



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Cattedra di Diritto dei Consumatori

**LA TUTELA DEL CONSUMATORE NEL CONTRATTO
TELEMATICO TRA *NEOFORMALISMO* E AUTONOMIA
PRIVATA PROCEDIMENTALE**

RELATORE

**Chiar.ma Prof.ssa
Maria Pia Pignalosa**

CANDIDATO

**Ettore Fiore
Matr.119963**

CORRELATORE

**Chiar.mo Prof.
Attilio Zimatore**

ANNO ACCADEMICO 2016-2017

*Ai miei nonni Ettore e Sabino,
sulle cui spalle mi trovo.*

INDICE

Introduzione.....	I
-------------------	---

CAPITOLO I L'ACCORDO CONTRATTUALE TRA *NEOFORMALISMO* E AUTONOMIA PRIVATA PROCEDIMENTALE

1. Premessa.....	1
2. L'accordo; ricostruzione della fattispecie contrattuale tra teoria oggettiva e teoria della volontà.....	4
2.1. Fattispecie forti e fattispecie deboli: gli interessi sottesi alla differenziazione del procedimento di perfezionamento dell'accordo.....	11
2.2. Oggettivazione e funzionalità del contratto; considerazioni sugli artt. 428, 1335, 1341 e 1433, c.c.....	21
2.3. Nozione normativa di contratto; critica alla dottrina dello scambio senza accordo.....	26
3. La calcolabilità come valore della società capitalistica; i contratti <i>standard</i>	31
4. Complessità dei procedimenti di formazione del contratto e tutela del contraente debole: il <i>neoformalismo</i> negoziale.....	40
5. Considerazioni introduttive sulla conclusione del contratto telematico.....	50

CAPITOLO II
MODELLI LEGALI DI ACCORDO E
PROCEDIMENTI ATIPICI

SEZIONE I
L'ACCORDO SEMPLIFICATO

1.	Premessa.....	55
2.	L'Accettazione superflua: l'art. 1327, c.c.: <i>esecuzione in luogo di accettazione</i>	58
2.1	Segue; conclusione del contratto telematico e inapplicabilità dell'art. 1327, c.c.....	64
2.2	Il silenzio come accettazione: artt. 1333 e 1520, c.c.....	70
3.	Altri modelli di accordo semplificato: accettazione-adesione.....	74
4.	Accordo semplificato e volontà delle parti. Proposta ferma: negozio di configurazione?.....	77
4.1.	Segue; patti sul silenzio e sul carattere recettizio delle dichiarazioni.....	79
4.2.	Segue; la realtà come <i>naturale negotii</i>	84
4.3.	Segue; la determinazione unilaterale dell'oggetto del contratto.....	90
5.	Limiti alla semplificazione atipica.....	93

SEZIONE II
L'ACCORDO AGGRAVATO

1.	Premessa.....	97
2.	Accordo legalmente aggravato; cenni sulla realtà e formalità dei contratti.....	98
3.	Aggravamento volontario legalmente facoltativo; patto sulla forma ex art. 1352, c.c. e la forma richiesta per l'accettazione ex art. 1326, comma 4, c.c.....	102
4.	Lo spazio dell'aggravamento volontario: cenni sulla realtà convenzionale e sulla <i>choice-of-language clause</i> . Limiti dell'aggravamento atipico.....	108
5.	Segue; clausola salvo approvazione della casa <i>e-commerce</i>	113

CAPITOLO III
AGGRAVAMENTO ATIPICO DEL PROCEDIMENTO DI
FORMAZIONE DEL CONTRATTO TELEMATICO
CONSUMERISTICO

1. Premessa.....	118
2. Il mercato virtuale e le categorie giuridiche tradizionali: la <i>dematerializzazione</i> del contratto.....	119
2.1. <i>Internet</i> , mercato virtuale e prospettive di crescita dell' <i>e-commerce</i>	129
2.2. Asimmetrie informative e contrattazione virtuale di massa; disciplina dell' <i>e-commerce</i> e natura giuridica dell'offerta virtuale.....	133
3. La tutela <i>procedimentale</i> del consumatore; gli obblighi di informazione..	141
3.1. Difetto di informazione: la sanzione della non vincolatività <i>del contratto o dell'ordine per il consumatore</i>	147
3.2. Tempo e luogo di conclusione dei contratti telematici.....	153
3.3. Avviso di ricevimento ex art. 13, d.lgs. n. 70/2003.....	160
4. Esercizio dell' <i>autonomia privata procedimentale</i> nella contrattazione telematica; riflessioni sulle condizioni generali di contratto dei quattro maggiori siti di <i>e-commerce</i> italiani.....	165
4.1. Segue; art. 51, comma 2 cod. cons.: <i>il consumatore non è vincolato dal contratto o dall'ordine</i>	176
5. Spunti conclusivi sulla <i>procedimentalizzazione</i> , legale o negoziale, dell'accordo virtuale.....	178
Conclusioni.....	181
Bibliografia.....	189

INTRODUZIONE

L'avvento e la diffusione di *internet* hanno destato notevoli difficoltà interpretative quanto al regime giuridico della formazione dei contratti che si concludono in rete. Le incertezze, che hanno sollecitato le riflessioni di molta dottrina, derivano dalla difficoltà di inquadrare giuridicamente gli aspetti conclusivi del c.d. contratto telematico. Per questa *species* contrattuale, selezionare un certo modello (o procedimento) formativo, che sia aderente al carattere *a-spaziale* e *a-temporale* della rete, appare problematico. In altre parole, le caratteristiche di *internet* hanno reso accidentato il percorso sussuntivo dell'interprete, per quanto concerne gli aspetti formativi dei contratti che ivi vengono stipulati.

Il legislatore del 42', nel porre la disciplina dei procedimenti formativi dei contratti *inter absentes*, teneva a mente una realtà tecnologica profondamente diversa dall'odierna. Ciò nonostante, la disciplina procedimentale che presiede la formazione del contratto telematico e che consente di individuarne luogo e tempo di conclusione, resta quella della Sezione I, Capo II, *Dei contratti in generale*, dedicata all'*accordo delle parti*, posto che, *de iure condito*, altre soluzioni non risultano fruibili.

Nonostante gli interventi di origine europea nel settore dell'*e-commerce* e dei contratti a distanza, non sembra che il legislatore (europeo e tantomeno domestico) abbia inteso prevedere specifiche fattispecie formative, tali da incidere sulla disciplina della conclusione del contratto telematico.

Riflesso di ciò è, ad esempio, l'art. 13 del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, ai sensi del quale "*le norme sulla conclusione dei contratti si applicano anche*

nei casi in cui il destinatario di un bene o di un servizio della società dell'informazione inoltri il proprio ordine per via telematica".¹

Dovendo attingere ai modelli formativi "tradizionali", lo scambio di proposta e accettazione, disciplinato dall'art. 1326, c.c., è sembrato quello più aderente alla natura delle comunicazioni che si svolgono sulla rete. A seconda delle caratteristiche dell'offerta (a seconda, cioè, che si tratti di contratto telematico in *sensu stretto* o in *sensu lato*), la disciplina della conclusione del contratto, va combinata con il disposto degli artt. 1334, 1335 e 1336, che, rispettivamente, regolano *l'efficacia degli atti unilaterali*, temperata dalla *presunzione di conoscenza*, e *l'offerta al pubblico*.

Sebbene il diritto positivo postuli che la formazione del contratto virtuale risponda ad uno di questi modelli, il concreto atteggiarsi dell'*e-commerce* sollecita ulteriori riflessioni.

Le regole "tipiche", che governano il procedimento di formazione del contratto telematico, sono tendenzialmente disattese dagli operatori economici. Ebbene, le imprese operanti nell'*e-commerce*, non si limitano a esercitare la loro autonomia contrattuale con riferimento agli aspetti sostanziali dei rapporti giuridici nascenti dagli acquisiti *on-line*. Al contrario, attraverso le condizioni di contratto che predispongono, regolano anche il complesso procedimento che si pone alla base del perfezionamento dei contratti virtuali di cui sono parte.

Ciò stimola un'ulteriore considerazione: le condizioni generali di contratto dei siti di *e-commerce* svelano un interesse che è di natura *procedimentale*, il cui

¹ Si veda anche l'art. 67, comma 2, cod. cons., ai sensi del quale, residualmente «(...) si applicano le disposizioni del codice civile in tema di validità, formazione o efficacia dei contratti». Cfr., considerando n. 14, dir. 2011/83/UE, che recita «La presente direttiva non dovrebbe pregiudicare la legislazione nazionale afferente al diritto contrattuale per gli aspetti di diritto contrattuale che non sono disciplinati dalla presente direttiva. Pertanto, la presente direttiva dovrebbe lasciare impregiudicata la legislazione nazionale che disciplina, ad esempio, la conclusione o la validità di un contratto».

soddisfacimento è rimesso alla configurazione di procedimenti di formazione alternativi a quelli legali.

La diffusione del fenomeno, ascrivibile alla tendenza alla *self regulation*, ne rende necessaria la riconduzione a sistema. Per farlo, bisogna valutare se l'autonoma configurazione di *procedimenti formativi atipici* rappresenti una legittima facoltà delle parti e quindi una possibile declinazione dell'autonomia privata. Oppure, se ad essa si oppongono norme imperative, tra le quali il principio dell'accordo, che si erge a costitutivo della fattispecie contrattuale *ex art. 1321, c.c.*².

Il presupposto fattuale dal quale si prendono le mosse è che gli operatori economici della rete, quasi immancabilmente, si dirigono verso la *procedimentalizzazione* del consenso contrattuale. La conclusione del contratto virtuale si fonda su *iter* complessi e *atipici*, configurati attraverso apposite clausole. Queste clausole alterano le regole che tipicamente presiedono il procedimento formativo dei contratti *inter absentes*.

Tra gli interessi correlati a questa tendenza, v'è quello di perseguire la riduzione del contenzioso attraverso l'incremento della certezza del rapporto (quanto a suoi profili genetici). Questa prerogativa è quanto mai attuale nei c.d. "*nuovi mercati*". Essi presentano connotati di novità con riguardo ai beni che ivi vengono scambiati, ai luoghi e alle tempistiche entro i quali lo scambio si realizza, nonché alle tecniche comunicative utilizzate dalle parti. Tra i nuovi mercati spicca quello di *internet*, la cui *dematerializzazione* rende le dinamiche del consenso un aspetto cruciale dell'intera *species*, la cui diffusione è larghissima e crescente.

Ebbene, lo scopo di questo lavoro è quello di analizzare le dinamiche del consenso del contratto telematico. Esse risentono, da una parte, della tendenza

² Nell'ultimo capitolo verranno analizzate nel dettaglio le condizioni generali di contratto dei quattro maggiori siti di e-commerce italiani: *Zalando, Amazon, Trenitalia e Booking*. Verrà rilevato che le regole che presiedono la formazione del contratto vengono ampiamente derogate.

legislativa all'aggravamento dell'accordo telematico. Dall'altra, subiscono le conseguenze dell'*autonomia privata procedimentale*.

Per spiegare e mettere a sistema queste tendenze, sia legislative che negoziali, bisogna passare per alcune tappe fondamentali.

Si deve dar conto, innanzi tutto, degli interessi che sottendono la previsione dei molteplici modelli di accordo che si rinvergono nel codice civile, sì da negare che il libero ed informale scambio dei consensi assurga a fattispecie *regolare*. Ripercorrendo i passi più significativi della teoria generale del contratto, si può rilevare che il codice, a dispetto di quelli ottocenteschi, è informato a istanze produttivistiche. È valorizzato il principio della certezza dei rapporti, talora a dispetto dell'effettiva volontà del contraente, a cui, in certe ipotesi, si sostituisce un'indagine circa l'oggettiva imputabilità dell'atto, da svolgersi secondo canoni giuridici. Ciò fa emergere un'immagine normativa di accordo, distante da quella naturalistica alla quale si informava il *dogma della volontà*³.

Ciò funge da primo sostegno rispetto alla possibilità che le parti legittimamente configurino fattispecie alternative a quelle previste nella Sezione codicistica dedicata *all'accordo delle parti* (artt. 1326-1342). Per ipotizzare l'*autonomia privata procedimentale*, è necessario accogliere una nozione di accordo flessibile, che si rende più *leggero* o più *pesante* a seconda degli interessi coinvolti nella formazione del contratto⁴.

³ C. M. BIANCA, *Il Contratto*, in *Diritto Civile III*, Milano, 2013, p. 20. L'A. rileva che l'ordinamento «non fa dipendere la rilevanza giuridica dell'atto dalla realtà della volontà interna delle parti. Il contratto non è valutato come fenomeno psichico ma come fenomeno sociale, e ciò che conta è il valore obiettivo che questo fenomeno assume quale atto decisionale mediante il quale le parti costituiscono, estinguono o modificano un loro rapporto patrimoniale».

⁴ Cfr. V. ROPPO, *Il Contratto*, in *Trattato di diritto privato* (a cura di) G. Iudica e P. Patti, Milano, 2016, p. 25. L'A. rileva che «il contratto tocca, invade, incide la sfera giuridico-patrimoniale dei soggetti coinvolti». In questa attitudine, l'A. riscontra la giustificazione dei «*differenti gradi d'accordo gradi di accordo*», commisurati alla diversa intensità degli *effetti* che il contratto può sortire sulla sfera giuridica del consociato.

Lo studio dei molteplici procedimenti formativi legali, corrobora l'idea che l'accordo sia un fatto normativo, non già naturalistico: un «*fatto qualificato da norme*», che «*tengono conto di una grande varietà di fattispecie*»⁵.

Quanto agli aspetti formativi del contratto, lo studio dell'accordo consente di discernere fra fattispecie *c.d. forti* (ad es., art. 1350, c.c., rubricato “*Atti che devono farsi per iscritto*”) e fattispecie *c.d. deboli* (ad. es. art. 1333, c.c., rubricato “*Contratto con obbligazioni del solo proponente*”). Esse, rispettivamente, richiedono un *quid pluris* o un *quid minoris* rispetto all'informale scambio dei consensi⁶. Talché è possibile concepire l'accordo come fattispecie che tipizza una *tecnica procedimentale* prescelta dal legislatore, non come elemento *pre-giuridico* riconducibile ad un fenomeno sempre eguale a sé stesso⁷.

Si aggiunga che una varietà di istituti codicistici riconoscono alle parti la facoltà di plasmare il procedimento di formazione del contratto, mediante un atto di autonomia, detto negozio di configurazione (*aggravamento/semplificazione tipica*). La legge, in altre parole, ammette che le parti scelgano un modello più conforme alle loro esigenze, laddove queste non possano essere soddisfatte da quelli altrimenti applicabili. L'istituto giuridico paradigmatico è quello *delle forme convenzionali*.

L'art. 1352, c.c. contempla l'ipotesi in cui le parti stipulino una convenzione, che preveda l'onere di forma per i loro futuri contratti.

La norma stabilisce che, laddove non venga disposto diversamente, la forma si intende voluta *ad substantiam actus*. Ai fini di questo studio, è di primario rilievo notare che l'art. 1352, c.c. postula la libertà di adottare patti sulla forma, volendo chiarire quali effetti discendano dalla successiva violazione degli stessi. Solo laddove le parti non abbiano precisato per quali effetti la forma sia stata voluta

⁵ *Ibidem*.

⁶ N. IRTI, *Studi sul formalismo negoziale*, Padova, 1996.

⁷ V. ROPPO, *op. cit.*, p. 95.

(*forma costitutiva o soltanto probatoria*), la norma trova piena applicazione⁸. Nella sistematica del legislatore, l'autonomia *procedimentale* sembra atteggiarsi a *prius logico* della disposizione menzionata.

Ebbene, la legge, *expressis verbis*, riconosce alle parti la facoltà di “*aggravare*” il procedimento di formazione del contratto. Entro questa facoltà si innestano gli oneri formali convenzionali, tra i quali si annovera anche la *forma richiesta per l'accettazione*, disciplinata dall'art. 1326, comma 2, c.c..

Sicché, le varie vicende che possono influire sulla formazione del contratto, rendono l'accordo poliedrico: ciò funge da sostegno dogmatico all'intera categoria dell'*autonomia privata procedimentale*.⁹ Essa, in quanto espressione della libertà contrattuale, incontra i limiti che le sono propri. Il primo che viene in considerazione è dato dal *principio dell'accordo*. L'accordo può essere sì *aggravato* o *semplificato* atipicamente, ma non ne è ammessa la sostanziale esclusione, di modo da creare posizioni (quandanche previste *ex contractu*) di soggezione *sine die* e *sine causa* all'altrui iniziativa negoziale.

Il secondo limite, è quello della disciplina formalistica e *neoformalistica*, posta a tutela di interessi superiori dell'ordinamento giuridico, tra cui rientra la disciplina che protegge i consumatori. Il terzo limite è scandito dalla buona fede e dalla correttezza contrattuale.

Per meglio cogliere i tratti della categoria delle fattispecie aggravate di accordo (anche dette *fattispecie forti*), si deve tenere conto della tendenza legislativa alla *procedimentalizzazione* e *oggettivizzazione* del consenso. Talvolta

⁸ Cfr. *Relazione al Re del Ministro Guardasigilli sul Codice civile, n. 617, IV capoverso*: «*il patto di adottare una certa forma per la conclusione di un futuro contratto deve essere interpretato in relazione all'effettiva volontà delle parti circa la funzione costitutiva o soltanto probatoria della forma voluta. Nel dubbio, si è considerato l'accordo come diretto a scopo costitutivo, contrariamente al gran parte della dottrina, ma conformemente al diritto romano*».

⁹ La natura flessibile dell'accordo è colta, *ex plurimis*, da A. M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale*, Torino, 2002, p. 25. Secondo L'A. la presenza di molteplici procedimenti formativi «*ha il pregio di adattare con grande flessibilità la definizione generale a variabili esigenze pratiche*»

l'aggravamento è propedeutico al soddisfacimento di un interesse “nuovo” dell'ordinamento: la ricomposizione del conflitto esistente nel mercato tra impresa e consumatori. Il fine è quello di prevenire il possibile fallimento del luogo economico dei consumi, ipotizzabile a causa delle asimmetrie informative che lo connotano. La scelta legislativa di attuare la tutela del contraente debole anche attraverso la previsione di suddette fattispecie aggravate di accordo, permette di stabilire delle connessioni teleologiche con le scelte degli operatori economici, che pure si muovono nella direzione dell'aggravamento, questa volta, atipico.

Sicché, tra *neoformalismo* ed esercizio dell'*autonomia privata procedimentale* è dato intravedere una “*identità di fine*”: il *raffreddamento del mercato*.¹⁰ Ciò si realizza attraverso la *standardizzazione* del contratto, che è *in nuce* al mercato dematerializzato di *internet*. In questo contesto, i gesti che conducono allo scambio virtuale sono apparsi talmente inespressivi, da spingere alcuni autori a negare che l'accordo possa tuttora ergersi a presupposto di suddetti scambi.¹¹ Tutto ciò rende lo rende particolarmente insidioso per alcune classi di contraenti, in particolare per il consumatore.

Ciò è reso evidente dai massicci interventi nel settore, che provengono dall'Unione europea. In questo contesto la legge, per meglio tutelare il consumatore, si è avvalsa della tecnica legislativa del *neoformalismo*. Infatti, la *procedimentalizzazione* del consenso è stata avvertita quale strumento idoneo a rendere inoffensivo il contratto telematico, che, è normalmente contratto predisposto e per adesione. Inoltre, in considerazione del carattere *alloctono* della disciplina, non è sempre chiaro quali regole ne presiedano la formazione.

Per questo, i negozi di configurazione assumono un ruolo dirimente di *self-regulation*. In questo contesto normativo, la grande impresa, che non sembra soffrire degli interventi formalistici recentemente adottati, si dirige nella stessa direzione seguita dal legislatore: verso la *procedimentalizzazione* del consenso, questa volta atipica.

¹⁰ R. DI RAIMO, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, Napoli, 2002, p. 89.

¹¹ N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, n.1, pp. 347-364.

Gli operatori di *internet* mostrano uno spiccato interesse per gli aspetti procedurali dei contratti che stipulano. Lo strumento giuridico deputato a soddisfare questo interesse appare il negozio di configurazione, che è prodotto dell'*autonomia privata*, declinata però nella sua accezione *procedimentale*. In quanto *species* della generale "*autonoma privata*", incontra i limiti "positivi" della meritevolezza di tutela degli interessi perseguiti, e quelli "negativi" delle norme inderogabili, tra le quali si annoverano quelle formalistiche poste a tutela del consumatore.

Sicché, la predisposizione di modelli formativi atipici, non può sottrarre tutela al contraente debole, potendo rivolgersi solamente nel verso dell'ulteriore aggravamento del procedimento di formazione del contratto *B2C*.

La *procedimentalizzazione* del consenso è per sua natura tecnica idonea a ingenerare certezza nei traffici giuridici, sia che venga adottata dal legislatore, sia che venga adottata dalle parti. Per questo, l'*autonomia privata procedimentale* è tecnica negoziale di cui utilmente si avvale il ceto imprenditoriale, nel rispetto del principio dell'accordo e delle norme inderogabili dell'ordinamento. Questo scopo viene perseguito dilatando il tempo necessario ai fini della conclusione del contratto. Laddove dovessero risultare operative le regole tipiche (residuali), l'accordo che si raggiunge mediante l'accesso al sito, coerentemente con il comb. disp. degli artt. 1326 e 1336, c.c., si perfezionerebbe in forza dell'inoltro dell'ordine da parte del consumatore. In quanto atto astrattamente sussumibile nell'accettazione di offerta al pubblico, sarebbe sufficiente alla conclusione del contratto.

Senonché, questa circostanza potrebbe arrecare grave pregiudizio all'imprenditore attivo nell'*e-commerce*, il quale, in mancanza di una clausola configurativa all'uopo predisposta, risulterebbe vincolato da un numero sostanzialmente incontrollabile di contratti, pari, cioè, al numero di ordini ricevuti, con aumento esponenziale della probabilità di inadempienza e conseguente responsabilità contrattuale.

CAPITOLO 1

L'ACCORDO CONTRATTUALE TRA *NEOFORMALISMO* E AUTONOMIA PRIVATA PROCEDIMENTALE

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. L'accordo; ricostruzione della fattispecie contrattuale tra teoria oggettiva e teoria della volontà. — 2.1. Fattispecie forti e fattispecie deboli: gli interessi sottesi alla differenziazione del procedimento di perfezionamento dell'accordo. — 2.2. Oggettivazione e funzionalità del contratto; considerazioni sugli artt. 428, 1335, 1341 e 1433, c.c. — 2.3. Nozione normativa di contratto; critica alla dottrina dello scambio senza accordo. — 3. La calcolabilità come valore della società capitalistica; i contratti standard. — 4. Complessità dei procedimenti di formazione del contratto e tutela del contraente debole; il *neoformalismo* negoziale. — 5. Considerazioni introduttive sulla conclusione del contratto telematico

1. Premessa

Il presente studio intende esaminare due peculiari aspetti della tutela del consumatore: il c.d. *neoformalismo* negoziale, che sovente caratterizza l'iter di perfezionamento dei contratti consumeristici, e *l'autonomia privata procedimentale*, per tale intendendosi l'esercizio del potere contrattuale preordinato alla configurazione di modelli di accordo alternativi a quelli legali.

Obiettivo ultimo, è quello di proiettare l'odierna trattazione nella disciplina del commercio elettronico, mostrando come *neoformalismo* ed autonomia privata procedimentale possano incidere sulle sorti del contratto concluso in rete da un consumatore.

Entrambi i fenomeni investono e condizionano il concreto atteggiarsi del contratto. In ragione di ciò nasce un vivo interesse rispetto al loro inquadramento giuridico. In questo senso, per attribuire loro una sistemazione, è richiesto uno sforzo preliminare: lo studio dell'accordo contrattuale. Questo sembra un punto di

partenza imposto. Occorre far luce su cosa possa considerarsi accordo e cosa no, per tracciare i confini *dell'autonomia privata procedimentale*¹², cioè della facoltà delle parti di foggare procedimenti atipici, concorrenti con quelli legali.

Allo stesso modo occorre far luce sulla nozione di accordo per qualificare giuridicamente il fenomeno “*neoformalismo*”, riconducendolo a quelle fattispecie di accordo richiedenti elementi ulteriori rispetto al solo consenso delle parti e, per questo, dette *forti*¹³.

Assunto questo punto di vista, nel presente capitolo si evidenzia come il fenomeno contrattuale, pur essendo unitariamente preordinato alla costituzione, alla regolazione ovvero alla estinzione di rapporti giuridici patrimoniali, possa scaturire da sequenze di atti disparate, che, sebbene cangianti, conducono pur sempre allo stesso istituto giuridico: il contratto.

Per questo, si deve far menzione dei numerosi modelli di accordo che concorrono con quello “*tradizionale*” rappresentato dallo scambio di proposta e accettazione. Inoltre, vanno evidenziati gli interessi sottesi alla previsione da parte del legislatore di procedimenti alternativi a quello “*canonico*” di cui all’art. 1326, c.c..

Poi, individuate le finalità che hanno sospinto il legislatore a disciplinare variegati modelli di accordo, bisogna dar conto degli interessi che possono indurre i privati a fare altrettanto. Così, si deve concludere ipotizzando una convergenza teleologica tra aggravamento tipico/legale e aggravamento atipico/negoziale. Convergenza, che è dato giustificare sulla base dell’esigenza di governare il

¹² L’espressione è coniata da A. M. BENEDETTI, *Autonomia Privata Procedimentale*, Torino, 2002.

¹³ N. IRTI, *Studi sul formalismo negoziale*, Padova, 1996. All’Autore dobbiamo la definizione delle fattispecie c.d. *forti*: sono quelle fattispecie di accordo che richiedono un *quid pluris* rispetto agli elementi minimi del contratto, rispetto cioè al consenso volontariamente manifestato dalle parti. In considerazione della loro struttura, l’Autore le contrappone alle fattispecie c.d. *deboli*.

susseguirsi di atti unilaterali che conducono all'inverarsi della fattispecie contrattuale, vuoi per riequilibrare le posizioni delle parti, vuoi per prevenire l'insorgere di controversie, così tutelando l'interesse alla certezza del rapporto.

In altre parole, posto che gli istituti giuridici oggetto di attenzione da parte di questo lavoro sono riferibili alla fattispecie contrattuale, è dallo studio dei suoi elementi costitutivi che dobbiamo prendere le mosse; così da gettare le basi per il resto della trattazione.

Per il momento basti considerare come ipotesi di lavoro che le parti abbiano la facoltà di plasmare nuovi procedimenti di formazione del contratto. Questa ipotesi verrà sviluppata e confortata nel prosieguo della trattazione. Sennonché, sin da ora possiamo precisare che tale facoltà trova il proprio limite nel *principio dell'accordo*, di cui vanno indicati gli elementi minimi; coesenziali cioè alla fattispecie contrattuale. Le parti possono deviare dal modello legale, ma devono lasciare inalterata l'essenza dell'accordo, che si erge a elemento imprescindibile della fattispecie.¹⁴ Infatti, il principio dell'accordo si pone a garanzia della sfera giuridica rispetto ad intrusioni indesiderate perpetrate da terzi: in questo senso, tutelando la libertà contrattuale, protegge non solo l'individuo, ma anche l'ordine pubblico¹⁵; difende la libertà di non subire modificazioni del proprio patrimonio, quandonche positive, se non in forza di un atto di volontà, che poi giunga a perfezionare l'accordo contrattuale.

Alla luce di ciò, occorre *in primis* demarcare il perimetro minimo dell'accordo. Sono molteplici gli istituti giuridici da cui emerge la sua natura elastica, flessibile; il legislatore è capace di appesantirlo o alleggerirlo a seconda

¹⁴ Cfr. G. B. FERRI, *Il negozio giuridico*, Padova, 2004, p. 38. L'A. considera l'accordo quale elemento logico necessario ed indispensabile perché si realizzi *l'operazione contrattuale*.

¹⁵ Sul punto, V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, (a cura di) G. Iudica e P. Patti, Milano, 2016, p. 24 e ss.. Cfr. pp. 200 e ss.

degli interessi da controbilanciare. Così l'accordo si mostra quale istituto disomogeneo e questa immagine contribuisce a mettere in crisi il risalente *dogma della volontà*, per fare spazio ad un contratto in cui scambio e accordo possano apprezzarsi in una dimensione *oggettivata*. In questo solco vanno intesi il *formalismo* e la *procedimentalizzazione del consenso*: l'accordo, quanto più viene esteriorizzato secondo parametri prefissati, tanto meno offre il fianco a incertezze e margini di controversia.

Appunto per questo, nel presente capitolo si proverà a tracciare una definizione di accordo ed a sottolineare come questo, pur restando essenziale all'inverarsi della fattispecie contrattuale, sia cangiante. Ne discende una concezione normativa, lontana dalle più classiche intuizioni giusnaturalistiche. Questa concezione normativa ci serve per meglio intendere il fenomeno del *neoformalismo* negoziale, e per meglio corroborare la tesi per cui l'interesse alla procedimentalizzazione del consenso, sia meritevole di tutela e per questo su di esso insista l'autonomia privata... procedimentale.

2. L'accordo; ricostruzione della fattispecie contrattuale tra teoria oggettiva e teoria della volontà.

«Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire estinguere o regolare un rapporto giuridico patrimoniale»¹⁶

La costituzione, l'estinzione e la regolazione di rapporti giuridici patrimoniali si radica nell'accordo delle parti, descritto dall'art. 1321, c.c. quale elemento costitutivo della fattispecie¹⁷. Con esso concorrono altri tre elementi:

¹⁶ Art. 1321, cod. civ..

¹⁷ Cfr. V. ROPPO, *Il Contratto*, in *Trattato di diritto privato*. Nello stesso senso si muovono, A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale*, Torino, 2002, pp. 10 e ss. e A. DI MAJO, *L'accordo*, in AA. VV., *Lezioni sul contratto raccolte da Andrea Orestano*, Cap. I, Torino, 2009.

l'oggetto, cioè un (1) *rapporto giuridico*, la sua (2) *patrimonialità* e la (3) *volontà* delle parti, designata dalla preposizione di scopo “*per*”.¹⁸ L'accordo si mostra come veicolo di cui avvalersi per rendere evidente quanto si intende ottenere dal contatto giuridico con un altro consociato.

Rispetto alla ricostruzione della figura dell'accordo, si sono storicamente contrapposte due impostazioni: l'una *soggettiva*¹⁹, che valorizza la volontà delle parti quale elemento costitutivo della fattispecie, l'altra, *oggettiva*²⁰, che valorizza il contenuto esteriore della dichiarazione ed il significato *sociale* che essa con sé reca; a questa impostazione sono riconducibili le teorie della dichiarazione e precettiva²¹.

Secondo la teoria *soggettiva*, mancando l'attuale volontà della parte rispetto alla produzione degli effetti giuridici, mancherebbe un elemento costitutivo del contratto.

Specularmente, secondo la teoria *oggettiva*, elemento costitutivo della fattispecie sarebbe la dichiarazione, non già il fenomeno psichico riferibile al dichiarante.

¹⁸ In argomento, *ex plurimis*, si veda V. ROPPO, *op. cit.*, p. 4.

¹⁹ Decisivi sono stati i contributi della pandettistica. Per tutti si veda F. C. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, Vol. III, Torino, 1900, p. 337. L'Autore scrive: «*la volontà di per sé stessa deve essere considerata come l'unico elemento importante ed efficace e soltanto perché essa è fatto interiore, invisibile, noi abbiamo bisogno di un segno, per il quale essa debba essere conosciuta dagli altri, e questo segno attraverso cui la volontà si fa palese, è appunto la dichiarazione*».

²⁰ Le c.d. teorie oggettive prendono le mosse dalle «*dalle prime evoluzioni del capitalismo moderno [...] la portata oggettiva dei processi di scambio evidenzia i limiti delle teorie soggettive ed indusse a svilire vieppiù il ruolo della volontà nell'ambito della vicenda di produzione di effetti giuridici*». Così, F. CRISCUOLO in *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, in *Trattato di diritto civile del consiglio nazionale del notariato*, (diretto da) P. Perlinger, Napoli, 2008, p. 162.

²¹ Questa distinzione è colta da C. M. BIANCA, *Il Contratto*, in *Diritto Civile III*, Milano, 2013, p. 18.

Come è dato osservare, queste ricostruzioni sono parzialmente antitetiche. Lo sono in considerazione dei contrapposti presupposti ideologici che le sorreggono: la teoria *volontaristica* fu elaborata a suffragio delle istanze liberali/borghesi ottocentesche, congegnali ai profondi mutamenti sociali che portarono alla transizione verso una società capitalistica.

In seno a questo nuovo modello di società, la libertà di autodeterminarsi doveva riflettersi nella libertà di stipulare contratti: così il contratto acquista «*forza di legge tra le parti*»²²; ciò esprimeva (ma esprime tutt'ora) che «*il consenso in sé è il criterio di legittimazione di una nuova sovranità*»²³; quella borghese.

In questo modo, la trasposizione in termini giuridici della inviolabilità della libertà economica dell'individuo, fu rappresentata in quella stagione dal *dogma della volontà*: libertà di stipulare, inviolabilità della propria sfera giuridica e protezione da intrusioni *non volute*.

La teoria *oggettiva* precorre la modernità, e si confronta con le esigenze di una società capitalistica più matura, in seno alla quale la ricchezza è in prevalenza determinata dalla circolazione dei beni e dei contratti²⁴. Così, quanto più il valore economico va assumendo una dimensione *dinamica*, tanto più la ricchezza è generata dallo scambio e meno dalla staticità dell'assetto dominicale.²⁵ Si

²² Cfr., Art. 1334, *Code civil*, che recita: «*le conventions legalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*» e art. 1373, vigente codice civile.

²³ Cit. R. DI RAIMO, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, Napoli, 2003, p. 15.

²⁴ Cfr. F. GALGANO, *Il Contratto*, Padova, 2011, p. 4 L'Autore si sofferma funzione del contratto nell'odierna economia post-industriale. Il contratto rappresenta una *new property*, nel senso che non si limita più a soddisfare l'esigenza di assicurare la circolazione della ricchezza, ma ne è divenuto esso stesso l'oggetto, attraverso le varie tecniche riferibili ai valori mobiliari.

²⁵ Sul punto, R. DI RAIMO, *op. cit.*, p. 19: «*l'epicentro dell'attività di impresa si sposta dall'acquisto di mezzi di produzione alla distribuzione dei prodotti e la necessità di*

contrappongono, da un lato, «*la borghesia media e quella fondiaria, l'aspirazione ad un ordine statico e la difesa dei diritti acquisiti, anzitutto quelli proprietari*» e dall'altro «*i ceti industriale e del commercio, e la necessità di sostenere l'allargamento dei mercati con una disciplina a ciò idonea*».²⁶ È in ragione di ciò, che il riferimento alla *volontà* va in crisi: essa è «*fatto psicologico meramente interno [...] di per sé inafferrabile e incontrollabile*»²⁷, incompatibile con le esigenze di certezza del mutato contesto ideologico e di mercato.

Va però precisato come in seno a questa dottrina rimanga comunque ferma l'idea che attraverso l'accordo si esprima la volontà negoziale, sebbene, si vada ponendo l'attenzione sulla sua *percettibilità*²⁸, che ne costituisce misura e limite di efficacia²⁹. L'accordo, pur essendo elemento costitutivo della fattispecie, perde così la sua dimensione esclusivamente volontaristica e, sotto questa luce, si presta ad essere definito come «*fatto qualificato da norme*»³⁰, che «*tengono conto di una grande varietà di fattispecie*»³¹.

certezza nella contrattazione profila una diversa funzione della disciplina dei procedimenti formativi».

²⁶ Cit. *Ibidem*, p. 20.

²⁷ Cit. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Rist. corr. della 2. ed., Napoli, 1994, p. 52.

²⁸ Di «*presunzione sociale di consenso*» parla anche R. DI RAIMO, *op. cit.* p. 62. L'autore ribadisce che il consenso resta pur sempre il perno su cui l'accordo si regge, per quanto possano con esso concorrere elementi ulteriori, quale *l'apparenza, l'autoresponsabilità, l'affidamento*.

²⁹ Cfr. N. IRTI, *Studi sul formalismo negoziale*, p. 32. L'Autore, in merito al rapporto tra forma e contenuto scrive: «*questo è interiore e invisibile; quella assolve la funzione di recarlo all'esterno, e così di farlo percepibile e conoscibile*»; quindi considera la «*forma al servizio del contenuto*» e nello stesso senso si muove F. GALGANO, *Il contratto*, p. 296 e ss..

³⁰ V. ROPPO, *op. cit.*, p. 95.

³¹ Cit. *Ibidem*.

Queste fattispecie sono necessarie al contemperamento degli interessi coinvolti nella formazione del contratto. In questo senso, possiamo concludere che l'accordo deve assumere una forma³², lo fa attraverso atti di espressione³³. L'espressione genera affidamento³⁴ circa la corrispondenza tra il voluto e il reso manifesto. Quando una dichiarazione, un gesto o un segno³⁵, mettono al mondo il volere di due o più parti, ed *appare* che queste perseguono mutamenti corrispettivi in seno alle loro sfere giuridiche, lì si perfeziona il contratto.³⁶

In questo senso, la disciplina del contratto *«non fa dipendere la rilevanza giuridica dell'atto dalla realtà della volontà interna delle parti. Il contratto non è valutato come fenomeno psichico ma come fenomeno sociale, e ciò che conta è il valore obiettivo che questo fenomeno assume quale atto decisionale mediante il*

³² Sul punto E. BETTI, *op. cit.*, p. 278: l'autore scrive: *«la fenomenologia del diritto insegna che la forma serve a dare il sugello della giuridicità alle attività e iniziative degli uomini»*.

³³ Occorre fornire una definizione di forma; in questa sede si ripropone quella offerta da F. VENOSTA, *Profili del neoformalismo negoziale: requisiti formali diversi dalla semplice scrittura*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2008, n.11, p. 87: *«la forma è il modo di atteggiarsi di tutti quegli accadimenti del mondo fisico o psichico, di produzione o comunque origine umana, attraverso i quali la generalità dei consociati riconosce o può riconoscere come esistenti gli elementi che il diritto considera rilevanti ai fini dell'esistenza del contratto o dell'atto»*.

³⁴ Sposta l'attenzione sull'elemento della *autoresponsabilità e dell'affidamento* G.B. FERRI, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Rimini, 1992, p. 48 e ss.

³⁵ Sul punto E. BETTI, *op. cit.* p. 126. L'autore, sul punto, scrive: *«una forma ci vuole in ogni caso, anche nel contegno omissivo»*,

³⁶ Sul punto, L. FERRI, in *Lezioni sul contratto*, Bologna, 1975, pp. 40-50. L'autore riconosce come il contratto possa talvolta essere concluso in contrasto con la volontà di una parte, e individua nella definizione di cui all'art. 1173, c.c.: contratto quale fonte di obbligazioni. Ebbene una nozione più calzante di contratto, non essendovi al suo interno alcun riferimento all'elemento volitivo interno della parte.

quale le parti costituiscono, estinguono o modificano un loro rapporto patrimoniale»³⁷.

Così, elemento costitutivo dell'accordo è una manifestazione di volontà contrattuale che risulti *imputabile* alla parte;³⁸ che sia, in altre parole, *obiettivamente* apprezzabile come atto preordinato alla modificazione della propria sfera giuridica.

In ragione dei principi di *autoresponsabilità* e *tutela dell'affidamento*, incastonati nel nostro sistema civilistico, l'atto vincola chi l'ha posto in essere, quandanche questi abbia immesso nel traffico giuridico una dichiarazione non sorretta da una corrispondente volontà interiore. *L'imputabilità*, quale elemento sulla cui base valutare la produzione di effetti giuridici, può talvolta prescindere dal fatto che essi siano perseguiti. Ciononostante, il *comportamento* deve essere voluto dal soggetto a cui è imputabile (non necessariamente devono essere voluti gli effetti). In questo bilanciamento, si trova l'equilibrio tra tutela della libertà contrattuale e tutela dell'affidamento (che è interesse fondamentale della società di mercato). A seguire, proporrò alcuni esempi tesi ad evidenziare la fondatezza di queste considerazioni.

Dall'accordo che *riveste* un intento giuridicamente apprezzabile in considerazione della causa e dell'oggetto cui inerisce, scaturisce un contratto, *valido*. Questa affermazione si basa sul disposto dell'art. 1325, c.c., che indica i

³⁷ Cit. C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 20.

³⁸ Cfr. L. FERRI, *Lezioni sul contratto*, Bologna 1975, cap. I; *La formazione del contratto*, pp. 40-50. Secondo L'A. *imputabilità* dell'atto alla parte significa pur sempre volontarietà della dichiarazione. Tuttavia, il contratto in quanto dichiarazione è *fatto umano*, quindi atto, quindi volontario. Il contratto quale regolamento è *norma*. Questo significa che dal fatto nasce la norma, e dalla norma il rapporto. In questo senso «*la volontà contrattuale è volontà normativa, cioè volontà oggettiva o deipsicologizzata*». A mente di questo insegnamento, si può concludere che la volontarietà deve abbracciare la condotta e non necessariamente gli effetti che da essa scaturiscono.

requisiti del contratto. Ebbene, *il contratto*, che è *l'accordo di due o più parti*, richiede la sussistenza di una *causa*, di un *oggetto* e di una *forma* quando prevista *ad substantiam*, cioè quale elemento strutturale dell'atto.³⁹ Tuttavia, il primo requisito che si registra nell'art. 1325, c.c., ancora una volta, è quello *dell'accordo*.

Come coordinare l'art. 1321, c.c., che compenetra ontologicamente la definizione di contratto nel concetto di accordo, con l'art. 1325, c.c., che lo annovera tra i suoi requisiti?⁴⁰ Secondo alcuni autori le disposizioni non avrebbero valore cogente, limitandosi ad assumere una funzione descrittiva. Non avrebbero insomma “*né contenuto normativo, né valore sistematico*”⁴¹.

Diversamente, altra dottrina discerne il perimetro precettivo delle due disposizioni⁴². La prima (l'art. 1321 c.c.) descrive la fattispecie, accomunando accordo e contratto. La seconda (l'art. 1325 c.c.) ne disciplina gli elementi *qualitativi*, necessari al valido perfezionamento. La prima assurge a norma *essenziale*, la seconda a norma *strutturale*⁴³, richiedendo un accordo perfezionatosi correttamente perché possa esservi non solo il nucleo minimo di atti che rendano esistente un contratto,⁴⁴ ma affinché esso validamente si concluda.

³⁹ Cfr. C. ANGELICI, *Studi sull'autonomia dei privati*, Torino, 1997, p. 49. L'autore si pronuncia nel senso della coincidenza contratto e accordo

⁴⁰ Sul punto si veda N. IRTI, *Studi sul formalismo negoziale*, p. 44. L'Autore, a proposito del comb. disp. degli artt. 1321 e 1325, scrive: «*l'unità ritorna nell'art. 1325, n. l cod. civ., a debito del quale va segnato che l'accordo non è uno dei molteplici requisiti del contratto, e che causa e oggetto non si pongono accanto, ma dentro l'accordo*»

⁴¹ In questo senso si muove G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Comm. Cod. Civ.*, Torino 1980, Libro IV, Tomo II, p. 43.

⁴² In questo senso si pronuncia G.B. FERRI, *Il negozio giuridico*, Padova 2004, p. 38 e ss.. L'Autore si sofferma sulla duplice portata delle disposizioni: l'una relativa alla formazione del contratto, l'altra relativa al profilo di efficacia/validità dell'atto.

⁴³ Recepisce questa distinzione A.M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 12 e ss..

⁴⁴ Sul punto, A. DI MAJO, AA. VV., *Lezioni sul contratto. Raccolte da Andrea Orestano*, Cap. I, *L'accordo*. Si veda anche A.M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 22.

Sin da ora emerge una direttrice che ci ha guidato nel presente studio: «*la forma dell'atto è sempre eccedente rispetto alla manifestazione di volontà, e come tale è sempre inutile; ma è solo attraverso questo inutile eccesso che la volontà del soggetto diviene oggettività giuridica*»⁴⁵.

2.1. Fattispecie forti e fattispecie deboli: gli interessi sottesi alla differenziazione del procedimento di perfezionamento dell'accordo

Alla luce di quanto esposto sopra, l'accordo si svela come un approdo prima ancora che come requisito: essenza del contratto prima che elemento necessario ai fini della sua validità. Ci è dato pervenire ad una conclusione: sebbene l'accordo sia elemento indispensabile della fattispecie contrattuale, la sua struttura muta, essendo tipizzata da tecniche procedimentali prescelte dal legislatore.⁴⁶ Come accennato, l'ammissibilità di questa considerazione dipende dall'abbandono di una visione *pre* o *ultra* giuridica di accordo. La legge resta sovrana di definire la sequenza di atti che portano alla conclusione del contratto ed è libera di modellarne la struttura. Lo fa lasciandosi guidare dalle esigenze di politica del diritto che persegue: è di queste esigenze che si va adesso discorrendo.⁴⁷

Come accennato nell'inquadramento dottrinale sopra esposto, l'esperienza dei primi codici liberali ci consegna un contratto privo di disciplina quanto ai procedimenti di formazione del consenso: una siffatta regolazione «*avrebbe assunto valenza esclusivamente negativa*», poiché le dinamiche del consenso erano avvertite come componenti imprescindibili della libera iniziativa contrattuale, la cui eccessiva disciplina «*avrebbe avuto funzione di controllo*»⁴⁸. Costituisce una nitida

⁴⁵ G. AZZONI, *Solemnità della forma e sostanzialità giuridica*, in AA.VV., Luisa Avitabile (ed.), *Il diritto tra forma e formalismo*, Napoli, 2011, p. 109.

⁴⁶ V. ROPPO, *op. cit.*, pp. 23-25

⁴⁷ A. M. BENEDETTI, *op. cit.*, pp. 14-20.

⁴⁸ Cit. R. DI RAIMO, *op. cit.*, p. 43

evidenza di ciò l'azzeramento dei procedimenti formativi ad opera del codice Napoleonico⁴⁹.

È tangibile il forte distacco rispetto alla tradizione romanistica, che ci tramanda un ordinamento in seno al quale la stipulazione del contratto scaturiva dal perfezionamento di procedimenti rituali.⁵⁰ Questa esperienza va sotto il nome di *formularismo*. Per la produzione di effetti giuridici era richiesto il ricorso a espressioni e gesti predeterminati e sedimentati⁵¹, valendo il principio «*ex nudo pacto actio non nascitur*»⁵²: lo scambio di volontà irrituale era inidoneo a sopravvivere a sé stesso, inidoneo cioè a tramandarsi nel tempo. Il nudo patto, privo dell'attitudine di legittimare pretese giuridiche in capo ad alcuna delle parti, non conferiva la facoltà di agire in giudizio. Di conseguenza, nella misura in cui il *procedimento* faceva sorgere situazioni giuridiche attivabili in giudizio, prendeva «*il posto della faida*»⁵³, ricomponendo il contrasto tra autotutela e protezione giuridica. Sta proprio in questo la contrapposizione tra *formalismo arcaico* e *aformalismo moderno*: nel rapporto tra ordine e libertà, individualismo e collettività⁵⁴.

⁴⁹ A conferma di ciò si veda, nella sua versione risalente, l'art 1134, *Code Civil Napoleon*.

⁵⁰ Sul punto, R. DI RAIMO, *op. cit.*, p. 43. L'A. rappresenta questa circostanza facendo menzione di una vera propria "allergia alle forme", che «*consentissero di controllare il consenso dall'alto riducendone la capacità di formare diritto auto-legittimato*»,

⁵¹ Cfr. F. CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, Bari, 1981, p. 434 e ss. La ritualità è elemento ricorrente in tutte civiltà arcaiche. Si pensi all'India vedica, in cui la produzione degli effetti giuridici era rimessa alla ripetizione dei *mantra*.

⁵² Cit. Cfr., PAOLO, S.2, 14, I. Cfr. ULPIANO: «*Nuda pactio obligationem non parit*», *Dig. 2, 14, 7, 4*.

⁵³ Cit. E. HELRICH, *Fondamenti della sociologia del diritto*; Volume 35; in *Civiltà del diritto*, Torino, 1976, p. 314.

⁵⁴ Cfr. *Ibidem*.

Abbiamo quindi mostrato la profonda divergenza tra la disciplina della forma dei codici ottocenteschi e la tradizione romanistica. Cionondimeno, ci è dato riscontrare come in seno al codice Napoleonico, così come al nostro abrogato codice civile, vi sia traccia di fattispecie *forti*: in particolare ci riferiamo alla forma scritta richiesta per gli atti dispositivi di diritti reali immobiliari, la cui disciplina era recata, nella nostra esperienza, dall'art. 1314 dell'abrogato codice civile⁵⁵. Questa fattispecie ci sembra esponentiale di un interesse alla conservazione, poiché, nell'ottica di quel legislatore, l'atto di disposizione del diritto dominicale rappresentava il presupposto di una modificazione rilevantissima della sfera giuridica.

Ebbene, la *ratio* della disposizione è ora trasfusa nell'art. 1350, del vigente codice civile, sebbene l'interesse conservativo che la sottende, non sia più un interesse “*di mercato*”, poiché non è più esponentiale di un ceto economico prevalente. Nondimeno, pur rimane attuale l'interesse a generare certezza nei confronti delle parti e dei terzi, così veicolando ponderazione in ordine a contratti

⁵⁵Si riporta il testo dell'art. 1314, cod. civ. abr.: «*devono farsi per atto pubblico o per scrittura privata sotto pena di nullità, 1. Le convenzioni che trasferiscono proprietà d'immobili o di altri beni o diritti capaci d'ipoteca salve le disposizioni relative alle rendite sopra lo Stato; 2. Le convenzioni che costituiscono o modificano servitù prediali, o diritti di uso o di abitazione, o trasferiscono l'esercizio del diritto di usufrutto; 3. Gli atti di rinuncia ai diritti enunciati nei due numeri precedenti; 4. I contratti di locazione d'immobili per un tempo eccedente i nove anni; 5. I contratti di società che hanno per oggetto il godimento di beni immobili, quando la durata della società è indeterminata o eccede i nove anni; 6. Gli atti che costituiscono rendite sì perpetue come vitalizie; 7. Le transazioni; 8. Gli altri atti specialmente indicati dalla legge*». Si può sottolineare come la disposizione in esame rinunci ad una distinzione canonica tra forma ai fini di validità e prova, collocandosi nella sezione dedicata alla prova degli atti. Ciò si salda pienamente con il discorso sopra intrapreso. Basti notare che la disposizione sopra riportata è inserita nella sezione dedicata alla prova degli atti.

dal rilevante *valore sociale*⁵⁶. Così, «*laddove l'esigenza di una rapida circolazione della ricchezza viene meno riappaiono le prescrizioni di forma*».⁵⁷

In antitesi alla sistematica dei primi codici liberali, nasce in seno al nuovo ceto commerciale l'interesse alla procedimentalizzazione del consenso. Questo interesse è legato all'esigenza di maggiore certezza e rapidità degli scambi e a fugare possibili perplessità in ordine al luogo e al tempo della conclusione dei contratti commerciali.

Caso emblematico è quello dell'art. 1327, c.c., il cui equivalente era inizialmente disciplinato nel codice del commercio, agli artt. 36 e 37⁵⁸. Le disposizioni appena citate si allontanavano dallo schema *dichiarazione-consenso* e pertanto rappresentarono una frattura netta con il modello volontaristico. In ragione di ciò, non mancarono di dare adito ad accesi dibattiti dottrinali, nonostante la disciplina dei procedimenti di formazione dei contratti fosse (non a caso) relegata

⁵⁶ Si è volontariamente omissso di fare menzione del valore economico riconducibile alla circolazione dei beni immobili, poiché se esso è notevole guardando all'economia con un approccio "*microeconomico*", cioè guardando all'esperienza che per lo più accomuna la media dei consociati, una volta mutato lo sguardo ci si avvede di come "*macroeconomicamente*" la circolazione dei beni mobili rivesta un ruolo di ben più considerevole spessore. Sul punto si pronuncia espressamente N. IRTI, *op. cit.*, p. 61: «*se appena si consideri l'importanza assunta nel nostro tempo dai beni mobili, si avverte che al formalismo microeconomico si contrappone l'aformalismo della macroeconomia*».

⁵⁷ Cit. L. MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto: dal negozio solenne al nuovo formalismo*, Milano, 2008, p. 6. Sul punto si veda anche E. MORELATO, *Nuovi requisiti di forma nel contratto: trasparenza contrattuale e neoformalismo*, Padova, 2006, p. 8: nell'ottica dell'Autrice, la forma contribuisce alla certezza del rapporto, poiché «*elimina l'incertezza quanto alla determinazione del contenuto del contratto*».

⁵⁸ In argomento si veda C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, Milano, 1916, p. 6; «*l'istituto della conclusione dei contratti ha trovato la sua sede nel Codice di Commercio, perché gli affari dei commercianti che un tempo si concludevano [...] tra presenti, oggi si concludono per lo più tra lontani colla posta e col telegrafo, e questa lontananza fa sentire al legislatore commerciale la convenienza di indicare in quale momento e in quale luogo il contratto divenga perfetto*».

al codice commerciale, così da lasciare impregiudicata almeno la sistematica, di più *generale* respiro, del codice civile.

L'art. 1327⁵⁹ costituisce l'odierno equivalente delle disposizioni summenzionate. Esso, ai fini della conclusione del contratto *inter absentes*, rende superflua la dichiarazione di accettazione, in ragione di un interesse alla celere conclusione dell'affare. Questa esigenza di speditezza può essere ravvisata nella natura dell'operazione economica, negli usi o in una richiesta del proponente all'uopo indirizzata verso l'oblato.

Oggi gli istituti giuridici esponenziali di ideologie e forme di mercato differenti, convivono in seno al vigente codice e si collocano tutti nella Sezione I, Capo II, Titolo II, Libro IV, c.c., per l'appunto titolata: *Dell'accordo*. A questo proposito è cristallina una considerazione di R. Di Raimo, presente nel suo saggio, *Autonomia privata e dinamiche del consenso* ed è utile qui riportarla: «*gli art. 1326 e ss. del codice civile vigente rappresentano una sintesi straordinaria di almeno de secoli di storia civile e di tradizione civilistica (del secolo delle conquiste liberali e di quello dell'economia di massa e della battaglia per la democrazia), è gioco forza chiedersi, in chiave prospettica se e come quella disciplina riesca a convivere con i nuovi procedimenti formativi*»⁶⁰.

Per ora basti considerare che la sistemazione adottata dal codice civile appare «*coerente con la configurazione della fattispecie contrattuale [..], ha il pregio di adattare con grande flessibilità la definizione generale a variabili esigenze pratiche*».⁶¹

⁵⁹ Se ne riporta il testo: «*Qualora, su richiesta del proponente o per la natura dell'affare o secondo gli usi, la prestazione debba eseguirsi senza una preventiva risposta (1), il contratto è concluso nel tempo e nel luogo in cui ha avuto inizio l'esecuzione. L'accettante deve dare prontamente avviso all'altra parte della iniziata esecuzione e, in mancanza, è tenuto al risarcimento del danno*».

⁶⁰ Cit. R. DI RAIMO, *op. cit.*, p.78.

⁶¹ Cit. A. M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 25

Abbiamo constatato come al modello *tradizionale*, nel tempo, se ne siano affiancati altri. La ragione di ciò sta nel fatto che il contratto «*tocca, invade, incide la sfera giuridico-patrimoniale dei soggetti coinvolti*»⁶² ed i differenti gradi di accordo sono commisurati alla diversa intensità degli *effetti* che il contratto può avere sulla sfera giuridica del consociato. È vero che ogni intrusione nel patrimonio altrui richiede la partecipazione del soggetto che la subisce, ma è in considerazione della gravità dell'intrusione, che la legge richiede una struttura di accordo variabile: principio generale è quello della libertà delle forme, sebbene per le intrusioni più gravi sia necessaria una struttura pesante, come l'appena menzionata forma *scritta ad substantiam*⁶³, idonea a generare certezza maggiore in ordine agli effetti giuridici perseguiti dalle parti. Per le intrusioni più blande, è sufficiente una struttura leggera,

⁶² Cit. V. ROPPO, *op. cit.*, p. 25.

⁶³ Il principio sembra appartenere al nostro sistema civilistico ed ricavabile *a contrario* dagli artt. 1325 e 1350, c.c.. La dottrina tradizionale attribuisce alle suddette disposizioni il valore di norme eccezionali, insuscettibili di interpretazione analogica. L'idea si basa sulla considerazione del principio della libertà delle forme come norma dal valore "regolare", cui fanno da contraltare le eccezioni riferibili all'art. 1350, c.c.. A questa dottrina si contrappone chi non riconosce alla "libertà delle forme" il valore di norma (poiché non descrive una fattispecie), così rifiutando l'assunto per cui ad ogni disposizione che si contrapponga ad una regola di "libertà" sia ascrivibile il valore di *norma eccezionale*. La *forma* altro non è che un *prius* pratico dell'atto, e gli artt. 1325 e 1350, c.c. non si pongano in rapporto di eccezione rispetto ad alcuna norma generale dell'ordinamento. In altre parole «nessuna norma è in sé e per sé, regola od eccezione. Si tratta di individuare in materia di forma la norma regolare e quella eccezionale [...] la norma sulla forma è unica ed esclusiva [...] non si danno quindi due norme sulla forma ma una sola la quale in sé considerata non è né eccezionale né regolare». Cit. N. IRTI, *Studi sul formalismo negoziale*, p. 54.. Questa intuizione porta con sé conseguenze di non poco conto, ovverosia la possibilità di estendere ed interpretare per analogia la disciplina degli atti che debbono farsi per iscritto ad ipotesi non previste dall'art. 1350, c.c.. Ancora una volta ci è dato riscontare come la contrapposizione di vedute rispetto agli istituti "formali" affondi in diverse concezioni dell'istituto contrattuale: il substrato di cultura giuridica che le diversifica è riconducibile per lo più alla contrapposizione tra le teorie che sono state oggetto di considerazione nel II paragrafo del presente lavoro.

non essendo ravvisabili rischi particolari rispetto al nascente rapporto. A questo proposito valga l'esempio dell'art. 1333, c.c.: a fronte di un contratto con *obbligazioni a carico del solo proponente*, la legge riconduce all'osservanza di un contegno omissivo protrattosi per un certo tempo (silenzio), un comportamento idoneo e sufficiente alla conclusione del contratto. Ciò in considerazione dell'insussistenza di un corrispondente sacrificio economico nella sfera giuridica della controparte.

A questo punto per completare il discorso intrapreso, si deve fare menzione della rinnovata e recente tendenza legislativa, di origine comunitaria, alla *procedimentalizzazione* del consenso. Infatti, è proprio in seno a questo *trend* che va ricercata la matrice del *neoformalismo*, la cui natura giuridica è oggetto di indagine da parte di questo lavoro.

Come approfondiremo nel IV paragrafo, il nostro ordinamento si arricchisce di ulteriori fattispecie *forti* di accordo. Esse si caratterizzano per la funzione cui assolvono: la tutela del contraente debole, che assurge a indiretta garanzia dell'ordine concorrenziale del mercato unico europeo⁶⁴. In seno a questa tendenza si osserva come «*il procedimento conquista una posizione prioritaria assolutamente nuova nella storia e nella teoria moderna dell'autonomia privata*»⁶⁵, ciò rappresentando una «*decisiva discontinuità nei fini e nelle tecniche*»⁶⁶. La considerazione della sostanziale disparità tra contraenti è il substrato su cui si fonda un rinnovato interesse per i procedimenti.

Possiamo allora riscontare come si siano nel tempo succedute tre fasi:

⁶⁴ Così M. P. PIGNALOSA, *Manuale del diritto dei consumatori*, Roma, 2013, p. 36 e ss..

⁶⁵ Cit. R. Di RAIMO, *op. cit.*, p. 32

⁶⁶ Cit. *Ibidem*.

prima (di cui sono espressione i primi codici liberali): nella quale il consenso è espressione dell'autonomia privata e l'assenza di una disciplina positiva dei procedimenti ha una accezione rispettosa dell'uguaglianza formale⁶⁷ delle parti.

seconda (di cui è espressione il codice civile vigente): nella quale la proceduralizzazione del consenso è mezzo attraverso cui garantire la certezza e la rapidità dell'attività commerciale, ma in cui l'oggettivazione del contratto fa da contraltare ad un rinnovato interesse per la funzione (causa) cui il esso assolve⁶⁸. Si intravede, sebbene non nitidamente, il fine perseguito: ricercare un punto di equilibrio tra la tutela dell'*affidamento* (e quindi della certezza dei traffici giuridici) e il perseguimento dell'*uguaglianza sostanziale tra le parti*. Il nostro codice, come in seguito preciseremo, fa ricorso a molteplici disposizioni, aperte e non, per garantire sufficiente funzionalità del contratto: si pensi al caso del contratto stipulato dall'incapace naturale e del contratto rescindibile. Queste figure, su di un piano sistematico, si collocano a grande distanza reciproca. La prima disciplina un vizio che afferisce alla volontà del contraente, la seconda alla causa del contratto. Eppure, in entrambe le ipotesi, appare chiaramente che la legge non si preoccupi delle circostanze in cui il consenso si è formato, bensì delle conseguenze cui hanno dato causa sul piano patrimoniale (pregiudizio patrimoniale dell'incapace, lesione *ultra dimidium*/condizioni inique). Inoltre, non ci sembra casuale che il substrato

⁶⁷ Cfr. C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 26. All'idea di un'uguaglianza formale si va contrapponendo l'idea che «*il dogma della volontà serve a coonestare il dominio dei detentori del potere economico. Attraverso l'eguaglianza giuridico-formale, delle parti si rafforza la loro diseguaglianza di fatto e la libertà negoziale si appalesa come lo strumento per l'affermazione degli interessi capitalistici*».

⁶⁸ *Ibidem*: come accennato la tendenza è riconducibile ad un mutato contesto ideologico, che sostituisce all'individualismo borghese la concezione di uno Stato «*che riconosce rilevanza all'autonomia privata nella misura in cui essa realizza una funzione socialmente utile*».

normativo su cui si fonda l'intera giurisprudenza della *buona fede* contrattuale sia quello codicistico.

terza (di cui è espressione la legislazione speciale): in cui la procedimentalizzazione del consenso è strumento attraverso cui garantire non più l'eguaglianza formale tra le parti, bensì quella sostanziale, appianando le disparità che connotano i rapporti di forza e di consapevolezza tra le parti del contratto⁶⁹. Il fine è quello di promuovere, anche attraverso la procedimentalizzazione del consenso, una *democrazia economica*, la cui dimora si sposta dalla pubblica *ekklēsia*, al mercato dei consumi; anch'esso profondamente mutato nella sua fisionomia e, di conseguenza, nelle tecniche contrattuali di cui si avvale.

Alla luce di quanto esposto, possiamo ipotizzare che ciò che vale ai fini dell'indagine circa il *perfezionamento* della fattispecie contrattuale è un giudizio di conformità tra i fatti materiali cui le parti danno causa e uno dei modelli di accordo descritti dalla legge⁷⁰.

È questa la ricostruzione atta a superare le tesi che vorrebbero scindere il contratto dal requisito dell'accordo⁷¹, ovvero considerare estranei al modello contrattuale tutti quei negozi scervi da un consenso formatosi *dialogicamente*⁷².

⁶⁹ L'incedere di queste fasi è colto da R. DI RAIMO, *op. cit.*, p. 76. L'Autore nella sua opera descrive la natura della terza fase, intuendo che «*la debolezza contrattuale è presupposto per una profonda riforma dei procedimenti e la parte non sembra più, almeno a un primo sguardo, neutrale: è invece volta per volta consumatore, professionista, impresa in posizione di dipendenza economica ecc.*».

⁷⁰ Diffusamente, A. M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 23 e ss.

⁷¹ Questa tesi è sostenuta da N. IRTI, nel suo celebre saggio, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 347 e ss. L'Autore, ci pone dinnanzi a un *aut aut*: negare che gli attuali scambi siano sussumibili nella fattispecie contrattuale, o ammettere che essi, pur essendo contratti, facciano a meno dell'accordo

⁷² Sul punto si veda, G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, ristampa anastatica, Milano, 2007, p. 23 e ss. Cfr. G. GILMORE, *The death of contract*, Ohio State University Press, 1995.

Sicché, in questa sede riproponiamo una ricostruzione di accordo idonea a delineare un modello *elastico*, che ricomprenda nel suo alveo, *sia* le fattispecie in cui le parti omettono di realizzare un dialogo reciproco (come nelle ipotesi dei contratti per adesione, dei contratti telematici, dei contratti che si concludano in forza del silenzio ai sensi dell'art. 1333, c.c., ovvero dei contratti che si concludono in forza dell'inizio di esecuzione, ai sensi dell'art. 1327, c.c.), *sia* le fattispecie aggravate, in cui gli oneri procedurali che preannunciano la valida conclusione del contratto si moltiplicano.

Infine, riproponiamo una ricostruzione di accordo idonea a ricomprendere al suo interno quei procedimenti formativi predisposti dalle stesse parti, nell'esercizio della loro autonomia privata.

Si può allora pervenire alla seguente considerazione: l'accordo è il «parametro alla luce del quale vagliare e classificare le diverse fattispecie e individuare lo spazio su cui l'autonomia dei privati può muoversi»⁷³. Questa concezione rinuncia all'idea fenomenica di accordo consegnataci dalla tradizione e talvolta riproposta ai nostri giorni. Invero, la volontarietà rimane elemento che sorregge l'accordo, ma, con esso, altri elementi concorrono a delineare le sorti del contratto: *affidamento, buona fede, autoresponsabilità e certezza degli scambi*.

In questo senso l'accordo delineato dal nostro legislatore sembra privilegiare il valore della sicurezza della circolazione della ricchezza, che è esigenza del *capitalismo moderato*.

Nel nostro ordinamento si trova traccia di tutte le tre fasi storico/giuridiche sopra descritte. Le ultime due (*procedimentalizzazione* del consenso per garantire la certezza e rapidità degli scambi, da una parte, *procedimentalizzazione* del consenso con finalità di tutela del contraente debole, dall'altra) sono di grande attualità, perché convergono in un unico interesse di mercato: la certezza dello

⁷³ Cit. A. M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 10.

scambio. In questo riconosciamo che il *neoformalismo* ha una portata tutto sommato compatibile con le istanze della moderna economia di scala; se ne parlerà più diffusamente in seguito.

Già negli anni 80' N. Irti scriveva nel suo saggio *Studi sul formalismo negoziale*, che la certezza della vicenda giuridica è conseguita «mediante le tecniche del formalismo giuridico»⁷⁴. Questa suggestione ci proponiamo di cogliere per stabilire come il proliferare di fattispecie di accordo *forti* incida sulle scelte dell'imprenditore rispetto alla conclusione dei contratti funzionali all'esercizio della sua attività.

Basti per ora concludere che la legge non recepisce l'accordo come realtà esistente in *rerum natura*, ma lo disciplina modulandone il peso a seconda degli interessi coinvolti. Questa tendenza di politica del diritto è filtrata sia dal codice civile che dalle leggi speciali. A voler argomentare diversamente, tutti quegli scambi che rinunciano al dialogo sarebbero insuscettibili di essere ricondotti al modello dell'accordo e quindi sussunti nell'alveo della fattispecie *contratto*. Sono quei casi in cui il *dialogo*, la *contrattazione*, le *trattative* e, talvolta, la stessa *parola*, non trovano spazio. Di ciò meglio si argomenterà nei prossimi paragrafi.

2.2. Oggettivazione e funzionalità del contratto; considerazioni sugli artt. 428, 1335, 1341 e 1433, c.c.

Tirando le somme del discorso intrapreso nel paragrafo che precede, ci troviamo di fronte ad una fattispecie contrattuale unitaria, per quanto riguarda gli effetti giuridici cui essa dà luogo, seppur l'accordo si presenti come istituto disomogeneo, quanto alla sequenza di atti che si trovano alle sue spalle.

⁷⁴ Cit. N. IRTI, *op. cit.*, p. 73

Il legislatore dimostra di avere nella sua libera disponibilità la costruzione di fattispecie di accordo forti e deboli, talvolta privilegiando la realizzazione di una causa meritevole, piuttosto che un'indagine esaustiva rispetto alle fasi volitive

interne da cui il contratto è scaturito.⁷⁵ Queste considerazioni sono rese particolarmente evidenti da alcuni istituti giuridici⁷⁶:

a. Le condizioni di annullabilità del contratto posto in essere dall'incapace naturale disciplinate dall'art. 428, c.c.

b. Le condizioni di vincolatività delle clausole predisposte da una sola parte, disciplinate dall'art. 1341, c.c.⁷⁷

c. La presunzione di conoscenza riferita all'accettazione della proposta contrattuale, disciplinata dall'art. 1335, c.c.

d. L'errore nella dichiarazione o nella sua trasmissione, disciplinato dall'art. 1433, c.c.

La disciplina di questi quattro istituti ci consegna una nozione di accordo oggettivata, esautorata dalla dogmatica della volontà, che soccombe a fronte dell'esigenza di certezza delle relazioni giuridiche. In tutti i casi suddetti, infatti, la legge frustra la concreta volizione della parte:

a. Rendendo annullabile il contratto dell'incapace solo di fronte al *pregiudizio patrimoniale* da esso scaturente, in mancanza del quale il contratto

⁷⁵ Cfr. R. DI RAIMO, *op. cit.* p. 15 e ss. In particolare, p. 19. L'Autore scrive «*la causa si colloca al centro della scena, poiché è in grado di esprimere a posteriori il valore si economico che politico degli atti di autonomia. E consente così di prospettare una ragione di efficacia che non presupponga la conformazione degli atti e che non sposti però la valutazione dal piano meramente strutturale*».

⁷⁶ Diffusamente, F. GALGANO, *Il Contratto*, Padova, 2011, pp. 38-49, 139-144, 319-321, 334-335, 567-573.

⁷⁷ R. DI RAIMO, *op. cit.*, p. 138. L'autore si pronuncia nel senso di una «*piccola rivoluzione*» rappresentata da questi istituti, riferendosi alla cultura giuridica su cui si innestavano

resterà valido ed efficace nei confronti delle parti. È evidente come la legge si preoccupi della funzionalità dello scambio, e quindi del profilo della causa, piuttosto che della genuina formazione della volontà di parte, sebbene l'incapacità di intendere e/o di volere sia ascrivibile alle patologie che viziano il consenso⁷⁸.

b. Presumendo conosciuta l'accettazione nel momento in cui essa giunga all'indirizzo del proponente. Così, il recapito al suo domicilio fa nascere il vincolo contrattuale, sebbene la parte potrebbe non esserne concretamente a conoscenza. Ancora, la parte potrebbe aver *medio tempore* maturato una volontà avversa alla conclusione del contratto. Ebbene, in questo caso la legge privilegia il valore dell'affidamento e fa sì che il contratto vincoli il proponente, seppur questi ignori la nascita del vincolo⁷⁹.

c. La legge considera efficaci le condizioni generali di contratto predisposte da uno solo dei contraenti se, al momento della stipula, l'aderente le abbia conosciute o avrebbe dovuto conoscerle usando l'ordinaria diligenza. Non potendosi accomunare la potenziale conoscibilità⁸⁰ con la conoscenza attuale delle

⁷⁸ Così, F. GALGANO, *op. cit.*, p. 319: «la legge considera l'incapacità naturale non come fattore che altera la volontà, ma come fattore di alterazione della causa dell'atto o del contratto, che è annullabile solo se concluso a condizioni gravemente pregiudizievoli per la parte».

⁷⁹ Così R. DI RAIMO, *ibidem*, p. 124: «la volontà implica conoscenza effettiva e la subordinazione dell'efficacia di questi procedimenti formativi a tale conoscenza varrebbe ad assicurare una piena tutela di tipo statico: verrebbe ad assicurare che nessuna regola privata produca effetti nella sfera giuridica di un soggetto, sia valida senza la volontà del soggetto medesimo [...] tuttavia l'art. 1335 c.c. non richiede la conoscenza ed adotta invece il criterio della conoscibilità [...]: è sufficiente che gli atti siano percepibili [...] prevale la tutela della certezza del diritto in senso dinamico».

⁸⁰ Per questo, F. GALGANO, *Il Contratto*, p. 39, parla senza mezzi termini di «limiti imposti all'autonomia contrattuale di una delle parti e quindi destinati ad operare a vantaggio dell'altra».

clausole contrattuali⁸¹, si ha da concludere che nella fattispecie in esame la legge riduce lo spazio di operatività della volontà dell'aderente⁸², ammettendo la vincolatività di clausole sconosciute.

d. Infine, nonostante un'erronea dichiarazione o l'inesatta trasmissione della dichiarazione dalla persona o dall'ufficio incaricato, la legge fa nascere il vincolo se l'errore non risulta riconoscibile dalla controparte contrattuale. La legge privilegia l'affidamento ingenerato nel destinatario dalla dichiarazione, a fronte di una volontà che potrebbe addirittura essersi formata in senso contrario alla costituzione del vincolo⁸³, infatti non v'è vizio della volontà, bensì vizio che colpisce la sua esteriorizzazione. In questo caso il sacrificio della volontà del contraente è massimo⁸⁴.

Tutti questi esempi valgono senz'altro a corroborare una concezione oggettiva di accordo e sottolineano la tendenza del vigente codice civile a privilegiare *«l'interesse superiore della produzione, così da rendere la circolazione più ampia, più celere, più sicura possibile ed è chiaro che gli accennati indirizzi*

⁸¹ In questo senso, F. GALGANO, *op. cit.* p. 40: *«la conoscenza effettiva del regolamento è qui sostituita, come impongono le esigenze della contrattazione uniforme, dalla mera conoscibilità, l'altro contraente è vincolato anche se, di fatto, non lo aveva conosciuto e non lo aveva, di conseguenza, voluto»*

⁸² Così, A. M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 26: *«l'aderente che accetti senza conoscere per negligenza è come se avesse accettato, sicché la legge equipara questa situazione allo schema generale di cui all'art. 1326 c.c.»*.

⁸³ In argomento, F. GALGANO, *op. cit.*, p. 335: *«questo è uno dei punti cruciali della teoria del contratto, tale da mettere in discussione il concetto espresso dall'art. 1321, che definisce il contratto come "l'accordo di due o più parti". Qui l'effetto costitutivo regolativo, estintivo, si produce anche se non voluto da una delle parti e, perciò anche se è mancato ciò che l'art. 1321 definisce come l'accordo fra i contraenti.»*

⁸⁴ R. DI RAIMO, *op. cit.*, p. 123: *«un contratto valido può scaturire dalla percezione di una dichiarazione di volontà inesistente, determinata da errore non riconoscibile nella comunicazione, Autonomia privata e dinamiche del consenso»*.

*provocano restrizioni del dogma della volontà»*⁸⁵. In tutti i casi sopra descritti, la funzionalità del negozio, da indagare sotto la luce del requisito della causa, si sostituisce alle considerazioni relative alla volontà della parte.

Infatti, (a) la legge ai fini dell'annullamento del contratto concluso dall'incapace, richiede il *pregiudizio economico*. (c) Limita l'efficacia delle condizioni generali di contratto, ma richiede l'esteriorizzazione formale⁸⁶ del consenso con l'apposizione della specifica sottoscrizione ai fini dell'efficacia delle *clausole vessatorie*: sicché è richiesto un riavvicinamento della volontà al contenuto del contratto quando esso si caratterizzi per la presenza di condizioni svantaggiose. La legge (d) richiede la *riconoscibilità dell'errore* ai fini dell'annullamento del contratto concluso per errore ostativo. Riconoscibilità di cui un evidente squilibrio economico può costituire senz'altro un indice.

In conclusione, *«i procedimenti si mostrano disegnati in modo da assicurare una partecipazione squisitamente formale, rappresentabile in termini di*

⁸⁵ Questo il tenore letterale della *Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Codice Civile*, n. 11, Roma, 1943.

⁸⁶ È una tutela squisitamente formale, poiché è sufficiente una ulteriore sottoscrizione dell'aderente affinché la clausola sia inoppugnabile, purché sia rispettato il requisito della specificità; in giurisprudenza sul punto, *ex plurimis* Cass. 28/02/2006, n.4452, in *Mass. Giur. It.*, 2006. La sentenza è così massimata *«si configura richiamo cumulativo, che non soddisfa il requisito della specificità della sottoscrizione delle clausole vessatorie richiamate, non solo quando esso sia riferito a tutte le condizioni generali di contratto, ma anche quando, prima della sottoscrizione, siano indistintamente richiamate più clausole del contratto per adesione, di cui solo una sia vessatoria, dovendosi ritenere, per identità di "ratio", che neppure in tal caso è garantita l'attenzione del contraente debole verso la clausola a lui sfavorevole compresa fra le altre richiamate, resa non facilmente conoscibile dal predisponente proprio perché confusa tra quelle. Le clausole vessatorie devono, infatti, essere tenute distinte dalle altre condizioni generali di contratto e dalle clausole che tali non sono ed essere indicate specificamente in maniera idonea (quanto meno col numero o la lettera che le contraddistingue o con la riassuntiva enunciazione del loro contenuto) a suscitare l'attenzione del sottoscrittore.»*.

attribuibilità oggettiva dei fatti ai soggetti interessati»⁸⁷, e ciò si salda con le considerazioni precedentemente esposte. Si aggiunga che questo «fenomeno di tendenza»⁸⁸ ascrivibile al codice civile, ha permesso di rinunciare ai tradizionali caratteri della volontarietà proprio della teoria del negozio giuridico, accentuando l'interesse per «l'elemento causale del contratto, [...] instaurato con le clausole generali di meritevolezza dell'interesse perseguito (1322 c.c.), di equità contrattuale (1374 c.c.) e di buona fede, la possibilità di un controllo giudiziario sulla funzione economica dello scambio».⁸⁹

2.3. Nozione normativa di contratto; critica alla dottrina dello scambio senza accordo

Le teorie oggettive di cui si è appena fatto cenno hanno il merito di determinare la sopravvivenza del contratto a fronte dei cambiamenti che hanno nel tempo riguardato le tecniche di stipulazione. Si fa in particolare riferimento alla contrattazione *di massa*, riconducibile al modello dei contratti per adesione, ed ai contratti virtuali.

In tutti i casi suddetti, lo scambio vede scomparire il confronto *dialogico* tra le parti, lasciando insolute perplessità in ordine alla natura giuridica da ascrivergli. L'esigenza di chiarire questo punto scaturisce dalla contrapposizione tra diverse tesi, che, al calare dello scorso millennio, sono state autorevolmente sostenute.

Nel 98' N. Irti pubblicò uno scritto intitolato “*Scambi senza accordo*”⁹⁰. Nel ripercorrere la quotidianità di un comune consociato e le sue vicende giuridiche, riscontrava come i comportamenti sottostanti agli *scambi* che lo riguardavano, fossero sostanzialmente *a-linguistici*, cioè scevri di dialogo. Le questioni sollevate

⁸⁷ Sul punto R. DI RAIMO, *op. cit.*, p. 127.

⁸⁸ In questo modo è definito da F. GALGANO, *op. cit.*, p. 570.

⁸⁹ Così, R. DI RAIMO, *op. cit.*, p. 126.

⁹⁰ Il celebre contributo apparve in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, n.1, pp. 347-364.

nello scritto di cui trattasi, nascono dalla centrale considerazione del modello di accordo disciplinato dall'art. 1326, c.c.: quello di scambio di proposta e accettazione. La centralità di questo modello nell'impianto codicistico ne farebbe un *fenotipo* di accordo. Talché, l'autore lo definisce come il «risultato discorsivo e conoscitivo, che media i punti di vista delle parti, e risolve in unità la loro discorde dualità»⁹¹.

Se si assume questa prospettiva, appare problematico sussumere gli scambi *massificati* e quelli telematici sotto la fattispecie contrattuale, risultando evidente la congenita personalizzazione a cui essi danno luogo (e da cui derivano). Infatti, laddove si consideri l'art. 1326, c.c. descrittivo della sequenza di atti che le parti devono porre in essere per pervenire ad un accordo, le moderne tecniche di comunicazione che sottostanno agli scambi ne resterebbero escluse.

Invero, in seno a questi scambi non sarebbe dato riscontrare un *contrattare*; non sarebbe ravvisabile alcuna «*reciprocità dialogica*»⁹² e quindi risulterebbe frustrata la reale *intesa* delle parti. Così, la considerazione del declino della parola sollecita tra le righe dell'Autore uno spinoso interrogativo: i comportamenti ascrivibili alle parti del contratto *per adesione* o del contratto *virtuale* sono idonei a generare un accordo? L'Autore lo nega. L'accordo è costruito «*sull'astratta funzionalità della lingua, sul presupposto cioè di una comune dotazione di segni, che si attualizzano nel concreto esprimersi delle parti*»⁹³. Nel momento in cui l'*homo loquens*, che rende le cose presenti attraverso l'espressione del linguaggio, diviene *homo videns*, che si limita alla fisica e materiale percezione delle stesse, lì vien meno l'accordo.

Allora, alla risposta negativa del primo quesito, e cioè se lo scambio senza dialogo perfeziona un accordo, se ne subordina un secondo: posto che là dove non

⁹¹*Ibidem*, cit. p. 352.

⁹²*Ibidem*, cit. p. 349.

⁹³*Ibidem*, cit. p. 350.

c'è dialogo non si perfeziona l'accordo, gli scambi possono comunque essere ricondotti alla vicenda contrattuale? In altre parole ci si chiede se gli *scambi senza accordo* siano sussumibili nella fattispecie di cui all'art. 1321 c.c. e così, se l'elemento dell'accordo assurga o meno a suo costitutivo, ovvero se questi scambi siano riconducibili ad un diverso schema, estraneo alla fattispecie contrattuale.

L'Autore prospetta come soluzione che lo scambio sia efficacemente generato dalla «*combinazione di due atti unilaterali*»⁹⁴. Così argomentando, le parti darebbero causa a due atti, «*che nascono e restano separati; non si fondono né si disperdono nella sintesi dell'accordo*»⁹⁵. Così, laddove il linguaggio non venga usato per trascendere la cosa oggetto dello scambio dalla sua materialità, non è dato riscontrare né accordo né contratto, ma solo combinazione di atti unilaterali che restano indipendenti.

Ancora una volta, la soluzione della questione dipende dall'adesione all'una o all'altra ricostruzione dell'istituto contrattuale. Le teorie in questione sono state descritte *supra*. Ma la frattura si ripropone perché prende le mosse da una realtà nuova: quella delle moderne tecniche di contrattazione. Eppure, nuovamente affonda nelle risalenti divisioni afferenti alla teoria generale del contratto. È questo il motivo per cui s'è in precedenza parlato delle teorie soggettive/volontaristiche e oggettive/dichiarative.

Laddove si dia seguito ad una *descrizione fenomenologica* di contratto, la questione rimarrebbe aperta e le soluzioni prospettate dall'Irti risulterebbero senz'altro condivisibili. Ma è diversa l'impostazione che si intende seguire: quella di una visione normativa di accordo e quindi di contratto, che è sembrata a molta

⁹⁴ *Ibidem*, cit., p. 360

⁹⁵ *Ibidem*, cit., p. 361.

dottrina più coerente con la sistematica del codice civile. Ponendoci da questa visuale le soluzioni mutano⁹⁶.

La rassegna di istituti codicistici che fanno a meno del dialogo delle parti, sembra essere decisiva per ritenere che un accordo sia configurabile anche in seno alle moderne tecniche contrattuali.

In questo senso, assumono valenza dirimente gli artt. 1327 (conclusione prima della risposta con l'esecuzione) e 1333 (conclusione in mancanza di rifiuto del contratto con obbligazione a carico del solo proponente), c.c.. La disciplina e la collocazione di questi istituti ascrivibili alla fattispecie contrattuale stanno ad indicare univocamente che «*L'art. 1321 c.c. non richiede trattativa, dialogo e neanche espressione linguistica*»⁹⁷. Si aggiunga che il contratto per adesione disciplinato dall'art. 1341, è pienamente coerente con le considerazioni di cui sopra, poiché «*l'adesione è un andare incontro. Incontro delle decisioni di entrambe le parti, e quindi è un accordo: accordo di volontà perché non si intende decisione senza volontà*»⁹⁸.

Allora, non si può fare a meno di considerare gli odierni scambi pienamente compatibili con la sistematica del nostro codice civile, di conseguenza «*anche nelle forme di scambio che si sono considerate vi è esercizio di libertà. Libertà non solo di esporre e scegliere, ma di vendere esponendo e di comprare scegliendo*»⁹⁹.

La trattazione di questo tema non si può chiudere senza una precisazione: è possibile argomentare di un accordo inteso come fatto normativo ed è possibile qualificare gli istituti inerenti alla sua conclusione, interpretandoli in chiave

⁹⁶ Cfr. G. OPPO *Disumanizzazione del contratto?*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1998, n.5; C. M. BIANCA, *Acontrattualità dei contratti di massa?*, in *Vita notarile*, 2001, fasc. 3, pt. 1, pp. 1120-1128 e F. GAZZONI, *Contratto reale e contratto fisico (ovverosia l'accordo contrattuale sui trampoli)*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, p. 655 e ss..

⁹⁷ G. OPPO, cit. *ibidem*, p. 527.

⁹⁸ G. OPPO, cit. *ibidem*, p. 528.

⁹⁹ *Ibidem*, cit. p. 528.

oggettiva. Così è ammesso considerare le maglie dell'art. 1321, c.c. più ampie di quanto non le consideri l'Irti. Eppure ci sembra ben più arduo semplificare la questione sollevata dall'Autore, il quale intravedeva quasi due decenni orsono una *mutazione genetica della nostra società*, a cui, di riflesso, avrebbero fatto seguito conseguenze nel mondo del diritto. Ebbene questa mutazione si è portata a conclusione, e ciò è avvertito dai filosofi e dai sociologi di tutto il mondo, che dedicano a questa tema molti dei loro scritti¹⁰⁰.

Valga a conclusione di questa riflessione uno frammento dell'Autore, che rappresenta pienamente l'intuizione che sorregge il suo saggio: «*dove la parola si spegne e l'uomo tace, gli scambi si moltiplicano senza fine e conquistano un supremo grado di calcolabilità. [..]. Il verbo ha lasciato al silenzio delle immagini il mondo degli scambi. Il contratto ha ormai due storie: l'una, fondata sulla parola; l'altra, sull'immagine*»¹⁰¹. In punto di diritto, le più solide argomentazioni sono state spese a negazione della tesi dello “scambio senza accordo” e queste argomentazioni accogliamo, sebbene, in punto di fatto, l'intuizione che sorregge l'intero scritto, non può che destare profondo interesse. È di questa intuizione che si va argomentando nel paragrafo prossimo.

¹⁰⁰ Ci sembrano coerenti con le intuizioni di N. IRTI, se non fosse che si muovano su un diverso terreno scientifico, quelle di Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, Roma, 2012. Cfr. J. KAPLAN, *Le persone non servono*, Roma, 2016. Degli stessi autori si vedano anche i contributi, *Artificial intelligence, think again*, in *Communications of the ACM*, Vol. 60 No. 1, pp. 36-38 e *Liquid modernity and power, a dialogue with Z. Bauman*, in *Journal of Power*, 1(2):111-130, August 2008.

¹⁰¹ Cit. *Ibidem*, p. 364.

3. **La calcolabilità come valore della società capitalistica; i contratti standard.**

«La calcolabilità è fattore costitutivo del capitalismo»¹⁰²: l'attività di impresa necessita di prevedibilità. Lo strumento giuridico di cui principalmente si avvale è il contratto. Di conseguenza gli esiti economici del *contrarre* devono essere calcolabili; per questo «il contratto è parte del sistema mercato» ed è «destinato a giocare un ruolo aggiuntivo rispetto a quello classico di disciplina di sfere private di interesse»¹⁰³. In questo paragrafo si intende chiarire come il perseguimento della certezza incida sulla fisionomia dell'accordo.

Come abbiamo anticipato, il declino delle concezioni volontaristiche si spiega sulla base del tentativo di privilegiare l'interesse dinamico dello scambio, la cui efficienza si sintetizza in un ossimoro: *rapido e sicuro*, laddove l'esperienza *comune* suggerisce che la velocità è elemento critico rispetto al buon esito dell'affare e viceversa. Inoltre, è altrettanto noto che i beni e i servizi destinati al mercato sono tendenzialmente prodotti in serie e su larga scala. È per questo motivo

¹⁰² Con queste parole si apre il saggio di N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016. L'Autore pone l'attenzione su come non sia ammesso allo Stato di abdicare alla realizzazione dell'interesse alla prevedibilità e, così, mette in discussione l'opportunità del diffuso utilizzo delle *clausole generali*, per tali intendendosi quelle che instillano nell'ordinamento “*soggettivismo, intuizionismo, vitalismo*”, che contribuiscono alla “*scissione tra razionalità tecno-economica e razionalità giuridica*”, laddove l'una “*rimane calcolabile, l'altra perde il dominio del futuro e scade a irrazionale e imprevedibile*”. Così l'Autore ci pone di fronte a due scenari possibili: primo, che il “capitalismo, sciogliendosi dai confini degli Stati e assumendo dimensione globale si ordini in un proprio diritto, formale e calcolabile al pari dell'antico”; secondo, che a ciò provveda lo Stato, privilegiando un diritto formale, che nuovamente “*si appoggi a fattispecie e giudizi sussuntivi*”.

¹⁰³ Cit. V. RICCIUTO, *Diritto dell'economia*, (a cura di) V. Riucciuto e E. Picozza, in *Trittico Giuridico*, (diretto da) Ugo De Siervo, Giovanni Iudica, Francesco Carlo Palazzo, Milano, 2013, p. 265.

che il contratto *standard* o *in serie* si mostra come l'istituto al servizio della grande impresa, deputato ad indurre certezza e celerità nei traffici giuridici.

In contrapposizione al contratto *isolato*¹⁰⁴, che viene stipulato all'esito della conduzione di trattative, il contratto *standard* permette al professionista di predisporre in anticipo il regolamento negoziale. Così il predisponente, cioè la parte a cura della quale le condizioni sono state approntate, pone la controparte di fronte ad una alternativa secca: stipulare il contratto ovvero rinunziarvi.

Questo meccanismo merita l'attenzione di questo studio poiché, sul piano economico si concilia a pieno con le esigenze di programmazione aziendale: l'uniforme regolamentazione dei rapporti con gli acquirenti o con gli utenti dei beni e dei servizi offerti dall'impresa, permette ad essa di formulare delle previsioni in ordine al risultato economico dell'attività intrapresa¹⁰⁵. È in questo modo che l'imprenditore può adattare le strategie di produzione, vendita e distribuzione ai risultati attesi.

Così, come i beni e i servizi sono *standardizzati*, ugualmente i contratti che permettono la loro circolazione, sono uniformi. Sotto il profilo giuridico la *standardizzazione*¹⁰⁶, cioè la riproduzione seriale di regolamenti contrattuali uniformati e uniformanti, si salda con la disciplina delle *condizioni generali di contratto* (1341 c.c.)¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Con questa espressione F. GALGANO, *op. cit.* p. 36, definisce il contratto oggetto di trattative individuali,

¹⁰⁵ Sul punto, M. NUZZO, *Condizioni generali di contratto*, in *Dizionario di diritto privato promosso da Natalino Irti*, Milano, 1980.

¹⁰⁶ Sulla standardizzazione come fenomeno economico, cui fa da contraltare la disciplina delle condizioni generali di contratto, si vedano F. GALGANO, *op. cit.*, p. 36 e ss. e N. IRTI, *Scambi senza accordo*, p. 22 e ss.

¹⁰⁷ Si riporta il primo comma dell'art. 1341, c.c.: «*Le condizioni generali di contratto predisposte da uno dei contraenti sono efficaci nei confronti dell'altro, se al momento della conclusione del contratto questi le ha conosciute o avrebbe dovuto conoscerle usando l'ordinaria diligenza*».

Invero, la *standardizzazione* contrattuale non si limita ad offrire prevedibilità in termini strettamente economici, ma ha un ulteriore importante riscontro: quello della prevedibilità in termini giuridici¹⁰⁸. Ne fa da contraltare la spiccata vocazione all'autosufficienza che è ascrivibile ai contratti *standard*, per tale intendendosi la presenza di un regolamento contrattuale elaborato al fine di disciplinare tutti i singoli aspetti del nascente rapporto giuridico. È per questo che in seno ai modelli contrattuali di cui la grande impresa si avvale, è dato riscontrare la diffusione di espressioni e definizioni uniformi.

La finalità principale è quella di azzerare l'incertezza rispetto ai diritti e agli obblighi delle parti del nascente rapporto giuridico. Di qui due importanti corollari: la riduzione del rischio che insorgano controversie e, quando il ricorso al giudice o all'arbitro appare ineludibile, il maggior grado di prevedibilità dell'esito del giudizio. In altre parole, la *standardizzazione* permette di saggiare l'efficienza non solo economica ma anche giuridica di un certo regolamento contrattuale, che, secondo un principio di economicità, se funziona, viene riprodotto serialmente. Ciò comporta un evidente risparmio in punto di tempi e costi di transazione.

Così, la *standardizzazione* fa del contratto uno *stampo*, che uniforma le situazioni giuridiche soggettive imputabili alle parti dello stesso. Utilizzando l'immagine consegnataci da N. Irti nel suo scritto *Studi sul formalismo negoziale*, si può meglio descrivere la funzione cui assolve: «*lo stampo non si consuma ed esaurisce nella singola applicazione, ma rimane al di là del contenuto come recipiente ancora utilizzabile in futuro*»¹⁰⁹. Ciò genera coincidenza tra forma e

¹⁰⁸ Di questo fenomeno da conto N. IRTI, *Scambi senza accordo*, p. 351: «*il dialogo si rivela non efficiente, non calcolabile non convertibile in quantità e tempo di energie: è davvero uno sperpero irrazionale, che riduce e annulla i vantaggi oggettivi e funzionali della lingua. Questa funzionalità troppo esposta all'inatteso e all'imprevedibile, al rischio della situazione concreta e dei bisogni individuali, finisce per non funzionare più*», p. 355.

¹⁰⁹ Cit. N. IRTI, *Studi sul formalismo negoziale*, Padova, 1996, p. 23.

contenuto dell'accordo. La volontà delle parti, come un fluido, si trasmette per mezzo di una forma, cioè di un elemento materiale: è il *farsi* dell'atto. Immaginando che la forma del contratto sia un'anfora: la volontà che rimane al di fuori dell'anfora non è atto. Ciò che l'atto si propone di essere, esiste nella coscienza del contraente, ma è insuscettibile di trasmissione. Ciò che l'atto è, può esistere solo attraverso il tocco della materia. L'anfora non solo contiene, ma calca la volontà. Allora, la funzione della *standardizzazione* è quella di generare omogeneità, che si traduce in prevedibilità e calcolo, ossia ciò di cui l'impresa è alla ricerca. Il vaso che si vuole consegnare, insieme con tutta la volontà negoziale che contiene, è sempre lo stesso e quindi sempre lo stesso sarà anche il contratto ed il rapporto da esso scaturente.

La *standardizzazione* intende provocare una tensione verso l'uniformità e quindi verso la calcolabilità. Ci preme puntualizzare che la medesima finalità è imputabile a tutti quegli istituti giuridici presenti nella *I Sezione, Capo II dei contratti in generale*, dedicata all'*Accordo delle parti*. Ognuno di essi è ascrivibile alla *procedimentalizzazione* del consenso, rendendo così manifeste le istanze produttivistiche di cui il codice civile è esponenziale.

Ebbene, si consideri che l'esercizio dell'autonomia privata declinata nella sua accezione procedimentale, potrebbe sospingere il contratto nella stessa direzione e le parti potrebbero contribuire a confortare l'affidabilità e la prevedibilità del contratto, rimettendo le «*vicende formative del vincolo ad un congegno squisitamente normativo consistente nella riproduzione fattuale della sequenza di atti o comportamenti*»¹¹⁰, così da rendere la contrattazione più certa. In ciò riscontriamo la ragione per cui i privati sarebbero legittimati ad esercitare la loro autonomia in senso procedimentale.¹¹¹

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ A. URSO, *Autonomia privata e procedimenti di formazione del contratto*, in *Persona e mercato*, 2010, n.1, p. 64.

Quanto fin detto con riguardo al contratto *in serie*, va integrato con una precisazione: la *standardizzazione* contrattuale si manifesta in più modi. Può riguardare tanto la costituzione/regolazione di rapporti con i consumatori, quanto i rapporti commerciali tra imprese. In particolare, le parti professionali spesso si avvalgono di modelli *standard*, pur lasciando aperte le trattative inerenti agli aspetti squisitamente economici del contratto.

Ciò conforta l'idea che la funzione del contratto *standard* sia soprattutto quella di indurre fiducia sotto il profilo giuridico¹¹². È dato riscontare come i contratti uniformati vengano sovente adottati per affari di ingente valore tra imprese che si trovano su un piano di eguale forza contrattuale.

In seno a questi contratti il ricorso ad un regolamento già sperimentato, si giustifica per lo spiccato *tecnicismo* di alcune clausole, la cui uniformazione contribuisce a consolidarne l'utilizzo, neutralizzando i rischi connaturati alla loro complessità. In altre parole, anche laddove non sia dato riscontare sproporzioni nei rapporti di forza, le parti possono avvalersi di contratti *standard*. In ragione di ciò, i modelli contrattuali uniformi possono essere predisposti tanto da uffici legali di grandi imprese, quanto da istituzioni terze e neutrali, non potendosi quindi sussumere questo fenomeno nell'art. 1341, c.c., che letteralmente si riferisce alle *condizioni generali di contratto predisposte da uno dei contraenti*.

Quindi il contratto *standard* può essere un utile strumento per le imprese, quandanche esse non si trovino in condizioni di asimmetria contrattuale ed in questi casi i contratti saranno con ogni probabilità predisposti da soggetti terzi.

Un esempio è quello dei contratti *FIDIC*, redatti dalla *Fédération Internationale of Consulting Engineers*, che provvede alla diffusione di modelli *standard*, corredati da guide e commentari. I contratti in questione vengono

¹¹² Ci sembra aderente a questa considerazione la *ratio* dell'art. 37- bis, cod. cons., laddove, al comma 5, disciplina la facoltà di interpello nei confronti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

utilizzati nel settore dei grandi appalti. Sebbene le condizioni economiche del contratto continuino ad essere oggetto di trattative, le clausole tecniche sono scelte tra quelle consolidate nei modelli contrattuali pubblicati¹¹³.

Eppure, non bisogna trascurare come il contratto in serie sia lo strumento principe di cui la grande impresa si avvale per immettere beni e servizi nel mercato dei consumi. Da questo punto di vista ci è dato riscontare profili di forte criticità, principalmente correlati alla condizione di svantaggio informativo riferibile al consumatore. In aggiunta, ci è dato rilevare la sostanziale inefficienza della disciplina civilistica di cui agli artt. 1341 e 1342, c.c.¹¹⁴

Come abbiamo avuto modo di precisare sopra, la tutela accordata all'aderente è squisitamente formale: è richiesta la specifica sottoscrizione delle clausole vessatorie ai fini della loro efficacia. Infine, è previsto che le condizioni aggiunte, presumibilmente oggetto di trattative, prevalgano su quelle incompatibili che siano predisposte nel modulo o formulario¹¹⁵.

Perciò è prevista una presunzione di «*maggior consenso, con la conseguente prevalenza della clausola oggetto di trattativa che ha come antecedente la mera modalità di compilazione del modulo e gli adempimenti formali tengono luogo dell'accertamento sostanziale del consenso*»¹¹⁶. Sono proprio queste criticità ad

¹¹³ Sul punto, G. IUDICA, *globalizzazione e diritto*, in *Contratto e Impresa*, 2008, n. 4, p. 867 e ss..

¹¹⁴ Sul Punto si veda A. CATRICALÀ, *Manuale del diritto dei consumatori*, Roma, 2013, pp. 87-92.

¹¹⁵ Cfr. E. MORELATO, *op. cit.*, p. 11. Secondo l'Autrice, la ratio della norma è comunque quella di «*tutelare la consapevolezza del consenso prestato dal contraente aderente e di proteggerlo da deliberazioni precipitose o poco ponderate che notoriamente caratterizzano la stipulazione di contratti per adesione*». Il problema è che la soluzione tecnica prescelta dal legislatore recepisce un dato formale, cioè quello della sottoscrizione. Viene così volutamente messa da parte ogni incertezza in ordine alla genuina formazione del consenso dell'aderente.

¹¹⁶ Cit. R. DI RAIMO, *op. cit.*, p. 85.

avere indotto il legislatore comunitario ad intervenire. L'eredità di questi interventi è rappresentata dal codice del consumo. Ci soffermeremo sugli istituti al suo interno disciplinati, limitatamente all'oggetto del presente lavoro: *neoformalismo e autonomia privata procedimentale*.

Preso atto che l'aderente possa non comprendere o conoscere le condizioni del contratto che sta concludendo, l'attenzione della legge si sposta sull'attuazione di strumenti idonei al ripristino della parità delle parti¹¹⁷. Il dato di partenza della disciplina è che «*la condizione di uno dei contraenti può essere afflitta da impossibilità di trattare o connotata da una fisiologica inconsapevolezza in ordine a uno o più aspetti del regolamento negoziale*¹¹⁸». Pertanto è dato riscontrare come gli interventi si muovano su due piani:

Primo: sul piano della procedimentalizzazione del consenso (tutela formale/a priori), imponendo in capo al professionista oneri di forma e/o di informazione. Il fine è quello di consolidare la c.d. “*democrazia economica*” fondata sull'effettività del consenso contrattuale del consociato/consumatore¹¹⁹ e sulla «*democraticità dei procedimenti preordinati all'efficacia del contratto*»¹²⁰.

¹¹⁷ V. RICCIUTO, *op. cit.*, p. 273. Il progetto di liberalizzazione dei mercati ha dato seguito ad un paradosso: quello di aumentare esponenzialmente «*il quantitativo della normativa, che pare sacrificare proprio la libertà contrattuale [...] i termini di questo paradosso creato dalla regolazione di mercati liberalizzati si compongono considerando che il contratto è centro della definizione di processi economici, ma ha un'immagine diversa o quanto meno ulteriore rispetto al passato. Il negozio è diventato un affare tra singoli funzionalizzato al perseguimento di interessi di natura generale. [...] Lo Stato regolatore non rinuncia così alla conduzione suprema dell'andamento dei mercati ma agisce sotto mentite spoglie*».

¹¹⁸ R. DI RAIMO, *op. cit.*, p. 143.

¹¹⁹ Sul punto R. DI RAIMO, *op. cit.*, p. 95 “*nella normativa di derivazione comunitaria il formalismo si accompagna costantemente a misure finalizzate alla consapevolezza della parte debole in ordine al regolamento e alle caratteristiche del suo oggetto*”.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 36.

Secondo: sul piano dell'equilibrio contrattuale (tutela sostanziale/ *a posteriori*); comminando la nullità delle clausole che diano luogo ad eccessivo squilibrio tra diritti e obblighi imputabili al consumatore e richiedendo che il comportamento del professionista si informi alle direttive della buona fede oggettiva.

A conclusione di questa breve riflessione sulla calcolabilità come valore del capitalismo valga una considerazione: le regole che insistono sulla procedimentalizzazione del consenso e sulla forma del contratto consentono di predeterminare le condizioni «*necessarie e sufficienti affinché la vincolatività delle regole negoziali non sia contestabile a posteriori*»¹²¹. Le classi di regole di cui si è fatto cenno, viste sotto questa luce, appaiono idonee a realizzare l'interesse al «*raffreddamento del mercato*»¹²², che pienamente si confà alle istanze di calcolabilità ascrivibili al ceto imprenditoriale.

La coppia di interventi sopra menzionati si caratterizza per eterogeneità di metodo.

I primi sono di carattere formale: pongono nel nulla tutti i possibili dubbi sulla formazione del consenso dei consumatori.

I secondi sono di natura sostanziale: mirano all'equilibrio effettivo del regolamento contrattuale.

Per meglio comprendere il motivo della nostra riflessione, basti considerare che i costi di produzione ed i costi transattivi necessari ad assolvere gli oneri correlati alle forme, all'informazione precontrattuale e a quella postcontrattuale, sono *costi fissi*; costi, cioè, che possono essere oggetto di previsione anticipata da parte dell'impresa. Per questo motivo se ne ravvisa un maggior grado di tollerabilità.

¹²¹ *Ibidem*, cit. p. 55.

¹²² *Ibidem*, cit. p. 97.

Infine, si aggiunga che la *ratio* della disciplina è trasferire i suddetti costi dal consumatore al professionista, in modo da esonerare gli Stati membri dall'investire per ottenere lo stesso risultato, così inibendo interventi di stampo dirigistico, che sono per definizione contrari alla politica del mercato unico europeo.

In definitiva, siccome in mancanza di un intervento dello Stato, la spesa transattiva sarebbe a carico del consumatore, l'intuizione è quella di trasferirla dal consumatore al professionista. Ciò nondimeno, i costi di informazione sono voci di spesa che finiscono per essere assorbite dal costo finale del bene e del servizio immesso nel mercato, così gravando in concreto sul consumatore.¹²³

Nel prossimo paragrafo si parlerà più diffusamente degli interventi che hanno contribuito alla nascita di un sistema formale di tutele a favore del contraente debole. Basti ora concludere che la procedimentalizzazione del consenso, in contrapposizione al ricorso alle clausole generali (correttezza-buona fede ed equilibrio contrattuale), è strumento senz'altro più tollerabile per la grande impresa¹²⁴. «*La calcolabilità esige un diritto formale che si appoggi a fattispecie e giudizi sussuntivi*»¹²⁵, ed anche la procedimentalizzazione del consenso, sia essa legale o consensuale, può contribuire alla calcolabilità delle conseguenze economiche della contrattazione di impresa.

¹²³ Così, R. DI RAIMO, *op. cit.*, p. 153. Si aggiunga che il costo di informazione è minore per l'imprenditore di quanto non lo sia per il consumatore. Ciò genera un vantaggio allocativo per il professionista che «*si può tradurre alternativamente in una diminuzione dell'esborso complessivamente sostenuta dal consumatore ovvero in un aumento di utile lucrato dal professionista*».

¹²⁴ In questo senso, L. MODICA, *op. cit.*, p. 69: «*la generalizzazione delle prescrizioni d forma in qualche modo favorisce il ceto commerciale, che non vuole emozionalità e persegue obiettivi di certezza e prevenzione del contenzioso*».

¹²⁵ N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, p. 15.

I suddetti interventi sono allora ascrivibili all'alveo di istituti giuridici che non minano il valore capitalistico della calcolabilità.

4. **Complessità dei procedimenti di formazione del contratto e tutela del contraente debole: il *neoformalismo* negoziale.**

Abbiamo sin ora ripercorso questioni di teoria generale inerenti alla fattispecie contrattuale, evidenziando alcune criticità relative al requisito dell'accordo e precisando come la sua struttura possa rispecchiare diverse finalità di politica del diritto. È stato poi mostrato che la procedimentalizzazione del consenso ha rappresentato, in una prima fase lo strumento al servizio dell'impresa per fugare incertezze in ordine al tempo e a luogo di conclusione del contratto, ed in una seconda, lo strumento attraverso cui tutelare il contraente debole.

Ci apprestiamo ora a dare conto in maniera più dettagliata di questa tendenza, indicando come la legge abbia inteso perseguire la tutela del contraente debole attraverso l'introduzione di fattispecie di accordo forti, che *a posteriori* si riconducono al fenomeno "*neoformalismo*".

In primo luogo bisogna legittimare l'utilizzo del prefisso "*neo*", posto che il nostro ordinamento si è storicamente contraddistinto rispetto agli altri per l'abbondante ricorso agli oneri formali. Pertanto, la novità non è riconducibile alla mole degli interventi e quindi non è di natura quantitativa¹²⁶.

L'elemento di rottura con il passato, designato dall'utilizzo del prefisso *neo*, è qualitativo e si rinviene nell'interesse che i *formalismi* sono chiamati soddisfare. La legge è guidata dall'esigenza di apprestare tutela al contraente debole¹²⁷. Di conseguenza, questi oneri non si limitano a prevedere un *vestmentum* contrattuale.

¹²⁶ In argomento, F. VENOSTA, *Profili del neoformalismo negoziale, requisiti diversi dalla semplice scrittura*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2008, n.1, p. 872 e ss.

¹²⁷ Si veda M. P. PIGNALOSA, *Contratti a distanza e recesso del consumatore*, Milano, 2016, pp. 61-68.

Contrariamente, ci è dato riscontrare come gli oneri *formalistici* tendano a dilatarsi, non riferendosi solamente alla fase conclusiva del negozio, ma condizionandone le fasi delle trattative e dell'esecuzione.

In tutto ciò sta la novità, ed è per coglierla che i paragrafi precedenti hanno percorso le evoluzioni di politica del diritto susseguitesesi negli anni: è alla luce di queste evoluzioni che ci è dato accomunare il *neoformalismo* con il fenomeno della *procedimentalizzazione* del consenso.

Così gli interventi legislativi che riflettono questa tendenza, hanno dato luogo a oneri procedimentali, la cui natura è triplice: (1) forma come vestimento, (2) forma come contenuto e (3) forma come informazione. Come anticipato, anche il ricorso alla *procedimentalizzazione* non è fenomeno di per sé nuovo; ancora una volta la novità sta nella funzione a cui adesso assolve¹²⁸.

I nuovi oneri formali non coincidono più «con la documentazione scritta dell'accordo», ma vanno traducendosi «nelle più diverse ed articolate modalità comunicative delle manifestazioni di autonomia privata che connotano l'intera contrattazione»¹²⁹; sta in questo la distinzione tra scrittura, intesa come requisito

¹²⁸ Sul punto, L. MODICA, *op. cit.*, p. 69; «il formalismo di derivazione europea si innesta su un sistema affatto estraneo all'esperienza delle forme, in un rapporto di ideale continuità, ed evoluzione rispetto al percorso che già il legislatore speciale ed ancor prima il codice civile avevano seguito. Per tali ragioni il fenomeno sembra costituire un dato assai meno di "rottura" di quanto non si sia detto; in esso, semmai, maturano e si amplificano le contraddizioni e le difficoltà di riconduzione a sistema che già potevano svolgersi nel panorama interno. Se invece con il termine pr si vuol fare riferimento ad una mutata funzione che la forma negoziale è chiamata a svolgere, in gran parte differente da quelle cui ci aveva abituati il legislatore nazionale, nonché all'inedito ruolo, di assoluta protagonista, assegnatole da un sistema che dilata il momento formalistico fino a ricomprendervi non solo l'accordo, ma anche le attività che lo precedono e lo seguono, cosicché più che alla forma del contratto si deve fare riferimento alla forma della contrattazione, l'espressione fotografa fedelmente i recenti spunti normativi e può essere utilmente accolta».

¹²⁹ Cit. *Ibidem.* p. 69.

strutturale dell'atto, e formalismo, inteso come procedimentalizzazione del consenso¹³⁰ che è «*ancillare ad un contratto in itinere*»¹³¹.

Ciò nondimeno, la legge non sempre stabilisce quali conseguenze discendano dalla violazione di questi oneri procedimentali. Si aggiunga che, come sempre accade quando ci si confronta con una disciplina “*alloctona*”, gli interpreti si dividono tra coloro i quali riconcettualizzano¹³² gli interventi, prendendo atto della loro portata innovativa, e coloro che si adoperano per farli calzare nelle categorie giuridiche loro note.

Pertanto, la sin ora paventata poliedricità della *nuova* forma ha destato, e tuttora desta, perplessità in ordine alle conseguenze riconosciute alla violazione dei precetti procedimentali, riconponibili, come detto, in una triade: forma/vestimento, forma/contenuto e forma/informazione.

Rispetto alla *prima* faccia di questo poliedro, cioè quella della *forma/vestimento* non vi sono particolari perplessità, essendo il requisito di forma scritta già familiare al nostro ragionamento giuridico. Unica perplessità, che ad esempio è dato rinvenire nei contratti di trasferimento dei pacchetti turistici, è quella

¹³⁰ Sulla polisemia del sostantivo “*forma*” si veda S. PAGLIANTINI, *Il neoformalismo contrattuale dopo i d.lgs 141/2010, 79/2011 e la direttiva 2011/83/UE: una nozione (già) vielle renouvelée*, in *Persona e mercato- Saggi*, 2014, n.1, pp. 251-271.

¹³¹ Cit. *Ibidem*, p. 254

¹³² L. MODICA, *formalismo negoziale e nullità, le aperture delle Corti di merito*; in *Contratto e Impresa*, n. 1/2011, p. 16 e ss.. Si veda anche F. ADDIS, *Diritto comunitario e “riconcettualizzazione” del diritto dei contratti: accordo e consenso*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2009, n.1, pp. 869-880. W. CESARINI SFORZA, *La polemica sui concetti giuridici*, (a cura di) N. Irti, Milano, 2004, p. 157, «*talora è più dinamico il legislatore, mentre il giurista tende a conservare l'ordine antico e allora si lamenta della “relatività” dei concetti giuridici, mentre alle volte è conservatrice la legislazione, e allora tocca al giurista di protestare contro l’“assolutezza” di quei medesimi concetti. Ma la sostanza delle cose non cambia anche se cresce o diminuisce la velocità del progresso giuridico, del quale potrà solo dirsi, in un momento dato, che è più scientifico che legislativo, oppure più legislativo che scientifico*».

delle conseguenze del difetto di forma laddove la legge non lo sanzioni espressamente con la nullità del contratto.

Anche in questo frangente, emerge la classica contrapposizione tra (1) coloro i quali riconoscono nella disciplina della forma il carattere di eccezionalità, così ritenendo necessaria l'espressa previsione della nullità ai fini della invalidità dell'atto, e (2) coloro i quali, non potendo attribuire alcuna altra funzione al precetto se non quello di invalidare l'atto, desumono che, sebbene non espressamente prevista, la nullità senz'altro discenda dal difetto di forma scritta. Basti considerare che quest'ultima tesi è suffragata dall'art. 1352, c.c., laddove dispone che la forma convenzionale si presuma «*voluta per la validità*», ogniqualvolta le parti abbiano ommesso di specificare altrimenti. Se questa regola vale per le forme convenzionali, si argomenta, lo stesso dovrebbe valere per quelle richieste dalla legge.

La *seconda* faccia, cioè quella della *forma/contenuto*, presenta maggiori criticità. La legge sovente richiede che il documento contrattuale contenga elementi predeterminati, così introiettando nel "*farsi dell'atto*", cioè nella sua forma, elementi che ineriscono all'oggetto. Le parti allora, non restano libere di suggellare nell'atto scritto un accordo che si limiti agli elementi *essenziali* del contratto, poiché la legge richiede che altre clausole contrattuali emergano dalla forma dell'atto.

Ciò si può riscontare (1) nella disciplina del *franchising*¹³³, (2) della subfornitura¹³⁴, (3) del contratto di credito al consumo¹³⁵, del (4) *contratto*

¹³³ Si veda l'art. 3, comma 4, L. n. 129/2004 rubricato "*forma e contenuto del contratto*", laddove descrive una serie di clausole che il contratto deve espressamente indicare.

¹³⁴ Si veda l'art. 2, comma 5, L. 22 giugno 1998 n. 143, rubricato "*forma e contenuto del contratto*", laddove descrive gli elementi che devono essere espressamente specificati

¹³⁵ Si veda l'art. 125-bis, comma 9, T.U.B., rubricato "*contratti e comunicazioni*", che sancisce la nullità del contratto che non contenga le informazioni "*essenziali*" e cioè, le *parti, il tipo di contratto, l'importo totale del finanziamento e le condizioni di prelievo e rimborso*.

*turistico*¹³⁶. La legge attraverso la disciplina del requisito formale del contratto, ne condiziona l'oggetto, così «*inoculando elementi di governo del mercato [e] assecondando l'esigenza di certezza delle regole su cui da sempre riposa il suo funzionamento*»¹³⁷. Anche rispetto a questo “*tipo*” di requisito, non è facile stabilire quali conseguenze discendano dall'omessa indicazione degli elementi prescritti dalla legge. In particolare non è facile stabilire se la nullità travolga l'intero atto, (seppur con efficacia relativa, e cioè eccepibile dalla sola parte a cui vantaggio l'onere procedimentale è previsto), ovvero se abbia natura parziale, e se quindi possa ammettersi l'eterointegrazione, ovvero la correzione giudiziale del regolamento contrattuale. Questa ambiguità di soluzioni è pienamente conforme alla bivalenza del requisito di forma di cui trattasi, che è appunto un *mixtum* tra requisito *formale* e contenutistico riferito all'oggetto.

In ragione di ciò, le soluzioni prospettate riflettono da una parte le conseguenze che discendono dal difetto di forma (nullità strutturale ex art. 1418, c.c.) e, dall'altra, dalla nullità di singole clausole, cui potrebbe far seguito *l'inserzione automatica* (nullità parziale, ex art. 1419, c.c.), ovvero l'eterointegrazione giudiziale del contratto (*inserzione non automatica*). Non ci dilungheremo oltre su queste interessanti questioni, poiché questo dibattito tocca ma non coincide con il fulcro della nostra trattazione. Basti però considerare che l'essenzialità degli elementi che devono risultare dall'atto è valutata a monte dalla legge, ma gli oneri di cui stiamo parlando vanno, a nostro avviso, proiettati nella disciplina delle *forme contrattuali*, non già riferiti a quella del contenuto. Così, non può farsi ricorso alla nullità parziale ex art. 1419, c.c., comma 2, poiché pur sempre ci muoviamo sul piano della forma. Residua la soluzione di trattare il difetto di *forma/contenuto* alla stregua di una violazione di un requisito di strutturale, idoneo

¹³⁶ Si vedano gli artt. 35 e 36, cod. tur.

¹³⁷ Cit. L. MODICA, *formalismo negoziale e nullità, le aperture delle Corti di merito*, in *Contratto e Impresa*, 2011, n. 1, p. 31.

a travolgere l'atto, seppur probabilmente in maniera relativa, e cioè nell'interesse della sola parte debole del rapporto¹³⁸.

La *forma/informazione* è l'ultima e *terza* faccia di questo poliedro. Ebbene, gli oneri informativi avvolgono l'intera disciplina dei contratti consumeristici¹³⁹ e non; come ad esempio accade per il contratto di affiliazione commerciale¹⁴⁰. Eppure non è sempre stabilito dalla legge quale sanzione scaturisca dalla loro violazione.

Si consideri però che, in mancanza di una esplicita previsione di legge, ha sin ora giocato un ruolo dirimente la nota distinzione tra *regole di validità e regole di comportamento*¹⁴¹, essendo i doveri informativi notoriamente ascritti a queste ultime. Infatti, gli obblighi informativi sono riconducibili al momento precontrattuale; valutati quindi come estranei al momento costitutivo della fattispecie: quando ci sono le informazioni non c'è il contratto e viceversa. Tuttavia, secondo una parte della dottrina, questa distinzione, se irrigidita, potrebbe essere forviante. Infatti, sono considerate regole di comportamento quelle regole che la legge è incapace di tipizzare in considerazione delle incalcolabili variabili che possono riguardare il singolo contratto. Perciò, di fronte a questa incalcolabilità la giurisprudenza dominante, ritiene che la sanzione della *nullità virtuale* finirebbe per indebolire eccessivamente il valore giuridico della certezza. È proprio in

¹³⁸ *Ibidem*, p. 25

¹³⁹ Si pensi alla disciplina dei *contratti a distanza* (art. 51 cod. cons., che non a caso è rubricato “*requisiti formali*”), ai contratti del turismo organizzato (artt. 36 e 38 Tur), ai contratti di multiproprietà (art. 72, cod. cons.) e ai contratti di credito al consumo (art. 124 t.u.b., alla luce del provv. 9 febbraio 2011, Banca d'Italia.).

¹⁴⁰ Si vedano gli artt. 4 e 6, L. 6 maggio 2004, n. 129.

¹⁴¹ La distinzione è dirimente nelle importanti sentenze Cass. SS. UU., 19 dicembre 2007, n. 26724-26725: «*deve trovare conferma la tradizionale impostazione secondo la quale, ove non altrimenti stabilito dalla legge, unicamente la violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto è suscettibile di determinarne la nullità e non già la violazione di norme, anch'esse imperative, riguardanti il comportamento dei contraenti la quale può essere fonte di responsabilità*».

ragione di ciò, che la legge stessa riconduce la doverosità di questi comportamenti, a monte incalcolabili, ai principi *generali* di correttezza e buona fede contrattuale.

Ma quando gli oneri procedimentali che si collocano nella fase precontrattuale sono dettagliatamente disciplinati dalla legge, la loro sussunzione sotto la categoria delle regole di comportamento potrebbe essere messa in discussione. Invero, anche le regole di validità impongono dei comportamenti, ed è proprio a partire da questa considerazione che una parte della dottrina rinuncia alla distinzione tradizionale, accogliendo, invece, quella tra *regole di buona fede* e *regole di validità*¹⁴². A partire da questa distinzione, questa dottrina argomenta per la nullità quale conseguenza della violazione di un dovere informativo precontrattuale sufficientemente dettagliato, quindi non ascrivibile alle c.d.

¹⁴² Proprio questa distinzione è accolta da T. WILHELMSSON, *European rules on pre-contractual information duties?*, in *ERA-Forum*, 2006, 7, 1, p. 16-25. «Many consumer law directives that contain specific and very detailed information duties towards consumers. Such important areas as, for example, consumer credit regulation have been tied to the information paradigm and the contract-related insurance regulation in the Third Life Assurance Directive and the Third Non-life Insurance Directive is basically limited to a detailed duty to inform. Also some other consumer contract law directives, such as the Distance Contracts Directive, Directive 87/102/EEC for the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning consumer credit; amended by Directives 90/88/EEC and 98/7/EC. 12 Directive 92/96/EEC on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to direct life assurance and amending Directives 79/267/EEC and 90/619/EEC (third life assurance Directive) (...) rely heavily on information as a means of improving the position of the consumer. In addition, the Electronic Commerce Directive,¹⁷ which is not limited to consumer relationships, contains information requirements as well. It is debatable to what extent one can extract general European principles from this mass of detailed information requirements and to what extent the regulation necessarily has to remain scattered and related to particular situations and contracts. The solutions that have been discussed in this context are not yet ripe to be present»

clausole aperte; cioè a quelle clausole che rispondono alle direttive della correttezza e della buona fede oggettiva, storicamente considerate come norme di chiusura¹⁴³.

Si può osservare come, in assenza di un intervento legislativo che ricomponga le divisioni, tra gli interpreti non vi sia unità di vedute. In questo si intravede l'interesse delle parti a disegnare autonomamente l'iter di formazione del contratto, così attribuendo il valore della certezza ai procedimenti da loro stessi configurati. Ciò potrebbe avere una certa utilità rispetto ad ogni facciata del poliedro che abbiamo in questa sede descritto: sin ora ognuna è resa sfumata dalle difficoltà interpretative, ma maggiore certezza potrebbe essere recata dall'esercizio dell'autonomia privata in senso procedimentale. Così, le parti, nel silenzio della legge, potrebbero attraverso un negozio di configurazione senz'altro chiarire che intendono considerare la forma (prescritta dalla legge senza sanzione) a pena di nullità e che gli oneri informativi assurgano a elemento strutturale dei *loro* futuri accordi.

Esaurita la riflessione sulla poliedricità della forma, possiamo concludere che essa si caratterizza per elementi di novità, non solo rispetto al codice civile, ma pure rispetto alla legislazione speciale meno recente, in seno alla quale gli oneri formali investivano gli atti «*destinati ad estinguere o modificare il rapporto già costituito*»¹⁴⁴. La finalità era quella di garantire maggiore certezza rispetto alle vicende successive alla conclusione del contratto. Oggi ci è dato riscontrare una *inversione di tendenza*, nel senso che le vicende favorevoli alla parte debole del costituito rapporto, si vanno caratterizzando per la libertà delle forme.¹⁴⁵

¹⁴³ Sul punto, L. MODICA, *Formalismo negoziale e nullità, le aperture delle corti di merito*; in *Contratto e Impresa* 2011, n.1, pp. 30-50. L' A. sottolinea come la circostanza che la legge imponga un generico dovere di comportarsi secondo correttezza o che imponga degli oneri, dettagliati debba dare luogo a conseguenze giuridica differenti. Di qui la suddetta distinzione tra regole di *buona fede* e *regole di validità*.

¹⁴⁴ Così N. IRTI, *op. ult. cit.*, p. 76

¹⁴⁵ In argomento, M. P. PIGNALOSA, *op. cit.*, p. 334 e ss.

A tal riguardo, valga l'esempio del diritto di recesso attribuito al consumatore che abbia stipulato un contratto a distanza o fuori dai locali commerciali. Ai sensi dell'art. 54, cod. cons., riformato dal D.Lgs. 21 febbraio 2014, n. 2., il consumatore può sciogliersi dal contratto avvalendosi di «*qualsiasi dichiarazione esplicita della sua decisione*».

Al contrario, la forma scritta è richiesta con crescente frequenza ai fini della valida conclusione dei contratti ed in ciò si sostanzia il fenomeno della *procedimentalizzazione* del consenso. Paradigma di questa tendenza è dato dal *contratto telefonico* disciplinato dall'art. 51, comma 4, cod. cons. A dispetto dello strumento tecnico di cui le parti si avvalgono per la sua conclusione, il contratto diviene vincolante per il consumatore solo dopo che questi abbia firmato l'offerta o dopo che l'abbia accettata per iscritto. Così il comma 6 dell'art. 51, cod. cons. sembra prevedere una fattispecie *forte*, che si inverte attraverso la sottoscrizione del testo contrattuale ad opera del consumatore.¹⁴⁶ In questo modo, rispetto a questa tipologia di contratti, sembra escluso che il libero scambio di proposta e accettazione sia idoneo alla conclusione dello contratto. Invero, la disposizione in esame sembra disciplinare un contratto telefonico che non «*non può essere concluso per telefono*»¹⁴⁷ e la comunicazione telefonica diviene strumento *de iure* idoneo alla nascita di vincoli contrattuali per una intera classe di contraenti. Così, altro non può essere che «*un contatto promozionale di avviamento alla conclusione del contratto*»¹⁴⁸.

Il II paragrafo, II Sezione del prossimo capitolo, sarà dedicato ad una più approfondita analisi della disciplina significativa dal punto di vista del nuovo formalismo. Si terrà conto delle disposizioni di legge legate agli aspetti

¹⁴⁶ Sul punto M. P. PIGNALOSA, *op. cit.* p. 337.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 96

¹⁴⁸ S. PAGLIANTINI, *Commento all'art. 51 del codice del consumo*, in *La riforma del codice del consumo*, (a cura di) G. D'Amico, nota 29.

procedimentali di vari contratti, tipici o transtipici. Si potrà osservare come tutti siano accomunati dalla presenza di una parte debole, seppure non sempre ascrivibile alla categoria dei consumatori.

In conclusione un rilievo merita di essere segnalato: l'inflessibile proceduralizzazione ascrivibile ai contratti di cui si è appena parlato, è innegabilmente figlia del formalismo europeo, che è «*punteggiato su procedimenti rigorosamente tipizzati*», idonei a modellare *il farsi* del contratto. Ma non sta in ciò la novità della disciplina. Sebbene essa sia orientata alla protezione del contraente debole e alla indiretta garanzia di efficienza del mercato interno, si registra la tendenza a imporre la forma scritta «*quale condizione si necessaria, ma anche sufficiente del compiersi di una manifestazione di certezza informativa*»¹⁴⁹.

Non è tanto la portata della necessità dell'adempimento dell'onere formale a destare interesse, quanto quella della sua sufficienza. Infatti, sebbene la disciplina sia nel suo complesso diretta alla protezione del contraente debole, finisce altresì per escludere qualunque «*contrasto futuro di apprezzamenti intorno a una realtà giuridica passata*»¹⁵⁰ e cioè quella dalla redazione per iscritto del contratto, dell'inserimento di tutti gli elementi richiesti dalla legge e della avvenuta informazione ad opera del contraente forte.

In tal modo quando il contegno del professionista è idoneo a far conoscere «*la produzione di una certa vicenda*»¹⁵¹, allora l'adempimento dell'onere formale assurge ad «*atto di certazione*»¹⁵², che preclude al consumatore di mettere in discussione la genuina formazione del suo consenso. Così, la prova della *ritualità legale* del contegno del professionista, prevarrà sul «*vincolo lessicale del*

¹⁴⁹ S. PAGLIANTINI, *Il neoformalismo contrattuale dopo i d.lgs 141/2010, 79/2011 e la direttiva 2011/83/UE*, p. 269

¹⁵⁰ *Ibidem.*

¹⁵¹ *Ibidem.*

¹⁵² *Ibidem.*

*dichiarato»*¹⁵³, riproponendo ancora una volta la questione della funzione della *procedimentalizzazione* del consenso, che è per sua natura idonea ad ingenerare certezza negli scambi. Questa natura resiste tuttora e non è stata sbiadita dagli interventi comunitari nonostante la loro matrice protezionistica.

A conclusione di questa parte della trattazione, valga un interrogativo sollevato dal Pagliantini nel suo scritto *Il neoformalismo contrattuale dopo i d.lgs 141/2010, 79/2011 e la direttiva 2011/83/UE*¹⁵⁴: «*formalismo di protezione o non piuttosto forma quale imposizione di mercato, a supporto del professionista diligente?»*»

5. Considerazioni introduttive sulla conclusione del contratto telematico.

Esaurite le considerazioni concernenti il *neoformalismo*, nel presente paragrafo proietteremo le tematiche sin qui trattate nella disciplina del contratto telematico, di cui, quanto agli aspetti inerenti alla sua conclusione, rileveremo alcune peculiarità. In questa sede ci si limiterà a formulare alcune considerazioni preliminari tese a completare il discorso generale sull'accordo intrapreso in questo capitolo. Gli spunti che sin da ora emergeranno, verranno ripresi con maggiore attenzione nell'ultima parte di questo lavoro.

Per contratto telematico si intende il contratto *concluso* attraverso lo scambio di dati informatizzati tra due strumenti informatici reciprocamente connessi ad una rete. Questa definizione, piuttosto ampia, si presta a descrivere molteplici modelli contrattuali stipulati con l'ausilio della rete (non necessariamente internet)¹⁵⁵. In primo luogo è quindi possibile ricondurre i contratti che rientrano nella definizione appena riportata alla categoria dei contratti *inter*

¹⁵³ Cit. *Ibidem*.

¹⁵⁴ S. PAGLIANTINI, *op. cit.*, p. 270.

¹⁵⁵ Sul punto, M. P. PIGNALOSA, *op. cit.*, p. 261-268.

absentes, riservandoci di specificare nel proseguo della trattazione come ciò incida sul loro regime giuridico.

In seconda battuta, va precisato come i contratti telematici si definiscono tali indipendentemente dalle modalità attraverso cui possa estrinsecarsi la loro fase esecutiva; cioè indipendentemente dal fatto che siano suscettibili di *esecuzione telematica* (potendosi in tal caso parlare di commercio elettronico *diretto*), ovvero di esecuzione tramite consegna/esecuzione materiale di un bene/servizio (potendosi in tal caso parlare di commercio elettronico *indiretto*). La caratteristica che designa la categoria di contratti di cui si va discorrendo, non risiede nell'oggetto dell'obbligazione cui essi danno causa, bensì nello strumento tecnico attraverso cui vengono conclusi ed è proprio del momento conclusivo del contratto che si parlerà in questo paragrafo, rimettendo lo studio della restante disciplina all'ultimo capitolo di questo studio.

Il contratto che risponde alla definizione sopra riportata cade sotto la disciplina del *commercio elettronico*, recata dal d.lgs. 9 aprile 2003 n. 70. In particolare, la disciplina relativa alla conclusione del contratto si articola in tre disposizioni, che ripercorrono l'iter di perfezionamento del contratto: l'art. 7, rubricato "*informazioni generali obbligatorie*", rispondenti cioè alla fase dell'*aspecifica* offerta al pubblico, l'art. 12, rubricato "*informazioni dirette alla conclusione del contratto*", riferito alla fase che immediatamente precede la conclusione del contratto e l'art. 13, rubricato "*inoltro dell'ordine*", che afferisce alla fase successiva al perfezionamento dell'accordo. Va immediatamente precisato come le tre disposizioni sopra riportate facciano riferimento a rapporti di cui siano parti "*un prestatore*" ed un "*destinatario del servizio*", laddove, ai sensi dell'art. 2 d.lgs. n. 70/2003, il primo è una persona fisica o giuridica che presta un servizio della società dell'informazione e cioè che eserciti attività economiche *on-line*, ed il secondo è chiunque utilizzi suddetti servizi.

Così sin da ora si può osservare l'ampiezza dell'ambito di applicazione soggettiva del sopracitato decreto legislativo; ma laddove le parti rispondano alla definizione di professionista e consumatore di cui all'art. 3 cod. cons., la disciplina del commercio elettronico dovrà essere combinata con il comma 2 dell'art. 52 cod. cons. dedicato ai “*requisiti formali per i contratti a distanza*”. È proprio su questo articolo che intendiamo soffermarci in questo paragrafo.

L'art. 52 cod. cons. regola minuziosamente la fase che precede la conclusione del contratto e richiede che il professionista, prima che il consumatore inoltri l'ordine, comunichi una serie di informazioni, tra cui: (1) le caratteristiche principali dei beni o servizi, (2) il prezzo, (3) la durata del contratto e (4) la durata minima degli obblighi del consumatore. Queste informazioni devono essere rese in modo chiaro e riconoscibile¹⁵⁶.

In aggiunta, laddove l'inoltro dell'ordine richieda l'azionamento di un pulsante o una funzione analoga, dovrà essere indicato, in maniera inequivocabile e leggibile, che l'ordine implica l'obbligo di pagare¹⁵⁷.

Qualora il professionista non osservi ciascuno dei doveri di informazione sopra riportati, il consumatore *non sarà vincolato dal contratto o dall'ordine*¹⁵⁸. L'ultimo periodo della disposizione è ciò su cui ci concentreremo ora. Infatti, la circostanza che tutti gli oneri informativi sopramenzionati siano prescritti dall'art. 51 cod. cons., rubricato “*requisiti formali per i contratti a distanza*”, sembra corroborare l'idea che il termine “*forma*” vada assumendo significati plurimi, non limitandosi designare il solo *vestimento* contrattuale. La disposizione appena

¹⁵⁶ Un altro aspetto del *neoformalismo* afferisce agli oneri “*qualitativi*” inerenti alle varie comunicazioni che circostanziano l'iter di formazione del contratto. In ragione di questi oneri, la lingua utilizzata nel testo contrattuale, la comprensibilità e la chiarezza dello stesso, assurgono ad oneri procedurali.

¹⁵⁷ Art. 51, comma 2, penultimo periodo.

¹⁵⁸ Art. 51, comma 2, ultimo periodo.

esaminata accomuna i doveri informativi, tradizionalmente ricondotti all'alveo delle regole di comportamento, ai requisiti formali dell'atto. Nel farlo rende evidente che la legge, per questa tipologia di contratti, richieda una struttura di *accordo forte*, che impone l'adempimento di oneri procedimentali, finalizzati a rendere edotto il consumatore delle caratteristiche di quanto costituisce l'oggetto del proprio acquisto e delle conseguenze giuridiche nascenti dal suo contegno *telematico*.

Ecco che torna alla mente quanto detto sopra relativamente alla oggettivizzazione del consenso e alla ricostruzione dell'accordo come fatto normativo e fenomeno *disunitario*, che si rende più leggero o più grave a seconda degli interessi che la legge riconosce i capo alle parti. In seno alla disciplina appena menzionata l'oggettivizzazione del consenso è massima ed emerge in maniera preponderante un accordo contrattuale che è il frutto di un bilanciamento operato dal legislatore, avulso da colorazioni soggettive.

Il comma 3, art. 51 cod. cons. rappresenta un esempio chiarissimo di come il requisito di forma possa assolvere ad esigenze informative e di come, laddove il professionista non osservi i suddetti oneri, la fattispecie *contrattuale non si sarà inverata correttamente*, non essendosi realizzati tutti gli elementi della fattispecie *forte* descritta dalla legge.

Si può allora concludere che, in mancanza dell'informazione, il contratto sarà nullo per un vizio strutturale dell'atto, e che la fattispecie contrattuale non si sarà validamente perfezionata, seppur trattandosi con ogni probabilità di *nullità protettiva*, eccepibile dal solo consumatore o rilevata dal giudice a suo favore¹⁵⁹.

Così, appare chiaramente che gli oneri in esame afferiscano al fenomeno della c.d. *procedimentalizzazione* ed è in questo senso che va intesa la legge: laddove il professionista ometta di informare correttamente il consumatore, se cioè

¹⁵⁹ Art. 36, cod. cons., comma 3.

non rispetta i dettagliati precetti sanciti dall'art. 51, comma 2, cod. cons., il consumatore non sarà vincolato dal contratto o dall'ordine¹⁶⁰. Ciò in ragione del difetto di un elemento della fattispecie di accordo disegnata dalla legge, così configurandosi un vizio strutturale dell'atto e, di conseguenza, la sua nullità.

¹⁶⁰ In argomento, M. P. PIGNALOSA, *op. cit.*, pp. 269-290. Si veda anche, S. PAGLIANTINI, *Commento all'art. 51*, pp. 169-172.

CAPITOLO II

MODELLI LEGALI DI ACCORDO E AUTONOMIA PRIVATA PROCEDIMENTALE

SEZIONE I

L'ACCORDO SEMPLIFICATO

Sommario: 1. Premessa. — 2. L'Accettazione superflua: l'art. 1327, c.c.: *esecuzione in luogo di accettazione*. — 2.1. Segue; conclusione del contratto telematico e inapplicabilità dell'art. 1327. — 2.2. Il silenzio come accettazione: artt. 1333 e 1520, c.c.. — 3. Altri modelli di accordo semplificato: accettazione-adesione — 4. Accordo semplificato e volontà delle parti; proposta ferma: negozio di configurazione? — 4.1. Segue; patti sul silenzio e sul carattere recettizio delle dichiarazioni. — 4.2. Segue; la realtà come *naturale negotii*. — 4.3. Segue; la determinazione unilaterale dell'oggetto del contratto. — 5. Limiti alla semplificazione atipica.

1. Premessa

Il capitolo che precede è stato interamente dedicato allo studio dell'accordo contrattuale: ne è emersa un'immagine poliedrica e flessibile, capace di mutare in ragione dei molteplici interessi coinvolti nel procedimento di conclusione del contratto.

Così, è stato rilevato come la legge, talvolta, alleggerisce l'accordo contrattuale, in considerazione di uno specifico interesse al suo celere perfezionamento, oppure in considerazione del carattere *blando* delle intrusioni che da esso scaturiscono.¹⁶¹

Il modello tradizionale di *scambio di proposta e accettazione* non può essere valutato alla stregua di un *fenotipo* di accordo. Sebbene costituisca la fattispecie più

¹⁶¹ Sul punto, V. ROPPO, *op. cit.*, p. 32.

rispettosa del principio volontaristico, insieme ad essa concorrono altri modelli altrettanto rispettosi del principio dell'accordo.

Sin ora abbiamo dato conto delle evoluzioni storiche, ideologiche e di politica del diritto inerenti all'istituto contrattuale. Questi sviluppi, in una prima fase, hanno causato un *sovradimensionamento* del modello dell'art. 1326 (approccio "*naturalistico*"), in una seconda, hanno dato luogo alla differenziazione di disparati procedimenti formativi (*approccio "normativo"*).

Adesso si devono trattare gli istituti giuridici che nel dettaglio riflettono queste evoluzioni. Infatti, la presente Sezione si occupa delle fattispecie di accordo leggero presenti nel nostro codice civile: di quei modelli che richiedono un *quid minoris* rispetto alla formula ACCORDO = PROPOSTA (dichiarazione + recettizia) + ACCETTAZIONE (dichiarazione + recettizia).

In questa sede, bisogna soffermarsi su quei procedimenti formativi che portano all'inverarsi della fattispecie contrattuale, seppur in difetto di uno scambio reciproco di dichiarazioni unilaterali. In particolare, facendo riferimento agli artt. 1327 (rubricato *esecuzione prima della risposta dell'accettante*), 1333 (rubricato *contratto con obbligazioni del solo proponente*) e 1520 (rubricato *vendita con riserva di gradimento*), c.c., accomunati dalla circostanza che l'*iter* formativo del contratto si concluda in mancanza dell'accettazione.

All'esito dello studio di questi istituti, si andranno ad esaminare alcune ipotesi di semplificazione consensuale (proposta ferma, patti sul silenzio e sul carattere recettizio delle dichiarazioni, clausole di sopravvivenza e determinazione unilaterale dell'oggetto del contratto), in modo da comprendere se esse riflettano l'esercizio dell'autonomia privata declinata nella sua accezione procedimentale.

Sin da ora va rilevato come in seno al codice vi siano molteplici dati normativi idonei a confortare l'idea che le parti siano munite della facoltà di alleggerire l'accordo. Di questi dati normativi si darà conto in questa parte dell'odierno studio, tenendo però a mente che il perimetro dell'accordo traccia i

limiti della semplificazione atipica, rimanendo sempre elemento imprescindibile della fattispecie contrattuale.

Quindi, qualunque sia il procedimento conclusivo disegnato dal legislatore o dalle parti, il principio dell'accordo non può essere derogato. Il primo capitolo di questa trattazione ci ha permesso di corroborare l'idea che l'accordo si erga sempre a costitutivo della fattispecie, sebbene si possa ritenere che la volontà *attuale* degli effetti giuridici scaturenti dal contratto non si atteggi a elemento psicologico sempre necessario.

Per converso, quanto risulta davvero imprescindibile ai fini dell'accordo è l'elemento *dell'imputabilità*, per tale intendendosi la formale riferibilità di un fatto volontario, da valutare sulla base di una regola procedimentale rispettosa del principio dell'accordo. L'imputabilità di un fatto alla sfera giuridica di chi l'abbia posto in essere, riflette la sua idoneità ad ingenerare affidamento nel soggetto a cui si rivolge¹⁶².

Ebbene, questo è il substrato sulla cui base rifiutare l'idea che il modello di scambio di proposta e accettazione sia un procedimento *regolare*, a cui si contrappongono quelli che rinunciano alla coppia di dichiarazioni recettizie, ed in questo senso eccezionali. Il ripudio della qualificazione di queste disposizioni come norme di eccezione¹⁶³ o residuali, scaturisce dall'idea che queste non derogino al principio dell'accordo.

¹⁶² Si veda G. GORLA, *op. cit.*, p. 272. Secondo l'Autore le regole di formazione del contratto sono determinate da ragioni di politica legislativa, che si confrontano «*più che sulla logica del consensualismo o dell'incontro dei consensi, o della fusione delle volontà, che dir si voglia [...] sulla tutela delle aspettative di buona fede e sulla composizione degli interessi che ne scaturiscono*».

¹⁶³ Sulla eccezionalità delle disposizioni in esame e sulla regolarità del modello disciplinato dall'art. 1326, c.c., cfr. Cass. civ., 21 marzo 2000, n. 3296, in *Giust. civ. Mass.* 2000, p. 602, nonché, Cass. civ., 19 settembre 1985, n. 4707, in *Giust. civ. Mass.* 1985, fasc. 8-9. Le pronunce sono così rispettivamente massimate: «*La norma di cui all'art. 1327*

Su queste basi si potrà lavorare, per comprendere quale sia lo spazio della semplificazione convenzionale/atipica, frutto cioè dell'autonomia privata procedimentale.

2. L'Accettazione superflua: l'art. 1327, c.c.: esecuzione in luogo di accettazione.

«Qualora, su richiesta del proponente o per la natura dell'affare o secondo gli usi, la prestazione debba eseguirsi senza una preventiva risposta, il contratto è concluso nel tempo e nel luogo in cui ha avuto inizio l'esecuzione.

*L'accettante deve dare prontamente avviso all'altra parte della iniziata esecuzione e, in mancanza, è tenuto al risarcimento del danno».*¹⁶⁴

Il primo procedimento formativo alternativo allo scambio di dichiarazione recettizie disciplinato dall'art. 1326, c.c., è quello dell'*esecuzione in luogo di accettazione*.

c.c. (esecuzione del contratto prima della prestazione dell'accettante) non è applicabile ad altre ipotesi che non siano quelle da essa specificamente indicate, con la conseguenza che il contratto s'intende concluso nel tempo e nel luogo in cui ha avuto inizio l'esecuzione soltanto nei casi previsti dal comma 1 di detto articolo: espressa richiesta del proponente, natura dell'affare o uso, che impongano l'esecuzione della prestazione senza una preventiva risposta». «Il luogo della conclusione di una compravendita di merce da piazza a piazza, nel caso in cui il venditore invii la merce medesima senza una preventiva accettazione della proposta del compratore, va individuato nel luogo della consegna al vettore solo quando ricorra una delle ipotesi di esecuzione prima della risposta dell'accettante, tassativamente contemplate dall'art. 1327 c. c., mentre, ove debba escludersi l'applicabilità di tale norma, resta operante il principio generale dell'art. 1326, 1° comma c. c., secondo il quale la conclusione del contratto si verifica nel momento e nel luogo del recapito delle cose al proponente, quale fatto idoneo a renderlo edotto dell'accettazione dell'altra parte.».

¹⁶⁴ Così recita l'art. 1327, c.c..

L'attuale formulazione dell'art. 1327, c.c., ci permette di considerare l'inizio dell'esecuzione quale momento conclusivo¹⁶⁵ del contratto, laddove ricorra almeno una delle circostanze descritte: (1) *natura dell'affare*, (2) *usi* o (3) *richiesta del proponente*.¹⁶⁶ Il pronto avviso, richiesto dal comma 2 della disposizione in esame, sebbene atto partecipativo, non sembra ascrivibile al procedimento formativo del contratto, collocandosi in una fase successiva alla sua stipulazione.

Ebbene, ai fini della conclusione del contratto, il procedimento in esame rinuncia al binomio di dichiarazioni recettizie ed il procedimento si può così compendiare: ACCORDO = PROPOSTA (atto recettizio) + ESECUZIONE DELLA PRESTAZIONE RICHESTA.¹⁶⁷

La peculiarità dell'istituto risiede nel fatto che la conclusione del contratto è rimessa al perfezionamento di un atto esecutivo, *non recettizio*. Così, il modello

¹⁶⁵ G. BENEDETTI *op. cit.* p. 109: «*la peculiarità della disciplina normativa sta proprio in ciò, che la sequenza ha termine con un atto reale: il contratto si conclude nello stesso momento in cui l'attività esecutiva può dirsi iniziata*».

¹⁶⁶ Rispetto a questo punto, l'art. 1327, c.c., è formulato in termini precisi, a dispetto del tenore dell'art. 36 dell'abrogato codice del commercio, che infatti diede adito ad aspre contrapposizioni dottrinali con riferimento alla possibilità di ritenere inverata la fattispecie in presenza di una sola delle circostanze descritte.

¹⁶⁷ In questa sede merita di essere menzionata una disposizione in particolare: l'art. 2, L. n. 192/1998, in materia di *subfornitura*. Nello stesso contesto normativo, quali procedimenti conclusivi del contratto di subfornitura sono disciplinati sia la proposta inviata al committente e non seguita da accettazione scritta del subfornitore, che inizia le lavorazioni o le forniture (comma 2), sia il modello classico di scambio di proposta e accettazione per iscritto (comma 1). La compresenza di entrambi i modelli in seno ad un'unica disposizione, può confermarne, sul piano sistematico, la pari dignità. Di seguito l'art. 2, comma 2, L. 192/1998: «*Nel caso di proposta inviata dal committente secondo le modalità indicate nel comma 1, non seguita da accettazione scritta del subfornitore che tuttavia inizia le lavorazioni o le forniture, senza che abbia richiesto la modificazione di alcuno dei suoi elementi, il contratto si considera concluso per iscritto agli effetti della presente legge e ad esso si applicano le condizioni indicate nella proposta, ferma restando l'applicazione dell'articolo 1341 del codice civile*».

di accordo semplificato descritto dall'art. 1327, c.c., rinuncia ad un confronto *dialogico* tra le parti¹⁶⁸. Proprio in ragione del suo carattere non recettizio, l'esecuzione dell'oblato non si può considerare alla stregua di un atto dichiarativo o concludente, neppure tacito¹⁶⁹. Per converso, si tratta di una *mera condotta*, il cui significato giuridico risiede in un giudizio di concludenza, espresso a monte dalla legge e che, quindi, si sottrae a valle dalla ricostruzione dell'interprete¹⁷⁰. In ragione di ciò si ritiene opportuno ascrivere il modello in esame al novero delle fattispecie semplificate di accordo.

Questo approccio ci permette di superare le tesi che vorrebbero accomunare l'atto esecutivo dell'oblato ad una manifestazione tacita di volontà. Al contrario, ci sembra più opportuno accogliere l'idea per cui l'inizio di esecuzione risponda ad una *ratio presuntiva*¹⁷¹, in ragione della quale nessuna indagine si rende necessaria per intendere il valore concludente del comportamento tenuto dall'oblato.¹⁷² Come accennato, a favore di questa conclusione milita il carattere *non recettizio* del contegno esecutivo, idoneo a perfezionare il contratto in un momento che ne precede la conoscibilità da parte del proponente.

¹⁶⁸ Sul punto, cfr. G. OPPO, *op. cit.*, p. 527.

¹⁶⁹ Si veda, A. M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 46

¹⁷⁰ Cfr. Cass. civ., 2 febbraio 1991, n. 1032, in *Giust. civ. Mass.* 1991, fasc. 2. L'esecuzione difforme vale, secondo la giurisprudenza, come nuova proposta. Così anche il contegno esecutivo può valere come offerta contrattuale (per sua natura recettizia), ma a condizione che esso venga portato a conoscenza della controparte. In questo modo, un atto "qualitativamente" identico muta la sua natura giuridica in ragione del suo carattere recettizio o non recettizio. Ciò evidenzia con chiarezza che, quando il contegno esecutivo non debba essere portato a conoscenza del proponente ai fini del perfezionamento del procedimento formativo, esso non può avere valore dichiarativo.

¹⁷¹ Cfr. A. M. BENEDETTI, *op. cit.* p. 50 e ss.

¹⁷² A. M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 47.

Sulla base di queste premesse, alcuni autori negano che sia rintracciabile un accordo in seno alla fattispecie in esame¹⁷³. Di fatti, la norma non richiede un'indagine circa l'attuale *volontà* che sorregge l'inizio dell'esecuzione (conforme alle indicazioni del proponente), poiché il modello in esame tipizza una *fattispecie normativa di accordo*, che si radica nell'inizio conforme dell'esecuzione. A tale contegno fa *presumibilmente* da sfondo l'intenzione di stipulare il contratto¹⁷⁴ e, per questo, la legge richiede che questa volontà venga attuata, non già espressa.

Le considerazioni ed i dubbi sin qui esposti, assumono un'importanza pratica rispetto a due punti. In primo luogo, rispetto all'*an* del negozio, e cioè rispetto al perfezionamento della fattispecie contrattuale. In secondo luogo, rispetto al tempo e al luogo della conclusione del contratto, rilevando quindi in punto di competenza giudiziale¹⁷⁵.

In ultima analisi, va rilevato come la funzione del procedimento formativo in esame sia quella di rendere più certa la contrattazione, costituendo ciò un vantaggio per entrambe le parti. Infatti:

a. L'art. 1327, c.c., abbrevia il lasso di tempo necessario ai fini della conclusione del contratto, così riducendo i costi di transazione sopportati dalle parti.

b. Rende più sicura la contrattazione per l'oblato, il quale, una volta iniziata l'esecuzione della prestazione, non dovrà preoccuparsi della possibilità che la proposta venga revocata. Infatti, *medio tempore*, si è perfezionato il procedimento di conclusione del contratto.

¹⁷³ Cfr. SACCO, *La conclusione dell'accordo*; in *Trattato di diritto privato*, n. 10, p. 35: l'autore individua nel procedimento in esame il carattere eminentemente normativo, così evidenziando come, rispetto alla valida formazione del contratto, «ogni ricerca della volontà dell'oblato sarà superflua» *Contra*, F. GALGANO, *op. cit.*, p. 129 e ss..

¹⁷⁴ Cfr. *Relazione al Re del Ministro Guardasigilli sul Codice civile*, n. 71. Dal passo emerge la scelta di escludere il valore dichiarativo del contegno esecutivo, poiché «non si è più richiesto il requisito subiettivo dello scambio delle due dichiarazioni».

A questo punto, occorre soffermarsi sul valore giuridico della proposta formulata nei confronti dell'oblato¹⁷⁶, con cui si richiede che la prestazione venga eseguita senza la previa accettazione.

In primo luogo, va sottolineato che la giurisprudenza desume la volontà del proponente in ordine all'immediata esecuzione con una certa larghezza. Ritiene applicabile il disposto dell'art. 1327, c.c. a fronte di clausole poco "circostanziate". Ad esempio, ha riconosciuto la *richiesta* del proponente in costanza dell'apposizione del termine "urgente" ad un ordinativo di merce¹⁷⁷.

In secondo luogo, va evidenziato come suddetta richiesta rappresenti un'intrusione autorizzata nella sfera giuridica dell'oblato, che ciononostante resta rispettosa del principio dell'accordo. Infatti, essa pone l'oblato nella condizione di poter scegliere se stipulare o no il contratto, nonostante dal proponente venga imposta una «*determinata sequenza formativa*»¹⁷⁸. Attraverso la richiesta di pronta esecuzione, l'offerente esclude che l'oblato mantenga la facoltà di scegliere le modalità attraverso cui concludere il contratto (accettazione tacita, espressa, scritta, orale, etc.). Infatti, l'espressione «*debba*» che si riscontra nel comma 1 dell'art. 1327, c.c., depone nel senso che una dichiarazione di accettazione della proposta contrattuale non possa avere efficacia ai fini conclusivi, poiché inidonea a soddisfare pienamente l'interesse procedimentale evidenziato dal proponente. Cionondimeno, come accade per l'accettazione, all'inizio di esecuzione *difforme*, può essere accordato valore di nuova proposta.

In questa misura ci è dato riscontrare che l'intrusione perpetrata dall'offerente è esercizio di una facoltà *procedimentale*. Infatti, seppur è vero che l'esercizio di tale facoltà non incide nella sfera giuridica della controparte in senso

¹⁷⁶ La proposta potrebbe anch'essa essere qualificata come negozio di configurazione convenzionale.

¹⁷⁷ Cfr. Cass. civ., 28 gennaio 1954, n. 218, in *Giur. it.*

¹⁷⁸ Sul punto, si veda A. M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 53 e ss.

sostanziale (cioè sul suo patrimonio), è pur vero che finisce per limitare lo spettro di possibilità di cui normalmente dispone il destinatario di una proposta contrattuale. In questo senso, influisce sulla sua sfera in senso procedimentale: l'oblato dovrà provvedere ad una esecuzione conforme, ovvero rinunciare alla conclusione immediata del contratto.

In conclusione, la richiesta rispettosa del principio dell'accordo può condizionare l'oblato (in senso procedimentale s'è detto) e, pertanto, si deve confrontare con i limiti che l'accordo stesso comanda.

Per questo, lo schema di cui all'art. 1327, non potrà *mai* essere utilizzato per di imporre all'oblato un dovere di *fare* o di *parlare* onde escludere la conclusione del contratto¹⁷⁹. Pertanto, lo schema dell'*esecuzione prima della risposta* non potrà mai essere utilizzato ai fini della costituzione di un contratto avente ad oggetto una prestazione di *non fare*. Né potrà essere sufficiente per la modificazione di un esistente rapporto giuridico.

Infatti, in entrambe le ipotesi, si finirebbe per imporre alla controparte un dovere di esprimersi, laddove la mera inerzia, e quindi il silenzio non circostanziato, costituirebbe un comportamento esecutivo conforme alla proposta contrattuale ed idoneo al perfezionamento della fattispecie formativa¹⁸⁰. Così, la richiesta del proponente alla pronta esecuzione del contratto costituisce un abuso tutte le volte

¹⁷⁹ Cfr. F. GALGANO, *op. cit.*, p. 129.

¹⁸⁰ Specularmente alle posizioni della nostra dottrina, per la letteratura di common law si veda in modo chiarissimo, A. KATZ, *op. cit.*, p. 250. L'A. si esprime nel senso che, sebbene il proponente sia il "*padrone*" della sua offerta contrattuale e sia quindi capace di incederne gli elementi sostanziali e procedimentali, non potrà mai specificare che sia sufficiente per l'oblato non fare alcunché ai fini dell'accettazione: «*The offeror is the master of his offer. [...] Since the offer by its term, defines the proposed exchange, both in form and in content, the offeror, a fortiori, should have the power to specify what sort of response counts as a valid acceptance. [...] One important limit on the offeror's power to set the terms of the bargain arises when the offeror wishes to specify that the offeree need do nothing at all in order to accept*».

in cui il contegno esecutivo dell'oblato si debba tradurre nell'inazione (contratto che ha per oggetto la prestazione di non fare) e tutte le volte in cui l'oblato è già tenuto a dare esecuzione ad un precedente contratto (proposta rivolta alla modificazione del già sorto vincolo). Infatti, in tal caso, la mancata esecuzione della prestazione si tradurrebbe anche in inadempimento contrattuale dell'obbligazione scaturita dal precedente contratto. Così ponendo l'oblato di fronte all'imbarazzo di dover scegliere tra l'esprimersi, o il rimanere silente. In seconda battuta, tra il dare esecuzione alla proposta o il rimanere inadempiente rispetto al già sorto vincolo.

Nei casi sopramenzionati il ricorso allo schema conclusivo designato dall'art. 1327, c.c., è irrispettoso del principio dell'accordo e quindi inammissibile. Ma al di fuori delle ipotesi in cui la richiesta di pronta esecuzione rappresenta un abuso, il principio dell'accordo è salvo. Lo è nonostante la sua struttura qualifichi il procedimento come "*leggero*" o "*semplificato*", in considerazione della rinuncia all'accettazione, che è una delle fasi del modello descritto dall'art. 1326, c.c..

2.1. Segue; conclusione del contratto telematico e inapplicabilità dell'art. 1327.

Esaurita l'analisi del procedimento formativo descritto dall'art. 1327, c.c., dobbiamo chiederci quale sia l'effettiva portata di questa norma. Come abbiamo avuto modo di precisare nel primo capitolo, il suo *background* è rappresentato dall'esperienza dei rapporti commerciali. Adesso, si pone il problema di capire se essa trovi riscontro nelle moderne tecniche di contrattazione ed in particolare nel contratto virtuale, la cui diffusione è sempre crescente.

Il concreto atteggiarsi dell'*e-commerce* ha generato contrasti in dottrina relativamente alla individuazione del momento di conclusione del contratto telematico. In altre parole, è dubbio a quale modello procedimentale attingere per inquadrare giuridicamente l'accordo di rete e se sia opportuno sussumerlo sotto il

modello formativo descritto dall'art. 1327, c.c., ovvero sotto quello disciplinato dall'art. 1326, c.c..¹⁸¹

I dati normativi in materia sembrano darci alcune indicazioni: in particolare l'art. 13 del d.lgs. n. 70/2003 prescrive che le norme sulla conclusione dei contratti continuino ad applicarsi alle ipotesi di inoltro dell'ordine telematico, che si innesta nel procedimento formativo del contratto stipulato *online*.

La suddetta disposizione recepisce fedelmente quella dell'art. 11, dir. 2000/31/CE, sul commercio elettronico, ma evidenzia un'inversione di tendenza rispetto all'intenzione di armonizzare, a livello europeo, i procedimenti formativi dei contratti virtuali. Proprio questo intento era stato originariamente mostrato dal legislatore comunitario, salvo poi essere abbandonato¹⁸². Così, per l'interprete, la scelta di attingere alle norme del codice civile in tema di *accordo contrattuale*, appare obbligata.¹⁸³

A sostegno della tesi che riconduce il perfezionamento dell'accordo telematico all'inizio dell'esecuzione, milita la prassi negoziale. La conclusione del

¹⁸¹ Si vedano i contributi di A. M. GAMBINO, *L'accordo telematico*, Milano, 1998, p. 141 e ss.. Cfr. C. M. BIANCA, *I Contratti telematici*, in *Studium iuris*, 1998, n. 2, pp. 1035-1040. A. GENTILI, *L'inefficacia del contratto telematico*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, n. 1, pp. 746-773. G. OPPO, *op. cit.*, p. 530 e ss..

¹⁸² La finalità di politica del diritto di disciplinare nuovi procedimenti formativi, che in una prima fase ha orientato le scelte della Commissione, è resa evidente dall'art. 1, comma 1, della «Proposta di direttiva presentata dalla Commissione in applicazione dell'art. 25, par. 2 del trattato CE, del 23 luglio 1999», rubricato «Momento della conclusione del contratto» e così formulato: «Gli Stati membri prevedono che, qualora si chieda al destinatario del servizio di manifestare il suo consenso usando mezzi tecnici, come cliccare su un'icona, per accettare l'offerta di un fornitore, il contratto sia concluso quando il destinatario del servizio ha ricevuto dal prestatore, per via elettronica, l'avviso di ricevimento dell'accettazione del destinatario del servizio».

¹⁸³ Sul punto, M. P. PIGNALOSA, *op. cit.*, pp. 290-292. Cfr. F. ADDIS, *Diritto Comunitario e «riconcettualizzazione» del diritto di contratti: accordo e consenso*, in *Obbligazione e Contratti*, 2009, n.1, p. 877 e ss..

contratto in rete si accompagna quasi ineluttabilmente all'inserimento dei dati della propria carta di credito. Così, a mente di questa dottrina, la conclusione del contratto sarebbe rimessa all'esecuzione della prestazione pecuniaria, essendo applicabile il modello disciplinato dall'art. 1327, c.c.. Ciò, in considerazione del fatto che l'inserimento degli estremi della carta di pagamento rappresenta una pratica costante degli acquisiti *online*.¹⁸⁴

Invece, altra dottrina ha ritenuto di inquadrare la conclusione dell'accordo telematico nello scambio di proposta e accettazione. A suffragio di questa impostazione vale il rilievo per cui, l'inserimento dei dati della carta di credito, quandanche considerato come atto *solutorio*, rimane comunque un atto recettizio. È proprio il carattere recettizio dell'atto a contraddire la *ratio* dell'art. 1327 c.c., la cui applicazione andrebbe per questo esclusa¹⁸⁵.

Quest'ultima impostazione riteniamo di accogliere, così intendendo lo scambio di proposta e accettazione quale procedimento formativo più calzante al contratto telematico. Sul piano sistematico, questa impostazione ci sembra più coerente con i dati normativi¹⁸⁶.

¹⁸⁴ In particolare, si veda A. M. GAMBINO, *op. cit.*, p. 141 e ss., che paragona il contegno esecutivo del contraente virtuale, a quello di chi acquista attraverso macchine automatizzate, le quali contestualmente all'esecuzione della prestazione di pagamento erogano il bene acquistato.

¹⁸⁵ G. OPPO, *op. cit.*, p. 530 ss. ¹⁸⁵ M. PENNASILICO, *La conclusione dei contratti on-line tra continuità e innovazione*, in *Dir. Inf.*, 2004, p. 825: «la digitazione del numero della carta di credito non equivale ad inizio dell'esecuzione, giacché qui non si ha pagamento, né rilascio di un mezzo di pagamento, ma autorizzazione a riscuotere presso l'emittente della carta, e dunque mera "conferma" di un'accettazione del cliente già preesistente».

¹⁸⁶ M. PENNASILICO, *La conclusione dei contratti on-line tra continuità e innovazione*; in *Dir. inf.*, 2004, p. 805 e ss.. L'A. a p. 823 scrive «non può sfuggire che, in genere, la digitazione dei dati dello strumento di pagamento si accompagna, nel modulo informatico da compilare, a contestuali dichiarazioni di accettazione (manifestate mediante « cliccate » sulle finestre « OK », « ACCETTO » e simili), sì che il contratto è da

Tuttavia, bisogna ammettere che osservando la concreta prassi contrattuale, l'accordo telematico risulta avere una struttura meno "pesante" di quella tradizionale. Invero, le tempistiche necessarie allo scambio di proposta e accettazione *online* sono talmente ridotte da sfumare il carattere recettizio delle dichiarazioni. Tuttavia, la *semplificazione* non è il risultato dell'applicabilità di un particolare procedimento formativo, essendo connaturata alle intrinseche caratteristiche tecniche della rete.

In seno all'*e-commerce*, l'atto esecutivo dell'inserimento dei dati della carta di credito è solitamente preceduto o contestuale all'atto dichiarativo di accettazione. Pertanto, non può assurgere a momento conclusivo del contratto. Anche in questa *sedes*, l'efficacia delle dichiarazioni rimane ancorata al principio della cognizione, sancito dall'art. 1335, c.c.. Eppure, la rete fa sì che l'atto partecipativo divenga conoscibile dal proponente nel medesimo momento in cui è posto in essere. È per questo che l'inserimento degli estremi della carta di credito assume una natura ibrida: quandanche si ammetta che è atto *solutorio*¹⁸⁷, non se ne potrebbe negare il carattere recettizio.

Sulla base di quanto appena esposto, non è possibile inquadrare il contratto telematico nel modello dell'art. 1327 c.c. Infatti, se è pur vero che quasi sempre vi sia l'inserimento dei dati della carta ad opera dell'utente, è anche vero che a tale atto si accompagna quasi sempre una accettazione espressa di una offerta contrattuale. I dati normativi confortano questa considerazione: l'art. 12, comma 1, lettera a), d.lgs. n. 70/2003, prevede che il prestatore informi l'utente rispetto alle «*varie fasi tecniche da seguire per la conclusione del contratto*». Inoltre, l'art. 51,

considerarsi concluso secondo lo schema dell'art. 1326 c.c. (vale a dire, quando l'ordine-accettazione perviene all'indirizzo elettronico del venditore)»

¹⁸⁷ Sull'inserimento della carta non già come atto solutorio, ma come autorizzazione a riscuotere presso l'emittente della carta, si veda G. OPPO, *op. cit.*, p. 531. Per la posizione opposta, A. M. GAMBINO, *op. cit.*, p. 135 ss.

comma 2, cod. cons., stabilisce che «*il professionista garantisce che, al momento di inoltrare l'ordine, il consumatore riconosca espressamente che l'ordine implica l'obbligo di pagare*».

Quest'ultima disposizione, a chiare lettere, vale a confortare la tesi per cui l'inoltro dell'ordine, da solo, è atto attraverso cui costituire il rapporto ed in forza del quale l'utente aderisce alla pubblica offerta formulata dall'operatore della società dell'informazione: l'espressione «*obbligo di pagare*» implica, almeno potenzialmente, una prestazione ancora ineseguita. Il che contrasta con il procedimento formativo scandito dall'art. 1327, c.c..

Si aggiunga che, quandanche non ricorra una espressa accettazione del tipo «ACETTO» o «ACQUISTO», il carattere recettizio dell'inserimento degli estremi della carta, qualifica il contegno dell'utente come *atto di accettazione tacita*, manifestata attraverso fatti concludenti. Questi fatti, trovano efficacia dal momento in cui vengano portati a conoscenza della controparte (immediatamente nel caso del contratto concluso in rete). Ciò vale ad escludere l'applicabilità dell'art. 1327, c.c., che, come detto sopra, è caratterizzato da un atto esecutivo *non recettizio* e quindi non partecipativo.

Inoltre, bisogna considerare che non è dato rinvenire in capo agli attori economici della rete un interesse apprezzabile alla semplificazione dell'*iter* di conclusione del contratto telematico, posto che le peculiarità tecniche della rete rendono la speditezza un *naturalia* del contratto concluso *on-line*.

Proprio in considerazione di questa naturale rapidità, il ricorso all'art. 1327, c.c. non risponderebbe a quell'interesse che sottende i procedimenti formativi alternativi all'art. 1326, c.c.. Tuttalpiù, dal momento che *internet* rende le comunicazioni (con tutti gli effetti giuridici che ne discendono) velocissime, ci appare plausibile che le parti perseguano il *rallentamento* della sequenza di atti che si pongono alla base del nascente rapporto.

Di fatto, l'accettazione della proposta contrattuale e la conclusione del contratto si collocano in momenti contestuali, poiché le interazioni che si realizzano in rete si pongono in un *meta-spazio* che si caratterizza per la sua sostanziale *a-temporalità*. Tutto ciò, quindi, azzerava l'interesse ad accelerare i tempi di perfezionamento del contratto *online* attraverso il ricorso al procedimento semplificato di cui all'art. 1327, c.c.¹⁸⁸

In conclusione, la velocità della rete riduce a pochi istanti il tempo necessario al perfezionamento dell'accordo poiché non esiste uno scarto temporale giuridicamente apprezzabile tra il momento in cui viene posto in essere un atto e quello in cui diviene conoscibile per la parte a cui è rivolto. Se ciò comporta grandi benefici in punto di riduzione dei costi, può anche avere ripercussioni in tema di certezza dei rapporti e in relazione al possibile insorgere di controversie¹⁸⁹.

Così, se è vero che l'accordo telematico sembra rispondere alla logica dello scambio di proposta e accettazione, ciononostante ci sembra di doverlo annoverare tra i modelli di accordo *leggero*, se non altro perché la contestualità tra dichiarazione e conoscibilità esclude la revocabilità dell'inoltro dell'ordine (salvo l'eventuale diritto di recesso, che tuttavia non è ascrivibile alla fase formativa del contratto).

In tutto ciò, riconosciamo l'interesse ad aggravare il procedimento formativo, così da ridurre gli spazi dell'incertezza ed aumentare quelli della ponderazione, pur senza rinunciare alla rapidità. Di ciò si parlerà diffusamente nell'ultimo capitolo di questo lavoro.

¹⁸⁸ Sul punto, A. M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 79 e ss..

¹⁸⁹ F. AZZARRI, *La conclusione dei contratti telematici nel diritto privato europeo*; in *I contratti*, 2010, n.3, p. 303: «È vero che essi accentuano alcune caratteristiche proprie degli scambi di massa che rendono il contratto sempre più l'esito di una procedura standardizzata e decontestualizzata, ben lungi dall'idea di negozio giuridico»

2.2. Il silenzio come accettazione: riflessioni sugli artt. 1333 e 1520, c.c..

Nel presente paragrafo ci occuperemo di altre due ipotesi di accordo semplificato, in cui la conclusione del contratto è rimessa al perfezionamento di un procedimento che difetta dell'atto di accettazione. Ci riferiamo agli artt. 1333¹⁹⁰ e 1520¹⁹¹, c.c., rispettivamente rubricati «*contratto con obbligazioni del solo proponente*» e «*vendita con riserva di gradimento*». Entrambi gli istituti si caratterizzano per il fatto di disciplinare contratti «*a dichiarazione unica*»¹⁹², che si concludono in forza del silenzio protrattosi per un certo lasso temporale, secondo gli usi o la natura dell'affare incompatibile con la volontà di escludere la conclusione del contratto.

Per questo gli istituti sollecitano il nostro interesse: costituiscono un esempio nitido di *accordo leggero*, il cui perfezionamento si radica nel comportamento omissivo dell'oblato, rappresentato rispettivamente dal *mancato rifiuto* e dalla *mancata pronunzia* in ordine al gradimento.

Come si è avuto modo di precisare, le ipotesi di accordo che innestano l'inerzia nella sequenza di atti e fatti che conducono al contratto, fanno da

¹⁹⁰ «*La proposta diretta a concludere un contratto da cui derivino obbligazioni solo per il proponente è irrevocabile appena giunge a conoscenza della parte alla quale è destinata (1). Il destinatario può rifiutare la proposta nel termine richiesto dalla natura dell'affare o dagli usi. In mancanza di tale rifiuto il contratto è concluso (2)*».

¹⁹¹ «*Quando si vendono cose con riserva di gradimento da parte del compratore, la vendita non si perfeziona fino a che il gradimento non sia comunicato al venditore (1). Se l'esame della cosa deve farsi presso il venditore, questi è liberato, qualora il compratore non vi proceda nel termine stabilito dal contratto o dagli usi, o, in mancanza, in un termine congruo fissato dal venditore (2). Se la cosa si trova presso il compratore e questi non si pronunzia nel termine sopra indicato, la cosa si considera di suo gradimento (3)*».

¹⁹² A. M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 91.

contrattare ad intrusioni blande nella sfera giuridica di chi riceve la proposta contrattuale, infatti:

a. Nell'ipotesi di cui all'art. 1333, c.c., le conseguenze giuridiche che si ripercuotono nella sfera dell'oblato sono conseguenze favorevoli, attributive di diritti relativi. Inoltre non è ammissibile il ricorso al modello in esame per quanto concerne atti di attribuzione di diritti reali, poiché alla loro titolarità fa da contrattare il subingresso nelle situazioni giuridiche passive che da tali diritti scaturiscono (obbligazioni *propter rem*). Laddove si intenda perseguire siffatto effetto giuridico, sarà richiesto l'adempimento degli oneri solenni propri della donazione (trattandosi di attribuzione liberale) o di quelli formali del contratto atipico reale (trattandosi di attribuzione a titolo gratuito, non sorretta da una causa liberale¹⁹³). Questo limite discende appunto dal carattere "*blando*" dell'intrusione.

b. Nell'ipotesi di cui all'art. 1520, c.c., l'intrusione è "*blanda*" in quanto il perfezionamento della vendita è preceduto da un contatto tra venditore e acquirente del bene, il quale non si limita a valutare l'opportunità della compera, ma acquista la detenzione della cosa (*a titolo di prova*), che pertanto si trova presso di lui.

In considerazione della struttura di queste fattispecie, la dottrina si divide rispetto alla qualificazione giuridica del silenzio. Una parte di essa, ed anche una certa giurisprudenza, nega che il silenzio, in quanto contegno non partecipativo (la cui portata ed il cui significato non può essere oggetto di prova da parte dell'oblato), possa ergersi a costituivo di un contratto. Avvalendosi di questa argomentazione, suddetta dottrina concilia il procedimento descritto dall'art. 1333, c.c., con la figura del negozio unilaterale, per sovrapporlo, talvolta, alla categoria delle promesse unilaterali.¹⁹⁴

¹⁹³ Sul punto, F. GALGANO, *op. cit.*, pp. 158-159.

¹⁹⁴ Sul punto si veda, in tema di lettere di *patronage*, Cass. civ., 27 settembre 1995, n. 10235, in *Giur. it.*, 1996, n.1, p. 738. La Suprema Corte afferma che l'art. 1333, c.c.

A negazione di questa teoria, si consideri che la promessa unilaterale diviene efficace non appena è ricevuta e, quindi, non appena divenga conoscibile dal destinatario. Per converso, la proposta di cui all'art. 1333, c.c., obbliga il dichiarante solo una volta che sia decorso il tempo necessario al suo rifiuto. Avvalendoci di questo ragionamento è possibile emancipare il modello dell'art. 1333, c.c. da quello degli atti unilaterali.

I contrasti in dottrina non finiscono qui. È dibattuto quale valore assegnare al silenzio e se possa qualificarsi come *accettazione tacita*, *contegno concludente*, *accettazione presunta* o, infine, di *contegno materiale*, il cui significato e le cui conseguenze giuridiche sono qualificate a monte dalla legge¹⁹⁵.

Coerentemente con le considerazioni espresse nel primo capitolo, e consequenzialmente all'approccio formale e normativo sin ora adottato nello studio dell'istituto contrattuale, è quest'ultima impostazione che condividiamo. Infatti, dall'analisi delle disposizioni in esame, ci sembra di poter assegnare al contegno dell'oblato la qualifica di *silenzio puro*, non qualificato da circostanze rispetto ad esso esteriori e, per questo, estraneo alla categoria del comportamento concludente

«neppure offre la possibilità di una prova contraria e non è pertanto possibile considerare il comportamento inerte del destinatario della proposta alla stregua di un atto di autonomia negoziale, cui siano applicabili le norme sull'efficacia e la validità dei contratti. Sicché se vuole intendersi la norma per quello che prevede, deve ammettersi che, nella particolare ipotesi da essa contemplata e per ogni promessa cosiddetta gratuita, il rapporto può costituirsi senza volontà di accettazione e quindi, in definitiva, per effetto di un atto unilaterale». Nello stesso senso si muove, G. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 191. Secondo l'autore *«il rifiuto è incompatibile con l'accordo, sicché l'art. 1333 non designa un procedimento contrattuale, ma un negozio unilaterale recettizio, eliminabile col rifiuto».* *Contra*, cfr. la recente sentenza, Cass. civ., 29 settembre 2016, n. 19270, così massimata in CED Cassazione, 2016, *«L'obbligazione fideiussoria, pur derivante da un contratto unilaterale, con obbligazioni a carico di una sola parte, ha natura contrattuale, sicché, ai fini dell'annullabilità per incapacità naturale, si applica l'art. 428, comma 2, c.c.»*.

¹⁹⁵ Cfr. F. GALGANO, *op. cit.*, p. 128 e ss.. Cfr. R. SACCO, *La conclusione dell'accordo*, pp. 32 e ss.

o della manifestazione tacita di volontà. Questo approccio, in sede di controversia giudiziale, incide ineluttabilmente rispetto alle contestazioni in merito all'*an* del contratto con obbligazioni a carico del solo proponente.

Si aggiunga che, laddove il rifiuto dell'oblato venga inoltrato all'indirizzo del proponente tardivamente, il contratto si deve ritenere *medio tempore* concluso e ciò vale a confortare l'idea sopra espressa¹⁹⁶.

Pertanto, anche in seno a questi istituti ci sembra di dover rintracciare una *ratio* presuntiva, di modo che entrambe le figure possano qualificarsi come contratti. In quanto contratti, necessitano di un accordo, sebbene questo si apprezzi attraverso una partecipazione solo *formale/normativa* dell'*oblato/compratore*, al cui contegno silente la legge *accomuna* la manifestazione della volontà di contrarre e quindi il consenso.

¹⁹⁶ Sul punto, si veda Cass. civ., 29 aprile 1965, n. 757 e 7 ottobre 1964, n. 2548, in *Giust. Civ.*, 1965, 1, 523, per cui il contratto si conclude nel luogo in cui la proposta contrattuale è giunta, e nel momento in cui il silenzio si sia prolungato per un tempo eccedente quello reso necessario dalla natura dell'affare. Così, essendo la proposta l'atto conclusivo del procedimento, che qualifica il tempo e il luogo della conclusione del contratto, il silenzio non può che non qualificarsi come inerzia mera, che produce effetti giuridici indipendentemente dal fatto che venga portato a conoscenza dal proponente.

3. Altri modelli di accordo semplificato: accettazione-adesione; artt. 1332, 1341, 1342, c.c..

Prendiamo adesso in considerazione altri modelli di accordo semplificato: gli artt. 1332¹⁹⁷, 1341¹⁹⁸, 1342¹⁹⁹, c.c., di cui si è già fatto cenno nel capitolo che precede. I modelli in questione differiscono da quelli sin ora analizzati (artt. 1327, 1333, 1520, c.c.). Questi ultimi si concludono in mancanza di un atto di accettazione, laddove invece gli artt. 1332, 1341, 1342, c.c., prevedono bilateralità di dichiarazioni, essendo l'oblato chiamato ad aderire al regolamento predisposto dal proponente o dalle parti contrattuali originarie.

Tuttavia, proprio i caratteri di questa accettazione ne fanno un modello di accordo "leggero". Infatti, l'*idealtipo* di procedimento che porta al perfezionamento dell'accordo contrattuale, si compone di PROPOSTA + ACCETTAZIONE. Ma a questa coppia di atti, che si innesta in maniera diretta nella fattispecie contrattuale, si aggiunge una fase che la precede: quella delle *trattative*.

Così possiamo considerare il procedimento formativo normalmente caratterizzato da questa triade: TRATTATIVE (almeno potenziali) + PROPOSTA

¹⁹⁷ *Se ad un contratto possono aderire altre parti e non sono determinate le modalità dell'adesione, questa deve essere diretta all'organo che sia stato costituito per l'attuazione del contratto o, in mancanza di esso, a tutti i contraenti originari. Si osserva inoltre la disposizione del secondo comma dell'articolo precedente.*

¹⁹⁸ *Le condizioni generali di contratto predisposte da uno dei contraenti sono efficaci nei confronti dell'altro, se al momento della conclusione del contratto questi le ha conosciute o avrebbe dovuto conoscerle usando l'ordinaria diligenza.*

¹⁹⁹ *Nei contratti conclusi mediante la sottoscrizione di moduli o formulari, predisposti per disciplinare in maniera uniforme determinati rapporti contrattuali, le clausole aggiunte al modulo o al formulario prevalgono su quelle del modulo o del formulario qualora siano incompatibili con esse anche se queste ultime non sono state cancellate.*

(atto recettizio) + ACCETTAZIONE (atto recettizio) /ESECUZIONE (atto non recettizio) / SILENZIO (atto non recettizio) = ACCORDO²⁰⁰.

Gli istituti che disciplinano l'*adesione di altre parti al contratto*, le *condizioni generali di contratto* ed il *contratto concluso mediante moduli o formulari*, differiscono dallo schema sopra descritto: manca *naturalmente* la fase delle trattative, non essendo l'aderente capace di incidere sul contenuto del contratto. Infatti:

a. Gli artt. 1341 e 1342, c.c., si limitano a descrivere l'adesione della parte ad un testo ovvero ad un regolamento, integralmente confezionato dal predisponente, di cui, peraltro, non è necessario che conosca in concreto il contenuto, essendo sufficiente la mera conoscibilità.

b. L'art. 1332, c.c., individua le regole *residuali* che presiedono l'adesione al contratto plurilaterale, in mancanza di una clausola statutaria all'uopo predisposta. In particolare, chi intenda aderire ad un c.d. *contratto aperto*, è chiamato a rivolgere la propria adesione all'organo all'uopo costituito, ovvero, in mancanza di esso, a tutti i contraenti originari. La norma contempla l'ipotesi di contratti che presentino una specifica clausola di "*riapertura*", in modo da ammettere che un terzo possa assommarsi all'iniziale compagine dei contraenti.

Va ribadito che la disposizione in esame ha carattere residuale ed è destinata ad operare qualora le parti abbiano omesso di disciplinare diversamente il procedimento di adesione e da ciò emerge un importante corollario: è proprio il regime della clausola di *apertura* a dettare la disciplina sulla cui base qualificare le regole che presiedono l'adesione. Così, solo in base alla regola *procedimentale* inserita nel contratto, è possibile qualificare l'adesione come proposta contrattuale,

²⁰⁰ V. ROPPO, *op. cit.*, p. 137. L'A. sottolinea come l'incontro dialogico, e in altre parole le trattative, siano solo una circostanza eventuale della formazione del contratto, il cui carattere progressivo può essere negato ogni qual volta il proponente predisponga il contratto.

che si contrappone ad una *invitatio ad offerendum* contenuta nel contratto “aperto”. Ma ben potrebbe accadere che l’adesione venga strutturata come *accettazione*, da contrapporre quindi ad una vera e propria offerta *contrattuale*, riconducibile al contratto “aperto”.

Ebbene, non ci è dato attribuire al procedimento designato dall’art. 1332, un valore univoco, poiché il suo concreto atteggiarsi dipende dal tenore della clausola di *apertura*; proprio in questo senso suddetta clausola «*assume un indubbio valore procedimentale*»²⁰¹.

Ciò che in maniera particolare attira la nostra attenzione è il carattere suppletivo che la legge accorda al procedimento descritto²⁰², che opera solo in mancanza di una regola specifica dettata dall’autonomia delle parti. I contraenti sono quindi chiamati a configurare autonomamente l’*iter* attraverso cui permettere l’adesione del terzo al contratto “aperto”. In ciò è dato riscontrare una componente di *autonomia privata procedimentale*, che fa della norma in esame un punto rilevante della nostra trattazione. Infatti, dal tenore letterale della disposizione non ci sembra che la legge attribuisca *una tantum* questa facoltà: ci sembra piuttosto che prenda atto del fatto che le parti di un *contratto aperto* regolino le circostanze inerenti alle sopravvenienti modificazioni soggettive dello stesso (ipotesi regolare), preoccupandosi di disciplinare positivamente questi aspetti, nell’ipotesi (residuale) in cui le stesse non abbiano provveduto a dettare una specifica disciplina.

4. Accordo semplificato e volontà delle parti; proposta ferma: negozio di configurazione?

Prendiamo ora in considerazione l’istituto giuridico della proposta contrattuale, che è elemento centrale di tutti i procedimenti formativi sin qui

²⁰¹ A. M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 155.

²⁰² F. GALGANO, *op. cit.*, p. 100 e ss.

esaminati. La proposta è normalmente efficace per il tempo previsto dallo stesso proponente. In mancanza di una indicazione in merito, l'offerta resta efficace per il tempo necessario in considerazione della natura degli affari o degli usi (art. 1326, c.c.). Entro questo termine di efficacia essa può essere revocata, sin tanto che il contratto non sia concluso e quindi finché l'accettazione non sia pervenuta presso il suo indirizzo, ovvero l'inizio dell'esecuzione non abbia avuto luogo (1328, c.c.)²⁰³.

Ebbene, la legge riconosce in capo al proponente la facoltà di obbligarsi a tenere ferma la proposta contrattuale per un certo lasso di tempo (che sia determinato o determinabile). Questo aspetto della disciplina del procedimento formativo, merita attenzione in considerazione della natura procedimentale che vi rintracciamo.

L'istituto in esame, nasce dalla prassi commerciale, per poi divenire oggetto di regolazione ad opera del vigente codice civile. Attraverso la proposta ferma, il procedimento di formazione del contratto diviene più leggero, dato che le tappe che lo compongono sono ridotte e più certe.

Infatti, è possibile compendiare il modello classico di proposta nella seguente formula: (PROPOSTA + POSSIBILE REVOCA) + (ACCETTAZIONE + POSSIBILE REVOCA) = ACCORDO. Così, in forza dell'art. 1328, c.c., a questo modello se ne può contrapporre un altro, che fa a meno della possibilità che la proposta venga revocata: PROPOSTA + (ACCETTAZIONE + POSSIBILE REVOCA) = ACCORDO.

Essendovi rinuncia alla potenziale revoca della proposta, la sequenza di atti che porta alla conclusione del contratto non può più essere interrotta ad opera di chi

²⁰³ Art. 1328, c.c.: «Se il proponente si è obbligato a mantenere ferma la proposta per un certo tempo, la revoca è senza effetto (1. Nell'ipotesi prevista dal comma precedente, la morte o la sopravvenuta incapacità del proponente non toglie efficacia alla proposta, salvo che la natura dell'affare o altre circostanze escludano tale efficacia (2)»

vi ha dato impulso. In ciò è dato riscontrare la semplificazione, cui fa da contraltare l'interesse delle parti ad un maggiore attendibilità dell'offerta. Ciò non avvantaggia solo l'oblato, ma può favorire anche il proponente, il quale può compensare il "costo" del carattere fermo dell'impegno assunto, con altri aspetti del regolamento negoziale.

Intanto, l'oblato dispone di uno *spatium deliberandi* più disteso, posto che nelle more della valutazione della convenienza dell'affare, non deve temere che la proposta venga *medio tempore* privata della sua efficacia.

Va infine precisato quale valore attribuire alla rinuncia alla revocabilità della proposta. Bisogna ammettere che suddetta rinuncia produca effetti reali, poiché il proponente non può impedire la conclusione del contratto sin tanto che la sua offerta è ferma. In questo senso, l'efficacia reale della rinuncia alla revoca, ne conferma la natura *procedimentale*. Si consideri che la relazione al Re sul codice civile, n. 608, esprime chiaramente che la proposta ferma abbia efficacia reale, sottolineando come la contraria impostazione risenta della «*considerazione che la volontà di contrarre deve sussistere fino al momento in cui il contratto si perfeziona*»²⁰⁴. Costituisce un chiaro indizio del fatto che questo istituto appartenga al novero dei negozi configurativi, idonei a condizionare la sfera giuridica delle parti in senso *procedimentale*. Dall'inefficacia della revoca di una proposta ferma, discende la conseguenza che l'accettazione darà luogo al perfezionamento dell'accordo, sebbene la concreta ed attuale volontà contrattuale della parte che la riceve sia inconsistente. Discorso antitetico si sarebbe dovuto svolgere qualora alla

²⁰⁴ *Relazione al Re del Ministro Guardasigilli sul codice civile, n. 608, Roma, 1942: «Che in tali casi la revoca produca solo l'obbligo di risarcire il danno era sostenuto in base alla circostanza che la volontà di contrarre deve sussistere fino al momento in cui il contratto si perfeziona. Ma in contrario, si può osservare che la proposta ferma è definitiva; è cioè suscettibile di creare gli estremi di un consenso preventivo, che sfugge alla disponibilità del suo autore e che rimane efficace pure quando possa successivamente mutare la determinazione dell'autore stesso».*

rinuncia alla revoca si accordasse efficacia obbligatoria: la revoca produrrebbe effetti sul solo piano del risarcimento del danno e non già su quello della conclusione del contratto.

Ebbene, la proposta ferma è un atto che opera sul piano procedimentale, modificando le modalità attraverso cui l'accordo si perfeziona, ma che lascia inalterato il contenuto sostanziale del contratto. È per questo che prima dell'entrata in vigore dell'attuale codice, in difetto di una disciplina positiva in tema di procedimenti perfezionativi dell'accordo, dottrina e giurisprudenza negavano che la proposta ferma avesse natura reale.

4.1. Segue; patti sul silenzio e sul carattere recettizio delle dichiarazioni.

A questo punto della nostra trattazione sarà utile scogliere un interrogativo: se le parti possano configurare a monte le regole che disciplinino l'efficacia degli atti preordinati alla conclusione del contratto. Ebbene, adesso si dà conto della possibilità che le parti, attraverso un apposito negozio di configurazione, attribuiscono efficacia concludente al silenzio serbato dall'una nei confronti dell'altra.

In maniera pressoché unanime, la dottrina considera il silenzio, come contegno inidoneo a partecipare alla formazione dell'accordo²⁰⁵. Nello stesso segno si muove la giurisprudenza, che in maniera costante esprime il principio per cui il silenzio non circostanziato non è contegno idoneo a perfezionare l'accordo

²⁰⁵ Cfr. V. ROPPO, *op. cit.* 198 e ss.. Si veda anche, F. GALGANO, *op. cit.* p. 126-130: «il silenzio non ha, in sé per sé, il valore giuridico di tacito consenso. Per la letteratura di *common law*, si veda A. KATZ, *op. cit.*, « *as a matter of prevailing doctrine, however, failing to reply, to an offer can operate as an acceptance only in certain special circumstances*», p. 256.

contrattuale. Solo accadimenti esteriori, e quindi elementi oggettivi e soggettivi che circondano la formazione del contratto, possono contribuire ad assegnare valore concludente al silenzio. Affinché ciò accada è necessario che il «*tacere*» di una parte possa essere valutato alla stregua di una «*adesione alla volontà dell'altra*». Ciò in considerazione del «*comune modo di agire e avuto riguardo alla qualità delle parti ed alle loro relazioni di affari*».²⁰⁶

Si tende a ritenere che il silenzio assurga ad elemento costitutivo della fattispecie contrattuale quando ad esso si contrapponga un dovere giuridico di

²⁰⁶ Così, Cass. civ., 17 giugno 1997, n. 5363; in *Giur. it.* 1998, 1117: «*Il silenzio, di per sé inidoneo a valere come manifestazione tacita di volontà si da integrare consenso, può assumere tale portata qualora s'accompagni a circostanze e situazioni, oggettive e soggettive, che implicino, secondo il comune modo di agire, un dovere di parlare o quando, secondo un dato momento storico e sociale, avuto riguardo alla qualità delle parti ed alle loro relazioni di affari, il tacere di una parte possa intendersi come adesione alla volontà dell'altra; pertanto se il creditore accetta un pagamento parziale, che il debitore esegue espressamente a titolo di saldo del maggior importo giudizialmente preteso, senza replicare alcunché, non per questo rinuncia al credito o rimette il debito*». Nello stesso senso cfr. Cass. civ., 14 marzo 1995 n. 2921; in *Giust. civ.*, I, 1450, 1995: «*la condizione, qualora la legge non ne richieda la modalità espressa di manifestazione, può risultare da fatti concludenti, purché l'effettiva volontà di subordinare l'efficacia del negozio al verificarsi di un evento sia univocamente riconoscibile attraverso l'interpretazione del contenuto sostanziale del negozio*». Cass. civ., 9 giugno 1983, n. 3957; *Giust. civ. Mass.*, 1983, fasc. 6: «*Il silenzio, in sé e per sé, non costituisce mai manifestazione negoziale, potendo acquistare tale significato soltanto in relazione alle circostanze in cui viene osservato o che lo accompagnano, nel qual caso, peraltro, si verte in tema di comportamento tacito concludente o manifestazione negoziale tacita*». Cfr. Cass. civ., 10 aprile 1975, n. 1326; in *Giust. civ. Mass.*, 1975, fasc. 5: «*il silenzio può valere come dichiarazione quando, data una certa relazione fra due persone, il comune modo di agire, imporrebbe il dovere di parlare*». Cass. n. 1367, 12 aprile 1977, *Giur. it.*: «*il silenzio di chi abbia interesse a contraddire, e si trovi nella possibilità di farlo, può assurgere a manifestazione tacita di volontà, produttiva di effetti giuridici, ove ricorrano peculiari circostanze e situazioni oggettive e soggettive che diano univoco significato al silenzio medesimo*».

parlare. Possono essere fonte di questo dovere la legge, gli usi, la buona fede e, nella misura che determineremo in questo paragrafo, l'autonomia privata stessa²⁰⁷. Come detto sopra, nelle ipotesi previste dagli artt. 1333 e 1520, c.c., il legislatore tipizza il valore significativo del silenzio. Queste fattispecie si caratterizzano per assolvere ad una *ratio presuntiva*, essendo *de iure* valutata la concludenza del silenzio osservato dall'oblato. Invece, in tutti gli altri casi è il giudice a dover formulare una valutazione di questo genere, così da discernere tra silenzi comunicativi, e quindi significativi sotto il profilo della conclusione del contratto, e silenzi meri, in quanto tali improduttivi di effetti²⁰⁸. Alla luce di ciò, non si intravede alcun ostacolo di ordine sistematico a che le parti si sostituiscano al legislatore e al giudice nel valutare le circostanze e gli interessi, al ricorrere dei quali il silenzio debba essere considerato come concludente, così fugando ogni possibile dubbio in merito.

²⁰⁷ Cfr. Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale, art. 18, comma 1: «Una dichiarazione o altro comportamento del destinatario che indicano il consenso ad un'offerta, costituiscono accettazione. Il silenzio o l'inazione, da soli, non possono valere come accettazione». In maniera speculare si veda l'art. 2.1.6; UNIDROIT PRINCIPLES, rubricato «mode of acceptance». Di seguito il testo della disposizione: «A statement made by or other conduct of the offeree indicating assent to an offer is an acceptance. Silence or inactivity does not in itself amount to acceptance. An acceptance of an offer becomes effective when the indication of assent reaches the offeror. However, if, by virtue of the offer or as a result of practices which the parties have established between themselves or of usage, the offeree may indicate assent by performing an act without notice to the offeror, the acceptance is effective when the act is performed». Cfr. Principles Lando; 2:204, rubricato «Acceptance»: «Any form of statement or conduct by the offeree is an acceptance if it indicates assent to the offer. Silence or inactivity does not in itself amount to acceptance».

²⁰⁸ Cfr. Trib. Palmi, 4 marzo 2003, in *Giust. civ.*, 2008, 01, 01, 91, in relazione alla valutazione dei fatti che circostanziano il silenzio, statuisce che «la valutazione dei fatti è riservata al giudice di merito e non è censurabile in sede di legittimità». Cfr. Cass. civ., 4 dicembre 2007, n. 25290, in *Giust. civ.* 2008, 1, I, 89.

Quindi, riteniamo che le parti possano alleggerire l'*iter* di perfezionamento del contratto, convenendo *ex ante* quale valore assegnare al silenzio osservato nell'ambito delle reciproche relazioni contrattuali e/o commerciali. Ma le parti, giova ribadirlo, non possono svilire l'elemento dell'accordo: cioè non possono rinunciare a quella interazione minima che è fondamento della fattispecie contrattuale.

Pertanto, l'autonomia privata può configurare un accordo *leggero*, che consideri sufficiente il silenzio di una delle parti ai fini della conclusione del procedimento formativo, ovvero ai fini della modificazione del contratto. Ma, anche all'esito dell'esercizio di tale facoltà *procedimentale*, la sequenza di atti configurata dalle parti deve contemplare un silenzio che abbia il significato di mancato rifiuto, non già di soggezione all'iniziativa unilaterale dell'altra parte.²⁰⁹

Quindi, il procedimento modellato delle parti non potrà attribuire un *indeterminato* diritto (potestativo) di concludere un contratto in forza della sola dichiarazione dell'offerente. In questo modo le parti finirebbero per inibire il principio l'accordo e l'atto di autonomia posto alle spalle di un siffatto procedimento, sarebbe illecito, poiché contrario alla regola di ordine pubblico che vede nella libertà contrattuale una regola fondamentale del nostro sistema giuridico. Conseguentemente a ciò, il contratto stipulato conformemente al negozio di configurazione illecito, sarebbe inesistente, poiché scevro da quell'interazione minima in cui avrebbe dovuto sostanziarsi.

Allo stesso modo, il proponente non potrà unilateralmente attribuire alla controparte l'onere di *parlare*, poiché ciò costituirebbe un'intrusione ingiustificata ed intollerabile nella sfera dell'oblato, la cui posizione risulterebbe pregiudicata. In

²⁰⁹ In argomento, V. ROPPO, *op. cit.*, p. 210 e ss.. L'Autore, rileva che la libertà contrattuale è situazione giuridica indisponibile e quindi neanche un atto di volontà può determinare la soggezione all'iniziativa contrattuale altrui.

considerazione di ciò, è inibito alla parte di avvertire l'oblato, *sua sponte*, che il suo silenzio verrà inteso quale assenso e quindi accettazione.

Per converso le parti, per attrarre nel giuridico quanto altrimenti ne resterebbe escluso, possono concludere un negozio che configuri i procedimenti formativi dei loro futuri contratti, posto che l'accordo deve risultarne alleggerito e non sacrificato. Le parti possono, in sostanza, tradurre il silenzio in mancato rifiuto, così da formulare una «*valutazione necessitata di concludenza*».

In questo modo l'accordo vedrebbe ridotte le tappe necessarie al suo perfezionamento: PROPOSTA + SILENZIO (mancato rifiuto) = ACCETTAZIONE.

Coerentemente con le considerazioni svolte in merito al silenzio, l'autonomia delle parti può anche incidere sul carattere recettizio delle reciproche dichiarazioni, derogando al principio della cognizione (così come mitigato dall'art. 1335).

Non sembrerebbe, infatti, che le disposizioni in tema di efficacia degli atti unilaterali abbiano carattere inderogabile. Invero, la loro natura suppletiva sembrerebbe confermata dallo stesso codice civile, laddove all'art. 1327, c.c. riconduce la conclusione del contratto a un atto esecutivo e non recettizio, posto che l'interesse del proponente è incompatibile con l'*iter* ordinario di perfezionamento del contratto. Alla luce di ciò, non è necessario che il contratto si concluda in forza della ricezione da parte del proponente dell'atto dichiarativo o del contegno concludente dell'altra. Pertanto è da ritenersi che il valore recettizio delle dichiarazioni possa essere derogato.

A conferma di ciò, valga il rilievo per cui, in ottica comparativa, alcuni ordinamenti stranieri a noi contigui regolano diversamente il regime di efficacia degli atti unilaterali. Ciò conferma la sussistenza di un interesse delle parti a plasmare un procedimento che, ai fini del perfezionamento dell'accordo, renda

sufficiente una dichiarazione non ancora pervenuta al proponente²¹⁰. A questo proposito merita di esser rilevata una particolare disposizione dettata dai *Principles Lando* in tema di efficacia dell'accettazione. L'art. 2:205, rubricato «*Time of Conclusion of the Contract*», sembra considerare la ricezione dell'accettazione quale momento conclusivo del contratto. Eppure, il terzo comma, ammette che una precedente convenzione delle parti possa sostanzialmente convertire l'accettazione in atto non recettizio. Infatti, un siffatto procedimento può avvantaggiare la posizione dell'oblato, riducendo lo spazio residuo entro cui il proponente possa revocare la sua offerta contrattuale. Attraverso questo schema si realizzerebbe una fattispecie di accordo più leggera, che contrappone alla proposta contrattuale una accettazione priva del carattere recettizio, quindi efficace da quando viene posta in essere²¹¹.

4.2. Segue; la realtà come *naturale negotii*

Nel primo capitolo di questo studio, si è avuto modo di richiamare le ragioni storiche ed ideologiche che hanno reso il *principio consensualistico* il cardine della teoria tradizionale del contratto.

²¹⁰ Il principio della spedizione governa il procedimento di formazione del contratto in molti sistemi giuridici. Ad esempio, si prenda in considerazione la *mail box rule*, che negli ordinamenti anglosassoni fa coincidere il momento conclusivo del contratto con la spedizione dell'atto di accettazione. In Francia, dove la legge non disciplina espressamente la materia, la giurisprudenza ha adottato la stessa soluzione. Negli ordinamenti di influenza tedesca, al principio di cognizione si contrappone quello della ricezione, che rende irrilevante la conoscenza concreta o la conoscibilità dell'atto di accettazione.

²¹¹ Di seguito il testo della disposizione: « (1) *If an acceptance has been dispatched by the offeree the contract is concluded when the acceptance reaches the offeror. (2) In case of acceptance by conduct, the contract is concluded when notice of the conduct reaches the offeror. (3) If by virtue of the offer, of practices which the parties have established between themselves, or of a usage, the offeree may accept the offer by performing an act without notice to the offeror, the contract is concluded when the performance of the act begins*».

Così, il consenso *manifestato dalle parti*, di regola, è da solo sufficiente alla conclusione del contratto; provoca il trasferimento o la costituzione di diritti.²¹² Tuttavia, merita osservare come la scelta adottata dal nostro legislatore sia tutt'altro che universale, poiché in seno a molti altri ordinamenti giuridici le soluzioni divergono.

In Germania, ad esempio, il consenso è da solo sufficiente alla conclusione del contratto, sebbene la produzione dell'effetto traslativo eventualmente perseguito dalle parti richieda un secondo atto di autonomia: un atto astratto, che determina un effetto traslativo privo di menzione del *titulus acquirendi*²¹³. Questo secondo negozio, detto *contratto dispositivo*, affinché espliciti il proprio effetto traslativo si deve accompagnare alla materiale consegna (*modus acquirendi*) della cosa (l'istituto è detto *übergabe*)²¹⁴.

Inoltre, è interessante notare come negli ordinamenti di *common law*, il principio *consensualistico* operi suppletivamente, in assenza cioè di una indicazione pattizia circa il momento costitutivo del contratto e/o circa il momento traslativo del diritto (che, laddove non sia stabilito diversamente, coincidono).

In altre parole, in seno gli ordinamenti d'oltre manica, qualora tra le parti risulti controverso l'*an* del contratto, oppure sia controversa la produzione

²¹² Il consenso traslativo ricorre negli ordinamenti più sensibili all'esperienza del *Code Napoléon*, il cui art. 1138 recita: «(1) *L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. (2) Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer ; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier*».

²¹³ H. KRONKE, *Il trasferimento della proprietà nel diritto tedesco*, <http://fragmentaiuriscivilis.myblog.it/media/01/01/1765185419.pdf>

²¹⁴ Di seguito l'art. 929, BGB: «*Zur Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache ist erforderlich, dass der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind, dass das Eigentum übergehen soll. Ist der Erwerber im Besitz der Sache, so genügt die Einigung über den Übergang des Eigentums*».

dell'effetto traslativo, la prima regola a cui il giudice si riferisce è quella dettata dalle parti stesse. Così, in sostanza, viene riconosciuta la facoltà di definire il procedimento che meglio soddisfi i rispettivi interessi in senso *procedimentale*. Le parti possono dettare la regola in ragione della quale definire l'*an* del contratto, e degli eventuali effetti reali che da esso debbano scaturire.

Si aggiunga che, come noto, il nostro ordinamento prevede casi in cui il consenso è da solo insufficiente alla costituzione del contratto (*contratti reali*), ovvero alla produzione dell'effetto traslativo (*contratti con effetti obbligatori che introiettano una causa traslativa*, come la vendita di genere, la vendita di cosa altrui, la vendita di cosa futura etc.). Siccome questo studio si occupa degli aspetti procedurali della conclusione del contratto, non già di quelli legati allo svolgersi del rapporto, in questa sede si tratteranno solamente i contratti *reali*, cioè quei contratti che «*elevano la consegna della cosa al rango di elemento perfezionativo*»²¹⁵. Questi contratti appartengono al novero dei modelli di accordo aggravato. Infatti, ai fini della loro conclusione è necessaria la consegna materiale del bene, ciò rappresentano un *quid pluris* rispetto alla sequenza di atti e fatti normalmente sufficienti.

A partire dalle suggestioni consegnateci dallo studio dell'efficacia del consenso negli ordinamenti di *common law*, in questo paragrafo si proverà ad argomentare nella direzione di una possibile semplificazione del modello di accordo reale. Così da ammettere che le parti possano incidere sul procedimento formativo dei contratti reali, alleggerendone la struttura e rendendo il solo il consenso sufficiente alla loro formazione.²¹⁶

²¹⁵ F. GALGANO *op. cit.*, p. 254

²¹⁶ Sul punto si veda, Cass. civ., 26 gennaio 1996 n. 611, in *Giur. it.* La suprema Corte sembra inquadrare il fenomeno nella categoria del contratto atipico, non già in quello del procedimento tipico: «*Mentre è possibile, nelle ipotesi di previsione legale di un contratto reale, che le parti elaborino in luogo di esso un corrispondente contratto consensuale*

In primo luogo va definita la finalità di politica del diritto sottesa alla tipizzazione del modello di accordo reale. Per quanto concerne i contratti *reali a titolo oneroso* (come il mutuo oneroso, il pegno, il riporto, etc.), la ragione della realtà sembra ravvisabile nella mancata protezione dell'interesse della parte alla prestazione. In altre parole, l'interesse dell'*accipiens* non assurge di per sé ad interesse che fonda una situazione giuridica attiva e quindi una pretesa. Infatti, è nello stesso momento in cui il rapporto è costituito (attraverso la *traditio*), che quell'interesse viene soddisfatto. La legge quindi, non intende apprestarvi una tutela anticipata. Si consideri inoltre che la *traditio* «fonda la produzione dell'effetto reale»²¹⁷, in mancanza della quale, la legge non riconosce un tendenziale interesse alla nascita delle rispettive situazioni giuridiche attive e passive.

Ebbene, questa realtà tendenziale, codificata dalla legge, può essere smentita dalle parti stesse, le quali attraverso un atto di autonomia potrebbero esternare il loro interesse a che la nascita del rapporto preceda la consegna. Non ci pare che la *realtà* si ponga a tutela di interessi superiori dell'ordinamento. Pertanto, non riteniamo che alla *realtà* vada assegnato il rango di norma imperativa. Non si intravede, allora, un limite rispetto alla modificazione pattizia del procedimento attraverso cui, tipicamente, questi contratti si concludono.

Al contrario, per ciò che riguarda i contratti gratuiti, condividiamo la tesi per cui la realtà contribuisca ad integrare la causa. Secondo questa impostazione, non sarebbe ipotizzabile un interesse meritevole in capo al contraente, che gli permetta di pretendere l'esecuzione della prestazione promessa dalla controparte a titolo gratuito. In altre parole, rispetto a questi contratti, la realtà si pone come un

atipico, è invece da escludere che, essendo dalla legge previsto, per un certo assetto negoziale, il meccanismo regolatore della consensualità, vera e propria "via maestra" nella produzione degli effetti giuridici, le parti possano ad esso derogare, creando un modello reale atipico».

²¹⁷ V. ROPPO, *op. cit.*, p. 128.

indice certo della giuridicità del rapporto. Questo indice è recepito dalla legge e non riteniamo che ad esso possa rinunciarsi²¹⁸. Tipicamente ciò avviene nel *mutuo gratuito* e nel comodato. Per tale ragione, si ritiene di escludere che in suddette ipotesi, le parti possano convertire in consensuale ciò che la legge aveva concepito come reale, poiché la produzione di un effetto obbligatorio rispetto alla prestazione gratuita appare *sine causa*.

A suffragio della tesi per cui le parti possano derogare al modello reale, milita l'art. 1822, c.c., rubricato «*Promessa di mutuo*»²¹⁹. Questa disposizione, seppur indirettamente, considera l'ipotesi in cui l'obbligazione di dare a mutuo una certa somma, nasca prima ancora che quella somma sia stata consegnata. Così, sembra configurare un contratto *consensuale*, sebbene questa consensualità venga variamente intesa dalla dottrina.

La dottrina è divisa circa la riconducibilità di questo consenso, a quello necessario alla stipulazione di un preliminare di mutuo. Un'altra soluzione è quella di considerare il consenso di cui all'art. 1822, c.c., costitutivo di una fattispecie consensuale *atipica* e ad effetti obbligatori. Sta di fatto che la legge, attraverso la disposizione in esame, rimette «*un piede nella staffa della consensualità*»²²⁰.

Proprio questo atteggiamento induce dottrina e giurisprudenza ad ampliare le maglie dell'art. 1822, c.c., ammettendo che le parti possano dare causa ad un

²¹⁸ La *ratio* si coglie nella struttura stessa dei contratti tipizzati come reali, o almeno dei più tradizionali fra di essi, i quali riguardano rapporti in cui il confine fra il piano giuridico e quello della mera cortesia o amicizia appare incerto (si pensi alle promesse di prestiti gratuiti).

²¹⁹ Se ne riporta il testo: «*chi ha promesso di dare a mutuo può rifiutare l'adempimento della sua obbligazione, se le condizioni patrimoniali dell'altro contraente sono divenute tali da rendere notevolmente difficile la restituzione, e non gli sono offerte idonee garanzie*».

²²⁰ Cfr. N. VISALLI, *La promessa di mutuo nell'ambito della teoria del contratto reale*, in *Riv. dir. civ.*, 2000 v, n. 1.

contratto di mutuo a struttura consensuale, che immediatamente attribuisca al mutuatario il diritto di pretendere la consegna del *tantum* stabilito. Così, la consensualità non è reintrodotta nei contratti reali solo attraverso il riconoscimento della facoltà di stipulare un preliminare di mutuo, essendo ravvisabile il più ampio potere delle parti di alleggerire la struttura di questa categoria di contratti, rendendo consensuale lo stesso definitivo.

Ma, nuovamente, i contratti conclusi all'esito dell'esercizio di tale facoltà *procedimentale*, vengono variamente qualificati dalla dottrina. Gli studi condotti in materia distinguono due possibilità: inquadrare suddetti contratti tra quelli tipici, sebbene ne sia mutata la struttura di accordo, ovvero ritenere di doverli considerare figure contrattuali atipiche²²¹. Ebbene, per risolvere questa ambiguità di soluzioni, bisogna considerare che il contratto atipico è tale poiché persegue una funzione *socio-economica* astratta originale rispetto a quelle prefigurate dai contratti nominati. In questo senso, ci sembra che l'obbligazione di dare a mutuo una certa somma, risponda pienamente alla *causa tipica* del mutuo.

Le parti assommano alla causa *tipica* del mutuo, un ulteriore interesse, che è legato al tempo e al luogo della costituzione rapporto ed è pertanto qualificabile come interesse *procedimentale*. In considerazione di quanto esposto nel primo capitolo, dal punto di vista giuridico, ci è dato ascrivere il procedimento tra gli elementi strutturali dell'accordo, non già della causa. Nonostante la configurazione di *procedimenti* alternativi debba pur sempre rispondere ad un interesse meritevole secondo l'ordinamento giuridico, il perseguimento di questo interesse non è in grado di incidere sul *tipo* contrattuale, bensì sulla struttura dell'accordo, che nel caso del mutuo gratuito risulterebbe quindi *alleggerita*; si tratta allora di procedimento, non di un contratto, atipico

²²¹ A. ZIMATORE, *Il mutuo di scopo*, Padova, 1985, p. 128 e ss..

In considerazione di ciò, ci pare di poter inquadrare la categoria dei contratti onerosi atipicamente consensuali tra le fattispecie di accordo semplificate. La semplificazione in questo caso deriva dall'esercizio dell'*autonomia privata in chiave procedimentale*. L'esercizio di tale facoltà può essere verosimilmente preordinato al soddisfacimento di un interesse alla programmazione, tipicamente confacente al ceto commerciale. Così, trasformare il contratto reale in consensuale, significa poter fare *affidamento* su di un impegno contrattuale (e non su di una eventuale responsabilità precontrattuale) assunto da un altro operatore economico. Il sorgere del vincolo precede la materiale consegna di quanto costituisce il *bene della vita* dell'operazione economica, così abbreviando e rendendo più sicuro l'*iter* di perfezionamento del contratto.

4.3. Segue; la determinazione unilaterale dell'oggetto del contratto.

Analizziamo adesso un altro possibile aspetto della semplificazione atipica: l'inserimento nel contratto di una clausola con cui si preveda che il consenso dell'aderente si consideri esteso a clausole contrattuali non conoscibili dalla parte.

Questa ipotesi è oggetto di previsione da parte degli artt. 33²²² e 36²²³, cod. cons. A debito di queste disposizioni, una clausola che sia preordinata ad estendere l'adesione del consumatore a parti del contratto «*che non ha avuto, di fatto, la possibilità di conoscere prima della conclusione*» è ascrivibile alle fattispecie vessatorie rientranti della c.d. *black list*. In virtù del suo carattere spiccatamente

²²² Art. 33, comma 2, cod. cons.: «*Si presumono vessatorie fino a prova contraria le clausole che hanno per oggetto, o per effetto, di: [...] l) prevedere l'estensione dell'adesione del consumatore a clausole che non ha avuto la possibilità di conoscere prima della conclusione del contratto*»

²²³ Art. 36, comma 1, cod. cons. «*Sono nulle le clausole che, quantunque oggetto di trattativa, abbiano per oggetto o per effetto di: [...] c) prevedere l'adesione del consumatore come estesa a clausole che non ha avuto, di fatto, la possibilità di conoscere prima della conclusione del contratto*».

pregiudizievole, è nulla quantunque sia stata oggetto di trattative con il consumatore.

Dobbiamo chiederci a questo punto quali corollari sia possibile estrapolare dalla disciplina di cui s'è fatto menzione. In chiave sistematica, la collocazione della norma ci permette di cogliere due spunti.

In primo luogo, si potrebbe argomentare nel senso che una clausola di questo tipo potrebbe avere diritto di cittadinanza al di fuori del contratto del consumatore. Così, potrebbe ammettersi che in forza di una pregressa intesa in questo senso, le parti possano *ridimensionare l'accordo* (senza escluderlo), facendo sì che esso investa elementi del contratto che la parte era incapace di conoscere.

In secondo luogo, finanche in seno ai contratti *business to consumer*, la clausola che estende l'adesione del consumatore ad elementi del contratto non conoscibili, potrebbe trovare diritto di cittadinanza. Infatti le clausole appartenenti alla *black list*, potrebbero sfuggire alla sanzione della nullità nella difficile (ma pur teoricamente possibile) ipotesi in cui il professionista provi che la clausola non sia idonea a determinare uno squilibrio di diritti ed obblighi a sfavore del consumatore. Infatti l'appartenenza di una clausola alla *black list*, non determina una presunzione assoluta di vessatorietà, ma estende l'applicabilità del regime di presunzione relativa alle ipotesi di clausole oggetto di pregresse trattative. Ciononostante, presupposto oggettivo della declaratoria di vessatorietà rimane sempre lo squilibrio contrattuale, di cui il professionista può provare (difficilmente) l'insussistenza.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte, il fatto che il codice del consumo annoveri la clausola "*estensiva*" del consenso del consumatore tra quelle vessatorie, depone nel senso che nei rapporti di diritto comune, ma anche in quelli consumeristici nella misura di cui s'è detto sopra, suddetta clausola possa considerarsi ammissibile. Perciò, la predisposizione di clausole non solo sconosciute, ma neanche conoscibili da parte dell'aderente, potrebbe essere valutata

come circostanza che non mina di per sé il principio dell'accordo²²⁴. La conoscibilità è circostanza richiesta *ex lege* ai fini della validità delle clausole predisposte dall'aderente. Per questo, una deroga potrebbe operare solo pattiziamente. Certamente accettare l'idea che alcuni elementi del contratto vengano determinati unilateralmente dall'altra parte, significa ridurre decisamente il perimetro di operatività della volontà della parte e dell'accordo. Ma quando ciò accada per ovviare ad esigenze connesse all'operazione economica conclusa, nel rispetto dei canoni della correttezza contrattuale e della buona fede, la validità di siffatta clausola deve essere sostenuta.

Ragionando in questi termini, non potrebbe essere escluso che, non solo alcune clausole, ma l'oggetto stesso del contratto venga rimesso all'*arbitrium boni viri* di una delle due parti²²⁵, laddove tal scelta sia supportata da esigenze concrete legate all'operazione economica *in fieri*, affidando la determinazione a parametri determinati o determinabili, in mancanza dei quali, la clausola invece sarebbe colpita da nullità²²⁶.

²²⁴ Cfr. V. ROPPO, *op. cit.*, p. 338. Secondo l'Autore, la determinazione rimessa alla parte non è ammissibile qualora si basi sulla illimitata discrezionalità; un siffatto potere condurrebbe alla nullità del contratto ovvero, in alternativa alla sindacabilità della clausola secondo parametri di ragionevolezza e buona fede.

²²⁵ F. GALGANO, *op. cit.*, p. 186: «è discusso se la veste di arbitratore possa essere dal contratto attribuita ad una delle parti: certamente la determinazione dell'oggetto non può essere validamente deferita al suo mero arbitrio [...]; non c'è invece motivo di escludere l'*arbitrum boni viri* della parte».

²²⁶ Sul punto, cfr. Cass. civ., 29 gennaio 1975, n. 3391; in *Giust. civ. Mass.*, 1975, n.1. Si veda anche, Cass. civ., 12 aprile 2002, n. 5281; in *Dir. e giust.*, 2002, 20, 70; così massimata: «In tema di concessione di immobile del demanio, la previsione contrattuale che autorizzi la modificabilità unilaterale del corrispettivo non soddisfa il requisito della determinabilità dell'oggetto del contratto ex art. 1346 e 1814 c.c., e ciò stante la mancanza di indicazione di alcun criterio od elemento atto a stabilire il metodo di liquidazione definitiva del canone». Seppure *a contrario*, si desume che l'individuazione dei criteri sulla base dei quali determinare l'oggetto del contratto, fa salva la clausola che attribuisce questo

5. Limiti alla semplificazione atipica.

Nei paragrafi che precedono, abbiamo passato in rassegna alcuni esempi di semplificazione tipica (artt. 1327, 1329, 1333, 134, c.c.) ed esaminato altri casi di semplificazione non disciplinati dalla legge, frutto dell'esercizio *dell'autonomia privata procedimentale*. Resta da chiarire, in chiave sistematica, quali siano i limiti di cui soffre la semplificazione atipica.

Come abbiamo più volte accennato, il *primo limite* è quello del principio dell'accordo. Abbiamo avuto modo di chiarire, che l'istituto contrattuale si compenetra ontologicamente nell'accordo, la cui struttura varia (*qualitativamente*) al variare dei procedimenti di formazione del contratto. Ciascuno di essi, però, deve iscriversi nel suo perimetro minimo: quello della giuridica *imputabilità* dei fatti che si inseriscono nel procedimento di formazione del contratto.

Così, come la legge talvolta non richiede un'indagine attuale circa il consenso prestato dal contraente (si veda l'art. 1333, c.c.), allo stesso modo le parti possono cristallizzare il loro interesse procedimentali avvalendosi di un atto di autonomia. Detto atto, può essere unilaterale, nel qual caso potrà dare luogo solamente ad una restrizione della *propria* sfera procedimentale, non già onerare la controparte. Infine il negozio di configurazione può essere plurilaterale, nel qual caso non potrà comunque provocare una soggezione completa e *sine die* di una parte alla iniziativa contrattuale dell'altra.

Così, è possibile fissare un primo limite alla semplificazione atipica: che sia essa frutto di un atto unilaterale, ovvero di una convenzione, non potrà mai

potere ad una sola parte del rapporto. Si veda anche Cass. civ., 29 febbraio 2008, n. 5513, in *Persona e Mercato*, n.1, 2008. La corte non esclude a priori la validità di una clausola che attribuisce il potere di modificare/determinare unilateralmente l'oggetto del contratto, ma la censura ogni qual volta non renda determinabile il risultato dell'esercizio di tale potere, e quindi nel caso affrontato dalla Corte, «*il criterio di calcolo del nuovo canone*», la Corte inoltre nega che siffatte clausole siano ascrivibili al novero di quelle vessatorie ex art. 1341, c.c., ribadendo la tassatività dei casi *ivi* contenuti.

pregiudicare il principio dell'accordo, non potendo valere come grimaldello attraverso cui attuare un'ingerenza non autorizzata o illimitata nella altrui sfera giuridica. Unilateralmente si potranno limitare le *proprie* facoltà procedurali, non quelle degli altri. Convenzionalmente si potranno foggare nuovi procedimenti, al perfezionarsi dei quali pur sempre residui una partecipazione formale dell'altro soggetto, così escludendo casi di mera soggezione all'altrui iniziativa negoziale.

Posto ciò, veniamo *al secondo limite*, che è rappresentato da quelle regole legali *procedimentali*, le quali si pongono a tutela di un interesse generale o superiore dell'ordinamento. Un caso emblematico, nonché classico, è rappresentato dalle fattispecie che prescrivono la forma scritta *ad substantiam*. Allo stesso modo, tutte quelle regole procedurali che aggravano l'accordo con la finalità di apprestare un maggior grado di tutela nei confronti del contraente debole, risulteranno inderogabili e non potranno essere "*semplificate*", in quanto indisponibili per le parti.

In questi casi l'interesse preminente alla protezione del contraente debole, è oggetto di una incontestabile valutazione da parte del legislatore, le cui finalità di tutela non possono essere vanificate attraverso un atto o una convenzione, potenzialmente frutto di quella stessa asimmetria che la legge cerca di controbilanciare. Ma, così come le regole procedurali che assurgono a strumento di tutela di interessi generali dell'ordinamento non possono essere derogate, tutte quelle che si limitano a recepire un interesse contingente e tendenziale delle parti, potranno essere dalle stesse smentite.

Così, non essendo riscontrabile nella *realità dei contratti* una regola *procedimentale protettiva*, le parti potranno convenzionalmente rendere

consensuale un contratto che *ex lege* non è tale, configurando modelli atipici quanto al *procedimento*, piuttosto che alla funzione sociale cui assolvono.²²⁷

Ultimo limite che incontra l'autonomia privata procedimentale, è costituito dal principio di *correttezza e buona fede*. Come detto in precedenza, questi criteri devono orientare non solo l'esercizio delle facoltà *procedimentali* che scaturiscano da un negozio di configurazione, ma anche quelle che scaturiscano dalla legge. Così, non sarà ammissibile la richiesta di pronta esecuzione del contratto, qualora questo abbia ad oggetto una prestazione di non fare. In questa ipotesi il ricorso all'art. 1327, c.c., finirebbe per assegnare unilateralmente, e pertanto illegittimamente, un valore concludente al silenzio della controparte, così da imporgli in sostanza l'onere di parlare.

Infine, a conclusione di questa sezione della trattazione, bisogna chiarire quale efficacia vada assegnata al negozio di configurazione e cioè, se esso abbia efficacia reale, così influenzando in maniera diretta ed incontrovertibile sul valido perfezionamento del contratto. Oppure se abbia una più circoscritta efficacia obbligatoria, dando luogo all'obbligazione di risarcire l'eventuale danno, nell'ipotesi in cui il procedimento disegnato dalle parti venga disatteso.

Alcuni dati normativi possono orientarci nella soluzione della questione appena sollevata. In particolare ci sembrano avere portata dirimente gli artt. 1329 e 1352, c.c. rispettivamente dedicati alla *proposta irrevocabile* ed al *patto sulla forma*. La revoca della proposta ferma è, a debito della sopracitata disposizione, «*senza effetto*». Ciò vale a dire che quandanche intervenga la revoca, essa non vale ad escludere il perfezionamento del contratto in forza della successiva accettazione. Nel medesimo tracciato si muove la disciplina della *forma convenzionale*: quando non risulti diversamente dal patto, la nullità colpisce il contratto che difetti della

²²⁷ Cfr. V. ROPPO, op. cit., p. 210. L'Autore ribadisce che dal punto di vista procedimentale «*l'autonomia privata trova spazio*», ma non si tratta di uno «*uno spazio illimitato*».

forma convenuta. Gli istituti in questione sono suscettibili di essere inquadrati tra i negozi di configurazione *tipici*. Con quelli *atipici* condividono la natura *procedimentale* e, per questo, debbono dividerne necessariamente anche gli effetti.

In conclusione, siccome il negozio configurativo è frutto dell'autonomia, cioè della facoltà dei privati di darsi una regola, i procedimenti formativi plasmati dalle parti, se disattesi, danno luogo alle stesse conseguenze che scaturiscono dalla violazione di un procedimento legale.

Nella prossima sezione si passeranno in rassegna molteplici ipotesi di fattispecie di accordo aggravato e di aggravamento reso facoltativo dalla legge. Così, specularmente a quanto fatto nella presente sezione, verranno ipotizzati alcuni casi di aggravamento atipico, chiarendo anche rispetto ad essi, quali siano i limiti che si pongono a loro restrizione.

SEZIONE II

L'ACCORDO AGGRAVATO

PREMESSA: 1. Premessa — 2. Accordo legalmente aggravato; cenni sulla realtà e formalità dei contratti — 3. Aggravamento volontario legalmente facoltativo, il patto sulla forma ex art. 1352, c.c. e la forma richiesta per l'accettazione ex art. 1326, comma 4, c.c. — 4. Lo spazio dell'aggravamento volontario, cenni sulla realtà convenzionale e sulla *choice-of-language clause*. Limiti all'aggravamento atipico— 5. Segue; clausola salvo approvazione della casa e commercio elettronico.

1. Premessa

Esaurito l'esame delle fattispecie di accordo semplificato, ci accingiamo allo studio di quelle aggravate. Queste categorie di accordo si pongono, reciprocamente, nel seguente rapporto: le prime tipizzano una partecipazione minima delle parti al perfezionamento del contratto. Le seconde, richiedono l'assolvimento di oneri ulteriori rispetto alla libera ed informale manifestazione del consenso. Ipotesi di accordo aggravato sono rappresentate dai contratti *formali* e da quelli *reali*. In seno a queste fattispecie, il consenso è di per sé insufficiente alla conclusione del contratto.

È stato rilevato, che le fattispecie aggravate sono talvolta riconducibili all'esigenza di tutelare la parte debole del contratto, e per questo riferibili al *neoformalismo*. La tecnica legislativa della *procedimentalizzazione* del consenso non rappresenta un *unicum* del contratto consumeristico, essendo utilizzata anche a tutela di categorie di contraenti professionali.

A conclusione di questa riflessione sui modelli di accordo, devono essere esaminate le ipotesi in cui la legge attribuisce alle parti la facoltà di appesantire l'*iter* di perfezionamento del contratto. Ciò accade nel caso delle *forme convenzionali* e della *forma richiesta per l'accettazione*.

Infine, si deve dar conto delle ipotesi di aggravamento atipico più ricorrenti nella prassi contrattuale e di questo aggravamento si cercherà di tracciare i limiti. Posto che, in quanto atto di autonomia, incontra pur sempre le restrizioni dettate dalle norme imperative e delle direttive della correttezza e buona fede contrattuale.

2. Accordo legalmente aggravato; cenni sulla realtà e sulla formalità dei contratti.

Dei contratti reali si già avuto modo di parlare *supra*²²⁸. È stato rilevato come essi introiettino nella struttura dell'accordo un elemento materiale: la consegna del bene, in questo modo la *traditio* viene elevata «*al rango di elemento perfezionativo del contratto*»²²⁹.

Posto ciò, l'elemento della realtà va ricondotto al procedimento di formazione del contratto, che svolge una duplice funzione: quella di integrare la causa, nel caso dei contratti reali a *titolo gratuito*, e di costituire il presupposto dell'effetto traslativo, nel caso dei contratti reali onerosi.

Abbiamo sottolineato che la realtà risponde all'esigenza di subordinare la nascita del rapporto giuridico alla circostanza che la parte abbia consegnato il bene. Talché, la legge non riconosce in capo all'*accipiens* il diritto di pretendere la prestazione, posto che senza consegna, non v'è neanche un rapporto giuridico obbligatorio che costituisca il titolo di tale pretesa.

Questo modello procedimentale, si è detto, è derogabile dalle parti nella sola ipotesi del contratto reale a titolo oneroso, poiché nell'opposta ipotesi della gratuità, l'anticipazione del momento conclusivo del contratto non si può considerare interesse meritevole di tutela.

²²⁸ Par. 4, Sez. 1, Cap. 1.

²²⁹ F. GALGANO, *Il Contratto*, p. 294.

In considerazione del fatto che il modello di accordo *reale* si discosta nettamente dal principio *consensualistico*, la dottrina si è a lungo sforzata di cogliere in chiave sistematica, la natura della *consegna*. Così nel tempo, la *traditio* è stata variamente intesa²³⁰. La dottrina l'ha prima qualificata come atto giuridico non negoziale, al compimento del quale sarebbe rimessa la produzione degli effetti obbligatori delineati dal già perfezionatosi accordo. Poi, è stata considerata come condizione di efficacia del contratto, già conclusosi in forza del consenso delle parti. In alcuni studi, è stata ricondotta finanche alle prescrizioni di forma, sottolineando come la consegna rappresenti una modalità di esteriorizzazione della volontà contrattuale. Infine, la dottrina è giunta a qualificare la *traditio* quale elemento costitutivo del contratto²³¹.

Tutte queste ricostruzioni sembrano, almeno in parte, risentire dell'impostazione *classica*, legata ad una concezione *regolare* del principio *consensualistico*. Superata questa impostazione, è invece possibile considerare le fattispecie in esame quale modello di accordo aggravato, posto che la realtà si riconduce «*più al procedimento che alla fattispecie, poiché è alla dinamica aggravata della sua formazione che bisogna guardare per cogliere la peculiarità di questa discussa categoria di contratto*»²³²

Si è visto che la realtà può essere derogata nelle ipotesi di contratti a titolo oneroso, e che lo stesso non possa dirsi per quelli a titolo gratuito. *Infra*, si darà conto della ammissibilità di un negozio di configurazione che tramuti un contratto concepito dalla legge come convenzionale in contratto a struttura reale.

Altra categoria di contratti che presentano una fattispecie aggravata di accordo è quella dei contratti formali. Come anticipato nel primo capitolo di questo

²³⁰ N. VISALLI, *op. cit.*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, n.1.

²³¹ G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, p. 75.

²³² *Cit.*, A. M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 253.

lavoro, la forma, ai sensi dell'art. 1325, c.c., deve essere intesa come requisito che contribuisce a delineare la struttura dell'accordo.

In ragione di ciò, riteniamo che gli oneri formali vadano ricondotti alla più ampia categoria degli oneri procedimentali. Quindi, quando è richiesta una certa forma affinché il contratto si concluda validamente, la legge delinea un modello di accordo aggravato, tale da rendere il consenso (manifestato in altre forme) inadeguato al corretto (e quindi valido) perfezionamento della fattispecie contrattuale²³³.

Come abbiamo anticipato nel primo capitolo, la *ratio* riconducibile alla previsione di oneri formali è tradizionalmente quella di veicolare ponderazione rispetto a negozi di rilevante spessore sociale e di ingenerare maggiore certezza rispetto agli effetti giuridici perseguiti dalle parti. Quindi la legge riconosce negli atti di cui all'art.1350, c.c. l'attitudine ad incidere in maniera rilevante sulla sfera giuridica dei consociati e, per questo, richiede una fattispecie di accordo aggravata²³⁴. Come anticipato, questi procedimenti sono inderogabili per le parti, posto che la forma scritta si pone a tutela di un interesse generale dell'ordinamento, che è quello della certezza dei traffici giuridici rispetto a certe categorie di beni. Pertanto, l'autonomia è in questo ambito incapace di snellire siffatto modello di accordo²³⁵.

In questa sede, bisogna ricordare che la qualificazione delle norme che prescrivono oneri di forma scritta, ha suscitato in dottrina accesi dibattiti. Infatti, la dottrina più risalente, ha riconosciuto nelle norme che richiedono la forma scritta carattere eccezionale, stante il valore regolare della *libertà delle forme*, pienamente rispettosa del principio consensualistico. Da questa concezione, scaturisce l'inammissibilità del ricorso all'interpretazione analogica o estensiva di suddette norme.

²³³ E. MORELATO, *op. cit.*, p. 3.

²³⁴ V. ROPPO, *op. cit.*, p. 12.

²³⁵ V. ROPPO, *op. cit.*, p. 210 e ss.

In contrapposizione alla tesi risalente, altra dottrina ha negato che l'onere di forma abbia natura eccezionale. Così, rifiutando l'idea che ogni principio di libertà (in questo caso, rispetto alle forme) possa considerarsi *regolare*, per il solo fatto che esprima un valore, quello della libertà appunto, centrale nel nostro ordinamento costituzionale²³⁶.

Come si è detto, questa contrapposizione rispecchia una divisione più profonda: quella tra chi intende il consenso, e quindi la volontà manifestata liberamente, come elemento naturale su cui il contratto si fonda, e chi, invece, si confronta con le regole di formazione del contratto, assumendo un approccio normativo, che noi condividiamo.

Per concludere, bisogna fare menzione di come la giurisprudenza risolva questa contrapposizione. La Corte di Cassazione tende a richiedere la forma scritta per tutti quegli atti che, seppur in mancanza di una espressa previsione di legge, abbiano un *mediato oggetto immobiliare*: siano cioè idonei ad incidere, seppur indirettamente, sulle vicende di un bene immobile. Così, in maniera costante, la giurisprudenza di legittimità considera l'onere formale sussistente nei riguardi dei contratti di mandato a vendere o ad acquistare un bene immobile, nonché di cessione di contratti aventi oggetto immobiliare²³⁷. La Corte, appare meno costante nel ritenere che la risoluzione consensuale di un contratto preliminare di vendita immobiliare sia soggetta alla prescrizione di forma scritta²³⁸. Tuttavia, ai fini di questo lavoro, basti considerare come la giurisprudenza di legittimità consideri di fatto l'elenco di cui all'art. 1350, c.c., non tassativo, e ciò vale a corroborare la

²³⁶ È l'argomento di N. IRTI, *Idola libertatis, tre esercizi sul formalismo negoziale*, Milano, 1985, p. 86.

²³⁷ Cfr. Cass. civ., 24 gennaio 2003, n. 1137, in *Mass. Foro it.*, 2003. Si veda anche, Cass. civ., 30 gennaio 1985, n. 560, *ivi*, 1985.

²³⁸ Cfr. Cass. civ., 11 ottobre 2002, n. 14524, in *Mass. Foro it.*. Si veda anche Cass. civ., 14 novembre 2000, n. 14730, *ivi*, 2000.

concezione normativa di accordo fin qui proposta, che rinuncia ad una dimensione naturalistica dello stesso.

Per converso la legge espressamente ammette che le parti possano esercitare la loro autonomia al fine di rendere necessaria la forma scritta, per i loro futuri contratti.

3. Aggravamento volontario legalmente facoltativo; Il patto sulla forma ex art. 1352, c.c. e la forma richiesta per l'accettazione ex art. 1326, comma 4, c.c.

Prendiamo adesso in considerazione le ipotesi di aggravamento facoltativo tipico, cioè espressamente previsto e disciplinato dalla legge. Queste ipotesi sono rappresentate principalmente dagli artt. 1352, c.c. e 1326, comma 4, c.c.

In primo luogo consideriamo *I patti sulla forma*: la legge riconosce alle parti la facoltà di stipulare una convenzione attraverso la quale rendere necessaria l'adozione di una *forma determinata*, ai fini della valida conclusione dei futuri contratti che le riguardino. L'art. 1352, inoltre, stabilisce che, laddove non venga disposto diversamente, la forma si intende voluta per la validità del contratto. Dal tenore della disposizione emergono due importanti corollari.

In primo luogo, va rilevato come la norma non sembra preoccuparsi di attribuire questa facoltà. Piuttosto, postula che le parti siano libere di adottare patti sulla forma. Così, chiarisce quali effetti discendano dalla successiva violazione degli stessi, solo qualora dalle parti non sia precisato per quali effetti la forma sia stata voluta (*forma costitutiva o soltanto probatoria*)²³⁹. Ciò vale a dire che, nella sistematica del legislatore, l'autonomia *procedimentale* rappresenta un *prius* logico

²³⁹ Cfr. *Relazione al Re del Ministro Guardasigilli sul Codice civile, n. 617, IV capoverso.*

di questa disposizione. D'altra parte, la dottrina antecedente al codice, aveva costantemente ammesso questa facoltà, sebbene in mancanza di una corrispondente disposizione²⁴⁰. Tutto ciò, a nostro avviso, vale ad escludere che la norma in esame assuma una valenza eccezionale, il che è stato talvolta prospettato dalla dottrina²⁴¹.

In secondo luogo, la convenzione a cui ci si riferisce, ci sembra essere pienamente corrispondente alla categoria del *negozio di configurazione*. La legge non si limita a riconoscere la facoltà delle parti di optare per la forma scritta. Piuttosto riconosce la facoltà di scegliere una «*determinata forma*» e ci sembra che, con riguardo a questa dizione, la forma vada intesa in senso lato. In altre parole, va considerata come qualsiasi modalità di esteriorizzazione della propria partecipazione alla formazione del contratto, che sia idonea (in senso normativo) al perfezionamento dell'accordo. Alla luce di ciò, la soluzione linguistica adottata dal legislatore sembra sconfinare il campo della *forma scritta*, essendo ammissibile la previsione di oneri formali più pregnanti, come la determinazione dei mezzi di comunicazione di cui avvalersi, del ricorso a certe espressioni.²⁴²

Posto ciò, veniamo ora ad alcune considerazioni inerenti all'efficacia del *patto sulla forma*. In particolare devono essere esaminati gli aspetti riguardanti le conseguenze che discendono dalla sua violazione e dalle sue vicende modificative. Merita particolare attenzione la rinuncia della forma convenzionale.

Per quanto concerne *la violazione dell'onere formale pattizio*, la dottrina si è storicamente contrapposta rispetto alla natura dell'invalidità cui essa dà causa, ed

²⁴⁰ Sul punto si veda, C. VIVANTE, *op. cit.*, pp. 74-76.

²⁴¹ F. ADDIS, *Forma, il paradosso delle forme convenzionali*, in *Obbl. e Contr.*, 2007, p. 296, n. 4. L'autore assegna all'istituto in esame una natura «*ambigua e contraddittoria*», e ciò sottolinea come nella dottrina sia dato riscontrare un certo scetticismo rispetto alle regole procedurali private.

²⁴² Cfr. V. ROPPO, *op. cit.*, p. 247.

in particolare sulla possibilità di considerare il negozio come affetto da nullità, annullabilità oppure inefficacia.

Posto che le parti sottopongono il valido perfezionamento dei loro contratti futuri ad una regola “*procedimentale*”, atta ad aggravare in senso strutturale l’accordo, riteniamo di accogliere la tesi che vede nella nullità la sanzione più coerente rispetto alla violazione dell’onere di forma pattizio. Infatti, la fattispecie di accordo che le parti configurano, si arricchisce di un elemento ulteriore rispetto a quello sufficiente *ex lege*: ciò vale a confortare la conclusione per cui il difetto di forma sia comunque vizio strutturale dell’atto tale da determinarne la nullità²⁴³.

Cionondimeno, il carattere “*privato*” della regola da cui scaturisce l’onere, deve necessariamente incidere sul concreto atteggiarsi della nullità del contratto privo della forma richiesta. Così, riteniamo di accogliere la tesi sostenuta da alcuni autori, che considera *nullo* il negozio privo dei requisiti di forma pattizi, sebbene tale da nullità si caratterizzi per essere *relativa* e *sanabile*, pertanto non rilevabile d’ufficio dal giudice²⁴⁴.

Va però precisato che una cosa è ammettere la sanabilità di questa forma di invalidità, altro è ammettere che le parti, attraverso un comportamento incompatibile con il patto sulla forma tra loro intercorso, possano disapplicarlo per fatti concludenti, e cioè ridurlo nel nulla attraverso la stipulazione informale di un successivo negozio²⁴⁵.

Infatti, la nullità sarà sanata solo quando, ad esempio in sede processuale, le parti manifestino un concreto e successivo disinteresse rispetto al suo accertamento. È richiesta, quindi, la manifestazione del fatto che le parti vogliano mantenere vivo

²⁴³ In questo senso Cass. civ., 14 aprile 2000, n. 4816 e Cass. civ., 22 gennaio 1988, n. 833. Cfr. anche Cass. civ., 9 febbraio 1980, n. 909.

²⁴⁴ Sul punto, V. ROPPO, *op. cit.*, p. 248. Cfr. M. NUZZO, *Sulla rilevabilità d’ufficio del difetto di forma convenzionale*, in *Giust. civ.*, 1980, pp. 2241-2242.

²⁴⁵ A. M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 35.

il vincolo, seppure non suggellato nella forma richiesta²⁴⁶. Invece, qualora si ammetta che per rinunciare alla forma siano sufficienti i fatti concludenti e tra questi si annoveri la mera stipulazione del successivo contratto informale, la portata giuridica dell'istituto verrebbe eccessivamente ridotta e il patto sulla forma «rimarrebbe lettera morta»²⁴⁷.

Quindi, il problema dei comportamenti incompatibili con il patto sulla forma, non va osservato sotto il profilo del *mutuo dissenso tacito*, come spesso ha fatto la giurisprudenza. Va osservato sotto il profilo della sanabilità del vizio, che ricorre quando le parti dimostrino una volontà incompatibile con quella di farlo rilevare. In considerazione di quanto sopra esposto, riteniamo di accogliere la tesi per cui il mutuo dissenso relativo al patto sulla forma debba essere suggellato in un atto avente la medesima forma richiesta per il contratto²⁴⁸.

Così, se è vero che la nullità è sanabile, è vero anche che la sanatoria non discende automaticamente dalla stipulazione del contratto informale, essendo richiesto che le parti pongano in essere comportamenti ulteriori che siano incompatibili con la volontà di ritenersi sciolti dal vincolo. Questi comportamenti devono essere successivi al momento in cui il vizio è generato, non potendosi di conseguenza compenetrare col vizio stesso. Questi fatti sanano la nullità, che non è rilevabile d'ufficio. Ma se le parti vogliono evitare che il loro contegno venga rimesso al giudizio di concludenza, per sciogliere il patto sulla forma devono ricorrere al mutuo dissenso, che appare pure soluzione più sicura in chiave di prevenzione del contenzioso.

²⁴⁶ A. NATALE, *La conversione del negozio nullo per difetto di forma convenzionale*, in *Nuova giur. civ.*, 2001, 2, 10163

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 352.

²⁴⁸ Orientamento espresso in giurisprudenza nella sentenza Cass. civ., 14 aprile 2000, n. 4816, in *Contratti*, 2000, p. 873. Per l'opposta impostazione si veda la già citata sentenza, Cass. civ., 24 giugno 1997, n. 5639.

Passiamo adesso allo studio dell'accettazione della proposta contrattuale, osservandola sotto il profilo della forma richiesta dall'offerente.²⁴⁹ Anche questa richiesta ci sembra ascrivibile alla categoria dei *negozi di configurazione*, per le ragioni che appresso si evidenzieranno.

In primo luogo va osservato come la facoltà riconosciuta al proponente di richiedere che l'accettazione sia rivestita di una certa forma abbia natura *procedimentale*. Infatti, la parte che dà impulso all'*iter* formativo del contratto ha la facoltà di incidere la sfera giuridica dell'oblato, sebbene questa ne risenta solo dal punto di vista *procedimentale*. Infatti, sul piano sostanziale, non vi è alcuna intrusione nella sfera giuridica altrui, posto che la parte rimane libera di rifiutare l'offerta, di restare inerte e, in ultima analisi, di aderire al negozio *configurativo*, accettando attraverso le forme richieste (richiesta che può consistere anche nella individuazione di un particolare mezzo di comunicazione, così escludendo l'utilizzabilità di altri).

Pertanto, è dato riscontrare nell'esercizio della facoltà sancita dal comma 4 dell'art. 1326, c.c. una tecnica *procedimentale* pienamente conforme al principio dell'accordo, fermo restando, per le ragioni sopra esposte, che sarà inibito al proponente di richiedere "*forme*" (considerando la forma nella sua accezione ampia, idonea a ricomprendere non solo la forma scritta, l'atto pubblico, etc.) tali da tradurre la mera inazione dell'oblato in accettazione²⁵⁰.

Assunto che l'istituto in esame abbia valenza *procedimentale*, dobbiamo adesso analizzare gli effetti giuridici che produce l'accettazione priva della forma richiesta, posto che la legge, a chiare lettere, ne sancisce l'*inefficacia*. È la natura di questa inefficacia che va adesso chiarita. Il problema è quello di stabilire se l'accettazione difforme impedisca *ipso iure* che il procedimento di formazione del

²⁴⁹ Art. 1326, comma 4: «Qualora il proponente richieda per l'accettazione una forma determinata, l'accettazione non ha effetto se è data in forma richiesta».

²⁵⁰ A. M. BENEDETTI, *op. cit.*, pp. 310-320.

contratto giunga a perfezionamento. Oppure se il proponente può reputare efficace l'accettazione difforme, alla stessa stregua di quanto accade per quella trativa, disciplinata dai commi II e III della medesima disposizione.

Secondo una parte della dottrina, per intendere le conseguenze riconducibili al difetto di forma richiesto per l'accettazione, sarebbe proprio questa norma a dover essere applicata analogicamente. Inoltre, sia la dottrina che la giurisprudenza, tendono a considerare la *forma* come rinunciabile dalla parte che l'ha richiesta, posto che essa rappresenta un suo solo interesse, al quale di conseguenza potrebbe ben fare a meno.

La soluzione della questione, è a nostro avviso da ricercare nel fatto che il termine costituisce un *naturalia* dell'accettazione e quandanche il proponente ometta di stabilirlo espressamente varrebbe comunque quello «*ordinariamente necessario secondo la natura dell'affare o secondo gli usi*». Non può dirsi lo stesso per la forma richiesta, che, aggravando l'*iter* formativo del contratto, aggiunge un *quid pluris* rispetto ai requisiti altrimenti sufficienti. Questo *quid pluris*, è appunto la forma richiesta per l'accettazione. Pertanto, la sanzione riconducibile alla violazione dell'onere formale imposto sull'oblato è quella della nullità del contratto, dato che il procedimento di formazione che lo riguarda non si è completato.

Va inoltre considerato, che la richiesta di una certa forma solo all'inizio rispecchia un interesse ascrivibile unicamente al proponente. Quella richiesta, una volta “*entrata*” nella sfera giuridica dell'oblato, può ingenerare in questi l'affidamento circa l'irrilevanza di un'accettazione difforme, che, nelle sue intenzioni, potrebbe essere intesa come nuova proposta o come atto volto alla riapertura delle trattative.

Perciò, così come accade per la nullità che scaturisce dalla violazione del patto sulla forma, la violazione dell'onere formale richiesto per l'accettazione, darà luogo ad una nullità relativa, non rilevabile d'ufficio. Cosicché, ancora una volta si

tratterà di un vizio strutturale, che verte sul procedimento di formazione del contratto. Come anticipato, questo vizio è sanabile, e la sanatoria interverrà in forza di un comportamento delle parti incompatibile con la volontà di far valere la nullità.

Allora, posto che entrambe le parti potrebbero eccepire il vizio strutturale dell'atto per ottenere una pronuncia che li dichiari liberi dal vincolo contrattuale, la soluzione che meglio contempera gli interessi in gioco non è quella di ammettere la successiva rinuncia alla forma da parte del proponente. Basti considerare che il proponente non ha neanche la facoltà di farlo, perché ormai la forma è elemento rilevante per entrambe le parti, dal momento che la richiesta è idonea a ingenerare affidamento nell'oblato.

Bisogna ritenere che qualora il proponente intenda perfezionare correttamente il contratto, debba considerare l'accettazione priva della forma richiesta (*non conforme*) come nuova proposta, suscettibile di nuova accettazione. Questa soluzione, valorizza la l'ultimo comma dell'art. 1326, c.c.²⁵¹. La disposizione appena menzionata, infatti, può ritenersi applicabile non solo per le difformità “*sostanziali*” ed “*essenziali*”, ma pure per quelle “*procedimentali*”. Questa ci sembra la soluzione che meglio si confà alla natura procedimentale della richiesta del proponente disciplinata dal comma 2, art. 1326, c.c..

4. Lo spazio dell'aggravamento volontario: cenni sulla realtà convenzionale e sulla *choice-of-language clause*. Limiti dell'aggravamento atipico.

Alla luce delle considerazioni sin qui condotte, si può ritenere che la legge ponga «*minori ostacoli alla semplificazione atipica*». Infatti, l'aggravamento dell'*iter* di formazione del contratto comporta meno rischi rispetto alla violazione

²⁵¹ Art. 1326, c.c., comma 5: «*un'accettazione non conforme all'accettazione equivale a nuova proposta*».

del principio dell'accordo, che, per converso, rappresenta l'ostacolo più importante alla semplificazione atipica.

Invero, attraverso l'aggravamento atipico, le sfere giuridiche divengono meno permeabili all'iniziativa negoziale altrui. In conseguenza di ciò, è assai improbabile che subiscano un'ingerenza contraria alla libertà contrattuale. Possiamo allora concludere, che lo spazio dell'aggravamento atipico è ben più esteso rispetto alla facoltà di semplificare il procedimento di formazione del contratto.

Veniamo quindi all'analisi di alcune figure di aggravamento atipico, l'una, diffusa nella prassi negoziale, è la c.d. *choice-of-language clause*. L'altra, piuttosto controversa in dottrina e giurisprudenza, è la clausola o il negozio di configurazione, che impone la consegna del bene ai fini del perfezionamento del contratto, sebbene le parti si trovino al di fuori del perimetro tracciato dalle fattispecie dei *contratti reali*.

Abbiamo avuto modo di precisare nel corso della trattazione che la forma è sempre un elemento costitutivo del contratto. Forma e lingua sono concetti in parte affini. Tuttavia, abbiamo avuto modo di specificare che, se è vero che il contratto debba necessariamente avere una forma, non deve invece necessariamente presupporre uno scambio verbale, manifestato attraverso il ricorso ad un certo linguaggio.

L'interazione di due o più consociati rappresenta le fondamenta della struttura dell'accordo. Ma la *forma* di questa interazione può variamente atteggiarsi. Può sostanziarsi in una manifestazione tacita della propria volontà, così come può essere espressa attraverso un certo linguaggio, inteso come tecnica comunicativa che si avvale di una comune dotazione di segni. Questa manifestazione può essere verbale, scritta e così via. Inoltre, sono stati analizzati *supra* gli aspetti giuridici legati all'efficacia e alla funzione del patto sulla forma, corroborando l'idea che il

legislatore guardi con meno sospetto l'aggravamento atipico del procedimento di quanto non faccia per la semplificazione.

Riproposte queste considerazioni, ci proponiamo adesso di qualificare giuridicamente la clausola con cui le parti scelgono un certo idioma quale dotazione di segni linguistici attraverso i quali manifestare la rispettiva partecipazione al procedimento di conclusione dei futuri contratti.

Per le ragioni sopra evidenziate, il linguaggio non è assimilabile alla forma. Sebbene al suo pari sia elemento interno alla dichiarazione, la dottrina ritiene che il patto sulla lingua non sia sussumibile nell'istituto giuridico del patto sulla forma, proprio perché non è necessaria ai fini comunicativi. Di qui una prima conclusione: la clausola attraverso la quale le parti scelgono la lingua dei loro futuri contratti rappresenterebbe una modalità di esercizio *atipico dell'autonomia procedimentale*. Posto ciò, veniamo ad alcune considerazioni circa la sua ammissibilità.

In considerazione della sua notevole diffusione, la dottrina ritiene in maniera pressoché unanime l'ammissibilità di suddetto tipo di clausole. Invero, è proprio la diffusione del patto sulla lingua a provocare una prima considerazione: si tratta di una scelta critica, attraverso la quale le parti mettono "*in gioco*" il futuro del nascente rapporto giuridico, poiché qualora le parti abbiano dovuto fare ricorso ad un regolamento contrattuale particolarmente complesso, l'interpretazione del suo contenuto andrebbe ad assumere una funzione dirimente ai fini della decisione di una eventuale controversia. Giacché l'interpretazione deve tenere conto della *comune* intenzione delle parti, queste, specie se appartenenti ad aree geografiche differenti, attraverso la scelta della lingua tutelano un interesse di primo piano rispetto al buon esito di un affare: essere certi che i risultati perseguiti siano effettivamente e pienamente comuni, così fugando il c.d. *rischio linguistico*, cioè la possibilità che la volontà di una parte si sia formata sulla base di una falsa rappresentazione della volontà dell'altra, così potendosi configurare (secondo alcuni) un vizio della volontà, riconducibile all'*errore essenziale*, o (secondo altri)

la mancata conclusione del contratto per *dissenso palese*. Alla luce di queste considerazioni la *choice-of-language clause* contribuisce a corroborare la certezza del rapporto giuridico cui le parti danno causa²⁵².

Per quanto concerne le conseguenze giuridiche da accordare alla violazione del patto sulla lingua, riproponiamo le stesse argomentazioni spese *supra*, rispetto al patto sulla forma. Il contratto successivo, redatto in una lingua diversa da quella stabilita, sarà nullo, poiché contrario ad un requisito dell'accordo, nella cui struttura entra la lingua convenzionalmente prescelta.

La scelta della lingua incide sulla struttura dell'accordo, così la disattenzione della clausola che la preveda, comporta il difetto di un requisito procedimentale del contratto tale da determinarne la nullità. La patologia, non potrà essere sanata dalla mera stipulazione di un successivo contratto in lingua diversa, dovendo invece intervenire il mutuo dissenso delle parti, da esprimersi nella lingua prescelta originariamente. Inoltre questo tipo di nullità potrà essere sanata dalle parti attraverso fatti concludenti qualificati, non essendo invece sufficiente la successiva stipulazione in lingua diversa.

Veniamo ora all'*aggravamento atipico* di schemi reali. L'interesse sotteso ad un negozio di configurazione che subordini la conclusione del contratto alla consegna del bene oggetto del contratto va ricercato nell'esigenza ancorare la nascita del rapporto ad un atto, la consegna appunto, che meglio di qualunque altro testimonia la serietà dell'impegno della parte. In questo senso, si può rilevare che l'aggravamento atipico persegue sempre la certezza del rapporto.

Ebbene la categoria della realtà convenzionale è oggetto di dibattiti in dottrina e giurisprudenza. Nel panorama giurisprudenziale emerge una decisione in particolare, pronunciata dalla Suprema corte di Cassazione, in data 26 gennaio

²⁵² Cfr. D. MEMMO, *Difformità del testo bilingue ed interpretazione del contratto*, in Giur. It., 1994, 10.

1996, con sentenza n. 611²⁵³. La Corte, ha sostanzialmente negato la validità del negozio volto alla configurazione di un *procedimento* reale, che si chiuda in forza della consegna della cosa, in deroga a quello *convenzionale* applicabile di *default* e che si perfeziona in forza del *libero scambio di proposta e accettazione*.

Il giudizio di merito nasce dall'azione giudiziale di un sottoscrittore di azioni di nuova emissione, volta all'accertamento del suo acquisto. Era convenuto un altro socio che vantava la titolarità delle medesime, acquistata in forza del precedente esercizio del diritto di opzione. L'attore quale ragione di prevalenza del proprio acquisto, allegava la circostanza che il promissario non avesse pagato una quota del prezzo delle azioni, laddove la delibera che aveva stabilito la nuova emissione, aveva anche previsto questo adempimento quale condizione di perfezionamento dell'acquisto, così di fatto trasformando il negozio di sottoscrizione di azioni da *convenzionale* in *reale*²⁵⁴. La Corte di Cassazione, chiamata a decidere sull'acquisto, e di conseguenza sulla validità di siffatta clausola di configurazione, ha stabilito che le parti non possono deviare dal modello *convenzionale*, essendo previsto dalla legge come «*via maestra*» da percorrere ai

²⁵³ La sentenza è così massimata; in *Il Foro It*, 1997, I, p. 1247; «*Il meccanismo della consensualità previsto dalla legge per un certo assetto negoziale non può essere derogato dalle parti, attraverso la creazione di un modello reale atipico. Pertanto, le particolari condizioni stabilite dagli amministratori per la sottoscrizione delle nuove azioni non possono determinare l'attribuzione in via convenzionale al versamento dei decimi della natura di elemento di perfezionamento del contratto*».

²⁵⁴ Cfr. *Società*, 1996, n. 8, p. 892; «*Il negozio di sottoscrizione dell'aumento di capitale di una società per azioni ha natura consensuale, e non reale, essendo il versamento dei tre decimi del valore nominale delle azioni sottoscritte, previsto dall'art. 2439 c.c., come quello da effettuare al momento della costituzione della società (art. 2329 n. 2 c.c.) - rispetto al quale è ipotizzata la mora (art. 2334 comma 2) e la cui mancanza dà luogo, se l'atto costitutivo venga ugualmente omologato, alla cosiddetta nullità della società (art. 2332 n. 6) - un'obbligazione derivante dal contratto e non elemento costitutivo dello stesso*».

fini del perfezionamento dell'accordo. Il ragionamento della Corte depone nel senso dell'eccezionalità del procedimento formativo reale, che sarebbe un tracciato percorribile esclusivamente nei casi previsti dalla legge. Perciò la Cassazione indica quale modello generale e regolare l'art. 1326, c.c. e tutti gli altri quali modelli eccezionali.

Coerentemente con questo ragionamento, la Corte se pure esclude che un contratto convenzionale possa essere reso reale dall'autonomia privata, al contrario riconosce incidentalmente la legittimità del negozio volto a derogare al modello di accordo legale, "*ritornando*" sulla via maestra della consensualità.

In conclusione, la Cassazione nella decisione appena considerata sembra ritornare su di una concezione "*naturalistica*" e non "*normativa*" di accordo, sì da elevare l'art. 1326, c.c., a modello generale inderogabile pattiziamente dalle parti. Questo modo di ragionare non è pienamente conciliabile con le considerazioni svolte *supra*, ed in particolare con la circostanza che non si vedono ragioni (neanche di natura protettiva) che possano giustificare l'inibizione delle parti rispetto alla creazione di modelli procedimentali aggravati, specie quando ciò sia finalizzato alla prevenzione del contenzioso e a generare un maggior grado di certezza dei rapporti.

5. Segue; clausola salvo approvazione della casa e e-commerce

La pratica commerciale si è a lungo avvalsa della clausola contrattuale comunemente denominata *salvo approvazione della casa*, che consiste in una *riserva di conferma*, contenuta in un testo negoziale predisposto dal venditore di un bene o dall'offerente di un servizio. Attraverso di essa, la parte che dà impulso all'iter di conclusione del contratto, impedisce che l'accettazione dell'oblato, da

sola, sia sufficiente per la conclusione del contratto e di conseguenza, per la costituzione del rapporto giuridico che esso scaturente²⁵⁵.

La dottrina ha variamente qualificato questa clausola. Talvolta è stata ricondotta alla condizione sospensiva del contratto, per effetto della quale il perfezionamento dell'accordo resterebbe rimesso al solo scambio di proposta e accettazione. Cosicché, la conferma dell'ordine resterebbe estranea al procedimento formativo, riguardando il piano degli effetti non già quello della conclusione. Tuttavia, deve essere rilevato che la clausola *salvo approvazione della casa*, se inquadrata nell'istituto della condizione sospensiva, potrebbe comportarne la nullità ai sensi dell'art. 1335, c.c., assunto che l'avveramento della stessa finirebbe per dipendere dalla mera volontà della parte²⁵⁶.

Il ricorso a questo procedimento aggravato d'accordo, risiede in uno specifico interesse imputabile alla parte che lo configura: acquisire un impegno contrattuale fermo da parte dell'oblato, riservandosi tuttavia la possibilità di impedire il perfezionamento del contratto attraverso il diniego della conferma. Si consideri, che la *clausola salvo approvazione della casa*, nell'ambito dei contratti consumeristici, è comunque ammissibile, poiché è inidonea a divenire strumento attraverso cui privare il consumatore dei propri diritti; in particolare del diritto ad essere informato e di quello di recedere quando si tratti contratti a distanza o negoziati fuori dai locali commerciali.

Questa considerazione è di spiccato rilievo, giacché l'esercizio dell'*autonomia privata procedimentale* non può comportare la rinuncia ai diritti del consumatore. Le regole apprestate a sua tutela sono oggetto di applicazione

²⁵⁵ T. CAMPAGNA, *Agenti senza rappresentanza: momento di effettuazione dell'operazione nel caso dell'operazione nel caso di proposta di acquisto salvo approvazione della casa*, in *Azienda e Fisco*, 1999, n.3, p. 137.

²⁵⁶ A. M. BENEDETTI, *Autonomia Privata Procedimentale*, p. 280 e ss.

quandanche sul piano formale, si realizzi un'inversione della qualità delle parti per ciò che riguarda la qualifica di proponente o accettante.

Si aggiunga che la clausola in esame, resta rispettosa del ruolo che le parti realmente assumono nella formazione del contratto. Il predisponente rimane offerente, e l'aderente rimane oblat, non potendosi di conseguenza considerare la conferma dell'ordine alla stregua di un atto di accettazione. Al contrario, la conferma va intesa come atto unilaterale che si somma a quelli altrimenti sufficienti ai fini del perfezionamento dell'accordo. Per questo motivo la *riserva di conferma* va ascritta alla categoria dei negozi di configurazione, avendo l'attitudine di aggravare il procedimento formativo del contratto, arricchendolo di una fase aggiuntiva rispetto al modello residuale di *scambio di proposta e accettazione*.

Questo procedimento si compone di tre fasi, riconducibili al compimento di tre atti: PROPOSTA + ACCETTAZIONE + CONFERMA = ACCORDO. Mostra alcune affinità con quello descritto dall'art. 13, d.lgs. n. 70/2003, di attuazione della direttiva 2000/31/CE, in materia di servizi della società dell'informazione, commercio elettronico nel mercato interno.

La disposizione sopra citata richiede che il prestatore, senza ingiustificato ritardo e per via telematica, accusi «ricevuta dell'ordine», che contenga un riepilogo delle condizioni contrattuali, delle caratteristiche del bene o del servizio che ne costituiscono l'oggetto, delle facoltà di recesso, dei termini e delle modalità di pagamento. La disposizione in esame non deve essere applicata qualora le parti si avvalgano di comunicazioni individuali (ad es. *e-mail*), ovvero, qualora abbiano espressamente rinunciato a questo passaggio. L'efficacia di questa rinuncia è tuttavia inficiata dalla qualità di consumatore di una delle parti. Da questa disposizione emergono due corollari.

In primo luogo si rintraccia nella facoltà delle parti professionali di derogare all'onere di accusare la ricevuta dell'ordine, una *facoltà procedimentale*, tesa ad alleggerire l'*iter* contrattuale. Sebbene la ricevuta dell'ordine non sia ascrivibile

alla fase di conclusione del contratto, rappresenta pur sempre un *obbligo post-contrattuale*, la cui natura è *procedimentale* e *neoformalistica*. Quindi, la disattenzione di questo dovere *post-contrattuale* espone la parte inadempiente alla sola azione di inadempimento, assunta l'incontestabilità dell'*an* del contratto. Pertanto, l'onere di accusare la ricevuta dell'ordine partecipa al *procedimento* dello stesso, nell'accezione ampia di procedimento che rappresenta uno degli elementi di novità del nuovo formalismo. Così, solo laddove sia soggettivamente inapplicabile la disciplina del codice del consumo, le parti possono escludere siffatto dovere *procedimentale*. Il che vale a confermare le considerazioni sopra esposte, per ciò che riguarda i limiti della semplificazione atipica: è sempre inibita qualora un certo procedimento si ponga a tutela formale della parte contrattuale debole.

Ebbene, la fondamentale differenza che separa la *clausola salvo approvazione* della casa e gli oneri di cui all'art. 13, d.lgs., n. 70/2003, sta nel fatto che la «ricevuta dell'ordine» non è assimilabile agli oneri necessari ai fini del perfezionamento del contratto telematico. Abbiamo avuto modo di precisare *supra*, che l'iter di conclusione del contratto telematico, si perfeziona in forza dello scambio del consenso virtuale²⁵⁷. Ciò ne fa un modello pienamente assimilabile a quello descritto dall'art. 1326, c.c..

Nel prossimo capitolo, verrà affrontato il discorso relativo alla facoltà delle parti di aggravare l'iter di perfezionamento del contratto *virtuale*, così da ricomprendere pattiziamente l'onere di *accusare l'ordine* tra quelli che partecipano alla formazione del contratto. Nel prossimo capitolo proietteremo tutte le considerazioni sin qui svolte circa l'*autonomia privata procedimentale*, nell'ambito del contratto virtuale e della tutela che riceve il consumatore quando si trova ad esserne parte.

²⁵⁷ A. M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale e annotazioni sull'art.13 del d.lgs. n. 70/2003*; in *Diritto dell'Internet*, 2006, n.1 p. 79.

CAPITOLO III

AGGRAVAMENTO ATIPICO DEL PROCEDIMENTO DI FORMAZIONE DEL CONTRATTO TELEMATICO CONSUMERISTICO

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Il mercato virtuale e le categorie giuridiche tradizionali: la *dematerializzazione* del contratto — 2.1. *Internet*, mercato virtuale e prospettive di crescita dell'*e-commerce* — 2.2. Asimmetrie informative e contrattazione virtuale; disciplina dell'*e-commerce* e natura giuridica dell'offerta virtuale — 3. La tutela procedimentale del consumatore: obblighi di informazione — 3.1. Difetto di informazione; la sanzione della non vincolatività *del contratto o dell'ordine per il consumatore* — 3.2. Tempo e luogo di conclusione dei contratti telematici — 3.3. Avviso di ricevimento ex art. 13 d.lgs. n. 70/2003 — 4. Esercizio dell'*autonomia privata procedimentale* nella contrattazione telematica; riflessioni sulle condizioni generali di contratto dei quattro maggiori siti di *e-commerce* italiani — 4.1. Segue; comma 2 art. 51 cod. cons.: *il consumatore non è vincolato dal contratto o dall'ordine* — 5. Spunti conclusivi sulla *procedimentalizzazione*, legale o negoziale, dell'accordo virtuale.

1. Premessa

Giungiamo ora al fulcro della trattazione. È necessario analizzare la disciplina del contratto telematico, coordinando le regole dettate in materia di *e-commerce* e contenute nel d.lgs. n. 70/2003, con quelle del codice del consumo, che disciplina il contratto telematico ai commi II, III e IX dell'art. 51.

Il contratto virtuale è una figura *trans-tipica*, sempre più diffusa e attraverso la quale vengono realizzate molteplici ed eterogenee operazioni economiche.

Per cogliere il regime giuridico della sua conclusione telematico, bisogna tenere in considerazione gli aspetti *procedimentali* che si pongono sia a monte che a valle dello stesso, e che sono per lo più riconducibili al fenomeno del *neoformalismo*. È necessario, inoltre, evidenziare le conseguenze giuridiche che discendono dalla violazione di suddetti obblighi procedimentali, sì da far riemergere in questa sede (in una dimensione più attuale ed operativa) tutte le

considerazioni esposte nella prima parte di questo lavoro con riguardo al *neoformalismo*, alla *procedimentalizzazione* e all'*oggettivazione* del consenso.

Il fine è quello di evidenziare i possibili riscontri che l'*autonomia privata procedimentale* può sortire nell'ambito del *commercio elettronico*. L'ulteriore *procedimentalizzazione* (pattizia) del consenso necessario ai fini della conclusione dei contratti telematici, può contribuire a ad incrementare la certezza e la calcolabilità del contratto telematico, senza che ciò comporti una rinuncia alla tutela del consumatore.

2. Il mercato virtuale e le categorie giuridiche tradizionali: la dematerializzazione del contratto

In primo luogo, è opportuno inquadrare giuridicamente il contratto telematico. La prima circostanza da tenere in considerazione è che questa categoria non designa un certo *tipo* contrattuale, a cui faccia capo una *funzione economico/sociale* unitaria²⁵⁸.

La nozione del contratto telematico che bisogna accogliere ai fini dell'indagine condotta in questo lavoro, designa un insieme di operazioni contrattuali accomunate dallo *strumento tecnico* di cui le parti si avvalgono ai fini del perfezionamento dell'accordo²⁵⁹.

Questo strumento consiste nella *rete*, il cui uso rende tecnicamente possibile uno scambio reciproco e pressoché simultaneo di dati informatizzati, tra apparecchi informatici connessi²⁶⁰.

²⁵⁸ Sul punto, si veda E. TOSI, *La tutela dei consumatori in Internet e nel commercio elettronico: contratti, responsabilità, rimedi*, Milano, 2012, p. 138 e ss..

²⁵⁹ Cfr. G. PERLINGIERI, *Il Contratto telematico*, in AA. VV., *Manuale di diritto dell'informatica*, (a cura di) D. Valentino, Napoli, 2016, p. 272: «*per contratto telematico si intende il contratto concluso grazie allo scambio di dati informatizzati connessi*»

²⁶⁰ Cfr. M. PENNASILICO, *La conclusione dei contratti on-line tra continuità e innovazione*, in *Dir. Inf.*, 2004, p. 805 e ss. Per una definizione di contratto virtuale, e per

Da queste considerazioni emerge un primo corollario: il contratto telematico si qualifica come contratto *inter absentes* e *trans-tipico*. Il ricorso alla contrattazione *on-line* può perseguire disparate funzioni economico/sociali. I negozi che ne discendono, quindi, possono essere ascritti ad altrettanto numerosi tipi contrattuali²⁶¹.

Veniamo ora ad alcune considerazioni sulla natura dello strumento tecnico che qualifica la categoria del contratto virtuale. Quando si parla di *rete*²⁶² si pensa subito ad uno spazio immateriale, entro il quale si svolge una parte consistente e sempre crescente della vita di ciascuno di noi. Sicché, nella stessa misura in cui lo spazio virtuale diviene la *sedes* delle nostre interazioni e delle nostre attività, il contratto virtuale diviene lo «strumento negoziale naturale dei mercati immateriali»²⁶³; ciò non può non avere ripercussioni nel mondo del diritto.

Il *luogo* non è più caratterizzato dalla necessaria esistenza di un sostrato fisico e temporale che lo identifichi. Sicché il *mercato* stesso²⁶⁴, che da sempre è eletto come centro delle interazioni umane, perde a sua volta di materialità.

la distinzione tra contratto virtuale stipulato mediante accesso al sito e contatto virtuale concluso attraverso *e-mail* o altre comunicazioni equivalenti e per la distinzione tra commercio elettronico c.d. diretto e indiretto, si veda M. P. PIGNALOSA, *Contratti a distanza e recesso del consumatore*, Milano, 2016, pp. 261-268.

²⁶¹ G. PERLINGIERI, *Il contratto telematico*; in AA. VV., *Manuale di diritto dell'Informatica a*, (cura di) Daniela Valentino, Napoli, 2016, p. 270-271.

²⁶² *Internet* può essere definito come «la rete di elaboratori mondiale mediante la quale le informazioni contenute in ciascun elaboratore possono essere messe a disposizione di altri utenti». Gli ausili fisici che consentono ciò sono i più disparati, come fibre ottiche, cavi coassiali e collegamenti satellitari. La navigazione avviene attraverso degli appositi *software*, detti *browser* e R. BOCCHINI, *Il contratto di accesso a internet*, in *Manuale di diritto dell'informatica a cura di Daniela Valentino*, Napoli, 2016, p. 72.

²⁶³ E. TOSI, *Il contratto virtuale con i consumatori*, in *Studium Iuris*, n. 2/2014, p. 152.

²⁶⁴ N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998, p. 12. L'Autore, rispetto ai tratti del mercato moderno e globale scrive: «il mercato è la legge che lo governa e costituisce; e prende forma dalla decisione politica e dalle scelte normative». L'Autore,

Tre sono i tratti che caratterizzano il mercato *dematerializzato*: non ha frontiere; è quindi *globale*. Non si fonda su un substrato fisico; cosicché non presenta i limiti geografici e ambientali che la fisicità comporta: ciò lo rende *a-spaziale*. Le vicende umane che si svolgono nella rete non sono pienamente identificabili in una dimensione temporale che ne renda utile la misurazione: ciò rende il mercato virtuale *a-temporale*²⁶⁵.

Spontanea conseguenza di ciò, è la *dematerializzazione* del contratto, che merita di essere osservata sotto due punti di vista: quello della *dematerializzazione dell'oggetto*, e quello della *dematerializzazione della forma*²⁶⁶.

(1) *La dematerializzazione dell'oggetto* del contratto è una conseguenza del crescente favore che incontrano i contenuti digitali sui mercati dei consumi²⁶⁷. Dal punto di vista tecnico, il fenomeno si sostanzia nel fatto che questi contenuti sono costituiti da *codici informatici digitali*. Talché, la natura di questi beni, li rende inesauribili e inconsumabili²⁶⁸. Per questo, il consumatore che intenda goderne, può

osserva che le dinamiche del moderno mercato dei consumi si fondano sulla «*realità degli scambi di massa [...] luoghi del silenzio [...] luoghi dell'anonimia, in cui le parti sono l'una dell'altra ignare [...] luoghi della suprema univocità in cui i singoli gesti sono inseriti e previsti come in un rigido codice e nessuno può dubitare o controvertire del loro significato. Le vecchie categorie della 'dichiarazione tacita' o del 'comportamento concludente' sono impotenti a spiegare il fenomeno*».

²⁶⁵ E. TOSI, *La tutela dei consumatori in Internet e nel commercio elettronico: contratti, responsabilità, rimedi*, Milano, 2012, p. 8.

²⁶⁶ E. TOSI, *La dematerializzazione della contrattazione: il contratto virtuale con i consumatori alla luce della recente novella al codice del consumo di cui al d. lgs. 21 febbraio 2014, n. 21*, in *Contratto e Impresa*, n. 6/2014, p. 1265 e ss.

²⁶⁷ Esempi di beni immateriali, che circolano attraverso la rete, sono i *software*, le *banche dati*, i *domain name*, le *identità digitali*, i *file musicali*, i *file video*, i *file game*, le *opere letterarie digitali*, le *foto digitali*, gli *audiovisivi* e le *opere multimediali*.

²⁶⁸ E. TOSI, *La dematerializzazione della contrattazione: il contratto virtuale con i consumatori alla luce della recente novella al codice del consumo di cui al d. lgs. 21 febbraio 2014, n. 21*, in *Contratto e Impresa*, n. 6/2014, p. 1269.

sì *acquistarli online*, ma da tale acquisto deriva, molto spesso, un diritto di mero accesso, sussumibile nella categoria del diritto personale di godimento²⁶⁹. Alcuni autori, per questo, hanno osservato la graduale sostituzione dei diritti di accesso a quello di proprietà, sul trasferimento del quale si fondavano gli scambi (di consumo) del passato²⁷⁰. Quanto detto è una conseguenza delle caratteristiche tecniche dei contenuti digitali. In questo contesto, la licenza d'uso appare lo strumento più idoneo a tutelare la molteplicità di interessi coinvolti, tra i quali quelli degli autori dei contenuti stessi.²⁷¹

(2) Il secondo aspetto da considerare è quello della *dematerializzazione della forma*, che si confà allo strumento tecnico della rete. Lo spazio immateriale reclama modalità di comunicazione altrettanto immateriali. La forma di cui le parti rivestono la loro volontà contrattuale, risente necessariamente della scelta un tipo di *architettura digitale* idoneo alla trasmissione di codici informatizzati, tra quelli disponibili. È proprio da questa varietà di soluzioni tecniche (dalla varietà di architetture, cioè di sistemi che possono essere utilizzati), che discende la poliedricità del contratto telematico.

In primo luogo va rilevata la possibilità che l'utente perfezioni il contratto avvalendosi della tecnologia *e-mail*, o di altre piattaforme telematiche similari, che permettano di trasmettere una dichiarazione di valore negoziale. In considerazione del loro carattere dichiarativo e personale, tali modalità di comunicazione sono dette «*one to one*»²⁷².

²⁶⁹ Si veda E. TOSI, *La tutela del consumatore in Internet*, p. 13. L'Autore descrive il passaggio da una società basata «*sulla proprietà che cede il passo ad una società basata sui contenuti*»

²⁷⁰ Cfr. E. TOSI, *La tutela del consumatore in Internet*, p. 5. Si veda anche R. DI RAIMO, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, p. 185 e ss.

²⁷¹ E. TOSI, *Il contratto virtuale con il consumatore*, in *Studium Iuris*, p. 152.

²⁷² M. P. PIGNALOSA, *Contratti a distanza e recesso del consumatore*, p. 266.

Tuttavia l'utente che voglia acquistare o vendere *on-line*, può avvalersi di tutte le «*piattaforme tecnologiche ipertestuali offerte dal world wide web di Internet*»²⁷³. Questa possibilità offre ulteriori soluzioni, come ad esempio l'inserzione di annunci rivolti al pubblico, suscettibili di specifica adesione da parte dell'acquirente interessato. Questo genere di proposta contrattuale viene correntemente definita come comunicazione «*one to many*»²⁷⁴.

Infine, l'ultima *architettura* di cui si avvale l'*e-commerce*, che è forse la più importante per quanto concerne i contratti *business to consumer*, è rappresentata dall'accesso all'indirizzo telematico, individuato attraverso un URL (*Uniform Resource Locator*), un IP (*Internet Protocol*), oppure mediante un codice alfanumerico di nomi di dominio (*Domain Name System*). Ci riferiamo, più semplicemente alle comunicazioni che avvengono direttamente su di un *sito internet*, che permette all'offerente di strutturare una o più pagine ipertestuali, attraverso le quali guidare l'acquirente verso la stipulazione del contratto (c.d. sequenza *point and click*). Questa modalità di conclusione del contratto si caratterizza per la presenza di una offerta contrattuale *standardizzata*, pertanto riconducibile al contratto per adesione, recante condizioni generali predisposte unilateralmente dall'offerente (artt. 1341, 1342, c.c.)²⁷⁵.

²⁷³ E. TOSI, *La dematerializzazione della contrattazione: il contratto virtuale con i consumatori alla luce della recente novella al codice del consumo di cui al d. lgs. 21 febbraio 2014, n. 21*, in *Contratto e Impresa*, n. 6/2014, cit. p. 1275.

²⁷⁴ M. P. PIGNALOSA, *Contratti a distanza e recesso del consumatore*, cit. p. 266.

²⁷⁵ Cfr. A. M. GAMBINO, *L'accordo telematico*, Milano, 1997, p. 170 e ss.. Si veda anche C. CAMARDI, *Contratto e rapporto nelle reti telematiche*, p. 14, il quale sottolinea che nell'ipotesi di contratto stipulato mediante accesso al sito «*il contratto delle reti telematiche appare sempre più come un atto governato da una procedura standardizzata irreversibile, spersonalizzato, decontestualizzato rispetto al tempo e allo spazio*». Cfr. N. SCANNICCHIO, *La conclusione del contratto online nella direttiva europea sul commercio elettronico*; in *E-commerce. La direttiva 2000/31/CE e il quadro normativo della rete a cura di A. ANTONUCCI*, Milano, 2001, p.104. L'Autore rileva che «*la "virtualità" del*

Infine, questa proposta si caratterizza per essere *in incertam personam*; rivolta cioè ad un numero indeterminato di aderenti, purché contenente gli «*gli estremi essenziali del contratto alla cui conclusione è diretta*»²⁷⁶.

Le considerazioni sin ora condotte rispetto alla *dematerializzazione del contratto* ci permettono di operare due importanti distinzioni.

In primo luogo bisogna considerare quale sia l'elemento che designa il carattere virtuale di un contratto. Un *software*, ad esempio, può essere acquistato in un negozio, ed essere consegnato all'atto di vendita dall'alienante nella materialità di un *compact disc*.

Cosicché nel caso della vendita del *Software* si tratterà di un contratto *inter praesentes*, ad esecuzione istantanea e materiale. È l'oggetto dell'obbligazione nascente dal contratto che ne potrebbe designare il carattere in senso lato informatico.

Sicché oltre al procedimento di *formazione*, si aggiunga che il carattere della informaticità può avere riguardo all'*oggetto* (come nel caso del *software*), ma pure alle *modalità di esecuzione del contratto*. Infatti un contratto può essere ad *esecuzione informatica/dematerializzata*, oppure ad *esecuzione materiale*, cioè affidata alle tradizionali modalità di esecuzione delle prestazioni derivanti da un contratto concluso tra persone distanti. A seconda dei casi, si distingue rispettivamente tra *commercio elettronico diretto o indiretto*. Si consideri che quest'ultima distinzione è accolta dal legislatore, laddove all'art. 54, cod. cons., lett.

luogo e del momento di conclusione, nonché della esistenza della conclusione medesima, è sempre stata una caratteristica immanente ed intrinseca del procedimento di formazione del contratto. La virtualità di ciò che viene comunicato e degli effetti di tale comunicazione, la trasformazione delle parole in "spirito" (la volontà) e degli oggetti negoziati in "essenze" (i diritti), rappresenta anzi un aspetto caratteristico del fenomeno giuridico in generale e nell'ambito del procedimento di perfezionamento, raggiunge i suoi esiti estremi».

²⁷⁶ Cit. Art. 1338, c.c.

o), disciplina i casi di esclusione del diritto di recesso «*relativamente a fornitura di contenuto digitale mediante un supporto non materiale se l'esecuzione è iniziata con l'accordo espresso del consumatore e con la sua accettazione del fatto che in tal caso avrebbe perso il diritto di recesso*». Inoltre, v'è traccia di questa distinzione nell'art. 49, lett. t) e u), cod. cons., ai sensi del quale è sancito il dovere del professionista di fornire al consumatore le informazioni in merito alla «*funzionalità del contenuto digitale, comprese le misure applicabili di protezione tecnica e 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*».

Per quel che riguarda questo studio, l'elemento che si terrà in considerazione per designare la categoria del contratto telematico è dato *esclusivamente* dal procedimento *di formazione*, che deve appunto svolgersi in un contesto *virtuale*. Non è necessario ai fini qualificatori che l'oggetto del contratto e le sue modalità esecutive siano altrettanto telematiche.

Ciò che interessa, è l'*iter* di formazione di questa particolare categoria di contratti, posto che il è il *procedimento conclusivo* degli stessi a caratterizzarli in considerazione delle peculiari dinamiche del consenso che ne costituiscono il presupposto.

D'altronde, sono proprio queste dinamiche (non già quelle della fase esecutiva o dell'oggetto del contratto) a suscitare la preoccupazione del legislatore europeo. Ciò è reso evidente dagli interventi adottati in questo settore a tutela del consumatore, tesi a disciplinare, come avviene ad esempio con direttiva UE 25 ottobre 2011, n. 83, gli aspetti *procedimentali* dei contratti consumeristici *inter absentes*.²⁷⁷

²⁷⁷ Sul punto, cfr. M. P. PIGNALOSA, *op. cit.*, pp. 62-68.

A questo punto è necessario introdurre un'ultima distinzione rispetto alla *forma dematerializzata*, che designa due ulteriori categorie contrattuali: quella dei contratti virtuali *in senso in senso lato* e quella dei contratti virtuali *in senso stretto*.

I primi sono quei contratti per la cui conclusione le parti si avvalgono di *internet* al solo scopo di veicolare le reciproche manifestazioni negoziali. Ciò accade quando le parti fanno ricorso alla *e-mail*, ovvero a mezzi analoghi, per il raggiungimento dell'accordo *inter absentes*. Questa figura appare meno problematica dal punto di vista classificatorio. Infatti le comunicazioni *e-mail*, danno luogo ad un minore grado di *dematerializzazione* e quindi di *spersonalizzazione*. Veicolano dichiarazioni spedite allo stesso modo di quanto avviene per le lettere postali. La sola differenza è data dal carattere digitale della casella postale a cui sono destinate e recapitate e dal fatto che gli impulsi che sospingono il messaggio sono impulsi elettronici.

Il dialogo che si realizza attraverso la posta elettronica non è di per sé svolto *in rete*, poiché in questo contesto la rete è un *mero strumento di trasmissione*, non dissimile dai risalenti telegrammi e *telex*, basati su reti di telecomunicazione a commutazione di circuito.

Pertanto è possibile affermare che rispetto alla comunicazione *e-mail*, la rete è un mero mezzo, non già un *luogo*²⁷⁸. Sicché i contratti stipulati via *e-mail*, o attraverso altre forme di comunicazione digitale *one to one*, possono collocarsi *sic et simpliciter* nell'alveo del procedimento formativo descritto dall'art. 1326, c.c.. Non a caso, l'art. 13, comma 4, d.lgs. n. 70/2003, esclude il regime formalistico

²⁷⁸ In merito ai vari tipi di contratto telematico, si veda G. PERLINGIERI, *Il Contratto Telematico*; in "Manuale di diritto dell'informatica" a cura di D. Valentino, Napoli, 2010, p. 274 e ss. In argomento, si veda anche A. M. GAMBINO, *L'accordo telematico*, Milano 1997, L'A. rileva che l'utilizzo dell'*e-mail* può «*semplificare l'attuazione del rapporto, quanto a tempo impiegato nella fase della formazione materiale della comunicazione, quanto ad immediatezza nella spedizione della stessa*».

della c.d. *conferma d'ordine* per «*i contratti conclusi esclusivamente mediante scambio di messaggi di posta elettronica o comunicazioni individuali equivalenti*».

(2) Discorso antitetico vale per i contratti virtuali in *senso stretto*, che si formano non già attraverso *internet*, ma *nel* luogo dematerializzato di *internet*. Infatti, in questi casi, lo strumento tecnico adottato dalle parti è quello dell'*accesso al sito*. L'adesione si manifesta attraverso il ricorso al c.d. *tasto negoziale*: le interazioni sono mute. Sotto il profilo della concludenza, la valutazione del contegno osservato dalle parti affonda in un giudizio di conformità al rituale tecnico *predisposto* dall'operatore che ha strutturato il sito e i *format* attraverso i quali l'acquirente è chiamato a manifestare la sua adesione²⁷⁹.

Si tratta di un contratto sia «*dichiarativamente*» che «*materialmente*» predisposto²⁸⁰. Sicché il linguaggio tecnico e *standardizzato* della rete, spesso simbolico e iconico, svolge una funzione di «*soluzione degli "atriti comunicazionali" fra i contraenti*», poiché ha «*un significato "unico" e non ammette a priori divergenze interpretative giuridicamente rilevanti su simboli e su segni che appaiono sul video del computer*».²⁸¹

Sotto il profilo classificatorio, possiamo tracciare le seguenti conclusioni: per contratto telematico o virtuale, intendiamo in questa sede il contratto stipulato *attraverso* lo strumento tecnico della rete (qualunque essa sia). Si tratta, di una definizione «*stipulativa*».

Questa definizione designa il procedimento di formazione quale elemento che caratterizza il contratto virtuale.

²⁷⁹ Cfr. M. P. PIGNALOSA, *op. cit.*, p. 269.

²⁸⁰ Tosi, *La dematerializzazione della contrattazione: il contratto virtuale con i consumatori alla luce della recente novella al codice del consumo di cui al d. lgs. 21 febbraio 2014, n. 21*; in *Contratto e Impresa*, n. 6/2014, p. 1275.

²⁸¹ Cit. A. M. GAMBINO, *op. cit.*, p. 38.

È proprio sugli aspetti *precedimentali* del contratto *virtuale in senso stretto* che è intervenuto il legislatore, comunitario quanto nazionale. Il fondamento dei provvedimenti sta nella considerazione di criticità riposta in questa categoria negoziale, e sulla sua attitudine a provocare uno stato di accresciuta soggezione informativa nei riguardi del consumatore.

Riassumendo quanto sin ora detto, possiamo concludere che il procedimento di formazione del contratto telematico designa due sottocategorie, che si distinguono in base *all'architettura*, o, in altre parole, alla *tecnologia* usata dalle parti. La prima sottocategoria è quella del contratto *virtuale in senso lato*, caratterizzato per il fatto che l'utilizzo della rete è strumentale a veicolare comunicazioni negoziali individuali. La seconda categoria è quella dei contratti virtuali *in senso stretto*, caratterizzati per il fatto che il loro procedimento di formazione si conclude sul sito *internet*, attraverso la pressione di un tasto, quello *negoziale*. Questi ultimi contratti si caratterizzano per essere contratti quasi sempre *standardizzati*, per *adesione*, le cui clausole sono unilateralmente predisposte dall'offerente.

2.1. *Internet, mercato virtuale e prospettive di crescita dell'e-commerce.*

Veniamo ora ad alcune considerazioni di carattere “*storico*” ed “*economico*”, al fine di meglio inquadrare il fenomeno dell’*e-commerce*.

Innanzitutto, va osservato il profondo mutamento che ha riguardato *internet* negli ultimi anni. Il sistema *world wide web*, era nato come strumento di scambio paritario di informazioni. I creatori della rete avevano pensato ad *internet* come al luogo virtuale entro cui il l'utente avrebbe potuto esercitare liberamente il suo

diritto di *informarsi*, di *esprimersi* e di *scambiare informazioni* e conoscenze con utenti di tutto il mondo²⁸².

Senonché, al fine per così dire idealistico che aveva caratterizzato *internet* nelle primissime fasi della sua esistenza, se ne è gradualmente sostituito un altro, spiccatamente commerciale²⁸³. Questo fenomeno è stato avvertito nell'ultimo decennio su scala globale, sicché ai giorni nostri la rete va assumendo un ruolo «*strategico per l'economia dei paesi tecnologicamente più evoluti*».²⁸⁴

Venti anni fa, la percentuale di popolazione connessa ad *internet* era costituita da meno dell'1% del totale mondiale e, pertanto, il c.d. mercato immateriale, era un *locus* riservato ad un numero di utenti relativamente ridotto. Oggi, il numero di persone connesse ha raggiunto quota 3,4 miliardi, che rappresenta approssimativamente il 46% del totale della popolazione mondiale. Ciò suggerisce che il mercato virtuale sia diventato un luogo di incontro sempre più consistente, alla portata di una porzione notevole della popolazione globale.

Inoltre, sebbene questo lavoro si occupi dei soli aspetti consumeristici del commercio virtuale, per valutare il fenomeno nella sua complessità è utile ricordare che il volume d'affari dei contratti virtuali *B2B* e, in generale, dell'*ebusiness* è altrettanto rilevante. Infine, si consideri che ai contratti *B2C* e *B2B* si aggiungono

²⁸² Il sistema *word wide web*, fu sviluppato nel 1990 dal CERN di Ginevra. È la struttura di *internet*, e si compone di una rete di documenti, collegati tra loro attraverso *links*, consultabili attraverso l'utilizzazione di *browser*. Cfr. G. PERLINGIERI, *Il contratto telematico*, p. 271.

²⁸³ Cit. E. TOSI, *La dematerializzazione della contrattazione: il contratto virtuale con i consumatori alla luce della recente novella al codice del consumo di cui al d. lgs. 21 febbraio 2014, n. 21*; in *Contratto e Impresa*, n. 6/2014, p. 1284.

²⁸⁴ Cfr. *Report, Idc e-commerce, Analyze the Future*; in www.idc.com. Il comparto delle *web companies* raggiunge un fatturato complessivo di 466,8 miliardi di euro nel 2016, con un valore del +212% rispetto al 2009. In questo contesto *Amazon*, impresa leader proprio nel settore dell'*e-commerce*, occupa il primo posto con un valore di 98 miliardi di dollari, superando compagnie come *Microsoft*.

anche quelli *Business to Public agency (B2PA)*, *Consumer to Public Agency (C2PA)* e *Peer to Peer (P2P)*²⁸⁵.

I *report* indicano che il valore delle vendite virtuali al dettaglio, abbia raggiunto quota 1.915 miliardi di dollari nel 2016, con una crescita del 10% circa nel solo ultimo anno. Così, sul totale degli acquisti al dettaglio conclusi su base planetaria, quasi il 9% sono avvenuti *on-line* (con una crescita dell'1,5% rispetto al 2015). Si stima che nel giro di tre anni il numero di acquisti in rete raggiungerà un valore complessivo pari a 4.058 miliardi di dollari, e rappresenterà il 14,6% del totale della spesa del consumatore²⁸⁶.

In Europa il valore dell'*e-commerce* è stimato in 509,09 miliardi di Euro nel 2016²⁸⁷: il dato rappresenta una crescita considerevole, pari al 13% rispetto all'anno precedente. Gli studi di settore prevedono per il prossimo anno un fatturato totale di 660 miliardi di Euro²⁸⁸, con un'evidente impennata percentuale della crescita²⁸⁹.

²⁸⁵ Cfr. G. Perlingieri e F. Lazzarelli, *Il contratto telematico*, in *Manuale di diritto dell'informatica a cura di Daniela Valentino*, Napoli, 2016, p. 276.

²⁸⁶ Cfr. *E-commerce in Italia 2017, Report maggio 2017* della Casaleggio e Associati, 2017, p. 7.

²⁸⁷ Cfr. *European B2C E-commerce Report 2016, Facts, Figures, Infographic & Trends of 2015 and the 2016 Forecast of the European B2C E-commerce Market of Goods and Services*; in www.ecommerce-europe.eu, 2016.

²⁸⁸ Si vedano i dati ufficiali forniti nella *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al comitato economico e sociale europeo e al comitato delle regioni per un approccio globale per stimolare il commercio elettronico transfrontaliero per i cittadini e le imprese in Europa. Relazione sulla Indagine tramite acquisti in incognito (mystery shopping) sulle restrizioni territoriali e i blocchi geografici nel mercato unico digitale europeo*, Bruxelles, 2016; in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016DC0320&from=IT>

²⁸⁹ Sul punto, si veda il considerando n. 5, dir. 2011/83/UE, che annovera «l'elevato potenziale di crescita» dell'*e-commerce* tra le ragioni delle misure di armonizzazione massima adottate. Le ragioni degli interventi, sono riconducibili all'esigenza di indurre maggiore fiducia negli scambi, specie se transfrontalieri. Per fare ciò si ritiene indispensabile alzare la soglia di tutela e di fiducia tra gli acquirenti telematici. Questo

In Italia, il commercio elettronico *B2C* nel solo 2016 ha avuto un valore pari a 31,7 miliardi Euro. Il dato rappresenta una crescita del 10% rispetto all'anno precedente, registrando un incremento relativo in calo rispetto agli anni precedenti.

Ad ogni modo, per cogliere la portata di questo fenomeno economico nel nostro paese, è sufficiente confrontare due dati; quello del valore delle vendite nel 2016 e quello del 2006. Lo scorso anno, il valore delle transazioni si è attestato a quota 31,7 miliardi di Euro. Nel 2006, il valore delle vendite è stato di 3,3 miliardi di Euro. Ebbene in 10 anni, c'è stato un incremento di quasi 29 miliardi di Euro, con una crescita davvero esponenziale in termini percentuali.²⁹⁰

Queste sono le dimensioni e questo è il valore del mercato *dematerializzato*. Nello studio del contratto che ne rappresenta il riflesso (quello virtuale) bisognerà tenere conto della sua crescente e capillare diffusione, resa evidente dai dati sopramenzionati.²⁹¹

rilievo è colto da E. O'HARA O'CONNOR, *The limits of contract law harmonization*; in *Eur J Law Econ* (2012) 33:505–519, «Market efficiencies are enhanced when people can be induced to trade with strangers as well as with those that they know. After all, goods and services are apt to go to more highly valued users if more sellers and more providers are introduced to the potential trading circle. Strangers cannot rely on “trust in” trust but a thinner “trust that” trust can often prove sufficient to induce people to trade with those they do not know well enough to assess personal character».

²⁹⁰ Sul punto si veda G. RUSCONI, *Cresce l'e-commerce italiano, giro d'affari oltre gli 11 miliardi. Abbigliamento e turismo i settori più in vista per l'export*; in *Il Sole 24 Ore, Nova24 Tech*, 28 maggio 2013.

²⁹¹ *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al comitato economico e sociale europeo e al comitato delle regioni per un approccio globale per stimolare il commercio elettronico transfrontaliero per i cittadini e le imprese in Europa. Relazione sulla Indagine tramite acquisti in incognito (mystery shopping) sulle restrizioni territoriali e i blocchi geografici nel mercato unico digitale europeo*, Bruxelles, 2016; in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016DC0320&from=IT>.

2.2. Asimmetrie informative e contrattazione virtuale; disciplina dell'e-commerce e natura giuridica dell'offerta virtuale

Come detto, il contratto stipulato attraverso comunicazioni in rete si distingue in *contratto virtuale in senso stretto* e in *senso lato*. Questa distinzione tiene conto delle caratteristiche del *procedimento* formativo che si pone alle sue spalle. Ci soffermeremo adesso sul contratto virtuale in *senso stretto*, posto che questa prima categoria presenta, quando alla sua conclusione, tratti peculiari.

Infatti, le caratteristiche tecniche che contraddistinguono l'offerta sul sito *web*, la possibilità di accedervi per un ampio numero di utenti i quali devono percorrere un tracciato virtuale già predisposto sino a premere il c.d. *tasto negoziale*, rendono questa struttura procedimentale pienamente confacente alle esigenze di speditezza e uniformità proprie dell'offerta imprenditoriale di larga scala.

In conseguenza di ciò, si può intravedere nel procedimento formativo del contratto virtuale *in senso stretto*, un modello *naturalmente* destinato ad essere utilizzato dal ceto imprenditoriale. A conferma di ciò, si considerino i caratteri principali del contratto virtuale in *senso stretto*:

(1) Presuppone quasi sempre una offerta al pubblico resa nota attraverso una pagina *web*. Si tratta di una tecnica commerciale molto efficiente i termini di visibilità, in quanto l'offerta diviene accessibile ad un numero elevatissimo di

Nella Comunicazione si legge: «*Il pieno potenziale del mercato europeo del commercio elettronico, in termini di contributo alla crescita e di nuove fonti di occupazione, non è ancora stato raggiunto. Gli ostacoli e la frammentazione delle norme scoraggiano le imprese dal lanciarsi nel commercio transfrontaliero e impediscono ai consumatori di approfittare delle offerte più convenienti e dell'intera gamma di offerte online*».

utenti. Va comunque considerato che talvolta la presentazione di prodotti o servizi *on-line* è inquadrabile nella categoria dell'*invito a offrire*. Ciò accade o quando una specifica clausola delle condizioni generali di contratto lo preveda, oppure qualora il professionista offra prodotti non *standardizzati* e personalizzabili. Il che vale a dire che l'esposizione di prodotti attraverso la c.d. *vetrina virtuale*, talvolta rende necessaria la fase *pregoziale* delle trattative. Ma si tratta di un'ipotesi meno frequente rispetto a quella regolare dell'offerta *standardizzata*.²⁹²

(2) L'offerta è quasi sempre uniforme, sicché è tendenzialmente esclusa la fase delle trattative e il regolamento contrattuale è quasi sempre immutabile. Talvolta il consumatore è chiamato a scegliere tra una pluralità di clausole, il che non sembra impedire che il contratto si qualifichi come contratto per adesione, poiché le varie soluzioni disponibili sono pur sempre predisposte. Giova ribadire che la fase delle trattative può comunque ricorrere, quando il professionista non offra beni prodotti in serie o servizi uniformi.²⁹³

(3) L'offerta formulata su di una pagina *web* è suscettibile di accettazione solo dopo che l'utente abbia navigato su pagine ipertestuali predisposte dall'offerente. Questo carattere contribuisce a rendere l'*e-commerce* «dominato dal «potere privato» di chi, predisponendo il sito commerciale, costringe l'oblato a

²⁹² Cfr. E. MINERVINI e P. BARTOLOMUCCI, *La tutela del consumatore telematico*, in AA. VV., *Manuale di diritto dell'informatica*, (a cura di) Daniela Valentino, Napoli, 2016, p. 350-352.

²⁹³ Un mezzo sovente utilizzato al fine di permettere le trattative nel contesto dell'accesso al sito, è rappresentato dal collegamento *imput* denominato *Textarea*, che permette al consumatore di inserire determinate clausole ovvero formulare delle controfferte contrattuali, il che vale a rendere il contratto un contratto individuale, oggetto di trattative. Cfr. G. PERLINGIERI, *Il contratto telematico*, p. 285.

tenere una serie di comportamenti (le “cliccate”) che, nel complesso, manifestano la propria accettazione»²⁹⁴.

(4) L’offerta si accetta mediante la pressione di un *tasto*, per questo detto *negoziale*, che compare sull’ultima delle pagine ipertestuali che si caricano prima della conclusione del contratto.

(5) La pressione del *tasto negoziale* è da considerarsi alla stregua di una manifestazione di volontà contrattuale e potrebbe rappresentare il momento conclusivo del procedimento di formazione del contratto.

Questi cinque caratteri rendono il contratto virtuale problematico sia sotto il profilo della qualificazione giuridica, che sotto quello delle politiche legislative idonee a tutelare *l’aderente virtuale*, il quale si qualifica come parte debole del rapporto sia in *sensu sostanziale* che dal punto di vista *procedimentale*. Sicché, le regole intervenute in questo settore perseguono il maggior grado possibile di partecipazione dell’aderente alle varie fasi che conducono alla formazione del contratto, usando la *procedimentalizzazione* del consenso quale tecnica legislativa.

Le caratteristiche della rete, inevitabilmente, fanno sì che il contratto virtuale si perfezioni in assenza di un confronto dialogico tra le parti. Questa constatazione, come è stato anticipato, ha indotto una parte della dottrina ad escludere la configurabilità dell’accordo in seno alla tecnica contrattuale *dell’accesso al sito*²⁹⁵. Ebbene, richiamando alcune considerazioni svolte nel primo

²⁹⁴ Cit. M. PENNASILICO, *La conclusione dei contratti on-line tra continuità e innovazione*, p. 815.

²⁹⁵ N. IRTI, *Scambi senza accordo*; in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1998, p. 347 ss. L’autore a p. 362 scrive «La “significatività” di codesti atti non risiede nel far sapere alcunché ad altri, ma nell’espore 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

capitolo di questo lavoro in merito all'accordo contrattuale, dobbiamo riportare alla mente l'immagine elastica e normativa che ne è emersa²⁹⁶. Questa impostazione, come detto, è confortata dalla sistematica codicistica, che ammette ed assomma in sé molteplici modelli di accordo, per il perfezionamento dei quali è finanche sufficiente il mero silenzio dell'oblato (art. 1333, c.c.). Abbiamo avuto modo di rilevare che il principio dell'accordo richiede una partecipazione formale al procedimento di conclusione del contratto: suddetta partecipazione, in considerazione del carattere elastico dell'accordo, si restringe e si dilata a seconda degli interessi coinvolti nella formazione del contratto, e va considerata in una accezione normativa.

precettore o trasmettitore di immagini televisive, ecc.). Ecco perché i mercati prendono nome dalle tecnologie, distinguendosi in televisivo, telematico e via seguitando».

²⁹⁶ Cfr. G. OPPO, *Disumanizzazione del contratto?*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, 525 ss.: «*ad eludere o elidere il senso del "ritorno alla parola" non vale a 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 informa-zione; 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».* A sommo avviso di chi scrive pur dovendosi necessariamente constatare una tendenziale oggettivazione del rapporto di scambio — 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 tecnicizza-zione del linguaggio, dalla proceduralizzazione dell'iter di formazione»*. Cfr. A. M. GAMBINO, *op. cit.*, p. 55 L'. A valorizza il carattere negoziale degli atti che formano l'accordo telematico, in considerazione del fatto che residua la libertà in merito alla scelta sul se contrarre. Cosicché l'accordo verrebbe a mancare solo laddove si verifici una circostanza in cui l'oblato subisca l'iniziativa altrui senza poter rifiutare. Sul tema dell'oggettivazione del contratto Cfr. C. M. BIANCA, *Diritto civile*, III, Il contratto, 34. Cfr. F. GALGANO, *Il Contratto*, p. 572 ss.

Quindi, per le ragioni di cui s'è detto sopra, accogliamo l'impostazione di quella dottrina che ascrive il procedimento formativo del contratto *virtuale in senso stretto* alle fattispecie di accordo *semplificato* (in virtù della naturale speditezza delle comunicazioni telematiche, che rende sostanzialmente irrevocabile l'accettazione²⁹⁷). Allo stesso tempo, aderiamo all'impostazione per cui in seno al contratto concluso attraverso *l'accesso al sito* e la successiva *pressione del tasto digitale*, sia sempre rintracciabile un accordo contrattuale. V'è sempre un atto normativamente e formalmente imputabile all'aderente: ai fini del perfezionamento dell'accordo non sono indispensabili né il dialogo, né le trattative. L'accordo può limitarsi ad una interazione muta, che evidenzia una partecipazione minima al procedimento formativo. Queste considerazioni ci permettono di inquadrare *definitivamente* lo scambio *virtuale* realizzato attraverso l'accesso al sito nell'istituto contrattuale.

Passiamo ora ad alcune considerazioni circa la sua natura; il contratto *virtuale in senso stretto* è tendenzialmente *di massa, standardizzato e per adesione*. È per questo uno strumento quasi sempre ad uso dell'operatore professionale, il quale è chiamato ad investire nella predisposizione di un sito attraverso cui rivolgere la propria offerta al pubblico dei consumatori. Infine, è un contratto che presuppone una *offerta al pubblico*, suscettibile di adesione se sufficientemente esaustiva.

Sono proprio le caratteristiche dell'offerta e dell'adesione in rete, che evidenziano le insidie del contratto telematico nei confronti del consumatore, il quale, accedendo alla pagina *web*, va incontro ad un regolamento in tutto e per tutto predisposto da altri.

Tutto ciò comporta una condizione di irrimediabile asimmetria, che funge da presupposto dei numerosi interventi a livello europeo, come testimoniato dalle

²⁹⁷ Cfr. *supra*, Cap. I, Sez. I.

direttive 85/577/CEE, 20 dicembre 1985, 97/7/CE e del maggio 1997, che sono state da ultimo abrogate dalla dir. 2011/83/UE, attuata in Italia con d.lgs., 21 febbraio 2014, n. 21, che ha profondamente modificato il Capo I, Titolo III, Parte III del codice del consumo, dedicato appunto alle modalità di conclusione dei contratti e ai relativi diritti dei consumatori²⁹⁸.

Il fine degli interventi è quello di conseguire «*un livello elevato di protezione dei consumatori*», conformemente ai principi dettati dall'art 169, paragrafo 1, e paragrafo 2, lettera a), TFUE. Il legislatore, quindi, intende proteggere anche il “*consumatore digitale*”, di fronte alle insidie che il *web* presenta nei termini di cui sopra s'è detto. Bisogna aggiungere, inoltre, che l'asimmetria informativa in questo segmento contrattuale non è unicamente legata allo squilibrio informativo che caratterizza la predisposizione unilaterale delle condizioni generali, ma è pure legato allo «*squilibrio di conoscenza delle regole di formazione dell'accordo, atteso che il professionista, non soltanto predispone il regolamento, ma è anche autore del procedimento formativo e la mera illustrazione delle fasi tecniche da seguire per la conclusione del contratto potrebbe non essere sufficiente a colmare il divario*»²⁹⁹.

²⁹⁸ A. ADDANTE, *Obblighi precontrattuali di informazione e tutela dei consumatori nei contratti telematici*, Padova, 2016, p. 3. L'A. rileva che «*L'attuale disciplina delle informazioni precontrattuali così come innovata per effetto del recepimento della direttiva 2011/83/UE (3) abbraccia distinti ambiti di contrattazione con il consumatore ed è destinata ad ampliarsi per effetto della possibile approvazione di due proposte di direttiva elaborate nel contesto della cd. Strategia per il Mercato Unico Digitale (4). Essa infatti, per un verso introduce un insieme puntuale di prescrizioni avente portata generale ed innovativa per i cd. Contratti «diversi» (da quelli a distanza o negoziati fuori dai locali commerciali); per l'altro ridisegna, con maggior rigore rispetto al passato le regole comuni ai contratti a distanza e negoziati fuori sede e ne sancisce specificamente i requisiti formali, rafforzando altresì il diritto di recesso, quale nucleo essenziale della tutela consumeristica*».

²⁹⁹ A. ADDANTE, *Tutela del consumatore nei contratti telematici e nuove frontiere del diritto europeo della vendita*, Padova, 2016 p. 3

A conclusione di questo paragrafo, è necessario evidenziare che le caratteristiche intrinseche del *contratto virtuale in senso stretto* rendono (quasi sempre)³⁰⁰ applicabile l'art. 33, cod. cons. La disposizione citata definisce come vessatorie le clausole che «*malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto*» e istituisce un regime di presunzione di *vassatorietà* per una serie clausole *ivi* elencate³⁰¹.

Ebbene, se consideriamo che ai sensi del comma 4, dell'art. 34, cod. cons., le clausole vessatorie sono tali in quanto non vi siano state trattative individuali, possiamo ad ogni modo concludere che le caratteristiche del contratto virtuale in *senso stretto* ci permettono di sottrarlo (quasi sempre) dall'esclusione così prevista.

³⁰⁰ Infatti, è possibile ipotizzare un dialogo e quindi una trattativa condotta mediante l'accesso al sito. Questa possibilità sembra però contraddittoria rispetto all'esigenza di risparmio di spesa che sta dietro alla standardizzazione contrattuale, e quindi dietro alla predisposizione di format ipertestuali propedeutici alla conclusione del contratto. Nonostante ciò, bisogna tenere conto il contratto virtuale in senso stretto non è un contratto necessariamente e «*giuridicamente*» per adesione, lo è in considerazione degli interessi «*pratici*» che sottendono l'offerta contrattuale «*aperta*» e accessibile mediante il sito *web*. Sul punto, cfr. M. PENNASILICO, *La conclusione dei contratti on-line tra continuità e innovazione*, in *Dir. Inf.*, 2004, p. 805 e ss. L'A., ipotizzando la presenza di trattativa nel modello point and click, scrive «*i siti commerciali, infatti, presentano i c.dd. forms, cioè moduli o formulari adoperati sia per indicare, in apposite righe di testo, i propri dati personali, sia per effettuare scelte tra diverse opzioni, più o meno modificabili, o per introdurre nuove stringhe testuali. La libera introduzione di testo nel form, operata dal consumatore-utente, ben potrebbe valere a trasmettere dichiarazioni negoziali, fino ad ipotizzare la conclusione del contratto in virtù di un «dialogo» liberamente sviluppatosi tra le parti*». Sicché l'A. riconosce la possibilità che il consumatore ottenga «*condizioni e preventivi «personalizzati», sui quali potrà esprimere o rifiutare il suo definitivo consenso o proporre modifiche. Sarà, dunque, compito dell'interprete valutare, nel caso concreto, se la «trattativa» sia stata fittizia (perché si è soltanto illuso il consumatore di «partecipare» alla determinazione della clausola) o effettiva (perché, al contrario, il consumatore ha scelto «attivamente» tra una pluralità di soluzioni o clausole possibili)*».

³⁰¹ Cfr. M. P. PIGNALOSA, *Manuale di diritto dei Consumatori*, p. 96.

Le disposizioni appena citate sono preposte alla realizzazione di una tutela *sostanziale* del consumatore rispetto all'equilibrio delle condizioni di contratto a cui abbia aderito.

Eppure, bisogna considerare che i contratti virtuali in senso stretto, possono essere stipulati anche tra soggetti professionali (*B2B*). I contratti virtuali *B2B* si distinguono da quelli consumeristici, per il fatto che l'offerta e l'accettazione si scambiano su reti "*chiuse*", come la rete "*Intranet*" o come l'"*Electronic Data Interchange*"³⁰², alle quali possono fare accesso solo utenti autorizzati³⁰³. In questi casi sarà applicabile la disciplina codicistica delle condizioni generali di contratto, di cui all'art. 1341, c.c.. Sicché, solo con riferimento alla categoria di contratti virtuali, così individuata *soggettivamente*, si porrà il problema della necessità che clausole vessatorie siano specificamente sottoscritte dall'aderente.

Infatti, nel contratto virtuale *B2C*, le clausole vessatorie, che rispondano alla nozione offerta dal comma 1, art. 33, cod. cons., o che siano appartenenti all'elenco di cui al comma 2 della medesima disposizione, sono nulle: lo sono indipendentemente dalla circostanza che siano sottoscritte o meno ed in ciò sta la divergenza di tecnica legislativa tra codice civile e codice del consumo. L'uno persegue una tutela formale, l'altro una tutela *anche* sostanziale.

Senonché, potrebbe darsi che il professionista riesca a provare la non *vessatorietà* di una clausola presunta come tale ai sensi del comma 2, art. 33, cod. cons. In tal caso, una parte della dottrina ritiene che siffatta clausola, per essere efficace, dovrebbe comunque essere stata sottoscritta, nella residuale (e decisamente improbabile) ipotesi in cui, sfuggita al sindacato di vessatorietà

³⁰² Cfr. G. PERLINGIERI e F. LAZZARELLI, *op. cit.*, p. 270.

³⁰³ Sulle indicate modalità di formazione del contratto *on-line*, si veda S. GIOVA, *La conclusione del contratto via Internet*, Napoli, 2000, p. 71 ss.;

consumeristica, rientri tra quelle (considerate tassative) descritte dall'art. 1341, c.c.³⁰⁴.

Non mancano istituti giuridici posti a tutela del consumatore, caratterizzati dalla loro natura formale e per questo idonei ad incidere sul *procedimento* di formazione del contratto telematico. Di questi istituti si parlerà nel paragrafo che segue.

3. La tutela procedimentale del consumatore; gli obblighi di informazione.

In seno al codice del consumo, sono rintracciabili due disposizioni specificamente riferite al contratto virtuale: l'art. 51, (commi II, II e IX) e l'art. 68, che con riguardo agli aspetti non disciplinati dal codice del consumo relativamente alle «*offerte di servizi della società dell'informazione*» rivolte ai consumatori per via elettronica, rinvia alle regole dettate dal d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70, attuativo della direttiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2000, «*relativa a taluni aspetti giuridici di servizi della società dell'informazione e in particolare del commercio elettronico nel mercato interno*».

La prima disposizione menzionata disciplina i “*requisiti formali per i contratti a distanza*” e si colloca nella Sezione II, Capo I, Titolo III, recante la disciplina inerente alle “*Informazioni precontrattuali per i consumatori nei contratti diversi dai contratti a distanza o negoziati fuori dai locali commerciali*”.

Pertanto, il contratto virtuale è oggetto di specifica e diretta disciplina solo per ciò che riguarda gli aspetti *formali* e *procedimentali* (salvo il rinvio di cui s'è detto). Ciò evidenzia l'importanza, le peculiarità e le insidie che il *procedimento* di formazione del contratto telematico presenta.

³⁰⁴ Cfr. E. TOSI, *La tutela dei consumatori in Internet e nel commercio elettronico: contratti, responsabilità, rimedi*, a cura di Emilio Tosi, Milano, 2012, p. 8., p. 158

Per il resto il contratto virtuale è ascrivibile alla più ampia categoria dei *contratti a distanza*³⁰⁵, che sono definiti dall'art. 45, cod. cons., l. g) come quei contratti conclusi «tra il professionista e il consumatore nel quadro di un regime organizzato di vendita o di prestazione di servizi a distanza senza la presenza fisica e simultanea del professionista e del consumatore, mediante l'uso esclusivo di uno o più mezzi di comunicazione a distanza fino alla conclusione del contratto, compresa la conclusione del contratto stesso». Ebbene, il contratto virtuale si riflette pienamente in questa definizione, rappresentandone forse un paradigma, e quindi segue la disciplina dettata per i contratti così delimitati.

Nel solco del *neoformalismo* si inserisce la disciplina dell'art. 51, cod. cons., rubricato «*Requisiti formali per i contratti a distanza*», i cui comma 2 disciplina i profili *procedimentali* inerenti la formazione del contratto da concludersi «*con mezzi elettronici*». Il riferimento, come anticipato, è proprio al contratto virtuale.

Gli aspetti *neoformalistici* della contrattazione vanno osservati in ordine «*cronologico*». Pertanto, la prima fase che prendiamo in considerazione è quella dell'adempimento dei doveri *informativi* precontrattuali che incombono sul professionista.

Ebbene, il primo periodo, comma 2, art. 51, cod. cons., prevede che, qualora il contratto virtuale comporti per il consumatore il sorgere di una obbligazione di pagamento, il professionista debba comunicare in modo chiaro ed evidente le caratteristiche principali dei beni o servizi e il loro prezzo complessivo, oppure, laddove il corrispettivo non sia *ex ante* determinabile, i criteri di calcolo dello stesso. Le informazioni dovranno essere comprensive anche dell'ammontare delle imposte e delle spese che il consumatore è chiamato a sostenere. Inoltre, il professionista deve rendere edotto il consumatore circa la durata minima degli

³⁰⁵ E. BATTELLI, *La nuova disciplina degli obblighi informativi nei contratti con i consumatori*, in *Giur. It.*, 2014, 11.

obblighi e la durata del contratto o, in caso di contratto a tempo indeterminato, circa le condizioni per recedere.

Questa comunicazione deve avvenire nel momento *direttamente* precedente l'inoltro dell'ordine. Pertanto devono essere riconoscibili *direttamente* sulla pagina ipertestuale visibile dal consumatore all'atto della pressione del tasto negoziale³⁰⁶. Ciò vale a dire che le informazioni saranno *inutiliter data*, qualora il professionista ne abbia "frammentato" cronologicamente la somministrazione. Esse, se pregresse rispetto al momento perfezionativo del contratto,³⁰⁷ possono vanificare e frustare lo

³⁰⁶ Sul punto si veda S. PAGLIANTINI, *Commento all'art. 51 del codice del consumo*; in *La riforma del Codice del Consumo, Commentario al D.Lgs. 21/2014*, (a cura) di G. D'Amico, 2015, p. 172. L'Autore sottolinea che «*il formalismo del pulsante ed il corredo delle informazioni essenziali debbano risultare, a livello di pagina web, visibili contemporaneamente, col risultato di escludere la legittimità di prassi nelle quali la disponibilità dell'informativa sia affidata al download di un documento allegato ovvero all'accesso ad un separato link in sequenza*».

³⁰⁷ Sul punto si veda S. PAGLIANTINI, *op. ult. cit.*, p. 175. Secondo l'Autore nell'ipotesi in cui il professionista ometta di adempiere all'obbligo informativo in modo chiaro ed evidente, direttamente prima dell'inoltro dell'ordine il contratto non sarà vincolante. Sicché l'Autore, conclude nel senso che «*la nullità copre pure l'ipotesi contemplata nel primo capoverso del comma 2, per il caso cioè del professionista che ometta, in tutto o in parte, di comunicare al consumatore, il cui ordine di acquisto sia immediatamente oneroso, il set di informazioni obbligatorie di cui alle lettere A, E, H e R dell'art. 49: (...) direttamente prima dell'inoltro dell'ordine causa del pagamento. Donde poi la deduzione di un'informativa anticipata, ma non contestuale al manifestarsi di una volizione da subito onerosa per il consumatore, quale seconda fattispecie nella quale la prestazione del bene o del servizio è a rischio e pericolo per il professionista, esposto così al danno di perdere per intero il corrispettivo, se non provvede a ripetere un'informativa precontrattuale minima la quale, a quanto poi è dato supporre, sarebbe da giudicare intrasparente, cioè trasmessa in un modo non chiaro ed evidente (comma 1), se la fornisce sì ma frammezzandola con altre*». Cfr. G. DE CRISTOFARO, *La disciplina degli obblighi informativi nel Codice del Consumo Riformato, (artt. 48-51 c.cons., inseriti dal d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21, attuativo della dir. 2011/83/UE sui diritti dei consumatori in G.U. n. 58 dell'11 marzo 2014)*; in *Nuove leggi civili commentate*, p. 951.

scopo informativo, poiché il trascorrere del tempo contribuisce a “distogliere” l’attenzione del consumatore”³⁰⁸.

Passiamo ora al secondo periodo della disposizione, ai sensi del quale il professionista deve garantire che il consumatore «*al momento di inoltrare l’ordine riconosca espressamente che l’ordine implica l’obbligo di pagare*».

È evidente che il fine della disposizione sia quello di evitare che il consumatore si imbatta nella c.d. “trappola dei costi” o “internet costs traps”, cioè in quei congegni telematici di cui potrebbe avvalersi il professionista al fine di provocare l’adesione del consumatore, senza che costui possa accorgersi dell’imminente assunzione di una obbligazione contrattuale, ovvero rendersi conto che stia compiendo un acquisto per un corrispettivo maggiore di quello supposto³⁰⁹.

In passato, le offerte apparentemente gratuite, sovente celavano dietro al tasto di accettazione l’adesione del consumatore ad un contratto oneroso³¹⁰. Sicché dalla direttiva sui diritti del consumatore del 2011, emerge la preoccupazione che il

³⁰⁸ In contrapposizione a quanto disposto dall’art. 49, che richiede che le informazioni vengano fornite «*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*»

³⁰⁹ Cfr. G. PERLINGIERI e F. LAZZARELLI, *op. cit.*, p. 289.

³¹⁰ Il fine di mettere fuori gioco i truffatori che in Internet si fanno pagare con l’inganno e apparentemente gratis, è esplicitamente evidenziato dal comunicato stampa sui *Diritti dei consumatori, i dieci modi in cui la nuova direttiva dell’UE sui diritti dei consumatori garantirà maggiori diritti per gli acquisti on-line*, 23 giugno 2014, Bruxelles. Il comunicato evidenzia l’utilità dell’intervento in termini di maggiore trasparenza dei prezzi e dei costi totale del prodotto o servizio, incluso qualunque addebito supplementare. Così, *gli acquirenti on-line non dovranno pagare addebiti o altri costi se non ne sono stati adeguatamente informati prima dell’effettuazione dell’ordine*. Il comunicato, inoltre, rivendica, l’eliminazione delle caselle preselezionate sui siti, che devono essere deselezionate qualora il consumatore non intenda fruire del bene o del servizio supplementare offerto attraverso quella casella. Fine ultimo, quello di creare *equie condizioni di concorrenza e ridurre i costi delle operazioni per i commercianti transfrontalieri, specialmente nel caso delle vendite via Internet*.

consumatore venga distolto rispetto alla comprensione del valore negoziale ed obbligatorio del suo contegno.

Infine, il terzo periodo del comma 2, art. 51, cod. cons., dispone che ogniqualvolta l'inoltro dell'ordine implichi l'azionamento di un pulsante o di una azione analoga, il pulsante o la funzione stessa dovranno presentare «*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*».

Questa disposizione fa chiaramente riferimento al sistema di conclusione del contratto c.d. *point and click*. La *ratio* è sempre quella di garantire al consumatore la piena consapevolezza in merito al valore negoziale del suo comportamento. Di qui un importante corollario: il legislatore europeo, alla stesura della direttiva da cui è scaturita l'attuale formulazione dell'art. 51, intendeva istituire un regime informativo a tutela del consumatore, con riferimento ai soli *contratti virtuali in senso stretto*: ciò ne rende evidente il carattere peculiare e insidioso sotto il profilo *procedimentale* e formativo, laddove invece il contratto virtuale *in senso lato* presenta minori criticità. Infatti, il contratto concluso via *e-mail*, si fonda su di un procedimento di formazione confacente a quelli più tradizionali, che meglio si presta alle trattative individuali, meno frequenti nella contraria ipotesi di *conclusione mediante accesso al sito*³¹¹.

³¹¹ Sul punto M. P. PIGNALOSA, *Contratti a distanza e recesso del consumatore*, p. 275-276. A corroborare la tesi per cui l'art. 51 sia rivolto a disciplinare gli aspetti procedurali concernenti *i soli* contratti conclusi mediante l'accesso al sito, milita il considerando n. 39, dir. 2011/83/EU, in ragione del quale la finalità perseguite dall'intervento vanno ricondotte alla necessità di «*garantire che, nei contratti a distanza conclusi tramite siti web, il consumatore sia in grado di leggere e comprendere nella loro interezza i principali elementi del contratto prima di inoltrare l'ordine*». Sicché, le informazioni devono essere «*visualizzate nell'immediata prossimità della conferma necessaria per l'inoltro dell'ordine. È altresì importante garantire che, in tali situazioni,*

Ebbene, alla luce di quanto osservato sopra, possiamo evidenziare che le informazioni previste dal comma 2 dell'art. 51, cod. cons., quanto al loro contenuto, si distinguono in due diverse categorie le informazioni previste dal primo periodo, afferiscono *all'oggetto* del nascente contratto. Le informazioni previste dal secondo e dal terzo periodo, afferiscono alle *conseguenze* che sul piano giuridico discendono dal *contegno* del consumatore.

Nonostante le differenze, la sanzione ricondotta dalla legge alla inosservanza da parte del professionista del dovere di informazione è unitaria; l'inadempimento del professionista dà luogo alla non vincolatività del contratto o dell'ordine nei confronti del consumatore³¹². Ciò è desumibile dal tenore letterale della disposizione, laddove prevede che il mancato rispetto dei doveri informativi previsti «*dal presente comma*», comportano la sanzione di cui s'è detto.

Infine, il comma 2 dell'art. 51 prescrive che «*I siti di commercio elettronico indicano in modo chiaro e leggibile, al più tardi all'inizio del processo di ordinazione, se si applicano restrizioni relative alla consegna e quali mezzi di pagamento sono accettati*». Sicché questo ulteriore dovere informativo, è sovrapponibile dal punto di vista contenutistico a quello previsto dall'art. 49, cod. cons, l. g), che impone la comunicazione delle “*modalità di pagamento, consegna ed esecuzione*” prima che il consumatore sia vincolato dal contratto a distanza. Ma, la differenza ancora una volta, risiede nell'aspetto *cronologico*, poiché la comunicazione di cui al comma 3 dell'art. 51 cod. cons., deve intervenire

il consumatore possa determinare il momento in cui si assume l'obbligo di pagare il professionista. È opportuno pertanto attirare in modo specifico l'attenzione del consumatore, mediante una formulazione inequivocabile, sul fatto che l'inoltro di un ordine comporta l'obbligo di pagare il professionista.

³¹² Cfr. G. DE CRISTOFARO, *La disciplina degli obblighi informativi nel Codice del Consumo Riformato*, (artt. 48-51 c.cons., inseriti dal d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21, attuativo della dir. 2011/83/UE sui diritti dei consumatori in G.U. n. 58 dell'11 marzo 2014); in *Nuove leggi civili commentate*, 2015, p. 953.

esattamente *prima* che il procedimento di formazione del contratto telematico abbia inizio, non già in qualsiasi momento che preceda il sorgere del vincolo.

Il novero di informazioni che il professionista deve comunicare al consumatore non finisce qui. Abbiamo rilevato che la seconda disposizione specificamente riferita al contratto virtuale è l'art. 68, cod. cons., che per gli aspetti non disciplinati dal codice, fa richiamo al d.lgs. n. 70/2003.

Inoltre, il comma 9 dell'art. 51, cod. cons. sancisce la sopravvivenza delle «*disposizioni relative alla conclusione di contratti elettronici e all'inoltro di ordini per via elettronica conformemente agli articoli 12, commi 2 e 3, e 13 del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, e successive modificazioni*». La disciplina ivi contenuta, presenta a sua volta alcune disposizioni in tema di informazione precontrattuale. In particolare l'art. 12, rubricato "*informazioni dirette alla conclusione del contratto*", prevede che il prestatore, «*salvo diverso accordo tra parti che non siano consumatori, deve fornire in modo chiaro, comprensibile ed inequivocabile, prima dell'inoltro dell'ordine da parte del destinatario del servizio*», informazioni in merito alle varie fasi tecniche da seguire per la conclusione del contratto (a), al modo in cui il contratto concluso sarà archiviato e le relative modalità di accesso (b), ai mezzi tecnici messi a disposizione del destinatario per individuare e correggere gli errori di inserimento dei dati prima di inoltrare l'ordine al prestatore (c), agli eventuali codici di condotta cui aderisce e come accedervi per via telematica (d); alle lingue a disposizione per concludere il contratto oltre all'italiano (e); all'indicazione degli strumenti di composizione delle controversie (f).

Si consideri che, a chiare lettere, il comma 2 esclude il dovere informativo, nell'ipotesi di contratti conclusi esclusivamente mediante scambio di messaggi di posta elettronica o comunicazioni individuali equivalenti, il che si salda con le considerazioni svolte sopra in merito alla minore portata innovativa del contratto *virtuale in senso lato*.

Infine, il terzo comma della disposizione in esame, prescrive che le clausole e le condizioni generali del contratto proposte al destinatario debbano essere messe a sua disposizione in modo che il destinatario del servizio possa memorizzarle e riprodurle.

Come si può osservare, l'ambito soggettivo di applicazione della disposizione è più ampio rispetto a quello proprio dell'art. 51, cod. cons., Sicché il professionista che stipuli un contratto *on-line* avrà il diritto di ricevere le informazioni di cui sopra, salvo diverso accordo intercorso con l'altro professionista.³¹³ Da questa disposizione emerge chiaramente l'ammissibilità della facoltà di *semplificare* il *procedimento* di perfezionamento dell'accordo, quando esso non sia posto a tutela di interessi superiori. Proprio per questo i professionisti potranno rinunciare alle informazioni elencate sopra. Al contrario il diritto ad essere informati è per i consumatori indisponibile, cosicché rispetto a un'intera e nutrita classe di contraenti sarà inibito di stipulare negozi di configurazione volti alla *semplificazione atipica* del procedimento di formazione dei contratti loro riferibili.

3.1. Difetto di informazione: la sanzione della non vincolatività del contratto o dell'ordine per il consumatore

Come detto, l'autonomia privata trova un limite insuperabile nelle disposizioni che obbligano il professionista a comunicare le informazioni prescritte dalla legge³¹⁴. Infatti, l'inderogabilità di questa categoria di regole deriva dal fatto che è esponentiale di un interesse generale dell'ordinamento. La conseguenza dell'omessa comunicazione delle informazioni è, ai sensi del comma 2 dell'art. 51,

³¹³ M. P. PIGNALOSA, *op. cit.*, pp. 274-279.

³¹⁴ A. M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale*, p. 330.

cod. cons., la *non vincolatività* del contratto o dell'ordine nei confronti del consumatore.

L'attuale formulazione dell'art. 51, pone un problema di coordinamento con la categoria civilistica delle patologie del negozio, posto che il vizio riconducibile alla "*non vincolatività*" è presente nel solo *codice del consumo* ed in questo senso rappresenta un *unicum*. Visto il carattere così peculiare della *non vincolatività*, non sembra che possa ergersi a istituto capace di ricavarsi una sua propria dignità sul piano sistematico, e ciò è reso evidente sia dalla sua collocazione, sia dalle vicende che in sede di recepimento della direttiva hanno portato a siffatta formulazione.

Infatti, la formula così accolta dal legislatore domestico in sede di recepimento, non è stata il frutto di una scelta ponderata, risultando, al contrario, una fedele riproposizione dell'art. 8 della dir. 2011/83/EU.³¹⁵ Quindi, si può ritenere che il legislatore non abbia scelto *proprio* quella formulazione tra le tante vagliate. Ha, più verosimilmente, ommesso di tradurla in un linguaggio giuridico coerente con la sistematica del nostro sistema civilistico.

Inoltre, si consideri che, nonostante le ambizioni di armonizzazione massima che animano la direttiva del 2011, il legislatore europeo non è mosso da esigenze sistematiche di carattere civilistico, e non intende entrare nello specifico degli istituti inerenti alla conclusione e alla patologia del contratto, che presentano notevoli peculiarità e differenze a seconda dell'ordinamento giuridico considerato.

³¹⁵ S. PAGLIANTINI, *op. cit.*, p. 178. L'A. rileva «*che il consumatore "non è vincolato dal contratto o dall'ordine" è in effetti di una vaghezza così marcata da scadere scopertamente in un'interlocutoria indeterminatezza. Neanche però, nel tentativo di inquadrare la disposizione, deve allargarsi troppo il ventaglio delle interpretazioni possibili. L'alternativa infatti bascula tra una formalità che funge da condizione di perfezionamento del contratto, sicché il difetto della letteralità di legge dovrebbe far reputare inesistente il consenso del consumatore, ed una nullità di protezione virtuale che si concretizza per relationem ai sensi della norma generale di cui*».

Quanto detto, è evidenziato dal considerando n. 14 della dir. 2011/83/EU, laddove precisa che la direttiva stessa non è volta a modificare «*la legislazione nazionale afferente al diritto contrattuale*», con riferimento agli istituti che riguardano la conclusione o la «*validità di un contratto (ad esempio nel caso di vizio del consenso). (...) o con riferimento ai rimedi generali previsti dal diritto contrattuale*».

Da ciò emerge che, coerentemente con il principio di sussidiarietà, il legislatore comunitario ha inteso avvalersi di un approccio pragmatico, sì da adottare una formulazione ampia, idonea ad abbracciare le più disparate patologie negoziali congegnate dagli ordinamenti europei. Tuttavia, allo stesso tempo, ha reso inequivocabile il risultato finale atteso e a cui gli stati membri avrebbero dovuto conformarsi. Sicché, questa formulazione *a-technica* avrebbe dovuto trovare migliore sistemazione in sede di recepimento.

Non a caso altri legislatori europei, nell'attuare la direttiva, hanno *expressis verbis* ricondotto la violazione dei doveri informativi alle classi di patologie loro note. Ad esempio in Francia (art. 121 – 19, c. 3 *Code de la consommation*, così come modificato dalla L. n. 2014-344)³¹⁶, era stata prevista la nullità del contratto virtuale concluso senza la previa comunicazione delle informazioni di cui all'art. 8 della direttiva.

Per converso, la Spagna si colloca sulla medesima lunghezza del nostro legislatore, prevedendo che «*(...) en caso contrario (mancata informazione), el consumidor y usuario no quedará obligado por el contrato o pedido.* (art. 98 TRLGDCU, n.2)». Il recepimento della “*amorfa*” categoria della *non vincolatività* è avvenuto anche in altri paesi come Austria e Portogallo.³¹⁷

³¹⁶ La disposizione è formulata nei termini che seguono: «*A cette fin, la fonction utilisée par le consommateur pour valider sa commande comporte, à peine de nullité*».

³¹⁷ Sul punto cfr. G. DE CRISTOFARO, *La disciplina degli obblighi precontrattuali*, p. 954 e ss. Per il confronto con l'ordinamento portoghese, si veda il *Decreto Lei n. 24/2014*,

La previsione della *non vincolatività*, sebbene pienamente conforme al principio della massima armonizzazione, si colloca su di un piano in cui suddetta armonizzazione non doveva e non poteva essere raggiunta. Per questo motivo è necessario ricondurre a sistema questa sanzione. Sicché i commentatori della riforma hanno ipotizzato almeno due soluzioni: considerare la *non vincolatività* alla stregua della *nullità*, ovvero alla stregua di una previsione riconducibile al mancato perfezionamento del contratto.³¹⁸

Riteniamo di aderire alla prima soluzione. Infatti, nel primo capitolo di questo lavoro è stato inquadrato il fenomeno della *procedimentalizzazione* del consenso, così da assimilare i doveri informativi *precisamente* descritti dalla legge tra quegli elementi che si inseriscono nella struttura delle fattispecie aggravate di accordo. Infatti, si prevedono elementi aggiuntivi rispetto alla libera manifestazione della volontà di contrarre.

La *procedimentalizzazione* riempie di significato l'art. 1325, c.c., che riproduce l'elemento dell'accordo tra i requisiti del contratto, dopo che lo stesso viene compenetrato nella nozione di contratto ai sensi dell'art. 1321, c.c.. Ebbene, nel caso dei contratti virtuali l'accordo, nell'accezione dell'art. 1325, c.c., ha una struttura che introietta l'elemento dell'informazione.

Sicché, l'aspetto innovativo del *neoformalismo* sta proprio in questo: non solo gli oneri formali "*classici*" concorrono a determinare i requisiti di validità del contratto. Anche la comunicazione delle *specifiche* informazioni (dettagliate e non riprodotte delle clausole aperte di buona fede e correttezza), previste dall'art. 51, cod. cons., può assurgere a elemento che si inserisce nella struttura dell'accordo,

14 de fevereiro, art. 5. La disposizione sancisce che «*Se o fornecedor de bens ou prestador de serviços não observar o disposto nos n.os 2, 3 e 4, o consumidor não fica vinculado ao contrato*».

³¹⁸ Di inesistenza del contratto stipulato in difetto della previa informativa parla, G PERLINGIERI, *Il contratto telematico*..

per cui il difetto informativo sarà vizio del *procedimento* e, siccome l'accordo è *procedimentalizzato*, si tradurrà in un vizio strutturale ai sensi degli artt. 1318 e 1325, c.c.. Come è stato rilevato da una parte della dottrina, questa previsione ha sollecitato il «*superamento del principio di “non interferenza” tra “regole di comportamento” e “regole di validità”*».

Alla luce delle argomentazioni appena esposte (che rievocano un accordo inteso in senso normativo la cui *procedimentalizzazione* è ricondotta all'art. 1325, c.c.) e considerato il comma 2 dell'art. 1318, c.c. (ai sensi del quale «*producono nullità del contratto la mancanza di uno dei requisiti indicati dall'articolo 1325*»), si può ritenere che il difetto informativo, in quanto vizio strutturale, dia luogo a nullità.

Nullità che sarà protettiva, ovvero suscettibile di essere rilevata su eccezione del consumatore o nell'interesse del consumatore, salvo che questi non vi si opponga. A sostegno di questa interpretazione milita il carattere relativo della *non vincolatività* (non vincola il consumatore, ma vincola il professionista), che, trasposta sul piano della nullità, si traduce in patologia *non più assoluta*, ma rilevabile ad iniziativa della sola parte a cui favore è posta.

Questo ordine di idee va affermandosi con gradualità nel diritto positivo del nostro Paese ed infatti può essere rilevata l'affinità che intercorre tra il vizio determinato dalla violazione dell'obbligo formativo nei *contratti telematici*, e quello che deriva dalla violazione dell'obbligo informativo nei *contratti di commercializzazione a distanza dei servizi finanziari*, (questa volta testualmente comminata) disciplinati dall'art. 67-*septiesdecies*, cod. cons., che ne sancisce la nullità laddove il fornitore abbia violato «*gli obblighi di informativa precontrattuale*».

Per concludere va sollevato un rilievo già evidenziato nel primo capitolo di questo studio: l'assolvimento degli obblighi informativi non rappresenta una circostanza particolarmente afflittiva per il ceto imprenditoriale. La

standardizzazione del contratto e del procedimento che lo prelude, «*immunizza (...)* l'agire del professionista che abbia avuto cura di essere stato diligente nell'apprestare il vincolo lessicale del proprio dichiarato»³¹⁹.

Ciò produce per il professionista almeno due conseguenze positive:

(1) Si preconstituisce una prova di correttezza precontrattuale, per il solo fatto di essere stato *compliant* rispetto alla disciplina *neoformalistica*.

(2) Il fatto di essere sottratto dagli esiti *imponderabili* di un giudizio di correttezza e buona fede, fondato sull'interpretazione di clausole aperte.

Ebbene, questi vantaggi possono essere conseguiti senza che ciò comporti particolari sacrifici economici, poiché i costi necessari per attuare politiche di *compliance* aziendale, sono voci di spesa fisse che vengono programmaticamente riassorbite dal costo finale del bene o del servizio.

Sicché nuovamente la *procedimentalizzazione* del consenso mostra la sua intrinseca natura; quella di rendere più oggettivo e affidabile il contratto, sì che l'attenzione dell'interprete venga trasportata dagli aspetti sostanziali del regolamento a quelli inerenti la conformità della sequenza di atti cui le parti hanno dato causa: il canone di questa valutazione è dato dal rispetto al *procedimento* formativo così come strutturato dalla legge.

Nonostante l'ispirazione protezionistica della disciplina, va quindi rilevato che le previsioni di cui all'art. 51, cod. cons., sembrano essere anche *market oriented*, e tutto sommato confacenti alle esigenze di raffreddamento del mercato, di calcolabilità e di certezza dei rapporti di cui s'è detto *supra*, che, dal punto di vista del diritto, rappresentano i valori della società di mercato³²⁰. Usando le parole

³¹⁹ S. PAGLIANTINI, *Commento all'art. 51 del codice del consumo*; in AA. VV., *La riforma del Codice del Consumo, Commentario al D.Lgs. 21/2014*, (a cura di G. D'Amico), 2015, p. 172.

³²⁰ F. AZZARRI, *La conclusione dei contratti telematici nel diritto privato europeo*; in *I contratti*, 3/2010, p. 300 e ss.. L'Autore sottolinea come *la struttura economica ha*

del legislatore europeo, «L'armonizzazione completa di alcuni aspetti normativi chiave dovrebbe aumentare considerevolmente la certezza giuridica sia per i consumatori che per i professionisti».³²¹

3.2. Tempo e luogo di conclusione dei contratti telematici

Veniamo ora alla fase *logicamente e cronologicamente* successiva a quella informativa: la conclusione del contratto telematico. *Supra* sono state già svolte alcune considerazioni in merito al luogo e del tempo di perfezionamento dell'accordo virtuale³²². In questa sede si cercherà di fornire alcune indicazioni ulteriori sul tema. Vanno subito individuati due elementi di criticità: il primo è dato dalla difficoltà cui va incontro l'interprete nel raccordare la disciplina dei procedimenti formativi *inter absentes* con le modalità di conclusione del contratto virtuale. Questa difficoltà deriva dalle caratteristiche della rete, che è *luogo* dematerializzato, e quindi *a-spaziale* e *a-temporale*,

La seconda criticità deriva dalla circostanza che il legislatore comunitario non sembra aver inteso creare *procedimenti formativi alternativi* a quelli domestici, nonostante abbia intensamente disciplinato i formalismi circostanti il contratto telematico.

Pertanto, seppur a livello comunitario siano state introdotte regole penetranti volte alla realizzazione di un grado massimo di raccordo tra la disciplina dei vari paesi comunitari, il legislatore europeo non sembra aver ritenuto di dover (o potere)³²³ perseguire tale armonizzazione per ciò che riguarda «la legislazione

alterato la sovrastruttura giuridica al punto di modificare la fisionomia del contratto nel suo elemento più dogmatico, la volontà, rompendo una tradizione ideale che ha il suo fulcro nella cultura del Code Napoleon.

³²¹ Cfr. *Considerando* n. 7, dir. 2011/83/EU

³²² Il tema è già oggetto di attenzione in Cap. I, Sez. I, par. 2.1.

³²³ L'armonizzazione non infatti fine a sé stessa. Ha una impronta pragmatica, posto che si spinge solo in quei settori in cui si richiede un elevato tasso di integrazione a livello

nazionale afferente al diritto contrattuale per gli aspetti di diritto contrattuale che (...) disciplina[no] (...) la conclusione o la validità di un contratto (ad esempio nel caso di vizio del consenso)»³²⁴.

Nello stesso tracciato si colloca l'art. 13, comma 1, d.lgs. n.70/2003, laddove dispone che «*Le norme sulla conclusione dei contratti si applicano anche nei casi in cui il destinatario di un bene o di un servizio della società dell'informazione inoltri il proprio ordine per via telematica*». In linea di conformità con quest'ultima disposizione si pone, infine, l'art. 67, comma 2, cod. cons., ai sensi del quale «*Per quanto non previsto dalle Sezioni da I a IV del presente Capo, si applicano le disposizioni del codice civile in tema di validità, formazione o efficacia dei contratti*».

La ragione di questa abdicazione è indirettamente espressa dal considerando n. 64, dir. 2011/83/UE, che vaglia le ragioni dell'intervento, cioè «*contribuire al*

comunitario sia economica che giuridica. Questa è la radice della frammentarietà e disorganicità degli interventi. Cfr. V. MAK, *A Shift in Focus: Systematisation in European Private Law through EU*; in *Law European Law Journal*. 3, 2011, Vol. 17, No, pp. 403–428. A pagina 420, l'A. rileva le difficoltà concorrenti il processo di armonizzazione del diritto privato a livello europeo: «*It is important to realise that the main difficulties for private law in the EU arise from the limited scope of the EU cooperation in comparison to national systems. In defining the characteristics of the European legal order I relation to private law, the feature that sets it apart from national private law systems evidently lies foremost in its emphasis on internal market policy. L'autrice sottolinea come la "settorializzazione" del legislatore europeo abbia condotto il legislatore europeo a sviluppare un "pragmatismo" che non si confà al proposito di armonizzazione del diritto privato in senso stretto. «Because of the EU's primary focus on regulatory matters in constitutional and administrative law, the development of substantive rules of private law that occurred from the mid-1980s onwards has been shaped and steered by EU public law, in form as well as in substance. The fragmentary nature of the current acquis, for example, can be explained for a large part through limited competences. More importantly, when it comes to the substance of EU private law, a significant influence of regulatory policy relating to the completion of the internal market can be perceived*».

³²⁴ Cit. Considerando n. 14, dir. 2011/83/EU

corretto funzionamento del mercato interno tramite il conseguimento di un elevato livello di protezione dei consumatori». Nel considerando, si osserva che il titolo legittimante l'intervento dell'Unione è dato dal «principio di sussidiarietà sancito dall'articolo 5 del trattato sull'Unione europea». Infine il considerando esprime il confine dell'intervento, che pertanto «si limita a quanto è necessario per conseguire tale obiettivo in ottemperanza al principio di proporzionalità enunciato nello stesso articolo». Quindi, è evidente che l'Unione non abbia ritenuto che la creazione di procedimenti formativi nuovi fosse teleologicamente necessaria e/o proporzionale rispetto al fine perseguito, che è la tutela del consumatore e la creazione di migliori condizioni di concorrenza per il mercato unico virtuale.

Perciò, una volta escluso che il legislatore europeo abbia inteso foggiare nuovi procedimenti formativi, l'interprete per rintracciare i modelli adoperabili nel caso della contrattazione virtuale è chiamato a ricorrere agli istituti giuridici disciplinati nella Sezione codicistica dedicata all'*Accordo delle parti*,³²⁵.

Rispetto alla prima criticità va ribadito che *internet* è un luogo dematerializzato, quindi *a-spaziale* e *a-temporale*, la cui immanenza non si modifica attraverso mutamenti e movimenti fisici³²⁶. La *physis* virtuale si compone di impulsi elettronici, ed è lo “scambio” e il “movimento” di questi impulsi elettronici che ne determina il divenire.

Proprio a voler valorizzare il carattere *topico* della rete, si potrebbe finanche argomentare (non senza qualche forzatura) nel senso che i contraenti siano

³²⁵ F. AZZARRI, *La conclusione dei contratti telematici nel diritto privato europeo*; in *I contratti*, 2010, n.3 p. 300 e ss; L'A. esclude che i contratti telematici presentino un loro speciale procedimento di formazione

³²⁶ M. PENNASILICO, *La conclusione dei contratti on-line tra continuità e innovazione*; in *Dir. Inf.*, 2004, p. 805 e ss.

compresenti nel luogo immateriale del *cyberspace*, così negando che il negozio virtuale possa qualificarsi come contratto *inter absentes*³²⁷.

Sta di fatto che il fulcro della disciplina dei contratti tra *persone lontane*, si caratterizza per la necessità di apprestare delle regole di efficacia *degli atti unilaterali* che le parti si scambiano per raggiungere l'accordo. Sicché, il nostro codice reca questa disciplina agli artt. 1334 e 1335, sancendo che gli atti acquistano efficacia da *quando pervengono a conoscenza della persona alla quale sono destinati*. Gli atti di *proposta, accettazione, revoca* e alle altre dichiarazioni rivolte a una persona determinata, si presumono *iuris tantum* conosciuti *nel momento in cui giungono all'indirizzo del destinatario*³²⁸.

Ebbene, queste disposizioni, che rappresentano il cuore del contratto stipulato tra persone lontane, sono evidentemente concepite avendo in mente mezzi di comunicazione richiedenti un lasso temporale apprezzabile intercorrente tra invio e ricezione. Per questo non aderiscono *pienamente* al contratto virtuale. Infatti, in rete gli atti non sono *suscettibili e destinati* a essere oggetto di ricezione, essendo piuttosto "*recepiti*" (e quindi efficaci) nel momento medesimo in cui sono posti in essere. Per questo, si consideri che la prova a carico del destinatario circa la sua incolpevole ignoranza della comunicazione destinatagli, nel caso di comunicazioni via *e-mail* o equivalenti, sarà ben più ardua da somministrare. Infatti, i dati informatici rivolti ad una persona determinata saranno (quasi sempre) accessibili in

³²⁷ È la tesi suggerita da A. M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale*, p. 320. Contro questa suggestione si veda N. IRTI, *Scambi senza accordo*, p. 358. L'Autore, rileva che i siti *internet* «non designano in verità luoghi della terra, ma puri luoghi della memoria; e che la "navigazione" si svolge in uno spazio astratto, fuori dalla storia degli uomini», i rapporti telematici si collocano su di «uno strato (...) sopra la realtà».

³²⁸ *Cit.* artt. 1334 e 1335, c.c.

ogni momento e da qualsiasi dispositivo, quantunque collocato a grande distanza dal domicilio fisico del destinatario³²⁹.

Sicché, possiamo giungere ad una prima conclusione: nel caso di contratti *virtuali in senso lato* il perfezionamento del contratto è governato dal combinato disposto degli artt. 1326, 1334 e 1335, c.c. L'accordo si perfeziona quando l'*e-mail*, o la comunicazione affine, arriva nel contenitore dei messaggi del *provider* del proponente. Laddove vi sia una connessione diretta alla rete, il contratto si conclude nel momento in cui il messaggio è registrato dal *server* dell'offerente. Laddove vi sia un collegamento diretto via *modem* (quindi al di fuori della rete *internet*) ovvero qualora i dispositivi delle parti siano connessi a una rete *Intranet*, il contratto si conclude allorquando gli impulsi elettronici, vengono registrati sul dispositivo del proponente e nel luogo ove il dispositivo è sito.³³⁰

Come si è avuto modo di sottolineare in precedenza, la conclusione dei contratti *virtuali in senso stretto* è governata dal combinato disposto degli artt. 1326 e 1336, c.c.. Sicché il contratto si conclude per effetto della pressione del tasto negoziale, ciò valendo come accettazione di una offerta al pubblico.

Per essere così qualificata, l'offerta deve «*contenere gli estremi essenziali del contratto alla cui conclusione è rivolta*». Si tratta di un'offerta che non può essere valutata alla stregua dei normali canoni degli atti recettizi, poiché essendo

³²⁹ Cfr. A. M. BENDETTI, *op. ult. cit.*, p. 411. L'A. rileva che la prova dell'oggettiva impossibilità di conoscere la e-mail, ssi sostanzia nell'impossibilità di accesso alla casella. Ebbene trattasi di prova «*quasi impossibile poiché (...) in qualsiasi luogo del mondo e (...) in qualsiasi momento il server è accessibile sol che si disponga di un p.c. collegato in rete*». M. PENNASILICO, *La conclusione dei contratti on-line tra continuità e innovazione*; in *Dir. Inf.*, 2004, p. 805 e ss. *Il proponente ha l'onere di controllare la posta elettronica in arrivo alla stregua della posta tradizionale: soltanto l'impossibilità, senza sua colpa, di conoscere l'accettazione può giustificarlo (ad esempio, cattivo o mancato funzionamento del sistema informatico del provider).*

³³⁰ F. AZZARRI, *La conclusione dei contratti telematici nel diritto privato europeo*, in *I contratti*, 3/2010, p. 314.

rivolta ad un numero indeterminato ed indeterminabile di persone, acquisterà efficacia dal momento in cui viene pubblicata. Specularmente perde efficacia qualora intervenga una revoca resa nota attraverso i medesimi mezzi di cui ci si è avvalsi per l'offerta, ovvero attraverso mezzi equipollenti. La revoca produce effetti anche nei confronti di chi non abbia potuto effettivamente averne notizia.

Inoltre, laddove l'offerta non sia sufficientemente dettagliata potrà valere solo come *invitatio ad offerendum*. Il che rende possibile un ulteriore modello di procedimento di formazione del contratto telematico.

Per concludere, bisogna osservare che il contratto stipulato mediante sistema di *accesso al sito*, si perfeziona nel luogo e nel tempo in cui l'offerente abbia la possibilità di accedere all'ordine inoltrato presso il suo indirizzo telematico. Di regola, una comunicazione informatica è accessibile quando è oggetto di registrazione dal *server* del *provider* del destinatario della accettazione. Per quanto concerne l'esatta individuazione del luogo di conclusione del contratto, il problema, per quanto concerne i rapporti di consumo, va ridimensionato alla luce del carattere inderogabile del foro del consumatore. Infatti, ai sensi dell'art. 66-bis, cod. cons., le controversie concernenti i contratti a distanza o negoziati fuori dai locali commerciali, sono di competenza del «*giudice del luogo di residenza o di domicilio del consumatore*».

Questo modello riflette e si confà al meccanismo dello scambio di proposta e accettazione, così come mitigato dal carattere pubblico dell'offerta formulata sul sito. A sostegno di questa impostazione milita l'art. 13, comma 3, d.lgs. 70/2003, a debito del quale «*L'ordine e la ricevuta si considerano pervenuti quando le parti alle quali sono indirizzati hanno la possibilità di accedervi*». Anche qui, per le ragioni di certezza dei traffici di cui si è detto nel primo capitolo, è evidente che la legge non intenda accomunare la possibilità di accesso alla effettiva ed attuale conoscenza dell'atto. Pertanto, essendo l'atto di accettazione un atto *recettizio*,

varrà anche rispetto al contratto telematico il regime oggettivo di conoscenza, specularmente a quello di cui all'art. 1336, c.c.

Bisogna infine ricordare che l'art. 1327, c.c., non può interferire col procedimento formativo del contratto concluso mediante *l'accesso al sito*, poiché tutti gli atti posti in essere in quest'ipotesi sono per loro natura *recettizi*³³¹, il che contrasta con la struttura e la *ratio* del modello procedimentale descritto dall'art. 1327, c.c..³³²In altre parole, la rete si rende artefice di ciò che al legislatore del 1942 sembrerebbe un paradosso: la mera accettazione (1326, c.c.) diviene mezzo comunicativo più rapido della diretta esecuzione della prestazione (1327, c.c.), sicché non v'è ragione in questo ambito di affidarsi al procedimento dell'*esecuzione prima dell'accettazione*. La trattazione di questo tema è stata condotta *supra*. Si consideri, inoltre, che sovente è possibile *acquistare* prodotti o servizi in rete, con

³³¹ A. M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale e annotazioni sull'art.13 del d.lgs. n. 70/2003*, in *Diritto dell'Internet*, n.1/2006, p. 79. L'A. rileva come in rete non abbia senso fare riferimento al procedimento formativo di cui all'art. 1327, c.c.. Infatti, «*il cyberspace azzera, o riduce fortemente, le differenze tra il procedimento generale di formazione del contratto (art. 1326 c.c.) e quello speciale previsto dall'art. 1327 c.c.: il secondo, nel mondo offline, è più veloce del primo, poiché sostituisce l'accettazione con l'esecuzione della prestazione richiesta dal proponente. Ma on-line, all'acquirente non si chiede (solo) di ordinare (=accettare) o solo di eseguire; ma spesso si chiede sia di ordinare (compilando moduli che esprimono la volontà di acquistare un certo bene) sia di eseguire (volendo attribuire alla digitazione degli estremi della carta di credito un comportamento esecutivo assimilabile a quello previsto dall'art. 1327 c.c.)*»

³³² Per la diversa opinione si veda A. M BENEDETTI, *ibidem*. L'A. rileva come l'inquadramento dell'accordo telematico, tra i modelli descritti dal codice civile sia un «*omaggio alla centralità degli schemi formativi di cui agli artt. 1326 e ss. Perché se si guarda al complesso impianto della norma richiamata (art. 13 d.lgs. n. 70/2003) si scopre che la formazione del contratto concluso on-line è governata diversamente e ben poco spazio rimane alle norme codicistiche sulla formazione del contratto diversamente*». Pertanto L'A. rileva che «*né il 1326 né il 1327 bastano a spiegare come si conclude un contratto virtuale; perché ciò che accade nella realtà è diverso sia dallo schema prefigurato dall'art. 1326 che da quello delineato dall'art. 1327 c.c.*»

la possibilità di pagare in contrassegno o al momento di fruizione del servizio (come spesso accade per la prestazione alberghiere). Ciò contribuisce ad escludere che il modello di cui all'art. 1327, c.c. possa essere esaustivamente descrittivo del procedimento di formazione del contratto virtuale.

3.3. Avviso di ricevimento ex art. 13, d.lgs. n. 70/2003

Il paragrafo che precede ci ha permesso di identificare i modelli di accordo entro i quali i contratti virtuali vanno sussunti. Preliminarmente è stato escluso che questi rappresentino delle autonome *species* negoziali, sicché i modelli di formazione cui si è fatto ricorso necessariamente appartengono alla disciplina di “*diritto comune*” del codice civile.

Eppure, rispetto all'*iter* di formazione del contratto virtuale, desta una certa perplessità l'istituto *dell'accusa di ricevimento dell'ordine*, previsto e disciplinato dall'art. 13 del d.lgs. n.70/2003, che scandisce un'ulteriore fase *procedimentale* del contratto stipulato mediante *l'accesso al sito*.

Ai sensi della disposizione appena menzionata, il prestatore del servizio della società dell'informazione è tenuto ad accusare il ricevimento dell'ordine, senza ingiustificato ritardo e per via telematica. Alla stessa stregua della *tempestività*, anche la *telematicità* della conferma, nell'ottica del legislatore, rappresenta un interesse del contraente. Sicché, quando uno dei due contraenti è un consumatore, non può essere pattuito un diverso mezzo di comunicazione attraverso cui confermare l'ordine³³³.

Questa “*comunicazione*” deve contenere un *riepilogo* delle condizioni alle quali è stato stipulato il contratto e deve presentare le *informazioni* inerenti le

³³³ Cfr. M. P. PIGNALOSA, *op. cit.* 314. Sul punto si veda anche A.M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 410.

caratteristiche e il prezzo del bene e del servizio, nonché l'indicazione dei mezzi di pagamento, di recesso e degli ulteriori costi e tributi a carico del consumatore.

Il tenore letterale della disposizione e la collocazione temporale degli obblighi che da essa scaturiscono, ci permettono di imputarla al fenomeno del *neoformalismo*. Come detto in precedenza, si caratterizza per l'espansione delle fasi entro cui gli oneri e i doveri (coi distinguendosi a seconda che siano o meno necessari ai fini della conclusione del contratto) informativi/formalistici si inseriscono, sino ad arrivare al momento successivo al perfezionamento dell'accordo contrattuale.

La conferma d'ordine è evidentemente un dovere di carattere informativo, che assomma in sé una duplice funzione: quella di rendere edotto il consumatore del fatto che l'ordine "*sia andato a buon fine*" e quella di rendere ulteriormente consapevole l'acquirente rispetto alla natura degli impegni e dei diritti assunti³³⁴.

La criticità di questa disposizione risiede nella circostanza che non è univocamente precisato dal legislatore, né europeo né domestico, quale valore debba essere assegnato a questo ulteriore e *sui generis* dovere (posto che non è assimilabile al pronto avviso di cui all'art. 1327, c.c.) informativo. In particolare, non è specificato quali conseguenze discendano dalla sua violazione. Sicché, a questa mancanza, hanno sopperito gli interpreti.

³³⁴ La duplicità di funzione è colta M. P. PIGNALOSA, *op. cit.*, pp. 312-314. *Ivi*, è rilevato come la conferma dell'ordine assuma una connotazione «ben più complessa», rispetto a quella del pronto avviso di cui all'art. 1327, c.c.. La ricevuta d'ordine coniuga il fine partecipativo con quello informativo, da cui si rintraccia il carattere *neoformalistico* della disposizione. Si può notare, invece, come un'indicazione divergente provenga da A. M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 408; l'Autore sottolinea che si tratti di «*un dovere analogo a quello previsto dall'art. 1327*», avente una funzione squisitamente partecipativa e quindi affine al «pronto avviso». Dovere e non onere, in quanto si colloca in una fase successiva al perfezionamento del contratto, e quindi al sorgere del rapporto obbligatore, che è la fonte del dovere di accusare ricevuta d'ordine.

In primo luogo bisogna liberare il campo da una questione: se l'inoltro dell'ordine possa considerarsi alla stregua di atto finale del *procedimento* di formazione del contratto, così inserendosi nella struttura dell'accordo telematico. La soluzione è di segno negativo per almeno due ragioni: in primo luogo il *legislatore expressis verbis* richiama le regole codicistiche che presiedono alla conclusione del contratto. Non è pertanto ravvisabile l'intento di foggare nuovi procedimenti, concorrenti con quelli di diritto comune³³⁵.

In secondo luogo le vicende che hanno portato alla formulazione definitiva della dir. 200/31/CE, depongono nel senso che il legislatore comunitario abbia *inteso* escludere che l'inoltro dell'ordine possa collocarsi tra gli oneri procedurali necessari ai fini del perfezionamento dell'accordo.

Infatti, si è assistito ad un chiaro *revirement* in sede di approvazione della summenzionata direttiva: si può osservare che l'originario articolo 11 della stessa, fosse rubricato "*momento della conclusione del contratto*", sì da contemplare l'accusa del ricevimento dell'ordine quale atto necessario affinché il contratto virtuale venisse a giuridica perfezione³³⁶.

³³⁵ Di occasione mancata parla F. ADDIS, *diritto europeo e riconcettualizzazione del diritto dei contratti e accordo e dinamiche del consenso*, p. 876. «Con il tema specifico della «formazione» del contratto perché lascia impregiudicata la soluzione del fondamentale quesito relativo al tempo e al luogo della stipulazione, imputando al professionista stesso esclusivamente un obbligo informativo, la cui violazione darà luogo ad una responsabilità per inadempimento, senza incidere sulla formazione della fattispecie negoziale, antecedente all'invio della conferma».

³³⁶ L'Articolo 11, rubricato *Momento della conclusione del contratto*, era così formulato: «Gli Stati membri prevedono che, qualora si chieda al destinatario del servizio di manifestare il suo consenso usando mezzi tecnici, come cliccare su un'icona, per accettare l'offerta di un fornitore, il contratto sia concluso quando il destinatario del servizio ha ricevuto dal prestatore, per via elettronica, l'avviso di ricevimento dell'accettazione del destinatario del servizio».

Non è facile comprendere le motivazioni che hanno spinto il legislatore europeo a fare questo passo indietro. Sennonché, una ragione potrebbe rintracciarsi nell'esigenza di non aggravare ulteriormente l'*iter* di perfezionamento del contratto telematico, rendendolo ancora *più tortuoso*³³⁷.

Aver escluso che la *conferma d'ordine* si innesti nel procedimento di formazione del contratto ed avendo di conseguenza escluso che la *ricevuta d'ordine* assurga a elemento della fattispecie *accordo*, ci pone dinnanzi alla necessità di qualificare altrimenti l'istituto. Ebbene, la soluzione che appare più coerente rispetto alle considerazioni appena svolte, è quella di reputare suddetto dovere informativo tra quelli, di matrice *neoformalistica*, che tipizzano la diligenza e la correttezza richiesta al prestatore finanche nella fase dell'esecuzione del contratto.

Così, assunta questa prospettiva, bisogna concludere che laddove il prestatore ometta di avvisare l'accettante del fatto che ha ricevuto l'ordine, sarà esposto alla richiesta di pagamento del risarcimento dei danni conseguenti alla sua omissione e, probabilmente, alla domanda di risoluzione del contratto.

Il titolo dell'obbligazione risarcitoria va ricondotto all'inadempimento contrattuale, posto che il contegno omissivo si traduce nella mancata esecuzione di una prestazione doverosa in forza di un già concluso negozio. Sennonché appare evidente che la tutela risarcitoria rischia di vanificare la previsione, posto che per il consumatore potrebbe essere *«difficilmente ottenibile in concreto»*³³⁸.

³³⁷ F. ADDIS; *op. ult. cit.*, p. 880. L'A. rileva come siano prevalere *«al momento della redazione finale della direttiva, le considerazioni di chi poi ha fatto presente che un congegno così "tortuoso" avrebbe nociuto alla celerità dei traffici e probabilmente solo l'adozione di una prospettiva di indagine di natura ideologica, sulla scorta delle riflessioni di Di Raimo, potrebbe permettere di valutare per quali motivi le scelte si sono orientate in una direzione piuttosto che in un'altra. Resta il fatto che la disposizione non ha più nulla a che vedere»*.

³³⁸ Cit. F. ADDIS, *op. ult. cit.*, p. 878. Cfr. A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale e formazione del contratto virtuale: annotazioni sull'art. 13 d.lgs. 70/2003*; in *Diritto dell'Internet*, 2006, n.1, p. 80, L'A. rileva come la mancata indicazione delle conseguenze della violazione dell'obbligo informativo vanifichi *«l'effetto protettivo»*;

Nonostante l'obbligo di accusare la ricevuta dell'ordine non rilevi dal punto di vista della formazione del contratto, non se ne può ad ogni modo negare il tratto *procedimentale* e *neoformalistico*. Il consenso delle parti è raggiunto prima che sia nato l'obbligo formale di cui s'è detto. Quindi, è vero che il contratto si conclude in forza del procedimento risultante dal combinato disposto degli artt. 1326, c.c. e 1332, c.c. Ma è altrettanto vero che l'inadempimento del professionista non sia comunque privo di conseguenze. Perciò la necessità di questo adempimento, permette ad ogni modo di inserirlo tra quelli che contribuiscono a delineare il "*procedimento*" (nel senso ampio di cui s'è detto) del contratto telematico. Infatti, nonostante questo dovere informativo non si collochi tra quelli che concorrono a delineare la struttura dell'accordo, conserva la sua natura *procedimentale* e serve a rinsaldare proprio l'accordo già formatosi. Contribuisce a rafforzare l'affidamento del consumatore in ordine all'esito dell'affare concluso, che in ragione di questo dovere è reso più trasparente. Tutela l'imprenditore dinnanzi alla possibilità che la condotta osservata a seguito dell'inoltro dell'ordine venga vagliata alla luce della ben più vago canone della diligenza e correttezza richiesta nell'esecuzione del contratto. Il che vale a confermare l'idea espressa *supra*, che il *neoformalismo* dà luogo a un procedimento *in itinere*, che travalica il momento conclusivo del contratto, sì da incidere le fasi tanto precedenti che susseguenti, sempre *oggettivizzando* e rendendo più calcolabile il *contrarre*.

poiché - a tacere della difficoltà di individuare la natura giuridica di un siffatto obbligo - non sono chiaramente identificabili le conseguenze della sua violazione, di talché, in questo caso, la tutela offerta al consumatore ne verrebbe, di fatto, nullificata o fortemente ridotta»

4. Esercizio dell'autonomia privata procedimentale nella contrattazione telematica; riflessioni sulle condizioni generali di contratto dei quattro maggiori siti di e-commerce italiani.

Veniamo adesso alle fasi conclusive di questo lavoro. Avendo rintracciato la struttura legale dell'accordo telematico, si rende necessario comprendere come le parti possano modellare il *procedimento* di formazione del contratto virtuale.

In primo luogo è necessario sollevare un rilievo: dalla disciplina recata dal d.lgs. n. 70/2003, emergono due ipotesi di semplificazione tipica, cioè resa facoltativa *ex lege*. Ci riferiamo alla facoltà riconosciuta alle parti di perfezionare un negozio di configurazione volto (1) all'esclusione del dovere informativo di cui all'art. 12, d.lgs. n. 70/2003, ovvero volto ad (2) escludere l'obbligo di accusare ricevuta d'ordine, di cui all'art. 13 dello stesso decreto.

Questa facoltà è resa evidente dalle sopracitate disposizioni. Ai fini dell'esclusione dell'obbligo di informazione o dell'obbligo di accusare la ricevuta d'ordine, entrambe ammettono che possa intercorrere tra le parti un «diverso/differente accordo».

Come è stato già rilevato, in queste due ipotesi, le parti hanno la facoltà di *alleggerire* il *procedimento* contrattuale, in modo da renderlo meno complesso di quanto non l'abbia concepito la legge. Questa considerazione vale indipendentemente dal fatto che la ricevuta d'ordine non assurga a momento conclusivo del contratto. Rimane parte del procedimento, non riferendoci, questa volta, al procedimento formativo che delinea la struttura dell'accordo, ma al procedimento inteso in senso ampio, cioè come oggettivazione non solo della fase di formazione del contratto, ma pure di quelle anteriori e successive.

Tuttavia è di fondamentale rilievo, la circostanza, di cui s'è già fatto cenno, che la legge ammette suddetta facoltà solo con riferimento alle «*parti diverse dai consumatori*». Sicché è escluso che possa intervenire un negozio *configurativo*

volto alla semplificazione del procedimento del contratto di cui siano parti «*un consumatore e un professionista*»³³⁹.

Questa esclusione, ai fini del nostro studio, è significativa per due motivi.

In primo luogo suggerisce delle indicazioni di natura generale rispetto ai limiti che si pongono nei riguardi della semplificazione atipica: non potrà avere luogo qualora l'aggravamento legale di una fattispecie sia rivolta alla protezione del contraente debole. In queste ipotesi la regola che prevede il *quid pluris* rispetto al libero scambio dei consensi è *inderogabile*, perché volta alla protezione di un interesse primario dell'ordinamento³⁴⁰.

In secondo luogo, l'esclusione di cui agli artt. 12 e 13, d.lgs. n. 70/2003, traccia i limiti specifici dell'esercizio dell'*autonomia privata procedimentale* relativamente ai contratti virtuali *B2C*. La struttura di questi contratti potrà essere mutata pattizamente solo in funzione di aggravamento della fattispecie di accordo telematico, sì da appesantire ulteriormente la struttura modellata dal legislatore.

³³⁹ Cfr. A. M. BENEDETTI, *Autonomia privata e formazione del contratto virtuale, notazioni sull'art. 13 del d.lgs. n. 70/2003*, p.80: «Le regole fissate dal Decreto, innanzi tutto, hanno carattere imperativo, ma solo per i contratti conclusi con i consumatori; il che, in armonia con la ratio che ispira tutte la normativa speciale in materia di contratti dei consumatori, fa pensare che il legislatore voglia, appunto, porre un freno al potere del venditore che predispose l'ambiente e i passaggi tecnici che il consumatore deve seguire per concludere il contratto. D'altra parte, le regole diventano dispositive quando si tratta di contratti conclusi tra parti diverse dai consumatori (art. 13, comma 2); ed allora due imprenditori possono fissare regole di formazione dei negozi tra loro conclusi on-line diverse da quelle prefigurate nello stesso art. 13 del d.lgs. citato, utilizzando la rete per rendere più "veloce" la formazione dei contratti necessari per i loro affari

³⁴⁰ Ciò è reso evidente dall'art. 25 della direttiva 2011/83/UE, rubricato «*Carattere imperativo della direttiva*» e ai sensi del quale «*I consumatori non possono rinunciare ai diritti conferiti loro dalle misure nazionali di recepimento della presente direttiva. Eventuali clausole contrattuali che escludano o limitino, direttamente o indirettamente, i diritti derivanti dalla presente direttiva, non vincolano il consumatore*».

L'autonomia privata procedimentale, nell'ambito della vasta categoria dei contratti consumeristici può allora esplicitarsi solo nella direzione di aggravare il procedimento contrattuale. Gli atti e i fatti che *ex lege* si inseriscono nel procedimento del contratto consumeristico esprimono un interesse superiore dell'ordinamento, sia domestico che europeo: la tutela del consumatore e per suo tramite, del regime concorrenziale del mercato.

Una concreta manifestazione di detto aggravamento, è data dalla facoltà di elevare *l'avviso di ricevimento dell'ordine* a momento conclusivo del contratto. Così da trasformare un dovere concepito dalla legge come *postcontrattuale*³⁴¹, in fase finale del procedimento formativo del contratto telematico.

La considerazione appena svolta, trova conforto nella concezione normativa ed elastica di accordo che è stata delineata nelle fasi iniziali di questo studio.

Tuttavia, deve essere rilevato che, indipendentemente dal sostegno *dogmatico* che può confortare la tesi dell'aggravamento atipico in seno ai contratti virtuali, è la prassi commerciale stessa a suggerire che l'interesse delle parti si rivolga molto spesso nella direzione di rendere la *ricevuta d'ordine atto conclusivo del procedimento di formazione* del contratto virtuale.

Per corroborare quanto sin ora esposto, vanno adesso esaminate le condizioni generali di contratto predisposte dalle maggiori imprese operanti nel

³⁴¹ Sul punto A. M. BENEDETTI, *op. ult. cit.*, p. 78. «*in questo senso, del resto, depone la stessa prassi commerciale, la quale mostra come sovente, se non sempre, l'acquirente sa che solo con la conferma dell'ordine il suo impegno sarà definitivo (e di questo il venditore spesso lo avvisa nelle clausole dell'offerta diffusa sul sito commerciale). Sembrerebbe, dunque, che in questi casi non basti l'arrivo dell'accettazione - ordine all'indirizzo del proponente (come, invece, sarebbe sufficiente secondo lo schema generale dell'art. 1326, comma 1, c.c.), ma occorra che il proponente avvisi l'altra parte di aver ricevuto l'accettazione, quasi che il procedimento formativo del contratto subisca uno spostamento in avanti, venendo a concludersi presso l'oblato-consumatore, e quando questi è messo a conoscenza che il proprio ordine è stato ricevuto dal venditore*»

mercato dell'e-commerce italiano: (1) Zalando, (2) Amazon (3) Booking e (4) Trenitalia.³⁴² Nel proseguo, si darà conto degli interessi che verosimilmente possono sorreggere una siffatta scelta *procedimentale*.

(1) Consideriamo le condizioni generali di contratto predisposte dall'impresa "Zalando"³⁴³.

La conclusione del contratto è disciplinata dall'art. 1.2., ai sensi del quale «*Cliccando sul tasto "Acquista ora" il cliente effettua un ordine vincolante relativamente agli oggetti contenuti nel carrello virtuale. Una volta trasmesso l'ordine, Zalando invierà entro 1 ora al cliente una e-mail di Ricevuta d'ordine*».

Emerge, *prima facie*, il carattere fermo dell'ordine, che giungendo subito all'indirizzo telematico del proponente, è immediatamente irrevocabile.

L'art. 1.3. completa la disciplina del procedimento di formazione del contratto, statuendo che «*Il contratto di compravendita si intende concluso tra Zalando e il cliente quando quest'ultimo riceve la conferma dell'ordine. Qualora il cliente non riceva alcuna conferma dell'ordine entro il termine indicato al presente art. 1.2., il relativo ordine dovrà intendersi rifiutato da Zalando e, dunque, privo di effetti*».

Il procedimento così configurato nelle condizioni generali di contratto, si può riassumere nella formula che segue:

OFFERTA (*presentazione dei prodotti attraverso la vetrina on-line*) + ORDINE (*accettazione irrevocabile*) + RICEVUTA D'ORDINE = ACCORDO.

(2) Le condizioni generali di contratto Amazon³⁴⁴, si occupano all'art. 1, rubricato «*il nostro contratto*», di qualificare giuridicamente la «*presentazione di prodotti e di servizi sul sito o tramite le applicazioni Amazon per dispositivi*

³⁴² Cfr. Il *ranking* delle maggiori imprese operanti sul mercato digitale: <https://www.casaleggio.it/e-commerce-ranking/>

³⁴³ Cfr. <https://www.zalando.it/zalando-cgv/>

³⁴⁴ Cfr. <https://www.amazon.it/gp/help/customer/display.html?nodeId=200545940>

mobili». La presentazione sulla vetrina telematica è oggetto di una specifica previsione contrattuale configurativa, in forza della quale va considerata alla stregua di un «*invito ad offrire*»³⁴⁵.

Emerge così un primo aspetto *procedimentale*. Contrattualmente si stabilisce quale valore assegnare alla presentazione di prodotti o servizi. Il contegno del professionista, nonostante si sostanzi in una offerta sufficientemente dettagliata e quindi astrattamente sussumibile nella fattispecie dell'*offerta al pubblico*, è definito *ex contractu* come *invitatio ad offerendum*,

Si tratta di una clausola *definitoria*, la cui categoria, come anticipato nel primo capitolo, è diffusa nelle condizioni di contratto *standard* con lo scopo di garantire l'autosufficienza del regolamento contrattuale.

Ebbene, ai fini del perfezionamento dell'acquisto non sarà sufficiente l'inserimento del prodotto nel *c.d. carrello*, poiché la cliccata sul tasto "*compra*

³⁴⁵ Si riporta l'Art. 1 delle "Condizioni generali di vendita Amazon": «*La presentazione di prodotti e di servizi sul sito o tramite le applicazioni Amazon per dispositivi mobili costituisce un invito ad offrire. Il tuo ordine verrà quindi considerato come una tua proposta contrattuale di acquisto rivolta ad Amazon per i prodotti elencati, considerati ciascuno singolarmente. (...) (3) Al ricevimento del tuo ordine, ti invieremo automaticamente un messaggio di presa in carico dell'ordine stesso ("Conferma Ordine"). Con l'invio della Conferma Ordine, infatti, ti confermiamo solamente di aver ricevuto l'ordine e di averlo sottoposto a processo di verifica dati e di disponibilità dei prodotti da te richiesti. Il contratto di vendita con Amazon EU Sarl si concluderà solamente nel momento in cui ti invieremo una separata e-mail di accettazione della tua proposta di acquisto che conterrà anche le informazioni relative alla spedizione del prodotto e alla data prevista della consegna ("Conferma Spedizione"). (..)*
(5) Tutti gli ordini effettuati sul sito devono corrispondere alle normali necessità di consumo. Tale requisito trova applicazione sia in relazione al numero di prodotti acquistati con un singolo ordine, sia in caso di una pluralità di ordini relativi al medesimo prodotto anche nel caso in cui ciascun ordine comprenda un quantitativo di prodotti corrispondente alle normali necessità di consumo».

ora” (nonostante il significato del termine, che è chiaramente volto all’ottemperanza formale rispetto alla disciplina consumeristica), non è mezzo idoneo alla conclusione del contratto; ciò in forza di una clausola contrattuale. La cliccata, che giuridicamente si identifica nell’*invio dell’ordine*, rappresenta piuttosto una offerta contrattuale.

In sintesi la clausola così congegnata rende *invito a proporre* ciò che di per sé sarebbe altrimenti qualificabile come offerta contrattuale. Trasforma in proposta ciò che altrimenti sarebbe atto di accettazione. Si configura così un modello che prevede almeno un’ulteriore fase *procedimentale* rispetto a quelle normalmente e residualmente sufficienti per la conclusione del contratto.

L’art. 1 prosegue statuendo che l’ordine, a seguito dell’inoltro, «*viene considerato come una (...) proposta contrattuale di acquisto*». A seguito del ricevimento dell’ordine in automatico viene inviato «*un messaggio di presa in carico dell’ordine stesso ("Conferma Ordine")*». Le clausole in esame hanno una spiccata valenza *procedimentale*, e aggravano a tal punto l’*iter* di formazione del contratto, che finanche la conferma dell’ordine è comunicazione precontrattuale, dovendo considerarsi quale mera “*conferma di presa carico dell’ordine*”. Sicché a scanso di equivoci, lo stesso art. 1 ribadisce che «*La Conferma dell’Ordine non costituisce accettazione della proposta di acquisto*», rappresentando piuttosto la conferma che l’ordine è stato ricevuto e che è stato «*sottoposto a processo di verifica dati e di disponibilità dei prodotti richiesti*».

Ai sensi della stessa clausola delle *Condizioni generali di vendita Amazon*, la fase finale del procedimento di conclusione del contratto è individuata «*nel momento in cui (...) invieremo una separata e-mail di accettazione della tua proposta di acquisto che conterrà anche le informazioni relative alla spedizione del prodotto e alla data prevista della consegna ("Conferma Spedizione")*». Sicché alla “*legale*” conferma d’ordine, si aggiunge una seconda comunicazione, denominata

“*conferma di spedizione*”, la cui ricezione rappresenta il momento di chiusura del procedimento, culminante nella conclusione del contratto.

L’art. 1, infine, disciplina la revoca dell’ordine, che potrà avvenire, «*prima di avere ricevuto la Conferma Spedizione, a condizione che l'ordine non sia stato preparato per il processo di spedizione*». Dalla disposizione emergono due corollari, entrambi afferenti ad aspetti *procedimentali* del contratto.

In primo luogo, avendo il predisponente dilatato gli adempimenti che si collocano alle spalle del contratto, sarà in questo caso possibile revocare l’ordine. Infatti, esso vale come offerta contrattuale. Ricordiamo che qualora operi il procedimento residuale di formazione del contratto (cioè quello della conclusione *mediante cliccata o accesso al sito*) l’accettazione del consumatore non sarebbe invece revocabile, poiché nello stesso momento in cui sia posta in essere risulterebbe conoscibile per il proponente ed il contratto sarebbe concluso. Qui, *sia* l’inversione del ruolo delle parti, *sia* l’aggiunta di tre ulteriori fasi che precedono il perfezionamento dell’accordo telematico, fa sì che residui un lasso di tempo sufficiente ai fini della revoca dell’ordine (che abbiamo detto essere la proposta contrattuale). Va aggiunto che sin qui il regolamento contrattuale di *Amazon* è coerente con la disciplina codicistica della revoca della proposta e dell’accettazione, di cui all’art. 1328, c.c.

In secondo luogo, bisogna osservare che l’ordine è vincolante non già dal momento in cui viene ricevuta la *conferma di spedizione*, bensì dal momento in cui *l’ordine sia stato preparato per il processo di spedizione*. Questa previsione non ci sembra di agevole interpretazione, ma è possibile intenderla nel senso che l’ordine non potrà essere revocato dall’acquirente una volta che il venditore abbia condotto tutte le attività preparatorie ai fini della spedizione di quanto costituisce l’oggetto dell’acquisto. Questa clausola deroga la disciplina codicistica di cui all’art. 1328, c.c.. Infatti, sebbene sia sancito *expressis verbis* che il contratto si concluda con il ricevimento della conferma di spedizione, l’offerta diviene irrevocabile in un

momento anteriore, cioè dal momento in cui vi sia l'inizio dell'esecuzione da parte del venditore. Sicché, *l'autonomia privata procedimentale* ha generato in questo caso un *mix* di procedimenti, che:

(a) Per quanto riguarda la *conclusione* del contratto risponde alla logica dell'art. 1326 e quindi alla logica degli atti recettizi.

(b) Per quanto concerne la *revocabilità* degli atti, risponde alla logica dell'art. 1327, c.c., ciò giocando chiaramente a favore del venditore, in quanto l'ordine sarà definitivo e vincolante quando il venditore abbia iniziato l'attività preparatoria, sebbene il contratto non sia ancora concluso.

L'esercizio dell'*autonomia privata procedimentale* persegue principalmente due finalità. *La prima* è quella di prevenire le controversie. Dilatare l'intervallo di tempo che precede il perfezionamento dell'accordo, permette all'imprenditore di gestire meglio gli ordini, in modo da non risultare obbligato rispetto a prestazioni che (seppur pubblicizzate nella vetrina *on-line*) non è realmente in grado di eseguire.

Dall'altra parte, non si può dire che il consumatore venga vessato dal procedimento così configurato, poiché dispone di un ulteriore *spatium deliberandi* per revocare l'offerta, grazie all'intervallo intercorrente tra cliccata e ricevimento della "*conferma di spedizione*".

Si potrebbe opporre al ragionamento sin qui condotto che un procedimento così tortuoso non giovi al valore economico della speditezza e della riduzione dei costi transattivi. Ebbene, gli oneri *procedimentali* imputabili all'imprenditore vengono assolti da sistemi informatizzati automatici. I tempi necessari allo scambio di comunicazione sono ridotti al minimo, considerato il carattere *a-temporale* della rete. Si aggiunga che i costi comunque sopportati dall'imprenditore per gestire un procedimento di formazione così modellato, sono costi fissi, mentre quelli che potrebbero derivare dal sorgere di controversie (che aumenterebbero in misura inversamente proporzionale alla complessità del procedimento formativo e

sarebbero quindi maggiori laddove il contratto si concludesse immediatamente) sono a monte indeterminabili, e per questo tanto più intollerabili per l'imprenditore.

Tutto ciò è reso quanto più evidente dal tenore dell'art. 3 delle condizioni generali di vendita *Amazon*. Ivi è statuito che l'acquirente non potrà pretendere la prestazione laddove il prodotto non sia effettivamente disponibile, ovvero sia disponibile ad un prezzo maggiore di quello indicato sul sito, poiché in queste ipotesi l'ordine «*non potrà comunque essere accettato*». Per questo, qualora le giacenze di magazzino siano insufficienti e l'imprenditore non sia nelle condizioni di adempiere, non inoltrerà l'avviso di spedizione. Così, il contratto non sarà concluso ed alcuna obbligazione di consegna sarà imputabile all'imprenditore.

Ciò esprime chiaramente le finalità che sottendono la *procedimentalizzazione* del consenso, la quale nuovamente svela il suo volto: è tecnica giuridica di cui si avvale la grande impresa per la disciplina dei contratti di massa che la riguardano. Si aggiunga che quando si stipula attraverso piattaforme come *Amazon*, si risponde ad un *invito ad offrire* formulato in automatico da un *software*, il che inevitabilmente dà nuova linfa alle considerazioni svolte dall'Irti nel suo saggio "*Scambi senza accordo*". In conclusione, il procedimento di formazione del contratto stipulato attraverso il sito di *e-commerce Amazon*, può essere così compendiato:

INVITO A OFFRIRE (*nonostante l'esatta indicazione degli elementi essenziali dello stipulando contratto*) + OFFERTA/INOLTRO DELL'ORDINE (*revocabile entro l'inizio di esecuzione da parte del venditore*) + RICEVUTA D'ORDINE (*presa carico dell'ordine*) + AVVISO DI SPEDIZIONE (*configurato quale atto di accettazione*) = ACCORDO.

(3) e (4) Per quanto concerne i contratti stipulati attraverso *Booking*³⁴⁶ e *Trenitalia*³⁴⁷, il modello formativo è quello di cui all'art. 1326, c.c.. La ragione della profonda divergenza procedimentale rispetto alle clausole sopra esaminate, si giustifica per la differenza che riguarda l'oggetto della prestazione dedotta in contratto. Non è un'obbligazione di fare acquistare la proprietà di un bene (prodotto in serie e quindi fungibile) al consumatore, ma è rispettivamente un'obbligazione avente ad oggetto prestazioni di servizio alberghiero e di trasporto.

Si consideri, inoltre, che la tesi che vuole concluso il contratto telematico attraverso il procedimento di cui all'art. 1327, si fonda sulla considerazione che, secondo l'*id quod plerumque accidit*, l'acquisto è preceduto o contestuale al pagamento di una somma di danaro a titolo solutorio, il che varrebbe come esecuzione della prestazione prima dell'accettazione.

A ulteriore conferma dell'inidoneità di questo modello rispetto all'*iter* formativo del contratto virtuale, valga una seconda considerazione: il contratto alberghiero (come quello stipulato attraverso la piattaforma di *booking.com*) è sovente concluso a fronte di una prestazione di pagamento del corrispettivo differita nel tempo, la quale potrà essere eseguita nel momento stesso in cui l'ospite si presenti presso l'albergatore.

A conclusione di questo paragrafo è possibile formulare alcune conclusioni. L'aggravamento atipico del procedimento di formazione del contratto virtuale esplica una duplice funzione:

(1) Rinsalda l'affidamento del consumatore rispetto alle vicende dell'"ordine" telematico che lo riguarda. Aumentando il tempo intercorrente tra *inoltro dell'ordine e conclusione del contratto*, si finisce per dilatare anche lo *spatium deliberandi* di cui questi dispone. Se consideriamo che l'intera disciplina

³⁴⁶ Cfr. <https://www.booking.com/content/terms.it.html>

³⁴⁷ <http://www.trenitalia.com/tcom/Informazioni/Come-acquistare-online-il-biglietto>

recata in materia di contratti a distanza persegue questo medesimo fine, non si può rintracciare nel negozio di configurazione che altera e sovverte il ruolo (in senso procedimentale) delle parti, una funzione di frode alla legge.

(2) Tutela l'imprenditore di fronte alla possibilità che un numero sostanzialmente incontrollabile e contestuale di ordini provochi l'assunzione di altrettante obbligazioni contrattuali, che l'imprenditore non sia in grado di adempiere.

4.1. Segue; art. 51, comma 2, cod. cons.: *il consumatore non è vincolato dal contratto o dall'ordine*

Come anticipato, l'inosservanza dei precetti procedurali disciplinati dall'art. 51, comma 2, cod. cons., comporta che «*il consumatore non è vincolato dal contratto o dall'ordine*».

Tra gli interpreti, ha destato perplessità la circostanza che il legislatore abbia *disgiuntamente* considerato il *contratto* e *l'ordine* quali atti non vincolanti per il consumatore, qualora questi non sia stato correttamente informato.

Da una parte, la dottrina ha argomentato che contratto e ordine vadano considerate come un'*endiadi*, coerentemente con l'idea che il procedimento formativo del contratto virtuale si lasci sussumere in quello previsto dall'art. 1326³⁴⁸. Infatti, non è ipotizzabile la scissione tra *ordine* e *contratto* (salvo le residuali ipotesi di invito a offrire), poiché essi vengono contestualmente a giuridica esistenza.

³⁴⁸ Cfr. M. P. PIGNALOSA, *op. cit.*, p. 290. L'A. osserva che l'uso della disgiuntiva non designa «*due ipotesi distinte, configurandosi piuttosto come un'endiadi*».

Dall'altra, la formula riportata *supra*, ha dato spunto per ipotizzare che la sanzione che il legislatore abbia inteso prevedere sia quella del mancato perfezionamento del contratto³⁴⁹.

Posto che il modello *residuale* di *procedimento formativo* è quello di cui all'art. 1326, c.c., la prima soluzione si può ritenere più coerente con la struttura di accordo prevista per i contratti *inter absentes*.

Tuttavia, è si può notare che la formula adottata dall'art. 51, si presti ad un'ulteriore interpretazione, idonea a valorizzare la pluralità di modelli che vengono o possono essere configurati dalle società attive *nell'e-commerce* mediante le condizioni generali di contratto da queste ultime predisposte.

L'uso della disgiuntiva *o* rispetto all'individuazione dall'atto inidoneo a produrre i suoi effetti vincolando il consumatore, appare coerente con l'ipotesi di *aggravamento atipico* del procedimento formativo. In particolare sembra descrivere il procedimento in cui l'avviso di ricevimento è configurato quale momento di conclusione del contratto. In questa ipotesi, infatti, pur non essendo attuata un'inversione formale del ruolo del proponente e dell'oblato, si posticipa la conclusione del contratto ad un momento successivo all'inoltro dell'ordine.

Attraverso l'analisi delle condizioni generali di contratto *Zalando*, si è avuto modo di constatare che l'inoltro dell'ordine vale come accettazione. Eppure, dall'accettazione non scaturisce il perfezionamento dell'accordo, poiché è necessaria un'ulteriore fase procedimentale: la "*conferma dell'ordine*". Ciò è il frutto delle atipiche regole *procedimentali* che governano l'*iter* di formazione del contratto. Sicché, nonostante l'oblato rimanga oblato e il proponente rimanga tale, l'inoltro dell'ordine non postula immancabilmente un contratto.

³⁴⁹ Cfr. G. PERLINGIERI e F. LAZZARELLI, *op. cit.*, p. 290: «talvolta la violazione del dovere di comportamento può determinare non l'invalidità, ma addirittura l'inesistenza del contratto».

Si è notato che l'ordine (accettazione) è *ab origine* irrevocabile, sicché *vincola* il consumatore, nonostante il *contratto* non sia ancora concluso.

Ciò appare coerente con la formula per cui «*il consumatore non è vincolato (...) dall'ordine*». Le condizioni generali di contratto *Zalando*, e le molte altre che riproducono lo stesso diffuso modello, rendono possibile l'ipotesi che vi sia un *ordine vincolante (l'accettazione irrevocabile)*, seppur il contratto non sia ancora pervenuto a giuridica perfezione.

Così, in astratto, sembrerebbe prevista proprio l'ipotesi in cui un ordine *da solo* vincoli il consumatore, ed in questo senso la disgiuntiva “o” acquista un ulteriore significato, altrettanto pregnante.

Tuttavia, non sembra ipotizzabile che il legislatore europeo abbia inteso disciplinare proprio questa specifica circostanza. Tuttalpiù, si può ritenere che il carattere “*atecnico*” e “*generico*” della formulazione risponde a uno specifico metodo che informa la direttiva: il pragmatismo. L'art. 51, cod. cons., non è concepito quale grimaldello per “*forzare*” i complessi “*equilibri*” degli ordinamenti civilistici degli stati membri. Vuole perseguire uno scopo pratico: fare sì che il consumatore non sia vincolato, non importa quale possa essere l'atto da cui, secondo ciascun ordinamento, il vincolo deriva. Forse inconsapevolmente, una così generica formulazione, finisce per ricomprendere non solo i procedimenti formativi variamente disciplinati dagli stati membri, ma pure quelli configurati atipicamente dai privati. L'onnicomprensività della formulazione finisce per abbracciare anche i procedimenti formativi generati dall'autonomia privata procedimentale.

Ebbene, in assenza di un negozio di configurazione, sicuramente il modello residuale implica che *l'ordine* fa nascere il *contratto*, e quindi il consumatore non ne resterebbe vincolato laddove gli obblighi informativi restino disattesi. In questa ipotesi ordine e contratto rappresentano senza alcun dubbio un unitario momento procedimentale, essendo in effetti un'*endiadi*.

Nella diversa ipotesi in cui *l'autonomia privata procedimentale* abbia configurato modelli in forza dei quali un ordine diviene “vincolante”, seppur non ancora sia sorto il contratto, esiste effettivamente un atto che potrebbe vincolare il consumatore, prima che il contratto sia concluso.

Si potrebbe allora intendere la formula legislativa come coerente rispetto a questa ambivalenza. Altresì, si potrebbe ipotizzare che la legge abbia inteso considerare la possibilità che *l'autonomia privata procedimentale* effettivamente incida sulle dinamiche del consenso e del procedimento formativo contrattuale. Ragionando in questi termini, le parti possono prevedere ipotesi in cui, a fronte di ordine vincolante (poiché irrevocabile), non vi sia ancora un contratto perfezionato.

5. Spunti conclusivi sulla procedimentalizzazione, legale o negoziale, dell'accordo virtuale.

Alla luce delle considerazioni esposte sopra, non solo è possibile argomentare nel senso che l'aggravamento atipico dell'accordo telematico sia una legittima facoltà delle parti, frutto dell'*autonomia privata procedimentale*. È possibile osservare che *l'autonomia privata procedimentale* sia già ampiamente esercitata dagli operatori economici, i quali attraverso apposite clausole contenute nelle condizioni generali di contratto, configurano modelli atipici, tesi all'aggravamento della struttura dell'accordo e all'ulteriore *procedimentalizzazione* del consenso.

In questo senso, nell'aggravamento atipico, non si riscontra alcuna violazione di norme imperative che si pongano a tutela del consumatore. Sicché, l'aggravamento va considerato non solo conforme al principio *codicistico* dell'accordo, ma pure rispettoso delle regole *procedimentali* poste precipuamente a tutela del consumatore, nella sua qualità di parte debole del rapporto.

La *procedimentalizzazione* del consenso è tecnica giuridica avente la spontanea attitudine di generare certezza nei rapporti giuridici, sì da prevenire il contenzioso e assicurare che i reciproci interessi con maggiore probabilità si soddisfino: sono queste le ragioni che spingono la grande imprese a inserire clausole procedurali nei contratti *standard* che le riguardano.

L'esigenza di speditezza dei traffici, che originariamente informava le scelte procedurali, sia legali che consensuali, faceva da contraltare a una società in cui i mezzi di comunicazione erano lenti.

Nell'attuale contesto tecnologico e di mercato, la formula si è invertita: a fronte di rapidissimi strumenti di comunicazione, che abbattano le distanze, l'esigenza è quella rallentare la sequenza di atti che si pongono alla base del contratto, posto che ciò non comporta particolari costi o dispersione di opportunità, semmai contribuendo a prevenire le spese di contenzioso. Ecco dunque, che la *procedimentalizzazione* del consenso fa nuovamente capolino nella prassi commerciale, e lo strumento giuridico utilizzato è sempre quello dell'*autonomia privata contrattuale*.

La *procedimentalizzazione* provoca un "raffreddamento del contratto", lo oggettivizza e ne rende più calcolabili gli esiti, indipendentemente dalla circostanza che sia il frutto di una scelta del legislatore o dei privati.

Tutte le perplessità inerenti alla volontarietà degli atti telematici, alla giuridicità della *cliccata* e alla modalità di formazione del contratto virtuale, vengono stemperate dalla *procedimentalizzazione* convenzionale del consenso. Sicché, tenendo a mente l'insegnamento del Gorla, si può concludere che la formazione del contratto non è circostanza che va indagata sotto la luce del consensualismo, dell'incontro o della fusione delle volontà. Va indagata sotto la luce delle esigenze di «*tutela delle aspettative di buona fede e sulla composizione degli interessi che ne nascono, in una bilancia che il diritto cerca di attuare nel modo più conveniente o meno imperfetto in un dato ambiente storicamente*

*determinato»*³⁵⁰. L'equilibrio, che è il luogo di contemperamento degli interessi, anche per ciò che riguarda il contratto virtuale, può essere raggiunto attraverso l'esercizio dell'*autonomia privata procedimentale*.

³⁵⁰ G. GORLA, *La "logica-illogica" del consensualismo o dell'incontro dei consensi e il suo tramonto*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, p. 273.

CONCLUSIONI

Prendendo le mosse dai principali argomenti di teoria generale del contratto, questo studio ha voluto saggiare alcuni tra i confini dell'autonomia contrattuale. La facoltà di *darsi una regola privata*, è certamente (ed in larga parte) rivolta alla disciplina degli aspetti sostanziali dei rapporti giuridici costituiti, regolati o estinti attraverso il negozio contrattuale. Ma, all'esito dello studio sin qui condotto, è possibile ritenere che i privati possono regolare anche il procedimento formativo del contratto, disciplinando il susseguirsi di atti che vi si pongono alla base.

Questa prima conclusione è suffragata da alcuni indici positivi, disseminati nel codice civile, che sgombrano il campo dalla concezione “*regolare*” del procedimento formativo disegnato dall'art. 1326, c.c., e ci consegnano una nozione elastica di accordo contrattuale. Esso può variamente atteggiarsi, sì da acquistare una struttura legale talvolta aggravata, talvolta semplificata. L'aggravamento e la semplificazione del procedimento di formazione del contratto, incide sulla struttura dell'accordo e fa da contraltare a intrusioni “*blande*” oppure “*forti*” nella sfera giuridica altrui.

Possiamo concludere che in seno all'accordo contrattuale non è possibile identificare una struttura regolare, alla quale contrapporre altre di carattere eccezionale. Invero, l'accordo può concepirsi come procedimento qualificato da norme.

Quanto fin ora detto è reso evidente dalla circostanza che l'impianto codicistico sembra propendere per l'oggettiva imputabilità della dichiarazione che si pone alla base del contratto, piuttosto che per la sua effettiva volontarietà. Evidenza di ciò,

sono la disciplina dell'errore ostativo, delle regole che presidono l'efficacia degli atti unilaterali, delle regole concernenti le condizioni generali di contratto e l'invalidità dell'atto posto in essere dall'incapace naturale. In tutti i casi suddetti, il legislatore opera un bilanciamento tra l'interesse alla piena tutela dell'autonomia contrattuale e quello alla certezza dei rapporti (in cui si inserisce la tutela dell'affidamento), propendendo per il secondo. Ciò è il frutto dell'impostazione produttivistica del codice, in seno al quale l'interesse alla rapida e sicura circolazione della ricchezza è di massimo rango.

Allora si può accogliere una nozione normativa di accordo, sì da concepirlo, in primo luogo, come essenza del contratto (ex art. 1321, c.c., "*il contratto è l'accordo*") ed in secondo luogo come procedimento (ex art. 1325, 1, c.c., ai sensi del quale "*I requisiti del contratto sono: l'accordo delle parti*"). Al compimento del procedimento disegnato dalla specifica fattispecie di accordo, la legge, che adotta una certa tecnica procedimentale, riconduce il valido perfezionamento della fattispecie contrattuale (ex art. 1418, comma 2, c.c. "*Producono nullità del contratto la mancanza di uno dei requisiti indicati dall'articolo 1325*").

L'accordo, quale procedimento qualificato da norme, si sostanzia in una fattispecie non unitaria, talvolta forte, talvolta debole. Entrambe le categorie devono inserirsi nel perimetro tracciato dal principio dell'accordo, differenziandosi sulla base del differente grado di ingerenza attuato nell'altrui sfera giuridica.

Tra le fattispecie forti di accordo rientrano quelle, di origine europea, recentemente introdotte con il fine di attuare una tutela *formalistica* nei confronti di classi di contraenti deboli. Nell'introdurre suddetti oneri/obblighi *neoformalistici*, la legge omette spesso di stabilire quali conseguenze discendano dalla loro inosservanza. Sicché, tenendo a mente quanto detto, in merito

all'accordo quale procedimento, si ritiene che il criterio dirimente è quello che tiene conto delle caratteristiche dell'obbligo/onere imposto al contraente forte, dando pregio alla distinzione tra *regole di validità* e *regole di buona fede*. *Le prime* sono quelle che impongono dettagliati adempimenti, i quali, vista la loro esaustività, si inseriscono nella struttura dell'accordo, sì da determinare la nullità del contratto in caso di loro disattenzione. *Le seconde* sono quelle regole che riproducono le clausole aperte della buona fede e della correttezza contrattuale, tali da determinare il possibile annullamento del contratto e/o il risarcimento del danno a titolo di responsabilità precontrattuale. Questa conclusione fa i conti con la natura dei nuovi obblighi formalistici, i quali non sono pienamente comprensibili alla luce della classica distinzione tra regole di validità e regole di comportamento.

Il *neoformalismo*, quale complesso di regole che si caratterizzano per la funzione cui assolvono e per la varietà di adempimenti che vi sono ricollegati, è sussumibile nelle fattispecie legali di *accordo forte*. Così da determinare, nei casi in cui la legge imponga specifici adempimenti, una struttura di accordo pesante, che designa un procedimento alla disattenzione del quale è riconducibile la nullità del contratto.

Invero, la legge talvolta riconosce alle parti la facoltà di incidere sulla struttura dell'accordo, il che accade, ad esempio, con riferimento alla richiesta di *pronta esecuzione* ex art. 1327, c.c., che è atto unilaterale *procedimentale*: seppur incide la sfera giuridica, non produce di per sé effetti sostanziali. Si pensi, inoltre, alla *forma convenzionale*, alla *forma richiesta per l'accettazione* e alla *proposta ferma*. Questi atti contribuiscono a disegnare un certo procedimento formativo e ad essi va assegnata efficacia reale. Ebbene, il riconoscimento di questa facoltà depone nel senso della meritevolezza di protezione giuridica degli *interessi*

procedimentali, il soddisfacimento dei quali richiede che vengano convenzionalmente scandite le fasi dell'*iter* di formazione del contratto.

Si è avuto modo di precisare che la giurisprudenza tende ad ammettere l'esercizio di questa facoltà, che può ad esempio esplicitarsi nella configurazione di un procedimento di formazione *consensualistico*, laddove la legge richieda la *traditio* ai fini della conclusione del contratto (*semplificazione atipica*). Viceversa, frutto dell'*autonomia privata procedimentale* può essere la clausola che rende reale il contratto altrimenti convenzionale, o che preveda l'*approvazione della casa* quale atto conclusivo del procedimento (*aggravamento atipico*). Ebbene, le estrinsecazioni dell'*autonomia privata procedimentale* possono essere molteplici. Va osservato come la funzione cui la procedimentalizzazione assolve, per sua natura, è quella di raggiungere un maggior grado di certezza in ordine al *se* e al *quando* della conclusione del contratto. Fine ultimo, la prevenzione del contenzioso.

Le parti possono foggare procedimenti atipici. L'esercizio di questa facoltà deve essere rispettoso del principio dell'accordo, non potendo comportare una soggezione *sine die* e *sine causa* all'altrui iniziativa contrattuale, nonostante tale soggezione venga contemplata in un precedente negozio. Il procedimento di formazione del contratto non può derogare norme imperative, come ad esempio quelle *neoformalistiche* poste a tutela del consumatore. Ciò, ad esempio, non si verifica con riferimento alla semplificazione atipica del contratto reale, poiché la realtà non sembra ergersi a tutela di un interesse superiore dell'ordinamento. L'esercizio delle facoltà procedimentali non può comportare un abuso del diritto; non può, cioè, essere contrario alla *buona fede oggettiva* e alla *correttezza*

contrattuale, sicché l'*escamotage* utilizzato per imporre all'oblato l'onere di parlare e sigillato in un negozio di configurazione, è improduttivo di effetti.

Alla luce delle considerazioni sopra svolte, si può concludere che l'esercizio dell'*autonomia privata procedimentale* ha margini di operatività più ampi, se rivolta all'aggravamento atipico del consenso, ben più ridotti se rivolta alla semplificazione dello stesso.

Posto ciò, la classe di contratti che, forse più delle altre, si mostra sensibile alla *procedimentalizzazione* del consenso è quella del contratto telematico. La ragione è da rinvenirsi nel massimo grado di incertezza che la rete reca con sé con riguardo alle vicende degli atti negoziali che attraverso di essa vengono veicolati. Sicché, a questo grado massimo di incertezza, le parti (specie quelle professionali) tendono a ovviare attraverso la predisposizione di clausole configurative, che siano idonee quantomeno a disciplinare la conclusione del contratto ed il rapporto da esso scaturente, il che, nel contesto *immateriale* e *atemporale* della rete, è particolarmente importante.

In questo contesto l'*autonomia privata procedimentale* è rivolta all'aggravamento (ulteriore) dell'*iter* formativo, già tortuoso a causa degli adempimenti formalistici richiesti vuoi dal d.lgs. n. 70/2003, vuoi dall'art. 51, II e comma 3, cod. cons. La ragione di questa tendenza va rintracciata, da una parte, nella circostanza che risultano applicabili al contratto telematico gli schemi formativi di diritto comune (artt. 1326, 1333, 1334, 1335, 1336, c.c.): ciò inevitabilmente comporta delle disfunzioni, se si consideri che la rete abbatte il tempo necessario alla conoscibilità dell'atto unilaterale recettizio al *tempo della cliccata*. Dall'altra, è controverso quale valore assegnare a taluni oneri/obblighi procedimentali, tra i quali l'avviso di ricevimento dell'ordine ex art. 13, d.lgs. n. 70/2003. In questo contesto di

incertezza la *self regulation* e la *procedimentalizzazione* del consenso appaiono scelte opportune da parte del professionista.

Infatti, la *procedimentalizzazione* del consenso permette di governare l'*iter* di formazione del contratto telematico da concludersi mediante accesso al sito. La presentazione sulla vetrina *on-line* di un bene o di un servizio è in astratto suscettibile nella fattispecie di *offerta al pubblico*. Sicché il professionista sarebbe obbligato ogniqualvolta un utente della rete inoltri un ordine. Il che potrebbe comportare gravissimi disagi correlati, ad esempio, all'irreperibilità in magazzino di quanto richiesto.

I contratti conclusi mediante accesso al sito sono quasi sempre contratti non negoziati, *standard* e per adesione. Questo significa che il costo necessario alla predisposizione di un'apposita clausola procedimentale è un costo fisso iniziale.

La *procedimentalizzazione* del consenso è già imposta dalle regole *formalistiche* poste a tutela dell'utente. Queste regole sono, nel caso dell'utente professionale derogabili e nel caso dell'utente consumatore inderogabili. Sicché, il professionista, dovendo generalmente adempiere agli obblighi informativi precontrattuali e al dovere di accusare la ricevuta dell'ordine, dispone già delle strutture tecniche necessarie ai fini dell'ulteriore *procedimentalizzazione* del consenso. Queste strutture, inoltre, comportano costi fissi, che vengono *programmaticamente* riassorbiti dal costo finale del bene o del servizio.

In definitiva, la *procedimentalizzazione* convenzionale del consenso, nell'ambito del contratto telematico riesce ad ovviare a una serie di incertezze interpretative che riguardano la conclusione del contratto stesso. Inoltre, permette di superare tutti quei rischi riconducibili all'ingovernabile susseguirsi di ordini telematici che giungono al *server* del professionista. In mancanza di un apposito negozio di

configurazione, ciò determinerebbe il sorgere di altrettanti rapporti obbligatori, con un aumento esponenziale in termini di possibilità di inadempimento e contenzioso.

Quanto detto, è reso evidente dalle condizioni generali di contratto dei maggiori siti di *e-commerce*, il cui tenore permette di differire la conclusione del contratto ad un momento successivo all'inoltro dell'ordine. In particolare, gli operatori economici rimettono il perfezionamento dell'accordo, o al ricevimento da parte dell'utente dell'avviso di ricevimento dell'ordine, oppure all'inoltro di un successivo atto dichiarativo. Sicché la conclusione del procedimento formativo è sempre governata dal professionista, il quale, laddove non sia in grado di eseguire la prestazione richiesta, eviterà di dare causa alla conclusione del contratto: la *procedimentalizzazione* del consenso permetterà allora di fugare il rischio di risultare inadempiente.

L'esercizio dell'autonomia privata procedimentale, insieme con il proliferare degli oneri formalistici, comporta un'ulteriore oggettivizzazione del contratto e contribuisce all'ulteriore raffreddamento del mercato virtuale. In definitiva, l'esercizio dell'*autonomia privata procedimentale* reca maggiore certezza giuridica rispetto alla formazione del contratto concluso in rete, e ciò contribuisce a prevenire il contenzioso.

BIBLIOGRAFIA

AA. VV., *Diritto dell'informatica*, (a cura di) G. Finocchiaro e F. Delfini, San Mauro Torinese, 2014.

AA. VV., *Il contratto telematico*, (a cura di) V. Ricciuto, N. Zorzi, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2002.

AA. VV., *Tutela del consumatore in internet e nel commercio elettronico*, (a cura di) E. Tosi, Milano, 2012.

A, ADDANTE, *Tutela del consumatore nei contratti telematici e nuove frontiere del diritto europeo della vendita*, Padova, 2016.

F. ADDIS, *Forma, il paradosso delle forme convenzionali*, in *Obbl. contr.*, 2007, n.4.

F. ADDIS, *Diritto Comunitario e «riconcettualizzazione» del diritto di contratti: accordo e consenso*, in *Obbl. contr.*, 2009, n.11.

F. ADDIS, *Neoformalismo e tutela dell'imprenditore debole*, in *Obbl. e Contr.*, 2012, n.1.

G. ALPA, *Il contratto in generale I, fonti teorie e metodi*, Milano, 2014.

C. ANGELICI, *Studi sull'autonomia dei privati*, Torino, 1997.

F. AZZARRI, *La conclusione dei contratti telematici nel diritto privato europeo*, in *I contratti*, 2010, n.3.

G. AZZONI, *Solennità della forma e sostanzialità giuridica*, in *Il diritto tra forma e formalismo*, Napoli, 2011.

Z. BAUMAN, *Liquid modernity and power, a dialogue with Z. Bauman*, in *Journal of Power*, 2008, n.1.

E. BATTELLI, *Contrattazione e condizioni generali di contratto nell' e-commerce*; in *I Contratti*, 2010, fasc. 2.

E. BATTELLI, *Riflessioni sui procedimenti di formazione dei contratti telematici e sulla sottoscrizione "on line" delle clausole vessatorie*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, fasc. 4.

E. BATTELLI, *La nuova disciplina degli obblighi informativi nei contratti con i consumatori*, in *Giur. it.*, 2014, n. 1.

Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, Roma, 2012.

A. M. BENEDETTI, *Autonomia Privata Procedimentale*, Torino, 2002.

A. M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale e annotazioni sull'art.13 del d.lgs. n. 70/2003*, in *Diritto dell'Internet*, 2006, n.1.

G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale, ristampa anastatica*, Milano, 2007.

G. BENEDETTI, *Diritto e linguaggio. Variazioni sul diritto muto*, in *Europa dir. priv.*, 1999.

E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico, Rist. corr. della 2. Ed.*, Napoli, 1994.

C. M. BIANCA, *I Contratti telematici*, in *Studium Iuris*, 1998, n. 2.

C. M. BIANCA, *Acontrattualità dei contratti di massa?*, in *Vita notarile*, 2001, n. 3.

C. M. BIANCA, *Il Contratto*, in *Diritto Civile III*, Milano, 2013.

R. BOCCHINI, *Il contratto di accesso a internet*, in AA. VV. *Manuale di diritto dell'informatica*, (a cura di) Daniela Valentino, Napoli, 2016.

T. CAMPAGNA, *Agenti senza rappresentanza: momento di effettuazione dell'operazione nel caso dell'operazione nel caso di proposta di acquisto salvo approvazione della casa*, in *Azienda e Fisco*, 1999, n.3.

A. CATRICALA', M. P. PIGNALOSA, *Manuale del diritto dei consumatori*, Roma, 2013.

R. CLARIZIA, *Il commercio elettronico: gli aspetti giuridici generali e le problematiche contrattuali*; in *Rivista del notariato*, 1999, fasc. 6, pt. 1.

Comunicato stampa sui Diritti dei consumatori; i dieci modi in cui la nuova direttiva dell'UE sui diritti dei consumatori garantirà maggiori diritti per gli acquisti on-line, 23 giugno 2011, Bruxelles, http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-11-450_en.htm

Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al comitato economico e sociale europeo e al comitato delle regioni per un approccio globale per stimolare il commercio elettronico transfrontaliero per i cittadini e le imprese in Europa. Relazione sulla Indagine tramite acquisti in incognito (mystery shopping) sulle restrizioni territoriali e i blocchi geografici nel mercato unico digitale europeo, Bruxelles, 2016,

A. CORBINO, *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana*, 2. Ed, Torino, 2006.

F. CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, Bari, 1981.

F. CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, in *Trattato di diritto civile del consiglio nazionale del notariato*, (diretto da) P. Perlingeri, Napoli, 2008.

G. D'AMICO, *Formazione del contratto*, in *Enciclopedia del diritto, Annali, II*, Milano, 2008.

G. DE CRISTOFARO, *La disciplina degli obblighi informativi nel Codice del Consumo Riformato*, (artt. 48-51 c. cons., inseriti dal d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21, attuativo della dir. 2011/83/UE sui diritti dei consumatori in G.U. n. 58 dell'11 marzo 2014), in *Nuove leggi civili commentate*, 2012.

A. DI MAJO, *L'accordo*, in AA. VV., *Lezioni sul contratto raccolte da Andrea Orestano*, Cap. I, Torino, 2009.

R. DI RAIMO, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, Napoli, 2003.

E-commerce in Italia, Report della Casaleggio e Associati, 2017.

European B2C E-commerce Report 2016, Facts, Figures, Infographic & Trends of 2015 and the 2016 Forecast of the European B2C E-commerce Market of Goods and Services, www.ecommerce-europe.eu, 2016.

G.B. FERRI, *Il negozio giuridico*, Padova, 2004.

G.B. FERRI., *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Rimini, 1992.

L. FERRI, *Lezioni sul contratto*, Bologna, 1975.

A. M. GAMBINO, *L'accordo telematico*, Milano, 1998.

F. GAZZONI, *Contratto reale e contratto fisico (ovverosia l'accordo contrattuale sui trampoli)*, in *Riv. dir. comm.*, 2002.

A. GEMMA, *L'accordo telematico*, in AA.VV. *I contratti informatici*, (a cura di) R. Clarizia, in *Trattato dei contratti* (a cura di) P. Rescigno e E. Gabrielli, Torino, 2007.

A. GENTILI, *Contratti del consumatore e diritto comune dei contratti*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2016.

A. GENTILI, *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, n. 3.

A. GENTILI, *Inefficacia del contratto telematico*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, n.6.

A. GENTILI, *La forma*, in Aa.Vv, *Lezioni sul contratto raccolte da A. Orestano*, Torino, 2009.

G. GILMORE, *The death of contract*, Ohio State University Press, 1995.

G. GIOIA, *Nuove nullità relative e tutela del contraente debole contratto*, in *Contratto e impresa*, 1999, N.3.

G. GORLA, *La logica illogica del consensualismo o dell'incontro dei consensi e il suo tramonto*, in *Scritti in memoria di W. Cesarini Sforza*, Milano, 1968.

H. HELRICH, *Fondamenti della sociologia del diritto*, Volume 35, in *Civiltà del diritto*, Torino, 1976.

N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016.

- N. IRTI, *Destini dell'oggettività. Studi sul negozio giuridico*, Milano, 2011
- N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, n.1.
- N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998.
- N. IRTI, *Studi sul formalismo negoziale*, Padova, 1996.
- G. IUDICA, *Globalizzazione e diritto*, in *Contratto e Impresa*, 2008, n. 4-5.
- J. KAPLAN, *Artificial intelligence, think again*; in *Communications of the ACM*, 2017, Vol. 60, n. 1.
- J. KAPLAN, *Le persone non servono*, Roma, 2016.
- A. KATZ, *The Strategic Structure of Offer and Acceptance: Game Theory and the Law of Contract Formation*; in *Michigan Law Review*, 1990, Vol. 89, N. 2.
- H. KRONKE, *Il trasferimento della proprietà nel diritto tedesco*, <http://fragmentaiuriscivilis.myblog.it/media/01/01/1765185419.pdf>.
- V. MAK, *A Shift in Focus: Systematisation in European Private Law through EU*, in *Law European Law Journal*, 2011, Vol. 17.
- D. MEMMO, *Diffformità del testo bilingue ed interpretazione del contratto*, in *Giur. it.*, 1994, n.10.

E. MINERVINI, P. BARTOLOMUCCI, *La tutela del consumatore telematico*; in AA. VV. *Manuale di diritto dell'informatica (a cura di) Daniela Valentino*, Napoli, 2016.

G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, Torino 1980, Libro IV, Tomo II.

L. MODICA, *Formalismo negoziale e nullità, le aperture delle Corti di merito*, in *Contratto e Impresa*, 2011, n.1.

L. MODICA, *La forma negoziale e le sue nuove funzioni nei contratti dei consumatori*, Palermo, 2004.

L. MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto: dal negozio solenne al nuovo formalismo*, Milano, 2008.

E. MORELATO, *Nuovi requisiti di forma nel contratto: trasparenza contrattuale e neoformalismo*, Padova, 2006, p. 8:

A. NATALE, *La conversione del negozio nullo per difetto di forma convenzionale*, in *Nuova giur. civ.*, 2001, n. 2.

S. NONNE, *Nullità di contratti del consumatore come modello per il c.d terzo contratto*, in *Contratto e Impresa*, 2016, n. 4-5.

M. NUZZO, *Condizioni generali di contratto*, in *Dizionario di diritto privato (promosso da), N. Irti*, Milano, 1980.

M. NUZZO, *Predisposizione di clausole procedimento di formazione del contratto*, in AA. VV., *Studi in onore di Santoro Passarelli*, Napoli, 1972.

M. NUZZO, *Sulla rilevabilità d'ufficio del difetto di forma convenzionale*, in *Giust. civ.*, 1980.

E. O'HARA O'CONNOR, *The limits of contract law harmonization*, in *Eur J Law*, 2012, n. 33.

G. OPPO *Disumanizzazione del contratto?*; in *Riv. dir. civ.* 1998, n.5.

S. PAGLIANTINI, *Commento all'art. 51 del codice del consumo*, in AA. VV., *La riforma del codice del consumo a cura di G. D'Amico*, Padova, 2015.

PAGLIANTINI, *Il neoformalismo contrattuale dopo i d.lgs 141/2010, 79/2011 e la direttiva 2011/83/UE: una nozione (già) vielle renouvelée*, in *Persona e mercato- Saggi*, 2014.

S. PAGLIANTINI, *La riforma del codice del consumo ai sensi del d.lgs. 21/2014: una rivisitazione (con effetto paralizzante per i consumatori e le imprese?)*, in *I Contratti*, 2014, n. 8-9.

S. PAGLIANTINI, *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, Pisa, 2009.

V. PANDOLFINI, *Contratti online e clausole vessatorie, quale firma elettronica?*, in *I contratti*, 2013, n.1.

T. PASQUINO, *La conclusione del contratto nella direttiva sull'e-commerce*, in AA.VV., *Il contratto telematico* (a cura di) N. Zorzi, in *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia* (diretto da) F. Galgano, Milano, 2002.

S. PATTI, *Contratto tra «autonomie de la volonté» e moderno «zwingendes Vertragsrecht»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, n.2.

M. PENNASILICO, *La conclusione dei contratti on-line tra continuità e innovazione*; in *Dir. Inf.*, 2004, p. 805 e ss.

G. PERLINGIERI, F. LAZZARELLI, *Il contratto telematico*, in AA. VV. *Manuale del diritto dell'informatica*, (a cura di) D. Valentino, Napoli, 2016

M. P. PIGNALOSA, *Contratti a distanza e recesso del consumatore*, Milano, 2016,

Report, Idc e-commerce, Analyze the Future; in www.idc.com.

V. RICCIUTO, *Diritto dell'economia*, in *Trittico Giuridico*, (diretto da) Ugo De Siervo, Giovanni Iudica, Francesco Carlo Palazzo, Milano, 2013.

SALV. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961.

V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, (a cura) di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2016.

V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, 3. Ed., Torino, 2011.

G. RUSCONI, *Cresce l'e-commerce italiano, giro d'affari oltre gli 11 miliardi. Abbigliamento e turismo i settori più in vista per l'export*, in *Il Sole 24 Ore, Nova24 Tech*, 2013, 28 maggio.

R. SACCO, *Il diritto muto: neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi*, Bologna, 2015.

R. SACCO, *La conclusione dell'accordo*, in *I contratti in generale* (a cura di) E. Gabrieli, Torino, 2006.

P. SAMMARCO, *I nuovi contratti dell'informatica: sistema e prassi*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, (a cura di) F. Galgano, Padova, 2006.

F. C. von SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, Vol. III, Torino, 1900.

P. SCHLESINGER, *Complessità del procedimento di formazione del consenso ed unità del negozio contrattuale*, in *Studi in onore di Paolo Greco*, II, Padova, 1965.

C. SCOGNAMIGLIO, *La conclusione e l'esecuzione del contratto telematico*, in *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, (a cura di) S. Sica e P. Stanzone, Milano, 2002.

E. TOSI, *High tech law: the digital legal frame in Italy: an overview of contracts, digital content protection and ISP liabilities emerging issues*, Milano, 2015.

E. TOSI, *La dematerializzazione della contrattazione: il contratto virtuale con i consumatori alla luce della recente novella al codice del consumo di cui al d. lgs. 21 febbraio 2014, n. 21*, in *Contratto e impresa*, 2014, n. 6.

E. TOSI, *Il contratto virtuale con i consumatori*, in *Studium Iuris* 2014, n.4.

E. TOSI, *La tutela dei consumatori in Internet e nel commercio elettronico: contratti, responsabilità, rimedi*, Milano, 2012.

E. TOSI, *Contratti telematici, informatici e virtuali: nuove forme e procedimenti formativi*, Milano, 2010.

E. TOSI, *Il contratto virtuale, procedimenti formativi e forme negoziali, tra tipicità e atipicità*, Milano 2005.

A. URSO, *Autonomia privata e procedimenti di formazione del contratto*, in *Persona e mercato*, 2010, n.1.

F. VENOSTA, *Profili del neoformalismo negoziale: requisiti formali diversi dalla semplice scrittura*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2008, n. 11.

N. VISALLI, *La promessa di mutuo nell'ambito della teoria del contratto reale*, in *Riv. Dir. civ.*, 2000, n.1.

C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, Milano, 1916.

T. WILHELMSSON, *European rules on pre-contractual information duties?*, in *ERA-Forum*, 2006, n.7.

A. ZIMATORE, *Il mutuo di scopo*, Padova, 1985.

A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in AA. VV., *Studi in onore di Nicolò Lipari*, Milano, 2008.

A Franco e Antonio, nobili amici.