

PRESENZA E DISTANZA DELLE PARTI NEL CONTRATTO TELEMATICO

ALESSANDRO MARTINI

Professore associato

nell'Università Niccolò Cusano di Roma

SOMMARIO: 1. Presenza e distanza delle parti contrattuali. – 2. L'emersione del contratto telematico. – 3. Quale disciplina per il contratto telematico? – 4. La "presenza virtuale" delle parti nel contratto telematico.

1. – Lo sviluppo incessante della tecnologia e dei sistemi di comunicazione influisce in modo dirompente sui comportamenti economici e sociali e, di conseguenza, sulle attività negoziali delle parti già nella fase di costruzione dell'accordo contrattuale¹.

È appena il caso di ricordare che l'invenzione del telefono ha reso possibile contatti, e quindi contratti, fra soggetti lontani che si trovano a distanza in luoghi diversi da dove emettono e ricevono dichiarazioni.

La particolarità di questa situazione non è sfuggita alla dottrina civilistica che comunemente riteneva i contratti conclusi per telefono come contratti "fra assenti" (*inter absentes*) sulla base della considerazione che i contraenti sono "non presenti" nello stesso luogo².

Diversamente un autore, Carlo Francesco Gabba, docente di filosofia del diritto e di diritto civile³, nel 1913 scriveva che «il contratto per telefono è

¹ Scrive N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 364, e ora anche in ID., *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma - Bari, 2006, 187: «La storia del contratto non può separarsi dalla storia delle tecnologie, mediante le quali si determinano i rapporti di scambio».

² Cfr. G. MAJORANA, *Delle convenzioni fra persone lontane*, 2ª ed., Palermo, 1912, 47, secondo cui «Se le persone sono lontane, cioè in luoghi diversi in maniera che sorga la questione sulla legge o sulla competenza da applicarsi al contratto, questo deve ritenersi concluso fra persone lontane per l'applicabilità dell'art. 36 in rapporto al luogo della conclusione del contratto». Tuttavia, v. C. VIVANTE, *La conclusione dei contratti commerciali*, in Aa. Vv., *Studi giuridici dedicati e offerti a Francesco Schupfer nella ricorrenza del XXXV anno del suo insegnamento*, III, *Studii di diritto odierno*, Torino, 1898, 242 il quale sosteneva che «le dichiarazioni telefoniche abbiano per lo più il carattere di trattative, subordinate per la conclusione del contratto allo scambio di una corrispondenza confermativa».

³ Carlo Francesco Gabba (Lodi 1835-Torino 1920) fu professore all'università di Pisa ove dal 1862 insegnò filosofia del diritto e, successivamente, dal 1887 al 1915, diritto civile; inoltre, dal 1890 fu socio nazionale dei Lincei e nel 1900 fu nominato senatore. Sulla vita ed opere di questo Autore v. la relativa voce di R. CATERINA, in I. BIRROCCHI - E. CORTESE - A. MATTONE - M. N. MILETTI (a cura di), *Dizionario biografico dei*

indubbiamente contratto tra presenti, qualunque sia la distanza fra i corrispondenti. Tale esso è perché immediatamente i contraenti per telefono corrispondono fra di loro: perché nell'atto stesso in cui ogni singola dichiarazione viene affidata al telefono da un contraente, viene anche udita dall'altro»⁴.

Al riguardo Gabba parlava di una "presenza lontana" nella quale «ogni dichiarazione, sia di proposta, sia d'accettazione, viene percepita dal contraente cui è diretta, nello stesso momento in cui dall'altro contraente viene emessa»⁵.

Questa precisazione oggi può ritenersi una felice intuizione dell'Autore che aveva intravisto l'esistenza di uno spazio non fisico, creato dalla linea telefonica, nel quale avveniva lo scambio delle dichiarazioni delle parti che sono lontane, ma comunque presenti nello stesso momento⁶.

Non si tratta, peraltro, di una novità sul piano del formante legale. Il *Bürgerliches Gesetzbuch-BGB*, infatti, sin dalla sua entrata in vigore del 1900 conteneva nel libro primo *Allgemeiner Teil*, il § 147, rubricato "Annahmefrist", secondo cui: «(1) Der einem Anwesenden gemachte Antrag kann nur sofort angenommen werden. Dies gilt auch von einem mittels Fernsprechers von Person zu Person gemachten Antrag».

Nel regolare il tempo di accettazione di una proposta contrattuale, il legislatore tedesco aveva quindi espressamente precisato che questa potesse essere accettata solo immediatamente, sia se trattasi di proposta presentata a una persona presente che di proposta presentata da persona a persona utilizzando un telefono.

Successivamente, nel 2021, la citata disposizione del BGB veniva integrata con l'inciso «(Fernsprechers) oder einer sonstigen technischen Einrichtung»⁷, così prevedendo che la proposta, oltre che per telefono, potesse

giuristi italiani (XII-XX secolo), Bologna, 2013, 920 ss.

⁴ Così C. F. GABBA, *Il telefono nella giurisprudenza*, in *Riv. dir. comm. e dir. gen. obbl.*, 1913, I, 179.

⁵ Così C. F. GABBA, *Il telefono nella giurisprudenza*, cit., 180.

⁶ Cfr. A. M. BENDETTI, *Il contratto non si conclude per telefono: paradossi dell'asimmetria procedimentale*, in *Contratti*, 2017, 343 che sottolinea la modernità di questa idea, impressionante per l'epoca e che, forse per questo, non fu capita dai suoi contemporanei. Sulla contrattazione telefonica alla luce delle recenti riforme v. M.P. PIGNALOSA, *Se telefonando ... il professionista volesse concludere un contratto l'ennesima riforma dell'art. 51, comma 6°, c.cons. nel segno del contrasto alla velocità e volatilità della telefonia vocale (art. 51, comma 6°, c.cons. novellato dall'art. 9, comma 2°, della l. 30 dicembre 2023, n. 214 - legge annuale per il mercato e la concorrenza 2022)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, II, 937 ss.

⁷ Questo inciso è stato introdotto dall'Art. 1, Nr. 5 „Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr vom 13. Juli 2001”.

anche essere presentata mediante «altro dispositivo tecnico».

Tornando alla “presenza lontana” delle parti di cui parlava Gabba, sembra che tale espressione ben sintetizzi il superamento dell’antitesi presenza/assenza e vicinanza/lontananza quando lo scambio di volontà avvenga mediante l’uso di strumenti di comunicazione, come in origine il telefono.

La validità di questa espressione può dirsi ora immutata in un contesto dominato dagli strumenti di comunicazione che si sono progressivamente affermati: dal telefax al computer collegato alla rete Internet.

La “presenza lontana” delle parti contrattuali potrebbe allora così spiegarsi.

La parola “presenza” indica che le parti sono presenti nello stesso momento in uno spazio non materiale, ossia virtuale; la presenza non è quindi il contrario dell’assenza, tanto che l’espressione *inter absentes* di cui si è fatto prima cenno, indica semplicemente la “non contemporanea presenza” delle parti che comunque “ci sono” per l’ovvia ragione che, se fossero assenti, un accordo fra loro non potrebbe formarsi.

La parola “lontana” indica che il luogo ove si trovano le parti è irrilevante perché queste possono essere geograficamente lontane o vicine (si pensi a soggetti che si scambiano *e-mail* l’uno accanto all’altro), ma, in ogni caso, lo scambio delle dichiarazioni avviene attraverso un mezzo di comunicazione a distanza, vale a dire in uno luogo diverso per entrambe, ossia “telematicamente”.

Questo avverbio, come è noto, deriva dalla parola “telematica”, neologismo di origine francese⁸ che designa, con una crasi fra *telecomunicazione* e *informatica*⁹, il metodo tecnologico di trasmissione del pensiero a distanza mediante l’impiego di un linguaggio computerizzato che veicola informazioni automatizzate¹⁰.

⁸ Il termine “*télématique*” compare per la prima volta nel documento redatto da due alti funzionari francesi S. NORA e A. MINC, *L’informatisation de la Société: rapport à M.[Monsieur] le Président de la République*, Paris, La Documentation française, 1978, 11: «Cette imbrication croissante des ordinateurs et des télécommunications - que nous appellerons la “*télématique*” (...) - ouvre un horizon radicalement neuf».

⁹ Il termine “*informatica*” deriva dal francese *informatique*, per crasi delle parole *information* e *automatique*, e si ritiene coniato nel 1962 dal chimico e fisico francese P. DREYFUS. Tuttavia, il termine *Informatik* già si legge nel saggio del 1957 del fisico tedesco K. W. STEINBUCH *Informatik: Automatische Informationsverarbeitung*, in *SEG-Nachrichten Heft* 4/1957.

¹⁰ Così V. FROSINI, voce *Telematica ed informatica giuridica*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, s.d., ma 1992, 60. Sul punto cfr. anche R. BORRUSO, voce *Informatica giuridica*, in *Enc. dir.*, Agg. I, Milano, Giuffrè, 1997, 650 ss. Sugli aspetti più tecnici v. A. ROVERI, voce *Telematica*, in *Enc. giur.*, App. V, IV, Roma, 1995, 417, anche online in: https://www.treccani.it/enciclopedia/telematica_%28Enciclopedia-Italiana%29/ (consultato il 16.10.2024).

Le parole informatica e telematica non sono peraltro utilizzate nel linguaggio anglosassone che le traduce con le locuzioni, rispettivamente, di *Computer Science* (scienza dei computer) ed *Information Communication Technology-ICT* (tecnologie dell'informazione e della comunicazione-TIC).

La contemporanea presenza di persone lontane è dunque uno spazio che oggi, con una terminologia che si è sviluppata intorno ai nuovi strumenti informatici di comunicazione, si caratterizza come "telematico" e "virtuale" con ciò realizzando un fenomeno di decontestualizzazione del contratto e spersonalizzazione dei rapporti¹¹ tanto da far apparire gli scambi, particolarmente nella contrattazione di massa, privi di accordo¹².

2. – In un contesto sociale immerso nella dimensione delle nuove tecnologie sviluppatesi già da tempo con il progressivo uso dell'informatica e di Internet, e rafforzatosi negli ultimi anni¹³ anche a causa dell'emergenza sanitaria dovuta alla pandemia che ha messo "a distanza" le persone - intensificando il ricorso al c.d. lavoro agile o *smart working* (cfr. art. 18 l. 22 maggio 2017, n. 81) e dando nuovo impulso alle normative sul processo telematico - si pensi, da ultimo, al processo penale telematico previsto dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, c.d. riforma Cartabia -, l'attività negoziale si è conformata in vario modo dando origine a contratti diversamente denominati.

Nel tentativo di delineare una classificazione di questi contratti la dottrina ha adoperato, senza peraltro raggiungere una comune concordanza, molte locuzioni linguistiche che qui brevemente, per mera comodità espositiva, si ricordano¹⁴.

¹¹ In argomento v. A. MUSIO, *La storia non finita dell'evoluzione del contratto tra novità tecnologiche e conseguenti esigenze di regolazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, II, 230 ss.

¹² Nota è la riflessione di N. IRTI, *Scambi senza accordo*, cit., 347 ss., spec. 357 s. secondo cui gli scambi telematici di massa, in cui difetta l'elemento dialogico, si svolgono senza accordo. A questa tesi hanno fatto seguito le obiezioni di G. OPPO, *Disumanizzazione del contratto?*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, 525 ss. con replica di N. IRTI, *È vero ma ...': replica a Giorgio Oppo*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, 273 ss. e poi ancora la critica di C. M. BIANCA, *Diritto Civile, 3 Il contratto*, Milano, 2ª ed., 2000, 43 s. (ora in ID., *Diritto Civile, 3 Il contratto*, Milano, 3ª ed., 2019, 31 s.) con la controreplica di N. IRTI, *Lo scambio dei foulards (replica semiseria al prof. Bianca)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 601 ss., e le ulteriori osservazioni di C. M. BIANCA, *Acontrattualità dei contratti di massa?*, in *Vita not.*, 2001, 1120 ss., e F. GAZZONI, *Contatto reale e contatto fisico (ovverossia l'accordo contrattuale sui trampoli)*, in *Riv. dir. comm. e dir. gen. obbl.*, 2002, I, 655 ss.

¹³ L'impatto della rivoluzione tecnologica nella società ha spinto il governo a istituire, con d.p.c.m. 15 marzo 2021, il Ministero senza portafoglio "per l'innovazione tecnologica e la transizione digitale"-MITD.

¹⁴ Per un primo inquadramento generale di questi contratti nella dottrina più risalente cfr. V. FRANCESCHELLI, *Computer e diritto. Convenzioni internazionali, legislazione, giurisprudenza, modelli contrattuali*, Rimini, 1989, 160 ss.; E. TOSI, *I contratti di infor-*

Il “contratto informatico”, o a forma informatica (o forma e procedimento formativo informatico), è quello non a distanza, ma *inter praesentes*, mentre il “contratto telematico”, o a forma telematica (o forma e procedimento formativo telematico), è quello *inter absentes*.

In ampio senso si parla poi di “contratto virtuale” per designare il contratto quale strumento di comunicazione della volontà dei contraenti, di formazione e di conclusione del contratto mediante l'utilizzo degli spazi virtuali di Internet, riferendo quindi il “virtuale” non ai soggetti che sono reali, né all'oggetto che è un bene materiale o immateriale¹⁵.

Questo contratto può ulteriormente distinguersi in virtuale in senso ampio e virtuale in senso stretto¹⁶.

Il contratto virtuale in senso ampio è il contratto telematico concluso utilizzando la tecnologia *e-mail* o mediante dispositivi telematici basati su servizi Internet che hanno la sola funzione di trasmettere il messaggio a contenuto negoziale.

Il contratto virtuale in senso stretto è il contratto telematico concluso utilizzando lo spazio *word wide web (www)* di Internet, mediante la pressione del c.d. “tasto negoziale virtuale”¹⁷ (c.d. accordi *point and click* o *click-through*) che vale a manifestare l'adesione ad un contratto il cui contenuto non è frutto delle trattative tra le parti, ma predeterminato unilateralmente nelle condizioni generali (v. *infra* par. 3).

matica. Tipi contrattuali, formazione, responsabilità. Casi e materiali, Milano, 1993, 1 ss.; A. M. GAMBINO, *L'accordo telematico*, Milano, 1997, 3 ss. Nella dottrina più recente v. ancora E. TOSI, *Diritto privato delle nuove tecnologie digitali. Riservatezza, contratti, responsabilità tra persona e mercato*, Milano, 2021, 210 ss., che espone una classificazione dei contratti che verrà in parte ripresa nel testo; S. TROIANO, *Il contratto tra analogico e digitale*, in *Pactum-Riv. dir. dei contratti*: <https://rivistapactum.it/>, 1, 2022, 23 marzo 2022, 52 s., che distingue fra contratto telematico, contratto a oggetto (o contenuto) digitale e contratto *algoritmico*, una cui variante è il contratto dell'intelligenza artificiale, sul quale v. anche, *infra* nel testo; A. M. GAMBINO, *Contratto informatico e telematico. Inquadramento generale*, in D. VALENTINO (a cura di) *Dei singoli contratti, Leggi collegate*, II, in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario del Codice civile*, Torino, 2016, 3 ss.

¹⁵ Cfr. E. TOSI, *Diritto privato delle nuove tecnologie delle nuove tecnologie digitali. Riservatezza, contratti, responsabilità tra persona e mercato*, cit., 242.

¹⁶ Cfr. E. TOSI, *Diritto privato delle nuove tecnologie delle nuove tecnologie digitali. Riservatezza, contratti, responsabilità tra persona e mercato*, cit., 258.

¹⁷ L'espressione “tasto negoziale virtuale” si deve a E. TOSI, *La conclusione dei contratti “online”*, in Id. (a cura di), *I problemi giuridici di Internet*, Milano, 1ª ed., 1999, 20 che ha integrato l'originaria espressione “tasto negoziale” utilizzata da V. FRANCESCHELLI, *Computer e diritto*, cit., 165 in riferimento alla prassi, di dubbia rilevanza giuridica, di alcune *software house* di consentire l'utilizzo di un dato programma solo per effetto della lettura a video del computer delle condizioni della licenza d'uso ed accettazione delle stesse mediante successiva pressione di un tasto per proseguire nell'utilizzo normale del programma.

Si parla poi di “contratto digitale” per designare il contratto, informatico o telematico, stipulato mediante utilizzo della firma digitale senza ricorrere a supporti cartacei (c.d. *paperless contract*) (v *infra*).

Ancora si designa “*smart contract*”¹⁸ (“contratto intelligente”) il programma informatico (*software*) operante sulla piattaforma tecnologica *blockchain* (“catena dei blocchi”, nata il 9 gennaio 2009 con l’invenzione della criptovaluta *Bitcoin*), che automaticamente esegue prestazioni, secondo i comandi stabiliti nel suo codice (*code is law*), al verificarsi di una determinata condizione (*if*) così da produrre l’effetto programmato (*then*) in base alla funzione informatica *if this, then that*¹⁹ (es. se si verifica un ritardo del volo aereo, si esegue il rimborso; se scade il termine, si esegue il pagamento; se la criptovaluta raggiunge un certo valore, la si acquista o si vende)²⁰.

¹⁸ L’espressione *smart contracts* si deve a N. SZABO, americano di origine ungherese, informatico e crittografo con competenze giuridiche, e compare per la prima volta nel 1994 nel suo saggio *Smart Contracts*, in: <https://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwin terschool2006/szabo.best.vwh.net/smart.contracts.html> (consultato il 16.10.2024) ove si legge che «A smart contract is a computerized transaction protocol that executes the terms of a contract». Successivamente, nel 1995, in *Smart Contracts Glossary*, in https://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwin terschool2006/szabo.best.vwh.net/smart_contracts_glossary.html (consultato il 16.10.2024) l’Autore propone una nuova definizione di tale contratto come «A set of promises, including protocols within which the parties perform on the other promises. The protocols are usually implemented with programs on a computer network, or in other forms of digital electronics, thus these contracts are “smarter” than their paper-based ancestors. No use of artificial intelligence is implied»; infine lo stesso N. SZABO nel 1996, in *Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets*, in <https://www.truevaluemetrics.org/DBpdfs/BlockChain/Nick-Szabo-Smart-Contracts-Building-Blocks-for-Digital-Markets-1996-14591.pdf> (consultato il 16.10.2024), aggiunge una terza definizione: «A smart contract is a set of promises, specified in digital form, including protocols within which the parties perform on these promises».

¹⁹ Sulla funzione “*if this, then that*” come mezzo di attuazione di una condizione cfr. G. MARCHETTI, *Lineamenti evolutivi della potestatività condizionale: dal contratto allo smart contract*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 125 ss.

²⁰ L’argomento ha suscitato l’attenzione della dottrina e, fra molti e più recenti scritti, v. D. Di SABATO, *Tecnologia algoritmica e attività negoziale smart*, in *Contratto impr.*, 2024, 360 ss.; G. BEVIVINO, *Smart contracts e “assessamenti” della disciplina generale del contratto*, in *Contratto impr.*, 2024, 377 ss.; I. MARTONE, *Gli smart contracts. Fenomenologia e funzioni*, Napoli, 2022; A. D’ADDA, *Smart contract e diritto generale dei contratti*, in *Oss. dir. civ. comm.*, Fascicolo Speciale, settembre 2022, 105 ss.; M. R. MAUGERI, *Smart Contracts e disciplina dei contratti- Smart Contracts and Contract Law*, Bologna, 2021; ID., voce *Smart contracts*, in *Enc. dir. – I tematici*, I, *Il contratto*, Milano, 2021, 1132 ss.; G. FINOCCHIARO – G. BOMPRESZI, *A legal analysis of the use of blockchain technology for the formation of smart legal contracts*, in *MediaLaws, Riv. dir. dei media*, 2/2020, 111 ss.; A. STAZI, *Automazione contrattuale e “contratti intelligenti”*. *Gli smart contracts nel diritto comparato*, Torino, 2019; F. DELFINI, *Blockchain, Smart Contracts e innovazione tecnolo-*

Lo *smart contract*, in parole molto semplici, consiste in una traduzione in linguaggio informatico della volontà negoziale delle parti, ed è strumento di esecuzione automatizzata (o auto-esecuzione, *self-executing*) di prestazioni senza l'intermediazione del fattore umano e con esclusione, di regola, della possibilità di interruzione dell'esecuzione e di modificazione del contenuto²¹, secondo un sistema basato sull'assenza della fiducia che una parte deve riporre sull'adempimento dell'altra (c.d. *trustless trust system*)²².

Peraltro, quando il legislatore ha avuto occasione di occuparsi della materia, ha definito lo *smart contract* come «un programma per elaboratore che opera su tecnologie basate su registri distribuiti e la cui esecuzione vincola automaticamente due o più parti sulla base di effetti predefiniti dalle stesse», precisando che esso soddisfa «il requisito della forma scritta previa identificazione informatica delle parti interessate, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'Agenzia per l'Italia digitale con linee guida (...)» (art. 8 *ter*, comma 2°, d.l. 14 dicembre 2018 n. 135, convertito, con modificazioni, in l. 11 febbraio 2019, n. 12).

Il legislatore - al quale peraltro non spetta questo compito²³ - offre una definizione di *smart contract* sotto il profilo tecnico e chiarisce che l'esecuzione del contratto vincola automaticamente le parti e che il suo funzionamento è organizzato su tecnologie a registri distribuiti (*distributed ledger technologies*-DLT), ma non individua un tipo di contratto.

Lo *smart contract* appare piuttosto un procedimento di gestione di alcune fasi del contratto e quindi tale espressione vale solo a designare una particolare struttura contrattuale come quella, ad es., dei contratti reali, formali o con effetti reali²⁴.

gica: l'informatica e il diritto dei contratti, in *Riv. dir. priv.*, 2019, 167 ss.; G. SALITO, voce *Smart contract*, in *Dig. it., disc. priv., sez. civ.*, Agg., Torino, 2019, 393 ss.

²¹ Scrivono P. DE FILIPPI - A. WRIGHT, *Blockchain and the law: the rule of code*, Cambridge (MA), 2018, 75: «(...) there may not be a way to halt the execution of a smart contract after it has been triggered by the relevant parties. Once the wheels of a smart contract are put into motion, the terms embodied in the code will be executed, and they cannot be stopped (...)».

²² Sull'inevitabile esecuzione automatizzata dello *smart contract* ed il problema dell'inadempimento v. C. ATTANASIO, *Inadempimento dello smart contract, sistema rimediabile e tutela effettiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2024, 719 ss.; v. anche, sull'integrazione e correzione del programma contrattuale, D. FAUCEGLIA, *Il problema dell'integrazione dello smart contract*, in *Contratti*, 2020, 591 ss.

²³ Cfr. G. FINOCCHIARO, *Intelligenza Artificiale e protezione dei dati personali*, in *Giur. it.*, 2019, 1670 s. che ritiene inutile e dannosa tale definizione normativa in quanto contraria al principio di neutralità tecnologica e perché attribuisce, fra l'altro, la forma scritta solo se le parti siano identificate secondo un processo disciplinato da AgID, benché l'identificazione delle stesse non sia un requisito del contratto.

²⁴ Così A. M. BENEDETTI, *Contratto, algoritmi e diritto civile transnazionale: cinque questioni e due scenari*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 415. F. DI CIOMMO, *Blockchain, smart con-*

Fermo restando che nello *smart contract* «No use of artificial intelligence is implied»²⁵, non può tuttavia escludersi che questo contratto possa avvalersi dell'intelligenza artificiale²⁶ e, cioè, in base ad un algoritmo, assumere autonomamente decisioni rispondendo ad eventi esterni non previsti in fase di programmazione ed anche, eventualmente, apprendere²⁷.

Al riguardo si parla propriamente di “contratto dell'intelligenza artificiale”²⁸ del quale alcune applicazioni si rinvencono nelle “negoiazioni algoritmiche” (c.d. *algorithmic trading*) operanti nel settore dei mercati finanziari²⁹

tract, intelligenza artificiale (ai) e trading algoritmico: ovvero, del regno del non diritto, in *Riv. infortuni e malattie prof.*, 2019, 5, ritiene lo *smart contract* una «categoria (non giuridica) alla moda», senza nessuna valenza, neppure descrittiva; P. CUCCURU, *Blockchain ed automazione contrattuale. Riflessioni sugli smart contract*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, 111 descrive tali contratti come «un canale per la conclusione e gestione degli accordi, piuttosto che accordi in sé».

²⁵ Così N. SZABO, in *Smart Contracts Glossary*, cit. La locuzione “intelligenti” riferita a questi contratti potrebbe allora risultare ingannevole: A. STAZI, *Automazione contrattuale e “contratti intelligenti”*. *Gli smart contracts nel diritto comparato*, cit., 123 e nota 99.

²⁶ I sistemi di intelligenza artificiale sono oggetto di una prima disciplina normativa contenuta nel “Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024 che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica i regolamenti (CE) n. 300/2008, (UE) n. 167/2013, (UE) n. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/2144 e le direttive 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828 (regolamento sull'intelligenza artificiale)”. Per un primo commento al regolamento v. R. PETRUSO e G. SMORTO, *Il Regolamento europeo sull'intelligenza artificiale: una prima lettura*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, II, 989 ss.

²⁷ Per indicare il contratto nel quale il sistema ha la capacità di eseguire le prestazioni contrattualmente programmate e quella di compiere, in automatico, valutazioni circa la sussistenza dei presupposti o delle circostanze o condizioni per detta esecuzione, nella lingua inglese si adopera la locuzione *computable contract* (così H. SURDEN, *Computable Contracts*, in *U.C. Davis Law Rev.*, 2012 [46], 629 ss.) o *algorithmic contracts* (così da L.H. SCHOLZ, *Algorithmic Contracts*, in *Stan. Tech. Law Rev.*, 2017, 128 ss.). In dottrina si evidenzia anche la diversa figura dei “contratti cibernetici”, quali contratti in cui «la volontà non è solo veicolata ma anche (almeno dal lato di una parte) formata dall'elaboratore elettronico»: così A. GENTILI, *La volontà nel contesto digitale: interessi del mercato e diritti delle persone*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, 703.

²⁸ Cfr. S. TROIANO, *Il contratto tra analogico e digitale*, cit., 52.

²⁹ Il Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria-TUF (d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58) fornisce all'art. 1, comma 6 *quinquies*, la definizione di “negoiazione algoritmica” come «la negoziazione di strumenti finanziari in cui un algoritmo informatizzato determina automaticamente i parametri individuali degli ordini, come ad esempio l'avvio dell'ordine, la relativa tempistica, il prezzo, la quantità o le modalità di gestione dell'ordine dopo l'invio, con intervento umano minimo o assente, ad esclusione dei sistemi utilizzati unicamente per trasmettere ordini a una o più sedi di negoziazione, per trattare ordini che non comportano la determinazione di parametri di negoziazione, per confermare ordini o per eseguire il regolamento delle operazioni».

in cui la valutazione delle condizioni e la conclusione del contratto viene affidata ad automi programmati per ottimizzare le condizioni contrattuali conseguendo il miglior prezzo possibile (c.d. *best execution*) e contenere il rischio di mercato³⁰.

Chiarite brevemente queste distinzioni, conviene ora soffermarsi sulla nozione di contratto telematico inteso come contratto stipulato «in via telematica, ossia mediante l'uso di un elaboratore elettronico o computer»³¹, vale a dire il contratto le cui dichiarazioni di volontà si formano attraverso l'uso di un computer e la rete Internet.

In questa accezione la «novità telematica è data dalla forma elettronica usata»³² dalle parti per manifestare il consenso: telematico è soltanto il contratto il cui consenso viene espresso in via telematica mentre non telematico è il contratto che la parti concludono fra loro redigendolo e stampandolo con l'uso di uno strumento informatico che serve soltanto a produrre il documento rappresentativo del contratto concluso.

Il contratto telematico, nel senso specificato, può avere vari contenuti ed inquadrarsi nel tipo che risulta in base alla propria causa sicché può configurarsi un contratto telematico di vendita, un contratto telematico di locazione, ecc.

La via telematica utilizzata dalle parti per concludere il contratto è il sistema della rete Internet alla quale i contraenti possono accedere secondo due modalità di base³³.

La prima modalità consiste nello scambio delle manifestazioni di volontà mediante l'utilizzo di strumenti di comunicazione idonei a mettere in relazione le parti, come ad es. *e-mail*³⁴, *forum*, *newsgroup*, e in tale ipotesi si configurano i c.d. contratti "a comunicazione diretta".

La seconda modalità consiste nell'accesso al c.d. mercato *online*, inteso come «un servizio che utilizza un software, compresi siti web, parte di siti web o un'applicazione, gestito da o per conto del professionista» (art. 18, comma 1°, lett. n-ter).

³⁰ Sul punto v. E. BIVONA, *Smart contracts e "interferenze" con la disciplina sui contratti: il sistema dei rimedi alla prova degli algoritmi*, in *Pers. e mercato*, 2021, 784 s.

³¹ Così C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 3 *Il contratto*, Milano, 3ª ed., 2019, 273.

³² *Ibidem*.

³³ Cfr. A. STAZI, in A.M. GAMBINO – A. STAZI, *Contract Automation from Telematic Agreements to Smart Contracts*, in *The Italian Law Journal*, 2021, 100; E. BATTELLI *Riflessioni sui procedimenti di formazione dei contratti telematici e sulla sottoscrizione on line delle clausole vessatorie*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, 1054; A. LIST, *L'impresa online ed il commercio elettronico*, in G. CASSANO e I. P. CIMINO (a cura di), *Diritto dell'Internet e delle nuove tecnologie telematiche*, Padova, 2009, 132 ss.

³⁴ Sull'*e-mail* come documento dotato di firma elettronica cfr. G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Il valore dell'email nel quadro della disciplina dei documenti informatici*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 427 ss.

In tal caso il contratto è concluso nello spazio *word wide web* (*www*) per visualizzare pagine *web*, o nell'accesso ad un *app* di un dispositivo mobile, allo scopo di accettare offerte di prodotti e servizi, esposti in una vetrina virtuale, mediante compilazione di un modulo d'ordine (*form*) e la pressione del c.d. "tasto negoziale virtuale" consistente nel puntamento del *mouse* sul tasto (perciò virtuale) di accettazione e la conseguente pressione sullo stesso *mouse* o direttamente sulla tastiera del computer (cfr. art. 51, comma 2°, cod. cons. ove si parla di un «pulsante» per inoltrare l'ordine; v. *infra* par. 3); in tale ipotesi si configurano i c.d. contratti "a comunicazione indiretta" o contratti "*point and click*".

I contratti telematici sono essenzialmente strumenti negoziali per svolgere attività di commercio in rete come, ad es., l'acquisto di un bene materiale (es. un libro, un computer) da spedire fisicamente all'acquirente, oppure di un bene immateriale (es. un *software*, un brano musicale) da scaricare dal sito *web*.

Inoltre, di regola si tratta di contratti stipulati fra un'impresa ed un consumatore e, sotto questo aspetto sono assoggettati alla specifica normativa prevista in tema di commercio elettronico e tutela dei consumatori (v. *infra* par. 3).

Un esempio ricorrente di contratto telematico è il contratto di *cloud computing*, ossia il contratto concluso nella rete Internet, e quindi fra soggetti distanti fra loro, mediante il quale l'utente (*cloud consumer*) fruisce dei servizi prestati dal fornitore (*cloud provider*), che è un professionista, accedendo alla nuvola informativa (*cloud computing*) ove risiedono le risorse informatiche che possono essere il *software*, la piattaforma, o l'infrastruttura³⁵.

Il *software*, la piattaforma o l'infrastruttura della nuvola (*cloud*) possono essere utilizzati "come un servizio" (*as a Service*) al quale si obbliga il *cloud provider* senza trasferimenti di diritti, e questo servizio viene utilizzato dal *cloud consumer* in modo semplice, efficiente e con risparmio di spesa, considerato che è sufficiente avere un collegamento ad Internet per usufruire di un servizio gestito e sviluppato da società dotate di ampia competenza tecnica.

Dal contratto telematico va distinto il «documento informatico» che, secondo il Codice dell'amministrazione digitale-c.a.d. (d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82) è «il documento elettronico che contiene la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti» (art. 1, comma 1°, lett. p) e che,

³⁵ Su questo contratto cfr. N. NAPPI, *I contratti di 'cloud computing' alla luce dell'entrata in vigore della Direttiva UE 770/2019: species del genus dei contratti di fornitura di contenuti e servizi digitali?*, in *Cyberspazio e diritto*, 2022, 79 ss.; F. TRUBIANI, *I contratti di cloud computing: natura, contenuti e qualificazione giuridica*, in *Dir. inf.*, 2022, 395 ss. Sia consentito rinviare anche a A. MARTINI, *Dalla "nuvola" al negozio: il contratto di cloud computing*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, II, 970 ss., spec. 973 ss.

secondo il reg. U.E. n. 910/2014³⁶, noto come eIDAS-*electronic IDentification, Authentication and trust Services* – e le cui definizioni valgono ai fini del predetto c.a.d. (art. 1, comma 1° *bis*) - è, in senso molto più ampio, «qualsiasi contenuto conservato in forma elettronica, in particolare testo o registrazione sonora, visiva o audiovisiva» (art. 3, n. 35, reg. eIDAS).

Il documento informatico è un documento non cartaceo, ossia un *file* elettronico, ma questo può acquistare valore di scrittura privata quando sia munito di firma digitale (o altra firma elettronica, qualificata o avanzata)³⁷ intendendosi come tale «un particolare tipo di firma qualificata basata su un sistema di chiavi crittografiche, una pubblica e una privata, correlate tra loro, che consente al titolare di firma elettronica tramite la chiave privata e a un soggetto terzo tramite la chiave pubblica, rispettivamente, di rendere manifesta e di verificare la provenienza e l'integrità di un documento informatico o di un insieme di documenti informatici» (art. 1, comma 1°, lett. s), c.a.d.)³⁸.

In sostanza, quando al documento informatico viene apposto questo segno di autenticità e, cioè, la firma³⁹ digitale, nell'ambito generale della categoria degli atti e contratti telematici può distinguersi la diversa categoria

³⁶ “Regolamento (UE) n. 910/2014 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 23 Luglio 2014 in materia di identificazione elettronica e servizi fiduciari per le transazioni elettroniche nel mercato interno e che abroga la direttiva 1999/93/CE” (c.d. Regolamento eIDAS).

³⁷ Il c.a.d. fornisce solo la nozione di firma digitale, mentre è nel reg. eIDAS che sono previste tre diverse specie di firma elettronica, distinte secondo un ordine crescente di sicurezza: la firma elettronica semplice (FES), definita come «dati in forma elettronica, acclusi oppure connessi tramite associazione logica ad altri dati elettronici e utilizzati dal firmatario per firmare» (art. 3, n. 10), che è una firma c.d. debole perché l'identificazione del firmatario non è sicura (es. nome utente e password, per accedere ad una PEC o ad un PC; bancomat e PIN per prelevare contanti); la firma elettronica avanzata (FEA), avente i requisiti della “riconducibilità” al titolare, del “controllo esclusivo” sul mezzo di firma e dalla “immodificabilità” dei dati (art. 3, n. 11; art. 26), che è una firma c.d. forte perché il firmatario viene identificato con sistemi o dispositivi personali (es. firma grafometrica su tablet); infine, la firma elettronica qualificata (FEQ), creata da un dispositivo e basata su certificati qualificati (art. 3, n. 12) rilasciati da prestatori di servizi aventi determinati requisiti in materia (art. 28), che è una firma c.d. forte (es. uso di card con chip) con «effetti giuridici equivalenti a quelli di una firma autografa» (art. 25, par. 2).

³⁸ In argomento, nella recente dottrina, G. BUONUOMO, *Il documento informatico e le firme elettroniche*, in G. CIACCI e G. BUONUOMO, *Profili di informatica giuridica*, Padova, 2ª ed., 2021, 252 ss.

³⁹ Cfr. G. FINOCCHIARO, *Il contratto nell'era dell'intelligenza artificiale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 451 la quale segnala che, nonostante si utilizzi il medesimo termine, occorre distinguere fra firme informatiche che si basano sulla tecnica e sono il «risultato di una procedura tecnologica», e sottoscrizione che si basa sulla grafia ed è il «risultato di un gesto umano».

degli atti e dei contratti emessi o stipulati con firma digitale, applicandosi peraltro ai contratti digitali la disciplina generale del contratto e quella speciale prevista per il loro tipo⁴⁰.

La firma digitale (o altro tipo di firma elettronica), per espressa previsione di legge (art. 20, comma 1° *bis*, c.a.d.) integra il requisito formale della scrittura privata (art. 2702 c.c.), ma non può perfezionare un atto per il quale è richiesto la forma pubblica a pena di nullità o la scrittura autografa⁴¹: ad esempio oggi il testamento (art. 587 c.c.) non può essere un valido atto digitale.

Volgendo lo sguardo ad altri sistemi giuridici ed alle relative soluzioni normative, può segnalarsi che il *Código Civil* del Distretto federale di Città del Messico ha espressamente previsto, con la riforma del 2021, la possibilità per il notaio di redigere, a determinate condizioni, il testamento pubblico «en el ámbito de su actuación digital» con firma elettronica (art. 1520) e di riceverlo anche «por medios electrónicos» (art. 1520 *bis*), ad esempio in videoconferenza.

3. – Tornando al contratto telematico, quanto alla sua disciplina va sottolineato che essa sia piuttosto frammentaria almeno per due ragioni.

La prima ragione è che l'applicazione delle norme esistenti è avvenuta nel tempo *seguendo* l'attività interpretativa che si è sviluppata nelle riflessioni della dottrina e nelle decisioni della giurisprudenza relativamente alla natura ed alla struttura della nuova fattispecie di contratto telematico.

La seconda ragione è che la produzione di nuove norme, interne e comunitarie, avvenuta anch'essa nel tempo, si è sviluppata soltanto in relazione ad alcuni specifici aspetti rilevanti *inseguendo* faticosamente e con ritardo – come spesso accade⁴² – la fattispecie del contratto telematico già socialmente diffusa.

Per individuare la disciplina del contratto telematico occorre quindi ricordare quanto sinora visto e, cioè, che l'ipotesi in esame configura:

- un contratto che, come atto di autonomia, integra la fattispecie di cui all'art. 1321 c.c.;

⁴⁰ Cfr. C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 3 *Il contratto*, cit., 275.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² Al riguardo restano valide le riflessioni, formulate in relazione al primo periodo di progettazione e di applicazione delle leggi relative al trattamento elettronico delle informazioni, di S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, 42 secondo cui «(...) si ha la sensazione che cresca la distanza tra il mondo velocissimo dell'innovazione tecnologica e quello lentissimo della progettazione socio-istituzionale. Quasi in ogni momento si coglie la rapida obsolescenza delle soluzioni giuridiche riferite ad un solo dato tecnico o ad un solo problema. Si avverte così la necessità di individuare i principi, di riferirli a tendenze di lungo periodo».

- un contratto in cui si ha la “presenza lontana” delle parti perché queste si trovano in luoghi diversi, non sono presenti né fisicamente né simultaneamente, ma mediante l’uso esclusivo di uno o più mezzi di comunicazione a distanza si incontrano *online* nella via telematica con (c.d. contratto “a distanza”) per svolgere un commercio elettronico (c.d. *e-commerce*);

- un contratto mediante il quale, di regola, il soggetto che offre prodotti o servizi è un professionista ed il soggetto che li acquista o utilizza è un consumatore (c.d. contratto del consumatore).

La disciplina normativa del contratto telematico si presenta allora complessa perché si rinviene anzitutto in queste tre distinte fonti: il Codice civile, il decreto legislativo sul commercio elettronico (*e-commerce*) (d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70) ed il Codice del consumo (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206).

Per l’applicazione delle norme del Codice civile in materia di contratto rileva la natura contrattuale della fattispecie: il contratto telematico avrà i requisiti previsti dall’art. 1325 c.c. (accordo delle parti, causa, oggetto e forma)⁴³ e sarà assoggettato, fra le altre, alle regole dettate in tema di nullità (art. 1418 ss. c.c.) ed annullabilità del contratto (art. 1425 ss. c.c.)⁴⁴.

Come strumento di commercio svolto in rete a distanza (*e-commerce*) al contratto telematico si applicheranno le norme del d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70 che disciplina i c.d. «servizi della società dell’informazione»⁴⁵.

Precisamente questi servizi sono «le attività economiche svolte in linea – on line» (art. 2, comma 1°, lett. a) nonché «qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza [senza la presenza simultanea delle parti], per via elettronica [inviato all’origine e ricevuto mediante attrezzature elettroniche di trattamento e di memorizzazione dati, e che è interamente trasmesso, inoltrato e ricevuto con fili, radio, mezzi ottici od altri mezzi elettromagnetici], e a richiesta individuale di un destinatario individuale di servizi» (art. 2, comma 1°, lett. a), che richiama l’art. 1, comma 1°, lett. b), l. 21 giugno 1986, n. 317).

Nell’ambito dei “servizi della società dell’informazione” rientra anche la c.d. “piattaforma *online*” (o “piattaforma digitale”) che consente ai consumatori di concludere contratti a distanza con operatori commerciali (es.

⁴³ Cfr. G. FINOCCHIARO, *Il perfezionamento del contratto on line: opportunità e criticità*, in *Dir. comun. e degli scambi intern.*, 2018, 187 ss.

⁴⁴ Sulla specifica disciplina dell’invalidità ed inefficacia cfr. A. GENTILI, *L’inefficacia del contratto telematico*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, 747 ss.

⁴⁵ Sulle diverse nozioni di commercio elettronico cfr. C. SCAPINELLO, *La nozione di “professionista” nel commercio elettronico*, in *Giur. it.*, 2019, 1813 ss. Secondo M. P. PIGNALOSA, *Contratti a distanza e recesso del consumatore*, Milano, 2016, 261, il commercio elettronico è la vendita per via telematica di beni al pubblico dei consumatori ed è un mezzo di conclusione del contratto.

Amazon, eBay) e che ora è oggetto di regolamentazione europea⁴⁶.

In particolare secondo il reg. U.E. 2022/2065 sui servizi digitali (c.d. *Digital Service Act*)⁴⁷ la piattaforma *online* è «un servizio di memorizzazione di informazioni che, su richiesta di un destinatario del servizio, memorizza e diffonde informazioni al pubblico, tranne qualora tale attività sia una funzione minore e puramente accessoria di un altro servizio o funzionalità minore del servizio principale e, per ragioni oggettive e tecniche, non possa essere utilizzata senza tale altro servizio e a condizione che l'integrazione di tale funzione o funzionalità nell'altro servizio non sia un mezzo per eludere l'applicabilità» del citato regolamento (art. 3, lett. i).

Piattaforme *online* sono, ad esempio, le reti sociali (*social network*) o quelle piattaforme che consentono ai consumatori di concludere contratti a distanza con operatori commerciali (*marketplace*) (v. *considerando* 13, reg. U.E. 2022/2065).

Il contratto a distanza è poi definito come «qualsiasi contratto concluso tra i 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» (art. 3, lett. l, reg. cit. che rinvia all'art. 3, punto 7, dir. 2011/83/UE sui diritti dei consumatori), ripetendo la medesima definizione già recepita nel Codice del consumo (art. 45, comma 1°, lett. g, come modificato dall'art. 1, d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21 di attuazione della cit. dir. 2011/83/UE).

Inoltre, secondo il reg. U.E. 2022/1925 sui mercati digitali (c.d. *DMA-Digital Markets Act*)⁴⁸, determinanti sono le piattaforme di base (es. motori di ricerca *online*, servizi di intermediazione *online* e di *cloud computing*) fornite dai *gatekeepers* (controllori dell'accesso) che sono le imprese che hanno un impatto significativo sul mercato interno, che forniscono un servizio di piattaforma di base che costituisce un punto di accesso (*gateway*) importante affinché gli utenti commerciali raggiungano gli utenti finali e che, infine, detengono una posizione consolidata e duratura, nell'ambito delle proprie attività, o che possano acquisirla nel futuro (art. 3, par. 1).

⁴⁶ In argomento cfr. G. ALPA, *Sul potere contrattuale delle piattaforme digitali*, in *Contratto impr.*, 2022, 721 ss.; C. CAMARDI, *Contratti digitali e mercati delle piattaforme. Un promemoria per il civilista*, in *Jus Civile: www.juscivile.it*, 4, luglio-agosto 2021.

⁴⁷ "Regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali)".

⁴⁸ "Regolamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 14 settembre 2022 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (regolamento sui mercati digitali)".

Quanto ai rapporti fra Codice civile e d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70 sul commercio elettronico, occorre ricordare che quest'ultimo stabilisce 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» (art. 13, comma 1°).

Per l'applicazione delle norme del Codice del consumo (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206) rileva anzitutto la qualifica soggettiva delle parti del contratto telematico che, di regola, sono il professionista ed il consumatore (c.d. *Business to Consumer-B2C*), dando luogo alla figura del c.d. "secondo contratto", così denominato per distinguerlo dal "primo contratto" che è quello di diritto comune regolato dal Codice civile ove non rilevano le qualifiche socio-economiche delle parti.

Come è noto, secondo il Codice del consumo professionista è «la persona fisica o giuridica che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale, ovvero un suo intermediario» (art. 3, comma 1°, lett. c), mentre consumatore (o utente) è «la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta» (art. 3, comma 1°, lett. a).

Il contratto telematico può anche essere concluso fra professionisti (c.d. *Business to Business-B2B*) (es. una società acquista un servizio di posta elettronica), dando così origine alla controversa figura del c.d. "terzo contratto" qualora l'imprenditore si trovi in una condizione di dipendenza economica nei confronti dell'altro⁴⁹.

Il contratto telematico può anche essere concluso fra consumatori che scambiano direttamente fra loro, "alla pari" (c.d. *Peer to Peer-P2P*), prodotti o servizi (c.d. *Consumer to Consumer-C2C*) (es. aste online), oppure fra professionisti e pubbliche amministrazioni (c.d. *Business to Public Administration-B2Pa* o *Business to government-B2Go*).

Con riguardo alla piattaforma online, i modelli appena indicati possono dare origine ad una modello *Peer to Peer-P2P*, se la piattaforma è un mero tramite, ovvero ad un modello *Platform to Business-P2B*⁵⁰ o *Platform to Consumer-P2C* se controparte è, rispettivamente, un professionista oppure un

⁴⁹ In argomento cfr. G. GITTI e G. VILLA, *Introduzione*, in G. GITTI e G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, Bologna, 2008, 7, volume che raccoglie le riflessioni di molti autori sul c.d. "terzo contratto", espressione che si deve a R. PARDOLESI, *Prefazione*, in G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti, Un'analisi economica e comparata*, Torino, 2004, XIII.

⁵⁰ La materia è regolata dal "Regolamento (UE) 2019/1150 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione online" (c.d. regolamento P2B).

consumatore⁵¹.

Il Codice del consumo prevede una normativa specifica per il “contratto a distanza” (artt. 45 e 49-59) del quale fornisce una espressa definizione come «qualsiasi contratto concluso 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» (art. 45, comma 1°, lett. g).

Inoltre, il Codice del consumo detta una normativa specifica per il “contratto di fornitura di contenuto digitale o di servizi digitali” (artt. 135-*octies* – 135-*vicies ter*)⁵², intendendo per “contenuto digitale” «i dati prodotti e forniti in formato digitale» (art. 135-*octies*, comma 2°, lett. a) e per “servizio digitale” «un servizio che consente al consumatore di creare, trasformare, archiviare i dati o di accedervi in formato digitale», oppure «un servizio che consente la condivisione di dati in formato digitale, caricati o creati dal consumatore e da altri utenti di tale servizio, o qualsiasi altra interazione con tali dati» (art. 135-*octies*, comma 2°, lett. b).

Le norme appena ricordate si applicano, a nostro avviso, ad una specifica ipotesi di contratto telematico e, precisamente, a quello di *cloud computing* di cui prima si è fatto cenno (*supra* par. 2).

Quanto ai rapporti fra Codice civile e Codice del consumo occorre ricordare, da un lato che le disposizioni previste dal primo codice per il contratto in generale (artt. 1321-1469 c.c.) si applicano soltanto se non derogate dal Codice del consumo o da disposizioni più favorevoli al consumatore (art. 1469 *bis* c.c.), dall’altro lato che, per quanto non previsto dal Codice del consumo, ai contratti conclusi tra il consumatore ed il professionista si applicano le disposizioni del Codice civile (art. 38 cod. cons.).

Ciò premesso, in base alla normativa posta dai Codici appena ricordati e dal decreto legislativo sul commercio elettronico, è possibile tracciare in estrema sintesi la disciplina della fase di formazione, conclusione ed esecuzione del contratto telematico concluso “a distanza” fra un professionista ed un consumatore nell’ambito del commercio elettronico⁵³.

⁵¹ Sul tema cfr. E. BATTELLI, *Questioni aperte in materia di contrattazione delle piattaforme online*, in *Contratti*, 2022, 568 ss.

⁵² Le norme sono state inserite nel Codice del consumo dal d.lgs. 4 novembre 2021, n. 173 “Attuazione della direttiva (UE) 2019/770 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2019, relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali”.

⁵³ Sul tema in generale cfr. P. D’ELIA, *Commercio elettronico e nuove frontiere dell’autonomia privata. Contrattazione online e tutele dell’utente nelle esperienze europea e statunitense*, Torino, 2022, 29 ss.; F. DELFINI, *Forma digitale, contratto e commercio elettro-*

Nella fase di formazione dell'accordo, che precede la conclusione del contratto, il professionista ha l'obbligo di fornire al consumatore "informazioni precontrattuali" (cfr. l'intitolazione del titolo III, sez. II, cod. cons.) così da rendere palesi al consumatore gli elementi essenziali della contrattazione.

Queste informazioni, fra le altre, riguardano il professionista, l'offerta, l'oggetto del contratto, le modalità di esecuzione delle prestazioni ed il diritto di recesso (art. 49 cod. cons.) e altri dati relativi, ad es., al numero della partita IVA (art. 7 d.lgs. n. 70/2003).

Ulteriori obblighi sono stabiliti per il contratto "a comunicazione indiretta" (es. sito *web*), ossia per i contratti conclusi su mercati *online*, come quello di rendere disponibili informazioni generali in un'apposita sezione dell'interfaccia online che sia direttamente e facilmente accessibile dalla pagina in cui sono presentate le offerte e quello di informare sulla natura commerciale della comunicazione, sulle varie fasi tecniche da seguire per la conclusione del contratto o sui mezzi per correggere gli errori di inserimento dei dati (art. 49 *sbis* cod. cons.; artt. 8 e 12 d.lgs. n. 70/2003).

A questi obblighi di informazione sono connessi requisiti di forma allo scopo di rendere trasparente l'offerta del professionista e consapevole la scelta del consumatore: in particolare le informazioni precontrattuali devono essere facilmente accessibili al destinatario in modo diretto e permanente (art. 7, comma 1°, d.lgs. n. 70/2003) ed espresse in un linguaggio semplice e comprensibile e ciò particolarmente se trattasi di contratto concluso con mezzi elettronici che impone al consumatore l'obbligo di pagare, o mediante siti di commercio elettronico (art. 51 cod. cons.).

Nella fase di conclusione del contratto occorre distinguere, in linea generale, fra contratti a comunicazione diretta o indiretta prima ricordata (*supra* par. 2).

Nel primo caso, ove lo scambio di proposta e accettazione avviene mediante messaggi di posta elettronica, il contratto si conclude, secondo parte della dottrina, quando l'accettazione conforme alla proposta perviene presso il *server* del *provider* del servizio di posta elettronica, fatta salva la prova del destinatario di non averne avuta notizia senza sua colpa (artt. 1326, commi 1° e 4°; 1335 c.c.; art. 45, comma 2°, c.a.d.)⁵⁴.

Nel secondo caso, ove l'offerta commerciale è fatta tramite sito *web*, la legge prevede l'applicazione delle norme sulla conclusione del contratto qualora il destinatario di un bene o di un servizio della società dell'informazione inoltri il proprio ordine per via telematica, con obbligo del

nico, cit., 89 ss.; G. PERLINGIERI, *Formazione e conclusione del contratto telematico*, in D. VALENTINO (a cura di), *Manuale di diritto dell'informatica*, Napoli, 3ª ed., 2016, 281 ss.

⁵⁴ In tal senso, fra gli altri, v. A. M. GAMBINO - F. CORRADO, *Conclusione e forma*, in D. VALENTINO (a cura di) *Dei singoli contratti, Leggi collegate*, II, in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario del Codice civile*, Torino, 2016, 58.

prestatore di inviare la ricevuta dell'ordine del destinatario contenente un riepilogo delle condizioni generali e particolari del contratto e le ulteriori informazioni (es. prezzo, recesso, consegna, ecc.); stabilisce, inoltre, che l'ordine e la ricevuta si considerano pervenuti quando i destinatari hanno la possibilità di accedervi (art. 13, commi 1°, 2° e 3°, d.lgs. n. 70/2003) e che, se l'inoltro dell'ordine implica di «azionare un pulsante», questo deve riportare in modo facilmente leggibile soltanto le parole “ordine con obbligo di pagare”, o formulazione corrispondente da cui risulti che tale inoltro comporti l'obbligo di pagare il professionista (art. 51, comma 2°, cod. cons.).

Se l'offerta rivolta ad un numero indeterminato di soggetti destinatari contiene gli estremi essenziali della proposta contrattuale (es.: elenco dei beni e servizi, caratteristiche, prezzo, ecc.) la fattispecie potrà inquadrarsi nell'«offerta al pubblico» (art. 1336 c.c.) che il consumatore potrà accettare mediante la compilazione di un *form* elettronico e pressione del “tasto negoziale virtuale” predisposto per l'invio dell'ordine - cui segue la conferma del venditore di solito via *e-mail* riassuntiva degli estremi del contratto- che vale come manifestazione della volontà negoziale prescelta dal proponente idonea e sufficiente a manifestare il consenso contrattuale (artt. 1326, commi 1° e 4° e 1335 c.c.; art. 13, comma 3°, d.lgs. n. 70/2003)⁵⁵.

Se poi il consumatore debba inserire, con l'ordine, anche i numeri della carta di credito da digitare sul sito *web*, il contratto si concluderà, secondo un'opinione, con la digitazione di questi numeri che costituisce «inizio di esecuzione» del contratto (art. 1327, comma 1°, c.c.)⁵⁶.

La circostanza che il consumatore consegni “dati” negli spazi digitali e la sempre maggiore diffusione di prodotti connessi a Internet ha peraltro aumentato il volume e il valore potenziale di questi dati per i consumatori, le imprese e la società, inducendo l'Unione europea ha promuovere una strategia fondata sulla necessità non solo di protezione dei dati personali, ma anche di libera circolazione delle informazioni.

Tale strategia si basa su due pilastri: il primo pilastro è costituito dal reg. U.E. 868/2022 sulla *governance* dei dati (c.d. *Data Governance Act-DGA*)⁵⁷

⁵⁵ Fra molti, cfr. ancora M. GAMBINO - F. CORRADO, *Conclusione e forma*, cit., 63 secondo cui «il contratto telematico si perfeziona con l'invio dell'ordine il cui arrivo a destinazione si rappresenta con l'avviso di ricevimento sulla schermata o nella casella elettronica dell'utente».

⁵⁶ Cfr. A. M. GAMBINO, *Contratto informatico e telematico. Inquadramento generale*, cit., 16; 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 impr.*, 2014, 1290, secondo cui in tale ipotesi la pressione del tasto negoziale sembra rilevare quale pronto avviso a norma dell'art. 1327, comma 2°, c.c.

⁵⁷ “Regolamento (UE) 2022/868 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 maggio 2022 relativo alla governance europea dei dati e che modifica il regolamento (UE) 2018/1724 (Regolamento sulla governance dei dati)”. In argomento v. D. POLET-

che ha lo scopo di garantire la disponibilità dei dati, disciplinando il riutilizzo dei dati pubblici, prevedendo un regime di notifica per i fornitori di servizi di condivisione dei dati ed incoraggiando il trattamento su base volontaria dei dati per finalità di pubblico interesse; il secondo pilastro è costituito dal reg. U.E. 2023/2854 sui dati (c.d. *Data Act*)⁵⁸ che prevede obblighi destinati ad incidere sui rapporti tra imprese, sui rapporti tra imprese e consumatori e sui rapporti tra imprese ed enti pubblici allo scopo di agevolare l'accesso e l'utilizzo ai dati da parte dei diversi attori, soprattutto quelli più deboli, dell'economia digitale, la cui applicazione, fra l'altro, non pregiudica «il diritto dell'Unione in materia di protezione dei dati personali e della vita privata, in particolare i reg. UE 2016/679 e 2018/1725 e la dir. 2002/58/CE» (considerando 7).

La proposta contrattuale del professionista contiene di regola condizioni generali di contratto che sono efficaci nei confronti dell'aderente se conoscibili ai sensi dell'art. 1341, comma 1°, c.c.⁵⁹, ed assoggettate, se controparte è un professionista, alle norme del Codice civile che stabiliscono una tutela formale contro le clausole vessatorie (art. 1341, comma 2°), ovvero, se controparte è consumatore, anche a quelle dal Codice del consumo che stabiliscono una tutela sostanziale contro le clausole abusive (art. 33 ss.).

In particolare per quanto concerne il requisito della specifica approvazione per iscritto delle clausole vessatorie (art. 1341, comma 2°, c.c.) unilateralmente predisposte dall'imprenditore sulla piattaforma *online*, alcuni ritengono sufficiente una duplice pressione del tasto negoziale da parte del contraente telematico: una per l'adesione al complessivo regolamento negoziale e l'altra per l'approvazione specifica delle clausole vessatorie⁶⁰, mentre

TI, *Il quadro normativo del Data Governance Act: l'esercizio dei diritti dell'interessato nell'attività di intermediazione dei dati*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2024, 533 ss.

⁵⁸ "Regolamento (UE) 2023/2854 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2023 riguardante norme armonizzate sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo e che modifica il regolamento (UE) 2017/2394 e la direttiva (UE) 2020/1828 (regolamento sui dati)" che si applicherà a decorrere dal 12 settembre 2025 (art. 50). In argomento v. A. RICCI, *Introduzione al Regolamento europeo sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2024, 799 ss.

⁵⁹ Cfr. Trib. Catanzaro, 30 aprile 2012, in *Dir. inf.*, 2012, 1174 ss. secondo cui la conoscibilità nei contratti telematici è soddisfatta «anche quando le condizioni generali non sono riportate nel testo contrattuale, ma sono contenute in altre schermate del sito o in pagine di secondo livello, purché venga dato risalto al richiamo» e le clausole richiamate siano accessibili «mediante il relativo collegamento elettronico (link)».

⁶⁰ In questo senso v. la risalente e nota decisione Giudice di Pace Partanna, 1° febbraio 2002, n. 15, in *Contratti*, 2002, 869 ss. secondo cui, in relazione ad una clausola di deroga alla competenza territoriale contenuta in un contratto di compravendita concluso *online* tra due imprese, tale clausola vessatoria avrebbe potuto essere valida se accettata dall'aderente mediante uno specifico *click* del *mouse*. Più di recente v.

altri ritengono anche necessaria che questa approvazione avvenga con una firma digitale⁶¹.

Nella fase di esecuzione del contratto, successiva alla conclusione del contratto e durante la quale «le parti del contratto possono adempiere ai loro obblighi contrattuali» (art. 52, comma 3°, prima parte, cod. cons.), ci limitiamo a segnalare la previsione del diritto di recesso (c.d. recesso di pentimento o diritto di ripensamento o *jus poenitendi*) che attribuisce al consumatore il potere di sciogliersi unilateralmente dal contratto a “distanza” entro quattordici giorni, «senza dover fornire alcuna motivazione» e senza dover sostenere costi particolari (art. 52, comma 1°, cod. cons.), con obbligo del professionista di rimborsare «tutti i pagamenti ricevuti dal consumatore eventualmente comprensivi delle spese di consegna, senza indebito ritardo e comunque entro quattordici giorni dal giorno in cui è informato della decisione del consumatore di recedere dal contratto» (art. 56, comma 1°, cod. cons.)⁶².

4. – Da questa sintetica esposizione in tema di presenza e distanza delle parti nel contratto telematico, che ha preso le mosse dall’espressione “presenza lontana” di cui parlava Gabba (*supra* par. 1), possiamo trarre alcune brevi conclusioni.

Trib. Napoli, 13 marzo 2018, n. 2508, a giudizio del quale il requisito di accettazione per iscritto delle clausole vessatorie è soddisfatto mediante il *point and click*. In dottrina v. G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Specificata approvazione per iscritto delle clausole vessatorie e contrattazione on line*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, II, 408, la quale, rilevando che l'imposizione di utilizzo di firme elettroniche c.d. forti renderebbe concretamente impossibile per i contraenti inserire clausole vessatorie nel caso di stipulazione *online*, ritiene che la predisposizione di un apposito *form* con lo specifico richiamo di tutte le clausole vessatorie del regolamento, da accettare con la pressione del “tasto virtuale”, «magari accompagnata da un ulteriore *login* con digitazione di *username* e *password* dell'aderente, che valga da firma elettronica (semplice), richiamando in modo particolare l'attenzione sull'atto di accettazione che si sta compiendo, sarebbe già idonea a soddisfare la ratio di tutela sottesa all'art. 1341, comma 2°, cod. civ. non diversamente dalla specifica sottoscrizione autografa del documento cartaceo».

⁶¹ Cfr. 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*, cit., 1294. In modo sintetico Trib. Catanzaro, 30 aprile 2012, cit., afferma che per la validità della clausola vessatorie *on line* non è sufficiente la «sottoscrizione del testo contrattuale», ma è necessaria la «specificata sottoscrizione delle singole clausole, che deve essere assolta con la firma digitale». Più di recente v. Giudice di Pace Trapani, 14 ottobre 2019, in *Danno e resp.* 2020, 243 ss., secondo cui quando si prenota *online*, «l'eventuale spunta della casella delle condizioni generali di contratto non sostituisce la firma» richiesta per la specifica approvazione delle clausole vessatorie di cui all'art. 1341, comma 2°, c.c.

⁶² In argomento, nella dottrina più recente, cfr. A. BARENGHI, *Diritto dei consumatori*, Milano, 2ª ed., 2020, 238 ss.

Il contratto telematico si afferma rapidamente e incessantemente mediante l'uso sempre più diffuso dell'informatica e della rete Internet, ma la sua disciplina normativa è frammentaria e complessa perché si rinviene, nel tempo, in più fonti ciascuna delle quali regola alcuni aspetti della fattispecie soprattutto nella prospettiva di regolarne la forma e di controllarne il contenuto a protezione del contraente più debole.

La legge non offre poi una nozione di contratto telematico e, come visto (*supra* par. 3), usa il termine «distanza» in due occasioni:

- nel decreto sul commercio elettronico, per comprendere tra i “servizi della società dell'informazione” anche quelli svolti a distanza, vale a dire «senza la presenza simultanea delle parti» (art. 1, comma 1°, lett. b), n. 1, l. n. 317/1986, richiamato dall'art. 2, comma 1°, lett. a), d.lgs. n. 70/2003);

- nel Codice del consumo, per definire il “contratto a distanza” come quello formato e concluso «senza la presenza fisica e simultanea del professionista e del consumatore, mediante l'uso esclusivo di uno o più mezzi di comunicazione a distanza» (art. 45, comma 1°, lett. g, cod. cons.; così anche art. 3, lett. l, reg. U.E. 2022/2065 sui servizi digitali).

In definitiva potremmo dire che la creazione, per effetto della telematica, di uno spazio nel quale le parti possono incontrarsi per un accordo, ha determinato il superamento del concetto di distanza⁶³.

Se Gabba parlava di una “presenza lontana” delle parti in riferimento al contratto concluso per telefono, per il contratto telematico non potremmo parlare nemmeno di un “contratto a distanza” perché è proprio la peculiare fattispecie del contratto telematico ad aver determinato la “morte della distanza”⁶⁴ laddove assicura alle parti una “presenza virtuale”.

Abstract

PRESENCE AND DISTANCE OF THE PARTIES IN THE TELEMATIC CONTRACT

Il saggio esamina i contratti che le parti possono concludere utilizzando le nuove tecnologie, ricordando le diverse classificazioni in contratti informatici, telematici

⁶³ Scrive N. IRTI, *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 629: «lo spazio telematico è sciolto dalla fisicità: non tanto sta oltre i confini territoriali, quanto non ha confini».

⁶⁴ “Morte della distanza” è la traduzione letterale dell'espressione “*The Death of Distance*” che compare nel titolo del saggio dall'economista, accademica e giornalista inglese F. CAIRNCROSS, *The Death of Distance: How the Communications Revolution Is Changing our Lives*, Boston, 1st ed., 1997, la quale evidenzia che, a seguito dell'introduzione di Internet e della tecnologia *wireless*, le nuove tecnologie di comunicazione stanno determinando la fine delle distanze come fattore rilevante nella nostra vita professionale e personale; al saggio sono seguite ulteriori edizioni (2001) ed una trad. it. di R. MERLINI, *La fine delle distanze. Opportunità e sfide di un mondo senza barriere*, Milano, 2002.

e virtuali e le loro ulteriori distinzioni in contratti digitali, intelligenti e dell'intelligenza artificiale.

Lo scritto si occupa poi del contratto telematico in generale, stipulato mediante l'uso di un computer e la rete Internet, e ricostruisce la sua disciplina come contratto a distanza sulla base del Codice civile, Codice del consumo (d.lgs. n. 206/2005) e decreto sul commercio elettronico (d.lgs. n. 70/2003), nel quadro dei più recenti regolamenti europei in materia, soffermandosi sulla fase di formazione, conclusione ed esecuzione.

In conclusione, il saggio evidenzia che nel contratto telematico le parti non sono a distanza, ma presenti in uno spazio virtuale.

The essay examines the contracts that parties can enter into using new technologies, recalling the various classifications of informatic, telematic, and virtual contracts, as well as their further distinctions into digital, smart and artificial intelligence contracts.

The paper then focuses on telematic contracts in general, concluded through the use of a computer and the Internet, and reconstructs its regulation as distance contract based on the Civil Code, the Consumer Code (Lgs. Decr. No. 206 of 2005), and the Decree on e-commerce (Lgs. Decr. No. 70 of 2003), in the most recent European regulatory framework on the matter, concentrating on the stages of formation, conclusion, and execution.

In conclusion, the essay highlights that in telematic contracts, the parties are not at a distance, but present in a virtual space.
