

LA “CONFERMA D’ORDINE” NELLA FORMAZIONE DEL CONTRATTO TELEMATICO

Alberto Maria Benedetti¹

1. Il problema della formazione del contratto telematico.

Preparavo qualche anno fa uno studio sulla formazione del contratto², quando mi capitò d’imbattermi nello spinoso e attualissimo problema della conclusione del contratto telematico/virtuale, o, per uscire da categorie forse un po’ troppo indefinite, del contratto concluso da chi naviga su siti commerciali, con lo scopo di acquistare qualunque genere di prodotto o servizio che, oggi, il grande mercato della rete è in grado di offrire.

Osservando il fenomeno della contrattazione virtuale, mi sembrarono non del tutto appaganti le soluzioni fino ad allora prospettate relativamente al tempo, al modo e al luogo di conclusione del contratto *on-line*. E, in particolare con riguardo al modo di formazione, non mi convinceva l’idea largamente diffusa, secondo la quale, anche per i contratti conclusi su e attraverso la rete Internet, potevano continuare ad utilizzarsi i procedimenti formativi previsti dal codice civile, dei quali, pur con qualche adattamento, la dottrina dominante tendeva a servirsi (anche) con riferimento ai contratti dell’*e-commerce*³.

Partii da una constatazione di fondo: la Rete può interagire con le parti nella conclusione di un contratto in modi diversi, soggetti a variazioni continue, poiché l’evolversi della tecnica, in questo settore, è talmente rapido da apparire, talvolta, inafferrabile.

¹ Professore associato di diritto privato nell’Università degli Studi di Genova

² *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, Torino, 2002. Dei problemi della formazione del contratto virtuale si legge alle pp. 79 e ss.

³ Per tutti: G. COMANDÈ – S. SICA, *Il commercio elettronico. Profili giuridici*, Torino, 2001, p. 53 ss.; GIUS. FINOCCHIARO, *Diritto di internet*, Bologna, 2001, p. 51 ss. e P. PARIGI, *Contratti on line*, in G. CASSANO (a cura di), *Internet. Nuovi problemi e questioni controverse*, Milano, 2001, pp. 109-111. Nell’ottica degli schemi formativi codicistici si pone anche lo studio di S. GIOVA, *La conclusione del contratto via internet*, Napoli, 2000, p. 57 ss e D. MEMMO, *Il consenso contrattuale. Le nuove tecniche di contrattazione*, Padova, 2007, 51 ss.

Il dato che emerse era il seguente: l'*e-commerce* è dominato, quanto a conclusione del contratto, dalla volontà di chi predispone il sito, il quale, disegnando un certo percorso che l'acquirente deve seguire, costringe l'oblato – colui cui l'offerta contenuta nel sito è diretta – a tenere una serie di comportamenti (esternati attraverso le arcinote “cliccate”) che, nel complesso, manifestano il proprio consenso al regolamento contrattuale.

In altre parole, nell'offerta al pubblico diffusa sul sito commerciale sono contenute (anche) le regole tecnico-procedimentali che presiedono alla formazione del contratto concluso *on-line*.

Ed allora mi parve non del tutto appagante la soluzione che inquadrava il contratto virtuale – quanto a modi di formazione – in uno dei procedimenti previsti dalla legge; vuoi ricorrendo all'art. 1326 c.c., vuoi invocando l'applicazione dell'art. 1327 c.c..

Nessuno di questi schemi, infatti, sembrò adatto ad essere applicato alla realtà virtuale, e ciò, in estrema sintesi, perché le modalità formative dei contratti virtuali sembrano possedere caratteristiche tutte loro, e che difficilmente possono essere ricomprese in uno degli schemi codicistici di cui s'è riferito poc'anzi.

La Rete può veicolare dichiarazioni (offerte al pubblico, accettazioni) che si incrociano in tempi brevissimi, talvolta neppure misurabili: ogni dichiarazione inviata attraverso internet giunge quasi all'istante al suo destinatario che, data la peculiarità del mezzo-luogo con e in cui si contratta, è nell'impossibilità di dimostrare di non averne avuto conoscenza senza colpa (secondo i parametri dell'art. 1335 c.c.). Ed è vero, peraltro, che la brevità dei tempi di invio e ricezioni delle dichiarazioni rende di fatto impossibile esercitare una revoca dell'accettazione, poiché, è chiaro, è impossibile far pervenire la revoca prima dell'accettazione (secondo il parametro dell'art. 1328 c.c.).

Anche per tali ragioni, il *cyberspace* azzerava, 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 *off-line*, 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.).

In questi casi, dunque, 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.

E' chi predispone il sito che decide come si conclude il contratto per l'acquisto dei beni o dei servizi venduti sul sito stesso; articola i passaggi tecnici che l'acquirente è tenuto ad eseguire se vuole comprare quel prodotto o utilizzare quel servizio. Passaggi che pongono in essere veri e propri procedimenti; fatti di dichiarazioni di volontà, dichiarazioni di scienza, avvisi, comportamenti esecutivi e la cui caratteristica, tutta peculiare, è quella di essere il risultato di una scelta compiuta da una delle parti contraenti (scelta che, molto spesso, riflette una prassi degli operatori del mercato).

Ne conclusi, infine, che la conclusione del contratto virtuale era in gran parte affidata all'*autonomia privata* (appunto: *procedimentale*), talvolta convenzionale, e, molto più spesso, frutto della sostanziale “imposizione” da parte dell'offerente, di regole formative del quale l'oblato non poteva che prendere atto; poiché, se il potenziale acquirente voleva acquistare quel prodotto o quel servizio, necessariamente avrebbe dovuto percorrere quei “binari” (unici, in un certo senso), il cui punto d'arrivo sarebbe stato la conclusione del contratto (segnata, in genere, dalla comparsa di una finestra per l'accettazione definitiva).

Difficile, dunque, “cristallizzare” in procedimenti legali una prassi in via di continuo divenire, e, comunque, in gran parte affidata all'autonomia degli operatori.

Condivisi, quindi, la scelta del legislatore europeo che, nella Direttiva 2000/31/UE sul commercio elettronico, molto opportunamente s'astenne dal dettare regole sulla conclusione del contratto telematico, preferendo, semmai, percorrere la via di garantire l'acquirente-consumatore anche rispetto all'esercizio di quel potere “procedimentale” del venditore, attraverso un sistema di rimedi che garantissero, ad esempio, la facoltà di correggere gli errori compiuti durante l'articolazione dell'ordine, il diritto di ricevere una conferma dell'ordine; il tutto unito allo *ius poenitendi* che

l'acquirente-consumatore può esercitare, come noto, in tutti i contratti a distanza.

Oggi – a leggere alcune recenti opere in materia di contratto virtuale⁴ – sembra essere largamente condivisa l'idea che sia proprio la «autonomia privata procedimentale» a foggare schemi, modalità e passaggi che si compiono, su di un sito commerciale, per giungere alla conclusione del contratto; e che, in definitiva, sia operazione vana, o, quanto meno, assai ardua, voler inquadrare nei modelli codicistici⁵ quanto avviene quando si vende e si compra *on-line*.

Se questo è vero – come ritengo tuttora – non è facile cogliere il senso di alcuni recenti interventi del legislatore italiano che – deviando su questo punto dalla scelta europea nella direttiva poc'anzi menzionata – sembra ancora irriducibilmente affezionato all'idea che anche il contratto virtuale, in qualche maniera, trovi nella legge (tutte) le sue regole di formazione.

2. La “conferma dell'ordine” come atto procedimentale?

L'art. 13 del d.lgs. 70/2003 (che ha attuato in Italia la Direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico⁶) sembra il frutto di un compromesso; con una norma generica di richiamo-rinvio, si vuole tranquillizzare l'interprete circa il fatto che anche il contratto telematico è governato dalla norme codicistiche in materia di conclusione dei contratti (art. 13, 1° comma, d.lgs. cit.).

Ma questo richiamo, a ben vedere, sembra più di facciata; una sorta di omaggio alla centralità degli schemi formativi previsti dagli artt. 1326 ss. c.c., che non sembra reggere, tuttavia, ad una verifica concreta.

Perchè, se si guarda al complesso impianto della norma sopra richiamata, si scopre

4 Il riferimento è a: F. BRAVO, *Contrattazione telematica e contrattazione cibernetica*, Milano, 2007, in partic. p. 258 ss.; E. TOSI, *Diritto privato dell'informatica e di Internet*, Milano, 2006, p. 309 ss. (anche nel recente: *Commercio elettronico*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. Bessone, XXXII, a cura di C. Rossello – G. Finocchiaro – E. Tosi. Torino, 2007, 171 ss.). In Francia, coglie l'aspetto della peculiarità delle regole formative dei contratti telematici É. GRIMAU, *La détermination de la date de conclusion du contrat par voie électronique*, in *Communication- Commerce électronique*, 2004, 14 ss.

5 Il cui ruolo, forse, è sopravvalutato, come osserva R. SACCO, *Il problema della riforma (La conclusione del contratto)*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 199 ss.

6 Sui cui può vedersi C. ROSSELLO, G. FINOCCHIARO, E. TOSI (a cura di), *Commercio elettronico, documento informatico e firma digitale. La nuova disciplina*, Torino, 2003.

che la formazione del contratto concluso *on-line* è governata diversamente, e che, dunque, ben poco spazio rimane all'applicazione delle norme codicistiche sulla formazione del contratto⁷.

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 predispone 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, 2° comma); 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 [l'Internet taglia trasversalmente contratti dei consumatori e contratti tra imprenditori, tant'è che la normativa in esame non è stata inserita nel Codice del consumo, ma solo richiamata all'art. 68 di detto Codice].

Il che suggerisce come le parti, quando "eguali", possano determinare come meglio credono le regole che presiedono la formazione (virtuale) dei contratti tra loro conclusi su e attraverso Internet.

Ma quando chi compra il bene o servizio in Rete è un consumatore, il procedimento di formazione del contratto si deve aprire con l'invio dell'ordine, e si deve chiudere non con la sua ricezione da parte dell'offerente-venditore (come sarebbe sufficiente in forza dello schema previsto dall'art. 1326, 1° comma, c.c.), ma con l'invio della conferma dell'ordine da parte del venditore stesso (art. 13, 2° comma, D.lgs. 70/2003).

Recependo, del resto, una regola che nasce e si sviluppa nella prassi commerciale, la norma prevede che il prestatore debba accusare ricevuta dell'ordine, senza

⁷ Secondo E. TOSI, *Contrattazione telematica e conclusione del contratto*, in C. ROSSELLO, G. FINOCCHIARO, E. TOSI (a cura di), *Commercio elettronico, documento informatico e firma digitale. La nuova disciplina*, cit., p. 104: "Il contratto virtuale si può formare secondo diversi schemi procedurali – in parte tipizzati dal codice civile in parte manifestazione dell'autonomia procedimentale delle parti (...)".

ingiustificato ritardo e per via telematica; e aggiunge che la ricevuta deve contenere tutti gli elementi essenziali del contratto così concluso.

Due le possibili alternative. O la ricevuta è oggetto di un obbligo che grava sul prestatore dopo che il contratto si è concluso con il ricevimento⁸, da parte sua, dell'ordine compilato dal cliente; o la conferma dell'ordine è l'atto che conclude l'*iter* formativo del contratto.

La prima alternativa sembra, di fatto, azzerare il senso pratico della norma, vanificandone, tra l'altro, l'effetto protettivo; poiché - a tacere della difficoltà di individuare la natura giuridica di un siffatto obbligo - non sono chiaramente identificabili le conseguenze della sua violazione, di talchè, in questo caso, la tutela offerta al consumatore ne verrebbe, di fatto, nullificata o fortemente ridotta⁹.

Il consumatore che non riceva la conferma d'ordine che rimedio ha? Chiede i danni? Quali danni?

La seconda alternativa, invece, consente di tutelare a pieno l'interesse del consumatore ad avere «certezza» sia in ordine all'*an* del contratto, che in ordine ai suoi contenuti. Il contratto si conclude solo se e quando il consumatore riceve la conferma dell'ordine; ed 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).

⁸ E' la tesi prevalente in dottrina. Per tutti: E. TOSI, *Contrattazione telematica e conclusione del contratto*, in C. ROSSELLO, G. FINOCCHIARO, E. TOSI (a cura di), *Commercio elettronico, documento informatico e firma digitale. La nuova disciplina*, cit., p.108). Sembra discostarsi dell'opinione prevalente G. ALPA, *Postfazione*, in V. RICCIUTO - N. ZORZI, *Il contratto telematico*, nel *Tratt. dr. civ. comm.*, diretto da F. GALGANO, XXVII, Padova, 2002, p. 350 (il quale, commentando l'art. 11 della Direttiva 2000/31/CE, ravvisa nell'avviso di ricevimento "una ulteriore manifestazione di volontà"). Sul punto vedasi P. CARLINI, *La conclusione del contratto a distanza. Dalla regola della spedizione al sistema della conferma di ricezione*, in *Europa dir. priv.*, 2005, p. 501, in partic. p. 566 ss. sembra preferire la tesi secondo la quale la conferma d'ordine conclude il procedimento di formazione del contratto virtuale (pur ritenendo che il d.lgs. 70/2003, per come è stato formulato l'art. 13, non possa sostenere l'adozione di questa tesi anche in Italia). Per la tesi secondo cui la conferma d'ordine ha natura di una lettera di conferma dell'accordo telematico si esprime e D. MEMMO, *Il consenso contrattuale. Le nuove tecniche di contrattazione*, cit., 81.

⁹ L'obbligo di accusare ricevuta, tra l'altro, non è neppure sanzionato amministrativamente, come, invece, previsto per la violazione degli obblighi informativi di cui all'art. 11 del decreto (art. 21 d.lgs. 70/2003).

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, 1° comma, 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.

D'altra parte, lo stesso legislatore non sceglie – come fa in altre leggi speciali che coinvolgono contratti dei consumatori o dei risparmiatori¹⁰ – di imporre al venditore di inviare al consumatore una “copia” del contratto (obbligo d'evidente estraneità rispetto al procedimento formativo di contratti già conclusi), ma si limita a prevedere che vada inviata senza indugio una “ricevuta” dell'ordine, con ciò volendo significare che solo al momento della recezione di questa conferma il procedimento di formazione del contratto virtuale è terminato.

L'alternativa prescelta – quella, cioè, di considerare il contratto concluso solo se e quando perviene al consumatore la conferma dell'ordine – pare soddisfare a pieno l'interesse tutelato; quello del consumatore a sapere con certezza che il contratto si è davvero concluso (ed Internet, talvolta, per navigatori inesperti o alle prime armi è un regno misterioso, nel quale si rischia di perdersi, o di non comprendere a pieno il significato degli atti che si compiono) e che, per conseguenza, da esso sono sorti diritti e obblighi di pieno significato giuridico. E, del resto, la prassi evidenzia come, in molti casi di vendita *on-line* di beni o servizio, il venditore, nelle condizioni generali di contratto, precisa che la conferma dell'ordine è atto che chiude il procedimento di formazione del contratto.

Se, invece, si individua nella conferma d'ordine un mero obbligo informativo – di cui è difficile scoprire natura giuridica, ed rimedi per la sua violazione – si rischia di ricadere in quel “manierismo informativo”¹¹ che, com'è stato acutamente osservato, segna molta della recente legislazione speciale in materia di contratti, sia dei consumatori

10 Rinvio, sul punto, al mio *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, cit., p. 268 ss.

11 Preoccupazione espressa in un recente saggio da V. ROPPO, *L'informazione precontrattuale: spunti di diritto italiano, e prospettive di diritto europeo*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 747.

che delle imprese.

Troppi obblighi informativi = nessun obbligo informativo.

Ma per i contratti virtuali l'interprete, almeno con riferimento alla conferma d'ordine, dispone di un'alternativa, che consente alla norma di raggiungere quello scopo protettivo per cui è stata concepita: l'alternativa, appunto, di ritenere che la conferma d'ordine sia oggetto non già di un obbligo ma di un *onere procedimentale*. Senza conferma, il contratto non si conclude; e il consumatore rimane libero da qualsivoglia impegno (né, d'altra parte, è obbligato ad attendere la ricevuta oltre il tempo ragionevole, poiché il legislatore dispone che la conferma vada inviata “senza ingiustificato ritardo”).

Del resto, i procedimenti formativi dei contratti sono il risultato di scelte (legislative, e non solo) che tentano di bilanciare (o ribilanciare) gli interessi in gioco, come ci ha insegnato Gorla¹².

Nel caso dei contratti virtuali, la conferma d'ordine compensa a favore del consumatore un procedimento formativo che è il venditore a dominare, sia perché il cliente si trova ad operare in un “ambiente” predisposto dal venditore, sia perché è quest'ultimo a stabilire passaggi e atti che debbono essere compiuti in vista dell'acquisto di un bene o di un servizio.

La ricevuta dell'ordine – quale atto finale dell'*iter* formativo – garantisce il consumatore che il contratto si chiuderà presso di lui. E ne rafforza l'affidamento, consentendoli di conoscere tutti i contenuti del contratto che ha voluto concludere.

Accanto a quest'onere propriamente procedimentale, il decreto colloca obblighi, questi sì, di tipo puramente informativo e di natura pre-contrattuale, che mirano a garantire la trasparenza delle operazioni, anche tecniche, che precedono la formazione del contratto. Ed allora il venditore è tenuto ad informare il consumatore sulle «varie fasi tecniche da seguire per la conclusione del contratto» (art. 12, 1° comma, lett. a), col che implicitamente ammettendosi che queste fasi siano nella piena disponibilità del

12 G. GORLA, *La “logica-illogica” del consensualismo o dell'incontro dei consensi e il suo tramonto*, *Riv. dir. civ.*, 1966, I, p. 255, in partic. p. 273: il problema della formazione del contratto è fondato “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 nascono, in una bilancia che il diritto cerca di attuare nel modo più conveniente o meno imperfetto in un dato ambiente storicamente determinato”.

venditore; o, ancora, a consentire al consumatore di correggere gli eventuali errori, prima che l'ordine sia inoltrato all'altra parte (art. 12, 1° comma, lett. c, d.lgs. cit.).

Obblighi la cui violazione trova, tra l'altro, una specifica sanzione pecuniaria a carico del venditore inadempiente (art. 21, 1° comma, d.lgs. cit.).

Mi pare, conclusivamente, che gli artt. 11 e 13 del decreto sul commercio elettronico confermino l'impressione iniziale. Nel senso che: Internet crea da sé le proprie regole, e i contratti, per concludersi, si snodano in procedimenti pre-determinati da chi vende beni o servizi.

Il legislatore ha preso atto di questo, prevedendo qualche rimedio – la conferma d'ordine; gli obblighi informativi procedurali – che possa garantire al consumatore una piena trasparenza delle operazioni che va compiendo in rete, e del loro significato giuridico; ma essendo ben consapevole che i modi di formazione dei contratti telematici sono difficilmente cristallizzabili in schemi astratti e predeterminati, essendo piuttosto il frutto della continua e rapidissima evoluzione di una prassi quasi totalmente governata dagli operatori commerciali.