma esclusivamente in difetto del potere dell'oblato di rifiutare. Sul declino della volontà contrattuale in generale si vedano anche BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano 2000, p. 34; GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni*, e continuato da P. SCHLESINGER, Milano 2002, p. 572 ss.; che precisa che l'oggettivazione dello scambio è solo fenomeno di tendenza che coesiste – non sostituisce – l'autonomia contrattuale; ROLLI, *Le attuali prospettive di « oggettivazione dello scambio »: verso la rilevanza della « congruità dello scambio contrattuale »?*, in *questa rivista*, 2001, p. 611 ss.

<sup>(31)</sup> Sul carattere dell'accordo telematico quale contratto di adesione si veda A.M. GAMBINO, *L'accordo telematico*, cit., p. 170 ss.

<sup>(32)</sup> V. BUONOCORE, *Contrattazione d'impresa*, cit., p. 173 ss.

smettitore di immagini televisive, ecc.). Ecco perché i mercati prendono nome dalle tecnologie, distinguendosi in televisivo, telematico e via seguendo »<sup>(33)</sup>.

D'altro canto – contro la *disumanizzazione del contratto* – altra autorevole dottrina rileva criticamente che anche il sito telematico incorpora un'offerta e interessa solo in quanto incorpori un'offerta « aperta » a una risposta: non semplici informazioni, nel qual caso ha il valore, al più, di un invito ad offrire. « Ad eludere o elidere il senso del “ritorno alla parola” non vale dire che “la lingua telematica nulla ha in comune con la lingua del quotidiano parlare” (perché “non teoretica, non portatrice di sapere storico ma puramente designativa e informativa”). Ad ammetterlo, potrebbe risponderci che l'accordo non presuppone una o altra lingua ma solo l'espressione di voleri concordanti. Ma in realtà la lingua non è “diversa” per ciò che ha (...) “carattere funzionale”. Funzionale a che cosa? Come ho detto non certo a una semplice informazione; mentre ciò che occorre e basta all'accordo è un mezzo espressivo funzionale al risultato, talché non nuoce affermare la sostituibilità della lingua anche “con icone o segni del tutto convenzionali”, salvo l'impiego di una o altra lingua nel contratto formale »<sup>(34)</sup>. A sommosso avviso di chi scrive pur dovendosi necessariamente constatare una *tendenziale oggettivazione* del rapporto di scambio<sup>(35)</sup> – si badi bene, solo tendenziale, non assorbente – il ruolo del *consenso* – pur indebolito e marginalizzato dal fenomeno della predisposizione, materiale e dichiarativa, dall'oggettivazione e tecnicizzazione del linguaggio, dalla proceduralizzazione dell'*iter* di formazione e conclusione del contratto virtuale, meglio qualificato come *adesione in senso stretto* – conserva rilevanza dovendo, comunque, essere manifestato – direttamente o indirettamente – perché lo scambio diventi vincolante per l'oblato. In quanto caratterizzato dall'assenza di trattative, il contratto virtuale, *in senso stretto*, è qualificabile, altresì, come *contratto non negoziato*.

6. – Quanto ai *profili soggettivi* – nel quadro della classificazione delle tipologie di commercio elettronico praticabili nello « spazio virtuale » di *In-*

<sup>(33)</sup> Così IRTI, *Scambi senza accordo*, cit., spec. p. 361 (nota 15).

<sup>(34)</sup> OPPO, *op. ult. cit.*, pp. 529-530.

<sup>(35)</sup> Nel senso di una tendenziale oggettivazione del contratto si esprime anche GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni*, e continuato da P. SCHLESINGER, 2<sup>a</sup> ed., Milano 2002, p. 572 ss., che precisa che l'oggettivazione dello scambio è solo fenomeno di tendenza che coesiste – non sostituisce – l'autonomia contrattuale; ROLLI, *Le attuali prospettive di « oggettivazione dello scambio »: verso la rilevanza della « congruità dello scambio contrattuale »?*, cit., p. 611 ss. Sul declino della volontà contrattuale in generale si veda anche BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, cit., p. 34 ss.

ternet dai diversi attori dei nuovi mercati <sup>(36)</sup> – si possono distinguere, in funzione della diversa qualificazione soggettiva delle parti contraenti, *ratione subiecti*, le seguenti sottocategorie negoziali <sup>(37)</sup>:

- contratti virtuali d'impresa (cc.dd. *business to business*, B2B);
- contratti virtuali con i consumatori (cc.dd. *business to consumer*, B2C);
- contratti virtuali tra consumatori (cc.dd. *consumer to consumer*, C2C);
- contratti virtuali tra Pubblica Amministrazione e imprese (cc.dd. *e-procurement*).

Ai fini della presente trattazione esamineremo esclusivamente i profili negoziali – procedimento di formazione, forma e garanzie – inerenti i *contratti virtuali con i consumatori*. Occorre precisare che i consumatori sono – in linea di massima – destinatari dei beni e servizi scambiati « online » sulle reti aperte costituenti *Internet (Business to Consumer)*; i soggetti « professionali » sono invece – in linea di massima – destinatari di beni o servizi scambiati « online » su reti, denominate *Intranet, Extranet*, utilizzando lo stesso protocollo di comunicazione di *Internet*, ma « chiuse », non accessibili al *quavis de populo (Business to Business)*. Si tenga, inoltre, presente che il binomio B2C-*rete aperta* e B2B-*rete chiusa* è solo indicativo di quello che normalmente si verifica nella prassi commerciale del mercato virtuale; eccezioni in deroga allo schema suindicato sono, infatti, sempre possibili: è il caso degli *e-marketplace* verticali, ossia riservati esclusivamente ai rapporti negoziali B2B ma accessibili tramite *Internet*. Da tale premessa – ferma restando la qualificazione professionale in senso ampio dell'offerente persona fisica o giuridica – discende la seguente distinzione soggettiva:

- nel primo caso l'oblato – persona fisica o giuridica – è soggetto economico professionale, ossia, normalmente, imprenditore o società commerciale (contratti *bilateralmente* d'impresa o *Business to Business*);
- nel secondo caso l'oblato – esclusivamente persona fisica ai sensi della definizione normativa di consumatore codificata dall'art. 3 c. cons. – è soggetto economico non professionale che agisce, quindi, per scopi estranei all'esercizio dell'impresa o della propria attività professionale, ossia *consumatore* <sup>(38)</sup> (contratti *unilateralmente* d'impresa, più precisamente

---

<sup>(36)</sup> Sugli attori del mercato virtuale si veda BOCCHINI, *Introduzione al diritto commerciale nella New Economy*, Padova 2001, p. 23 ss.

<sup>(37)</sup> Sembra opportuno ricordare ai sensi dell'art. 3 del c. cons. (d. lgs. n. 206/2005) si intende: – per « consumatore », esclusivamente la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta; – per « professionista », la persona fisica o giuridica, pubblica o privata, che opera nell'ambito della propria attività imprenditoriale o professionale.

<sup>(38)</sup> Sugli usi della nozione di consumatore si veda l'accurata ricostruzione di ALPA,

*contratti con i consumatori* o *Business to Consumer*)<sup>(39)</sup>. Quest'ultima categoria investe contratti rientranti nell'esercizio professionale delle attività economiche intese in senso ampio, a prescindere dalla circostanza che esse assumano la forma dell'impresa o delle professioni intellettuali « ciò nella logica – indotta dalla matrice comunitaria della normativa stessa – della sostanziale omogeneità dei relativi “statuti” avuto riguardo al regime dei rapporti instaurati sui “mercati finali” »<sup>(40)</sup>. Lo *status* dei soggetti coinvolti nel commercio elettronico e nell'*e-business* non è privo di rilevanti effetti giuridici in ordine alla diversa disciplina applicabile a tutela del soggetto economicamente più debole in caso di clausole vessatorie in condizioni gene-

---

*Compendio del nuovo diritto privato*, Torino 2000, p. 19 ss. Sulla categoria dei contratti dei consumatori DI AMATO – *L'interpretazione dei contratti d'impresa*, Napoli 1999, p. 19 – rileva che essa « appare caratterizzata da un elemento negativo, rappresentato dall'assenza di “scopi” o “fini”, comunque collegati all'attività imprenditoriale o professionale dell'acquirente il bene o il servizio e da un elemento positivo, legato alla necessaria qualità di persona fisica del medesimo. Le difficoltà si incentrano soprattutto sull'accertamento dei fini, degli scopi dell'attività, ossia di elementi psichici, per ciò stesso di difficile individuazione e prova. Si è, quindi, proposto di avere riguardo unicamente alla natura dell'atto posto in essere, prendendo in particolare considerazione l'oggetto, il contenuto e le circostanze in cui si perfeziona, potendosi desumere presuntivamente, in situazioni in cui le qualità soggettive della persona controparte del professionista non consentono di inferire senza altro la qualità di consumatore, da tali elementi oggettivi se il bene o servizio acquisito venga reimpiegato o no in un'attività d'impresa o professionale. Deve rilevarsi comunque che la nozione accolta dal legislatore italiano tende ad escludere un'ampia fascia di soggetti, ossia coloro che agiscono per fini rientranti nella loro attività professionale, i c.d. consumatori-imprenditori, che in altri ordinamenti sono, invece, stati seppure variamente e più o meno esplicitamente, presi in considerazione ». A favore dell'oggettivazione dei criteri di individuazione del consumatore si esprimono anche ALPA-CHINÈ, voce *Consumatore (protezione del) nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., IV, Appendice, Torino 1997.

<sup>(39)</sup> Sui contratti del consumatore in generale si veda ALPA (a cura di), *I contratti del consumatore*, Milano, 2014, *passim* e spec. sul diritto dei consumatori 3 ss. Sui contratti unilateralmente d'impresa – in cui una sola delle parti è un imprenditore – e bilateralmente d'impresa – in cui ambedue i contraenti sono imprenditori – si veda V. BUONOCORE, *Contrattazione d'impresa*, cit., p. 132; STRENA, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina del contratto*, cit., I, p. 787 ss.

<sup>(40)</sup> CAPO, *Attività d'impresa e formazione del contratto*, Milano 2001, p. 33, il quale osserva ulteriormente (nota 107) che « la tendenziale confluenza delle attività economiche professionali entro una nozione di impresa più ampia e meno ancorata a presupposti tecnico giuridici rigidi rispetto a quella espressa dall'art. 2082 c.c. è un dato assai marcato negli indirizzi della politica legislativa comunitaria: ne offre un ulteriore riscontro l'orientamento espresso appunto in sede comunitaria in merito all'ambito di applicazione della legislazione sulla concorrenza nei confronti degli esercenti le libere professioni ». Sull'argomento si veda, inoltre, OPPO, *Antitrust e professioni intellettuali*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, p. 24 ss.

rali di contratto e di clausole abusive non negoziate <sup>(41)</sup>. A seguito dell'introduzione degli artt. 1469 *bis* ss. c.c. – con la l. 6 febbraio 1996, n. 52, di recepimento della dir. Cee 5 aprile 1993, n. 13 ora sostituita dal recente Codice del consumo (d. lgs. n. 206/2005) – occorre, infatti, distinguere tra contratti con consumatori – *Business to Consumer* (B2C) – e contratti tra « professionisti » – *Business to Business* (B2B). La novella al c.c. – la l. n. 52/1996 – che ha introdotto il Capo XIV *bis* recante norme a tutela dei consumatori – in attuazione della dir. Ce 93/13 – ha creato un'importante frattura tra la normativa comune del codice civile in materia di clausole vessatorie inserite in contratti *standard* e la normativa “speciale” applicabile esclusivamente ai contratti in cui un contraente rivesta lo *status* di consumatore e l'altro di “professionista” in senso ampio. Detta “novella” è stata abrogata e sostituita dagli artt. 33 ss. c. cons. (d. lgs. n. 206/2005). Non è certo questa la sede per approfondire un aspetto dogmatico così ricco di implicazioni sistematiche e che ha già prodotto una consistente spaccatura all'interno della civilistica italiana. La nostra opinione è che occorra – a seguito dell'intervenuta novella ora abrogata e sostituita dal Codice del Consumo – distinguere tra contratti di “professionisti” con consumatori (cc.dd. B2C, *Business to Consumer*) e contratti commerciali tra “professionisti” (cc.dd. B2B, *Business to Business*) <sup>(42)</sup>.

È chiaro che ai contratti tra un consumatore e un altro consumatore

---

<sup>(41)</sup> Sul nuovo paradigma contrattuale del terzo millennio si veda V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, cit.

<sup>(42)</sup> Nello stesso senso vedi V. ZENO ZENCOVICH, *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra “contratti” commerciali e “contratti dei consumatori”)*, in *Giur. it.*, 1993, p. 57 ss.; MAIORCA, *Tutela dell'aderente e regole di mercato nella disciplina generale dei “contratti del consumatore”*, Torino 1998, p. 262, il quale – pur considerando unitariamente, come “sistema integrato” di norme, il sistema delineato dagli artt. 1341, 1342 e 1370 c.c. e il Capo XIV *bis* della parte generale dei contratti – evidenzia la “soggettivazione” della disciplina generale dei contratti operando una distinzione tra la disciplina che si applica alle due differenti “categorie” giuridiche negoziali e precisamente: a) *esclusivamente* ai rapporti contrattuali degli imprenditori o professionisti fra loro, nonché degli imprenditori o professionisti con soggetti che non assumono la qualità di “consumatori” nel senso codificato dall'art. 1469 *bis* c.c.; b) *esclusivamente* ai rapporti contrattuali tra imprenditori o professionisti e i “consumatori” nel senso codificato dall'art. 1469 *bis* c.c.; V. BUONOCORE, *Contratti del consumatore e contratti d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 1 ss., il quale però nega che la scriminante possa essere a questi fini soggettiva « perché – si ripete – ciò che determina l'esigenza di tutela o di protezione è la posizione dei contraenti, e cioè l'esistenza di un con – traente che impone all'altro di accettare le sue condizioni senza che l'altro abbia potere di incidere sulla composizione delle condizioni stesse. Che uno dei contraenti sia un imprenditore è la norma, ma non il criterio decisivo ». Contra, COSTANZA, *Commento al capo XIV bis c.c.: dei contratti del consumatore*, in *Nuove l. civ. comm.*, 1997, p. 788; DELFINI, *Il contratto telematico*, cit., p. 304.

(cc.dd. C2C, *Consumer to Consumer*) la normativa elettiva di cui agli artt. 33 ss. del Codice del consumo non risulta applicabile stando al chiaro disposto letterale della norma da ultimo richiamata. Si intravedono, dunque, chiaramente i presupposti per una nuova tripartizione tra contratti civili, contratti commerciali e contratti con i consumatori<sup>(43)</sup>. Per “professionista” l’art. 3.1, lett. a) del Codice del Consumo intende la persona fisica o giuridica, pubblica o privata, che opera nell’ambito della propria attività imprenditoriale o professionale. Per “consumatore” l’art. 3.1, lett. a) del Codice del Consumo intende la persona fisica che agisce per scopi estranei all’attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta. Si è correttamente osservato in dottrina che « non si può disinvoltamente identificare il consumatore col contraente debole, apparentemente ostando a tale identificazione proprio la legislazione vigente, perché, in teoria, non tutti i possibili contraenti deboli potrebbero essere considerati consumatori: il consumatore è, infatti, per definizione, ritenuto un contraente debole, ma non tutti i contraenti deboli possono considerarsi consumatori sia alla stregua delle definizioni normative, sia da un punto di vista concettuale: anche se chi è in grado di predisporre e, quindi, fatalmente di imporre condizioni generali di contratto è quasi per definizione un contraente forte »<sup>(44)</sup>.

7. - Corre l’obbligo di rilevare l’*asimmetria* del potere contrattuale delle parti di un *contratto virtuale in senso stretto*. Asimmetria di potere che non riguarda esclusivamente i rapporti tra consumatori e professionisti, ma tenuto conto della *forza espansiva* della disciplina a tutela dei consumatori interessa anche il « contraente debole » di altre situazioni contrattuali di *squilibrio economico, informativo e normativo*<sup>(45)</sup>. La frantumazione del-

---

<sup>(43)</sup> Così DI MARZIO, *Introduzione. Verso il nuovo diritto dei contratti*, in DI MARZIO (a cura di), *Il nuovo diritto dei contratti*, Milano 2004, p. 4, il quale osserva che: « alla distinzione tra contratti commerciali e contratti civili - soppressa dal legislatore del 1942 con la fusione dei codici all’insegna della commercializzazione del diritto privato - sembra avvicinarsi perlomeno una tripartizione: che corre dai contratti civili a quelli commerciali passando attraverso i contratti dei consumatori ».

<sup>(44)</sup> Così V. BUONOCORE, *Contrattazione d’impresa*, cit., p. 103.

<sup>(45)</sup> V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, cit., p. 54; e ID., *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in MAZZAMUTO (a cura di), *Il contratto e le tutele*, Torino 2002, p. 640 ss., spec. p. 658. Sull’autonoma rilevanza dello squilibrio normativo rispetto a quello economico si vedano: OPPO, *Lo « squilibrio » contrattuale tra diritto civile e diritto penale*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 536 ss. e RIZZO, *Trasparenza e « contratti del consumatore »*, Napoli 1997, p. 107 ss. Sulle *asimmetrie informative* si veda DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova 2002.

l'unità del paradigma contrattuale – che si innesta nella dinamica negoziale bipolare tra gli opposti estremi della contrattazione individuale, da un lato, e della contrattazione di massa, dall'altro – è stata recentemente formulata da attenta dottrina secondo il quadro descrittivo del fenomeno che, in estrema sintesi, può essere articolato come segue:

– *contratto di diritto comune*, disciplinato dal Titolo II del Libro IV del Codice Civile;

– *contratto con i consumatori (B2C)*, ossia contratto unilateralmente d'impresa con i consumatori, per definizione asimmetrico, come disciplinato dal Codice del Consumo (d. lgs. n. 206/2005);

– *contratto d'impresa asimmetrico o terzo contratto (B2b)*, ossia contratto bilateralmente d'impresa con asimmetria di potere contrattuale tra le parti – tra *imprese diseguali* – come emergente dalla più recente normativa speciale in materia di subfornitura (che delinea la nuova fattispecie dell'abuso di dipendenza economica: art. 9, l. n. 192/1998), di ritardi di pagamento nelle “transazioni” commerciali (d. lgs. n. 231/2002) e di affiliazione commerciale (d. lgs. n. 109/2004 disciplinante il contratto di *franchising*)<sup>(46)</sup>.

Il tema della contrattazione *asimmetrica* con il *consumatore virtuale* – ossia con il consumatore che si avvale esclusivamente di strumenti di contrattazione informatica-telematica e basati sulla piattaforma tecnologica *world wide web* di *Internet* – è particolarmente rilevante e attuale, non solo dal punto di vista economico-sociale ma anche sotto il profilo giuridico, a seguito della diffusione globale del commercio elettronico<sup>(47)</sup>. La contrat-

---

<sup>(46)</sup> La definizione di terzo contratto è dovuta a Pardolesi che la utilizza per la prima volta nella Prefazione al volume di COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, Torino 2004, p. XIII; AMADIO, *Il terzo contratto. Il problema*, in GITTI-VILLA, *Il terzo contratto*, Bologna 2008, p. 14 ss.; V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Il contratto del duemila*, cit., p. 26; OPPO, *I contratti d'impresa tra codice civile e legislazione speciale*, p. 15 ss., in SIRENA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, Milano 2006.

<sup>(47)</sup> Sul tema della tutela del consumatore nel commercio elettronico si vedano: CARTELLA, *La tutela del consumatore*, in FRANCESCHELLI (a cura di), *Il commercio elettronico*, cit., p. 91 ss.; CRISIGIOVANNI, *La tutela del consumatore come variabile competitiva*, in FRANCESCHELLI (a cura di), *Il commercio elettronico*, cit., p. 125 ss.; GRISI, *Ius poenitendi e tutela del consumatore* in RICCIUTO-ZORZI (a cura di), *Il contratto telematico*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. dell'econ.*, cit., p. 163 ss.; ID., *Negoziante telematica, informazione e recesso*, in PALAZZO-RUFFOLO (a cura di), *La tutela del navigatore in Internet*, Milano 2002, p. 75 ss.; GAMBINO, *Clausole vessatorie e Internet*, in RICCIUTO-ZORZI (a cura di), *Il contratto telematico*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. dell'econ.*, cit., p. 183 ss.; ID., *Commercio elettronico*, in PALAZZO-RUF-

tazione asimmetrica con i consumatori segna l'emersione della *funzione protettiva* della forma a garanzia di obblighi informativi e contenuti tipizzati dal legislatore. Il commercio elettronico, si è già rilevato, è destinato a soddisfare esigenze di due grandi categorie di soggetti: consumatori e professionisti in senso lato. Lo *status* dei soggetti coinvolti nel commercio elettronico non è privo di significativi effetti giuridici in tema di disciplina applicabile. La disciplina speciale dei contratti caratterizzati da asimmetrie sostanziali tra "parte forte" e "parte debole" – come rilevato da autorevole dottrina<sup>(48)</sup> – pur nella eterogeneità delle diverse previsioni normative inerenti i singoli settori disciplinati dal legislatore<sup>(49)</sup> – risulta essere uniformata ai seguenti principi comuni: *trasparenza* dei termini negoziali; *equivalenza* delle prestazioni; *favor* per il consumatore, ove vengano applicate condizioni economiche diverse da quelle diffuse nella prassi; *ius poenitendi* a favore del consumatore, ossia il potere di determinare lo scioglimento unilaterale del vincolo, in fase di svolgimento del rapporto contrattuale o di recedere dalle trattative. Si è già avuto modo di osservare *supra* la natura del contratto virtuale in senso stretto quale contratto d'impresa, caratterizzato da asimmetrie di potere contrattuale tra le parti, destinato a soddisfare le esigenze della contrattazione di massa dell'imprenditore del nuovo mercato virtuale. Il contratto virtuale è, dunque, in quanto contratto di massa – caratterizzato dall'assenza di trattative, incompatibili con le esigenze di uniformità e rapidità degli scambi del mercato virtuale<sup>(50)</sup> – anche contratto di *ade-*

---

FOLO (a cura di), *La tutela del navigatore in Internet*, cit., p. 87 ss.; GHIDINI-ESTRANGEROS, *La libera circolazione dei servizi della società dell'informazione nella comunità europea e la tutela degli acquirenti online*, in PALAZZO-RUFFOLO (a cura di), *La tutela del navigatore in Internet*, cit., p. 99 ss.; PEREZ PEREIRA, *La tutela del navigatore in Internet: profili di diritto comunitario e comparato*, in PALAZZO-RUFFOLO (a cura di), *La tutela del navigatore in Internet*, cit., p. 127 ss.; SABBATELLI, *Recesso e tutela dei consumatori*, in ANTONUCCI (a cura di), *E-Commerce. La Direttiva 2000/31/CE e il quadro normativo della rete*, Milano 2001, p. 191 ss.

<sup>(48)</sup> ALPA, *La trasparenza del contratto nei settori bancario, finanziario ed assicurativo*, in *Giur. it.*, 1992, IV, c. 409.

<sup>(49)</sup> CAPO, *Attività d'impresa e formazione del contratto*, cit., p. 31, rileva in proposito che « ferma restando la tendenziale identità di rapporto fra le posizioni tra i contraenti, lo scenario in cui si ambientano le relazioni economiche muta di volta in volta e così pure la qualificazione delle parti. (...) Il contraente destinato a *subire* il regolamento negoziale *impostole* dall'altra, si identifica, a seconda delle diverse circostanze, nel *consumatore*, nel *risparmiatore*, nell'*investitore*, nel *subfornitore* ».

<sup>(50)</sup> L'assenza di trattative è – ad avviso di chi scrive – elemento caratterizzante del contratto virtuale in senso stretto. Corre l'obbligo di precisarsi in proposito che detta affermazione non esclude – in assoluto – che possano riscontrarsi *trattative* anche nella contrattazione telematica: significa semplicemente ritenere che l'*assenza di trattative* – e non il contrario – è ele-

sione a condizioni generali di contratto<sup>(51)</sup>: condizioni negoziali uniformi espressive del più generale potere unilaterale di predisposizione del contratto. L'esigenza di uniformità e di standardizzazione dei contenuti contrattuali e dei criteri di formazione del contratto viene soddisfatta dall'art. 1341 c.c. che prevede per la contrattazione di massa le seguenti peculiari regole negoziali:

a) la degradazione del requisito della *conoscenza* – previsto per la conclusione del contratto individuale ex art. 1326, comma 1°, c.c. – a mera *conoscibilità* per chi contratta sulla base di condizioni generali (art. 1341, comma 1°, c.c.)<sup>(52)</sup>;

---

mento peculiare del *contratto virtuale*. In buona sostanza *idealtypus* della contrattazione telematica è il *contratto virtuale non negoziato*. Per un'analisi sull'incidenza delle *trattative* nella contrattazione telematica in una prospettiva di *formazione progressiva* del contratto, si rinvia a BRAVO, *Le trattative nei contratti telematici*, in *Contratti*, 2003, p. 739 ss.; cui *adde* da ultimo BRAVO, *Trattative individuali nei contratti dei consumatori conclusi tramite web e sindacato di vessatorietà delle clausole*, in ALPA (a cura di), *I contratti del consumatore*, Milano, 2014, p. 346 ss.

<sup>(51)</sup> Sull'argomento si vedano *ex multis*: ALPA, *Responsabilità dell'impresa e tutela del consumatore*, Milano 1975; ID., *Contratti di massa*, a) *profili generali*, in *Enc. dir.*, agg. I, Milano 1997, p. 403 ss.; AZZARO, *I contratti non negoziati*, Napoli 2000; BIANCA, voce *Condizioni generali di contratto (Diritto civile)*, in *Enc. giur.*, V, Roma 1988, p. 1 ss.; ID., voce *Condizioni generali di contratto (tutela dell'aderente)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, III, Torino 1988, p. 97 ss.; ID., *Diritto Civile*, III, *Il contratto*, Milano 2000, 2ª ed., p. 342 ss.; DE NOVA, *Le condizioni generali di contratto*, in *Tratt. Rescigno*, 10, II, Torino 2002, 2ª ed., p. 121 ss.; ID., *Le clausole vessatorie*, Milano 1997; F. GALGANNO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 46 ss.; GENOVESE, *Le condizioni generali di contratto*, Padova 1954; ID., voce *Condizioni generali di contratto*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano 1961, p. 802 ss.; MINERVINI, *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Napoli 1999; U. MORELLO, voce *Condizioni generali di contratto e i contratti del consumatore*, cit., p. 349; REALMONTE, *Condizioni generali di contratto*, Milano 1975; V. RIZZO, *Condizioni generali di contratto e predisposizione normativa*, Napoli 1983; ID., *Trasparenza e « contratti del consumatore »*, Napoli 1997, p. 107 ss.; V. ROPPO, *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali d'impresa*, Milano 1975; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 1970, p. 242 ss.; MAIORCA, voce *Contratti standard*, in *Nov. dig. it.*, App. II, Torino 1981, p. 617 ss.; TAMBURRINO, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano 1991; TULLIO, *Il contratto per adesione*, Milano 1997. Per una ricostruzione segnatamente procedimentale del fenomeno delle condizioni generali di contratto si veda: BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto tra legge e volontà delle parti*, cit., p. 144 ss.

<sup>(52)</sup> Si osservi che « l'onere del predisponente di rendere le condizioni generali ordinariamente conoscibili non può dirsi assolto se l'aderente è messo in grado di conoscere il testo delle clausole le quali abbiano tuttavia un significato comunemente non intelleggibile in relazione alla pratica del settore » (BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 346). Si veda in tal senso anche l'art. 2.20 dei Principi Unidroit in base al quale « è priva di effetto una disposizione contenuta in clausole standard che presenti un carattere tale che l'altra parte non avrebbe ragionevol-

b) la prescrizione del requisito della *forma scritta* nel caso in cui siano contenute *clausole vessatorie* nelle condizioni generali di contratto – precisamente, *specificata approvazione per iscritto* – declinata mediante la doppia sottoscrizione per l'efficacia delle stesse (art. 1341, comma 2°, c.c.). In relazione al rapporto corrente tra la compilazione del modulo d'ordine *online* e l'accettazione delle condizioni generali di contratto, si è osservato in proposito che « ove l'operatore abbia chiesto la lettura delle condizioni in altra schermata, ciò sarà sufficiente per completare il requisito legale della conoscibilità. La “cliccata” sul tasto ordine d'acquisto non indica con minuziosità ciascuna proposizione del contenuto dichiarativo, che si offre; ma si riempie del significato inteso dall'operatore e proposto dall'utente: la “cliccata” significa in sé accettazione del contratto alle condizioni rese conoscibili dall'operatore »<sup>(53)</sup>. Ovviamente quanto sopra varrà nei limiti in cui le condizioni generali di contratto non contengano clausole vessatorie per l'approvazione efficace delle quali, si ribadisce, occorre – *ex art. 1341, comma 2°* – soddisfare il requisito formale della *specificata approvazione per iscritto*. I contratti virtuali in senso stretto sono caratterizzati dall'utilizzo dei codici iconici del linguaggio telematico del *world wide web*, substrato tecnologico costituente l'assetto materiale della contrattazione “dello” e “nello” spazio virtuale.

Il c.d. “*rischio informatico*” che l'*utilizzatore* di *Internet* si accolla – edotto o non che sia del linguaggio informatico – nel momento in cui decide, liberamente e consapevolmente, di accedere al *mercato virtuale* consiste proprio nella presunzione di conoscenza della semantica telematica<sup>(54)</sup>. Si è osservato, inoltre, che « se si pensa (...) alla funzione di soluzione degli “at-triti comunicazionali” fra i contraenti assolta dalle norme codicistiche di cui agli artt. 1362 ss. c.c. appare evidente la tendenziale sospensione di questa funzione nei contratti telematici: il linguaggio tecnico standardizzato operante nella rete, infatti, ha un significato “unico” e non ammette *a priori* divergenze interpretative giuridicamente rilevanti su simboli e su segni che appaiono sul video del *computer* »<sup>(55)</sup>. Il linguaggio telematico tendenzialmente oggettivo e l'assetto materiale limitano, dunque, fortemente eventuali operazioni ermeneutiche sull'intento comune o sul significato dell'operazione economica. Pur nella diversità delle forme procedurali di conclusione dell'accordo telematico in generale, con riferimento specifico

---

mente potuto attendersela, salvo che quella parte l'abbia espressamente accettata. Nel determinare se una clausola abbia tale carattere si dovrà tenere conto del suo contenuto, della sua formulazione, linguistica e presentazione grafica ».

<sup>(53)</sup> A.M. GAMBINO, *L'accordo telematico*, cit., p. 288 ss.

<sup>(54)</sup> A.M. GAMBINO, *L'accordo telematico*, cit., p. 70 ss., spec. p. 83.

<sup>(55)</sup> A.M. GAMBINO, *op. loc. ult. cit.*

al procedimento di formazione del contratto virtuale in senso stretto, si può rinvenire un dato comune caratterizzante la categoria: la manifestazione univoca del consenso alla conclusione dell'accordo da parte dell'oblatore avviene mediante accesso al sito *web* e successiva pressione del *tasto negoziale virtuale* <sup>(56)</sup>: si tratta degli accordi « *point and click* » o « *click-through* » di derivazione statunitense.

8. – Il contratto virtuale in senso stretto si perfeziona mediante pressione del *tasto negoziale virtuale*: detto *procedimento formativo-forma* costituisce nella prassi del commercio elettronico la modalità maggiormente ricorrente di manifestazione del consenso alla conclusione dell'accordo virtuale. All'adesione pura e semplice si affianca la variante procedimentale e formale in cui l'accordo si perfeziona a seguito del comportamento esecutivo concludente – *ex art. 1327 c.c.* – consistente nell'atto solutorio dell'invio del numero della carta di credito: in tal caso il *tasto negoziale virtuale* svolge la funzione del pronto avviso al proponente. Si tratta, a questo punto, di indagare *ex funditus* la natura e l'efficacia giuridica del *tasto negoziale virtuale*. Dob-

---

<sup>(56)</sup> L'espressione "tasto negoziale virtuale" è stata coniata e utilizzata per la prima volta nella dottrina italiana dallo scrivente: mi sia consentito rinviare al mio scritto *La conclusione dei contratti "online"*, in TOSI (a cura di), *I Problemi giuridici di Internet*, 1<sup>a</sup> ed., Milano 1999, p. 20. Detto termine costituisce rielaborazione – attualizzata nel contesto della contrattazione telematica nello spazio virtuale – dell'espressione "tasto negoziale" *tout court*, originariamente dovuta a V. FRANCESCHELLI, *Computer e diritto*, Rimini 1989, p. 165 – con riferimento alla licenza di utilizzo di *software*. Quest'ultimo Autore con il termine "tasto negoziale" si riferiva alla prassi commerciale – di dubbia rilevanza giuridica – di certe *software house* di consentire l'utilizzo di un dato programma solo in conseguenza della lettura a video del *computer* delle condizioni di licenza d'uso e accettazione delle stesse mediante successiva pressione di un *tasto* per proseguire nell'utilizzo normale del programma. Alla pressione – peraltro necessitata dal *tasto* – la *software house* tentava di attribuire contenuto negoziale tipico di adesione alle condizioni di licenza di utilizzo. Si osservi, però, che il "tasto negoziale virtuale" presenta caratteristiche differenti dal "tasto negoziale" sopra menzionato. Mentre, infatti, nel caso del "tasto negoziale virtuale" – od *online*, che dir si voglia – le condizioni generali del contratto – che possono riferirsi a qualsiasi accordo di scambio di beni o servizi nell'ambito del commercio elettronico – appaiono – normalmente – al momento della conclusione del contratto, nella prassi del "tasto negoziale" relativa all'approvazione di condizioni generali di licenza d'uso l'utilizzatore viene a conoscenza delle stesse solo successivamente alla conclusione del contratto di vendita del supporto magnetico. Pertanto, mentre al meccanismo del "tasto negoziale" successivo alla conclusione del contratto non sembra possibile accordare rilevanza giuridica, a diverse conclusioni – riportate nel testo – si deve giungere in relazione al comportamento concludente del "tasto negoziale" *online* essendo, in questo caso, il regolamento contrattuale contenuto nelle condizioni generali del contratto portato a conoscenza del navigatore al momento della conclusione del contratto e non successivamente. Sul tema si vedano: TOSI, *Il contratto virtuale*, cit., p. 319 ss.; cui *adde* da ultimo TOSI, *Contratti informatici, telematici e virtuali*, cit., p. 219 ss.

biamo, innanzitutto, domandarci entro quali limiti – se esistenti – il comportamento consistente nella pressione del mero tasto negoziale virtuale possa essere considerato giuridicamente rilevante e vincolante <sup>(57)</sup>. La rilevanza negoziale attribuibile al comportamento consistente nella pressione del c.d. tasto negoziale virtuale è innegabile: *infra* ne definiremo i limiti. Si tratta ora, innanzitutto, di qualificare correttamente tale atto – in ossequio alla bipartizione classica – quale manifestazione di volontà <sup>(58)</sup>:

- espressa (*significazione per simboli*) oppure
- tacita (*significazione per segnali*).

Si è osservato in dottrina che « anche la nota distinzione tra significazione per simboli e significazione per segnali urge una rimeditazione con riferimento al *linguaggio dei computer*. Infatti, se all'apparenza non poche analogie appaiono tra la “schermata” (ciò che si vede sul video) ed il documento cartaceo, sì da presumerli omogenei, nonché, proprio nella fase della conclusione del meccanismo contrattuale, tra la “cliccata” su un simbolo ed i tradizionali momenti finali di esternazione della volontà concludente nella contrattazione di massa (gesto convenzionale, cenno della mano), più arduo è individuare i segnali relativi ad un comportamento concludente. Ciò si verifica sia quando nella schermata si aprono successive “finestre” virtuali, che

---

<sup>(57)</sup> A.M. GAMBINO, *L'accordo telematico*, cit., pp. 136-138, con riferimento al meccanismo dell'accesso al sito osserva che « Il momento della digitazione della richiesta di invio della merce da parte dell'acquirente merita approfondimento per l'apparente, indiscussa valenza di vincolatività che comporta, tanto nel sistema di *civil law*, in cui il coerente inquadramento in termini di proposta dell'offerta telematica designerebbe l'impulso dell'utente quale accettazione, quanto nella *common law*, in cui questa varrebbe – quantomeno – come ordine di acquisto. La prima prospettiva, per quanto detto, appare preferibile (...). L'idea, perciò, che nel telematico, possa incidere un'interattività, nel senso di *reciproca libera attivazione della decisione del contenuto del contratto*, urterebbe – come si è accennato – contro il significato stesso di accettazione. L'assunto – qui condiviso – che ci si trovi innanzi a uno o più offerte del venditore, cosicché ai fini della conclusione del contratto sia necessario un mero assenso dell'acquirente è, invece, confermato proprio dai sistemi di invio telematico dell'ordine dell'utente, spesso in uno con l'attuazione delle modalità di pagamento. Infatti, accanto a modalità tradizionali, come il pagamento della merce alla consegna, si sono sviluppate forme di pagamento, che per la loro “irreversibilità” si atteggiano da indizio sulla definitività del consenso prestato dall'utente (...). La digitazione dei dati della carta di credito del cliente, con i quali il venditore invia per l'incasso all'emittente una nota di spesa: la banca dovrebbe così desumere l'autorizzazione del debitore ad effettuare il pagamento. Quest'ultimo rappresenta oggi l'*Idealtypus* di pagamento nell'*electronic commerce* ».

<sup>(58)</sup> Sulla distinzione tra significazione per simboli e significazione per segnali si veda GIAMPICCOLO – *Note sul comportamento concludente*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, p. 781 – secondo cui: « Il simbolo evoca l'immagine ideale del fatto significato e fa appello anzitutto alla fantasia dell'osservatore; il segnale ne fornisce un indizio e agisce per via razicinio ».

richiedono l'interazione dell'utente, sia, quando, per di più, l'accordo si consacri attraverso l'interrelazione di più *media*. È poi soprattutto con riguardo alla frequente comunicazione telematica per simboli che, alla luce della sua asserita *subalternità* alla comprensibilità da parte dell'utente, è necessario discernere l'esistenza o meno di una tacita convenzione. Questa potrebbe desumersi *ipso facto* dall'utilizzo degli strumenti stipulatori elettronici »<sup>(59)</sup>. Sul punto si è affermato di « considerare giuridicamente rilevante sotto il profilo formale quanto sia oggettivamente (non necessariamente socialmente) riconoscibile dall'altra parte » e ritenuto che « quando il legislatore non abbia previsto una determinata forma, perché quella liberamente scelta possa ritenersi un idoneo *vestmentum* della dichiarazione negoziale, occorre che l'altra parte sia messa in grado di riconoscerla e quindi di valutarla appieno »<sup>(60)</sup>. Si è rilevato, inoltre, che « il sistema deve esprimersi come un linguaggio universale, il linguaggio telematico (...). È un linguaggio imposto dall'autoreferenzialità di un sistema tecnico che non può permettersi mediazioni esterne con altri linguaggi e con altri simboli o segni; né può tollerare *input* diversi da quelli relativi alla sua utilizzazione ed incidenti, invece, sulle sue regole di produzione. Si registra così una mutazione dei linguaggi comunicativi sui quali il codice civile ha costruito la sua rappresentazione del mercato degli scambi e delle operazioni economiche e le sue regole precettive »<sup>(61)</sup>. Il linguaggio telematico e la pressione del tasto negoziale virtuale per comunicare l'adesione in senso stretto alla proposta contrattuale *standard*, divengono quindi – in quanto prescelti dal proponente-predisponente come modalità necessaria per la manifestazione di volontà *ex art. 1326, comma 4°, c.c.* – forma telematica atipica predisposta unilateralmente dalla parte « forte » ed *implicitamente* accettata dall'oblato che detta forma utilizza per l'adesione. Il riferimento all'art. 1326, comma 4°, non è peregrino: detta norma attribuisce, infatti, il potere al proponente di scegliere unilateralmente, di predisporre, la forma – *rectius* la lingua e il codice convenzionale di comunicazione – da utilizzare per manifestare la volontà di accettare<sup>(62)</sup>. Non sembra contestabile che – stando all'attuale definizione ampia di firma elettronica di base contenute nel CAD – possa essere annoverata nella categoria in parola il *tasto negoziale virtuale*. Conseguentemente – per quanto rile-

<sup>(59)</sup> Così A.M. GAMBINO, *L'accordo telematico*, Milano, 1997, p. 11 ss.

<sup>(60)</sup> CLARIZIA, *Informatica e conclusione del contratto*, cit., p. 84 ss.

<sup>(61)</sup> CAMARDI, *Contratto e rapporto nelle reti telematiche*, in RICCIUTO - ZORZI (a cura di), *Il contratto telematico*, cit., pp. 4-5.

<sup>(62)</sup> Sul tema della dichiarazione contrattuale e della comunicazione linguistica ed in particolare sul potere di predisposizione unilaterale – da parte del proponente – della forma e della lingua dell'accettazione si veda per tutti MEMMO, *Dichiarazione contrattuale e comunicazione linguistica*, Padova, spec. p. 87 ss.

va ai fini procedimentali – detta interpretazione rafforza la qualificazione del tasto negoziale virtuale quale *manifestazione espressa* della volontà. La comunicazione telematica costituisce un modello comunicazionale per simboli e segnali. Nel caso specifico dell’offerta virtuale predisposta mediante la piattaforma tecnologica del *world wide web*, si ritiene prevalente il modello comunicazionale per simboli, costituito da lingua e codici iconici convenzionali strutturati in base allo schema dell’ipertesto. Non sembra, infatti, contestabile né la riconoscibilità del mezzo comunicazionale a livello sociale da parte degli utilizzatori della rete né a livello individuale da parte del destinatario. L’interpretazione della « schermata » deve – alla luce delle peculiarità del mezzo di comunicazione – tenere conto non solo del significato attribuibile alle indicazioni in essa contenute ma anche del contesto peculiare in cui essa viene presentata, che è appunto il *contesto telematico* dello *spazio virtuale*. L’attribuzione di significato alla *scrittura privata telematica*, al *contratto virtuale*, risulta circoscritto da un duplice ordine di limiti: da un lato, il senso attribuito da chi ha predisposto la piattaforma negoziale e dall’altro, quello desumibile dall’affidamento creato nel destinatario.

Il margine residuo di difetto comunicazionale <sup>(63)</sup> risulta correttamente assorbito dal *rischio informatico* posto a carico dell’utente telematico in base al più generale principio dell’auto-responsabilità <sup>(64)</sup>. L’enunciazione dell’assunzione del *rischio informatico* per effetto del *principio di auto-responsabilità*, consente, quindi, con riferimento al codice iconico del linguaggio telematico, di prospettare agevolmente, nella contrattazione telematica, una *presunzione di conoscenza* della semantica telematica che il contraente telematico – edotto o meno del linguaggio in parola – si accolla nel momento in cui decide liberamente di accedere al mercato virtuale. Regole del mercato e fenomeno della predisposizione negoziale indeboliscono la centralità del con-

---

<sup>(63)</sup> L’art. 4.1 dei principi Unidroit statuisce: « Un contratto deve essere interpretato secondo la comune intenzione delle parti. Se tale intenzione non può essere determinata il contratto deve essere interpretato secondo il significato che persone ragionevoli della stessa qualità delle parti avrebbero ad esso attribuito nelle medesime circostanze ».

<sup>(64)</sup> « Qui sta anche il fondamento dell’auto-responsabilità che ne consegue. Ciò che ci fa responsabili dinanzi a noi stessi della situazione in cui veniamo a trovarci coi nostri atti è il fatto di essercene resi conto, e così di averne potuto prevedere e misurare le conseguenze » (BETTI, *Teoria del negozio giuridico*, cit., p. 616). Sul tema degli oneri del destinatario si veda R. SACCO – *Il contratto*, cit., p. 1993, 141, nota 1 – secondo cui « (...) Il campo è dominato dalla regola della buona fede. Se la lingua naturale dei contraenti è la medesima, e il dichiarante volutamente usa una lingua diversa, che il destinatario non conosce, quest’ultimo non è obbligato a fare la benché minima ricerca. Il caso è diverso se il dichiarante, che non parla la lingua del destinatario, crede che quest’ultimo capisca o se il dichiarante non ha la possibilità di utilizzare un interprete e così via ».

senso – che degradano progressivamente verso l’atto di adesione, pur sempre negoziale – ma non la escludono del tutto permanendo sempre la libertà, appunto, di non aderire. La mera pressione del tasto negoziale virtuale – non accompagnata da ulteriori comportamenti – sembra, in conclusione, correttamente riconducibile – in quanto codice linguistico simbolico non verbale, *iconico*, socialmente rilevante – alla manifestazione di accettazione espressa mediante dichiarazione. Il codice alfabetico del linguaggio umano e il codice iconico basato su simboli del linguaggio telematico ipertestuale – pur comprensibilmente diversi tra loro – sono, infatti, entrambi strumenti linguistici in senso ampio <sup>(65)</sup>. Conclusione – nel senso della *natura dichiarativa* della pressione del *tasto negoziale virtuale* – confortata anche dalla scelta normativa comunitaria e nazionale dell’ambito definitorio della *firma elettronica debole*, categoria in cui detto procedimento tecnico – *virtuale* – di *adesione in senso stretto* può essere assimilato. A tutela dei consumatori la nuova dir. Ue 25 ottobre 2011, n. 83 stabilisce – con riferimento ai contratti a distanza conclusi con mezzi elettronici – che “*se l’inoltro dell’ordine implica di azionare un pulsante o una funzione analogo, il pulsante o la funzione analogo riportano in modo facilmente leggibile soltanto le parole “ordine con obbligo di pagare” o una formulazione corrispondente inequivocabile indicante che l’inoltro dell’ordine implica l’obbligo di pagare il professionista*” (art. 8.2 - dir. 2011/83). Se il fornitore non osserva tale prescrizione informativa, il consumatore non è vincolato dal contratto o dall’ordine (art. 8.2 - dir. 2011/83). La pressione del tasto negoziale virtuale associata all’invio dei numeri della carta di credito – fattispecie ricorrente nella prassi negoziale del commercio elettronico – sembra, invece, essere assorbita dalla *vis attractiva* della *manifestazione implicita* dell’accettazione mediante comportamento concludente esecutivo ex art. 1327 c.c. In tal caso la pressione del tasto negoziale virtuale sembra rilevare quale *pronto avviso* ex art. 1327, comma 2°, c.c. Altra dottrina ritiene, invece, che la fattispecie in esame integri un *tertium genus* consistente nell’accettazione con contestuale inizio dell’esecuzione <sup>(66)</sup>.

Si ritiene, pertanto, di poter concludere nel senso della natura *atipica* del tasto negoziale virtuale sotto il duplice concorrente profilo del procedimento formativo e della forma – volontaria – per la validità del contratto virtuale in senso stretto.

9. – L’asimmetria di potere contrattuale tra le parti – caratteristica della contrattazione telematica *non negoziata* del contratto virtuale in senso stret-

<sup>(65)</sup> Si veda SIMONE, *La terza fase – Forme di sapere che stiamo perdendo*, Roma-Bari, 2000, p. 73.

<sup>(66)</sup> BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale*, cit., pp. 75-76.

to – trova un primo rimedio ordinamentale nel sistema di *equilibrio normativo* introdotto con il sistema delle *clausole abusive* nella contrattazione con i consumatori <sup>(67)</sup>. Nonostante la forza espansiva della normativa consumeristica a protezione della contrattazione asimmetrica in generale, non si può prescindere da una “sogettivizzazione” dei termini del problema.

Occorre, infatti, distinguere tra contratti virtuali con i consumatori e contratti tra “professionisti”.

Nel primo caso – contratti tra “professionisti” e consumatori – si applica la *tutela sostanziale* di cui al disp. comb. degli artt. 33, 34 e 36 del Codice del Consumo, in base al quale si considerano *presunte abusive* – e quindi nulle – sino a prova contraria *ex art. 33.2* del Codice del Consumo una serie di clausole (c.d. *gray list*) aventi per effetto quello di alterare significativamente l’equilibrio dei diritti e degli obblighi del contratto <sup>(68)</sup> a danno del consumatore e abusive *iuris et de iure* (art. 1469 *quinquies*, comma 2°, c.c.) – e quindi nulle *ipso iure* <sup>(69)</sup> quelle clausole (c.d.

---

<sup>(67)</sup> Si è osservata in dottrina l’inopportunità di utilizzare indifferentemente i termini “clausole vessatorie” e “clausole abusive” in tema di contratti con i consumatori essendo la prima locuzione da adoperare elettivamente in relazione alla norma sulle condizioni generali di contratto: così BUSNELLI, *Una possibile traccia per una analisi sistematica della disciplina delle clausole abusive* in BIANCA-BUSNELLI, *Comm. al capo XIV bis del Codice Civile: dei contratti del consumatore*, in *Nuove leggi civ. comm.* 1997, p. 767.

<sup>(68)</sup> Sull’autonoma rilevanza dello squilibrio normativo rispetto a quello economico si vedano G. OPPO, *Lo « squilibrio » contrattuale tra diritto civile e diritto penale*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 536 ss.; V. RIZZO, *Trasparenza e “contratti del consumatore”*, Napoli 1997, p. 107 ss.

<sup>(69)</sup> Si vedano in tal senso: BARENGHI, *I contratti per adesione e le clausole vessatorie*, in LIPARI, *Tratt. dir. priv. Europeo*, III – *L’attività e il contratto*, Padova 2003, p. 340 secondo cui con riferimento alle clausole, comunque vessatorie, di cui all’art. 1469 *quinquies*, comma 2°, c.c. « non è necessaria la prova dello squilibrio significativo che, in questi casi, la legge presume in modo assoluto, ma neppure giova la dimostrazione di un’eventuale trattativa » e ancora « la presunzione di vessatorietà non assume carattere tecnico, consistendo il significativo squilibrio, da cui essa in generale, consegue, in un giudizio e non in un fatto » (*op. cit.*, p. 341); S. PATTI, *Le condizioni generali di contratto e i contratti del consumatore*, in E. GABRIELLI, *I contratti in generale*, I, *Tratt. Rescigno*, Torino 1999, p. 349; F.D. BUSNELLI, *Una possibile traccia per una analisi sistematica della disciplina delle clausole abusive*, cit., p. 759 ss.; CECERE, *Art. 1469-bis c.c.*, in BARENGHI (a cura di), *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, Napoli 1996, p. 66; ASTONE, *Art. 1469-quinquies c.c.*, in BARENGHI (a cura di), *op. cit.*, p. 198; CARLEO, *Art. 1469-quinquies c.c.: inefficacia*, in G. ALPA-S. PATTI, *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, in *Comm. Schlesinger*, diretto da Busnelli, Milano 2003, p. 1065 ss., spec. p. 1071, nota 10. Corre l’obbligo di segnalare che – secondo parte autorevole ma minoritaria della dottrina – le clausole della c.d. “lista nera” (art. 1469 *quinquies*, comma 2°, c.c.) non dovrebbero considerarsi per ciò solo colpite dalla sanzione d’inefficacia-nullità: diversamente non avrebbe senso che le stesse clausole siano ricomprese nell’elenco di quelle che semplicemente “si presumono” (ma non è detto che necessariamente siano) vessatorie. L’effetto della duplice pre-

*black list*) che, pur essendo state oggetto di trattativa individuale, abbiano per oggetto o per effetto di:

- escludere o limitare la responsabilità del “professionista” in caso di morte o danno alla persona del consumatore, risultante da un fatto o un’omissione del “professionista”;
- escludere o limitare le azioni del consumatore nei confronti del “professionista” o di un’altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del “professionista”;
- prevedere l’adesione del consumatore come estesa a clausole che non ha avuto, di fatto, la possibilità di conoscere prima della conclusione del contratto.

Nel secondo caso – contratti tra imprenditori – si applica la *tutela formale* di cui al disp. comb. degli artt. 1341, comma 2°, e 1229 c.c., in base al quale si considera nulla qualsiasi clausola che, pur essendo stata oggetto di specifica approvazione per iscritto, limiti preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o per colpa grave. Per i contratti conclusi tra soli “professionisti” resterà, quindi, applicabile la disciplina previgente in materia di contratti *standard* che si esaurisce nell’approvazione formale della clausola vessatoria mediante sottoscrizione specifica (doppia sottoscrizione) nei limiti di cui all’art. 1229 c.c. È di tutta evidenza che la tutela assicurata al consumatore dall’art. 33 del Codice del Consumo è più ampia di quella assicurata ai “professionisti” dall’art. 1229 c.c.: si escludono, infatti, anche le clausole di esonero per colpa lieve. Si reputerà perciò vessatoria – con riferimento al consumatore – la clausola che esclude la garanzia per vizi – ignoti al venditore – sul funzionamento della cosa oppure quella che in caso di inadempimento stabilisca un massimale dell’importo risarcibile. Particolare attenzione dovrà, quindi, essere posta dagli intermediari del commercio elettronico nella redazione di contratti compatibili con la normativa a tutela dei consumatori introdotta dal Codice del Consumo (artt. 33 ss.). Siano consentite due brevi osservazioni in ordine all’applicabilità della normativa di cui agli artt. 33 c. cons. ss. tenuto conto delle specificità del mezzo tecnico utilizzato. Innanzitutto, secondo l’*id quod plerumque accidit*, le modalità

---

visione, quindi, è quello di impedire che il professionista possa ricorrere, per vincere la presunzione di vessatorietà, alla prova delle “trattative” di cui la clausola può essere stata oggetto tra le parti. Ma ciò non esclude che detta prova (di assenza della vessatorietà) possa essere fornita *aliunde*, se il professionista riesce a dimostrare che, in concreto, la clausola non induce un significativo squilibrio a danno del consumatore: si esprimono in tal senso V. ROPPO, *La recezione della disciplina europea delle clausole abusive (“vessatorie”) nei contratti fra professionisti e consumatori: art. 1469 bis e ss. c.c.*, in *Europa e Diritto privato*, 1996, II, p. 99 ss., spec. p. 128-129; DE NOVA, *Le clausole vessatorie*, Milano 1996, p. 228; e BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto tra legge e volontà delle parti*, cit., p. 178.

tecniche di offerta commerciale attra – verso un sito *web* su *Internet* sono incompatibili con la trattativa individuale: il *contratto virtuale* in senso stretto è, infatti, contratto *non negoziato*. Pertanto, non pare – normalmente – applicabile l’art. 34.4 c. cons. che prevede l’esclusione della vessatorietà di clausole o elementi di clausola, a ragione della loro negoziazione con il consumatore. In secondo luogo, le modalità tecniche multimediali di offerta commerciale tramite sito *web*, consentendo una sempre più accurata descrizione dell’oggetto dell’offerta, consentono di escludere – normalmente – la valutazione di vessatorietà per difetto di chiarezza e comprensibilità dell’oggetto dell’offerta di cui all’art. 34.2 c. cons. Per i “professionisti” resterà, invece, applicabile la disciplina previgente in materia di contratti *standard* che si esaurisce nell’approvazione formale della clausola vessatoria mediante sottoscrizione specifica (doppia sottoscrizione) nei limiti, già accennati, di cui all’art. 1229 c.c. Si pone, a questo punto, il problema dell’efficacia delle clausole vessatorie stipulate mediante *Internet*, dunque, in forma informatica-telematica. Il requisito formale della specifica sottoscrizione per iscritto non può essere soddisfatto dal semplice scambio di dichiarazioni negoziali elettroniche mediante *posta elettronica* o pressione di icone ipertestuali – *tasto negoziale virtuale* – evocative del consenso: occorre un’espressa previsione di legge che equipari la forma informatica-telematica – osservante determinati requisiti tecnici – alla forma scritta. Da questa premessa discendono due corollari. Innanzitutto, la non vincolatività di clausole vessatorie negoziate solo telematicamente mediante utilizzo della *forma informatica-telematica atipica*. In secondo luogo, la necessità – per rendere le *clausole vessatorie* efficaci – di ricorrere:

(iii) con riferimento agli atti di cui all’art. 1350 c.c., numeri da 1) a 12), alla *forma informatica-telematica tipica* della sola *firma elettronica qualificata o digitale* (art. 21.2 *bis*, primo periodo del d. lgs. n. 82/2005, c.d. CAD);

(iv) con riferimento agli atti di cui all’art. 1350 c.c., numero 13): alla *forma informatica-telematica tipica* della *firma elettronica qualificata o digitale* oltre che alla *firma elettronica avanzata* (art. 21.2 *bis*, secondo periodo del d. lgs. n. 82/2005, c.d. CAD);

(v) alla ripetizione del contratto in forma scritta mediante i normali mezzi di trasmissione e sottoscrizione.

Si è osservato in dottrina<sup>(70)</sup> che anche per le clausole vessatorie dei contratti del consumatore si potrebbe porre la necessità della specifica approvazione per iscritto *ex art.* 1341 c.c., quando venga superata la presunzione di vessatorietà e tuttavia si tratti di clausola ricompresa nell’elenco di

---

(70) MAIORCA, *Tutela dell’aderente e regole di mercato nella disciplina generale dei “contratti del consumatore”*, Torino 1998, p. 48.

cui al citato art. 1341, comma 2°, c.c. In conclusione, quindi, si possono delineare tre scenari normativi disciplinanti rispettivamente i contratti B2B, B2C e C2C. Per quanto riguarda i *contratti tra imprenditori*, l'approvazione di clausole vessatorie deve sottostare – pena l'inefficacia – alla forma scritta richiesta dall'art. 1341 c.c. che può essere soddisfatta anche nello spazio virtuale mediante apposizione delle firme elettroniche qualificate – in particolare della firma digitale – prevista dal CAD. Per quanto riguarda i *contratti con i consumatori*, la tutela dalle clausole abusive e presunte abusive ai sensi degli artt. 33 ss. c. cons. viene assicurata anche nello spazio virtuale, pur in difetto dell'apposizione di firma digitale che può essere rilevante solo nel caso di superamento della presunzione di abusività, di clausola rientrante nell'elencazione di cui all'art. 1341, comma 2°, c.c. Infine, relativamente ai *contratti tra consumatori (C2C)* si applica la normativa comune – il c.d. diritto civile della rete – costituito dalle regole generali in materia di formazione e conclusione del contratto – *civile* – non espressamente riservate ai rapporti commerciali (contratti bilateralmente d'impresa) o tra “professionisti” e consumatori (contratti unilateralmente d'impresa con i consumatori o semplicemente contratti con i consumatori). Il sistema di protezione del consumatore basato sull'*equilibrio normativo* delineato dal diritto contrattuale comune – novellato dal diritto comunitario – disvela il configurarsi di un nuovo *paradigma contrattuale* che segna il passaggio dal contratto negoziato tra le parti al *contratto giusto* non negoziato ma equilibrato nel contenuto in quanto sottoposto alle regole oggettive di abusività *iuris tantum* e *iuris et de iure* rispettivamente delle clausole della *lista grigia* e della *lista nera* di derivazione comunitaria.

10. – L'elemento formale – come si è osservato in dottrina – non è più compiutamente descrivibile mediante ricorso alla classica dicotomia definitoria di forma *ad substantiam* e forma *ad probationem*: la rinnovata valenza del formalismo contrattuale nella normativa speciale – *neoformalismo negoziale* <sup>(71)</sup> – anche per effetto dei recenti numerosi interventi di deriva-

---

<sup>(71)</sup> N. IRTI, *La rinascita del formalismo e altri temi*, in *Idola Libertatis*, Milano 1985, e ora in *Studi sul formalismo negoziale*, Padova 1997; P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli 1986; DI MARZIO, *Riflessioni sulla forma nel nuovo diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 395; e da ultimo MASUCCI, *La forma del contratto*, in N. LIPARI (a cura di), *Tratt. dir. priv. europeo*, Padova 2003, p. 199, rileva – a proposito del c.d. neoformalismo negoziale – che: « diviene più sfumata la distinzione tra forma dell'atto contrattuale e forma dell'attività contrattuale, nella misura in cui le prescrizioni formali intese nel senso più ristretto – in breve l'adozione della forma scritta per il contratto stipulando – sono soltanto uno degli aspetti del neoformalismo introdotto dalla normativa comunitaria, la quale ha cura di disciplinare attraverso la forma, la trasparenza, la pubblicità e la pubblicizzazione delle

zione comunitaria – consente di superare il dualismo funzionale “esistenza o prova” dell’accordo “per approdare ad un’elastica configurazione che si ricollega ora all’uno, ora all’altro fondamento” (72). Si pensi, in particolare, per quanto rileva ai fini della presente indagine, alla recente emersione – anche per effetto del recepimento interno di obblighi di derivazione comunitaria – delle *forme* con funzione di tutela del contraente debole: si tratta delle *forme di protezione*. Rientrano in tale categoria formale le forme previste per il soddisfacimento di obblighi informativi nella contrattazione asimmetrica – c.d. *forma informativa* (73) – e le forme previste per l’“esteriorizzazione” di una fattispecie procedimentale, c.d. *forma procedimentale*. Tema quest’ultimo trattato in sede di disamina della natura e della forma del consenso al trattamento dei dati personali: forma del consenso che – nel caso specifico dei dati sensibili – è solo un elemento della fattispecie procedimentale informativa – consenso – autorizzazione, funzionale alla “garanzia” dell’osservanza del procedimento autorizzatorio previsto dalla legge per il trattamento dei dati sensibili. La violazione delle regole procedurali non pone un problema di nullità del consenso, bensì di esistenza della fattispecie: la conseguenza della mancata acquisizione del consenso in forma scritta o della mancata documentazione è la qualificazione della illiceità del trattamento *ex art. 167, d. lgs. n. 196/2003* (74). Ma torniamo all’indagine relativa alla *forma informativa*, che qui specificamente ci occupa,

---

condizioni contrattuali, ogni modalità di sollecitazione della domanda sul mercato e quindi ogni modalità di esplicitazione del contenuto rilevante della negoziazione ».

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

(73) Sulla c.d. *forma informativa* si veda ANDRINI, *Forma contrattuale, formalismo negoziale e documentazione informatica*, in *questa rivista*, 2001, p. 156; e da ultimo PAGLIANTINI, *La forma informativa degli scambi senza accordo: l’indennità d’uso del bene tra recesso ed abuso del consumatore (a proposito di Corte Giust. CE 3 settembre 2009, C-489/07)*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, p. 281 ss.

(74) SICA, *Atti che devono farsi per iscritto: art. 1350 c.c.*, cit., p. 32.

e alla *mera documentazione* dell'obbligo informativo nella contrattazione asimmetrica. Forma informativa e documentazione dell'obbligo non devono essere confusi, essendo assolutamente autonomi tra loro. La *forma informativa* ricorre quando l'obbligo informativo viene soddisfatto incidendo direttamente sul contenuto informativo minimo necessario del contratto. La protezione di detto obbligo viene assicurata con l'osservanza della forma scritta per la valida formazione del contratto: trattasi, si ribadisce, di *forma di protezione* del contraente debole. In tal caso la forma scritta - con funzione di garanzia del contenuto informativo minimo - entra a far parte della struttura del contratto, che da debole diviene forte secondo la ben nota lettura irtiana <sup>(75)</sup>. La *forma informativa* attiene alle regole di formazione del contratto e condiziona sin dalla genesi il mezzo espressivo della dichiarazione negoziale e il contenuto informativo minimo necessario del contratto. Infine, la *forma informativa* non consente alternative alla *forma scritta*, fatta eccezione per la firma digitale e le altre firme elettroniche qualificate riconosciute *ex post*, dal giudice competente nel caso concreto, equipollenti alla forma scritta ai sensi del CAD.

La *mera documentazione dell'obbligo informativo* ricorre, invece, quando non vi è interferenza con la forma - contenuto informativo necessario - del contratto. L'obbligo di documentazione dell'informativa contrattuale attiene, infatti, non alla formazione bensì alla fase esecutiva: il contratto si è già validamente formato senza vincoli di forma e proprio per effetto della valida conclusione sorge l'obbligo citato. Infine, l'obbligo di documentazione dell'informativa non richiede per essere assolto l'utilizzo della forma scritta essendo sufficiente il documento scritto e non sottoscritto come pure mezzi espressivi alternativi equipollenti, quali per esempio il documento informatico, anche privo di firma elettronica. La linea di tendenza dominante, emergente dalla lettura della normativa speciale a tutela del consumatore, pare orientata verso la progressiva affermazione della *forma informativa* scritta - a pena di nullità del contratto - quale forma di protezione del contenuto informativo minimo necessario a garanzia del consumatore <sup>(76)</sup>: la contestualità del vin-

---

<sup>(75)</sup> IRTI, *Strutture forti e strutture deboli*, in *Idola Libertatis*, cit., p. 145 ss.

<sup>(76)</sup> DI SABATO, *Il documento contrattuale*, cit., p. 88, secondo cui « dal complesso di queste norme si può desumere l'esistenza di un principio generale in virtù del quale il contenuto del contratto da sottoporre al contraente debole deve, non solo essere indicato per iscritto, ma altresì essere puntualmente determinato, quanto meno in relazione agli elementi che più significativamente incidono sulla consistenza economica dell'affare ed essere espresso in termini chiari, facilmente comprensibili e non suscettibili di equivoci. A tale principio, a nostro avviso, devono uniformarsi tutti i contratti che coinvolgono un operatore professionale ed un consumatore, al di là dell'espressa ricorrenza in tal senso ».

colo di contenuto e del vincolo formale sembra caratterizzare nettamente la contrattazione *asimmetrica* di massa <sup>(77)</sup>.

*Forma informativa* richiedono, infatti, a titolo esemplificativo:

- i contratti bancari e quelli di credito al consumo (art. 117, comma 1°, e 124, comma 1°, TUB),
- i contratti di servizi finanziari (art. 23 T.U.F.),
- i contratti per la vendita di pacchetti turistici (art. 6, comma 1°, d. lgs. n. 111/1995 ora abrogato e sostituito dall'art. 85.1 del Codice del Consumo di identico tenore),
- i contratti per la vendita di quote di multiproprietà (art. 3, comma 1°, d. lgs. n. 427/1998 ora abrogato e sostituito all'art. 71.1 del Codice del Consumo di identico tenore).

Non deve sorprendere l'obbligo *ex lege* di corrispondenza tra informazioni precontrattuali e contenuto informativo minimo, obbligatorio, del contratto. È pur vero, infatti, che la parte può in relazione a qualsiasi contratto far rilevare che il contenuto delle prestazioni ricevute - o dovute - non corrisponde alle informazioni preliminari ricevute - ricorrendone i rispettivi presupposti - mediante ricorso agli ordinari rimedi di diritto comune facendo valere la responsabilità precontrattuale (art. 1337 c.c.), la responsabilità contrattuale (artt. 1453 ss.), la nullità per indeterminatezza dell'oggetto (artt. 1346 e 1418 c.c.), l'annullamento del contratto per vizi del consenso per errore (artt. 1427 ss. c.c.) o dolo determinante (art. 1439 c.c.) e la manutenzione del contratto, in alternativa al risarcimento del danno, nel caso di dolo incidente (art. 1440 c.c.). In tal caso la parte che intende contestare che il contenuto delle prestazioni ricevute - o dovute - non corrisponde alle informazioni preliminari ricevute - dovrà, però, fornire adeguata prova sui seguenti profili e precisamente:

- a) informazioni preliminari ricevute;
- b) informazioni dolosamente omesse: reticenza;
- c) effettivo contenuto dell'accordo;

d) non corrispondenza dell'esecuzione. Onere della prova insormontabile, nella contrattazione di massa, in assenza di agevolazioni normative a favore del consumatore: l'imposizione del *contenuto informativo minimo* del contratto - conforme alle informazioni precontrattuali *ex lege* - risponde a tale logica protettiva e al *favor consumatoris*. La linea di tendenza sopra delineata - basata sul binomio *forma-contenuto informa-*

---

<sup>(77)</sup> DI SABATO, *Il documento contrattuale*, cit., p. 88, secondo cui sembrano discostarsi dal principio della forma scritta « i contratti stipulati fuori dei locali commerciali, in riferimento ai quali manca una espressa disposizione avente ad oggetto la forma e il contenuto minimo »; V. ROPPO, *Il contratto*, Milano 2001, p. 222.

*tivo minimo* <sup>(78)</sup> – non è, però, univoca potendo riscontrarsi nella normativa speciale il semplice ricorso all’obbligo di documentazione dell’informativa precontrattuale senza alcun riferimento espresso a vincoli normativi di contenuto: trattasi delle regolamentazioni speciali della contrattazione fuori dei locali commerciali, della contrattazione a distanza e della contrattazione nel commercio elettronico, disciplina quest’ultima non destinata esclusivamente ai consumatori: ai fini del presente studio analizzeremo in particolare i profili giuridici salienti delle ultime due. Il ricorso alla *forma scritta informativa* per garantire il raccordo tra obblighi informativi e contenuto minimo del contratto non è, quindi, strumento esclusivo di tutela della libertà negoziale del consumatore, ben potendosi perseguire identico scopo di riequilibrio della contrattazione – con effetti protettivi, ad avviso di chi scrive, meno efficaci – mediante ricorso allo strumento dell’informativa precontrattuale definita *ex lege* e al connesso obbligo di documentazione. Casi emblematici di difetto di correlazione tra obbligo informativo e *contenuto informativo minimo* sono dati dalla normativa in materia di contratti fuori dai locali commerciali, contratti a distanza e contratti nel commercio elettronico. Il quadro normativo – rilevante ai fini della presente trattazione – da considerare ai fini della corretta ricostruzione della *forma informativa* e della *mera documentazione dell’obbligo informativo*, è costituito, pertanto, dalla seguente normativa speciale di derivazione comunitaria:

– d. lgs. 15 gennaio 1992, n. 50 attuativo della dir. Ce 85/577, in materia di vendite negoziate fuori dei locali commerciali ora abrogato e sostituito dagli artt. 49 ss. del Codice del Consumo;

– d. lgs. 22 maggio 1999, n. 185 attuativo della Direttiva CE 97/7, in materia di contratti a distanza ora abrogato e sostituito dagli artt. 49 ss. del Codice del Consumo;

– d. lgs. 9 aprile 2003, n. 70 attuativo della dir. Ce 31/2000, in materia di servizi della società dell’informazione nel mercato interno, con particolare riferimento al commercio elettronico.

Si veda, da ultimo, anche la nuova dir. Ue 25 ottobre 2011, n. 83 sui diritti dei consumatori – che modifica le dir. Ce 93/13 in materia di clausole abusive e 99/44 in materia di vendita e garanzia di beni di consumo, oltre ad abrogare le dir. Ce 85/577 in materia di contratti negoziati fuori dei locali commerciali e 97/7 in materia di contratti a distanza: modalità della contrattazione – a distanza e fuori dei locali commerciali – ora disciplinate all’interno della nuova direttiva in parola.

Si tenga presente che gli obblighi informativi della dir. 2011/83 si ag-

---

<sup>(78)</sup> V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 224.

giungono a quelli preesistenti delle dir. Ce 2006/123 e 2000/31. Inoltre, in caso di conflitto tra una disposizione delle direttive da ultimo citate sul contenuto e le modalità di fornitura delle informazioni e la dir. Ue 2011/83 prevale quest'ultima (art. 8, dir. Ue 2011/83).

11. – Al contratto virtuale con i consumatori, in quanto contratto a distanza, si applicano, come già accennato le regole previste in tal senso dal Codice del Consumo. In relazione ai contratti a distanza – senza interferire con la forma del contratto per la validità – gli artt. 49 e 51 c. cons. definiscono un obbligo informativo dal contenuto inderogabile. Si disciplina, in tal caso, esclusivamente uno specifico obbligo informativo e *non* anche la forma del contratto a tutela del contenuto minimo di esso<sup>(79)</sup>. Il rilascio al consumatore del documento contrattuale informativo attiene, infatti, alla fase esecutiva di un contratto che non presuppone la forma scritta per la sua validità. Detto obbligo informativo – a carico del proponente beni o servizi a distanza – si articola in due fasi consequenziali con forme, funzioni e contenuti differenziati<sup>(80)</sup>:

a) *prima della conclusione* del contratto (art. 49 c. cons.); e

b) *prima dell'esecuzione* del servizio oggetto del contratto oppure al più tardi al momento della consegna del bene (art 51, comma 7° c. cons.).

L'obbligo informativo *anteriore alla conclusione* del contratto (art. 49 Codice del Consumo) si riferisce alla *fase informativa precontrattuale*, caratterizzata da libertà del mezzo espressivo – *rectius*, a forma libera – con funzione di protezione della corretta formazione del consenso negoziale. Il nuovo art. 49 del Codice del Consumo – come modificato dal d. lgs. 21 febbraio 2014, n. 21 attuativo della citata dir. Ue 25 ottobre 2011, n. 83 – stabilisce che prima che il consumatore sia vincolato da un contratto a distanza – o negoziato fuori dei locali commerciali o da una corrispondente offerta – il professionista fornisce al consumatore le informazioni seguenti, in maniera chiara e comprensibile<sup>(81)</sup>:

<sup>(79)</sup> DI SABATO, *Il documento contrattuale*, cit., p. 88.

<sup>(80)</sup> Si veda sull'argomento DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002, pp. 250-259.

<sup>(81)</sup> L'art. 49 – commi 8° e 9° – del c. cons. prevede – relativamente agli specifici obblighi informativi previsti per i contratti a distanza e per i contratti negoziati fuori dai locali commerciali – quanto segue:

(i) Gli obblighi di informazione si aggiungono agli obblighi di informazione contenuti nel d. lgs. 26 marzo 2010, n. 59, e successive modificazioni, e nel d. lgs. 9 aprile 2003, n. 70, e successive modificazioni, e non ostano ad obblighi di informazione aggiuntivi previsti in conformità a tali disposizioni;

(ii) Fatto salvo quanto previsto dal comma 8°, in caso di conflitto tra una disposizione

a) le caratteristiche principali dei beni o servizi, nella misura adeguata al supporto e ai beni o servizi;

b) l'identità del professionista;

c) l'indirizzo geografico dove il professionista è stabilito e il suo numero di telefono, di fax e l'indirizzo elettronico, ove disponibili, per consentire al consumatore di contattare rapidamente il professionista e comunicare efficacemente con lui e, se applicabili, l'indirizzo geografico e l'identità del professionista per conto del quale agisce;

d) se diverso dall'indirizzo fornito in conformità della lettera c), l'indirizzo geografico della sede del professionista a cui il consumatore può indirizzare eventuali reclami e, se applicabile, quello del professionista per conto del quale agisce;

e) il prezzo totale dei beni o dei servizi comprensivo delle imposte o, se la natura dei beni o servizi comporta l'impossibilità di calcolare ragionevolmente il prezzo in anticipo, le modalità di calcolo del prezzo e, se del caso, tutte le spese aggiuntive di spedizione, consegna o postali e ogni altro costo oppure, qualora tali spese non possano ragionevolmente essere calcolate in anticipo, l'indicazione che tali spese potranno essere addebitate al consumatore; nel caso di un contratto a tempo indeterminato o di un contratto comprendente un abbonamento, il prezzo totale include i costi totali per periodo di fatturazione; quando tali contratti prevedono l'addebitamento di una tariffa fissa, il prezzo totale equivale anche ai costi mensili totali; se i costi totali non possono essere ragionevolmente calcolati in anticipo, devono essere fornite le modalità di calcolo del prezzo <sup>(82)</sup>;

f) il costo dell'utilizzo del mezzo di comunicazione a distanza per la conclusione del contratto quando tale costo è calcolato su una base diversa dalla tariffa di base;

g) le modalità di pagamento, consegna ed esecuzione, la data entro la quale il professionista si impegna a consegnare i beni o a prestare i servizi e, se del caso, il trattamento dei reclami da parte del professionista;

h) in caso di sussistenza di un diritto di recesso, le condizioni, i termini e le procedure per esercitare tale diritto conformemente all'articolo 54,

---

del decreto legislativo 26 marzo 2010, n. 59, e successive modificazioni, e del d. lgs. 9 aprile 2003, n. 70, e successive modificazioni, sul contenuto e le modalità di rilascio delle informazioni e una disposizione della presente sezione, prevale quest'ultima.

<sup>(82)</sup> Se il professionista non adempie agli obblighi di informazione sulle spese aggiuntive o gli altri costi di cui al comma 1°, lettera e), dell'art. 49 del c. cons. – come pure sui costi della restituzione dei beni di cui al comma 1°, lettera i) – il consumatore non deve sostenere tali spese o costi aggiuntivi.

comma 1°, nonché il modulo tipo di recesso di cui all'allegato I, parte B <sup>(83)</sup>;

*i)* se applicabile, l'informazione che il consumatore dovrà sostenere il costo della restituzione dei beni in caso di recesso e in caso di contratti a distanza qualora i beni per loro natura non possano essere normalmente restituiti a mezzo posta;

*l)* che, se il consumatore esercita il diritto di recesso dopo aver presentato una richiesta ai sensi dell'articolo 50, comma 3°, o dell'art. 51, comma 8°, egli è responsabile del pagamento al professionista di costi ragionevoli, ai sensi dell'art. 57, comma 3°;

*m)* se non è previsto un diritto di recesso ai sensi dell'articolo 59, l'informazione che il consumatore non beneficerà di un diritto di recesso o, se del caso, le circostanze in cui il consumatore perde il diritto di recesso;

*n)* un promemoria dell'esistenza della garanzia legale di conformità per i beni;

*o)* se applicabili, l'esistenza e le condizioni dell'assistenza postvendita al consumatore, dei servizi postvendita e delle garanzie commerciali;

*p)* l'esistenza di codici di condotta pertinenti, come definiti all'art. 18, comma 1°, lettera *f)*, del presente Codice, e come possa esserne ottenuta copia, se del caso;

*q)* la durata del contratto, se applicabile, o, se il contratto è a tempo indeterminato o è un contratto a rinnovo automatico, le condizioni per recedere dal contratto;

*r)* se applicabile, la durata minima degli obblighi del consumatore a norma del contratto;

*s)* se applicabili, l'esistenza e le condizioni di depositi o altre garanzie finanziarie che il consumatore è tenuto a pagare o fornire su richiesta del professionista;

*t)* se applicabile, la funzionalità del contenuto digitale, comprese le misure applicabili di protezione tecnica;

*u)* qualsiasi interoperabilità pertinente del contenuto digitale con l'*hardware* e il *software*, di cui il professionista sia a conoscenza o di cui ci si può ragionevolmente attendere che sia venuto a conoscenza, se applicabile;

*v)* se applicabile, la possibilità di servirsi di un meccanismo extra-giudiziale di reclamo e ricorso cui il professionista è soggetto e le condizioni per avervi accesso.

---

<sup>(83)</sup> Le informazioni di cui al comma 1°, lettere *h)*, *i)* e *l)*, dell'art. 49 del c. cons. possono essere fornite mediante le istruzioni tipo sul recesso di cui all'allegato I, parte A. Il professionista adempie correttamente agli obblighi di informazione di cui al comma 1°, lettere *h)*, *i)* e *l)*, se ha presentato dette istruzioni al consumatore, debitamente compilate.

Gli obblighi di informazione precontrattuali, di cui all'art. 49, comma 1°, si applicano anche ai contratti per la fornitura di acqua, gas o elettricità, quando non sono messi in vendita in un volume limitato o in quantità determinata, di teleriscaldamento o di contenuto digitale non fornito su un supporto materiale. Nel caso di un'asta pubblica, le informazioni di cui al comma 1°, lettere *b*), *c*) e *d*), possono essere sostituite dai corrispondenti dati della casa d'aste. Le informazioni di cui al comma 1° dell'art. 49 del Codice del Consumo formano parte integrante del contratto a distanza – o del contratto negoziato fuori dei locali commerciali – e non possono essere modificate se non con accordo espresso delle parti. Nel caso di utilizzazione di tecniche che consentono una comunicazione individuale, le informazioni di cui al comma 1° sono fornite, ove il consumatore lo richieda, in lingua italiana. L'onere della prova relativo all'adempimento degli obblighi di informazione di cui alla presente sezione del Codice del Consumo incombe sul professionista. L'obbligo informativo *contrattuale* del contratto (art. 51, comma 7° c. cons.) si riferisce alla *fase informativa contrattuale, rectius, esecutiva del contratto già concluso* (solo con riferimento alla consegna di beni materiali; nel caso di servizi prima che l'esecuzione abbia avuto inizio), con funzione di protezione della libertà di dissentire dalle scelte negoziali già compiute esercitando il diritto di recesso previsto dall'art. 52, del nuovo Codice del Consumo. L'obbligo informativo in fase esecutiva deve essere reso al consumatore su un supporto durevole<sup>(84)</sup>: supporto che potrà essere, senza dubbio, tanto cartaceo quanto elettronico.

È stato, quindi, opportunamente eliminato l'equivoco riferimento alla conferma informativa mediante documento informativo reso “per iscritto” presente nel previgente testo dell'art. 53 del Codice del Consumo.

Più precisamente l'obbligo di comunicare *su supporto durevole* le informazioni di cui all'art. 53, comma 1°, c. cons. Si tratta di obbligo informativo confermativo, relativamente al contenuto informativo delineato dall'art. 49 c. cons. – già comunicato al consumatore, in altre forme, in fase precontrattuale: trattasi di mera *ripetizione* su supporto durevole – in attuazione dell'obbligo summenzionato – di informazioni già rese note al consumatore (art. 51, comma 7° c. cons.). L'obbligo informativo in parola ha per oggetto

---

<sup>(84)</sup> Ai sensi del nuovo dell'art. 51 comma 7° c. cons.: “Il professionista fornisce al consumatore la conferma del contratto concluso su un mezzo durevole, entro un termine ragionevole dopo la conclusione del contratto a distanza e al più tardi al momento della consegna dei beni oppure prima che l'esecuzione del servizio abbia inizio. Tale conferma comprende: *a*) tutte le informazioni di cui all'art. 49, comma 1°, a meno che il professionista non abbia già fornito l'informazione al consumatore su un mezzo durevole prima della conclusione del contratto a distanza; e *b*) se del caso, la conferma del previo consenso espresso e dell'accettazione del consumatore conformemente all'art. 59, lettera *o*)”.

– in particolare – la *disclosure* al consumatore del diritto recesso (elevato a 14 giorni, a fronte del previgente termine di 10 giorni e dell’originario termine di 7 giorni, per effetto della novella al Codice del Consumo del 2014 che qui si commenta sintenticamente) e delle modalità di esercizio ai sensi dell’art. 52 ss. c. cons. Relativamente ai contratti a distanza o negoziati fuori dei locali commerciali, il consumatore – ai sensi dell’art. 52 c. cons., fatte salve le eccezioni di cui all’art. 59 – può esercitare il diritto di recesso per un periodo di quattordici giorni senza dover fornire alcuna motivazione e senza dover sostenere costi diversi da quelli previsti all’art. 56, comma 2°, e all’arti. 57<sup>(85)</sup>. L’art. 53 c. cons. sanziona l’inadempimento dell’obbligo informativo in materia di diritto di recesso del consumatore statuendo che se in violazione dell’art. 49, comma 1°, lettera *h*), c. cons., il professionista non fornisce al consumatore le informazioni sul diritto di recesso, il periodo di recesso termina dodici mesi dopo la fine del periodo di recesso iniziale, come determinato a norma dell’art. 52, comma 2°<sup>(86)</sup>.

Quanto alla libertà espressiva, corre l’obbligo di precisare che detta libertà è, comunque, vincolata all’*adeguatezza* del mezzo espressivo scelto alla tecnica di comunicazione a distanza impiegata, ma anche alla capacità

---

<sup>(85)</sup> L’art. 52 c. cons. – disciplinante il diritto di recesso – stabilisce, inoltre, quanto segue: “2. Fatto salvo l’art. 53, il periodo di recesso di cui al comma 1° termina dopo quattordici giorni a partire: *a*) nel caso dei contratti di servizi, dal giorno della conclusione del contratto; *b*) nel caso di contratti di vendita, dal giorno in cui il consumatore o un terzo, diverso dal vettore e designato dal consumatore, acquisisce il possesso fisico dei beni o: 1) nel caso di beni multipli ordinati dal consumatore mediante un solo ordine e consegnati separatamente, dal giorno in cui il consumatore o un terzo, diverso dal vettore e designato dal consumatore, acquisisce il possesso fisico dell’ultimo bene; 2) nel caso di consegna di un bene costituito da lotti o pezzi multipli, dal giorno in cui il consumatore o un terzo, diverso dal vettore e designato dal consumatore, acquisisce il possesso fisico dell’ultimo lotto o pezzo; 3) nel caso di contratti per la consegna periodica di beni durante un determinato periodo di tempo, dal giorno in cui il consumatore o un terzo, diverso dal vettore e designato dal consumatore, acquisisce il possesso fisico del primo bene; *c*) nel caso di contratti per la fornitura di acqua, gas o elettricità, quando non sono messi in vendita in un volume limitato o in quantità determinata, di teleriscaldamento o di contenuto digitale non fornito su un supporto materiale, dal giorno della conclusione del contratto. 3. Le parti del contratto possono adempiere ai loro obblighi contrattuali durante il periodo di recesso. Tuttavia, nel caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali, il professionista non può accettare, a titolo di corrispettivo, effetti cambiari che abbiano una scadenza inferiore a quindici giorni dalla conclusione del contratto per i contratti di servizi o dall’acquisizione del possesso fisico dei beni per i contratti di vendita e non può presentarli allo sconto prima di tale termine”.

<sup>(86)</sup> Ai sensi dell’art 53 comma 2° c. cons. se il professionista fornisce al consumatore le informazioni di cui al comma 1° entro dodici mesi dalla data di cui all’art. 52, comma 2°, il periodo di recesso termina quattordici giorni dopo il giorno in cui il consumatore riceve le informazioni.

di veicolare le informazioni *in linguaggio semplice e comprensibile* (art. 51, comma 1°, c. cons.).

Sotto il profilo formale – per quanto riguarda i contratti a distanza <sup>(87)</sup> – il nuovo art. 51 del Codice del Consumo stabilisce che il professionista fornisca – o metta a disposizione – del consumatore le informazioni di cui all'art. 49, comma 1°, c. cons.:

- in modo appropriato al mezzo di comunicazione a distanza impiegato in un linguaggio semplice e comprensibile;
- le informazioni presentate su un supporto durevole devono essere leggibili dal Consumatore.

Nel caso in cui un contratto a distanza che debba essere concluso con mezzi elettronici – è il caso del contratto virtuale con i consumatori – imponga al consumatore l'obbligo di pagare, il professionista deve comunicare al consumatore in modo chiaro ed evidente le informazioni di cui all'art. 49, comma 1°, lettere *a)*, *e)*, *g)* ed *r)*, direttamente, prima che il consumatore inoltri l'ordine. Il professionista deve garantire che, al momento di inoltrare l'ordine, il consumatore riconosca espressamente che l'ordine implica l'obbligo di pagare.

---

<sup>(87)</sup> Per quanto riguarda i profili formali dei contratti negoziati fuori dai locali commerciali il nuovo art. 50 c. cons. statuisce quanto segue: “1. Per quanto riguarda i contratti negoziati fuori dei locali commerciali il professionista fornisce al consumatore le informazioni di cui all'art. 49, comma 1°, su supporto cartaceo o, se il consumatore è d'accordo, su un altro mezzo durevole. Dette informazioni devono essere leggibili e presentate in un linguaggio semplice e comprensibile. 2. Il professionista fornisce al consumatore una copia del contratto firmato o la conferma del contratto su supporto cartaceo o, se il consumatore è d'accordo, su un altro mezzo durevole, compresa, se del caso, la conferma del previo consenso espresso e dell'accettazione del consumatore in conformità all'art. 59, comma 1°, lettera *o)*. 3. Se un consumatore vuole che la prestazione dei servizi ovvero la fornitura di acqua, gas o elettricità, quando non sono messi in vendita in un volume limitato o in quantità determinata, o di riscaldamento inizi durante il periodo di recesso previsto all'art. 52, comma 2°, il professionista esige che il consumatore ne faccia esplicita richiesta su un supporto durevole. 4. Per i contratti negoziati fuori dei locali commerciali in cui il consumatore ha chiesto espressamente i servizi del professionista ai fini dell'effettuazione di lavori di riparazione o manutenzione e in virtù dei quali il professionista e il consumatore adempiono immediatamente ai propri obblighi contrattuali e l'importo a carico del consumatore non supera i 200 euro: *a)* il professionista fornisce al consumatore, prima che questi sia vincolato dal contratto, le informazioni di cui all'art. 49, comma 1°, lettere *b)* e *c)*, e le informazioni concernenti il prezzo o le modalità di calcolo del prezzo, accompagnate da una stima del prezzo totale, su supporto cartaceo o, se il consumatore è d'accordo, su un altro mezzo durevole. Il professionista fornisce le informazioni di cui all'art. 49, comma 1°, lettere *a)*, *h)* ed *m)*, ma può scegliere di non fornirle su formato cartaceo o su un altro mezzo durevole se il consumatore ha espressamente acconsentito; *b)* la conferma del contratto fornita conformemente al comma 2° del presente articolo contiene tutte le informazioni di cui all'art. 49, comma 1°”.

Merita di essere segnalata la novità comunicazionale e giuridica – introdotta dalla novella del 2014 al Codice del Consumo che qui si commenta – inerente il tasto negoziale virtuale che come si è evidenziato *supra* costituisce modalità elettiva di perfezionamento del contratto virtuale con il consumatore. Nel caso in cui l’inoltro dell’ordine implichi, infatti, di azionare un pulsante – come nel caso del tasto negoziale virtuale – o una funzione analoga, il pulsante o la funzione analoga – ai sensi del nuovo art. 51, comma 2° c. cons. – riportano in modo facilmente leggibile soltanto le parole “*ordine con obbligo di pagare*” o una formulazione corrispondente inequivocabile indicante che l’inoltro dell’ordine implica l’obbligo di pagare il professionista.

La “sanzione” per la mancata osservanza dell’obbligo informativo predetto – da parte del professionista – è di non poco momento: il consumatore non sarà, infatti, vincolato giuridicamente dal contratto o dall’ordine.

I siti di commercio elettronico indicano devono, inoltre, indicare – in modo chiaro e leggibile – sempre per effetto delle novità introdotte dalla novella in parola – al più tardi all’inizio del processo di ordinazione, se si applicano restrizioni relative alla consegna e quali mezzi di pagamento sono accettati. Infine, il nuovo art. 51, comma 4° c. cons. – con riferimento ai contratti conclusi mediante un mezzo di comunicazione a distanza che consente uno spazio o un tempo limitato per visualizzare le informazioni – stabilisce che il professionista fornisca, su quel mezzo in particolare e prima della conclusione del contratto, almeno le informazioni precontrattuali riguardanti:

- le caratteristiche principali dei beni o servizi,
- l’identità del professionista,
- il prezzo totale,
- il diritto di recesso,
- la durata del contratto e,
- nel caso di contratti a tempo indeterminato, le condizioni di risoluzione del contratto, conformemente all’art. 49, comma 1°, lettere *a)*, *b)*, *e)*, *h)* e *q)*.

Le altre informazioni di cui all’art. 49, comma 1°, sono fornite dal professionista in un modo appropriato conformemente al comma 1° del presente articolo <sup>(88)</sup>. Il nuovo art. 51 stabilisce, inoltre, espressamente che il

---

<sup>(88)</sup> L’art. 51 comma 5° c. cons., con riferimento ai contratti a distanza per via telefonica stabilisce quanto segue: “Fatto salvo il comma 4°, se il professionista telefona al consumatore al fine di concludere un contratto a distanza, all’inizio della conversazione con il consumatore egli deve rivelare la sua identità e, ove applicabile, l’identità della persona per conto della quale effettua la telefonata, nonché lo scopo commerciale della chiamata e l’informativa di

professionista debba fornire al consumatore la conferma del contratto concluso su un mezzo durevole, entro un termine ragionevole dopo la conclusione del contratto a distanza e al più tardi al momento della consegna dei beni oppure prima che l'esecuzione del servizio abbia inizio.

La conferma informativa predetta deve comprendere:

a) tutte le informazioni di cui all'art. 49, comma 1°, a meno che il professionista non abbia già fornito l'informazione al consumatore su un mezzo durevole prima della conclusione del contratto a distanza; e

b) se del caso, la conferma del previo consenso espresso e dell'accettazione del consumatore conformemente all'art. 59, lettera o).

Riepilogando la violazione degli obblighi informativi – che per espressa statuizione dell'art. 49 comma 5° c. cons. – costituiscono parte integrate del contratto e non possono essere modificate unilateralmente – da parte del professionista comporta – con particolare riferimento ai contratti a distanza – ai sensi del Codice del Consumo novellato nel 2014 risulta disciplinata come segue:

- *art. 49, comma 6°*: in caso di inadempimento degli obblighi di informazione sulle spese aggiuntive o gli altri costi di cui al comma 1°, lettera e), o sui costi della restituzione dei beni di cui al comma 1°, lettera i), il consumatore non deve sostenere tali spese o costi aggiuntivi;

- *art. 51, comma 2°*: in caso di inadempimento dell'obbligo informativo inerente l'espressa manifestazione dell'obbligo di pagare e dell'utilizzo del pulsante "ordine con obbligo di pagare", il consumatore non è vincolato dal contratto o dall'ordine;

- *art. 53*: in caso di inadempimento dell'informativa circa il diritto di recesso, il periodo di recesso termina dodici mesi dopo la fine del periodo di recesso iniziale, come determinato a norma dell'art. 52, comma 2°; in caso di adempimento informativo tardivo circa il diritto di recesso – comunque entro dodici mesi dalla data di cui all'art. 52, comma 2° – il periodo di recesso termina quattordici giorni dopo il giorno in cui il consumatore riceve le informazioni. L'onere della prova relativo all'adempimento degli obblighi di informazione di cui alla presente sezione incombe sul professionista (art. 49, comma 10° c. cons.).

---

cui all'articolo 10 del decreto del Presidente della Repubblica 7 settembre 2010, n. 178. 6. Quando un contratto a distanza deve essere concluso per telefono, il professionista deve confermare l'offerta al consumatore, il quale è vincolato solo dopo aver firmato l'offerta o dopo averla accettata per iscritto; in tali casi il documento informatico può essere sottoscritto con firma elettronica ai sensi dell'art. 21 del d. lgs. 7 marzo 2005, n. 82, e successive modificazioni. Dette conferme possono essere effettuate, se il consumatore acconsente, anche su un supporto durevole”.

12. – Le norme recentemente introdotte – per espressa statuizione del comma 9° dell’art. 51 del Codice del Consumo – lasciano impregiudicate le disposizioni relative alla conclusione di contratti elettronici e all’inoltro di ordini per via elettronica conformemente agli artt. 12, commi 2° e 3°, e 13 del d. lgs. 9 aprile 2003, n. 70, e successive modificazioni. Per quanto riguarda, infine, il d. lgs. n. 70/2003, si consideri l’art. 12 che regola le informazioni da fornire al destinatario di servizi della società dell’informazione. Detta norma integra gli obblighi informativi previsti per specifici beni e servizi stabiliti del nuovo art. 49 c. cons., prevedendo – a carico del prestatore di servizi – l’obbligo di fornire in modo chiaro, comprensibile e inequivocabile, prima dell’inoltro dell’ordine da parte del destinatario del servizio, informazioni tipizzate dal legislatore:

- varie fasi tecniche della conclusione del contratto;
- modalità di archiviazione del contratto concluso e relative modalità di accesso;
- mezzi tecnici messi a disposizione del destinatario per individuare e correggere gli errori di inserimento dei dati prima di inoltrare l’ordine al prestatore;
- gli eventuali codici di condotta cui il prestatore aderisce e le modalità di accesso per via telematica;
- le lingue a disposizione per concludere il contratto oltre all’italiano;
- l’indicazione degli strumenti di composizione delle controversie.

L’obbligo informativo integrativo stabilito dall’art. 12 del d. lgs. n. 70/2003, in commento, è derogabile esclusivamente se nessuna delle parti riveste lo *status* di consumatore. Le clausole e le condizioni generali del contratto proposte al destinatario devono essere messe a disposizione del medesimo con modalità che gli consentano la *memorizzazione* e la *riproduzione* (art. 12.3, d. lgs. n. 70/2003). L’obbligo informativo viene, anche in questo caso, soddisfatto dal mero obbligo di documentazione delle informazioni obbligatorie senza vincolare la forma dell’intero contratto alla *forma informativa* bensì semplicemente ricorrendo all’obbligo di documentazione dell’informativa precontrattuale. Merita un cenno, infine, il comma 2° dell’art. 13, d. lgs. n. 70/2003, che stabilisce a carico del prestatore di servizi l’obbligo accessorio di accusare ricevuta dell’ordine del destinatario del servizio *senza ingiustificato ritardo* e per via telematica. La ricevuta dell’ordine deve contenere – in base alla norma summenzionata – i seguenti elementi informativi essenziali e precisamente: riepilogo condizioni generali e particolari applicabili al contratto; informazioni relative alle caratteristiche essenziali del bene o del servizio; indicazione dettagliata del prezzo; mezzi di pagamento; informazione sul diritto di recesso; informazioni su costi di consegna e tributi applicabili. Detto obbligo non entra a far parte delle regole tipiche sul

procedimento di formazione del contratto – tratto: non è, quindi, obbligo essenziale bensì meramente accessorio rispetto alle regole formative<sup>(89)</sup> di diritto comune. In buona sostanza l'inadempimento all'obbligo di accusare ricevuta dell'ordine del destinatario non interferisce con il perfezionamento del contratto che ha luogo indipendentemente dall'osservanza di esso<sup>(90)</sup>. Un limite all'autonomia privata – quanto meno nei *contratti con i consumatori* – deve, invece, ravvisarsi nella scelta del mezzo tecnico da utilizzare per la comunicazione dell'*avviso* che deve, infatti, essere effettuato “*per via elettronica*” *rectius* in forma informatica-telematica *atipica*. Per quanto riguarda l'*ambito applicativo oggettivo*, detto obbligo si riferisce ai *contratti virtuali* perfezionatisi attraverso “ordini”, *rectius* dichiarazioni negoziali, inoltrati mediante strumenti telematici destinati alla contrattazione telematica di massa, fatta eccezione, quindi, per i contratti conclusi esclusivamente mediante posta elettronica o comunicazioni individuali equivalenti (art. 13.4, d. lgs. n. 70/2003), presumibilmente

---

<sup>(89)</sup> La dir. Ce 31/2000 ha, infatti, rinunciato – rispetto al testo formulato nella proposta di direttiva del 23 luglio 1999 – alla finalità di uniformare le regole sul procedimento di conclusione del contratto. Sul punto DELFINI, *Contratto telematico e commercio elettronico*, Milano 2002, p. 105, nota 31, rileva che nella proposta di direttiva « si operava una modificazione della sequenza cui siamo abituati per diritto interno, ove il momento di conclusione del contratto *inter absentes* è quello della conoscenza dell'accettazione da parte del proponente (art. 1326, comma 1° c.c.) (...) il contratto si sarebbe concluso allorché l'accettante avesse ricevuto notizia della ricezione della propria accettazione, da parte del proponente (il prestatore del servizio). Ci si muoveva in un'ottica asimmetrica (...) nella quale per il prestatore di servizi sarebbe valso il principio della conoscenza effettiva della dichiarazione di controparte, mentre per il destinatario del servizio sarebbe valso il principio della semplice conoscibilità (dell'avviso di ricevimento)(...) ».

<sup>(90)</sup> In senso conforme si veda BENEDETTI – *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto tra legge e volontà delle parti*, Torino 2002, pp. 407-408 secondo cui – con riferimento all'art. 11 della dir. Ce 31/2000 – « l'avviso di ricevimento – che il prestatore deve senza ingiustificato ritardo far pervenire al consumatore per via elettronica – come *obbligo* di chi vende e non come *onere* che condiziona il perfezionarsi del procedimento di formazione del contratto. Si tratta, né più né meno, di un dovere analogo a quello previsto dall'art. 1327 c.c. (...) se l'ordine del consumatore, in questo caso, si salvaguarda non attraverso un procedimento formativo rigido, bensì per tramite di un potenziamento degli obblighi di informazione gravanti sul venditore; il quale è tenuto, in questo caso, non solo a fornire tutte le informazioni utili alla valutazione dell'affare proposto, ma anche ad avvisare il consumatore che l'ordine da lui compilato telematicamente è pervenuto al venditore e che quindi il contratto si è regolarmente concluso (...) se ciò è corretto deve ammettersi che le parti in forza dell'autonomia privata procedimentale, possano regolare in autonomia lo svolgimento dell'*iter* di formazione del contratto, attraverso clausole configurative che, come la prassi attesta, sono talvolta contenute nelle condizioni generali regolatrici dei contratti di acquisto di beni o servizi su *Internet* ».

preceduti da trattative negoziali, come normalmente, non necessariamente, accade con riferimento ad essi.

La *ratio* della norma è, quindi, quella di assicurare maggior tutela laddove manchi un canale di comunicazione individuale come nel caso dei contratti virtuali conclusi in massa mediante piattaforma tecnologica di commercio elettronica basata su *world wide web* di Internet.

Per quanto riguarda l'*ambito applicativo soggettivo*, detto obbligo si riferisce indifferentemente ai contratti con i consumatori (cc.dd. *Business to Consumer*, B2C) e ai contratti tra imprenditori (cc.dd. *Business to Business*, B2B): tuttavia, nel primo caso – contratti B2C – l'obbligo è *inderogabile*, mentre nel secondo caso – contratti B2B – le parti possono accordarsi diversamente.

13. – Come noto il d. lgs. 9 aprile 2003, n. 70 ha dato attuazione interna alla dir. Ce 31/2003 in materia di commercio elettronico introducendo specifici obblighi a carico del prestatore di servizi della società dell'informazione ed in particolare per gli operatori commerciali operanti mediante predisposizione piattaforme di contrattazione basate sul meccanismo di accesso al sito *web*. Per quanto strettamente rilevante ai fini della presente indagine occorre richiamare in particolare l'art. 13 del d. lgs. 9 aprile 2003, n. 70 – rubricato, *Inoltro dell'ordine* – che stabilisce preliminarmente al comma 1° – con una norma di dubbia utilità – che le norme generali sulla conclusione dei contratti si applicano anche all'*inoltro* telematico di un ordine, *rectius* di una dichiarazione negoziale (art. 13.1 d. lgs. cit.). La norma non evoca espressamente i contratti conclusi per via telematica per la fruizione di beni e servizi della società dell'informazione, i *contratti conclusi per via elettronica* della dir. Ce 31/2000. L'art. 9.1 (rubricato *Disciplina dei contratti per via elettronica*, sez. III *Contratti conclusi per via elettronica*) della Direttiva citata precisa, infatti, che gli Stati membri devono provvedere affinché il loro ordinamento giuridico renda possibili i contratti per via elettronica, assicurando – in particolare – che la normativa relativa alla formazione del contratto non osti all'uso effettivo dei contratti elettronici e non li privi di efficacia e validità, in quanto stipulati per via elettronica. L'ordinamento italiano ha già provveduto – nei termini programmatici delineati dall'art. 9.1 della dir. Ce 31/2000 – recependo la normativa comunitaria in materia di firme elettroniche contenuta nella dir. Ce 93/1999, attuata dapprima con il d. lgs. 10/2002 modificativo del d.p.r. 445/2000, recante norme in materia di documentazione amministrativa e firma digitale e ora con il d. lgs. 7 marzo 2005, n. 82 c.d. Codice dell'amministrazione digitale e successive modificazioni il comma 2° dell'art. 13 d. lgs. cit. che stabilisce a carico del prestatore di servizi l'obbligo accessorio di accusare ricevuta dell'ordine del destinatario del servizio *senza ingiustificato ritardo* e per via te-

lematica. La ricevuta dell'ordine deve contenere – *ex art. 13.2 d. lgs. cit.* – i seguenti elementi informativi essenziali e precisamente: riepilogo condizioni generali e particolari applicabili al contratto; informazioni relative alle caratteristiche essenziali del bene o del servizio; indicazione dettagliata del prezzo; mezzi di pagamento; informazione sul diritto di recesso; informazioni su costi di consegna e tributi applicabili. Occorre chiarire da subito che detto obbligo non entra a far parte delle regole tipiche sul procedimento di formazione del contratto: non è, quindi, obbligo essenziale bensì meramente accessorio rispetto alle regole formative di diritto comune <sup>(91)</sup>.

In buona sostanza, l'inadempimento all'obbligo di accusare ricevuta dell'ordine del destinatario non interferisce con il perfezionamento del contratto che ha luogo indipendentemente dall'osservanza di esso <sup>(92)</sup>. Si ribadisce che la normativa in commento introduce l'obbligo accessorio dell'inoltro dell'ordine astenendosi dall'interferire *ex lege* – modificandole in via generale – sulle regole di conclusione del contratto: estraneità confermata, in

---

<sup>(91)</sup> La dir. Ce 31/2000 ha, infatti, rinunciato – rispetto al testo formulato nella proposta di dir. del 23 luglio 1999 – alla finalità di uniformare le regole sul procedimento di conclusione del contratto. Sul punto DELFINI, *Contratto telematico e commercio elettronico*, cit., p. 105, nota 31, rileva che nella proposta di direttiva « si operava una modificazione della sequenza cui siamo abituati per diritto interno, ove il momento di conclusione del contratto *inter absentes* è quello della conoscenza dell'accettazione da parte del proponente (art. 1326, comma 1° c.c.) (...) il contratto si sarebbe concluso allorché l'accettante avesse ricevuto notizia della ricezione della propria accettazione, da parte del proponente (il prestatore del servizio). Ci si muoveva in un ottica asimmetrica (...) nella quale per il prestatore di servizi sarebbe valso il principio della conoscenza effettiva della dichiarazione di controparte, mentre per il destinatario del servizio sarebbe valso il principio della semplice conoscibilità (dell'avviso di ricevimento) (...) ».

<sup>(92)</sup> In senso conforme si veda BENEDETTI – *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto tra legge e volontà delle parti*, cit., pp. 407-408 secondo cui – con riferimento all'art. 11 della dir. Ce 31/2000 – « l'avviso di ricevimento – che il prestatore deve senza ingiustificato ritardo far pervenire al consumatore per via elettronica – come *obbligo* di chi vende e non come *onere* che condiziona il perfezionarsi del procedimento di formazione del contratto. Si tratta, né più né meno, di un dovere analogo a quello previsto dall'art. 1327 c.c. (...) se l'ordine del consumatore, in questo caso, si salvaguarda non attraverso un procedimento formativo rigido, bensì per tramite di un potenziamento degli obblighi di informazione gravanti sul venditore; il quale è tenuto, in questo caso, non solo a fornire tutte le informazioni utili alla valutazione dell'affare proposto, ma anche ad avvisare il consumatore che l'ordine da lui compilato telematicamente è pervenuto al venditore e che quindi il contratto si è regolarmente concluso (...) se ciò è corretto deve ammettersi che le parti in forza dell'autonomia privata procedimentale, possano regolare in autonomia lo svolgimento dell'*iter* di formazione del contratto, attraverso clausole configurative che, come la prassi attesta, sono talvolta contenute nelle condizioni generali regolatrici dei contratti di acquisto di beni o servizi su Internet ».

linea di principio, anche dall'art. 13.1 - d. lgs. 70/03. Nulla vieta, tuttavia, al singolo proponente-predisponente di procedere – in forza della riconosciuta autonomia privata procedimentale – ad un “aggravamento” unilaterale del procedimento formativo del contratto virtuale per effetto del quale l'avviso di ricevimento venga trasformato – da clausola configurativa *ad hoc* – atto finale, non successivo, del procedimento formativo del contratto. La sequenza procedimentale pattizia può essere quindi, per volontà delle parti, anche la seguente: accordo = offerta al pubblico + inoltro dell'ordine + conferma dell'ordine da parte del proponente. Se l'oblato accetta la *clausola configurativa* summenzionata – predisposta unilateralmente dal venditore – che aggrava il procedimento formativo dell'accordo – in forza di regola procedimentale *atipica* consentita dal diritto contrattuale – differendo il momento di conclusione dell'accordo all'invio – da parte del proponente-predisponente – dell'avviso di ricevimento dell'ordine, il contratto si conclude se – e soltanto se – chi ha inviato l'ordine riceve conferma da parte del proponente. In ciò differendo dalla regola procedimentale tipica di diritto comune di cui all'art. 1326 c.c. basata sulla sequenza accordo = proposta + accettazione. Così pure differisce dall'analogo dovere di avviso dell'inizio dell'esecuzione – stabilito dalla variante procedimentale tipica di diritto comune di cui all'art. 1327 c.c. – per effetto della quale se l'accettante non adempie all'obbligo di avviso dell'iniziata esecuzione il contratto si conclude ugualmente, ma il medesimo è tenuto al risarcimento del danno cagionato alla controparte in conseguenza dell'inadempimento. Un limite all'autonomia privata – quanto meno nei *contratti con i consumatori* – deve, invece, ravvisarsi nella scelta del mezzo tecnico da utilizzare per la comunicazione dell'*avviso* che deve, infatti, essere effettuato “*per via elettronica*” *rectius* in forma informatica-telematica *atipica* <sup>(93)</sup>.

---

<sup>(93)</sup> Secondo A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto tra legge e volontà delle parti*, cit., p. 409 « in questo settore (...) l'offerente-venditore sembra privo di quelle facoltà tipiche che la legge concede al proponente nella contrattazione ordinaria (art. 1326, comma 4°, c.c.). La Direttiva prevedendo la trasmissione “per via elettronica” stabilisce, quindi, il mezzo di invio e forma delle dichiarazioni contrattuali, inibendo in tal modo scelte diverse dell'autonomia privata (salva l'ammissibilità di accordi derogatori tra parti diverse da consumatori). Analoga inderogabilità va riconosciuta ai tempi di spedizione dell'avviso di ricevimento, che va trasmesso “senza ingiustificato ritardo” ». L'affermazione della preclusione al proponente della scelta della forma per l'accettazione *ex art. 1326 comma 4° c.c.* – espressione di facoltà procedimentale tipica di aggravamento dell'accordo – pare non condivisibile tenuto conto non solo della contraddittorietà della stessa con quanto correttamente sostenuto sempre dal medesimo A. (*op. cit.*, 407-408) circa l'estraneità della norma dell'art. 11 dir. Ce 31/2000 – corrispondente all'art. 13 – d. lgs. 70/2003 di attuazione – al procedimento di formazione del contratto e al conseguente riconoscimento di spazio all'autono-

Per quanto riguarda l'*ambito applicativo oggettivo*, detto obbligo si riferisce ai *contratti virtuali* perfezionatisi attraverso "ordini", *rectius* dichiarazioni negoziali, inoltrati mediante strumenti telematici destinati alla contrattazione telematica di massa, fatta eccezione, quindi, per i contratti conclusi esclusivamente mediante posta elettronica o comunicazioni individuali equivalenti (art. 13.4 d. lgs. 70/2003), presumibilmente preceduti da trattative negoziali, come normalmente, non necessariamente, accade con riferimento ad essi. La *ratio* della norma è, quindi, quella di assicurare maggior tutela laddove manchi un canale di comunicazione individuale come nel caso dei contratti virtuali conclusi in massa mediante piattaforma tecnologica di commercio elettronica basata su *world wide web* di Internet. Per quanto riguarda l'*ambito applicativo soggettivo*, detto obbligo si riferisce indifferentemente ai contratti con i consumatori (c.d. *Business to Consumer*, B2C) e ai contratti tra imprenditori (c.d. *Business to Business*, B2B): tuttavia, nel primo caso – contratti B2C – l'obbligo è *inderogabile*, mentre nel secondo caso – contratti B2B – le parti possono accordarsi diversamente. La regola stabilita dall'art. 13.2 d. lgs. 70/2003 in commento è, quindi, si ribadisce, derogabile esclusivamente se nessuna delle parti riveste lo *status* di consumatore. All'inoltro dell'ordine per via telematica (art. 13.1 d. lgs. cit.) e all'obbligo dell'invio della ricevuta (art. 13.2 d. lgs. cit.), fa da corollario la regola procedimentale di cui all'art. 13.3 del d. lgs. cit. che statuisce – analogamente all'art. 1335 c.c. – una *presunzione di conoscenza* dell'ordine e della ricevuta quando le parti cui sono indirizzati hanno la possibilità di accedervi. Più precisamente, la norma in commento introduce una duplice presunzione: una presunzione di conoscenza e una presunzione di ricevimento. Da un lato, stabilisce, infatti, che l'ordine e la ricevuta pervenuti all'indirizzo virtuale s'intendono conosciuti dal destinatario (*presunzione di conoscenza*). Dall'altro, stabilisce che l'ordine e la ricevuta inviati all'indirizzo virtuale s'intendono pervenuti nel momento in cui le parti alle quali sono indirizzati hanno la possibilità di accedervi (*presunzione di ricevimento condizionata all'accessibilità*). La *presunzione di conoscenza* di diritto comune – applicabile alla contrattazione nello spazio virtuale per effetto dell'equiparazione dell'indirizzo virtuale all'indirizzo reale – è, quindi, rafforzata – dalla normativa in esame – dalla *presunzione di ricevimento* condizionata all'accessibilità<sup>(94)</sup>. L'art. 13, d. lgs. 70/2003 non è, infine, privo di ef-

---

mia privata procedimentale, ma anche considerato che il riferimento vincolante alla *forma* della dichiarazione – nel contesto normativo delineato dall'art. 11 dir. cit. e art. 13 d. lgs. cit. – deve (*ex art. 13.2 d. lgs. cit.*) essere esclusivamente – e testualmente – riferito all'*avviso di ricevimento dell'ordine* e non anche alla proposta e accettazione.

<sup>(94)</sup> Si veda in senso A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione*

fetti sulla sequenza procedimentale – ricorrente nel commercio elettronico – accordo = proposta + tasto negoziale virtuale + inizio esecuzione mediante digitazione dati carta di credito. Si è, infatti, criticamente osservato in dottrina<sup>(95)</sup> che nel contesto del commercio elettronico, la digitazione degli estremi della carta di credito – considerando il dato non come l'unico da inserire nel modulo telematico ma come singolo elemento di un insieme di dati da inserire – non potrebbe di per sé valere quale atto conclusivo – non recettizio – della sequenza contrattuale, perché l'art. 13 del d. lgs. 70/03 prefigura – con riferimento ai contratti B2C – un procedimento formativo basato sull'inoltro dell'ordine all'indirizzo elettronico del prestatore di servizi seguito dall'invio, da parte dell'operatore commerciale, dell'avviso elettronico di ricevimento dell'ordine. L'ambito di applicabilità dello schema di accordo semplificato delineato dall'art. 1327 c.c. resterebbe, quindi, limitato – stante la centralità dell'inoltro dell'ordine nel procedimento formativo nei contratti con i consumatori (B2C) per effetto dell'art. 13 del d. lgs. 70/03 – ai soli contratti tra “professionisti” (B2B) in senso comunitario: area negoziale in cui residua ancora spazio di libertà per l'esercizio dell'autonomia privata procedimentale e sostanziale.

Procedimenti formativi, forme e contenuti che potrebbero essere predisposti unilateralmente dal contraente più forte in caso di contrattazione asimmetrica e uniforme – non esclusiva del consumatore – oppure oggetto di specifico accordo normativo in caso di contrattazione simmetrica e individuale. La semplificazione, nella formazione del contratto virtuale, non sembrerebbe, quindi, effetto dell'applicazione di uno schema leggero di accordo come quello di cui all'art. 1327 c.c. – la cui rilevanza applicativa a seguito dell'art. 13 – d. lgs. 70/03 viene normativamente limitata ai contratti B2B – quanto dalla predisposizione unilaterale, ad opera del contraente più forte, dell'assetto materiale per la contrattazione a distanza, asimmetrica e uniforme.

14. – Si tratta, conclusivamente, di verificare i limiti di efficacia della forme informatiche-telematiche – tipica e atipica – nell'assolvimento della *forma informativa* – nei casi richiesti dalla legge – e della documentazione degli obblighi informativi. Per quanto riguarda la *forma informativa*, forma-contenuto a protezione del contraente debole nella contrattazione asim-

---

*del contratto tra legge e volontà delle parti*, cit., p. 410 secondo cui l'art. 11 dir. Ce 31/2000 (corrispondente all'art. 13 d. lgs. 70/2003) « richiama per contenuti e funzioni l'art. 1335 c.c. solo che la presunzione posta dalla Direttiva ci pare ben più forte di quella regolata dalla norma codicistica ».

<sup>(95)</sup> Così A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto tra legge e volontà delle parti*, cit., p. 82.

metrica, il requisito formale potrà essere soddisfatto dall'utilizzo della firma digitale, della firma qualificata e della firma elettronica avanzata: si richiamano in questa sede le considerazioni sintetiche svolte *supra* sul tema delle *forme* del contratto virtuale.

In questa sede, preme svolgere alcune considerazioni specifiche in relazione all'obbligo di documentazione dell'informativa precontrattuale. Si è detto che l'art. 51, Codice del Consumo impone al fornitore l'obbligo di dare al consumatore conferma su supporto durevole, a sua disposizione e leggibile, delle informazioni previste dall'art. 49 del Codice in commento. È ormai dato incontrovertibile in dottrina, anche alla luce del vigente CAD, che il documento informatico, privo di firma elettronica, possa considerarsi equivalente al documento scritto non sottoscritto ai sensi dell'art. 2712 c.c.: equipollenza ora riconosciuta espressamente dal codice civile – per effetto delle modifiche introdotte dal CAD – proprio dalla norma da ultimo citata. Non sussistono, quindi, ostacoli giuridici all'utilizzabilità dello strumento informatico e telematico per inviare un documento informativo informatico, per esempio mediante invio all'indirizzo *e-mail* del consumatore. L'ammissibilità dell'utilizzo del documento informatico per soddisfare le esigenze informative del consumatore non pare, infatti, in contrasto con la *ratio* delle prescrizioni contenute in diverse leggi speciali – *supra* esaminate – di fornire opportuna documentazione scritta immediatamente e durevolmente percepibile al consumatore. Quanto sopra considerato valga *a fortiori* tenuto conto della circostanza che è il consumatore a scegliere di avvalersi dei servizi del commercio elettronico – piuttosto che di quelli offerti con modalità di comunicazione tradizionale – utilizzando la piattaforma tecnologica predisposta dal fornitore per concludere il contratto, dimostrando così una capacità tecnica di utilizzo dello strumento informatico e telematico compatibile con la documentazione elettronica delle informazioni previste dalla legge. Non vi è dubbio, quindi, che il documento informatico trasmesso mediante o allegato al messaggio di posta elettronica possa assolvere alla documentazione dell'obbligo informativo, potendo una volta ricevuto essere registrato su supporto magnetico della disponibilità del consumatore. Perplessità potrebbero sorgere, invece, in relazione all'utilizzo di pagine Internet basate su tecnologia *world wide web*, quanto al soddisfacimento dei requisiti di durevolezza e accessibilità del supporto tecnico. Non è, infatti, a nostro avviso, sufficiente per assolvere all'obbligo di documentazione informativa che il fornitore metta a disposizione del consumatore le informazioni previste dalla normativa speciale *online*, ossia sulla pagina *web* del sito contenente l'offerta, non essendo soddisfatti il requisito di durevolezza – l'informativa può essere modificata unilateralmente senza alcun controllo da parte del consumatore – e disponibilità – l'accesso al contenuto informativo *online* può non essere operativo per sva-

riate ragioni tecniche, organizzative e commerciali. La pagina *web* del sito contenente l'offerta – *home page* – può dare esclusivamente l'informativa precontrattuale ed il termine per l'esercizio del recesso, rinviando ad altra pagina *web* richiamabile con la tecnica ipertestuale del *link* le ulteriori informazioni analitiche prescritte dall'art. 49 del Codice del Consumo.

Detta tecnica non è però idonea ad assolvere agli obblighi di documentazione di cui all'art. 51 del Codice del Consumo. Occorre, a tal fine, che la pagina *web* del sito contenente l'offerta – *home page* – soddisfi gli obblighi informativi previsti dalla normativa consumeristica a tutela della contrattazione a distanza – integrata da quella specifica per il commercio elettronico di cui al d. lgs. 70/03 – mediante predisposizione di assetto materiale per la contrattazione che consenta al consumatore di stampare o registrare – per via telematica – le informazioni ricevute dal fornitore. Soltanto dopo che il consumatore abbia provveduto alla stampa o alla registrazione elettronica su proprio supporto informatico – sempre che il “professionista” abbia predisposto un assetto materiale che consenta la stampa e la registrazione del documento informatico – delle informazioni precontrattuali (artt. 49 e 51 c. cons.), si potrà correttamente affermare il regolare soddisfacimento dell'obbligo di documentazione – su supporto durevole – statuito dal Codice in parola. Considerazioni analoghe valgono per gli obblighi informativi di cui all'art. 7 e 12 d. lgs. 70/2003 da documentarsi rispettivamente rendendo dette informazioni “facilmente accessibili, in modo diretto e permanente” (art. 7.1, d. lgs. 70/03) e consentendo al consumatore “la memorizzazione e la riproduzione” (art. 12.1, d. lgs. 70/03). In conclusione – nei casi previsti dalla normativa consumeristica e più in generale dalla normativa a protezione degli interessi del contraente debole nella contrattazione asimmetrica – il semplice documento informatico *privo* di firma elettronica può ben assolvere gli *obblighi di documentazione* delle informative precontrattuali e contrattuali, ma non anche gli obblighi della *forma informativa* del contratto.

Obblighi di *forma-contenuto* del contratto che possono essere *ipso iure* soddisfatti mediante utilizzo della firma digitale, delle firme elettroniche qualificate e avanzate, secondo gli effetti differenziati previsti dall'art. 21.2 *bis* del CAD. Per quanto riguarda, invece, le altre firme elettroniche deboli – diverse dalla firma digitale, dalle firme qualificate e avanzate – non è possibile formulare un giudizio *ex ante* di idoneità generale ed astratta, ma sarà invece il giudice, caso per caso – *ex post* – a valutare la rilevanza probatoria e formale, disciplinata dal combinato disposto degli artt. 20.1 *bis* e 21.1 del CAD – in ragione delle caratteristiche oggettive di qualità, sicurezza, integrità e immodificabilità.