IL DIRITTO PRIVATO OGGI

Serie a cura di Paolo Cendon

INTERNET

Nuovi problemi e questioni controverse

a cura di
GIUSEPPE CASSANO

Premessa di *GIOVANNI VIRGA*

Presentazione di *FRANCESCO BRUGALETTA*

GIUFFRÈ EDITORE

INTERNET

MVLTA PAVCIS AG

ISBN 88-14-08705-9

TUTTE LE COPIE DEVONO RECARE IL CONTRASSEGNO DELLA S.I.A.E.

© Copyright Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano - 2001

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

Tipografia «MORI & C. S.p.A.» - 21100 Varese - Via F. Guicciardini 66

Capitolo quinto
CONTRATTI *ON LINE*

(*Paola Parigi*)

1. Introduzione. — 2. Il commercio elettronico nella legge. — 3. La definizione di contratto *on line*. — 4. La forma del contratto. — 5. Il tasto negoziale. — 6. Tempo e luogo di formazione del contratto.

1. Introduzione.

Nell'affrontare il problema della definizione del contratto on line si rendono necessarie alcune premesse, non solo e non puramente terminologiche.

Di pari passo con l'incremento dello sviluppo tecnologico, si è fatto strada un diverso approccio culturale, di sempre maggiore apertura alle transazioni telematiche, nazionali o internazionali che siano (per una visione organica ed organizzata dei problemi generali di Internet per il diritto italiano Tosi E. 1999a, 9; Gambino 1997; Ballarino 1998, 57; in una prospettiva internazionale Clerici 1999, 127).

Il trasferimento da computer a computer di messaggi (o pacchetti di dati) a mezzo di un linguaggio comune, la cui strada è stata aperta dall'EDI (*Electronic Data Interchange*) utilizzata prevalentemente per il trasferimento di fondi da banca a banca, ha reso palese il margine di sviluppo della negoziazione elettronica di qualunque tipo di bene tra utenti potenzialmente illimitati e universalmente e capillarmente distribuiti.

L'applicazione di procedure similari attraverso la rete Internet ha fornito il decisivo impulso alla nascita di un *business on line* con riguardo sia all'offerta di beni e servizi ad una massa in-

definita di consumatori, di cui fa parte ogni possessore di personal computer collegato ad Internet, che, naturalmente, all'incremento della velocità e degli spazi di mercato dei rapporti negoziali tra imprese.

Per il commercio elettronico o « E-commerce », sia esso « B2C » (*Business to Consumer*) ovvero « B2B » (*Business to Business*) è dunque sorta, da tempo, la necessità di valutare giuridicamente la rilevanza, la validità e la coerenza ai sistemi legali ed alle prassi preesistenti delle operazioni commerciali concluse attraverso l'utilizzo dei protocolli telematici.

Lo scenario delle contrattazioni telematiche si è infatti via via arricchito di personaggi nuovi, che vanno dal semplice ed occasionale acquirente di un negozio virtuale ad una varietà, sempre più professionalizzata di utenti commerciali, siano essi i corrispondenti elettronici di imprese esistenti ed operanti anche nel mondo reale, ovvero gestori di attività commerciali o professionali che hanno una ragione d'essere solo nell'ambito della « Rete » (dalle *virtual companies* ai *virtual mall*).

Naturalmente, così come accade nel mondo « reale », anche tra i soggetti contraenti telematici, più o meno virtuali, assumono rilevanza pure gli atti liberali ed a titolo gratuito progressivamente insorti nella prassi telematica. (Per una esaustiva disamina dei problemi posti da atti liberalità e atti a titolo gratuito in Internet cfr. Sarzana di S. Ippolito C. e F. 1999).

L'imporsi di figure negoziali atipiche in Internet infatti crea apparenti o reali conflitti con la disciplina codicistica, tutto sommato rigida. Ciò accade in particolare sul tema degli atti di liberalità od a titolo gratuito, a causa della tradizionale visione dottrinale della tipicità dei negozi, che ritiene inammissibili contratti diversi dalle forme tipiche, ovvero contratti diversi da quelli ricadenti nel formalismo della donazione.

È condivisibile, a parere di chi scrive, il dubbio avanzato recentemente da più parti, se questo atteggiamento formalistico non sia oramai superato dalle nuove figure di contratto, quali l'accesso gratuito ai servizi di Internet, la cessione di beni e servizi o la messa a disposizione in Internet di prodotti incorporali

(in particolare il software) a titolo non oneroso, per non parlare di tutti i servizi forniti « *for free* » in cambio (ma non in rapporto sinallagmatico) di informazioni, utili per scopi di marketing, inserite dal navigatore durante la compilazione dei moduli di registrazione ai siti.

La natura negoziale di buona parte di questi rapporti giuridici sembra infatti indiscutibile, ma il loro mancato riconoscimento nella categoria dei negozi a titolo gratuito potrebbe condurre a vuoti di tutela, in certi casi molto perniciosi per lo stesso formarsi di una maggiore fiducia della sicurezza degli scambi o della privacy durante la navigazione.

2. Il commercio elettronico nella legge.

Tutti i governi hanno dovuto prendere atto dell'esistenza del fenomeno del commercio elettronico e fare i conti con questo, sia in termini di armonizzazione con la disciplina legislativa del commercio in generale, che con le problematiche connesse alla sicurezza delle transazioni, alla *privacy* dell'utente e della difesa del consumatore.

In testa, naturalmente, gli Stati Uniti, che per primi hanno, di fatto, sviluppato sia il fenomeno, sia la legislazione corrispondente, forti sia della loro posizione avanguardista in campo tecnologico, che della flessibilità del sistema legislativo e giurisprudenziale di *common law* e più ancora del loro tradizionale atteggiamento pragmatico che li ha visti guardare senza timore alla rivoluzione economica connessa al fenomeno « Internet ».

Già nel luglio del 1997 il governo statunitense aveva emanato le linee guide per la disciplina della materia con il proprio « *Framework for Global Electronic Commerce* », piano che, conformemente alla linea politica adottata dalla allora presidenza democratica, tendeva all'incentivazione del fenomeno ed al suo sostegno mediante il riconoscimento del principio di autoregolamentazione.

Dalla metà del 2000 invece l'« *Electronic signature in Global and National Commerce Act* » ha introdotto a pieno titolo la

firma digitale ed il contratto stipulato su supporto elettronico nello scenario giuridico americano.

L'attenzione per il fenomeno e il rapidissimo diffondersi dell'uso di Internet negli Stati Uniti hanno spinto l'ex presidente Bill Clinton a dire:

> nel prossimo secolo il commercio elettronico potrà guidare il mondo a nuove vette di prosperità
>
> (Bill Clinton, Washington, 1998).

Venendo all'Europa, la Commissione Europea ha definito il commercio elettronico come

> lo svolgimento di attività commerciali per via elettronica. Basato sulla elaborazione e la trasmissione di dati (tra cui testo, suoni e immagini video) per via elettronica, esso comprende attività disparate quali: commercializzazione di merci e servizi per l'elettronica; distribuzione *on line* di contenuti digitali; effettuazione per via elettronica di operazioni quali trasferimenti di fondi, compravendita di azioni, emissione di *poswill* di carico, vendite all'asta, progettazione e ingegneria in cooperazione; *on line sourcing*; appalti pubblici per via elettronica, vendita diretta al consumatore e servizi post-vendita. Il commercio elettronico comprende prodotti, servizi, attività di tipo tradizionale e di nuovo tipo.
>
> (Una iniziativa europea in materia di commercio elettronico - COM 96/157).

Insieme ad altre iniziative legislative e dichiarazioni di intenti (quale quella sopra citata), la Comunità Europea ha approvato recentemente la « *Direttiva sul Commercio Elettronico* » ove vengono fissati i principi generali della materia e, naturalmente, stabiliti gli ambiti di intervento autonomi dei paesi membri.

Il principio di autoregolamentazione è parzialmente adottato anche dal legislatore europeo che invita gli stessi operatori del settore ad adottare « codici di condotta », sulla scia della impostazione americana.

> Per sopprimere gli ostacoli allo sviluppo dei servizi transnazionali nella comunità che possono essere offerti dalle professioni regolamentate su Internet, è necessario garantire il rispetto a livello comunitario delle regole professionali, in particolare quelle a tutela dei consumatori o della sanità pubblica. I codici di condotta a livello comunitario sono lo strumento privilegiato per

enunciare le regole deontologiche sulla comunicazione commerciale. Occorre incoraggiare la loro elaborazione, o il loro eventuale aggiornamento, fatta salva l'autonomia delle organizzazioni e associazioni professionali

(Direttiva 2000/31/CE, premesse-32).

E ancora

gli stati membri e la Commissione incoraggiano l'elaborazione di codici di condotta; ciò lascia impregiudicati il carattere volontario di siffatti codici e la possibilità per le parti interessate di decidere liberamente se aderirvi

(Direttiva 2000/31/CE, premesse-49).

Oltre alla definizione del « glossario giuridico » del commercio elettronico, la direttiva definisce il concetto stesso di « servizi della società dell'informazione » includendo ed escludendo via via alcune delle principali attività svolte sulla rete e consentendo quindi, *per relationem*, di giungere alla definizione comunitaria di « contratto *on line* ». In particolare si legge:

la direttiva lascia impregiudicato il livello di tutela in particolare della sanità pubblica e dei consumatori, garantito dagli strumenti comunitari. Tra le altre la direttiva 93/13/CEE del Consiglio del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive dei contratti stipulati con i consumatori e la direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 1997, riguardante la protezione dei consumatori a distanza, costituiscono un'acquisizione essenziale per la tutela del consumatore in materia contrattuale e devono continuare ad applicarsi integralmente ai servizi della società dell'informazione

(Direttiva 2000/31 CE).

(Per una più chiara visione dell'applicazione delle norme comunitarie e nazionali in materia di diritti del consumatore, si rimanda al Cap. 20).

Nella direttiva si affronta pertanto la definizione generale della materia con l'introduzione di alcuni punti fermi proprio sulla qualificazione giuridica dei servizi forniti in « assenza dei contraenti ».

I servizi della società di informazione abbracciano una vasta gamma di attività economiche svolte in linea (*on line*). Tali attività possono consistere,

in particolare nella vendita in linea di merci. (...) Non sempre si tratta di servizi che portano a stipulare contratti in linea ma anche servizi non remunerati dal loro destinatario nella misura in cui costituiscono un'attività economica, come l'offerta di informazioni o comunicazioni commerciali in linea o la fornitura di strumenti per la ricerca, l'accesso e il reperimento di dati

(*Considerando* n. 18 Direttiva 2000/31 CE).

Passando alla disciplina giuridica italiana in materia di commercio elettronico, vediamo come il legislatore nazionale, con il d.lgs. 31 marzo 1998 n. 114 ha fatto propria, almeno in linea di principio, la necessità di introdurre una normativa organica.

Commercio elettronico — 1. Il Ministero dell'industria, del commercio e dell'artigianato promuove l'introduzione e l'uso del commercio elettronico con azioni volte a:

a) sostenere una crescita equilibrata del mercato elettronico;

b) tutelare gli interessi dei consumatori;

c) promuovere lo sviluppo di campagne di informazione ed apprendimento per operatori del settore ed operatori del servizio;

d) predisporre azioni specifiche finalizzate a migliorare la competitività globale delle imprese, con particolare riferimento alle piccole ed alle medie, attraverso l'utilizzo del commercio elettronico;

e) favorire l'uso di strumenti e tecniche di gestione di qualità volte a garantire l'affidabilità degli operatori e ad accrescere la fiducia del consumatore;

f) garantire la partecipazione italiana al processo di cooperazione e negoziazione europea ed internazionale per lo sviluppo del commercio elettronico.

2. Per le azioni di cui al comma 1 il Ministero dell'industria può stipulare convenzioni e accordi di programma con soggetti pubblici o privati interessati nonché con associazioni rappresentative delle imprese e dei consmatori.

Per quanto tale provvedimento, dato il tono ampio e il respiro di portata generale, sia da considerarsi più come enunciazione di principio che non come disciplina di dettaglio, essa ha dato notevole impulso alla creazione di un *corpus iuris* omogeneo che, si auspica, si completerà con la definitiva adozione delle norme che a tutt'oggi attendono in Parlamento.

3. La definizione di contratto *on line*.

Un accordo negoziale si dice « contratto *on line* » quando per la sua conclusione, tutte le parti, o una di esse, abbiano utilizzato una delle modalità legata ai protocolli tecnici di trasmissione telematica di dati (tali sono quelli utilizzati da Internet).

Nulla quaestio sul fatto che l'elemento peculiare di questi contratti è per l'appunto la forma di manifestazione del consenso, sia essa una sottoscrizione telematica — o firma digitale — ovvero una sottoscrizione con pressione del tasto negoziale, oppure ad esso sia data esecuzione per fatti concludenti o atti solutori, quale ad esempio l'invio telematico dei dati della propria carta di credito a fronte di un ordinativo di merci o della richiesta di servizi (per una teoria generale del negozio Gambino 1997).

Lo sforzo interpretativo condotto per ricostruire gli elementi del negozio on line entro categorie giuridiche note non può non tener conto di un primo limite: il riscontro al solo ambito legale nazionale. Il fenomeno è infatti caratterizzato, e lo sarà sempre maggiormente da trasversalità e internazionalità, oltre che da uno sviluppo esponenziale di forme di accordo e di lucro nuove, tali da rendere queste categorie non sempre soddisfacenti.

> Il passaggio da modalità di scambio di informazioni e dichiarazioni on line tra un numero chiuso di soggetti in base a precisi accordi stipulati a monte per iscritto, a modalità di scambio di informazioni e dichiarazioni tra un numero indeterminato di soggetti residenti in Stati diversi non vincolati da precise regole contrattuali ha comportato numerosi problemi di ordine giuridico interessanti trasversalmente vari settori del diritto, da quello privato a quello internazionale
>
> (Tosi E. 1999a, 10).

È a mio parere riduttivo definire la cornice giuridica entro la quale è inserito il contratto on line limitandosi a mostrarne la assoluta conformità a modelli contrattuali, per quanto astratti o di recente elaborazione, già esistenti nel diritto positivo, poiché si rischierebbe di dare vita ad un improduttivo pleonasmo; oc-

corre piuttosto sottolineare l'impulso creativo che spinge i soggetti contraenti all'introduzione di forme negoziali ed all'istituzione di nuovi vantaggi economici, anche indiretti, cui non sempre sarà facile adeguare la categoria conosciuta, generale ed astratta, dell'incontro di due volontà per la nascita o la modificazione di un rapporto giuridico.

Al di là quindi delle necessarie riflessioni sulla formazione del consenso, sul tempo e modo di conclusione del contratto, sulla ricorrenza o meno dei requisiti legali di forma, è prudente tenere presente che l'utilizzo del sistema telematico di trasmissione dei dati avviene, almeno potenzialmente ben oltre i confini territoriali dello Stato, tra soggetti sempre meno « identificabili » dal punto di vista giuridico, quantomeno in relazione all'applicabilità di norme positive o integrative di quelle apposte dai contraenti nell'ambito della loro sfera di autonomia.

Questo problema assume la sua maggiore rilevanza in tema di patologia del contratto e di inadempimento contrattuale, non solo e non tanto per l'applicabilità delle norme generali di soluzione delle controversie (e/o per l'introduzione di forme alternative di soluzione, le A.D.R., *Alternative Dispute Resolution*), quanto e, soprattutto, per la enorme difficoltà di affrontare meccanismi utili di esecuzione forzata di pronunce (siano esse giurisdizionali, arbitrali o stragiudiziali) attraverso ed oltre i confini labili ed impalpabili posti dalla struttura stessa di Internet.

Per una analisi anche sommaria dei contenuti del contratto è tuttavia ineludibile la preliminare distinzione tra contratti conclusi da parte della massa dei consumatori che accettano di aderire ad « offerte », o ad « inviti a proporre », nei confronti dei quali sarà operativa la normativa di tutela dei consumatori (approfondita nel Cap. 20), diritto cosiddetto di « ripensamento » *in primis*, dai contratti conclusi tra « professionisti ».

ART. 2. Definizioni:

a) « servizi della società dell'informazione »: i servizi ai sensi dell'art. 1, punto 2 della direttiva 98/34/CE, come modificata dalla direttiva 98/48/CE;

b) « prestatore »: la persona fisica o giuridica che presta un servizio della società di informazione;

c) « prestatore stabilito »: il prestatore che esercita effettivamente e a tempo indeterminato un'attività economica mediante un'installazione stabile. La presenza e l'uso dei mezzi tecnici e delle tecnologie necessarie per prestare un servizio non costituiscono di per sé uno stabilimento del prestatore;

d) « destinatario del servizio »: la persona fisica o giuridica che, a scopi professionali e non, utilizza un servizio della società dell'informazione, in particolare per ricercare o rendere accessibili delle informazioni;

e) « consumatore »: qualsiasi persona fisica che agisca a fini che non rientrano nella sua attività commerciale, imprenditoriale o professionale

(Direttiva 2000/31/CE).

4. La forma del contratto.

Il problema della rilevanza dell'accordo telematico in genere — a parte la questione cui si è accennato della distinzione sull'onerosità o meno del titolo — da tempo molto discusso, è oggi superato per intervento del legislatore che, con la legge 59/1997 ed il successivo regolamento di attuazione, approvato con d.p.r. n. 513/1997, ne ha sancito la piena validità ed ha introdotto la firma digitale, attribuendo così alla sottoscrizione elettronica piena efficacia, parificata alla sottoscrizione autografa (per una interessante digressione sulle radici storiche del formalismo nel diritto italiano Ballarino 1998, 83; introduce il concetto di « meta forma » Stallone 1990, 166; in questo stesso testo vedi il Cap. 6).

Alcune delle statuizioni contenute nella legge, quale ad esempio l'enunciazione di principio di cui all'art. 4, secondo cui gli atti formati elettronicamente e/o telematicamente e i contratti stipulati nelle medesime forme sono validi e rilevanti a tutti gli effetti, paiono, almeno parzialmente, inutili quantomeno nei confronti di quei contratti a forma libera per i quali il dubbio di validità non aveva alcuna ragione di sorgere.

L'art. 1325 c.c. com'è noto, indica la « forma » tra i requisiti del contratto nei casi in cui la legge ne stabilisca una a pena di nullità, ovvero in tutti quei casi in cui ad esempio la forma scritta sia richiesta *ad substantiam* e non invero solo ai fini probatori.

Sulla cultura del formalismo imposta dal nostro diritto na-

zionale, di diretta derivazione da quello romano e medievale, ci si potrebbe dilungare, tuttavia ai nostri fini importa capire se ed in quali casi la forma prescritta dalla legge per la validità, sia essa sostanziale, probatoria o pubblicitaria, della manifestazione del consenso alla negoziazione, sia sostituibile da un gesto compiuto con il *mouse* (o mediante la combinazione di tasti sulla tastiera), ovvero con il meccanismo della sottoscrizione a doppia chiave elettronica.

La maggioranza dei contratti previsti dal nostro diritto civile è a forma libera, a questi si aggiungono naturalmente tutti quelli che le parti possono liberamente inventare in ossequio al principio della propria generale autonomia.

Su questa categoria, le modifiche introdotte dal *medium* utilizzato per la manifestazione del consenso non hanno inciso in maniera determinante, tanto meno dopo l'adozione dei provvedimenti citati.

In effetti, nulla vietava, né vieta, che la manifestazione del consenso avvenga, in ossequio a tale principio generale, attraverso una operazione elettronica; tale operazione assumerà rilevanza, non tanto per stabilire la validità del negozio, quanto piuttosto per determinare il luogo e il momento del suo insorgere.

Per quanto riguarda invece i contratti per i quali un requisito di forma sia richiesto non a fini probatori, ma *ad substantiam*, il riconoscimento di validità è diverso.

È intuitivo che il requisito di formalità dell'atto pubblico, necessario anche ai fini ulteriori della pubblicità e quindi della efficacia *erga omnes* del negozio, definito quale « documento redatto ... da un notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato ad attribuirgli pubblica fede nel luogo dove l'atto è formato » (art. 2699 c.c.) non potrà essere soddisfatto dal contratto *on line*.

Non può dirsi altrettanto della scrittura privata, così come definita dall'art. 2702 c.c. La autenticazione delle sottoscrizioni da parte del notaio, infatti, non ha lo scopo di conferire validità al contratto liberamente formatosi tra le parti, ma solo di attestare che le sottoscrizioni sono state apposte in presenza del

pubblico ufficiale autenticante, dotando la scrittura degli ulteriori requisiti di certezza di provenienza e di data.

È quindi possibile configurare il documento elettronico come scrittura privata, dando per scontato che sia la *res*, costituita dal supporto sul quale sono tracciati i segni che ne formano il contenuto sono validi, se in calce vi appare la sottoscrizione di coloro le cui volontà intendono uniformarvisi.

La memoria elettronica, e il complesso degli impulsi elettronici che vi appaiono come testo, seguiti dalla sottoscrizione digitale, che a sua volta contenga i requisiti richiesti dalla legge, possono, secondo la normativa vigente, dare vita ad una scrittura privata pienamente corrispondente alla definizione codicistica.

Perché poi il contratto così formato assume piena « forma » di scrittura privata, ad esso andrà apposta una firma, autografa o « digitale ».

Ogni diverso contratto, privo di tutti questi requisiti (ad esempio formatosi per fasi successive, attraverso negoziazione via *e-mail*), potrà considerarsi valido, secondo uno degli schemi di cui al successivo paragrafo, ma non soddisferà i requisiti della scrittura privata.

Questa, a sommesso parere di chi scrive, rappresenta la linea di demarcazione tra le due forme principali di contratto telematico che, nella prassi, hanno visto maggiore affermazione.

5. Il tasto negoziale.

L'ipotesi di scrittura privata elettronica di cui si è detto, infatti, non rappresenta la maggioranza dei contratti che vedono la luce per via telematica e nel mondo di Internet in particolare.

In questo ambiente si è imposta in maniera perentoria la figura del contratto « *point and click* » il quale non ha avuto un riconoscimento diretto da parte del legislatore e nei confronti del quale residuano vuoti di tutela.

Si tratta di quel contratto concluso mediante la pressione del cosiddetto « tasto negoziale virtuale » ovvero del « *click* » con il *mouse* su di un punto preciso dello schermo che attiva una procedura di registrazione-pagamento e acquisto.

Altra figura ricorrente nella prassi della contrattazione telematica è la forma di manifestazione del consenso alla conclusione dell'accordo attraverso quel comportamento, considerato concludente secondo la definizione di cui all'art. 1327 c.c., accompagnato o meno dall'inizio dell'esecuzione mediante pagamento del prezzo, o compimento dell'atto solutorio, che si realizza con la pressione del tasto negoziale virtuale (sul tasto negoziale virtuale, la cui definizione è di Franceschelli 1989, 165, vedi soprattutto Tosi E. 1999a, 17; F. Sarzana di S. Ippolito C. e F. 1999, 77).

La vincolatività dell'atto di manifestazione del consenso attraverso la pressione del tasto virtuale dipende naturalmente dalla struttura del contratto concluso, sia esso accettazione di proposta ovvero proposta dietro invito, per esempio e soprattutto, dal contenuto delle clausole cui la pressione del tasto darebbe, almeno potenzialmente, adesione.

La dottrina accosta il comportamento concludente descritto a quella forma di adesione che nella prassi si è imposta come il contratto di « licenza a strappo » (per approfondimenti cfr. Cap. 15).

Un problema nasce eventualmente nel caso in cui l'accettazione delle condizioni contrattuali contenga alcune delle clausole di cui all'art. 1341 c.c. per la cui validità il nostro ordinamento richiede la formalità della doppia sottoscrizione.

Se il contratto *point and click* pertanto è, almeno potenzialmente ammissibile, in quanto il pure atipico estrinsecarsi della volontà di aderire è teoricamente prevista dal nostro ordinamento, da esso resteranno assolutamente escluse le condizioni generali contenenti disposizioni vessatorie che, quantomeno nelle contrattazioni professionali « B2B », costituiscono una buona parte dell'impianto negoziale.

Pertanto, quando la proposta sia stata effettuata tramite le modalità telematiche concesse da Internet o attraverso la posta elettronica, ad un consumatore non identificato a priori, diverrà applicabile la disciplina delle vendite per corrispondenza, ed in particolare le norme previste dal d.lg. 50/1992, richiamate

espressamente dal d.p.r. 513/1997 ed in particolare il già citato « diritto di recesso ». (Sulla tutela del consumatore si veda *amplius* il Cap. 20).

Quando invero il contratto sarà concluso tra soggetti professionisti (imprenditori che abbiano intrattenuto una negoziazione attraverso strumenti telematici), ai fini della validità di tutte le clausole di esonero di responsabilità o di deroga ai principi generali di territorialità, la conclusione dovrà avvenire nella forma tradizionale dello scambio di scritture autografate.

6. Tempo e luogo di formazione del contratto.

Si è detto che la forma e la conclusione telematica del contratto sono elementi essenziali del contratto on line anche se non ne esauriscono le peculiarità. Esse vanno ricercate nel momento di formazione, nella virtualizzazione della trattativa e nella spersonalizzazione delle parti, nella transnazionalità potenziale e nella non riconducibilità a schemi negoziali tipicizzati.

Ma restiamo nell'ambito delle caratteristiche fondamentali che consentono di garantire agli accordi telematici una validità assoluta sia grazie agli elementi innovativi degli interventi del Legislatore (le citate leggi) che agli schemi legali offerti dalla teoria generale dei contratti e dal diritto codificato.

Una prima ipotesi di schema contrattuale a cui è facilmente riconducibile una buona parte dei contratti conclusi on line è quello di cui all'art. 1336 c.c., ovvero l'offerta al pubblico.

Il « surfer », allettato dalle proposte contenute in un sito in cui vengano forniti beni o servizi a fronte del pagamento di un corrispettivo, trasmetterà la dichiarazione negoziale accettando le clausole di cui alla proposta, al suo titolare, determinando con questa azione sia il luogo che il tempo della conclusione del contratto.

Seconda ipotesi è quella, inversa alla prima, dell'invito a proporre, in cui il gestore del sito si riservi di accettare quella che di fatto è la proposta del cliente, inviatagli per mezzo telematico, a fronte della scelta tra le varie possibilità (inviti a proporre) elencate nel sito.

Il contratto in questo caso si considera concluso nel luogo e nel tempo in cui il proponente riceve la notizia dell'accettazione dell'altro contraente. L'inversione delle parti consente di evitare al gestore del sito che invita a proporre, una serie di problemi connessi allo schema precedente, quali ad esempio l'ipotesi automatica di inadempimento nel caso di difetto del bene offerto al pubblico, a cui non soggiace qualora accetti solo a condizione di avere controllato la disponibilità della merce richiesta dal proponente.

Ulteriore schema adottato è il combinato disposto degli artt. 1326 e 1327 c.c. ovvero di scambio di proposta e accettazione, in cui il contratto si conclude nel tempo e nel luogo in cui il proponente riceve l'accettazione da parte del destinatario determinato della proposta.

Altra modalità di conclusione, a cui si è accennato anche in precedenza, è quella determinata dall'inizio dell'esecuzione di cui all'art. 1327 c.c.

In quel caso il contratto si conclude nel momento e nel luogo in cui il navigatore ha scientemente ed esplicitamente messo in atto il comportamento concludente, ad esempio fornendo al titolare del sito i dati della propria carta di credito per il pagamento del prezzo.

A queste diverse forme, tutte caratterizzate dalla non contestualità della manifestazione del consenso a contrarre va aggiunta una ipotesi di negoziazione in video conferenza in tempo reale, tra contraenti non coevi, prassi che sempre più va imponendosi nel mondo delle transazioni internazionali.

Alle discussioni in tali casi seguirà l'invio di contratti utilizzando il sistema di posta elettronica, assimilabile in tutto e per tutto alla corrispondenza tradizionale, e in questo caso

> il contratto sarà concluso nel momento in cui l'impulso elettronico dell'accettante verrà registrato dal *server* del *provider* e nel luogo in cui questo si trova (o dal *server* di gestione della Intranet e non dal client)
>
> (Tosi E. 1999a, 25).

Quanto sia rilevante l'individuazione del luogo di conclu-

sione del contratto è superfluo sottolinearlo, poiché da questa dipende la competenza territoriale e l'individuazione della giurisdizione applicabile, almeno in termini generali e fatto salvo quanto accennato in tema della validità di clausole derogatorie o vessatorie.

L'art. 1335 c.c. stabilisce la rilevanza dell'indirizzo del destinatario della proposta « salvo che questi non provi di essere stato, senza sua colpa, nell'impossibilità di averne notizia ».

La regola può essere estesa al contratto concluso via posta elettronica, il luogo di conclusione coinciderà con il luogo fisico in cui si trova collocato il server del provider con cui si ha il rapporto contrattuale di *hosting* e presso il quale è allocata la casella di posta elettronica, assimilabile, in tutto e per tutto, all'indirizzo come definito dal codice civile.

Nei casi di assenza di mediazione di un provider, il contratto si considera concluso nel luogo in cui il proponente ha conoscenza dell'accettazione dell'oblato.

Anche per quanto attiene al luogo di formazione del contratto, rileva la qualificazione del contraente come occasionale ed indeterminato o professionista, potendosi applicare, al primo dei due casi, il principio legale della residenza del consumatore anche ai fini della determinazione della competenza territoriale nel caso di insorgenza di conflitti tra le parti per effetto della maggiore tutela corrisposta alla categoria dal complesso delle norme nazionali ed internazionali.