



Dipartimento di Scienze Giuridiche

Il ruolo delle diverse tipologie di informazione su Internet

Federica Casarosa

Tesi sottoposta alla valutazione per il conseguimento del
dottorato di ricerca in Scienze Giuridiche dell'Istituto Universitario Europeo

Firenze, luglio 2007

ISTITUTO UNIVERSITARIO EUROPEO
Dipartimento di Scienze Giuridiche

Il ruolo delle diverse tipologie di informazione su Internet

Federica Casarosa

Tesi sottoposta alla valutazione per il conseguimento del
dottorato di ricerca in Scienze Giuridiche dell'Istituto Universitario Europeo

Commissione esaminatrice:

Prof. Fabrizio Cafaggi (Supervisor) - EUI
Prof. Giovanni Sartor, Marie Curie Professor at EUI
Prof. Giovanni Comandé, Scuola Superiore Sant'Anna, Pisa
Prof. José-Luis Piñar Mañas, San Pablo-CEU University, Madrid

© 2007, Federica Casarosa
Non è consentito copiare, riprodurre o trasmettere parti di questa tesi
senza la precedente autorizzazione dell'autore

a mio padre

Ringraziamenti

Se esistesse una formula matematica che indicasse con precisione tutte le variabili fondamentali per la stesura di una tesi di dottorato, sarebbe facile selezionare le persone da ringraziare al momento in cui tale risultato è ottenuto, con la possibilità di ordinarle anche in modo corretto. Purtroppo, però nessuno ha ancora tentato l'impresa...

Di conseguenza, non posso che riorganizzare nella mente tutti gli sguardi, le risate, i silenzi, le discussioni, e gli abbracci che posso ricordare per proporre una breve lista che potrà soltanto indicare, senza alcuna pretesa di esaustività, tutte le persone che mi hanno fornito un contributo sostanziale nel corso di questi anni di studio.

Primo fra tutti Sandro, che mi ha sopportato con pazienza anche nei momenti di sconforto, unico capace di riportarmi con i piedi per terra; la mia famiglia, che mi ha sostenuto negli anni senza mai perdere la fiducia nelle mie capacità. E poi ovviamente ci sono gli amici: Marinella, Ellinoora, Sophie, Evangelia, Ounia, Sandra, Francesca, Marta, Emanuele, Giuseppe, Barbara, Juan, Lukasz, Pablo, Anna, Catherine, Sandra, Katja, Christoph, Martina, Chiara, Chiara, Ewa, Daniela, Claire, e poi i ragazzi del Theatre group, i colleghi dello European Journal of Legal Studies, i coinquilini del Villino, gli amici conosciuti ad Oxford, e poi tutti gli altri non menzionati che hanno condiviso con me scadenze, orari, corsi, preoccupazioni, ansie e gioie.

Senza l'appoggio di tutte queste persone non credo che questo risultato avrebbe potuto essere raggiunto.

INDICE

<i>Premessa</i>	11
-----------------------	----

Capitolo 1

<i>La Società dell'Informazione e la rete Internet</i>	13
--	----

1. 1. Il ruolo delle informazioni nella c.d. "società dell'informazione"	13
---	----

1. 1. 1. La crescente importanza dell'informazione nella società post-industriale	13
1. 1. 2. Una definizione di informazione	14
1. 1. 3. Il ruolo dell'informazione nel contratto	23
1. 1. 3. 1. <i>Il confine fra la fase pre-contrattuale e quella contrattuale</i>	23
1. 1. 3. 2. <i>La disciplina dei contratti c.d. asimmetrici</i>	26
1. 1. 3. 2. 1. Lo squilibrio informativo nel contratto di diritto comune	26
1. 1. 3. 2. 2. Il contratto del consumatore.....	34
1. 1. 4. L'informazione nella formazione del contratto telematico	39

1. 2. L'evoluzione delle tecnologie informatiche e il diritto	50
--	----

1. 2. 1. Internet come paradigma delle tecnologie informatiche.....	50
1. 2. 1. 1. <i>Internet quale luogo del diritto</i>	54
1. 2. 1. 2. <i>La dottrina giuridica concernente gli scambi sulla rete Internet</i>	58
1. 2. 2. Il rapporto fra il diritto e la tecnologia.....	61
1. 2. 2. 1. <i>La tecnologia come strumento alternativo di regolazione</i>	64
1. 2. 2. 2. <i>Il modello di regolazione proposto dall'Unione europea</i>	67

Capitolo 2

<i>L'informazione nel rapporto contrattuale</i>	71
---	----

2. 1. Autonomia privata e autonomia contrattuale.....	71
2. 1. 1. <i>L'evoluzione del concetto di autonomia contrattuale nel quadro del diritto</i>	73
2. 1. 1. 1. L'apporto dell'analisi economica del diritto	78
2. 1. 1. 2. Giustizia sociale e autonomia privata.....	80
2. 1. 2. <i>Il valore costituzionale dell'autonomia privata</i>	85
2. 2. Autonomia contrattuale e obblighi di informazione	88
2. 3. Gli obblighi di informazione a tutela dei consumatori nel diritto europeo dei contratti.....	93
2. 3. 1. <i>Le basi giuridiche della protezione del consumatore</i>	95
2. 3. 2. <i>Informazione e trasparenza</i>	98
2. 3. 3. <i>I problemi di settorialità e frammentarietà degli interventi del legislatore</i>	101
2. 3. 4. <i>L'apporto della Corte di Giustizia delle Comunità Europea</i>	103
2. 4. L'informazione fornita attraverso strumenti elettronici.....	106

Capitolo 3

<i>L'illegittima interferenza nella vita privata</i>	111
3. 1. L'informazione come comunicazione commerciale	111
3. 1. 1. <i>La pubblicità su Internet: gli strumenti utilizzati per la diffusione delle comunicazioni</i>	116
3. 1. 2. <i>(segue) ... e l'abuso di tali strumenti</i>	118
3. 2. Il bilanciamento degli interessi	121
3. 2. 1. <i>Il rapporto fra destinatario e mittente delle informazioni</i>	122
3. 2. 1. 1. Gli aspetti concernenti il mittente delle comunicazioni	122
3. 2. 1. 2. Gli aspetti concernenti il destinatario delle comunicazioni	127
3. 2. 2. <i>Il conflitto fra interessi contrapposti dell'utente telematico</i>	132
3. 2. 2. 1. I due livelli di interferenza nella sfera personale: l'illegittima raccolta dei dati personali	134
3. 2. 2. 2. <i>(segue) L'invio di informazioni non desiderate</i>	139
3. 2. 3. <i>La disponibilità del diritto sui propri dati personali</i>	145
3. 2. 3. 1. La "commodification" della privacy	150
3. 2. 3. 2. Il ruolo del consenso	153

Capitolo 4

<i>La trasparenza nel contratto</i>	159
4. 1. Gli effetti della tecnologia telematica sugli scambi	159
4. 2. Le soluzioni proposte nel quadro del diritto europeo	163
4. 2. 1. <i>Le direttive a contenuto "informativo"</i>	165
4. 2. 2. <i>Gli obblighi informativi nella stipulazione del contratto telematico</i>	172
4. 3. I problemi di selezione dell'informazione in ragione della sua affidabilità	175
4. 4. <i>(segue) e in ragione della sua utilità</i>	178
4. 5. Le soluzioni tecniche	179
4. 5. 1. <i>L'uso di intermediari per la selezione delle informazioni</i>	179
4. 5. 1. 1. Il ruolo degli "infomediatari"	180
4. 5. 1. 2. Gli agenti elettronici quali infomediatari nel commercio elettronico	182
4. 5. 1. 2. 1. L'ipotesi peculiare dei c.d. <i>digital assemblers</i>	190
4. 5. 1. 2. 2. <i>e-Bay</i> come sistema di auto-regolazione	192
4. 6. Le soluzioni giuridiche	196
4. 6. 1. <i>L'estensione della fase pre-contrattuale</i>	196
4. 6. 2. <i>L'anticipazione della fase pre-contrattuale</i>	199
4. 6. 3. <i>Il neoformalismo contrattuale</i>	205

Capitolo 5

<i>L'educazione del consumatore</i>	213
5. 1. Migliorare la competenza per incrementare la fiducia	213
5. 2. La definizione di consumatore	220
5. 2. 1. <i>Il consumatore nel diritto comunitario primario e secondario</i>	221
5. 2. 2. <i>L'apporto interpretativo della Corte di Giustizia</i>	224
5. 3. <i>(segue) ... e di destinatario dei servizi della società dell'informazione</i>	226
5. 4. Il processo di formazione del contratto	228
5. 5. I riflessi sulla contrattazione	232
5. 5. 1. <i>Le forme di fidelizzazione</i>	232
5. 5. 2. <i>La posizione del contraente debole: verso la standardizzazione del consumatore medio/alto</i>	234

Bibliografia..... 239

Premessa

L'utilizzo della rete Internet quale mezzo per la commercializzazione di beni e/o di servizi ha richiesto un ripensamento da parte dell'operatore del diritto circa le regole che si applicano alla fase propedeutica alla stipulazione del contratto, dovuto soprattutto alle nuove forme di interazione disponibili per l'utente telematico, che possono portare a nuove condizioni di squilibrio di potere contrattuale fra le parti contraenti. Il momento in cui tali ipotesi possono prospettarsi è in particolare la fase pre-contrattuale, che si estende, nell'ambito telematico, fin dallo svolgimento dell'attività promozionale da parte del prestatore dei servizi della società dell'informazione. L'estensione della fase pre-contrattuale si colloca, infatti, in un processo di contrattualizzazione dell'informazione pre-contrattuale che trova un'ulteriore giustificazione tecnica sulla base del mezzo di comunicazione utilizzato, giacché quest'ultimo consente un'immediata e diretta interazione fra i potenziali contraenti, tanto da rendere sempre più raro il momento dedicato alle trattative.

Lo strumento prescelto dal legislatore europeo – sulla scia della legislazione consumeristica – per ovviare alle possibili ipotesi di squilibrio contrattuale è stato quello di imporre un dovere di informazione nei confronti della parte contrattuale in condizione di svantaggio, così da consentire a tale soggetto di poter giungere ad una decisione informata in merito alla conclusione del contratto. Il legislatore, tuttavia, ha riunito in un unico strumento dedicato al “contratto telematico” (la direttiva n. 2000/31/CE sul commercio elettronico) una serie di obblighi informativi che non soltanto differiscono dal tradizionale “*information paradigm*” – poiché non legati esclusivamente allo *status* di consumatore dell'utente telematico – ma individuano anche obiettivi di tutela fra loro diversificati, andando a coprire le ipotesi di lesione della sfera privata dell'utente, la necessità di trasparenza del contratto, ed infine l'educazione dell'utente rispetto al nuovo mezzo di comunicazione da questi prescelto per la contrattazione.

L'analisi di queste tre ipotesi proposte dal legislatore comunitario appare dunque interessante sia per valutare la coerenza dello stesso paradigma informativo rispetto a rapporti che non contemplano solo ed esclusivamente il consumatore, sia per comprendere

se esso abbia la possibilità di essere efficacemente utilizzato anche per la tutela di interessi che tradizionalmente non sono contemplati nella sua sfera di applicazione.

Capitolo 1.

La Società dell'Informazione e la rete Internet

1. 1. Il ruolo delle informazioni nella c.d. "società dell'informazione"

1. 1. 1. La crescente importanza dell'informazione nella società post-industriale

Nel corso del secolo scorso, è progressivamente cresciuta l'importanza che la 'risorsa' informazione ha assunto all'interno dei rapporti sociali, sia come oggetto del rapporto, sia come strumento per l'attuazione concreta del rapporto¹.

Infatti, la società contemporanea ha subito un complesso cambiamento per quanto riguarda le risorse fondamentali impiegate nella propria organizzazione economica. In particolare, ciò che appare evidente è il "crescente contenuto informativo che caratterizza input e output della moderna attività economica"², e questo è quantificabile in una duplice prospettiva: da un lato, si avverte chiaramente il peso crescente delle tecnologie nelle attività di produzione, elaborazione e distribuzione dell'informazione, in quanto risorsa fondamentale per il benessere economico e sociale, tanto da segnare "il passaggio da una economia, per così dire, 'manufatturiera' ad un'economia 'della conoscenza' in cui diviene predominante, in una prospettiva di innovazione aziendale, il possesso e la diffusione di informazioni e dove i vantaggi competitivi sono determinati

¹ S. Schaff, *La nozione di informazione e la sua rilevanza giuridica*, Dir. Inf. e Informatica, 1987, 450 e ss. L'Autrice afferma che "[m]entre fino alla seconda guerra mondiale la società capitalistica era dominata dalla produzione e dal consumo di beni materiali, essa conosce a partire dagli anni '50 uno sviluppo continuo del settore terziario ed in particolare della produzione di informazione. L'informazione non è solo oggetto di consumo, come è dimostrato dall'espansione dei media, ma è anche un elemento del processo di produzione (importanza del know-how). La trasformazione dell'informazione in un bene commerciabile ha profondamente modificato i criteri della sua produzione e consumazione, sia la sua natura".

² M. Gambaro e C.A. Ricciardi, *Economia dell'informazione e della comunicazione*, Roma, Laterza, 1997, 5; nello stesso senso anche L. Paganetto e C. Pietrobelli, *I fondamenti teorici di una politica per la scienza, la tecnologia e l'informazione*, in L. Paganetto e C. Pietrobelli (a cura di), *Scienza, tecnologia e innovazione: quali politiche?*, Bologna, Il Mulino, 2001.

dall'accumulazione di conoscenza e dal suo efficace trasferimento in processi innovativi?³. Dall'altro, si riconosce l'importanza progressiva e strategica della comunicazione come attività determinante per il successo e l'affermazione di tutti gli agenti economici e sociali⁴. Procedendo a ritroso nel tempo è possibile individuare quali sono state le forze che hanno portato all'avvento della società c.d. post-industriale: non solo, ovviamente, la diffusione delle innovazioni nel campo della tecnologia informatica ed elettronica a tutti i livelli sociali, ma anche il crescente bisogno di comunicazione degli agenti economici e sociali in ragione dell'aumento del numero, dell'eterogeneità e dell'interdipendenza consapevole degli stessi soggetti, che richiede una migliore capacità di gestione della sempre maggiore complessità organizzativa⁵.

1. 1. 2. Una definizione di informazione

Qualificare in modo preciso il concetto di informazione non è operazione semplice⁶, poiché si tratta di una terminologia utilizzata in numerosi ambiti eterogenei fra loro, ed all'interno di questi, spesso è l'aggettivo qualificativo apposto a fianco del termine principale ad indirizzare l'interprete verso una definizione specifica (es. informazione commerciale rispetto al terminologia informazione finanziaria)⁷. Per meglio comprendere l'importanza dell'informazione nelle decisioni prese da parte degli attori che operano nel mercato, sia esso tradizionale che telematico, la presente analisi si concentrerà innanzitutto sulla definizione delle caratteristiche generali dell'informazione in base alle indicazioni dell'attuale teoria economica, e solo successivamente sarà affrontata l'indagine sui riflessi giuridici che tale impostazione economica può avere⁸.

³ Si veda V. Zeno-Zencovich e G.B. Sandicchi, *L'economia della conoscenza ed i suoi riflessi giuridici*, Riv. dir. Inf. e Informatica, 2002, 972.

⁴ Tale analisi, in ogni caso, non è una scoperta recente, anzi già negli anni sessanta George Stigler rilevava il ruolo determinante dell'informazione, poiché, essendo la stessa una fonte di potere sociale e contrattuale, permette al suo possessore di gestire una risorsa con un elevato valore di scambio. Si veda, G. J. Stigler, *The economics of information*, in *Journal of political economy*, 69, 1961, 218.

⁵ "Dovendo operare in ambienti complessi, turbolenti e, sia pure imperfettamente, trasparenti, il successo e il consenso sociale ottenuti da questi attori dipendono in buona misura dalla loro capacità di conoscere e farsi conoscere: quindi di raccogliere, elaborare e trasmettere informazioni?", così in M. Gambaro e C.A. Ricciardi, *Economia dell'informazione e della comunicazione*, cit., 11.

⁶ V. Zeno-Zencovich, voce *Informazione (profili civilistici)*, IX, Enc. Del Dir., 1993, 420; P. Catala, *Ebauche d'une théorie juridique de l'information*, Informatica e Diritto, 1983, 17; V. Cuffaro, *Profili civilistici del diritto all'informazione*, Napoli, Jovene, 1986.

⁷ Dal punto di vista semantico, possiamo affermare che il termine informazione deriva dal latino *in-formare* con il significato di imporre una forma ad un concetto, meglio ad un pensiero, per articolarlo o per migliorarlo. Fin dall'origine quindi, il concetto di informazione si lega a quello di espressione ordinata e trasmissibile verso l'esterno. Si veda la ricca analisi storiografica circa il termine informazione in A. Borgmann, *Holding on to reality – The nature of information at the turn of the Millennium*, Chicago, University of Chicago Press, 1999, 9; nello stesso senso.

⁸ In questo senso M. Granieri, *Proprietà, contratto e status nell'industria dell'informazione (per una visione criticamente relazionale dell'economia digitale)*, in *Mercato Concorrenza e Regole*, 2006, 111. "In un contesto dove tutto è reso possibile

Dal punto di vista economico, l'informazione rappresenta un'ampia categoria di risorse immateriali, costituita da dati e notizie prodotte e diffuse in forme e attraverso mezzi di comunicazione diversi fra loro. Attraverso la comunicazione, le informazioni apportano a coloro che le ricevono un'utilità, che è legata alla maggiore conoscenza delle caratteristiche relative al contesto ambientale nel quale i destinatari dell'informazione operano, con la conseguente possibilità per questi soggetti di giungere – più efficacemente – alla soddisfazione dei propri bisogni, riducendo l'incertezza relativa all'opportunità delle proprie scelte di mercato. Inoltre, la disponibilità dell'informazione può portare alla costruzione di nuove informazioni basate su quelle esistenti, sia attraverso un processo che ne riformula il singolo contenuto informativo, così da giungere ad un diverso significato, sia attraverso un processo di accumulazione di numerosi contenuti informativi disponibili per il ricevente, grazie al quale è possibile costruire una nuova informazione⁹.

Trattandosi di una risorsa utile e produttiva, l'informazione può legarsi ad un valore quantificabile economicamente, che però non si basa sul costo sopportato dai produttori per la creazione e la diffusione dell'informazione, quanto piuttosto rappresenta il corrispondente monetario che gli attori sono disposti a pagare per poter disporre dell'informazione reperibile sul mercato.

Da ciò discendono due considerazioni: da un lato, è possibile affermare che l'informazione, come le altre risorse economiche, può divenire scarsa, qualora l'investimento necessario per la sua produzione sia talmente elevato che soltanto un numero limitato di soggetti può accedervi direttamente, oppure qualora il soggetto che dispone dell'informazione non ne permetta la comunicazione o la diffusione¹⁰. Questo aspetto si ripercuote quindi sul valore economico attribuito all'informazione che oscillerà tanto più verso l'alto tanto minore sarà la possibilità di reperire sul mercato uno specifico contenuto informativo.

dalla natura instabile dei beni digitali e dalla flessibilità delle combinazioni negoziali, è l'identità stessa dei soggetti di diritto a subire uno stravolgimento. Mutando i punti di riferimento, le qualificazioni giuridiche perdono il proprio sostrato o lo vedono radicalmente cambiato. Il fenomeno, radicale, richiede una infrastruttura concettuale capace di cogliere il senso della realtà sociale ed economica e di trasmetterlo al livello deontologico, propiziando quell'allineamento tra essere e dover essere che le peculiarità dell'economia digitale hanno messo in crisi?

⁹ S. Scotchmer, *Standing on the shoulders of giants: cumulative research and the patent law*, Journal of Economics perspectives 5 (1991), 29.

¹⁰ C. Shapiro e H. R. Varian, *Information rules – Le regole dell'economia dell'informazione*, Milano, Etas, 1999, 29 e ss.; H.R. Varian, J. Farrell e C. Shapiro, *The economics of Information Technology – An introduction*, Cambridge, CUP, 2004, 54 (specificamente sull'applicazione pratica nelle forme di protezione dei diritti di proprietà intellettuale); A.M. Musy, *Il dovere di informazione – Saggio di diritto comparato*, Trento, Università degli studi di Trento, 1999, 273; M. Gambaro e C.A. Ricciardi, *Economia dell'informazione e della comunicazione*, cit., 33; E. Rullani, *Economia della conoscenza – Creatività e valore nel capitalismo delle reti*, Roma, Carocci, 2004, 33; F. Denozza, *Norme efficienti*, Milano, Giuffrè, 2002; M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans le contrats – Essai d'une théorie*, Parigi, LGDJ, 1993, 100 e ss.

Dall'altro lato, si riconosce che le attività di creazione e diffusione dell'informazione sono attività molto costose, e soprattutto la prima impone un investimento iniziale elevato in termini economici ed intellettuali per produrre la 'prima copia' dell'informazione, cui quindi è legato un livello di rischio non irrilevante. Inoltre, tale investimento non è sempre recuperabile, poiché una volta prodotta, l'informazione ha un basso (o addirittura un insignificante) costo di diffusione o di comunicazione tra i suoi possibili utilizzatori¹¹. Questo aspetto appare ancor più evidente quando ci riferiamo ad informazioni che sono veicolate attraverso l'attuale strumentazione tecnologica. Per esempio, nel caso in cui l'informazione è sottoposta ad un processo di materializzazione attraverso la creazione di un CD, il costo marginale aggiuntivo per ogni nuova copia, rispetto al costo di creazione dell'informazione, include soltanto quello – estremamente basso – del supporto. La stessa esiguità nei costi di diffusione si osserva anche nel caso in cui l'informazione rimanga nello stato di bene immateriale¹², per esempio, il *download* di un file musicale da un CD non richiede di per sé alcun costo per compiere l'attività di trasferimento dal supporto all'elaboratore dell'utente telematico. In questo caso, tuttavia, si presenta un duplice investimento iniziale, che non è imposto soltanto su colui che crea l'informazione proprio per attività di produzione dell'informazione, ma anche sul ricevente della stessa, poiché anche l'utente per poter acquisire e "leggere" l'informazione deve avere la disponibilità materiale di un computer¹³.

Secondo la teoria economica tradizionale, l'informazione, per la sua natura immateriale e intangibile, è riconducibile alla categoria dei c.d. beni pubblici¹⁴, ovvero quei beni caratterizzati dall'indivisibilità nella produzione e nell'uso, così che l'offerta non può essere variata marginalmente (tanto che l'aggiunta di uno o più utenti non riduce il beneficio netto degli altri), e dalla non-escludibilità dei soggetti non disponibili a pagare in proporzione al beneficio che ricevono sia per ragioni di impossibilità tecnica oppure per eccessivo costo di

¹¹ In termini economici può affermarsi che il processo di produzione dell'informazione sopporta elevati costi fissi di produzione e bassi costi variabili di riproduzione, includendo fra i primi dei costi fissi irrecuperabili.

¹² N. Lucchi, *Digital media & intellectual property*, Springer, Berlino, 2006, 1.

¹³ Si veda P. Samuelson, *Digital media and the changing face of intellectual property law*, 16 Rutgers Computer and Tech. L.J. 323, 1990, in cui l'Autrice, già all'inizio degli anni '90, proponeva una dettagliata tassonomia delle sei caratteristiche principali dei c.d. *digital media* capaci di apportare significativi cambiamenti nel diritto. In particolare l'Autrice segnalava le seguenti caratteristiche: la facilità di copia dei contenuti digitali, la facilità di trasmissione e l'utilizzo anche in forma collettiva, la duttilità dei contenuti digitali capaci di essere segmentati, manipolati e trasformati a preferenza dell'utente, la sostituibilità delle copie con l'originale, la sempre più elevata compressione, in termini fisici, dei contenuti digitali, ed infine la "non-linearità" che consente la fruizione di tali contenuti attraverso collegamenti e connessioni interne.

¹⁴ K. J. Arrow, *Economic welfare and the allocation of resources for invention*, in National Bureau of Economic research, *The rate and direction of inventive activity*, Princeton University Press, Princeton, 1962.

tale esclusione¹⁵. Tuttavia, ciò non è verificabile per tutte le tipologie di informazioni veicolate all'interno del mercato poiché in molti casi al bene informazione può essere attribuita una natura 'quasi-privata'. In tal senso, alcuni economisti parlano di c.d. beni pubblici spuri¹⁶ per i quali le tre variabili che definiscono la natura pubblica del bene possono coordinarsi allontanandosi dal paradigma di bene pubblico. Ciò permette di delineare ipotesi nelle quali il bene, pur avendo un alto livello di indivisibilità nella sua produzione e nel suo utilizzo, ed un basso costo marginale per ogni utente addizionale, può presentare un'alta capacità di escludibilità dal beneficio (per esempio, nel caso di trasmissioni televisive criptate); oppure ipotesi in cui sia la capacità di escludere terzi dal beneficio sia la possibilità di dividere la produzione e l'uso del bene sono basse, ma il costo marginale per utente addizionale è elevato (per esempio, nel caso di realizzazione di un programma software personalizzato).

La possibilità di definire il bene informazione come un bene privato *tout court* discende, per la maggior parte dei casi, da una scelta di regolazione, che si verifica allorché l'ordinamento ritenga legittimo attribuire un diritto proprietario a favore del soggetto che ha creato l'informazione consentendo a questi la possibilità di escludere legittimamente i terzi dall'utilizzo di tale informazione, così da fruire in prima persona delle utilità economiche derivanti dallo sfruttamento della stessa. Tradizionalmente, questa scelta si giustifica sul fatto che i diritti di proprietà intellettuale sono indispensabili per il funzionamento del mercato: da un lato, poiché garantiscono il riconoscimento della paternità di un'opera all'autore; dall'altro, poiché incentivano la produzione di nuova informazione. I fautori di questo approccio¹⁷, infatti, affermano che in assenza di diritti di proprietà intellettuale, potrebbero proporsi situazioni di uso indiscriminato delle risorse

¹⁵ L'informazione appartiene a questo gruppo poiché, secondo le parole di Thomas Jefferson, “[h]e who receives an idea from me, receives instructions himself without lessening mine; as he who lights his taper at mine, receives light without darkening me”, citato in T. S. Ulen, *Information in the Market Economy – Cognitive Errors and Legal Correctives*, in S. Grundmann *et alii*, *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, cit., 101 e ss.

¹⁶ M. Gambaro e C.A. Ricciardi, *Economia dell'informazione e della comunicazione*, cit., 36; A. Ogus, *Regulation – legal theory and Economic theory*, Oxford, Hart Publ., 2004, 34.

¹⁷ R. A. Posner, *Economic analysis of law*, Boston, Little, brown and company, 5° ed., 1998, 36 e ss; R. Posner e R. Landes, *The economic structure of intellectual property law*, Cambridge, Belknap Press, 2003, passim; R. Coase, *The problem of social cost*, 3 J. Law & Econ. 1 (1960). Si veda anche H. Demsetz, *Toward a Theory of Property Rights*, 57 Am. Econ. Rev. 347 (1967), che affermava “[c]onsider the problems of copyright and patents. If a new idea is freely appropriable by all, if there exist communal rights to new ideas, incentives for developing such ideas will be lacking. The benefits derivable from these ideas will not be concentrated on their originators. If we extend some degree of private rights to the originators, these ideas will come forth at a more rapid pace”, (citato in E. M. Salzberg, *Economic Analysis of the Public Domain*, in L. Guibault, P. Bernt Hugenholtz (a cura di), *The Future of Public Domain: Identifying the Commons in Information Law*, The Hague, Kluwer Law Intewrnational, 2006, 45).

Sussiste poi una ricca letteratura che affronta le diverse giustificazioni per i diritti di proprietà intellettuale, esplorandone gli aspetti relativi alla natura sociologica, democratica e culturale, fra gli altri W. J. Gordon, *A property-right in self-expression: Equality and individualism in the natural law of intellectual property*, 102 Yale L.J. 1533 (1993); J. Litman, *The public domain*, 39 Emory L.J. 965 (1990); N. W. Netanel, *Copyright and a democratic civil society*, 106 Yale L.J. 283 (1996).

comuni (in questo caso la possibilità di fruire dell'informazione), e una diminuzione degli investimenti privati nell'ottimizzazione o nelle capacità di applicazione delle risorse (dunque nella produzione di nuova informazione). Tuttavia, altri autori¹⁸ hanno enfatizzato la necessità di valutare correttamente il bilanciamento fra il costo economico e sociale derivante dai limiti di accesso nei confronti dell'informazione rispetto ai benefici in termini di incentivi alla produzione di nuova informazione (ovvero la prospettiva per l'autore dell'informazione di ottenere la remunerazione dell'iniziale investimento), argomentando che nei primi devono essere inclusi sia i costi che derivano dalla ricerca di informazioni alternative da parte dei terzi e dalla procedura stessa di attribuzione di diritti di proprietà intellettuale¹⁹, sia gli svantaggi in termini di disincentivi alla produzione di nuova informazione, poiché *“the challenge is to reward early innovators fully for the technological foundation they provide to later innovators, but to reward later innovators adequately for their improvements and new products as well”*²⁰.

In questa prospettiva si giustificano, peraltro, le forme di limitazione ai diritti di proprietà intellettuale, sia in termini temporali, definendo un lasso di tempo oltre il quale l'autore e/o i suoi eredi non possono più escludere i terzi dall'utilizzo dell'informazione²¹; sia in termini materiali, limitando gli aspetti della protezione fornita attraverso i diritti di proprietà intellettuale, che appunto coprono le forme di espressione e non le idee sottese²², e contemporaneamente consentendo ai terzi di poter fruire dell'informazione qualora questa ricada nel c.d. *fair use*²³, (un esempio è il caso in cui il possessore di un CD musicale, acquistato legalmente, ne faccia una copia personale da tenere all'interno della propria autovettura).

¹⁸ S. Scotchmer, *Standing on the shoulders of giants: cumulative research and the patent law*, cit., 29; N. Elkin-Koren e E.M. Salzberg, *Law, Economics and Cyberspace – The effects of cyberspace on the economic analysis of law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2004, 51.

¹⁹ W. Landes e R. Posner, *Economic Analysis of Copyright Law*, 18 *The Journal of Legal Studies* 326 (1989).

²⁰ S. Scotchmer, *Standing on the shoulders of giants: cumulative research and the patent law*, cit., 30.

²¹ Si veda W. Landes e R. Posner, *Indefinitely renewable Copyright*, 70 *Univ. Chi. L.R.* 471 (2003), in cui gli Autori riformulano la loro precedente posizione affermando che i diritti di proprietà intellettuale su beni-informazione possano essere rinnovabili indefinitamente, poiché la loro eventuale ricaduta all'interno del c.d. *public domain* ne implicherebbe inevitabilmente un utilizzo non efficiente.

²² G. Scorza, *Il diritto dei consumatori e della concorrenza in Internet – Pubblicità, privacy, contratti, concorrenza e proprietà intellettuale nel cyberspazio*, Padova, Cedam, 2006, 155 e ss.; G. Tritton e R. Davis, *Intellectual property in Europe*, Londra Sweet & Maxwell, 2002; T. Dreier e P.B. Hugenholtz, *Concise European Copyright law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2006; S.D. Anderman, *EC competition law and intellectual property rights: the regulation of innovation*, Oxford, Clarendon press, 1998.

²³ W.J. Gordon, *Excuse and justification in the law of fair use: Commodification and market perspectives*, in N. Netanel e N. Elkin-Koren (ed.), *The commodification of information: Social, Political and cultural ramifications*, Kluwer International, The Hague, 2002, 149; D. Lindsay, *The Future of the Fair Dealing Defense to Copyright Infringement*, Research Paper No 12, University of Melbourne Centre for Media, Communications and Information Technology Law, November, 2000, 62; R.P. Merges, *The End of Friction? Property Rights And Contract In The "Newtonian" World Of On-Line Commerce*, 12 *Berkeley Tech. L.J.* 115, 1997; J. Lipton, *A framework for information law and Policy*, 82 *Oregon Law Review* 695 (2003), 754; Ead., *Copyright in the Digital Age: A comparative survey*, 27 *Rutgers Computer and Tech. L.J.* 333 (2001), 348.

La tecnologia ha agevolato l'applicazione concreta di tale approccio soprattutto nei casi di informazioni digitalizzate, poiché sono stati sviluppati diversi supporti tecnologici, materiali e non, che possono definire *a priori* le attività consentite al soggetto che riceve l'informazione. Per esempio nel caso ormai famoso del lettore Mp3 *iPod* della casa produttrice *Apple*²⁴, il produttore della tecnologia ha limitato l'utilizzo dello stesso strumento ai soli *file* (musicali, video o altro) che l'utente ha acquistato attraverso un sito specifico (*iTunes*), giacché soltanto questi *file* sono riconoscibili dal lettore poiché veicolati attraverso un programma di compressione creato *ad hoc* (distinguibile dal tradizionale formato per la terminazione .mp4). In questo caso, dunque, l'accesso all'informazione è stato predeterminato attraverso la selezione delle fonti da cui l'informazione stessa proviene e negli strumenti attraverso i quali la lettura è consentita (nessun altro strumento in commercio aveva, infatti, la possibilità di leggere le informazioni compresse in formato .mp4). Un diverso caso è quello dei c.d. *digital rights management*²⁵, in cui nel supporto che veicola le informazioni, o nelle stesse informazioni, vengono incorporate le possibili modalità di utilizzo e quindi vengono definiti i margini entro i quali può svolgersi il comportamento del fruitore, stabilendo per esempio il numero di ascolti possibili di un file musicale, o la possibilità di produrne una copia sul proprio computer oppure su un supporto quale un CD, o ancora definire le condizioni alle quali il bene viene trasferito²⁶.

In una diversa prospettiva, la diffusione delle stesse tecnologie dell'informazione e della comunicazione ha anche offerto numerosi esempi pratici nei quali l'approccio proprietario, delineato a grandi linee poco sopra, può ritenersi superato. Infatti, l'attuale letteratura ha preso in esame le forme di "socializzazione" dell'informazione che si basano sulla

²⁴ G. Mazziotti, *Did Apple's refusal to license proprietary information enabling interoperability with its iPod music player constitute an abuse under Article 82 of the EC Treaty?*, Berkeley Center for Law and Technology. Law and Technology Scholarship, Paper 5, reperibile all'indirizzo web <http://repositories.cdlib.org/bclt/lts/5>.

Un caso recente, del 24 gennaio 2007, si è verificato in Norvegia, dove l'Ombudsman per i diritti dei consumatori ha riconosciuto come illecita l'inclusione del DRM chiamato *fairplay* nei dispositivi iPod e nel software iTunes, a seguito del reclamo presentato dal Consiglio norvegese dei consumatori (*Forbrukerradet*). In particolare l'Ombudsman ha affermato che è da considerarsi illegale il fatto che le musiche scaricate possano essere sentite solo sul dispositivo della società Apple, e su nessun altro lettore mp3 (almeno nel formato originario protetto). Di conseguenza l'Ombudsman ha richiesto entro un termine perentorio che la società Apple modifichi i propri dispositivi così da consentire al software di iTunes di essere interscambiabile con quello delle società concorrenti. Si veda più approfonditamente all'indirizzo web <http://punto-informatico.it/p.aspx?id=1863637>.

²⁵ J. Cohen, *DRM and privacy*, 18 Berkeley Tech. L.J. 575 (2003); P. Samuelson, *Digital Rights Management {and, or, vs.} the Law*, 46 Communications of the ACM, 2003, 41; D. K. Mulligan, *Digital rights management and fair use by design: Introduction*, 46 Communications of the ACM, 2003, 50; R. Caso, *Digital Rights Management*, Padova, Cedam, 2004.

²⁶ Un ulteriore esempio è quello dei file creati attraverso il programma Adobe Acrobat eBook, che permette agli utilizzatori di trasformare i propri contenuti digitali in file .pdf nei quali definire se l'accesso, la modifica, la copia, la stampa e l'inserimento di annotazioni nel testo originale sono consentite ai successivi fruitori dell'informazione.

partecipazione di attori non-economici, cioè soggetti che non ottengono, e non ambiscono ad ottenere, alcuna retribuzione o partecipazione agli utili derivanti dal loro apporto nello sviluppo e/o nella produzione di nuova conoscenza, limando di conseguenza una delle giustificazioni per la creazione di diritti di proprietà intellettuale. Questa prospettiva è stata recentemente approfondita dallo studioso americano Yochai Benkler²⁷. Questi – attraverso un approccio assolutamente liberale, ma non libertario – mostra numerosi esempi nei quali il paradigma tradizionale della produzione e circolazione delle informazioni, basato su un sistema proprietario, non appare più conforme alla realtà²⁸. L'Autore riconosce che il progresso delle tecnologie telematiche, sia sotto il profilo delle sempre più ampie potenzialità degli elaboratori elettronici, sia sotto il profilo delle connessioni telematiche sempre più diffuse, ha portato a nuove forme di elaborazione e distribuzione delle informazioni, quali per esempio il c.d. *software* libero *GnuLinux* basato sulla licenza *Creative Commons*²⁹, o l'enciclopedia virtuale *wikipedia*³⁰. Questi modelli hanno come comune denominatore il fatto di essere basati sull'utilizzo di forme decentrate di produzione e appunto sulla partecipazione di attori non-economici, la cui cooperazione è fondamentalmente gratuita e disinteressata, senza che ciò ne diminuisca le capacità rispetto alle forme di produzione e di diffusione tradizionali sia in termini di efficienza, che di sostenibilità e produttività³¹.

Questa lettura pone in evidenza un aspetto fondamentale del nuovo contesto delineato dallo spazio virtuale, ovvero la possibilità di reperire fonti alternative di informazioni, che possono provenire anche da soggetti che volontariamente mettono in condivisione le proprie conoscenze.

²⁷ Y. Benkler, *The Wealth of Networks*, Yale Press, 2006, 3.

²⁸ "There have been two big changes in 'Advanced Economies':

a. *Production has shifted from the physical goods (cars, blue jeans, paper plates) to information goods and services (movies, wordprocessing software, tax preparation);*

b. *Communication tools have shifted from a centralized, mass-market approach to a much more distributed and interconnected approach (the Internet)*", Ibid. 4.

²⁹ Il sito *web* di *Creative Commons* permette a quanti detengono dei diritti di copyright di trasmettere alcuni di questi diritti al pubblico e di conservarne gli altri, per mezzo di una varietà di schemi di licenze e di contratti che includono la destinazione di un bene privato al pubblico dominio o ai termini di licenza di contenuti aperti (*open content*). L'intenzione è quella di evitare i problemi che le attuali leggi sul copyright creano per la diffusione e la condivisione delle informazioni. Il progetto fornisce diverse licenze libere che i detentori dei diritti di copyright possono utilizzare quando rilasciano le proprie opere sulla Rete.

³⁰ *Wikipedia* è un'enciclopedia multilingue liberamente consultabile sulla rete Internet, che secondo la definizione fornita sul sito si fonda sulla "certezza che ciascuno possiede delle conoscenze che può condividere con gli altri", in altre parole "Wikipedia crede che ogni persona abbia il diritto di imparare, ma anche che ognuno abbia qualcosa da insegnare agli altri". Il progetto è iniziato nel gennaio 2001 in lingua inglese e si è progressivamente esteso ad altre 13 lingue. La caratteristica principale di questa enciclopedia è di essere interamente scritta da volontari: chiunque può creare o modificare un articolo istantaneamente, dunque è facile che più autori collaborino alla stesura di un unico articolo, per questa ragione "il risultato è un perenne lavoro in corso". I partecipanti peraltro sono liberi di decidere se crearsi un'identità, fornendo un nome utente e una password, o meno poichè la registrazione non è obbligatoria. Si veda la documentazione fornita all'indirizzo http://it.wikipedia.org/wiki/Wikipedia:A_proposito_di_Wikipedia.

³¹ C. Zhu, *In Code, We Trust?*, cit., 602.

Comunque, tale analisi non è scevra da possibili critiche, giacché non affronta le modalità di fruizione di queste conoscenze: da un lato, la produzione decentralizzata non consente al singolo partecipante di avere una visione complessiva di quello che sarà il risultato, trovandosi questi ad elaborare una frazione molto piccola di ciò che sarà l'informazione una volta aggregata. Dall'altro lato, il soggetto che non partecipa alla produzione si troverà di fronte ad un risultato sicuramente equivalente a quello ottenuto attraverso un sistema di produzione tradizionale, tuttavia, potranno porsi problemi di affidabilità e di sicurezza dei contenuti prodotti e diffusi che precedentemente non avevano tale intensità³². Dunque, queste nuove forme di produzione e di diffusione delle informazioni, da un lato, ampliano i margini per la partecipazione alla costruzione della conoscenza, incentivando tale processo, senza però sottostare ai vincoli imposti da una retribuzione dell'impegno speso; dall'altro lato, propongono all'utente finale nuove questioni, poiché sarà questi a dover immaginare nuovi criteri e strumenti di valutazione circa il livello di affidabilità e di sicurezza del risultato disponibile, tali appunto da permetterne l'utilizzo, introducendo quindi quella che può essere definita come una diversa forma di asimmetria informativa³³.

La precedente analisi si è soffermata prevalentemente sulle problematiche concernenti l'informazione come risultato del processo creativo, e quindi come bene che può essere sottoposto ad uno specifico regime per la sua circolazione nel mercato. Tuttavia, tale approccio al concetto di informazione non è l'unico disponibile per l'interprete, poiché sussiste un ampio numero di fattispecie che possono ricollegarsi ad essa, differenziandosi in ragione del processo di creazione del contenuto informativo, del contenuto in quanto tale, del mezzo con il quale tale contenuto è comunicato o diffuso, ed infine della funzione che l'informazione svolge. Infatti, una definizione, piuttosto ampia, di informazione può essere quella di un tipo di attività comunicativa, svolta con mezzi linguistici tipici (quali scrittura o parola) e con altri mezzi non linguistici (quali gesti, comportamenti, immagini e suoni) che è diretta a rappresentare direttamente o indirettamente fatti storici del presente o del passato, la cui conoscenza può essere trasferita ad un soggetto ricevente³⁴. Questa definizione ci

³² P. Swire, *A model for when disclosure helps security: what is different about computer and network security?*, in M. Grady, F. Parisi, *The Law and Economics of cybersecurity*, CUP, New York, 2006, 60.

³³ Si veda infra par. 3. 2. 1. 2. e par. 4. 3. e 4. 4.

³⁴ Si veda M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans le contrats*, cit., 379, che specifica una diversa tipologia di obblighi: di informazione (*d'information*), di comunicazione (*de renseignement*), e di messa in guardia (*mise en garde*) e di consiglio (*de conseil*), diversificati in ragione del grado di diligenza richiesto ai cc.dd. creditore e debitore dell'informazione. In particolare, l'Autrice afferma "*L'obligation de mise en garde se retrouve dans le même circonstances que l'obligation d'information en général. [...] La seule particularité concerne donc les modalités d'exécution de l'obligation de mise en garde : si l'information à transmettre permet d'éviter un risque, un inconvénient, le débiteur devra la souligner particulièrement*".

permette di enfatizzare il significato polivalente del vocabolo informazione, che dunque può coniugarsi in senso dinamico, individuando l'attività comunicativa, oppure in senso statico, individuando l'oggetto di detta attività³⁵.

Tale polisemia di significati si ripercuote, come abbiamo visto, sull'approccio adottato dal legislatore per delineare la consistenza sul piano giuridico degli eventi legati al fenomeno dell'informazione, che, nella precedente analisi, si imperniavano sul bilanciamento fra la necessità di diffusione della conoscenza creata e l'interesse dell'autore ad ottenere una retribuzione per l'impegno speso. Tuttavia, secondo un diverso punto di vista, deve essere affrontato anche l'interesse del soggetto destinatario ad acquisire la conoscenza di determinate notizie. In questo caso, se si guarda all'oggetto dell'informazione, deve essere approntato un apparato diretto a realizzare la pratica conoscibilità dei contenuti in favore di tutti i soggetti che possono averne interesse, individuando obiettivamente e precisamente tutti gli aspetti che possono, e devono, essere comunicati; se si guarda all'attività comunicativa, invece, la realizzazione dell'interesse soggettivo a conoscere fatti determinati, viene risolto attraverso l'imposizione di un preciso obbligo a carico di un soggetto che ha la disponibilità delle notizie e che quindi è tenuto a fornirle all'altra parte³⁶.

Dunque, appare evidente la difficoltà, se non l'impossibilità, di giungere ad una ricomposizione sistematica della tutela dell'informazione in quanto tale³⁷, pertanto si dimostra più utile scomporre tale concetto nelle sue diverse accezioni e analizzarne specificamente le caratteristiche per delineare le modalità di tutela diversificate sulla base dei diversi interessi rilevanti sottesi. Un utile contributo in questa direzione è dato dalla tassonomia individuata da Vincenzo Zeno Zencovich su questo tema, che distingue appunto fra l'aspetto contenutistico, secondo il quale *“per informazione si intende qualsiasi dato rappresentativo della realtà che viene conservato da un soggetto oppure comunicato”*; l'aspetto funzionalistico, secondo il quale nell'informazione *“si ricomprendono quelle attività di comunicazione al pubblico svolte da taluni mezzi,*

Una differenziazione fra i diversi obiettivi dell'informazione viene prospettata anche da V. Cuffaro, *Profili civilistici del diritto all'informazione*, cit., 5 e ss., in cui l'Autore si sofferma sulle caratteristiche della notizia e dell'opinione.

³⁵ P. Catala, *Ebauche d'une théorie juridique de l'information*, cit., 17; E. Pellicchia, *Scelte contrattuali e informazioni personali*, Torino, Giappichelli, 2005, 2, sottolinea come tratti caratterizzanti l'informazione la relazionalità (in quanto rapporto che non può prescindere dalla presenza di almeno due soggetti) e la conflittualità (in relazione ai possibili conflitti che tale trasferimento può comportare).

³⁶ V. Cuffaro, *Profili civilistici del diritto all'informazione*, cit., 12, laddove l'Autore riconosce che sussiste *“una procedimentalizzazione della vicenda conoscitiva che vede presenti non solamente la predisposizione di un apparato organizzativo diretto allo svolgimento dell'attività volta appunto alla raccolta e alla conservazione dei documenti rappresentativi dei diversi accadimenti, ma altresì, e correlativamente, l'individuazione di precise situazioni giuridiche in capo a soggetti partecipi della vicenda”*.

³⁷ Si veda la critica compiuta verso tentativi in tale senso da parte di D. Messinetti, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, Riv. crit. dir. priv., 1998, 339.

quali la stampa, la radio e la televisione?, ed infine l'aspetto specialistico che individua *“l'obbligo posto a carico di taluni soggetti quando entrano in rapporto con gli altri”*³⁸.

Nel prosieguo dell'analisi, dunque, l'accezione di informazione che sarà presa in considerazione sarà la terza, ovvero l'informazione come strumento per il perseguimento di specifici obiettivi, in particolare sarà affrontato l'obbligo di informazione che si configura nel quadro degli scambi contrattuali. In tal senso la presenza o l'assenza di informazioni rappresenta un fattore fondamentale per valutare la correttezza e/o l'efficienza dello scambio, poiché l'eventuale disparità di informazioni disponibili all'una o all'altra parte può rappresentare un ostacolo per giungere all'efficiente allocazione delle risorse del mercato e al soddisfacimento degli interessi delle parti stesse.

1. 1. 3. Il ruolo dell'informazione nel contratto

1. 1. 3. 1. Il confine fra la fase pre-contrattuale e quella contrattuale

L'informazione acquista una particolare importanza nell'ambito del contratto, laddove svolge diverse funzioni in relazione alla fase nella quale viene trasmessa alla controparte: nella fase pre-contrattuale si pone a presidio della corretta formazione della volontà contrattuale, includendo come contenuti le caratteristiche del bene o del servizio offerto e le condizioni economiche dell'affare; nella fase della formazione del contratto è funzionale al principio di trasparenza; nella fase post-contrattuale riguarda l'esecuzione del contratto ed investe per lo più il piano di tutela (per esempio in relazione al diritto di recesso)³⁹.

Tuttavia, il confine fra le prime due fasi non si presenta in modo così chiaro. Tradizionalmente, l'analisi della fase pre-contrattuale distingueva fra le attività riconducibili alle trattative ed attività propriamente attinenti alla formazione dell'accordo, disposte lungo la sequenza di proposta-accettazione. Tale differenziazione si legava alla contrapposizione, rispettivamente, fra la *“volontà di trattare”* e la *“volontà di concludere il contratto”*⁴⁰, nel primo caso l'oggetto del trattare era concernente gli aspetti puramente procedurali, mentre nel secondo caso l'oggetto veniva ad essere l'aspetto contenutistico della fattispecie contrattuale. Tale approccio, però, perde di vista il possibile intersecarsi fra i due piani delineati, giacché il momento della determinazione del contenuto e quello della costruzione

³⁸ V. Zeno-Zencovich, voce *Informazione (profili civilistici)*, cit., 421.

³⁹ G. Grisi, *Gli obblighi di informazione*, in S. Mazzamuto (a cura di), *Il contratto e le tutele – Prospettive di diritto europeo*, Torino, Giappichelli, 2002, 144.

⁴⁰ F. Carrara, *La formazione dei contratti*, Milano, Vallardi, 1915, 1.

dell'accordo si trovano ad influenzarsi reciprocamente⁴¹. Infatti, appare chiaro che le attività di ricerca, raccolta e organizzazione delle informazioni compiute nella fase delle trattative sono comunque finalizzate all'accertamento dell'idoneità o meno dell'accordo raggiungibile, tale da soddisfare le esigenze in conformità ad autonome valutazioni di opportunità e convenienza⁴².

Ciò non significa che ogni iniziativa assunta da parte di un soggetto nei confronti di un altro nella prospettiva della conclusione, anche potenziale, di un affare venga ad assurgere ad atto giuridicamente rilevante, piuttosto si osserva che tali attività nel momento in cui rispondono ad un comportamento qualificato secondo la prassi commerciale e sociale, ovvero secondo i criteri del mercato, quale fonte di ragionevole affidamento della controparte, possono essere riconosciuti come afferenti alla fase propedeutica al compimento di una operazione economica⁴³.

L'informazione 'qualificata' che le parti si scambiano nella fase antecedente alla conclusione dell'accordo può dunque rappresentare un elemento che può scivolare dalla fase delle trattative fino alla formazione del regolamento negoziale. In generale, un obbligo di informazione operante in modo biunivoco fra le parti si giustifica sulla base del principio generale di buona fede⁴⁴, che ha come obiettivo quello di permettere alle parti di ottenere tutte le conoscenze capaci di rafforzare la loro consapevolezza sull'assetto contrattuale⁴⁵. L'estensione di tale obbligo, però, non può intendersi nel senso di imporre alle parti un

⁴¹ Tale aspetto appare chiaramente nelle ipotesi di formazioni non istantanea dell'accordo, si veda E. Gabrielli, *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano, Giuffrè, 1974, 7; G.B. Ferri, *Considerazioni sul problema della formazione del contratto*, Riv. dir. comm., 1969, I, 189; D. Kimel, *From promise to contract – Towards a Liberal theory of contract*, Oxford, Hart, 2003. Per quanto concerne poi i c.d. relational contracts si veda C. Fried, *Contract as promise: a theory of contractual obligation*, Cambridge, Harvard university Press, 1981; D. Campbell (a cura di), *The relational theory of contract: selected works of Ian MacNeil*, Londra, Sweet & Maxwell, 2001; D. Campbell, H. Collins, J. Wightman, *Implicit dimension of contract: discrete, relational and network contracts*, Oxford, Hart, 2003.

⁴² G. Grisi, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, cit., 44. Per un'analisi della distinzione fra trattative e formazione del contratto si veda anche R. Sacco e G. De Nova, *Il Contratto*, t. II, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, Utet, 2004, 219; G. Patti e S. Patti, *Comm. cod. civ. sub artt. 1337-1341*, in P. Schlesinger (a cura di), *Commentario del codice civile*, Milano, Giuffrè, 1993.

⁴³ V. Ricciuto, *La formazione del contratto telematico e il diritto europeo dei contratti*, in V. Cufaro e N. Zorzi, *Il contratto telematico*, Padova, Cedam, 2002, 61.

⁴⁴ Si osservi che solo recentemente a livello europeo si è proposta l'applicazione biunivoca della buona fede anche nei contratti stipulati dai consumatori, si veda la questione B3, nell'opzione 3, del Libro Verde sulla Revisione dell'Acquis relativo ai consumatori, 8 Febbraio 2007, COM (2006) 744 def.

⁴⁵ Si veda per quanto riguarda il diritto italiano il dibattito che ha interessato i limiti della responsabilità precontrattuale alla luce del combinato disposto fra l'art. 1337 e l'art. 1338 c.c. Fra gli altri, M.L. Loi e F. Tessitore, *Buona fede e responsabilità precontrattuale*, Milano, Giuffrè, 1975, 65; V. Cuffaro, *Responsabilità precontrattuale*, Enc. dir., V, Milano, Giuffrè, 1271; G. Visitini, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, Cedam, 1972, 97; L. Nanni, *Le trattative*, G. Alpa e M. Bessone (a cura di), *I contratti in generale*, IV, *Effetti invalidità e risoluzione del contratto*, Torino, Utet, 1991, 37. Nell'ambito francese, si veda poi la proposta di riforma del codice civile, attualmente in corso di redazione nella quale si modifica l'art. 1134 c.c. estendendo l'ambito di applicazione della buona fede anche alla fase delle trattative, si veda D. Mazeaud e B. Fauvarque-Cosson, *L'avant-projet français de réforme du droit des obligations: perspectives internes et européennes*, relazione presentata alla Conferenza *Il diritto europeo dei contratti tra parte generale e norme di settore*, Pisa, 25-26 maggio 2007.

dovere così vasto di rivelazione reciproca da includere ogni circostanza in qualunque modo riconducibile al negozio che si prevede di concludere⁴⁶, piuttosto tale dovere si limita agli elementi che possono incidere nelle aspettative legittime della controparte qualora, per esempio, gli scopi o i motivi della propria condotta pongano in pericolo il soddisfacimento dell'interesse della controparte derivante dal contratto. In linea generale, inoltre, il reciproco dovere di informazione non giustifica neppure un'inerzia dei contraenti, che devono pur sempre rispettare l'ordinaria diligenza e compiere le attività necessarie per acquisire tutte le informazioni che sono alla loro portata⁴⁷.

Dunque, ciò che appare problematico è definire l'oggetto, l'ambito di applicazione e l'estensione degli obblighi informativi, atti a differenziarsi in relazione allo specifico rapporto cui ineriscono. Ciò poi si lega anche alla qualità dei contraenti ed alla loro veste professionale e competenza specifica nella materia oggetto del contratto, poiché se l'acquisizione delle informazioni può essere astrattamente nelle facoltà di entrambi le potenziali parti, può differenziarsi un diverso impegno, anche economico, a carico di particolari categorie di soggetti, ovvero possono incidere le circostanze in cui il contratto è stato stipulato, il contesto economico-sociale, ed anche i rapporti precedentemente intercorsi fra le parti⁴⁸.

Nel momento in cui si riconosce che a determinate condizioni si crea uno squilibrio del livello di informazioni misurabile in termini quantitativi capace di tradursi in uno squilibrio di "potere informativo" suscettibile di utilizzazioni abusive⁴⁹, allora possono proporsi diversi strumenti per ripristinare la condizione di equilibrio, fra cui appunto l'imposizione di specifici obblighi informativi, il delinearsi di una "forma informativa" del contratto⁵⁰, e il precisarsi della disciplina sulla pubblicità ingannevole. In ragione dell'intensificato utilizzo di questi strumenti, per la maggior parte derivanti dalla legislazione di matrice comunitaria, si è istituito un obbligo di trasparenza in capo a quella parte che detiene, per effetto del potenziale di conoscenze di cui dispone, una maggiore forza contrattuale, tale da permettere di differenziare due tipologie di contratti: l'uno di diritto generale in cui le parti si presuppongono in condizioni di eguale potere contrattuale, l'altro caratterizzato da un'intrinseca condizione di asimmetria, derivante dalla stessa categoria di soggetti, parti del rapporto.

⁴⁶ E. Minervini, *L'errore sulla convenienza economica del contratto e buona fede contrattuale*, Rass. Dir. civ., 1987, II, 945.

⁴⁷ D. Valentino, *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, Napoli, Esi, 1999, 15, afferma che "l'onere di diligenza viene posto a limite alla rilevanza dell'obbligo di informare la rispettiva controparte". In questo senso anche G. Grisi, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, Jovene, 1990, 84; G. Visintini, *La reticenza nella formazione dei contratti*, cit., 111. Si veda poi quanto affermato *infra* circa i costi e gli incentivi per scoprire o produrre nuove informazioni.

⁴⁸ Si veda C.M. Bianca, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, Giuffrè, 1987, 168

⁴⁹ E. Pellicchia, *Scelte contrattuali e informazioni personali*, cit., 6.

⁵⁰ G. De Nova, *Informazione e contratto: il regolamento contrattuale*, Riv. Trim. Proc. Civ. 1993, 718.

1. 1. 3. 2. *La disciplina dei contratti c.d. asimmetrici*

Il ruolo dell'informazione nel quadro dello scambio contrattuale si differenzia, *rectius* assume una diversa importanza, qualora gli attori che costituiscono il rapporto ricadano in una particolare categoria di soggetti. In particolare, si distinguono le ipotesi in cui i potenziali contraenti possono essere considerati nella medesima condizione di potere contrattuale derivante da una equivalente conoscenza delle condizioni del mercato, e le ipotesi in cui una delle due parti abbia lo status di consumatore, nel qual caso si presuppone una condizione di disparità 'naturale' fra le parti nel rapporto che impone una disciplina regolativa che ripristini le condizioni di equilibrio. Nel presente paragrafo saranno dunque delineate, in primo luogo, le caratteristiche e la disciplina dell'informazione nel contratto in generale, e successivamente le modifiche apportabili in caso in cui si parli di rapporti c.d. *Business-to-Consumer* (B2C)⁵¹.

1. 1. 3. 2. 1. *Lo squilibrio informativo nel contratto di diritto comune*

La definizione generale del contratto lo qualifica come lo strumento attraverso il quale due (o più soggetti) stabiliscono consensualmente delle reciproche obbligazioni, cui l'ordinamento garantisce forza giuridica fintantoché ad esso sia sottesa una causa giustificativa legittima. Se scomponiamo il contratto nei suoi aspetti fondamentali: economico, sociologico e giuridico⁵², e ne prendiamo in considerazione il primo, osserviamo che la stipulazione del contratto può essere indirizzato verso una pluralità di finalità fra loro alternative o complementari. In particolare, le principali finalità sono la fornitura di beni e/o servizi (per es. i contratti di vendita in generale), l'allocazione o la condivisione di rischi (per es. i contratti di assicurazione), la differente opinione circa la probabilità di eventi futuri (per es. l'acquisto di titoli finanziari), o ancora la modifica dei

⁵¹ La definizione dei rapporti c.d. *Business-to-Business* (B2B), *Business-to-business* (B2b), *Business-to-Consumer* (B2C), e *Consumer-to-Consumer* (C2C) definiscono le varie ipotesi di rapporti fra professionisti e consumatori, laddove nel primo e nell'ultimo caso (B2B e C2C) le parti contrattuali si presuppongono in condizione di parità di potere contrattuale, poiché afferenti alla stessa categoria di soggetti, mentre nei restanti due casi (B2b e B2C) si presuppone una disparità nel potere contrattuale derivante da una condizione 'naturale' nel caso del consumatore, o da una condizione contingente nel caso dei rapporti fra imprese (asimmetria informativa, ecc.).

⁵² Si veda in questo senso G. Teubner, *In the Blind spot: The Hybridization of contracting*, *Theoretical Inquiries in Law*, (8) 2007, 5, laddove l'Autore riconosce che "An individual contract today typically breaks down into several operations within different contexts: (1) an economic transaction which, recursively intermeshed in accordance with the intrinsic logic of the economy, changes the market situation, (2) a productive act which, in accordance with the intrinsic logic of the relevant social context (e.g. medicine, media, science, art, technology, and other social areas where goods and services are produced) changes the productive situation, and (3) a legal act which, recursively intermeshed with other legal acts in accordance with the intrinsic logic of the law, changes the legal situation".

tempi di consumo (per es. i contratti di comodato o di mutuo)⁵³. In ciascuna di queste ipotesi, la decisione delle parti può essere considerata reciprocamente vantaggiosa qualora le scelte operate dalle parti non possono essere modificate se non con il risultato di diminuire il soddisfacimento degli interessi delle parti stesse rispetto ai risultati attesi dal contratto, e, di conseguenza, qualora il miglioramento della posizione economica di una delle due parti potrebbe ottenersi solo con il peggioramento della posizione della controparte. Se tali risultati sono dimostrati, allora si può parlare di raggiungimento del c.d. ottimo paretiano⁵⁴.

Tale condizione, però, può conseguirsi soltanto assumendo verificata la perfetta concorrenzialità del mercato, in altre parole, qualora siano presenti le seguenti condizioni: l'omogeneità del prodotto, la presenza di numerosi venditori e acquirenti, la presenza di una perfetta informazione, e la perfetta divisibilità dei fattori di produzione. Qualora una o più di queste condizioni non siano realizzate, si parla di un c.d. fallimento del mercato, che può essere risolto anche attraverso l'intervento pubblico, utilizzando una o più forme di regolazione del mercato⁵⁵.

Una delle ipotesi di fallimento del mercato discende dunque da una non uniforme distribuzione delle informazioni nei confronti degli attori che vi operano⁵⁶. Se l'informazione in condizioni di mercato perfetto è completa, certa, simmetrica e gratuita⁵⁷, allora, il fallimento del mercato si realizza quando una (o più di una) di queste qualificazioni non sia presente e l'informazione appare incompleta, incerta, asimmetrica o costosa⁵⁸. Infatti, se il mercato nel quale si muovono i soggetti è caratterizzato da una struttura informativa perfetta, il valore e il ruolo economico dell'informazione sarebbero irrilevanti o nulli: ogni

⁵³ S. Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press, 2003.

⁵⁴ Si tenga presente che esistono due fondamentali concetti di efficienza, il primo c.d. efficienza Paretiana enunciato nel testo, e il secondo che si basa sui criteri enucleati da Kaldor e Hicks. Quest'ultima definizione si basa sul seguente interrogativo: è possibile che una decisione collettiva possa generare sufficienti vantaggi per i beneficiari di tale decisione, tali da compensare, ipoteticamente, anche coloro che saranno svantaggiati dalla stessa decisione? In tal caso, l'analisi che deve precedere ogni decisione deve valutarne i costi ed i benefici sull'intera collettività andando ad individuare l'intero insieme di comportamenti contrattuali, o di tipologie di contratti, che possono subire gli effetti della decisione collettiva. E. Baffi, *I limiti all'autonomia contrattuale nel pensiero economico e filosofico contemporaneo*, Riv. crit. dir. priv., 2004, 631; M.J. Trebilcock, *The limits of freedom of contract*, Harvard University Press, Cambridge, 1993, 7, e 19 dove viene presentata una delle numerose critiche nei confronti di tali concetti.

⁵⁵ Le strumenti disponibili possono essere l'ipotesi di una compressione dell'autonomia contrattuale, in termini di determinazione uniforme e inderogabile del contenuto delle operazioni negoziali; oppure l'affidamento ad un'agenzia pubblica del compito di diffondere le informazioni in modo da ridurre le asimmetrie informative. In questo senso A. Jannarelli, *La disciplina dell'atto e dell'attività: I contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in N. Lipari (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo*, 2° ed., Cedam, Padova, III, 41.

⁵⁶ Le altre fattispecie di fallimento del mercato sono i costi transattivi e le forme di restrizione della concorrenza, S. Grundmann, W. Kerber e S. Weatherill, *Party Autonomy and the role of information*, cit., 20, spec. n. 35.

⁵⁷ M. Gambaro e C.A. Ricciardi, *Economia dell'informazione e della comunicazione*, cit., 38.

⁵⁸ Se nel mercato non è presente una quantità ottimale di informazioni, diffuse nei confronti di tutti gli attori del mercato, la categoria di soggetti che non ne ha la (piena) disponibilità potrebbe sopportare una perdita economica, calcolata in ragione della differenza fra l'utilità marginale derivante dal negozio, concluso in assenza della quantità ottimale di informazioni, e il profitto che potenzialmente avrebbe potuto ricevere in presenza di tale livello di informazione.

agente potrebbe disporre delle informazioni necessarie per giungere a decisioni economiche efficienti. Tuttavia, le condizioni ambientali nelle quali realmente operano gli agenti sono lungi dall'essere perfette, poiché i sistemi di autoregolazione del mercato non sono sempre in grado di assicurare lo svolgimento delle contrattazioni secondo l'ideale di efficienza⁵⁹, con la conseguenza di dover richiedere un intervento di regolazione esterno al mercato capace di risolvere il fallimento, oppure di renderne l'impatto meno rilevante nei singoli rapporti negoziati.

Se prendiamo l'esempio di un contratto di vendita di beni o di servizi, le informazioni che l'acquirente ha bisogno di conoscere per poter compiere la propria decisione economica concernente la stipulazione di un contratto riguardano tre aspetti: il prezzo stabilito per l'acquisto del bene e/o servizio⁶⁰, la qualità dello stesso, ed infine i termini dell'accordo contrattuale con cui si determina l'acquisto. Queste informazioni per avere un rilievo nella volontà di concludere il contratto devono però avere delle caratteristiche precise: essere facilmente reperibili, chiaramente decodificabili, e consentire un agevole accertamento circa la loro veridicità. Come abbiamo già detto, il mondo ideale sarebbe quello in cui ciascun soggetto può reperire nel mercato le informazioni prima elencate accompagnate dagli attributi di chiarezza e di veridicità. Invece, l'ipotesi di un mercato con asimmetria informativa presume che tali informazioni siano imperfette o sul lato quantitativo (mancando alcuni dati sul bene o sul contratto da stipularsi) o sul lato qualitativo (mancando i caratteri di chiarezza e veridicità).

Se l'acquirente sceglie di svolgere personalmente la ricerca delle informazioni per lui necessarie, dovrà aggiungere ai costi dello scambio contrattuale anche quelli derivanti dall'attività di ricerca, che possono essere valutate sia in termini di tempo, sia in termini di spese per l'acquisizione delle informazioni. In questo caso, un comportamento razionale indurrebbe il soggetto a continuare la propria ricerca finché il costo marginale di ciascuna informazione ottenuta in più equivale al beneficio ricevuto per averla⁶¹. È poi plausibile ritenere che il beneficio marginale derivante dalle informazioni ottenute decresca

⁵⁹ Si veda G. Alpa, *Trading on line and the protection of the consumer*, in *European Business Law Review*, 2001, 244, dove l'Autore afferma che *"the imbalance of information between the parties can be corrected only partially and that the market is unable, through the mere techniques of self-discipline, to strike a fair balance between the different interests at stake"*.

⁶⁰ Si vedano gli articoli di F. A. Hayek in materia: *Economics and Knowledge*, 4 *Economica*, 1937, 33; *The use of knowledge in Society*, 35 *AER*, 1945, 519. In essi l'Autore dimostra che il sistema di indicazione del prezzo e la concorrenza nelle economie di mercato rappresentano i mezzi con cui viene risolto il problema degli agenti – operanti in esso – con una conoscenza imperfetta, in quanto capaci di diffondere nel mercato le informazioni limitate e disperse.

⁶¹ T. Wein, *Consumer Information Problems – Causes and Consequences*, in S. Grundmann *et alii*, *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, cit., 81; e prima G. Stigler, *The Economics of Information*, cit., 213, dove l'Autore introduce per la prima volta l'idea della ricerca ottimizzata delle informazioni.

all'aumentare della quantità di informazioni stesse, e viceversa, il costo per riceverle aumenti in misura significativa. D'altronde il livello di informazione varia anche in ragione della propensione al rischio del soggetto stesso, il quale può definire diversamente il livello di informazione che ritiene accettabile qualora sia propenso o neutrale rispetto al rischio⁶². Tutto ciò implica che non è necessario né efficiente per l'acquirente essere *completamente* informato, piuttosto è importante raggiungere un punto di equilibrio personale che permetta di essere *sufficientemente* informato in ragione delle proprie necessità (*optimally informed*)⁶³.

Alcuni Autori sono partiti dal presupposto che il mercato anche in condizioni di asimmetria informativa, abbia la capacità di risolvere attraverso i sistemi di autoregolazione tale questione, e che eventuali interventi da parte di istituzioni esterne al mercato non possono che portare ad allocazioni inefficienti delle risorse⁶⁴. Secondo questo approccio, le asimmetrie informative non sono da considerarsi sempre ed in ogni caso negative per il funzionamento del mercato, poiché la distribuzione asimmetrica di tali risorse può costituire l'incentivo fondamentale per la produzione di nuove informazioni, ed è indispensabile per il corretto svolgersi del processo di selezione all'interno del mercato. Un'argomentazione parallela alla precedente è quella che riconosce al soggetto titolare di un livello di informazione più elevato un "privilegio" nei confronti delle stesse informazioni scoperte, sulla base dell'impegno in termini di tempo e di costo spesi per raggiungere tale livello di conoscenza.

Altri Autori, invece, hanno sottolineato come anche in condizioni di asimmetria informativa, l'esistenza di potenziali acquirenti che svolgono un'attività di ricerca di informazioni – finalizzata a trovare l'offerta che massimizzi l'utilità personale – permette di

⁶² In economia, l'avversione al rischio è la proprietà che caratterizza un agente economico che preferisce sempre un ammontare certo piuttosto che una quantità aleatoria. Si può distinguere fra tre atteggiamenti: avversione al rischio (se un agente preferisce sempre ottenere con certezza il valore atteso di una data quantità aleatoria rispetto alla quantità aleatoria stessa), neutralità al rischio (se un agente è sempre indifferente tra valore atteso di una quantità aleatoria e la quantità aleatoria stessa) ed infine, propensione al rischio (se un agente preferisce sempre una data quantità aleatoria rispetto a ottenere il suo valore atteso con sicurezza). Si veda il testo che ha aperto la strada a tale studio di D. Kahneman e A. Tversky, *Prospect theory: an analysis of decision under risk*, *Econometrica*, 1979, 263.

⁶³ Si veda A. M. Musy, *Il dovere di informazione*, cit., 241, dove l'Autore analizzando la teoria detta *optimal stopping rule*, peraltro di matrice matematica, afferma che tale teoria stabilendo un modo per calcolare quanto fosse efficiente interrompere la raccolta di informazioni senza compromettere la correttezza della misurazione, produce due logiche riflessioni: da un lato, non è sempre necessario completare in modo esaustivo la raccolta di informazioni per poter fare una scelta ottimale, dall'altro lato, la raccolta di un numero di informazioni tale da mettere nella condizione tale di essere completamente sicuri della scelta può esser fatta solo su un tempo infinito. Si veda anche M.J. Trebilcock, *The limits of freedom of contract*, cit., 103.

⁶⁴ A. Kronman, *Mistake, Disclosure, Information and the Law of Contracts*, 7 *J. Legal Studies*, 1978, 1; A.T. Kronman, *Mistake and the allocation of risk*, in A.T. Kronman e R. Posner, *The economics of contract law*, Boston, Little Brown books, 1979, 114; R. Posner, *Economic Analysis of Law*, cit.

ottenere dei benefici indiretti anche nei confronti degli altri attori del mercato⁶⁵. Questo effetto si basa sul fatto che i venditori non possono *a priori* distinguere se la propria controparte è un soggetto adeguatamente informato sull'oggetto del contratto e sulle condizioni contrattuali. Dunque, per non allontanare dal proprio bacino di potenziali acquirenti quelli "informati", il venditore preferirà proporre offerte che vadano incontro alle preferenze di questi ultimi, quindi offerte migliori in termini di costi o di qualità del prodotto. Questa scelta quindi andrà a vantaggio anche degli acquirenti che non dedicano alcun impegno alla ricerca delle informazioni, giacché si troveranno di fronte ad offerte in ogni caso vantaggiose⁶⁶.

Entrambi gli approcci indicati, però, non rifiutano *tout court* l'intervento di natura pubblica, piuttosto prefigurano le eventuali direzioni che esso può assumere, indicando nel primo caso la necessità di assicurare un'adeguata tutela per coloro che investono nella ricerca e produzione di informazioni attraverso la previsione di *property rights* sull'informazione acquisita, in contrasto con la regola di *full disclosure*, distinguendo quindi fra informazioni non comunicabili poiché acquisite con un'attività onerosa e informazioni comunicabili poiché acquisite con un'attività non onerosa⁶⁷. Nel secondo caso, l'unico e auspicabile intervento di natura pubblica è quello volto ad incentivare la competitività del mercato, senza interferire nelle forme di negoziazione e di redazione del potenziale contratto. Ciò è giustificato su tre ordini di ragioni: in primo luogo, i venditori possono incrementare il proprio potere contrattuale nei confronti dei potenziali acquirenti qualora non sia possibile la comparazione fra diverse offerte contrattuali⁶⁸; in secondo luogo, il conseguimento di un migliore livello di diffusione delle informazioni nei confronti dei potenziali acquirenti appare il modo più idoneo a limitare le scelte non ottimali di tali soggetti⁶⁹; infine, qualora sia presente nel

⁶⁵ A. Schwartz e L.L. Wilde, *Intervening in markets on the basis of imperfect information: A legal and economic analysis*, 127 U. Pa. L. Rev. 630, spec. 638.

⁶⁶ H. Beales, R. Craswell e S.C. Salop, *The Efficient Regulation of Consumer Information*, Journal of Law and Economics, 1981, 503; H. Beales, R. Craswell e S.C. Salop, *Information Remedies for Consumer Protection*, The American Economic Review, 1981, 410.

⁶⁷ Si veda anche R. Cooter e T. Ulen, *Economic Analysis of Law*, London, Glenview, 1988, passim, che presentano un approccio divergente pur partendo dagli stessi presupposti. Secondo questi Autori, si dovrebbe tener conto anche delle precauzioni adottate dalle parti per ovviare alle asimmetrie informative, dunque, l'intervento di natura pubblica che si suggerisce è quello di adottare regole di *default* punitive che incentivino lo scambio di informazioni.

⁶⁸ "As an example, if a court banned the use of a particular term, firms could preserve their monopoly power by switching to other terms that also shift costs to consumers. This strategy would probably be effective, because if too few consumers comparison shopped to generate a nonmonopolistic equilibrium respecting the term initially used in their contracts, it is unlikely that enough consumers would comparison shop to ensure a nonmonopolistic equilibrium for the substitute terms", A. Schwartz e L.L. Wilde, *Intervening in markets on the basis of imperfect information*, cit., 667.

⁶⁹ "Banning harsh terms forces consumers who prefer to accept these terms in order to take advantage of lower prices to pay higher ones. Conversely, a limit on prices would requires consumers who knowingly prefer to pay higher prices to take harsh terms instead. Put another way, regulation prevents consumers from making informed decisions between contract terms and prices", *Ibid.*

mercato un equilibrio monopolistico, anch'esso è potenzialmente instabile e dunque può aver bisogno interventi di riequilibrio⁷⁰.

Altra parte della dottrina, invece, sollecita una maggiore incidenza dell'intervento di natura pubblica sul mercato, partendo dalla premessa che quest'ultimo non possa risolvere la condizione sub-ottimale di distribuzione delle informazioni attraverso gli strumenti di auto-regolazione⁷¹. Sussistono, infatti, diverse condizioni che possono ostacolare il raggiungimento di un livello di informazione ottimale per l'acquirente, (indipendentemente dall'impegno speso nella ricerca delle informazioni sul mercato), in particolare quelle legate al comportamento del venditore del bene o del servizio⁷².

Infatti, il venditore ha superiori incentivi alla diffusione di informazioni qualora queste interessino aspetti che inducono alla positiva conclusione del contratto, per esempio l'alta qualità del prodotto, il prezzo competitivo, o i termini contrattuali favorevoli⁷³. In tal caso, le informazioni saranno fornite direttamente e immediatamente all'acquirente, nello stesso tempo potranno essere diffuse in modo chiaro e trasparente sul mercato, adducendo anche prove circa la loro veridicità⁷⁴. Una soluzione opposta può proporsi qualora l'elaborazione dell'informazione sia ritenuta eccessivamente costosa rispetto ai vantaggi che la sua diffusione potrebbe portare, per esempio, nel caso in cui si confronti l'impegno economico derivante da un'analisi comparativa fra due o più prodotti al fine di dimostrare la maggiore idoneità all'uso di uno fra questi e la mera affermazione di qualità, che permette di giovare della preesistente reputazione del venditore. In questo caso, dunque, i venditori possono non avere sufficienti incentivi per elaborare informazioni che hanno un costo elevato di produzione, per quanto favorevoli per il loro prodotto.

⁷⁰ "For example, the standard automobile warranty in use in the late 1950's always appeared in arcane legal language and fine print; apparently neither firms nor other institutions informed consumers of the nature of the risks they were bearing. The industry, however, began to compete extensively on warranty coverage in the 1960's, and continues to compete in this area today. If the state had intervened to specify acceptable terms for automobile warranties, this competitive behavior might never have emerged", *Ibid*.

⁷¹ A. Ogus, *Regulation*, cit., 122; C. Scott e J. Black, *Cranston's Consumers and the Law*, Butterworths, Londra, 2000; I. Ramsay, *Framework for Regulation of the Consumer Marketplace*, *Journal of Consumer Policy*, 1985, 353.

⁷² Si tenga presente comunque che l'efficacia della ricerca e del confronto fra le qualità dei prodotti può essere ridotta anche dall'intervento di fattori sociali come le mode, oppure le tecniche di persuasione utilizzate dalle imprese, oppure dall'intervento di fattori emozionali, dovuti alle preferenze e alle idiosincrasie di chi sceglie (si veda in questo caso l'analisi compiuta da A. M. Musy, *Il dovere di informazione*, cit., 245, dove l'Autore estende tale riflessione dalla fase pre-contrattuale fino alla fase processuale, dove è coinvolto anche il giudice. Quest'ultimo, infatti, è vittima delle stesse idiosincrasie e degli stessi errori, per questo, nel momento del giudizio, parte da una serie di preferenze diverse da quelle del convenuto e dell'attore, e non potrà completamente valutare le informazioni reali e psicologiche che hanno determinato la conclusione della trattativa.

⁷³ Si veda V. Roppo, *L'informazione precontrattuale: spunti di diritto italiano, e prospettive di diritto europeo*, *Riv. Dir. Priv.* 2004, 752, in cui l'Autore differenzia le ipotesi in cui si parli di "buona notizia" o "cattiva notizia" per il possessore dell'informazione o per la controparte.

⁷⁴ Si veda C. Scott e J. Black, *Cranston's Consumers and the Law*, cit., 31, in cui gli autori affermano "suppliers are unlikely to provide information which is unfavourable to their product, and their competitors may not be believed if they do so, or may be barred from doing so by advertising regulation".

Al di fuori di queste ipotesi di presentazione corretta ma ‘selettiva’ del bene, si collocano le ipotesi di comportamento scorretto dei fornitori: in caso di comportamento reticente oppure di informazioni ingannevoli, o ancora non adducendo informazioni circa i beni e servizi correlati al bene primario oggetto dell’acquisto⁷⁵.

Dunque, nei casi in cui il venditore non abbia sufficienti incentivi per informare la controparte, oppure cerchi di limitare le informazioni veicolate soltanto a quelle positive, la scelta di intervento più idonea è quella che impone un obbligo di informazione a carico della parte che possiede un livello di informazione superiore, presumibilmente il venditore stesso. Ciò porterebbe un duplice vantaggio: da un lato, si riconoscerebbe a ciascun acquirente la capacità di compiere scelte razionali in una situazione di simmetria informativa, dall’altro si provocherebbe un’indiretta sollecitazione del mercato, rendendolo più competitivo⁷⁶.

Per quanto riguarda il primo aspetto, il vantaggio è quello di consentire all’acquirente di soddisfare le proprie preferenze, poiché la valutazione dei costi-benefici della singola negoziazione è lasciata al soggetto interessato, anche se un intervento più incisivo del legislatore può presentarsi, qualora i rischi di una mancata comprensione delle informazioni veicolate sia particolarmente alto, (per esempio, nel caso di prodotti farmaceutici).

Per quanto riguarda il secondo aspetto, invece, se il mercato presenta degli alti costi di acquisizione delle informazioni, questo fatto può limitare i potenziali acquirenti nel

⁷⁵ Si veda M. Gambaro e C.A. Ricciardi, *Economia dell’informazione e della comunicazione*, cit., 59, in cui gli Autori si esprimono in termini di intensità dell’egoismo dei singoli agenti, che varia da bassa (altruista), media (egoista astuto o opportunist), alta (egoista sleale).

È necessario sottolineare la differenza che sussiste fra obblighi di informazione e dolo o errori nella disciplina dei vizi del contratto: una caratteristica che accomuna questi concetti è quella del bisogno di reagire all’abuso di una parte nei confronti della controparte in ragione di una informazione falsata, piuttosto che alla mancata conoscenza delle informazioni. L’obbligo pre-contrattuale di informazione, invece, non si basa esclusivamente sull’assunto che la parte ricevente dell’informazione la ritenga materialmente rilevante per decidere la conclusione del contratto. Mentre l’errore e il dolo solo concetti che prevedono un rimedio per colui che ha ricevuto l’informazione, qualora, basandosi sull’informazione erronea o fraudolenta, questi abbia compiuto la propria decisione economica. Cfr. T. Wilhelmsson e C. Twigg-Flesner, *Pre-contractual information duties in the acquis communautaire*, ERCL, 2006, 448; R. Sefton-Green, *General Introduction*, in Ead. (a cura di), *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, 4.

⁷⁶ Si veda in questo senso lo studio su *The feasibility of a General legislative Framework on Fair Trading*, compiuto dall’Institut für Europäisches Wirtschafts und Verbraucherrecht e.V., in cui si afferma che “[t]he workability of competitive processes depends on a multitude of conditions, such as the market structure, the market performance and the conduct of market participants. Scrutinising the structure of competitive processes, it seems obvious that the way in which suppliers compete with each other for consumers is based on the exchange of information between market participants, especially that between suppliers and private consumers. There is no competition without communication between the supply and demand side of the market in respect of a potential trade. Communication has to satisfy the needs of consumers. The consumer’s decision shall not be impaired by irrational marketing practices. Consumer orientated market transparency is an indispensable pre-condition to secure autonomy and sovereignty of decision-making by final consumers and to stabilise workable competition. The point then is what communication really means. The autonomy and the sovereignty of the consumer cannot and should not be formal. Market communication has a qualitative dimension. Information-overload can have the same effect as non-disclosure of information. The feasibility of a general legislative framework on competition will largely depend on the degree to which it ensures a sufficient quality of market information by setting incentives for the kind of information, which symbolises the essential characteristics of supply. That is why any such concept should consider the possibility of introducing a general duty on information”, Executive Summary, 8.

confronto fra le caratteristiche di prezzo e di qualità delle diverse offerte disponibili sul mercato; dall'altro lato i venditori non avranno alcuna necessità di abbassare i propri prezzi o incrementare la qualità dei prodotti offerti⁷⁷. Viceversa, se nel mercato si impone un più alto livello di informazione, gli acquirenti potranno confrontare più facilmente prezzi e qualità dei prodotti, costringendo così i produttori a migliorare le proprie offerte su entrambi i fronti per poter attrarre un numero sempre maggiore di acquirenti⁷⁸.

D'altronde, la scelta di determinare un obbligo di informazione a carico di una parte contrattuale può giustificarsi anche sulla base di una disparità di potere contrattuale che discende dal diverso livello di conoscenza del contenuto contrattuale. In particolare nei sempre più diffusi contratti di massa o standardizzati⁷⁹, l'impresa che propone il contratto si trova avvantaggiata sia per l'ovvia consapevolezza dei termini contrattuali che propone alla controparte, sia per la possibilità di integrare tale conoscenza con le proprie esperienze precedenti compiute in situazioni pressoché simili. L'acquirente, viceversa, non soltanto può essere definito un attore non abituato (il c.d. *one-shot player*), dal momento che nella maggior parte dei casi si trova a contrattare con la controparte in un'unica occasione, ma è più che probabile che non possa giungere ad un'eguale conoscenza delle informazioni contenute nel testo contrattuale⁸⁰. Quest'ultimo aspetto deriva, da un lato, dall'oggetto del contratto, qual è il caso di prodotti altamente specialistici (come i prodotti finanziari o i beni tecnologici) nei confronti dei quali l'acquirente si trova a riporre necessariamente la propria fiducia nella correttezza della controparte. Dall'altro lato, l'acquirente può valutare come eccessivo il costo di una migliore informazione circa il contenuto delle clausole contrattuali rispetto al vantaggio che da tale conoscenza potrebbe ottenere – in tale diminuzione dei c.d. costi transattivi sta appunto il vantaggio stesso della contrattazione

⁷⁷ C. Scott e J. Black, *Cranston's Consumers and the Law*, cit., 24. In particolare, laddove si afferma che “*Competition policy is said to be especially necessary in the consumer goods market given factors such as its relative concentration, product differentiation and other forms of non-price competition (which make comparison more difficult), and the absence of objective information about products. Since perfect competition is an unrealistic goal to pursue, it is said that the consumer interest is more likely to be enhanced by a policy of seeking effective competition?*”.

⁷⁸ Secondo lo stesso approccio economico, la previsione di obblighi di informazioni può rappresentare uno strumento utili per minimizzare un'altra figura di fallimento del mercato, appunto quella relativa ai costi transattivi, poiché in talune situazioni appare più efficiente che gli attori del mercato vengano informati di una possibile esternalità negativa, permettendo loro di reagire nel modo che ritengano più opportuno, piuttosto che l'attività produttrice di tale esternalità venga limitata o completamente vietata, a costi ben superiori. Si veda A. Ogas, *Regulation*, cit., 123.

⁷⁹ E. Roppo, *Il contratto*, Giuffrè, 2001, 41, in cui l'Autore riconosce che “*lo sviluppo dell'economia e, più complessivamente, della società capitalistica porta con sé i fenomeni della massificazione e della standardizzazione. Essi incidono fortemente sulla figura del contratto?*”.

⁸⁰ S. Grundmann, *L'autonomia privata nel mercato interno: le regole di informazione come strumento*, Eur. e dir. priv., 2001, 271, in tale testo l'Autore pone questo esempio come una fattispecie nella quale può essere condiviso l'intervento di controllo sul contenuto stesso dell'accordo contrattuale.

standardizzata che ne ha portato la diffusione capillare in ogni settore⁸¹. In tali ipotesi, peraltro, è concepibile non soltanto la previsione di un obbligo informativo da parte dell'impresa circa determinati aspetti del contratto, al fine di una maggiore consapevolezza della parte aderente, ma anche un controllo di tipo contenutistico ricorrendo per esempio alla determinazione vincolante del contenuto negoziale, che appare finalizzato a contrastare una condizione di squilibrio altrimenti ineliminabile⁸².

1. 1. 3. 2. 2. *Il contratto del consumatore*

Se si volge poi lo sguardo al diritto vivente, si osserva che si è progressivamente fatta strada, all'interno del diritto generale dei contratti, una categoria di soggetti che per antonomasia si ritengono in una condizione di debolezza nei confronti delle proprie controparti contrattuali e, dunque, impongono la predisposizione di una tutela specifica tale da ripristinare la condizione di eguaglianza sostanziale⁸³. Infatti, grazie all'intervento continuo (anche se non sempre coerente) del diritto comunitario⁸⁴, è possibile parlare attualmente dei c.d. contratti del consumatore nei quali si propone un numero crescente di obblighi informativi⁸⁵.

La scelta del legislatore europeo di dedicare una più ampia attenzione alla categoria dei consumatori si basa sulle riflessioni che abbiamo in precedenza indicato, ovvero la volontà di salvaguardare gli interessi dei soggetti che maggiormente si trovano in posizione di

⁸¹ Così in H. Kötz e A. Flessner, *European Contract Law*, cit., 137; K. Zweigert e H. Kötz, *Introduction to comparative law*, cit., 333; S. Grundmann, *Information, Party Autonomy and Economic Agents*, cit., 279.

⁸² Cfr. quanto disposto dalla Direttiva n. 93/13/CE sulle clausole abusive nei contratti dei consumatori.

⁸³ Per un'approfondimento della natura morale dell'obbligo di informazione si veda M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats*, cit., 26 e ss. Laddove l'Autrice riconosce che il criterio di bisogno, e quindi di disparità di livello di informazione, incarna un criterio importante per individuare un dovere morale di informazione: "en présence d'un contrat, la conscience morale se montre toujours choquée de l'inégalité des contractants, par laquelle l'une des parties se trouvant, en fait, en état d'infériorité par rapport à l'autre, est obligé en quelque façon de subir la volonté du plus fort. De façon générale, la morale nous invite à assister davantage ceux qui sont plus démunis que nous", ivi, 31.

P. Barcellona, *Diritto privato e processo economico*, Jovene, Napoli, 1973, 240. "Il principio della parità dei contraenti (parità in senso giuridico; nel senso cioè che entrambi sono eguali davanti alla legge) viene smentito proprio dall'esistenza di norme che praticano un trattamento di favore a determinati soggetti. La finalità della legislazione speciale è infatti quella di attuare un altro tipo di uguaglianza: eguaglianza sostanziale. La eguaglianza sostanziale viene attuata in questi casi attraverso la disparità giuridica; cioè attribuendo posizioni giuridiche privilegiate ai soggetti che sono sostanzialmente più deboli". In questo senso dunque l'obbligo di informazione non modifica le possibilità d'azione delle parti (lo spazio contrattuale), modifica soltanto la loro situazione conoscitiva, portando ad una eguaglianza sostanziale non come eguaglianza degli esiti del contratto (equità del contratto), ma come eguaglianza delle conoscenze nella contrattazione.

⁸⁴ G. Alpa, *Il diritto dei consumatori*, Bari, 2001, 202; G. Alpa e M. Adenas, *Fondamenti di diritto privato europeo*, Giuffrè, 2005, 282, in cui gli Autori affermano che "nel diritto comunitario la persona era considerata, inizialmente, come protagonista di rapporti economici: innanzitutto come lavoratore. [Peraltro] già dall'inizio del diritto comunitario si è considerata la persona come destinataria di prodotti e servizi, quindi come consumatore".

⁸⁵ Si veda comunque, T. Wilhelmsson e C. Twigg-Flessner, *Pre-contractual information duties in the acquis communautaire*, cit., 457, dove gli autori ritengono di poter affermare che sussistono "two related aspects: (i) pre-contractual information obligations are regarded as a rule in particular circumstances; and (ii) although particularly prevalent in the consumer acquis, such duties have also been imposed in the context of non-consumer contracts".

svantaggio nel quadro generale del mercato in ragione del loro stesso “*status*”⁸⁶. In altre parole, nei rapporti che si instaurano fra consumatori e c.d. professionisti, il diritto generale dei contratti si “specializza” al fine di proteggere il contraente ritenuto meritevole di tutela, utilizzando gli obblighi informativi come strumento che tuttavia non impedisce il libero svolgersi dell’autonomia contrattuale⁸⁷, anche nei confronti della stessa controparte professionale.

Le normative europee che utilizzano lo strumento degli obblighi informativi nell’ambito del diritto dei contratti si indirizzano di volta in volta a temi settoriali, con l’eccezione di tre direttive che caratterizzano per la loro natura trasversale: la direttiva n. 93/13/CEE sulle clausole vessatorie⁸⁸, la direttiva n. 98/27/CE sulla tutela collettiva dei diritti del consumatore⁸⁹, e la direttiva n. 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali⁹⁰.

Per quanto riguarda gli interventi settoriali possiamo indicare, in ordine meramente cronologico, le seguenti direttive: la direttiva n. 1984/450/CEE sulla pubblicità ingannevole⁹¹; la direttiva n. 1985/577/CEE sulle vendite porta a porta⁹²; la direttiva n. 1987/102/CEE sul credito al consumo⁹³; la direttiva n. 1990/314/CEE sul turismo organizzato⁹⁴; la direttiva n.

⁸⁶ Si veda, in tal senso, il dibattito giuridico che ha interessato la dottrina italiana circa la possibilità di qualificare la categoria di consumatore come un vero e proprio status. In particolare G. Benedetti, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, Riv. trim. dir. e proc. civ., 1998, I, 21, in cui l’Autore afferma che “[d]ifetta nel consumatore il requisito che qualifica lo status: l’appartenenza istituzionale di un soggetto ad una collettività più o meno estesa, ad un gruppo organizzato. Qualunque persona fisica può essere consumatore: questo è il ruolo che essa, di volta in volta, anche scambievolmente, in concreto può assumere”. Nello stesso senso G. Vettori, *Commento all’art. 1469 bis comma 1 e 2*, in Id. (a cura di), *Materiali e commenti del nuovo diritto dei contratti*, Padova, Cedam, 1999, 5 e ss, secondo cui “si può escludere l’esistenza di uno ‘status’ giuridico del consumatore e perché ‘non si introduce un diritto di classe né lo statuto di un nuovo soggetto (chi produce in un settore è consumatore in un altro) e perché, anche a livello sociologico, non vi è la possibilità di delineare, con rigore, tale nozione”. Infine, si veda anche il parere di P. Barcellona, che ritiene impropria la terminologia di *status* in questo caso, poiché “lo status è necessario, indisponibile e non cumulabile. Non si può scegliere di essere servo o padrone insieme, né si può scegliere di essere l’uno o l’altro. [...] Gli status moderni non hanno nulla in comune con gli status in senso proprio perché sono fungibili, volontariamente assunti, interscambiabili e cumulabili. È anzi improprio parlare di status giacché si tratta di ruoli e qualifiche degli individui, organizzati interamente dalla disciplina giuridica e in essa interamente risolvibili”, (P. Barcellona, *Soggetti e tutele nell’epoca del mercato europeo/mondiale*, in N. Lipari (a cura di), *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, cit., 66).

⁸⁷ L’analisi della relazione che sussiste fra obblighi informativi e autonomia contrattuale delle parti sarà svolta nel cap. 2.

⁸⁸ Direttiva n. 1993/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, GUCE L 95 del 21.4.1993, pag. 29.

⁸⁹ Direttiva n. 1998/27/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 maggio 1998, relativa a provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori, GUCE L 166 dell’11.6.1998, pag. 51. Direttiva modificata dalla direttiva 1999/44/CE (GUCE L 171 del 7.7.1999, pag. 12).

⁹⁰ Direttiva 2005/29/CE del Parlamento e del consiglio dell’11 maggio 2005 relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno che modifica la direttiva 1984/450/CEE del consiglio e le direttive 1997/7/CE e 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, GUCE L 149 dell’11.5.2005, pag. 22.

⁹¹ Direttiva n. 84/450/CEE del Consiglio del 10 settembre 1984 relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati Membri in materia di pubblicità ingannevole, GUCE L250 del 19.09.1984, pag. 17.

⁹² Direttiva n. 1985/577/CEE del Consiglio, del 20 dicembre 1985 per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali. GUCE L 372 del 31.12.1985, pag. 31.

⁹³ Direttiva n. 1987/102/CEE del Consiglio, del 22 dicembre 1986, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di credito al consumo, GUCE L 42 del 12.2.1987, pag. 48.

1994/47/CE sulla multiproprietà⁹⁵; la direttiva n. 1997/7/CE sui contratti a distanza⁹⁶; la direttiva n. 1997/55/CE sulla pubblicità comparativa; la direttiva n. 1999/44/CE sulle garanzie nei beni al consumo⁹⁷; la direttiva n. 2000/31/CE sul commercio elettronico; ed infine la direttiva n. 2002/65/CE sui servizi finanziari su Internet⁹⁸.

All'interno di tali direttive si trovano numerosi obblighi informativi che, grazie ad uno studio di Thomas Wilhelmsson e Christian Twigg Flessner, sono stati sistematizzati al fine di riconoscere una serie di principi generali che possano essere eventualmente utilizzati nella redazione del c.d. *Common Frame of Reference* (CFR⁹⁹). In particolare gli Autori riconoscono i seguenti principi:

Per quanto riguarda i contratti di vendita in generale, *“before the conclusion of a contract, a party has a duty to give to the other party such information concerning the goods or services to be provided as the other party can reasonably expect, taking into account the standards of quality and performance which would be normal under the circumstances”*¹⁰⁰.

In relazione specifiche ipotesi di debolezza del consumatore, *“(1) Where a business is marketing goods and services to a consumer, the business must, with due regard to all the circumstances and the limitations of the communication medium employed, provide such material information as the average consumer needs in the given context to take an informed decision on whether to enter into a contract.*

(2) Where a business uses a commercial communication which enables a consumer to make a purchase, the following information must be provided to the consumer where this is not already apparent from the context of the commercial communication:

⁹⁴ Direttiva n. 1990/314/CEE del Consiglio, del 13 giugno 1990, concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti “tutto compreso”) GUCE L 158 del 23.6.1990, pag. 59.

⁹⁵ Direttiva n. 1994/47/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 ottobre 1994, concernente la tutela dell'acquirente per taluni aspetti dei contratti relativi all'acquisizione di un diritto di godimento a tempo parziale di beni immobili, GUCE L 280 del 29.10.1994, pag. 83.

⁹⁶ Direttiva 1997/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 1997 riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza, GUCE L 144 del 04.06.1997, pag. 19.

⁹⁷ Direttiva n. 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 maggio 1999, su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo, GUCE L 171 del 7.7.1999, pag. 12.

⁹⁸ Direttiva 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 settembre 2002, concernente la commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori e che modifica la direttiva 90/619/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE e 98/27/CE, GUCE L 271 del 09.10.2002, pag. 16.

⁹⁹ Si vedano i testi comunitari che indicano la necessità di introdurre il Quadro Comune di Riferimento: Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio, *Maggiore coerenza nel diritto contrattuale europeo: un Piano d'Azione*, 12 febbraio 2003 COM(2003) 68 def., par. 57, in cui si individuano le due finalità di tale strumento, da un lato, *“fornire le soluzioni ottimali in termini di norme e terminologia comuni, vale a dire la definizione di concetti fondamentali e di termini astratti come “contratto” o “danno” o le disposizioni applicabili ad esempio in caso di inadempimento del contratto. Un riesame dell'attuale acquis europeo nel campo del diritto contrattuale potrebbe rimediare alle incoerenze identificate, accrescere la qualità redazionale, semplificare e chiarire le disposizioni esistenti, adattare la legislazione vigente agli sviluppi dell'economia e del commercio che non erano stati previsti al momento della sua adozione e colmare quelle lacune nella legislazione comunitaria che hanno dato luogo a problemi d'applicazione”*, e dall'altro, *“costituire la base per ulteriori riflessioni su uno strumento opzionale nel campo del diritto contrattuale europeo”*. Successivamente, la Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio, *Diritto contrattuale europeo e revisione dell'acquis: prospettive per il futuro*, 11 ottobre 2004 COM(2004) 651 def.

¹⁰⁰ T. Wilhelmsson e C. Twigg-Flessner, *Pre-contractual information duties in the acquis communautaire*, cit., 460.

- *the main characteristics of the goods or services; the address and identity of the business; the price (including charges and taxes), and, where it exists, the right of withdrawal;*
- *peculiarities related to payment, delivery, performance, complaint handling, if they depart from the requirements of professional diligence*¹⁰¹.

Infine, per quanto riguarda l'obbligo di chiarezza e trasparenza dell'informazione veicolata, *“A duty to provide information imposed on a business is not fulfilled unless the information is clear and precise, and expressed in plain and intelligible language.*

*A business is required to explain to a consumer the content of the terms of a contract to be concluded with that consumer, if this is the only opportunity for the consumer to become sufficiently acquainted with these terms*¹⁰².

Tuttavia, gli stessi Autori ammettono che l'*acquis* in tale ambito non è in alcun modo da considerarsi completo né sufficientemente coordinato fra le singole direttive, però da tali prime indicazioni è possibile comprendere quale è il filo rosso sotteso agli attuali obblighi informativi, che si dimostra molto utile nella nostra analisi per comprendere se e in quali casi la disciplina individuata dal legislatore europeo nell'ambito del commercio elettronico se ne discosta, e in ragione di quali obiettivi.

Un altro aspetto da sottolineare, è il fatto che la categoria dei contratti con i consumatori non è considerata speciale soltanto per la presenza di obblighi informativi, ma anche per una serie di aspetti che la distinguono nettamente dal contratto di diritto comune. La dottrina ha riconosciuto tali caratteristiche nell'attenuarsi della c.d. “forza di legge” del vincolo contrattuale, che può venir sciolto unilateralmente dal consumatore; nella *“sterilizzazione della regola sulla nullità parziale”*¹⁰³, da cui deriva un impatto anche sui principi della causa e della buona fede; nell'erosione del principio di tendenziale insindacabilità, ad opera dell'agente pubblico, dell'equilibrio contrattuale fissato dalle parti (sia esso economico che normativo); ed infine nel diluirsi della distinzione fra regole di validità e regole di comportamento, e dei rispettivi rimedi¹⁰⁴.

Parte della dottrina, dunque, pone l'accento sull'avvenuta emersione dei contratti del consumatore come vera e propria categoria giuridica¹⁰⁵, o quanto meno alla stregua di una

¹⁰¹ Ibid., 463.

¹⁰² Ibid., 464.

¹⁰³ E. Roppo, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in Id., *Il contratto del duemila*, Giappichelli, Torino, 2° ed., 2005, 35.

¹⁰⁴ E. Roppo, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale*, cit., 34.

¹⁰⁵ V. Buonocore, *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, Giuffrè, Milano, 2000, 119; Id., *Contratti del consumatore e contratti d'impresa*, Riv. Dir. Civ. 1995, I, 19; E. Roppo, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale*, cit., 51; G. Chiné, voce *Consumatore (protezione del)*, Dig.disc.priv., sez.civ., vol. XV, Utet, Torino, 1997, 551; G. De Nova, *Dieci “voci” per una tavola rotonda su “il nuovo diritto dei contratti”*, in G. Vettori (a cura di), *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Cedam, Padova, 1999, 816; V. Zeno-Zencovich, *Il*

“serie di distinzioni operate [...] sulla base delle nuove realtà normative e sociali”¹⁰⁶, capaci di differenziare due modelli di contratto, l’uno definito come contratto commerciale e l’altro ascrivibile, appunto *rationes subjecti*¹⁰⁷, ai soli contratti stipulati dai consumatori¹⁰⁸. Tuttavia, questo approccio non è stato esente da critiche, poiché, per quanto riguarda la generale affermazione circa la qualificazione del contratto in relazione allo status del soggetto contraente, potrebbe obiettarsi che si tratta di una classificazione che discende soltanto dal ruolo di volta in volta svolto da tale soggetto, il quale può appunto scivolare dalla categoria di professionista a quella di consumatore in relazione alla finalità perseguita con il contratto¹⁰⁹.

Anche se dal punto di vista dottrinale si rinviene un orientamento volto ad estendere la disciplina di tutela del consumatore anche nei confronti di tutti i soggetti definiti come contraenti deboli¹¹⁰, creando una categoria di c.d. contratti asimmetrici, lo stesso legislatore europeo cui si deve tale disciplina non si mostra propenso ad estenderne l’applicazione. In particolare, questo si è dimostrato nel recente intervento sulla revisione dell’*acquis*

diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra “contratti commerciali” e “contratti dei consumatori”), Giur. It., 1993, IV, 93; A. Jannarelli, *La disciplina dell’atto e dell’attività: i contratti fra imprese e i contratti tra imprese e consumatori*, in N. Lipari (a cura di), *Diritto Privato Europeo*, cit., 489.

Per un’opinione favorevole alla distinzione fra diritto dei consumatori e diritto generale dei contratti anche G. Howells, *The scope for European consumer law*, ERCL, 2005, 369; G. Howells e T. Wilhelmsson, *EC consumer law: Has it come of age?*, ELR, 2003, 370; B. Pasa e G. Benacchio, *The harmonization of civil and commercial law in Europe*, CEU press, Budapest, 2005, 23 e ss.

¹⁰⁶ V. Buonocore, *Contrattazione d’impresa e nuove categorie contrattuali*, cit., 183.

¹⁰⁷ Si veda *supra* nota 86.

¹⁰⁸ A conferma di tale approccio, si veda in Italia l’entrata in vigore del Codice del consumo, (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206) che ricompone all’interno di un unico testo legislativo tutte le norme dedicate alla protezione del consumatore presenti sia nella legislazione speciale, sia nel codice civile. Un esempio opposto è quello della riforma del BGB, che piuttosto ha compiuto il percorso inverso, introducendo all’interno del codice civile le discipline speciali dedicate al consumatore, si veda

¹⁰⁹ G. Benedetti, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in G. Vettori (a cura di), *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, cit., 802; G. Stella Richteer, *Il tramonto di un mito: La legge uguale per tutti (dal diritto comune dei contratti al contratto del consumatore)*, Giust. Civ., 1997, II, 200; A. Gentili, *I principi del diritto contrattuale europeo: verso una nuova concezione del contratto?*, in Riv. Crit. Dir. Priv., 2001, 21. L’Autore aggiunge anche, quali elementi contrari all’individuazione di un “nuovo” contratto, la mancanza di una precisa volontà di sostituire i sistemi giuridici nazionali, il metodo non tipologico ma di aderenza alle caratteristiche di tipo economico dell’istituto individuato dalla normativa. Si veda anche J. Basedow, *A Common Contract for the Common Market*, CMLRev, 1996, 1171, dove l’Autore lamentando la mancanza di sistematicità degli interventi comunitari, propone che i problemi di armonizzazione siano trattati in modo unitario, senza differenziare fra diritto commerciale e diritto dei consumatori.

¹¹⁰ La *ratio* di tale estensione si basa sul ravvisarsi di una discriminazione nei confronti di quei soggetti che si trovano egualmente in una condizione di debolezza, ma non possono attingere agli strumenti di tutela previsti per il solo consumatore, per esempio i soggetti giuridici quali le associazioni senza scopo di lucro e le fondazioni, nonché i professionisti che si trovano a compiere atti di consumi esterni alla loro attività professionale. Un aspetto particolare è poi quello relativo ai rapporti fra imprese (c.d. B2B) nei quali si riconosca una condizione di disparità di potere contrattuale fra le parti tale da far riscontrare una condizione di debolezza di una parte equiparabile a quella del consumatore (i rapporti indicati infatti con l’acronimo B2b). Si vedano i contributi dedicati in Italia alla disciplina sulla sub-fornitura (l. 18 giugno 1998, n. 192, Disciplina della subfornitura nelle attività produttive), nonché a livello europeo la dottrina concernente la direttiva sui ritardi nei pagamenti (Direttiva 2000/35/CE, 29 giugno 2000, del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, G.U.C.E. L 200 dell’8 agosto 2000).

*communautaire*¹¹¹ che non propone in alcun caso l'estensione della definizione del consumatore verso nuove categorie di soggetti diverse dalla persona fisica¹¹². Anzi nella domanda concernente la definizione di consumatore le alternative proposte portano, al massimo, a riconoscere l'applicazione della teoria della prevalenza nel caso in cui il consumatore compia il proprio acquisto principalmente per finalità personali¹¹³.

D'altra parte anche la giurisprudenza comunitaria della Corte di Giustizia non ha permesso di estendere tale disciplina oltre la definizione data dalla legislazione consumeristica, anzi, si è mostrata molto intransigente non soltanto nell'affermare l'applicazione della disciplina alle sole persone fisiche, ma anche nel ribadire che il concetto di consumatore non identifica uno *status*, ma una qualificazione soggettiva desumibile dal ruolo che una parte assume in un determinato contratto¹¹⁴.

La precedente analisi ha dimostrato, dunque, l'importanza che l'informazione detiene nel quadro non soltanto del contratto in generale, ma anche nel più specifico ambito dei contratti del consumatore. Sarà ora necessario verificare se la disciplina prevista per il contratto del consumatore possa essere applicata anche al contratto stipulato sulla rete Internet, oppure se in questo caso le modalità di tutela debbano essere modificate in ragione di nuove ipotesi lesive nei confronti del consumatore-utente.

1. 1. 4. L'informazione nella formazione del contratto telematico

¹¹¹ Libro Verde sulla Revisione dell'Acquis relativo ai consumatori, 8 Febbraio 2007, COM (2006) 744 def.

¹¹² Dall'analisi comparativa compiuta da H. Schulte-Nolke, C. Twigg-Flessner e M. Ebers per la Commissione Europea sull'applicazione nazionale delle direttive interessate dalla revisione, si osserva che in tutti gli Stati Membri si è verificata una progressiva estensione della definizione di consumatore, anche se attraverso modalità e tempi diversi. Più approfonditamente in H. Schulte-Nolke, C. Twigg-Flessner e M. Ebers, *EC Consumer Law Compendium - Comparative Analysis*, 2006, disponibile all'indirizzo web http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/acquis/comp_analysis_en.pdf.

¹¹³ Si veda infatti la domanda B1 del Libro verde: "Come andrebbero definite le nozioni di consumatore e di professionista? Opzione 1: Si dovrebbero allineare le definizioni esistenti nell'acquis senza cambiarne la portata. I consumatori verrebbero definiti quali persone fisiche che agiscono a fini che esulano dalla loro attività commerciale, economica o professionale. I professionisti sarebbero definiti quali persone (giuridiche o fisiche) che agiscono a fini legati alla loro attività commerciale, economica e professionale. Opzione 2: Le nozioni di consumatore e di professionista verrebbero ampliate per includervi le persone fisiche che agiscono a fini che esulano essenzialmente (consumatore) o rientrano essenzialmente (professionista) nella loro attività commerciale, economica e professionale".

Un'interpretazione contraria è stata data invece da E. Roppo, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici*, (contributo presentato alla Conferenza *Il diritto europeo dei contratti tra parte generale e norme di settore*, Pisa, 25-26 maggio 2007) in cui lo stesso elemento è stato citato a favore della tendenza a favorire una progressiva estensione della tutela prevista per il consumatore oltre i confini attualmente sanciti.

¹¹⁴ Si vedano i contenuti delle sentenze: Causa C-269/95, 3 luglio 1997, *F. Benincasa v Dentalkit Srl* [1997] ECR I-3767; Causa C-361/89, 14 Marzo 2003, *Criminal proceedings v Patrice Di Pinto* [1991] ECR I-01189; Cause C-541/99 and C-542/99, 22 Novembre 2001, *Cape Snc v Idealservice Srl e Idealservice MN RE Sas v OMAI Srl* [2001], ECR I-9049; Causa C-464/01, 20 Gennaio 2005, *Johann Gruber v Bay Wa AG* [2005] ECR I-00439. Si veda più approfonditamente l'immagine del consumatore creata dalla giurisprudenza comunitaria nel cap. 5, par. 5.2. e ss.

Come abbiamo precedentemente affermato, numerosi sono stati gli interventi di natura legislativa che hanno introdotto una crescente quantità di obblighi informativi a favore della parte debole del rapporto, e ciò si è verificato anche nel quadro delle contrattazioni telematiche¹¹⁵, in particolare attraverso la direttiva n. 2000/31/CE concernente alcuni aspetti del commercio elettronico. Questa direttiva, infatti, mira a delineare un quadro di condizioni mercato (elettronico) uniformi tali da permettere a qualsiasi utente telematico di compiere i propri acquisti su Internet senza rischi¹¹⁶. La qualificazione di utente telematico, anzi di “destinatario dei servizi della società dell’informazione”, però, non è limitata al solo consumatore giacché tale definizione include qualsiasi soggetto si trovi a svolgere le proprie contrattazioni sulla rete telematica¹¹⁷. La differenza fra rapporti B2B e rapporti B2C, dunque, si propone in modo diverso poiché la disciplina, pur unitaria, rimane facoltativa nel primo caso, mentre si impone come imperativa nel secondo caso. Dunque, questa modalità di intervento legislativo si differenzia nettamente da quelle precedentemente citate, stabilendo dei (limitati) obblighi informativi per l’ambito telematico che vengono qualificati in modo generalizzato, indipendentemente non soltanto dalla tipologia di bene e/o di servizio oggetto del contratto, ma anche dallo status dei soggetti che si trovano a cooperare¹¹⁸.

Questo fatto dimostra che, anche se la direttiva ricade all’interno del quadro di interventi a tutela del consumatore, questo non si presenta come l’unico obiettivo del legislatore europeo in questo settore¹¹⁹, piuttosto la disciplina si propone la finalità ben più ampia di

¹¹⁵ In realtà, non esiste una definizione univoca di contratto telematico e/o contratto elettronico, giacché la differenza dal contratto tradizionale si basa soltanto sull’utilizzo di un mezzo di comunicazione diverso, per quanto, tuttavia, parte della dottrina ne qualifica diversamente l’oggetto e la disciplina rispetto a quello tradizionale.

¹¹⁶ Infatti la direttiva si riferisce ai c.d. servizi della società dell’informazione che sono individuati *per relationem* dall’art. 1, p. 2, della direttiva n. 98/34/CEE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 giugno 1998, che prevede una procedura d’informazione nel settore delle norme e delle regolamentazioni tecniche, come modificata dalla direttiva 98/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 novembre 1998, sulla tutela dei servizi ad accesso condizionato e dei servizi di accesso condizionato. Dunque per servizi della società dell’informazione si intende “qualsiasi servizio prestato dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica, mediante apparecchiature elettroniche di elaborazione (compresa la compressione digitale) e di memorizzazione di dati, e a richiesta individuale di un destinatario di servizi”.

¹¹⁷ La direttiva infatti all’art. 2, lett. d), definisce come destinatario del servizio della società dell’informazione “la persona fisica o giuridica che, a scopi professionali e non, utilizza un servizio della società dell’informazione, in particolare per ricercare o rendere accessibili delle informazioni”.

¹¹⁸ La direttiva, infatti, stabilisce una disciplina generale che si applica ai fornitori e destinatari dei servizi della società dell’informazione in quanto utenti e non poiché professionisti o consumatori, salvo individuare un nucleo forte di obblighi che non possono essere disapplicati, neppure in caso di accordo fra i contraenti.

¹¹⁹ Si veda quanto affermato al considerando 7 della direttiva n. 2000/31/CE: “Per garantire la certezza del diritto e la fiducia dei consumatori, la presente direttiva deve stabilire un quadro generale chiaro per taluni aspetti giuridici del commercio elettronico nel mercato interno”.

incrementare la fiducia dei consumatori, *rectius* degli utenti in genere, nel commercio elettronico¹²⁰.

Infatti, nel testo della direttiva si osserva che gli obblighi informativi, da un lato, rimandano al quadro più generale di obblighi a carico del venditore – che nella terminologia della direttiva si identifica con il c.d. prestatore dei servizi della società dell'informazione¹²¹ – così da permettere in raggiungimento di una scelta informata, e pertanto consapevole, da parte del consumatore¹²²; dall'altro lato, seguendo passo per passo le fasi di stipulazione del contratto telematico – dal mero accesso al sito del prestatore di servizi della società dell'informazione alla conclusione del contratto stesso – si stabiliscono obblighi anche legati alle sole modalità tecniche di stipulazione, che assicurano la trasparenza del procedimento rendendolo più affidabile agli occhi dell'utente. Questo aspetto peculiare è chiaramente espresso nel considerando 60 della direttiva medesima, nel quale si afferma che *“per assicurare uno sviluppo senza ostacoli del commercio elettronico, il quadro giuridico deve essere chiaro e semplice, prevedibile e coerente con le regole vigenti a livello internazionale, in modo da non pregiudicare la competitività dell'industria europea e da non ostacolare l'innovazione nel settore”*. Questa affermazione ha portato alcuni autori a riconoscere nella direttiva sul commercio elettronico una delle più evidenti ipotesi di c.d. *“external harmonization”*¹²³, che appunto indica una forma di armonizzazione non soltanto indirizzata alla creazione di condizioni di mercato uniformi all'interno della Comunità Europea, ma anche a delineare un mercato comunitario capace di competere al livello internazionale¹²⁴.

Se andiamo ad osservare gli obblighi informativi presenti nella direttiva sul commercio elettronico, è possibile verificare che essi concernono due tipologie di informazioni, quelle

¹²⁰ B. Pasa e G. Benacchio, *The Harmonisation of civil and commercial law in Europe*, cit., 91. J. Stuyck, E. Terry, e T. van Dick, *Confidence through fairness? The new Directive on Unfair Business-to-consumer commercial practices in the Internal Market*, CMLR, 2006, 107.

¹²¹ L'art. 2, lett. b) fornisce una definizione molto generale di fornitore del servizio: *“la persona fisica o giuridica che presta un servizio della società dell'informazione”*, qualificando più approfonditamente il c.d. prestatore stabilito, ovvero *“il prestatore che esercita effettivamente e a tempo indeterminato un'attività economica mediante un'installazione stabile. La presenza e l'uso dei mezzi tecnici e delle tecnologie necessarie per prestare un servizio non costituiscono di per sé uno stabilimento del prestatore”*.

¹²² Nell'offerta telematica dovranno essere cumulativamente presenti le informazioni previste dalla direttiva n. 2000/31/CE e quelle previste dalla disciplina settoriale. Si veda, per esempio, la necessaria correlazione fra la disciplina sul commercio elettronico e quella sui contratti stipulati a distanza poiché l'uno specificazione dell'altro. D'altronde, la disciplina sul commercio elettronico può combinarsi con la regolamentazione specifica di contratti quali l'acquisto di pacchetti turistici via Internet, oppure la vendita di beni di consumo, e dunque i rispettivi obblighi di informazione dovranno essere in tal caso coordinati.

¹²³ B. Pasa e G. Benacchio, *The Harmonisation of civil and commercial law in Europe*, cit., 92.

¹²⁴ Si veda il par. 1.2.2.2. sulla definizione europea di Società dell'informazione.

generali e quelle pre-contrattuali¹²⁵, tuttavia queste ultime possono differenziarsi in tre sotto-ipotesi legate ad aspetti di tutela diversi :

1. le informazioni generali relative al prestatore del servizio della società dell'informazione, che devono essere sempre rese accessibili “*in modo diretto e permanente*” nei confronti dei destinatari del servizio e alle competenti autorità¹²⁶;
2. le informazioni precontrattuali distinte in
 - a. le informazioni relative alla natura commerciale della comunicazione, stabilite come condizioni minime (legate altresì all'invio di comunicazioni indesiderate)¹²⁷;
 - b. le informazioni relative al contratto, obbligatorie solo nel caso in cui il destinatario del servizio sia un consumatore¹²⁸;

¹²⁵ La distinzione si deve ad A. Nordausen, *Information requirements in the digital environment – Briefing Paper for the European Parliament's Committee on Internal Market and consumer protection*, Gennaio 2007, reperibile all'indirizzo web http://www.europarl.europa.eu/comparl/imco/studies/0701_digitalenv_en.pdf. Si veda anche la tassonomia indicata da T. Wilhelmsson, *Private law remedies against the breach of information requirements of EC law*, in R. Schulze, M. Ebers, e H.C. Grigoleit, *Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire*, Mohr Siebeck, 2003, 250, che differenzia le informazioni per il loro contenuto come *party-related information* (che appunto si riconducono alla categoria di informazioni generali), *performance-related information*, *price-related information*, *term-related information*, e infine *legal information* (che invece ricadono nella categoria delle informazioni precontrattuali).

¹²⁶ L'art. 5 della direttiva n. 2000/31/CE elenca fra le informazioni da fornire obbligatoriamente: il nome del prestatore; l'indirizzo geografico dove il prestatore è stabilito; gli estremi che permettono di contattare rapidamente il prestatore e di comunicare direttamente ed efficacemente con lui, compreso l'indirizzo di posta elettronica; qualora il prestatore sia iscritto in un registro di commercio o analogo pubblico registro, il registro presso il quale è iscritto ed il relativo numero di immatricolazione o mezzo equivalente di identificazione contemplato nel detto registro; qualora un'attività si soggetta ad autorizzazione, gli estremi della competente autorità di controllo; per quanto riguarda le professioni regolamentate, l'ordine professionale o istituzione analoga, presso cui il fornitore è iscritto, il titolo professionale e lo Stato membro in cui è stato rilasciato, un riferimento alle norme professionali vigenti nello Stato membro di stabilimento nonché le modalità di accesso alle medesime; ed infine se il prestatore esercita un'attività soggetta ad IVA, il numero di identificazione di cui all'articolo 22, paragrafo 1, della direttiva 77/388/CEE del Consiglio, del 17 maggio 1977, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra di affari - Sistema comune di imposta sul valore aggiunto: base imponibile interne.

¹²⁷ L'art. 6 della direttiva n. 2000/31/CE impone di fornire le seguenti informazioni:

“a) la comunicazione commerciale è chiaramente identificabile come tale;

b) la persona fisica o giuridica per conto della quale viene effettuata la comunicazione commerciale è chiaramente identificabile;

c) le offerte promozionali, come ribassi, premi od omaggi, qualora permesse dallo Stato membro in cui è stabilito il prestatore, devono essere chiaramente identificabili come tali; le condizioni per beneficiarne devono essere facilmente accessibili e presentata in modo chiaro e inequivocabile;

d) i concorsi o giochi promozionali, qualora siano permessi dallo Stato membro in cui è stabilito il prestatore, devono essere chiaramente identificabili come tali; le condizioni di partecipazione devono essere facilmente accessibili e presentate in modo chiaro ed inequivocabile”.

¹²⁸ L'art. 10, c.1, della direttiva 2000/31/CE elenca le seguenti informazioni da fornire in modo chiaro, comprensibile ed inequivocabile prima dell'inoltro dell'ordine da parte del destinatario del servizio:

“a) le varie fasi tecniche della conclusione del contratto;

b) se il contratto concluso sarà archiviato dal prestatore e come si potrà accedervi;

c) i mezzi tecnici per individuare e correggere gli errori di inserimento dei dati prima di inoltrare l'ordine;

d) le lingue a disposizione per concludere il contratto”.

Mentre, al c. 3, la direttiva richiede che “le clausole e le condizioni generali del contratto proposte al destinatario devono essere messe a sua disposizione in un modo che gli permetta di memorizzarle e riprodurle”.

Inoltre, si veda il considerando 56 che riconosce nel quadro delle obbligazioni derivanti da contratti conclusi con il consumatore come incluse anche le “informazioni sugli elementi essenziali del contenuto del contratto, compresi i diritti dei consumatori che influiscono in modo determinante sulla decisione di sottoscriverlo”.

- c. le informazioni relative al procedimento di formazione del contratto telematico¹²⁹.

Ciascuna di queste tipologie di informazioni si lega al perseguimento di obiettivi diversi.

Le informazioni da fornire sub 1. sono le condizioni minime per permettere l'interazione fra soggetti privati, soprattutto se il mezzo utilizzato si caratterizza per la possibilità di accedere a siti *web* in qualsiasi parte del mondo. In questo modo quindi viene tutelato l'utente ancor prima che questi manifesti un qualsiasi interesse alla contrattazione, poiché l'obbligo informativo è imposto al prestatore del servizio indipendentemente dall'avvenuto contatto con il potenziale acquirente (i.e. destinatario del servizio) al fine di salvaguardare la trasparenza dei rapporti telematici. Due sono gli aspetti da sottolineare in questo caso, innanzitutto il fatto che la definizione di prestatore del servizio non risponde a quella tradizionale di professionista, poiché si riferisce a qualsiasi soggetto che fornisca un servizio della società dell'informazione, quindi ricadono all'interno di tale categoria anche i consumatori che attraverso la rete Internet abbiano intrapreso un'attività economica (non professionale). Anche in questo caso, l'obbligo informativo è applicabile indipendentemente non soltanto dallo status del destinatario del servizio, ma anche da quello del soggetto prestatore del servizio.

Un secondo aspetto da sottolineare è il fatto che nel perseguire l'obiettivo di trasparenza, la disposizione richiamata, pur richiedendo l'accessibilità "*in modo diretto e permanente*" ai dati identificativi del prestatore, non ne impone l'aggiornamento periodico, fattore questo che è fondamentale per la reperibilità e la sicurezza nei rapporti fra utenti telematici, in particolare se si presuppone che tali rapporti avvengano fra sconosciuti.

Le informazioni da fornire sub 2.a., circa le comunicazioni commerciali, sono legate invece al momento in cui interviene un contatto fra il prestatore del servizio e il potenziale destinatario, il quale appunto può ricevere – durante l'attività di navigazione telematica, oppure al proprio indirizzo e-mail – informazioni promozionali relative ad un servizio della società dell'informazione. In questo caso, la definizione di comunicazione commerciale risultante dalla direttiva n. 2000/31/CE è utile per individuare i contenuti informativi che devono essere veicolati verso il potenziale acquirente da parte del prestatore del servizio durante la negoziazione, ed in particolare nella fase propedeutica al delinearli del rapporto

¹²⁹ Si veda quanto previsto all'art. 10, citato e all'art. 11 nel quale si stabilisce un iter specifico per la stipulazione del contratto, che indipendentemente dallo scambio di proposta e accettazione, impone al fornitore del servizio l'invio di una ricevuta dell'ordine, richiedendo altresì la predisposizione di adeguati strumenti tecnici per permettere al destinatario di individuare e correggere eventuali errori prima dell'inoltro del proprio ordine

giuridico¹³⁰. Questa fase si concentra nel periodo che va dal momento in cui l'utente accede alla rete Internet, fino al momento in cui mostra la propria intenzione di concludere l'accordo contrattuale stabilendo un contatto diretto con il prestatore del servizio. Quest'ultimo, infatti, avrà impiegato tale intervallo di tempo per attuare la propria strategia pubblicitaria, il cui obiettivo finale è rappresentato dal conseguimento di un livello di fiducia (o di curiosità) del potenziale acquirente verso il prodotto tale appunto da condurlo all'acquisto. Le questioni che possono sorgere nel corso di tale periodo sono legate alla possibilità che l'utente-destinatario della comunicazione commerciale si trovi ad interagire con offerte telematiche non immediatamente riconoscibili come tali, e dunque non sia consapevole delle conseguenze giuridiche che discendono da tale interazione.

L'aspetto peculiare di questa tipologia di informazione è il legame diretto che si propone fra la precedente disciplina relativa alla tutela dell'utente telematico in quanto potenziale destinatario del servizio della società dell'informazione – anche in questo caso non limitando la tutela al solo consumatore – con quella concernente la protezione dei dati personali dello stesso soggetto. Infatti, il mezzo di comunicazione utilizzato può facilitare l'eventuale lesione della sfera privata dell'utente attraverso il recupero e l'organizzazione delle informazioni che questi può volontariamente o involontariamente lasciare sulla rete telematica. Proprio per questi più evidenti rischi, la comunicazione commerciale sottostà ad un obbligo di chiara riconoscibilità della natura promozionale del messaggio, cui è poi connessa l'identificabilità del soggetto emittente della comunicazione¹³¹.

In questo caso, il legislatore europeo ha verificato la rilevanza dell'interesse dei fornitori di servizi a diffondere le informazioni commerciali relative ai propri prodotti o servizi¹³², ma ha ritenuto necessario sacrificare tale interesse in lieve misura per poter raggiungere un bilanciamento con il diritto degli utenti telematici, potenziali destinatari delle comunicazioni

¹³⁰ L'art. 2, lett. f), della direttiva n. 2000/31/CE afferma che questa terminologia include ogni tipo di comunicazione “finalizzata alla promozione, diretta o indiretta, di beni, servizi oppure l'immagine di una impresa, organizzazione o persona, le quali perseguono una attività commerciale, industriale o artigianale oppure esercitano una professione regolamentata”. In questo senso, la scelta del legislatore è stata di individuare un concetto piuttosto ampio di informazione pubblicitaria, al fine di includere all'interno di essa non soltanto le attuali forme di espressione promozionale, ma anche gli eventuali futuri sviluppi che essa potrà presentare grazie al potenziamento delle tecnologie disponibili

¹³¹ Dei provvedimenti più stringenti sono poi richiesti in caso di offerte promozionali, concorsi e giochi, i quali tuttavia saranno sottoposti a specifica normativa qualora sia approvato il nuovo regolamento sulle vendite promozionali (Communication from the Commission on sales promotions in the Internal Market - *Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council concerning sales promotions in the Internal Market*, 2 Ottobre 2001, COM(2001) 546 final).

¹³² Si vedano i contributi statunitensi in materia, E. Barendt, *Freedom of Speech*, Oxford, Clarendon, 1987, 54; R.A. Shiner, *Freedom of commercial expression*, Oxford, OUP, 2003, passim, che in generale non ammettono la possibilità di limitare la pubblicità poiché riconosciuta come forma di espressione dell'impresa, con la quale quest'ultima presenta correttamente le opinioni sui propri prodotti.

commerciali, alla tutela della propria sfera privata¹³³. Ciò si lega al fatto che l'utente stesso può manifestare interessi fra loro confliggenti: da un lato, può essere interessato a ricevere un'informazione utile e corretta in relazione alle sue preferenze di acquisto (apprezzando l'invio di comunicazioni commerciali adeguate ai propri gusti), dall'altro lato, può essere interessato a salvaguardare la propria sfera privata da illegittime interferenze (limitando il numero e la frequenza dell'invio di tali comunicazioni)¹³⁴.

Di conseguenza, la presente analisi terrà conto anche degli strumenti giuridici e tecnici disponibili per consentire al prestatore di servizi della società dell'informazione di veicolare le proprie comunicazioni commerciali in modo corretto, senza ledere il diritto alla privacy dell'utente telematico, e di quelli capaci di permettere allo stesso utente di disporre adeguatamente dei propri dati personali, autorizzandone il trattamento, per esempio ai fini di marketing diretto. Ciò implica necessariamente la valutazione del consenso al trattamento dei dati, valutazione che investe aspetti quali la durata del trattamento autorizzato (solo per un periodo limitato, oppure *ad libitum*), la natura dei dati da trattare, il corrispettivo ricevuto in cambio del consenso, ecc.¹³⁵.

Per quel che concerne le informazioni relative al contratto negoziato, sub 2.b., invece, il legislatore europeo si interessa all'insieme di informazioni che devono essere inviate alla controparte prima della conclusione del contratto e che rappresentano uno degli elementi caratterizzanti il periodo dedicato alle trattative per la stipulazione del negozio. In questo caso la disciplina viene differenziata nel caso in cui il potenziale contraente sia un consumatore, quindi, come abbiamo accennato precedentemente, nel rapporto B2C l'obbligo informativo non può venir meno, neanche in caso di accordo fra le parti. Ciò è giustificato sul fatto che il consumatore non può venir essere sottoposto ad una disciplina di tutela inferiore rispetto a quella di cui gode nei rapporti contrattuali stipulati *off-line*¹³⁶, ed inoltre, si mostra come la disciplina sul commercio elettronico debba coordinarsi con le normative precedenti in tema di tutela del consumatore.

¹³³ Tale aspetto deve essere comunque coordinato con quanto previsto dalla recente direttiva n. 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali che include non soltanto una definizione di pratiche commerciali ben più ampia di quella di comunicazioni commerciali, ma individua una serie di limitazioni per i professionisti in genere che sono da integrare con la disciplina sul commercio elettronico.

¹³⁴ In questo senso, si veda il discorso introduttivo tenuto dal Presidente dell'Autorità Garante della Privacy, S. Rodotà, in occasione del Convegno Internazionale "Internet e Privacy, quali regole?", Roma 8 e 9 maggio 1998.

¹³⁵ Si veda *infra*, cap. 3.

¹³⁶ Anzi la direttiva n. 2000/31/CE al considerando 55 riconosce che "la presente direttiva non pregiudica la legge applicabile alle obbligazioni contrattuali riguardanti i contratti conclusi dai consumatori. Pertanto la presente direttiva non può avere l'effetto di privare il consumatore della tutela di cui gode in virtù di norme obbligatorie in materia di obbligazioni contrattuali previste dalla legge dello Stato membro in cui ha la residenza abituale".

Inoltre, nel contratto telematico, il momento dedicato alla trattativa individuale appare molto limitato, se non tendenzialmente nullo, poiché ciò che è richiesto è la sola accettazione dell'offerta presentata¹³⁷. In questo caso, il contraente telematico si pone in una condizione di svantaggio poiché non può negoziare la clausola adattandola alle proprie preferenze personali, ma, nella migliore delle ipotesi, può soltanto scegliere fra una serie limitata di alternative predefinite dalla controparte, mentre nella peggiore delle ipotesi, deve definire soltanto la propria volontà contrattuale in senso positivo o negativo rispetto all'accordo. Infatti, anche se nel procedimento negoziale telematico l'utente può fruire di un bacino di offerte ben più vasto rispetto a quello tradizionale, tale da consentire la comparazione e la selezione delle offerte che più si avvicinano alle proprie preferenze, il procedimento che l'utente deve compiere per giungere alla conclusione del contratto risulta "*apparentemente libero ma tendenzialmente obbligato*"¹³⁸, poiché vengono limitate le possibili divagazioni che possano condurre ad una perdita di tempo. Questi limiti si giustificano da un lato sul fatto che si salvaguarda la corretta manifestazione della volontà dell'utente (reiterando la richiesta di accettazione dell'offerta e dei dati per la sottoscrizione), ma si limita anche la dispersione dell'attenzione del potenziale acquirente verso il processo iniziato.

Questo aspetto si lega con la consapevole assunzione da parte dell'utente del c.d. rischio informatico attraverso la scelta di aderire alle regole operanti sulla rete Internet per effettuare operazioni commerciali¹³⁹. Infatti, nel momento in cui l'utente accede al mercato telematico si presuppone sia consapevole che le regole di acquisto sono delineate da coloro che hanno creato tali vetrine virtuali (ovvero dai soggetti che regolano le piattaforme telematiche nelle quali si svolge la contrattazione¹⁴⁰). Ciò, dal punto di vista giuridico, comporta un onere di diligenza accollato all'utente, onere che viene anche definito quale rischio informatico. Tuttavia, è necessario valutare se nella realtà degli scambi telematici l'utente abbia piena consapevolezza del rischio cui si sottopone, e se tale rischio possa essere in qualche modo

¹³⁷ Si escludono, infatti, le ipotesi di negoziazioni svolte attraverso lo scambio di e-mail che può anche qualificarsi come vera e propria attività di trattativa. Tuttavia, tali ipotesi sono meno preponderanti rispetto a quelle di mera accettazione del contenuto contrattuale unilateralmente prestabilito da parte del fornitore dei servizi della società dell'informazione, poiché i vantaggi derivanti dalla commercializzazione sulla rete Internet derivano appunto dalla possibilità di concludere in modo rapido e diretto l'accordo sulla base delle informazioni presentate sul sito. L'eventuale richiesta di informazioni circa le caratteristiche del bene o servizio, per esempio, possono essere risolte *a priori* da parte del fornitore inserendo una pagina web nella quale siano elencate le c.d. *Frequently asked questions*, inserendovi proprio gli interrogativi che più facilmente possono balenare nella mente del potenziale acquirente.

¹³⁸ Si veda C. Camardi, *Metodi "alternativi" di soluzione delle controversie: diritto, spazio e tempo nell'ambiente delle tecnologie informatiche*, in *Eur. e dir. priv.*, 2004, 562.

¹³⁹ A. M. Gambino, *L'accordo telematico*, Milano, Giuffrè, 1997, 83; R. Borruso e G. Ciacci, *Diritto civile e informatica*, coll. *Trattato civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, ESI, Napoli, 2004, 210.

¹⁴⁰ Si veda l'esempio fornito dalla piattaforma telematica di eBay, che appunto dispone delle norme di comportamento cui devono uniformarsi gli utenti che vogliono fruire del servizio di asta fornito da gestore stesso. Un'analisi più approfondita di tale tema verrà svolta nel par. 4. 5. 1. 2.

ridotto attraverso interventi di tipo giuridico (ed anche tecnico). Ed in particolare, appare essenziale garantire, ad ogni soggetto che voglia effettuare i propri acquisti sulla rete, la certezza che alla responsabilità che questi si assume nell'affrontare il procedimento contrattuale telematico si accompagna una protezione giuridica non inferiore a quella legata alle tradizionali operazioni commerciali¹⁴¹. Per raggiungere tale risultato sono prospettate, nel corso della seguente analisi, sia soluzioni di natura tecnica, sia soluzioni di natura giuridica. Nel primo caso, si osserva che la stessa tecnologia ha reso disponibili all'utente degli strumenti capaci di sostituire l'utente nella comparazione delle offerte, quali per esempio gli agenti elettronici; oppure strumenti finalizzati ad indicare l'affidabilità della controparte contrattuale, quali per esempio gli indici di reputazione disponibili nei siti d'asta. Nel quadro, invece, delle soluzioni giuridiche, il legislatore europeo ha predisposto un obbligo informativo concernente le clausole e le condizioni generali del contratto, che devono pervenire all'utente destinatario prima dell'inoltro dell'ordine, cioè nella fase in cui si forma la volontà negoziale, integrando tale obbligo con raccomandazioni alla chiarezza e linearità dell'esposizione e della lingua usata¹⁴². In questo caso, le questioni che possono porsi all'interprete del diritto si collegano alla possibilità di un'anticipazione della fase pre-contrattuale sin già dalla fase promozionale (applicando di conseguenza le regole di responsabilità in caso eventuale violazione)¹⁴³, e, d'altra parte, alla rinascita del formalismo negoziale, o c.d. neoformalismo, che nel mercato telematico può porre il rischio di un eccesso di informazioni da veicolare verso l'utente.

Le informazioni sub 2.c., concernenti il procedimento tecnico di formazione del contratto telematico, si legano a quelle indicate nella categoria precedente poiché anch'esse mirano ad incrementare la fiducia dei consumatori. Tuttavia, queste si concentrano su una

¹⁴¹ Si veda la risoluzione del Consiglio relativa alla tutela dei consumatori nell'era Internet, (Ris. n. 1999/C 23/01, 19 gennaio 2000), in cui al considerando 6 si esprime affermando che “*considerando che un clima di fiducia presso i consumatori è un presupposto per l'accettazione della società dell'informazione e per la partecipazione ad essa [...] una condizione necessaria per la creazione di un siffatto clima di fiducia è garantire, per quanto riguarda le nuove tecnologie, un livello di tutela equivalente a quello esistente per le transazioni tradizionali effettuate dai consumatori?*”. In senso più generale si veda la Comunicazione della Commissione Europea al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Strategia per il mercato interno, 7 maggio 2003, (COM(2003) 238 final). Si veda anche A.D. Murray, *Articles 9-11, ECD – Contracting electronically in the shadow of the E-commerce Directive*, in L. Edwards (a cura di), *The new legal framework for E-Commerce in Europe*, Oxford, Hart Publishing, 2005, 70 il quale afferma che in particolare l'art. 10 della direttiva n. 2000/31/CE “*is not a formation of contract provision at all, but rather a consumer protection provision embedded into the contract formation rules?*”.

¹⁴² Sul problema concernente la lingua utilizzata per giungere alla conclusione del contratto, si veda S. Weatherill, *EC consumer law and policy*, Northampton, Edward Elgar publishing, 2005, 113; F. Bocchini, *Nozione di consumatore e modelli economici*, in Id. (a cura di), *Diritto dei consumatori e nuove tecnologie*, vol. I, *Gli scambi*, Torino, Giappichelli, 2003, 28; J. Calais-Aluloy e F. Steinmetz, *Droit de la consommation*, Dalloz, 6° ed., 2003, 56 e ss.

¹⁴³ Ciò si lega anche alla difficoltà di definire le ipotesi di comunicazione promozionale, rispetto a quelle di invito ad offrire, che anche nella direttiva n. 2005/29/CE sono sottoposte ad una disciplina affine.

diversa causa di debolezza contrattuale dell'utente telematico, che si basa piuttosto sulla difficoltà di trasferire le tradizionali modalità di contrattazione nel nuovo mezzo di comunicazione. Questa tipologia di informazione è tipica dei soli contratti telematici, poiché in nessun altro caso è stato previsto un obbligo informativo che richiede ad una parte di "spiegare" all'altra i meccanismi che permettono di stipulare il contratto. Questa scelta si giustifica sul fatto che attraverso la rete è possibile entrare in contatto con soggetti che si trovano in sistemi giuridici diversi e che possono operare secondo tecniche di conclusione del contratto che non sono quelle conosciute dall'utente, quindi per evitare di essere sorpreso dal differente procedimento di conclusione l'utente deve esserne previamente informato. Inoltre ciò risponde ad un ulteriore obiettivo che è quello di assicurare che anche gli utenti non ancora a proprio agio con il nuovo mezzo di comunicazione possano seguire e comprendere il procedimento contrattuale.

Questo modello può essere definito come una forma indiretta di educazione dell'utente, il quale viene edotto ogni volta delle modalità con cui si compie la transazione, e dunque diviene consapevole degli effetti delle proprie azioni sul mezzo, tali da portare avanti la negoziazione sulla base delle indicazioni fornite.

In realtà, un diverso esempio di informazione "educativa" del consumatore si è già proposto nel passato, concernente il progressivo diffondersi della disciplina del recesso: inizialmente la direttiva n. 85/577/CEE sulle vendite porta a porta indicava soltanto l'esistenza e le modalità di esercizio del diritto di recedere dal contratto da parte del consumatore. In altre parole, la disposizione della direttiva sulle vendite aggressive non si ritiene abbia istituito il diritto di ripensamento attribuendolo poi al consumatore, poiché esso era già esistente e applicabile ad ogni rapporto contrattuale¹⁴⁴; piuttosto la direttiva ha avuto il merito di riconoscere al consumatore il diritto di ricevere un'esplicita informazione in merito ai contenuti ed alle modalità di esercizio dello *jus poenitendi* da parte del venditore dei beni o dei servizi. In questo modo, il legislatore ha confermato l'inderogabilità di tale diritto, tale da non poter essere negato - neppure implicitamente - per volontà del consumatore. Progressivamente, grazie alla diffusione della consapevolezza di tale diritto nella collettività dei soggetti, tale disciplina è stata inclusa all'interno di numerose normative settoriali quale forma di tutela privilegiata per il consumatore¹⁴⁵.

La scelta di porre a carico del prestatore del servizio un obbligo di informare l'utente circa le modalità attraverso le quali giungere alla conclusione del contratto, peraltro, induce alla

¹⁴⁴ Per quanto diversificato nelle sue forme e condizioni nei singoli Stati membri, si veda l'analisi comparativa presentata da H. Schulte-Nolke, C. Twigg-Flesner e M. Ebers, *EC Consumer Law Compendium*, cit., 697.

¹⁴⁵ Si vedano la direttiva n. 94/47/CE, all'art. 1; la direttiva n. 97/7/CE, all'art. 5; la direttiva n. 2002/65/CE all'art. 3, c. 1; ed infine la direttiva 2005/29/CE, all'art. 7, c. 4.

riflessione circa la possibilità di utilizzare forme di fidelizzazione dell'utente, che, per esempio, possono facilitare il procedimento di acquisto per coloro che si registrano ad un determinato sito. In questo senso potrebbero crearsi delle strutture auto-regolate, laddove la comunità di utenti che partecipa al sito web concorda con il prestatore del servizio (i.e. il gestore del sito web) le regole stesse di contrattazione, ovvero accetta implicitamente le condizioni di negoziazione previste da parte del gestore del sito¹⁴⁶.

In una più ampia prospettiva si pone poi l'aspetto concernente la definizione di utente-consumatore sulla rete, giacché l'attuale definizione di consumatore riconosce tale soggetto come ragionevolmente attento e circospetto. Se la finalità dello specifico obbligo di informazione sul procedimento di stipulazione del contratto telematico è quella di promuovere l'educazione dell'utente-consumatore, allora in tempi lunghi si presume che questi possa giungere ad una migliore competenza relativa al mezzo. Questo fatto, però, potrebbe condurre ad un implicito innalzamento dello standard di diligenza richiesto al consumatore, andando dunque ad incidere sulla possibilità o meno di fruire della tutela giuridica, rendendo indirettamente più ampia la c.d. divisione digitale (*digital divide*) all'interno della società dell'informazione¹⁴⁷.

Da questa breve analisi sugli obblighi informativi previsti nell'ambito dei rapporti contrattuali stipulati via Internet è già possibile evidenziare come le informazioni veicolate all'interno di tale contesto siano indirizzate verso obiettivi più ampi, se non diversi, rispetto a quelli che tradizionalmente sono legati alla sola tutela del consumatore¹⁴⁸. In primo luogo, si osserva che la prospettiva utilizzata dal legislatore comunitario non si limita ad un soggetto specifico, appunto il consumatore, ma estende il proprio ambito di applicazione nei confronti di tutti coloro che si trovano ad interagire con il mezzo telematico. Infatti, la disciplina prevista dagli artt. 10 e 11 della direttiva n. 2000/31/CE, qualora le imprese non dispongano diversamente, diventa imperativa anche nei rapporti stipulati da tali soggetti professionali. D'altra parte, ciò si giustifica sul fatto che la condizione di asimmetria informativa non si ritiene attenga unicamente al contenuto del regolamento negoziale, ma si

¹⁴⁶ Si veda l'esempio del sito di aste telematiche e-Bay, *infra* par. 4.5.1.2.2.

¹⁴⁷ Si usa la locuzione *digital divide* (divisione digitale) per indicare la contrapposizione tra chi è in grado di avvalersi delle tecnologie dell'informazione - avendo accesso alle apparecchiature (computer, collegamento Internet, software) e possedendo le conoscenze per utilizzarle - e chi non è in grado farlo.

¹⁴⁸ In generale, infatti, può affermarsi che gli obblighi di informazione sono finalizzati alla perseguimento dei seguenti obiettivi: proteggere il consenso, salvaguardare la sicurezza delle transazioni, controllare la giustizia dello scambio, ottemperare al dovere morale di onestà, proteggere l'affidamento, imporre uno standard di comportamento alle parti, definire standard oggettivi, allocare i rischi del contratto. Così in R. Sefton-Green, *General Introduction*, cit., 14; in prospettiva più circoscritta si veda anche C. Twigg-Flessner e T. Wilhelmsson, *Pre-contractual information duties in the acquis communautaire*, cit., 449.

riferisca altrettanto alle modalità con le quali il procedimento negoziale viene portato a termine. In questo senso può parlarsi di una condizione di asimmetria generalizzata che non interessa solo il consumatore ma qualunque utente utilizzi la rete, quand'anche si tratti di un professionista¹⁴⁹.

Inoltre, nel quadro delle negoziazioni telematiche un elemento che modifica le modalità di approccio rispetto agli obiettivi citati è la possibilità di una interazione fra strumenti giuridici di tutela e lo stesso substrato tecnologico in cui la contrattazione si realizza. Infatti, tale elemento può coadiuvare l'operatore del diritto nel delineare meccanismi di tutela anche più rigorosi rispetto a quelli di natura giuridica, tuttavia, quegli stessi meccanismi possono aprire la strada a nuove forme di interazioni sociali che richiedono un ulteriore adattamento delle regole giuridiche esistenti.

1. 2. L'evoluzione delle tecnologie informatiche e il diritto

1. 2. 1. Internet come paradigma delle tecnologie informatiche

Una premessa essenziale all'analisi, per quanto ovvia essa possa sembrare, è la definizione del settore nel quale il seguente studio sarà svolto: la rete Internet¹⁵⁰.

Le tecnologie dell'informazione e della comunicazione negli ultimi venti anni sono state interessate da una vera e propria rivoluzione, da una parte sono diminuiti i costi di produzione e di utilizzazione degli strumenti elettronici, permettendo ad un numero sempre più vasto di soggetti di poterne usufruire; dall'altra, le potenzialità degli stessi strumenti sono cresciute esponenzialmente, ed in particolare la velocità di trasmissione delle informazioni è notevolmente incrementata¹⁵¹.

¹⁴⁹ Parafrasando il modello delineato da G. De Nova, *Parte generale e tipi contrattuali: l'impatto del diritto comunitario e le prospettive nel processo di armonizzazione*, contributo proposto alla conferenza *Il Diritto europeo dei contratti tra parte generale e norme di settore*, Pisa, 25-26 maggio 2007, potrebbe affermarsi che il diritto comunitario dispone per i professionisti un sistema di opt-in/opt-out per la selezione della disciplina di tutela, da cui discende, in mancanza di accordo contrario, che le norme in questione saranno di carattere imperativo per i professionisti.

¹⁵⁰ Si veda G. Comandè, *Le sfide della regolazione giuridica*, in G. Amato, A. Bonnacorsi, S. Cassese, R. Varaldo (a cura di), *Lo sviluppo dell'economia digitale in Italia*, Milano, FrancoAngeli, 2000, 105 il quale asserisce che Internet rappresenta il centro di circolazione delle informazioni e la "sineddoche della nuova economia", tale da far convergere verso di sé tutte le esigenze di regolazione.

¹⁵¹ Sugli aspetti sociali di internet vedere M. Castells, *The Internet Galaxy: Reflexions on the Internet, Business, and Society*, OUP, Oxford, 2001, che individua quattro aspetti fondamentali che hanno portato all'affermazione delle nuove tecnologie quale elemento caratterizzante l'odierna società dell'informazione:

“- L'informazione è il materiale grezzo, la materia prima delle nuove tecnologie. Queste (oltre che essere basate su informazioni scientifiche e tecnologiche) operano sulle informazioni, elaborano informazioni di input producendo informazioni di output.

- Gli effetti delle nuove tecnologie sono pervasivi. Agendo sull'informazione, parte integrante di tutte le attività umane, individuali e collettive, tali tecnologie incidono su ogni aspetto della vita individuale e sociale.

- Le nuove tecnologie consentono e favoriscono l'interconnessione. Esse consentono di collegare i sistemi tecnologici e organizzativi che ne fanno uso, e le componenti interne a tali sistemi.

Ormai è unanimemente riconosciuto il ruolo fondamentale che ha svolto la rete Internet all'interno di questa rivoluzione telematica, tale ormai da rappresentare il più diffuso ed importante strumento di comunicazione che permette lo scambio di pacchetti di informazioni recanti qualsiasi tipo di contenuto (ivi compresi i messaggi in formato video, audio, o testuale) da un luogo all'altro del mondo¹⁵².

Percorrendo rapidamente la storia di Internet si osserva che all'inizio la rete telematica è nata come un'iniziativa finalizzata a scopi militari, diretta – in caso di offensiva bellica – a mantenere un sistema parallelo di comunicazione fra le basi militari situate nell'intero territorio degli Stati Uniti¹⁵³. Successivamente, la rete è stata utilizzata come il sistema di collegamento fra le università americane, evidenziando il valore socio-culturale del mezzo di comunicazione; poi, con l'introduzione del c.d. *world wide web* (più conosciuto con l'acronimo “www”), la rete Internet ha subito una sostanziale innovazione. L'inventore del sistema applicativo ‘www’, Tim Berners-Lee¹⁵⁴, aveva infatti risolto il problema più

- *Le nuove tecnologie sono flessibili. Esse permettono di riorganizzare continuamente i sistemi tecnologici e organizzativi e i loro collegamenti. Ciò avviene riprogrammando i modi in cui viene elaborata, utilizzata, distribuita l'informazione, e così ridefinendo i flussi del lavoro e delle interazioni sociali.*

- *Le nuove tecnologie tendono alla convergenza. I diversi strumenti e modi per elaborare l'informazione tendono ad unificarsi in sistemi integrati, dove una tecnologia fornisce l'imput o il supporto per l'impiego dell'altra (così, le tecnologie dell'hardware si intrecciano con quelle del software, l'informatica si fonde con le telecomunicazioni, con l'elettronica, con le biotecnologie, e così via)”* (citato in traduzione da G. Sartor, *Informatica Giuridica*, in via di pubblicazione, 3).

¹⁵² Dal punto di vista semantico oltre che tecnologico, Internet è un concetto che individua un sistema disperso a livello globale costituito da un insieme indeterminato di computer fra loro collegati in rete, appunto, per questa ragione è utilizzata la terminologia di “rete delle reti” per definire lo spazio digitale, nel quale dunque ciascun utente connesso può acquisire dati da qualsiasi altro utente.

¹⁵³ Le origini di Internet risalgono alla fine degli anni sessanta, quando appunto il Dipartimento della Difesa degli Stati Uniti, con la collaborazione di alcune università americane, promosse la costituzione della c.d. *Arpanet*, ovvero *Advanced Research Project Agency Network*. Il progetto aveva l'obiettivo di stabilire un sistema di collegamento fra vari computer senza che l'operatività della stessa rete venisse meno in caso di danneggiamento o distruzione di uno dei computer. Si veda più ampiamente in U. Draetta, *Internet e il commercio elettronico nel diritto internazionale dei privati*, Milano, Giuffrè, 2001; E. Tosi, *Il contratto virtuale*, Milano, Giuffrè, 2005, 13 e ss.; A. Aparo, *Il libro delle reti*, Roma, Adnkronos libri, 1995; N. Elkin Koren e E.M. Salzberg, *Law, Economics and Cyberspace – The effects of cyberspace on the economic analysis of law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2004, 14 e ss; una interessante analisi è compiuta da M. Castells, *The rise of the network society*, Blackwell, 2° ed., 2000, 38, che collega la diffusione di Internet al più ampio percorso che ha condotto alla c.d. rivoluzione informatica.

¹⁵⁴ Tim Berners-Lee, programmatore a contratto presso il CERN (*Conseil Européen pour la Recherche Nucléaire*) di Ginevra dal 1980, per ovviare alla situazione di disorganizzazione del luogo presso il quale lavorava aveva creato un programma di appunti, *Enquire*, che permetteva di impostare dei collegamenti tra nodi, ognuno dei quali possedeva un titolo, un tipo e una lista di collegamenti bidirezionali. In pratica il programma cercava di seguire, più o meno, le strutture organizzative della mente umana, senza matrici e alberi gerarchici, ma sfruttando le associazioni casuali: il programma disponeva di due tipi di collegamenti, uno interno, multidirezionale, da una pagina all'altra nello stesso *file*; e uno esterno, unidirezionale, che consentiva di passare da un *file* a un altro. In questo modo, attraverso un *database*, si aveva a disposizione un elenco di documenti classificati per nome e per tipo, all'interno dei quali era possibile navigare da un punto all'altro o da un file a un altro, attraverso un browser, battezzato *World Wide Web*. Tuttavia, la navigazione, la creazione di ipertesti e di collegamenti, la loro conservazione e comunicazione, necessitavano di nuovi strumenti, e nel 1990 Berners-Lee ideò un *editor* per creare dei testi, il linguaggio per trasformarli in ipertesti, l'HTML (*Hypertext Markup Language*), lo schema di indirizzo per i vari documenti, URL (*Uniform Resource Locator*), il linguaggio che i computer avrebbero usato per comunicare su Internet, l'HTTP (*Hypertext Transfer Protocol*), e alla fine, anche il primo *server* Web, un software che conserva le pagine web in una parte del computer, consentendone l'accesso ad altri. In questo modo si erano fissate delle

immediato di qualsiasi utente telematico, ovvero semplificare le modalità di utilizzo della rete creando un'interfaccia visuale di facile comprensione, che aveva quindi permesso la diffusione del mezzo anche presso utenti con un livello di cognizioni informatiche non elevato¹⁵⁵. Tecnicamente, il *world wide web* è un sistema che permette la condivisione di informazioni tra più computer basata sul linguaggio di programmazione HTML (*Hypertext Markup Layer*), con il quale si possono sviluppare documenti interattivi, creare pagine web, e trasmettere informazioni multimediali, nonché sulla tecnologia ipertestuale che si avvale del protocollo HTTP (*Hypertext Transmission Protocol*), che consente di passare, con un semplice *click* del *mouse*, da una pagina all'altra dello stesso documento, oppure da una pagina *web* ad una completamente diversa attraverso i *link* di volta in volta disponibili¹⁵⁶. Dunque, attraverso l'utilizzo del sistema applicativo del 'www' gli utenti telematici che non posseggono cognizioni informatiche possono interagire e fruire delle potenzialità della rete Internet.

Alla luce delle precedenti considerazioni, è possibile affermare che la rete Internet rappresenta una struttura tecnologica che amplifica la capacità di comunicazione tra più dispositivi elettronici (i computer), proponendo all'utente due possibili finalità d'uso all'interno dello stesso canale: l'uno dedicato alla funzione prettamente informativa e/o comunicativa, l'altro volto all'utilizzo commerciale delle stesse potenzialità.

Per quanto riguarda il primo aspetto, numerosi Autori hanno enfatizzato l'utilizzo non commerciale della rete Internet, ponendo l'accento, infatti, sul fatto che questo mezzo ha delle notevoli potenzialità dal punto di vista politico e sociale. Per esempio, Cass Sunstein¹⁵⁷ indica il rischio che la personalizzazione del web riguardo alle preferenze degli utenti (non

regole, che l'autore paragona a quelle dell'economia di mercato, rispettando le quali è possibile lo scambio di informazioni.

Naturalmente, perché questo scambio avvenga, le condizioni fondamentali sono due: (a) l'informazione doveva essere accessibile a tutti, con qualunque computer, in qualsiasi parte del mondo, e contenere dei rimandi che consentissero agli altri di trovare l'informazione richiesta; (b) era necessario produrre informazioni e autorizzarne l'accesso a tutti, il che implicava l'assenza di un controllo centrale delle informazioni.

Per un approfondimento della storia di Internet, si veda T. Berners Lee, *L'architettura del nuovo web. Dall'inventore della rete il progetto di una comunicazione democratica, interattiva e intercreativa*, Milano, InterZone - Feltrinelli, 2001

¹⁵⁵ Originariamente, prima dell'avvento del *www*, la rete era un 'gioco' cui soltanto gli ingegneri informatici e gli esperti del settore potevano partecipare, poiché per poter realizzare ognuna delle operazioni necessarie per l'interazione fra gli utenti era necessaria una programmazione *ad hoc*, la cui redazione e il cui risultato si svolgevano attraverso una interfaccia di tipo puramente testuale. Attualmente, invece, l'interfaccia grafica permette non solo la visione tridimensionale delle informazioni, ma anche la possibilità di fruire di un vero e proprio sistema di navigazione attraverso il c.d. *point-and-click*.

¹⁵⁶ "Si può pensare Internet come una rete di reti che adoperano protocolli di comunicazione comuni, o come una comunità di persone che utilizzano e sviluppano tali network, o ancora come un insieme di risorse che possono essere raggiunte via rete", G. Pascuzzi, voce "Internet", in Dig. disc. Priv., Sez. civ., Aggiorn., I, Torino, 2000, 532. Si veda anche F. Di Ciommo, *Internet e crisi del diritto privato: tra globalizzazione dematerializzazione e anonimato virtuale*, in Riv. crit. dir, 2003, 125.

¹⁵⁷ C. Sunstein, *Republic.com*, Princeton, Princeton University Press, 2002, 23-50.

soltanto commerciali, quanto piuttosto in riferimento alle preferenze politiche) possa portare all'eliminazione di qualsiasi contatto con il 'diverso' o l' 'estraneo', e di conseguenza ad estremizzare le posizioni e le preferenze del singolo, inducendo ad un confronto sempre più conflittuale verso l'altro da sé. Invece, Niva Elkin-Koren e Eli M. Salzberg¹⁵⁸ affrontano lo stesso aspetto sottolineandone due aspetti positivi: da un lato, l'incremento del livello di controllo degli elettori nei confronti dei propri rappresentanti grazie all'aumento quantitativo delle informazioni disponibili e alla maggiore efficacia delle azioni e deliberazioni svolte a livello collettivo; dall'altro, “*representative democracy is the power of interest groups to seek rents, and acquire gains through pressure on representatives at the expense of the general public. Interest groups [in cyberspace] are able to succeed in their actions because of the lower costs of collective action [...] enabling broader interest groups to organize, bringing more equality to the political markets and diffusing the impact of narrow interest groups*”.

Tuttavia, la presente analisi non affronterà tali temi, concentrandosi piuttosto sull'aspetto concernente l'utilizzo commerciale delle potenzialità di informazione e comunicazione attraverso la rete Internet. Infatti, appare evidente che lo spazio telematico si avvicini sempre di più ad un mercato, appunto definito telematico o elettronico, in cui si presenta la concreta possibilità per gli utenti di stipulare anche contratti di cui siano oggetto beni o servizi¹⁵⁹. Questa potenzialità è stata percepita soprattutto da parte delle imprese, sia quelle tradizionali, che hanno visto nello spazio virtuale un nuovo ambito dove commercializzare i propri prodotti¹⁶⁰; sia le imprese nate in reazione al progresso tecnologico, che hanno reagito alle nuove esigenze stimulate dalla rete attraverso la costituzione di mercati *ad hoc*¹⁶¹. Questo ultimo aspetto pone in evidenza il fatto che accanto

¹⁵⁸ N. Elkin-Koren e E.M. Salzberg, *Law, Economics and Cyberspace*, cit., 115.

¹⁵⁹ Si vedano le statistiche presentate dall'*European Information Technology Observatory* (EITO) nel marzo 2006, (reperibili sul sito <<http://www.eito.com/index-eito.html>>) nelle quali viene prospettato un incremento progressivo del commercio elettronico in tutti i settori sia del B2C, che del B2B (per quanto sussista una lieve flessione del mercato delle telecomunicazioni e delle tecnologie informatiche dal 2004). Inoltre, sempre per quanto riguarda il mercato europeo, l'Eurostat ha reso noti i dati circa un incremento della percentuale di accessi alla rete Internet (anche in banda larga) sia per l'utilizzo individuale, sia nelle imprese (in particolare nelle piccole e medie imprese), si veda la documentazione presente su *Statistics in focus*, 12/2006, Marzo 2006, reperibile sul sito: <http://epp.eurostat.ec.europa.eu>.

¹⁶⁰ G. Sartor, *Il diritto della rete globale*, Cyberspazio e diritto, 4, 2003, 74, afferma che l'uso commerciale della rete è stato il passo più importante verso la “perdita dell'innocenza” di Internet, poiché “*la colonizzazione di Internet da parte del business ha determinato il fallimento dei meccanismi di auto-regolazione che erano precedentemente in funzione. Così, la definizione di standard e protocolli, anziché emergere da discussioni libere e competenti, secondo il giudizio imparziale di comitati tecnico-scientifici [...] tende oggi a risultare da battaglie e compromessi tra strategie commerciali in competizione. Il meccanismo della convenzione (la necessità di fare quanto ci si aspetta che gli altri faranno) continua a spingere i singoli utenti e programmatori ad adottare gli standard dominanti. Tuttavia, quali standard domineranno il mercato dipende dalla quota (e più in generale, dal potere) di mercato dei loro sostenitori*”.

¹⁶¹ Gli esempi più palesi sono i motori di ricerca quali *google.com* o *yahoo.com* che hanno proposto fin dalla loro nascita servizi legati ai nuovi bisogni sorti con la rete Internet, dal mero reperimento e organizzazione delle informazioni disponibili su Internet, alla creazione di nuovi servizi quali la diffusione di video, amatoriali e non, da

al mercato tradizionale, nel quale lo scambio aveva ad oggetto, nella maggioranza dei casi, soltanto beni materiali, si affianca un diverso mercato il cui principale oggetto dello scambio è costituito da un bene volatile come l'informazione¹⁶².

1. 2. 1. 1. *Internet quale luogo del diritto*

Agli albori della diffusione di Internet, la dottrina aveva affrontato una delle questioni più spinose: la c.d. 'a-territorialità' della rete telematica, tentando di definire le modalità attraverso le quali sottoporre lo spazio virtuale alle regole giuridiche. La natura stessa della rete come *luogo* astratto e non tangibile aveva portato parte della dottrina ad affermarne la completa estraneità rispetto ai tradizionali ordinamenti giuridici e dunque alle norme giuridiche nazionali¹⁶³. Taluni sono persino giunti ad asserire la possibilità di una c.d. "cyber-anarchia", che giungeva fino ad auspicare la completa esclusione di un qualsiasi controllo da parte delle istituzioni governative nazionali. In questo senso è utile ricordare l'enfasi con la quale John Perry Barlow, uno dei c.d. profeti libertari di Internet, proclamò la c.d. Dichiarazione di indipendenza del cyberspazio¹⁶⁴, nella quale Barlow rivendicava l'autonomia della rete e la sua alterità rispetto ai giochi della politica e del diritto tanto da chiedere enfaticamente "*[g]overnments of the Industrial World, you weary giants of flesh and steel [...] on behalf of the future, I ask you of the past to leave us alone. You are not welcome among us. You have no sovereignty where we gather. We have no elected government, nor are we likely to have one, so I address you with no greater authority than that with which liberty itself always speaks. I declare the global social space we are building to be naturally independent of the tyrannies you seek to impose on us. You have no moral right to rule us nor do you possess any methods of enforcement we have true reason to fear?*".

Tuttavia, fu un approccio più moderato quello che si affermò, anche fra i giuristi, tale appunto da riconoscere agli utenti telematici la facoltà di determinare autonomamente le proprie regole di comportamento, limitando la propria libertà soltanto a fronte delle stesse

parte degli utenti (si veda appunto *video.google.com*) oppure la creazione di radio esclusivamente telematiche personalizzabili dall'utente (si veda *music.yahoo.com*).

¹⁶² Si veda quanto precedentemente osservato nel par. 1.1.2.

¹⁶³ Questa idea è stata poi portata avanti, con differenti sfumature, da A. Gigante, *Blackholes in cyberspace: the legal void in the internet*, in *The John Marshall Journ. of Computer and Information law*, 1997, 413; M.R. Burnstein, *Conflicts of the net: choice of law in transnational cyberspace*, in *Vanderbilt Journal of International Law*, 1996, 75; D. Post, *Anarchy, State and the Internet: an essay on law-making in cyberspace*, in *Journal of online law*, 1995, reperibile all'indirizzo web http://www.cli.org/DPost/X0023_ANARCHY.html; J. Reidenberg, *Lex Informatica: The formulation of information policy rules through technology*, in *Texas law review*, 1998, 553; Id., *Governing Networks and Rule-Making in Cyberspace*, (1996) 45 *Emory Law Journal* 912; N. W. Netanel, *Cyberspace self-governance: a sceptical view from liberal democratic theory*, in *Calif. Law. Rev.*, 395, 2000, 435.

¹⁶⁴ J.P. Barlow, *Declaration of independence of Internet*, 1996, reperibile all'indirizzo web <http://www.eff.org/barlow/library.html>.

condizioni poste dalla tecnologia telematica¹⁶⁵. Un esempio in questo senso è stata la c.d. *Netiquette*¹⁶⁶, cioè un insieme di regole generali che disciplinano il comportamento di un utente nei rapporti con gli altri, qualora vengano utilizzati programmi per la comunicazione come *newsgroup*, *mailing list*, o e-mail. Il rispetto di tale codice di condotta, fin dalla sua redazione, non è mai stato imposto da una normativa – sia essa nazionale o internazionale – piuttosto l'applicazione è fondata su una convenzione sociale fra gli utenti. Tuttavia tale sistema di regolazione può portare, in caso di grave violazione, soltanto a sanzioni di tipo reputazionale, quale per esempio l'espulsione del soggetto da parte della collettività che utilizza lo stesso programma di comunicazione, senza che ciò limiti l'eventuale re-ingresso del soggetto stesso attraverso una diversa identità telematica¹⁶⁷.

Alla luce di ciò, se anche è possibile apprezzare positivamente l'approccio che riconosce la rete Internet come “*un ambiente nel quale più d'ogni altro si sviluppa ed è teorizzata la filosofia dell'autoregolamentazione*”, giacché *più libera, flessibile, revocabile, informale, adeguata al non-tempo e all'extraterritorialità della rete*¹⁶⁸, non può essere altrettanto accolta la definizione di Internet quale luogo *legibus soluto*. La ragioni proposte per giustificare tale autonomia dal diritto nazionale sono quelle della natura globale e a-territoriale del mezzo utilizzato, che, dal

¹⁶⁵ Ciò lascia presagire i futuri sviluppi dell'approccio alla regolazione delle tecnologie informatiche, in particolare quanto proposto da L. Lessig, il quale indicava le tecnologie informatiche quale elemento paritetico al diritto nella definizione di ciò che è possibile o non è possibile compiere sulla rete. Si veda la comparazione fra i suddetti approcci proposta da C. Zhu, *In Code, We Trust? Regulation and Emancipation in Cyberspace*, Script-ed, vol. 1, 4, 2004.

¹⁶⁶ Molte voci della dottrina promuovevano la Net-etiquette come forma di regolazione necessaria e sufficiente di Internet, si veda A. Gambino, *Offerta e accettazione del contratto telematico internazionale*, in Vita not., 1998, 1269; G. Santosuosso, *Il codice dell'Internet e del commercio elettronico: aspetti giuridici di rilevanza codicistica*, Padova, Cedam, 2001; G. Finocchiaro, *Lex mercatoria e commercio elettronico – Il diritto applicabile ai contratti conclusi su Internet*, in *Contr. e Impr.*, 2001, 571; G. Palumbo, *L'autodisciplina del mercato virtuale*, in A. Antonucci, *E-Commerce – La direttiva 2000/31/CE e il quadro normativo della rete*, Giuffrè, Milano, 2001, 241; A.C. Amato Mangiameli, *Diritto e Cyberspace – Appunti di informatica giuridica e filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2000, 30 e ss.

¹⁶⁷ Questo strumento, infatti, ha avuto successo soltanto nelle prime fasi di vita della rete Internet e limitatamente alle comunicazioni via e-mail fra gli utenti, perdendo peraltro la sua capacità persuasiva con la diffusione del mezzo di comunicazione telematico, si veda fra gli altri, D.E. Sorkin, *Technical and legal approaches to unsolicited electronic mail*, 35 U.S.F. L. Rev. 325 (2001), S. Chul Huh, *Invasion of privacy v. commercial speech: Regulation of spam with a comparative constitutional point of view*, 70 Alb. L. Rev. 181 (2006), nel quale si afferma che “*At the beginning of the Internet's spectacular career, and when it left its previous, embryonic "incarnation" as ARPANET, it was used almost exclusively by academics and researchers for exchange of information and for publication. At this point in time, a "netiquette" may have been sufficient. However, the Internet is now a true marketplace. Pirates and certain parasitic "services" now also use the Internet as a channel for massive unauthorized exploitation of works and objects of related rights. Therefore, it is obvious that a "netiquette" can no longer be sufficient. The intervention of national laws and international treaties is now indispensable*”. Nello stesso senso anche F. Di Ciommo, *Evoluzione tecnologica e regole di responsabilità civile*, ESI, 2003, 194.

¹⁶⁸ C. Camardi, *Metodi 'alternativi' di risoluzione delle controversie: diritto, spazio e tempo nell'ambiente delle nuove tecnologie*, in *Eur. e dir. Priv.*, 2, 2004, 566. È interessante anche notare che il primo approccio utilizzato dall'amministrazione Americana nei confronti della regolazione delle nuove tecnologie informatiche enfatizzava il ruolo dei singoli utenti nel definire le regole di comportamento, in particolare l'amministrazione Clinton sosteneva che “*Though government played a role in financing the initial development of the Internet, its expansion has been driven primarily by the private sector. For electronic commerce to flourish, the private sector must continue to lead. Innovation, expanded services, broader participation, and lower prices will arise in a market-driven arena, not in an environment that operates as a regulated industry*”, William J. Clinton & Albert Gore, Jr., *A Framework for Global Electronic Commerce* (luglio 1997), reperibile all'indirizzo web <http://www.w3.org/tr/note-framework-970706.html>.

punto di vista pratico, dovrebbe rendere inefficace l'applicazione delle norme nazionali, poiché non sarebbe possibile individuare chiaramente né il luogo ove vengono svolte le attività telematiche, né la legge nazionale applicabile in caso di rapporti che si sviluppano fra soggetti residenti in stati diversi, (oppure può crearsi il problema di definire quale legge nazionale sia applicabile poiché possono presentarsi diverse opzioni potenzialmente disponibili)¹⁶⁹. Per quanto sia necessario riconoscere che “*il diritto ha bisogno di un dove*”, rifacendoci a quanto è stato affermato nell'analisi storica compiuta da Natalino Irti sui rapporti fra diritto e determinazione spaziale delle regole giuridiche, secondo il quale appare evidente che “*c'è, nel profondo nascere e svolgersi del diritto, un legame terrestre, un originaria necessità di luoghi*”. Tuttavia, lo stesso Autore, argomentando sulla base degli studi di Hans Kelsen, ritiene di poter affermare che “*il territorio, risolvendosi nella determinazione spaziale della validità (il luogo, in cui la norma vale come norma) è dunque elemento del contenuto normativo*”, e quindi trattandosi di una “*indicazione artificiale e arbitraria, che può mutare secondo la volontà legislativa*” nulla osta a riconoscere che “[l]a validità, cioè il ‘valere’ come norma in un ordinamento giuridico, può essere determinato nel tempo e nello spazio. Tuttavia l'indicazione non è essenziale, però, e se manca, l'ambito di validità deve considerarsi illimitato”¹⁷⁰. Se dunque si considera l'ambiente telematico come un “*sopra-mondo*”¹⁷¹ – per quanto in esso non siano riconoscibili i tradizionali confini – è possibile affermare che la sua natura virtuale non porta a smentire una naturale applicazione delle norme di diritto, tuttavia, si impone all'interprete l'obbligo di individuare quali norme applicare e in quale modo applicarle.

Secondo una diversa interpretazione, altra parte della dottrina negava l'applicazione delle regole di diritto allo spazio telematico, giustificando tale risultato sulla base dell'assenza di

¹⁶⁹ Si veda C. W. Higgins, *Legal Issues of electronic commerce: activity policies, intelligent agents and ethical transactions*, presentazione per la Conferenza SGML/XML Europe 1998 – *From theory to new practices*, 17-21 maggio 1998, Parigi, laddove l'Autore sottolinea che “*in the past, the fundamental legitimacy of governing authority has always been based on physical presence and territorially-empowered courts, but the global information infrastructure is composed of every jurisdiction on the planet and cyberspace itself in no physical space. Since every substantive area of human interaction is potentially impacted by electronic commerce, sources of law and regulatory interests are potentially all sources of law in every jurisdiction*”.

Si veda anche D. Post, *Against “Against Cyberanarchy”*, reperibile all'indirizzo web http://btlj.boalt.org/data/articles/17-4_fall-2002_post.pdf, laddove l'Autore riconosce che “*In cyberspace, I can instantaneously, at zero marginal costs, communicate an offer to sell some product or service to several million people, which offer can be stored, and retrieved, by the recipient at zero marginal cost with zero probability of error in the reproduction or distribution. Each recipient has the capacity to respond my offer, instantaneously, at zero marginal cost. I cannot do that using smoke signals, telegraph or telephones. Activity in cyberspace isn't functionally identical to transnational activity mediated by other means. In internet grows a new community, the net-community, so the cyber-anarchist position urges restraint and protection for a venerable eighteen-century principle that says that governments derive their just power from the consent of the governed*”.

¹⁷⁰ N. Irti, *Norma e Luoghi* – *Problemi di geodiritto*, Roma, Laterza, 2001, 42.

¹⁷¹ N. Irti, *Norma e Luoghi*, cit., 66. Si veda anche F. Di Ciommo, *Evoluzione tecnologica e regole di responsabilità civile*, cit., 171, che riconosce appunto che “*il soggetto che utilizza le nuove tecnologie digitali di rete, infatti, non sta, in quel momento, fuori dal mondo, sebbene le modalità con le quali egli si relaziona con gli altri e con le cose siano fortemente influenzate dalle caratteristiche del medium*”.

un ordinamento giuridico¹⁷², avanzando diverse proposte operative fra cui la stesura di un insieme di norme giuridiche specificamente dirette alle attività svolte sulla rete, ovvero la costituzione di istituzioni pubbliche telematiche, capaci di operare oltre i limiti territoriali, ed altresì autonome nell’emanazione e nell’applicazione delle norme redatte¹⁷³. Tuttavia, l’assenza di un ordinamento statale cui riferire univocamente le norme da applicare alle attività svolte sulla rete non rappresenta un’argomentazione sufficiente per disapplicare le regole nazionali esistenti. Da un lato, la dottrina maggioritaria non ha ritenuto la presenza di un’organizzazione statale come una *conditio sine qua non* per accertare l’esistenza di un ordinamento giuridico. Viceversa, proprio la presenza di un corpo sociale, permanente e a sé stante, può rappresentare un elemento sufficiente per qualificare come tale un ordinamento giuridico¹⁷⁴. D’altronde, gli scambi che intervengono nello spazio telematico possono essere sottoposti alla disciplina giuridica di uno stato nazionale grazie alla applicazione delle regole di diritto privato internazionale, per quanto in particolari fattispecie esse possano richiedere un grosso sforzo interpretativo così da adattare i

¹⁷² D. Post e D. Johnson, *Law and borders – The rise of law in Cyberspace*, in *Stanford Law Review*, 48, 1996, 1367.

¹⁷³ Si veda come esempio paradigmatico, J. Reidenberg, *Governino networks and Rule-making in Cyberspace*, cit., 930, in particolare afferma che la rete Internet “*should be recognized as a collection of semisovereign entities that is self-sustainable and self-supportable*”.

¹⁷⁴ R. Taricco, *Volontà e accordo nella contrattazione telematica*, in *NGCC*, 2003, II, 230, il quale specifica che per quanto riguarda l’aspetto organizzativo di Internet esso debba essere inteso in senso ampio come un qualsiasi modello strutturale, appunto anche tecnico, idoneo a costituire un legame fra una pluralità di soggetti. A ciò si collega l’affermazione di V. Zeno-Zencovich, (*Manifestazione di pensiero, libertà di espressione e la sentenza sul caso Internet*, in *Dir. Inf. e inform.*, 1996, 640), il quale riconosce che “*nessun singolo ente gestisce Internet. Essa esiste e funziona come risultato del fatto che migliaia di singoli operatori [...] hanno deciso autonomamente di utilizzare protocolli comuni per lo scambio di comunicazioni?*”.

Il riconoscimento della comunità organizzata presente sulla rete Internet come fattispecie peculiare di ordinamento giuridico è giustificabile anche grazie alla teoria del pluralismo giuridico, che riconosce “*la situazione di coesistenza di una molteplicità di sistemi giuridici (o ordinamenti, o livelli, o insiemi ordinati di regole) che interagiscono su di un medesimo territorio*”, (M. Guadagni, *Legal Pluralism*, in P. Newman (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, New York: Stockton Press, 1998, p. 542). Rifacendosi precipuamente alla definizione proposta da Gunther Teubner, il concetto di pluralismo giuridico si esplica non tanto come un insieme di norme sociali confliggenti fra loro, quanto come una molteplicità di diversi processi comunicativi che, in uno specifico contesto sociale, valutano i comportamenti ivi tenuti attraverso il codice binario di legale/illegale. Attraverso tale definizione è possibile identificare le fattispecie di sistemi normativi che operano a livello transnazionale senza essere necessariamente legati ad uno specifico sistema giuridico nazionale (G. Teubner, *Global Bukovina – Legal pluralism in a world society*, in Id. (a cura di), *Global Law Without a State*, Brookfield, Dartmouth 1997, 13). Il maggiore studioso italiano che ha affrontato la questione del pluralismo giuridico è Santi Romano, nei testi editi nella prima metà del XX secolo (S. Romano, *L’ordinamento giuridico*, Firenze, Sansoni, 1947; S. Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi, Discorso per l’inaugurazione dell’anno accademico della R. Università di Pisa*, Tipografia Vannucchi, Pisa, 1909, ora nel volume con lo stesso titolo, Milano, Giuffrè, 1969; S. Romano, *Scritti minori*, Milano, Giuffrè, 1950, rist. 1990). In tali scritti, appunto, si afferma che sono osservabili nella realtà numerose organizzazioni dotate di un proprio ordine effettivo, spesso simile a quella dello Stato poiché mosse dalle stesse esigenze. Lo studioso osserva che “*in seno ad esso [lo Stato], e sovente, contro di esso, si moltiplicano e fioriscono con vita rigogliosa ed effettiva potenza, una serie di organizzazioni ed associazioni, che, alla loro volta tendono a unirsi e collegarsi fra loro. Esse si propongono gli scopi speciali più disparati, ma tutti hanno un carattere comune: quello di raggruppare gl’individui col criterio della loro professione o, meglio, del loro interesse economico*” (tuttavia negarne la giuridicità costituisce un apprezzamento di carattere etico: il giurista ne constata l’esistenza obbiettiva e ne osserva -se ne è interessato- l’organizzazione). Tuttavia lo Stato si occupa di tali organizzazioni sociali dotate di “regolamenti interni”, se una misura disciplinare – interna – ha leso gli interessi di qualcuno, che ricorre alla giustizia statale; dunque l’ordinamento giuridico delle organizzazioni sociali è regolato da quello statale solo per una certa parte, restando autonomo per il resto.

tradizionali criteri nel modo più consono possibile al caso concreto. Un esempio in tal senso può essere quello di un contratto di acquisto di un software stipulato da un soggetto con un sito *web* sfruttando la connessione Internet disponibile all'interno di un aeroporto. In questo caso lo scambio si perfeziona con il semplice *download* del software, tuttavia la legge applicabile al contratto può essere sia quella del luogo nel quale avviene l'esecuzione della prestazione – quella dello stato nel quale si trova l'aeroporto – oppure quella definita dal sito web con una clausola contrattuale, oppure ancora quella del soggetto stipulante qualora questi possa essere definito un consumatore¹⁷⁵.

1. 2. 1. 2. *La dottrina giuridica concernente gli scambi sulla rete Internet*

Dopo aver riconosciuto che la rete Internet non è un luogo *legibus soluto*, ma un luogo nel quale le regole di diritto possono diversamente essere applicate, il giurista si trova di fronte a due ordini di problemi in relazione all'articolazione del processo di contrattazione che avviene nel mercato telematico: il primo riguarda la verifica della capacità dell'ordinamento giuridico esistente di recepire le novità che la tecnologia introduce; il secondo, strettamente collegato al precedente, concerne la valutazione dei nuovi strumenti introdotti dal diritto, ove carenti, per il superamento degli ostacoli che il mezzo di comunicazione, inevitabilmente, presenta.

La disamina delle potenzialità della rete telematica non è in realtà una novità, giacché la dottrina ha affrontato in più occasioni questo tema, sia attraverso analisi dedicate a temi specialistici¹⁷⁶, sia valutando in modo più generale l'intero fenomeno¹⁷⁷. Tali contributi

¹⁷⁵ L'applicazione delle norme di diritto privato internazionale si basa sulla presenza di un elemento di estraneità all'interno delle fattispecie negoziali, in altre parole, è necessario il non esclusivo collegamento con un certo Stato. Per l'oggetto e la funzione del diritto internazionale privato e sul dibattito sviluppatosi in materia si veda G. Morelli, *Elementi di diritto internazionale privato italiano*, 12° ed., Napoli, Novene, 1986, 11; sull'argomento specifico della contrattazione telematica si veda V. Bariatti, *Internet: aspects relatifs aux conflits de lois*, Riv. dir. int. priv. e proc., 1997, 545; A. Schulz (a cura di), *Legal aspects of an E-commerce transaction: international conference in The Hague, 26 and 27 October 2004*, Monaco, European Law Publishers, 2006; Geraint G. Howells, R. Lane, J. D. McLean, *Private international law: electronic commerce: country of destination principle*, Luxembourg, European Parliament, 2001; J. Baselow and T. Kono (a cura di), *Legal aspects of globalization: conflict of laws, Internet, capital markets and insolvency in a global economy*, The Hague, Klumer Law International, 2000; K. Boele-Woelki, C. Kessedjian, *Internet: which court decides?: which law applies?*, The Hague, Kluwer Law International, 1998; più in generale anche F. Rigaux, *Droit international privé*, Bruxelles, Larcier, 2005; P. Picone (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, Cedam, 2004; P. Stone, *EU private international law: harmonization of laws*, Cheltenham, Edward Elgar, 2006.

¹⁷⁶ Si veda, in Italia: G. Alpa, *Il diritto dei computers*, in G. Alpa (a cura di), *I contratti di utilizzazione del computer*, I, Milano, Giuffrè, 1984; R. Franceschelli, *Tutela e licenza del software*, in Riv. dir. ind., I, 1982, 312; G. Alpa e V. Zencovich (a cura di), *I contratti di informatica*, Milano, Giuffrè, 1987; G. Finocchiaro, *I contratti ad oggetto informatico*, Padova, Cedam, 1993; Y. Pouillet, *Il regime della prova nell'informatica e nella telematica*, in Dir. informaz. e informatica, 1986, 47; V. Franceschelli, *Computer, documento elettronico e prova civile*, in Giur. It., IV, 1988, 314; S. Patti, *L'efficienza probatoria del documento informatico*, in Riv. dir. proc., 2000, 60; R. Clarizia, *Informatica e conclusione del contratto*, Milano, Giuffrè, 1985; G. Finocchiaro, *La conclusione del contratto telematico mediante i "software agents": un falso problema giuridico?*, in Contr. e Impr., 2002, 500; G. Sartor, *Gli agenti software: nuovi dogmi del cyberdiritto?*, in Contr. e impr., 2002, 465.

dottrinali sono giustificati non soltanto per la rilevanza crescente del fenomeno, ma anche per gli interventi del legislatore – comunitario e/o nazionale – che si sono succeduti nel corso degli ultimi venti anni¹⁷⁸.

L'attuale dibattito dottrinale, però, non soddisfa totalmente le esigenze del settore. Difatti, pur basandosi sulla necessità di una forma di regolazione nei confronti delle operazioni compiute attraverso la rete telematica, essa affronta tale questione attraverso uno schema talvolta poco lungimirante, poiché strettamente ancorato alle tradizionali categorie del diritto. In altre parole, la maggior parte dei testi che affrontano le questioni

In Francia (e Belgio) si veda fra gli altri: L. Grynbaum, *Après la loi "économique numérique" : pour un Code européen des obligations... raisonné*, Le Dalloz 2004, Cahier droit des affaires, n. 30/7171, 2213 ; T. R. Fenoulhet, *La co-régulation : une piste pour la régulation de la société de l'information ?*, Revue du Marché commun et de l'Union européenne 2001, 598 ; V. Tack, *Commerce électronique et droit de la concurrence*, Journal des tribunaux, 2001, 1 ; P. Thieffry, *L'émergence d'un droit européen du commerce électronique*, Revue trimestrielle de droit européen 2000, 649 ; S. Steinmetz, *Le commerce électronique, pour le meilleur ou pour le pire?*, Sociétal, Paris, 1999, 33 ; D. Gobert, *Le courrier électronique publicitaire au regard du droit*, in Revue du Droit des Technologies de l'Information, 2005, 7 ; J-M. Cheffert, *Le commerce électronique : autorégulation et asymétrie d'information*, in Ubiquité, 2002, 31 ; Y. Poulet, *Internet et vie privée : entre risques et espoirs*, in Journal des Tribunaux, 2001, 155 ; E. Montero, *La responsabilité des prestataires intermédiaires de l'Internet*, in Ubiquité, 2001, 99 ; M. Demoulin, *La notion de " support durable " dans les contrats à distance : une contrefaçon de l'écrit ?*, in Revue Européenne de Droit de la Consommation, 2000, 361 ; D. Gobert, *La publicité sur Internet - Le droit en (r)évolution*, in Ubiquité, 2000, 71.

In Gran Bretagna si vedano fra gli altri: R. Brownsword e G. Howells, *When surfers start to shop: Internet commerce and contract law*, Legal Studies, 1999, 287 ; D. Gervais, *Electronic Rights Management Systems*, The Journal of World Intellectual Property, Volume 3, 77 ; C. Scott, *Regulatory Innovation and the Online Consumer*, Law & Policy, 2003, 477 ; G.I. Zekos, *Issues of Intellectual Property in Cyberspace*, The Journal of World Intellectual Property, 2002, 5, 233 ; A.L. Guadamuz, *The Future of Technology Transfer in the Global Village*, The Journal of World Intellectual Property, 2002, 3, 589 ; L. Edwards, *Reconstructing consumer privacy protection on-line: a modest proposal*, International Review of Law, Computers & Technology, 2004, 313 ; S.R. Cross, *Agency, Contract and Intelligent Software Agents*, International Review of Law, Computers & Technology, 2003, 175 ; L.A. Reisch, *Potentials, pitfalls, and policy implications of electronic consumption*, Information & Communications Technology Law, 2003, 93.

¹⁷⁷ In Italia, S. Rodotà, *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Bologna, Il Mulino, 1973 ; V. Frosini, *Il diritto nella società tecnologica*, Milano, Giuffrè, 1981 ; Id. (a cura di), *Banche dati e tutela della persona*, Roma, Cedam, 1982 ; V. Franceschelli, *Computers e diritto*, Rimini, Maggioli, 1989 ; Id., *Computer (disciplina giuridica del)*, in *Digesto IV*, sez. civ., III, Torino, 1998 ; G. Cassano, *Diritto dell'Internet : il sistema di tutele della persona*, Milano, Giuffrè, 2005 ; A. Sirotti Gaudenti (a cura di), *Trattato breve di diritto della rete : le regole di Internet*, Rimini, Maggioli, 2001.

In Francia e belgio, O. d'Auzon, *Le droit du commerce électronique*, Héciry, Éd. du Puits fleuri, 2004 ; P. Reboul, D. Xardel, *Le commerce électronique : techniques et enjeux*, Parigi, Eyrolles, 1997 ; O. Iteanu, *Internet et le droit : aspects juridiques du commerce électronique*, Parigi, Eyrolles, 1996 ; E. Montero, P. Amblard, *Régulation de l'Internet : l'élaboration des règles de conduite par le dialogue internormatif*, Bruxelles, CRID Bruylant, 2005 ; J-F. Lerouge, Y. Poulet, J. Reidenberg, *et al.*, *Variations sur le droit de la société de l'information*, Bruxelles, CRID Bruylant, 2003 ; S. Cavanillas Mugica, V. Gautrais, D. Gobert, *et al.*, *Commerce électronique : le temps des certitudes*, Bruxelles, CRID Bruylant, 2000 ; E. Montero, *Internet face au droit*, Bruxelles, CRID Bruylant, 1997 ; M. Demouline, E. Montero, *Commerce électronique : de la théorie à la pratique*, Bruxelles, CRID Bruylant, 2003, 131 ; J. Berleur, P. Duquenoy, D. Whitehouse (a cura di), *Ethics and the Governance of the Internet*, Luxembourg, IFIP, 1999, 38 ; A. Bensoussant, *Le commerce électronique : aspects juridiques*, Paris, Hermes, 1998.

In Gran Bretagna, B-J Koop, M. Lips, C. Prins, M. Schellekens (a cura di), *Starting points for ICT regulation. Deconstructing prevalent policy one-liners*, Information Technology & law series, T-M-C Asser Press, 2006, 247 ; J. Phillips, *Butterworths e-commerce and IT law*, Londra, Lexis-Nexis, 2004 ; H. Snijders and S. Weatherill (a cura di), *E-commerce law : national and transnational topics and perspectives*, The Hague, Kluwer Law International, 2003 ; L. Edwards and C. Waelde (a cura di), *Law and the Internet : a framework for electronic commerce*, Oxford : Hart, 2000 ; C. Reed, *Internet law : text and materials*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004 ; C. Edwards, N. Savage and I. Walden (a cura di), *Information technology and the law*, Basingstoke, Macmillan, 1990 ; M.-T. Michele Rennie, *Computer contracts handbook : precedents of contracts for the sale, purchase, support, distribution, and licence of computers and computer software*, London, Sweet & Maxwell, 1985.

¹⁷⁸ Si veda *infra* par. 1.2.2.2.

sollevate dall'utilizzo della tecnologia informatica risolvono le fattispecie problematiche riconducendole in via interpretativa nell'alveo degli schemi normativi preesistenti, limitandosi al massimo ad incoraggiare l'estensione o l'adeguamento della disciplina vigente, senza andare ad approfondire l'analisi dei nuovi attacchi verso gli interessi protetti degli utenti telematici, perdendo l'occasione di proporre adeguate forme di tutela¹⁷⁹. Infatti, l'approccio in questione non coglie che *“l'intreccio tra innovazione tecnologica, mutamento sociale e soluzioni giuridiche pone ogni giorno problemi di fronte ai quali spesso appaiono del tutto improponibili i vecchi criteri, le ricette conosciute. Molti hanno fretta invocano risposte definitive, e talvolta cercano di imporle. Ma la realtà non è soltanto mutevole e, come tale, sfugge continuamente agli schemi nei quali si vorrebbe costringerla: è pure straordinariamente ricca, e non può essere compresa con le vecchie categorie. Per questo occorrono analisi, ricognizioni puntuali delle nuove questioni, prima di correre verso soluzioni frettolose, e inefficienti”*¹⁸⁰⁻¹⁸¹.

Questo apprezzamento, tuttavia, non vuole sminuire il ruolo che tale analisi può svolgere nella valutazione degli effetti che le tecnologie dell'informazione e della

¹⁷⁹ Si veda G. Comandè, *Le sfide della regolazione giuridica*, cit., 109, laddove l'Autore utilizza la terminologia di “atteggiamento analogico”, per indicare i tentativi di regolamentazione della *new economy* (“*somiglia a ... e dunque si estendono i seguenti principi giuridici?*”). Una estremizzazione di questa prospettiva scettica nei confronti della tecnologia può essere sintetizzata attraverso la citazione di quanto affermato da F. Easterbrook: “*It is just like the law of the horse, so there's no need to reformulate legal theory*”, (*Cyberspace and the law of the horse*, in *University of Chicago Legal forum*, 1996, 207).

¹⁸⁰ S. Rodotà, *Tecnologie e diritti*, Bologna, Il Mulino, 1995, 9.

Si veda anche P. Samuelson, *A New Kind of Privacy? Regulating Uses of Personal Data in the Global Information Economy*, 87 Calif. L. Rev. 751(1999), laddove l'Autrice specifica le cinque sfide fondamentali per il giurista nella regolazione della Società dell'Informazione:

“1. *whether they can apply or adapt existing laws and policies to the regulation of Internet activities, or whether new laws or policies are needed to regulate Internet conduct;*

2. *how to formulate a reasonable and proportional response when new regulation is needed;*

3. *how to craft laws that will be flexible enough to adapt to rapidly changing circumstances;*

4. *how to preserve fundamental human values in the face of economic or technological pressures tending to undermine them;*

5. *how to coordinate with other nations in Internet law and policy making so that there is a consistent legal environment on a global basis”*.

¹⁸¹ Un esempio in questo senso è quello proposto dall'approccio adottato da alcuni autori nel quadro del diritto italiano della dottrina italiana circa due aspetti concernenti la contrattazione telematica, in particolare la definizione del tempo e del luogo della stipulazione del contratto. Infatti, numerose sono state le proposte interpretative dirette a ricercare una corrispondenza fra momenti e luoghi virtuali in cui il contratto si forma e le regole tradizionali di perfezionamento, senza però giungere ad un risultato soddisfacente (cfr. E. Tosi, *Il contratto virtuale*, cit., 7, in cui l'Autore cita anche la proposta di una ‘ora virtuale’ uguale per tutti gli utilizzatori a livello globale). Tuttavia, l'elemento caratteristico della dichiarazione informatica – vale a dire la conversione della comunicazione in una serie di impulsi, successivamente manipolati per permetterne il trasferimento, cui consegue una indeterminatezza dei luoghi effettivi di origine e di destinazione – non rappresenta in realtà un problema giuridico per la conclusione del contratto. Difatti, la “virtualità” del luogo e del momento di conclusione è sempre stata una caratteristica immanente e intrinseca del procedimento di formazione: le dichiarazioni negoziali hanno sempre avuto un contenuto altrettanto spirituale degli impulsi elettronici, la volontà, ed operano su un *quid* altrettanto immateriale, i diritti, che vengono trasferiti da tale volontà. Si veda R. Taricco, *Volontà e accordo nella contrattazione telematica*, cit., 232; N. Scannicchio, *La conclusione del contratto on-line nella direttiva europea sul commercio elettronico*, in A. Antonucci, *E-Commerce*, cit., 103 e ss.; K. Krycza, *Electronic contract and the harmonisation of Europe – An action required, a mission impossible?*, ERPL, 2005, 2, 155.

comunicazione hanno sulle regole giuridiche¹⁸². Piuttosto, si vuole evidenziare come appaia necessario non soltanto valutare e risolvere le nuove questioni generate dalla tecnologia ‘inforcando gli occhiali del diritto’, ma altresì, come accennato sopra, arricchire questo approccio *internalizzando* la stessa tecnologia all’interno del pensiero giuridico, riconoscendole un ruolo altrettanto importante nella definizione delle regole di comportamento della società civile. In ogni caso, a ciò deve essere legata anche una prospettiva dinamica, conscia del continuo processo di modificazione che accompagna l’innovazione tecnica¹⁸³.

Per comprendere meglio tale aspetto è utile quindi approfondire il rapporto che intercorre fra diritto e tecnologie in generale, valutando in quali casi ed a quali condizioni le innovazioni tecniche possano richiedere una più profonda riformulazione, non tanto degli obiettivi generali del diritto, quanto piuttosto delle regole giuridiche indirizzate a raggiungere tali obiettivi¹⁸⁴.

1. 2. 2. Il rapporto fra il diritto e la tecnologia

Come in precedenza accennato, l’evoluzione (e il conseguente diffondersi) delle tecnologie dell’informazione ha rappresentato la sfida continua che negli ultimi decenni si è posta al giurista. Tuttavia il dialogo fra diritto e tecnica, prima, e, successivamente, fra diritto e tecnologia non è nuovo all’interprete del diritto: proprio il secolo appena trascorso ha offerto numerosi esempi che dimostrano tale interazione. In ogni caso, però, tali esempi

¹⁸² Tale approccio, d’altra parte, è essenziale, per svincolarsi dall’entusiasmo e dall’eccessiva esaltazione del progresso che caratterizza la mera retorica dell’innovazione tecnologica. Si veda la chiara analisi fornita da N. Pavesi, *Società dell’informazione come modello sociale*, in N. Parisi e D. Rinoldi, *Profili di diritto europeo dell’informazione e della comunicazione*, Napoli, ES, 2004, 289, in cui l’Autrice afferma che “*almeno sino a pochi anni fa, l’aggettivo “nuova” andava letto come “migliore” e interpretato in termini di un futuro luminoso, stabile e sicuro grazie alle nuove tecnologie che avrebbero permesso una sempre migliore efficienza, una concorrenza tale che avrebbe portato all’aumento dei salari e alla diminuzione dei prezzi, ad una politica fiscale che avrebbe mantenuto l’inflazione a livelli accettabili*”. Nello stesso senso, J. Black, *What is regulatory innovation?*, in J. Black, M. Lodge, M. Thatcher, *Regulatory Innovation – A comparative analysis*, Cheltenham, Edward Elgar, 2005, 2, laddove retoricamente l’Autrice si domanda se “*are we [...] living in an age of hyper-innovation, which we may take more loosely to mean that regulatory regimes are in a permanent state of innovative flux, or is it rather an age in which there is simply a lot of hype about innovation?*”.

¹⁸³ Si tratta cioè di trasformare la tecnologia da mero oggetto della attività normativa a strumento che collabora con la disciplina giuridica per la realizzazione di un corretto svolgimento dei comportamenti dei consociati. In questo senso, N. Elkin Koren e E. N. Salzberg, *Law, Economics and cyberspace*, cit., 101; O. Godard, *Social decision-making under condition of scientific controversy, expertise and precautionary principle*, in C. Joerges, K.H. Ladeur, E. Vos (a cura di), *Integrating scientific expertise into regulatory decision-making*, Baden-Baden, Nomos, 1997, 43; G. Sartor, *Il diritto della rete globale*, cit., 70 e ss.

¹⁸⁴ G. Comandè, *Le sfide della regolazione giuridica*, cit., 109, “[o]gni innovazione tecnologica e/o organizzativa nel sistema di produzione e/o di distribuzione di beni e servizi, dettata o meno da profonde innovazioni tecnologiche, richiede adeguamenti della disciplina giuridica vuoi perché si tratta di fenomeni nuovi (o quasi), vuoi perché le dimensioni qualitative e/o quantitative del fenomeno impongono innovazioni nella giuridificazione delle regole”. Si vedano anche J. Dickie, *Producers and consumers in EU e-commerce law*, Oxford, Hart, 2005, 10; G. Pascuzzi, *Il diritto dell’era digitale. Tecnologie informatiche e regole privatistiche*, Bologna, il Mulino, 2003; G. Pascuzzi e R. Caso, *I diritti sulle opere digitali*, Padova, Cedam, 2002; M. Granieri, *Appunti in tema di “law & electronics”*, in *Rivista di diritto privato*, 2001, p. 263.

rendono palese la difficoltà che l'ordinamento giuridico ha incontrato nel regolare in modo efficiente i fenomeni di nuova emersione. Le ragioni di tale difficoltà discendono dal fatto che il diritto si trova in una continua condizione di ritardo (in termini di percezione e di comprensione dei fenomeni) rispetto agli sviluppi e alle trasformazioni che caratterizzano la realtà sociale. Questa complessità, però, non esime il diritto dal regolare i cambiamenti che hanno interessato la società, poiché, secondo le parole di Giorgio Oppo, “*mentre la scienza in sé, e cioè l'attività umana che si limita a perseguire e realizzare la conoscenza, opera su un piano che non interferisce con quello del diritto, in quanto essa è 'ordine del sapere', laddove il diritto è 'ordine dell'agire'; la scienza applicata, e dunque la tecnica, è ontologicamente destinata ad essere regolata dal diritto in quanto questa, nel suo incedere, modifica necessariamente i ritmi e i modi dell'agire*”¹⁸⁵.

Questo approccio aveva già sollevato un interessante dibattito fra un giurista, Natalino Irti, e un filosofo, Emanuele Severino, proprio sui temi del ‘dialogo fra diritto e tecnica’¹⁸⁶, nel quale si analizzavano le reciproche posizioni del diritto rispetto alla tecnica, verificando in particolare quale dei due concetti potesse essere asservito all'altro per il raggiungimento dei propri scopi. La posizione del filosofo riconosceva, alla luce del relativismo che caratterizza la filosofia contemporanea, come un percorso obbligato il superamento del diritto da parte della tecnica. Ciò dovrebbe intervenire anche in ragione del potenziamento esponenziale di quest'ultima, tale da proporla come potenza suprema dominante, in grado di respingere il diritto sostituendolo quale struttura di controllo del comportamento umano, giacché “[q]uando la filosofia contemporanea mostra l'impossibilità di ogni limite assoluto all'agire dell'uomo[...] allora la volontà in cui consiste l'agire tecnologico trova davanti a sé uno spazio senza ostacoli, dunque infinito; e di fronte a questo spazio senza resistenze assolute cade ogni remora della tecnica, che si configura pertanto come volontà di accrescere all'infinito la propria capacità di realizzare scopi”¹⁸⁷. Di fronte a tale posizione, il giurista si trova comunque nella necessità di affermare che “*non sarà più il diritto della 'verità', ma è pur sempre un diritto della 'volontà'; debole sì, ma teso ad orientare il capitalismo e la tecnica*”¹⁸⁸, poiché la stessa volontà di raggiungere scopi attraverso l'utilizzo di regole giuridiche si pone sempre come principio ordinatore rispetto alla materia regolata. La tecnica, infatti, si dimostra per sua natura indotta a non determinare alcuno scopo del proprio

¹⁸⁵ G. Oppo, *Scienza, diritto, vita umana*, Riv. dir. civ., 2002, I, 11.

¹⁸⁶ Tale è appunto il titolo nel quale è pubblicato lo scambio di vedute fra i due studiosi.

¹⁸⁷ N. Irti e E. Severino, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma, Laterza, 2001, 76. Si osservi che in un altro passaggio il filosofo giungeva ad affermare che “*come l'uomo abbandona la volontà di essere felice servendosi di Dio come mezzo, e si propone di fare la volontà di Dio, che si serve dell'uomo per celebrare la propria gloria; così l'uomo è destinato ad abbandonare l'illusione di servirsi della tecnica per essere felice, ed è destinato a fare la volontà della tecnica, che si serve, per la gloria della propria potenza, della vita e della felicità umane*”.

¹⁸⁸ Ibidem, 14.

progredire, e dunque appare incapace di orientare la condotta dei soggetti per “*separare la ragione dal torto*”¹⁸⁹.

Questo dibattito esorta a considerare il diritto e la tecnica, rispettivamente, come fine e mezzo. Tuttavia, ciò non esclude che il progredire della tecnica (ad oggi divenuta tecnologia¹⁹⁰) non possa indirettamente influenzare le regole del diritto: questo può verificarsi, per esempio, quando un’evoluzione tecnologica produca una trasformazione sulle relazioni fra i consociati tale da superare, o da rendere inefficiente, una norma giuridica che disciplinava appunto tale relazione¹⁹¹.

Per rendere più chiaro questo aspetto è possibile osservare quanto avvenuto in seno al diritto a seguito della rivoluzione industriale, e compararlo poi a quanto stiamo affrontando attualmente nei confronti della c.d. rivoluzione dell’informazione o informatica. In entrambi i casi, l’introduzione di nuove tecnologie ha avuto un forte impatto sui temi del diritto, non soltanto sugli aspetti che interessano le forme della produzione (di beni per la prima, di informazioni per la seconda), ma anche l’organizzazione sociale e politica degli individui nella società. Secondo un’autorevole fonte, l’impatto della “*rivoluzione industriale richiese una risposta articolata da parte del diritto, risposta che si allargò a centri concentrici, a partire dagli effetti diretti dell’industrialismo, fino alle conseguenze sociali più indirette da questo determinate. Nacquero nuovi settori del diritto, come il diritto del lavoro, il diritto della previdenza sociale, il diritto industriale, il diritto dell’ambiente. Alcuni settori del diritto, come il diritto commerciale furono direttamente modificati, dovendo accogliere al proprio interno le forme giuridiche proprie della produzione industriale*”¹⁹².

Quando poi analizziamo l’influenza che la rivoluzione dell’informazione ha prodotto sul diritto osserviamo che essa non soltanto impone al giurista un’analisi di nuovi fenomeni, che possono portare alla nascita di nuovi settori del diritto (come il diritto della tutela dei dati), o la modifica di alcuni settori del diritto (come il diritto industriale), ma incide anche in modo diretto sull’attività del giurista, che acquista nuovi strumenti di lavoro per l’elaborazione e la

¹⁸⁹ Ibidem, 19.

¹⁹⁰ “*La tecnica, pur nata come rimedio all’insufficienza biologica dell’uomo, e dunque come strumento essenziale alla sua sopravvivenza, si è evoluta con il passare dei millenni fino al punto di rendere erronea ogni classificazione che tenda a qualificare tale rapporto in termini di oggetto e soggetto. [...] La tecnica, da strumento a disposizione dell’uomo, è così diventata il suo ambiente; da mezzo per soddisfare le sue esigenze naturali, è diventata, per certi versi, prodotto e, per altri, fonte di sempre nuovi bisogni e problemi. È in queste circostanze che la tecnica, in senso tradizionale, ha ceduto la scena alle tecnologie*”, così in F. Di Ciommo, *Evoluzione tecnologica e regole di responsabilità civile*, cit., 16.

¹⁹¹ Si veda per esempio F. Serafini, *Il telegrafo in relazione alla giurisprudenza civile e commerciale*, 1862, (citato da F. Cardarelli e V. Zeno-Zencovich, *Il diritto delle telecomunicazioni – Principi, normativa, giurisprudenza*, Laterza, Roma-Bari, 1997, 3) in cui l’Autore cercava le ragioni della mancanza di regole giuridiche finalizzate a disciplinare i possibili usi dell’allora nuova tecnologia: il telegrafo. In particolare, l’Autore si soffermava sul fatto che, malgrado la diffusione del telegrafo in tutta Europa, “*non v’abbia paranco una legge che provegga alla soluzione dei casi di controversia che ne possono derivare [...] Che non v’abbia disposizione alcuna rispetto al modo di concludere i contratti per telegrafo, rispetto all’interpretazione dei medesimi, rispetto alla loro validità, rispetto alla fede giuridica dei dispacci, insomma per quelle ragioni tutte che il nuovo ritrovato fa nascere*”.

¹⁹² G. Sartor, *Informatica giuridica*, cit., 10.

comunicazione delle informazioni (l'esempio più immediato è dato dalla disponibilità di banche dati aggiornate in formato elettronico relative a legislazione e giurisprudenza che consentono una più facile e rapida consultazione), e può svolgere il proprio lavoro avvalendosi di questi stessi strumenti (la c.d. informatica del diritto¹⁹³).

Il giurista, dunque, si trova di fronte ad una realtà modificata dall'introduzione delle nuove tecnologie, capace di produrre interazioni sociali originali, e di rendere disponibili nuovi strumenti per operare nell'ambito del diritto. Tuttavia, ciò non comporta la completa dissoluzione delle esistenti nozioni giuridiche ma le pone in relazione ai nuovi scenari e nuove applicazioni. L'adattamento delle nozioni, quindi, dipende dalla capacità degli interpreti di afferrare non soltanto le analogie e le differenze più immediate dalla realtà conosciuta, ma altresì individuare le prospettive a lungo termine la regolazione può individuare nella cooperazione con la tecnologia.

1. 2. 2. 1. *La tecnologia come strumento alternativo di regolazione*

Nel momento in cui il giurista affronta la disciplina della tecnologia informatica, e specificamente la rete Internet, si accorge di una caratteristica peculiare di questo strumento di comunicazione: la possibilità di identificare nella tecnologia stessa una forma alternativa di regolazione, che disciplina implicitamente tutti i comportamenti tenuti dagli utenti nel momento in cui essi operano sulla rete.

Il primo studioso che ha delineato in modo organico tale prospettiva è stato Laurence Lessig, il quale ha differenziato quattro forme diverse di regolazione applicabili allo spazio virtuale: il diritto (ovvero le regole imposte mediante coercizione organizzata), le norme sociali (ovvero le regole adottate dai membri di una comunità), il mercato (che influenza il comportamento degli utenti attraverso l'attribuzione di prezzi ai beni e ai servizi disponibili su Internet), ed infine la c.d. architettura, definita come *code* oppure *architecture*¹⁹⁴ (ovvero la

¹⁹³ All'interno di questa terminologia sono contemplate le nuove modalità con le quali possono essere utilizzate e organizzate le fonti di cognizione del diritto (documentazione giuridica informatica); i sistemi informativi giuridici; gli strumenti per la redazione di documenti; le prove informatiche; l'apprendimento elettronico del diritto; i modelli informatici del diritto e del ragionamento giuridico; le determinazioni giuridiche; e la deontologia ed l'epistemologia, (G. Sartor, *Informatica giuridica*, cit., 13).

¹⁹⁴ L. Lessig, *Code version 2.0*, 2° ed., Basic books, 2006, 6.

In altra sede lo stesso Autore si esprime: “[t]he code, or the software and hardware that make cyberspace the way it is, constitutes a set of constraints on how one can behave. The substance of these constraints varies - cyberspace is not one place. But what distinguishes the architectural constraints from other constraints is how they are experienced. As with the constraints of architecture in real space - railroad tracks that divide neighbourhoods, bridges that block the access of buses, constitutional courts located miles from the seat of the government - they are experienced as conditions on one's access to areas of cyberspace. The conditions, however, are different. In some places, one must enter a password before one gains access; in other places, one can enter whether identified or not. In some places, the transactions that one engages in produce traces, or “mouse droppings”, that link the transactions back to the individual; in other places, this link is achieved only if the individual consents. In some places, one can elect to speak a language that only the

struttura secondo la quale è stato progettato lo stesso spazio virtuale). Questo approccio poggia sul seguente assunto: se lo spazio virtuale si basa, *rectius* si crea grazie, principalmente sulla strumentazione di *software* (l'insieme dei programmi che consentono il funzionamento di un elaboratore elettronico¹⁹⁵), e di *hardware* (l'insieme delle parti meccaniche, elettriche ed elettroniche di un elaboratore), allora impronta il proprio comportamento in conformità al codice tecnico contenuto in tali strumenti, che include determinati valori e garantisce determinate operazioni, tanto da precisare “*the terms on which life in cyberspace is lived, as crucially as the laws of nature set the terms on which life in real space is lived*”¹⁹⁶. Ciò significa, in pratica, che le c.d. regole virtuali¹⁹⁷ definiscono l'ambito del virtualmente possibile, stabilendo quali comandi, quali processi computazionali e, dunque, quali azioni possono essere portate a termine attraverso lo strumento utilizzato.

Tuttavia, una debolezza nello schema descritto da Lessig è l'interpretazione delle quattro forme di regolazione unicamente come tipologie di vincoli al comportamento dei consociati (utenti), laddove il diritto inibisce i comportamenti non accettabili attraverso la minaccia di una punizione, le norme sociali attraverso le sanzioni reputazionali, il mercato attraverso il prezzo, mentre l'architettura limita le azioni “possibili”. In realtà, un modello di regolazione si definisce tale se contempla nella sua struttura le tre funzioni fondamentali: produzione delle regole, controllo circa l'osservanza delle stesse regole e applicazione delle regole anche in caso di conflitti tra i soggetti sottoposti alla regolazione¹⁹⁸, laddove tali funzioni possono essere

recipient can understand (through encryption); in other places, encryption is not an option. Code sets these features; they are features selected by code writers; they constrain some behaviour (for example, electronic eavesdropping) by making other behaviour possible (encryption). They embed certain values, or they make the realisation of certain values impossible. In this sense, these features of cyberspace also regulate, just as architecture in real space regulates” (così in L. Lessig, *The law of the horse: What cyberlaw might teach*, in *Harvard Law Review* 113, 1999, 508).

¹⁹⁵ Si parla di “*software di base*” quando ci si riferisce al sistema operativo in uso da un computer, “*software di utilità*” quando ci si riferisce all'insieme di programmi che consentono di svolgere in maniera facilitata per l'utente le funzioni elementari di gestione del sistema (come la ricerca, la copiatura, la cancellazione, la stampa di dati ecc), “*software applicativo*” quando si riferisce all'insieme dei programmi che consentono a un sistema di elaborazione di dedicarsi a svolgere specifiche funzioni (ad es. videoscrittura, archiviazione, contabilità). Cfr. Dizionario Garzanti, voce *Software*, 2006.

¹⁹⁶ L. Lessig, *Architecting for Control*, Lecture given at the Institute for Human Sciences, Vienna, AS, 29 maggio 2000, 5. Questo fatto porta come corollario una considerazione: se Internet non può venire regolato, così come affermano i promotori della cyber-anarchia, ciò non deriva da una legge di natura, piuttosto tale effetto è causato dall'architettura di Internet in quanto applicazione del codice individuato dai suoi primi fondatori: “*This initial design disabled control. In particular, this initial design disabled two kinds of control. This initial design disabled control by governments — thereby creating a certain kind of liberty in the space. And this initial design disabled control by other actors, or competitors — thereby creating a certain kind of competition and innovation in cyberspace*”, (ibidem, 7).

¹⁹⁷ G. Sartor, *Il diritto della rete globale*, cit., 71. “*Sono regole virtuali tanto le operazioni effettuate da singole istruzioni di calcolo, quanto le funzioni effettuate da procedure informatiche complesse, quando i criteri astratti cui si tali procedure si conformano (standard e protocolli), quanto le proprietà e i metodi che caratterizzano oggetti informatici complessi. Le regole virtuali esprimono schemi di comportamento e proprietà di processi computazionali, e pertanto si distinguono dalle norme giuridiche e sociali (che regolano direttamente il comportamento umano)*”.

¹⁹⁸ F. Cafaggi, *La responsabilità dei regolatori privati. Un itinerario di ricerca tra mercati finanziari e servizi professionali*, in *Mercato Concorrenza e Regole*, 2006, n. 1, p. 5; e prima Id., *Gouvernance et responsabilité des régulateurs privés*, in *RIDE*, 109, 2004, p. 23; Id., *Reframing self-regulation*, Kluwer, 2006, 5.

svolte da soggetti pubblici e/o privati (includendo fra questi ultimi gli attori economici, le parti sociali, le organizzazioni non-governative, ecc.). Lo schema proposto da Lessig, dunque, ha il pregio di riconoscere una capacità di regolazione anche all'architettura tecnologica aggiungendola alle altre forme tradizionali, tuttavia qualifica queste forme di regolazione soltanto in funzione della fonte di produzione dei vincoli di comportamento. In tal senso appare preferibile la tassonomia individuata da Colin Scott e Andrew Murray che modifica tale terminologia adattandola – non più alla fonte ma – alle modalità di regolazione: sostituendo al diritto la gerarchia, alle norme sociali la comunità, ed al mercato la concorrenza¹⁹⁹.

Grazie a questo diverso approccio, è possibile distinguere le forme attraverso le quali le diverse funzioni ascrivibili ad ogni modello di regolazione sono realizzate. Ciò porta ad asserire che l'interazione fra le diverse forme di regolazione, ivi compresa l'architettura, deve essere riconosciuta e valutata in modo approfondito da parte del regolatore, in modo tale da selezionare la combinazione più efficace per raggiungere il risultato predefinito.

Per comprendere come l'interazione fra forme di regolazione possa verificarsi, è utile far riferimento ad un recente studio compiuto da Jonathan Zittrain. Questi ha appunto presentato una previsione, non rosea, delle future interazioni fra diritto e tecnologia, riconoscendo una propensione alla c.d. *appliancization* delle tecnologie informatiche a scapito della loro naturale *generativity*²⁰⁰. In altre parole, l'interconnessione fra i diversi computer attraverso la rete Internet che si basa sulla capacità di creare, di far circolare e di utilizzare qualsiasi programma software, è una capacità “naturale” (i.e. per sua primigenia formulazione) che può rappresentare allo stesso tempo un vantaggio e un rischio. Da un lato, la c.d. *generativity* ammette la possibilità di divulgare nuove applicazioni capaci di facilitare la

L'enumerazione è una generalizzazione delle tradizionali categorie individuate da Montesquieu come costitutive di un sistema giuridico, ovvero le funzioni di *pouvoir législatif*, *pouvoir juridictionnel* e *pouvoir exécutif* (C. de Secondat, Baron de Montesquieu, *L'esprit des lois*, 1° ed., 1748, 174), che nella attuale letteratura sul tema della regolazione sono qualificate secondo la terminologia anglofona di *rule-making*, *monitoring* e *enforcement* (A. Ogus, *Regulation, Legal form and economic theory*, Oxford, 2005; Id., *Rethinking Self-Regulation*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 15, 1995, p. 97; C. Parker and J. Braithwaite, *Regulation*, in P. Cane e M. Tushnet (a cura di), *The Oxford Handbook on Legal Studies*, OUP, 2003, p. 126; I. Ayres and J. Braithwaite, *Responsive regulation, transcending the deregulation debate*, OUP, 1992; F. Cafaggi, *Reframing self-regulation*, cit.

¹⁹⁹ C. Scott e A. Murray, *Controlling the new media: Hybrid responses to new forms of power*, MLR, 2002, 502.

Si veda anche la prospettiva, anteriore alla diffusione delle tecnologie informatiche, presentata da G. Teubner, *After legal instrumentalism? Strategic models of post-regulatory law*, in Id. (a cura di), *Dilemmas of law in a welfare state*, Berlino-New York, De Gruyter, 1988, 309, nel quale l'Autore utilizza piuttosto il concetto di *regulatory trilemma*, secondo il quale “either legal rules may fail to have an impact on social practice, or they may subvert the desirable social practice by impractical demands, or the law may lose the coherence of its own analytical framework by seeking to incorporate sociological and economic perspectives in its reasoning”.

²⁰⁰ J. Zittrain, *The generative Internet*, 119 *Harvard Law Review* 1974, 2006, che individua quali elementi caratterizzanti la rete Internet come “generativa” i seguenti: “1. capacity of leverage, 2. adaptability, 3. ease of mastery, 4. accessibility”.

comunicazione e la relazione fra gli utenti²⁰¹. Dall'altro lato, la stessa accessibilità facilita anche la diffusione di pacchetti di informazioni nocivi per i computer connessi alla rete²⁰².

Questo pericolo reale e costante ha provocato una domanda di una maggiore protezione da parte degli utenti telematici. La prima risposta è stata quella delle imprese produttrici di *software* e *hardware*, che hanno immesso sul mercato nuovi dispositivi elettronici (*appliance*) che vincolano la libertà dell'utente nell'utilizzare il dispositivo, ma ne rendono più sicuro l'utilizzo, poiché il dispositivo stesso non permette interferenze e/o intrusioni non autorizzate da parte di qualunque entità, non soltanto virus ma anche nuovi programmi software sviluppati e resi disponibili sulla rete²⁰³.

Ciò che interessa ai fini della presente analisi, non è né la veridicità né l'auspicabilità di tale previsione, piuttosto questo esempio permette di osservare un possibile modello di regolazione, nel quale si esclude ogni ipotesi di controllo gerarchico (attraverso la c.d. *hard law*) come risposta alle esigenze di sicurezza e protezione promosse dagli utenti, lasciando piuttosto all'interazione fra la concorrenza e le potenzialità della tecnologia la possibilità di giungere ad un adeguato livello di tutela²⁰⁴.

1. 2. 2. 2. Il modello di regolazione proposto dall'Unione europea

Concretamente, uno dei modelli di regolazione che ambiscono a disciplinare in modo uniforme i comportamenti degli utenti telematici (che giungono ad una maggiore diffusione ed applicazione) è quello europeo della Società dei Servizi dell'Informazione, c.d.

²⁰¹ Per esempio si veda il *software skype*, che utilizzando il sistema di *VoIP – voice over Internet protocol*, permette di comunicare telefonicamente utilizzando la stessa rete telematica, oppure *wikipedia* che consente la creazione di una enciclopedia virtuale basata sull'apporto libero e gratuito dei singoli utenti, ecc.

²⁰² Per es. si veda gli attacchi che ininterrottamente colpiscono le difese degli elaboratori elettronici, quali i *virus* diretti a distruggere in forma parziale o totale i contenuti informatici personali, oppure i c.d. *trojan horse* che si celano all'interno di altri programmi per poter essere installati ad insaputa dell'utente sul computer. Laddove, per virus in informatica si intende un frammento di *software*, appartenente alla categoria dei c.d. *malware*, che è in grado, una volta eseguito, di infettare dei file in modo da riprodursi facendo copie di sé stesso, generalmente senza farsi rilevare dall'utente. I virus possono essere o non essere direttamente dannosi per il sistema operativo che li ospita, ma anche nel caso migliore comportano un certo spreco di risorse in termini di RAM, e spazio sul disco fisso. Come regola generale si assume che un virus possa danneggiare direttamente solo il software della macchina che lo ospita, anche se esso può indirettamente provocare danni anche all'hardware. Mentre i *trojan* (o *trojan horse*) sono anch'essi *malware*, che devono il loro nome al fatto che le funzionalità sono nascoste all'interno di un programma apparentemente utile; è dunque l'utente stesso che installando ed eseguendo un certo programma, inconsapevolmente, installa ed esegue anche il codice *trojan* nascosto. Un *trojan* può contenere qualsiasi tipo di istruzione maligna, per esempio i *trojan* possono essere utilizzati per operazioni criminose, in particolare per inviare messaggi di *spam* e per rubare informazioni personali quali numeri di carte di credito e di altri documenti o anche solo indirizzi e-mail.

²⁰³ "The *appliancized PC* is one which will run only those programs designated by the entity who sold it. It may have all the leverage and adaptability of a regular PC, but its accessibility for further coding is strictly limited", J. Zittrain, *The generative Internet*, cit., 2014.

²⁰⁴ Numerosi altre combinazioni sono presentate dal C. Scott e A. Murray, *Controlling the new media: Hybrid responses to new forms of power*, cit., 506 e ss.

Information Society. Esso si rivolge ad una pluralità di utenti e di sistemi giuridici, nei confronti dei quali tenta di individuare un quadro normativo coerente ed omogeneo, che superi la visione “nazionale” del diritto e introduca principi e regole valide indipendentemente dal luogo nel quale i singoli utenti del mezzo si trovano²⁰⁵.

L’Unione Europea, infatti, ha riconosciuto l’ambito telematico come un interessante terreno di sfida già dai primi anni della diffusione delle nuove tecnologie informatiche²⁰⁶. Tuttavia, alla luce della lenta diffusione degli strumenti telematici, del basso livello di fiducia degli utenti nei confronti degli stessi mezzi, ed infine degli alti costi delle infrastrutture finalizzate alla connessione telematica²⁰⁷, l’approccio comunitario è stato piuttosto indirizzato ad un obiettivo di più ampio respiro. Ciò appare chiaramente già dalla terminologia impiegata: laddove si compari, per esempio, la preferenza delle istituzioni europee verso la definizione di *Information society*, rispetto a quella di c.d. *Information Superhighway*, verso la quale l’amministrazione statunitense indirizzava i propri interventi²⁰⁸.

In questo senso, emerge che l’Europa non ha promosso soltanto l’incremento delle infrastrutture tecniche per potenziare le capacità di trasmissione delle informazioni, per ottenere la più rapida diffusione delle tecnologie quale strumento per i contratti commerciali transnazionali. Piuttosto, essa riconosce come tali risorse devono essere indirizzate ad un uso ‘sociale’, ravvisandone le potenzialità quale mezzo di partecipazione dei cittadini europei alle scelte politiche dell’Unione, nonché la possibilità di fruirne al fine di una migliore diffusione della conoscenza promuovendo l’inclusione sociale, ed infine quale strumento dedicato alla protezione degli interessi fondamentali dei cittadini europei. Infatti, già nel 1994, la Comunicazione europea su “*La via europea alla società dell’informazione: un piano di*

²⁰⁵ Si veda *supra* testo e nota 175 circa l’applicazione delle regole di diritto internazionale privato.

²⁰⁶ La primissima indicazione in merito alla tutela degli utenti della società dell’informazione è giunta dal Consiglio Europeo del 1993, durante il quale era stata formulata la richiesta di approntare un’analisi della Società dell’Informazione quale settore di grande interesse per la crescita socio-economica comunitaria. Di questa inchiesta sarebbe stato incaricato un gruppo di esperti d’alto livello, sotto la responsabilità dell’ex vice-presidente della Commissione Europea Bangemann, il cui rapporto (presentato al Consiglio di Corfù nel 1994, con il titolo “*Europe and the global Information Society – Raccomandazione al Consiglio Europeo*”), enfatizzava una serie di deficienze nelle azioni europee esistenti nel settore oggetto d’analisi. Non solo nel testo si qualificava la necessità di configurare un quadro giuridico chiaro e stabile tale da permettere la liberalizzazione delle infrastrutture, eventualmente anche sotto il controllo di un’autorità comunitaria, ma i relatori ritenevano inderogabile raggiungere un elevato livello di coordinamento fra gli interventi della Comunità Europea in questo settore con quelli autonomamente predisposti dai singoli Stati Membri, in modo tale da costruire una struttura giuridica coerente ed affidabile che non presentasse alcun ostacolo per la circolazione delle informazioni in ragione delle differenti regolamentazioni nazionali.

²⁰⁷ G. Pearce e N. Platten, *Promoting the Information Society: the EU directive on Electronic Commerce*, in *ELJ*, 6, 2000, 364.

²⁰⁸ Il termine “*information superhighway*” è stato coniato da A. Gore già nel 1978, utilizzandolo come sinonimo di “*electronic highway*” e “*National Information Infrastructure*” (NII), diventando poi una delle priorità dell’amministrazione Clinton. Già nel 1993 la Casa Bianca descriveva il proprio progetto per la NII nei seguenti termini. “*a seamless web of communications networks, computers, databases, and consumer electronics that will put vast amounts of information at users’ fingertips. Development of the NII can help unleash an information revolution that will change forever the way people live, work, and interact with each other*”, (White House, *National Information Infrastructure Agenda for Action*, 15 sett. 1993).

azione”²⁰⁹ individuava fra le proprie linee guida sia “*Social and cultural aspects: a group of experts would be charged with assessing the impact of the information society in private, professional and public life for the purpose of advising the Commission on what measures to implement*” che “*Promotion of the information society: promotional actions would be planned, aimed at both the general public and at targeted groups with the aim of explaining the stakes of the information society, its opportunities and risks*”. Ciò è stato poi confermato anche nei piani d’azione rivolti alla creazione della c.d. *eEurope* del 1999²¹⁰, del 2002²¹¹ e recentemente del 2005²¹², nei quali convergevano le questioni relative alle nuove tecnologie dell’informazione e le sfide che la Società dell’Informazione doveva affrontare nell’ambito sociale. Le finalità di tali piani d’azione si rivolgevano da un lato, a portare i benefici della Società dell’Informazione alla portata di tutti i cittadini, dall’altro, a fare in modo che fossero gli stessi cittadini, i governi, e le imprese in generale a mantenere il ruolo guida nella possibilità di conformare secondo le loro esigenze questo settore; ed inoltre, a partecipare attivamente alla nuova economia basata sulle informazioni²¹³. Ciò appare particolarmente evidente nel piano d’azione più recente laddove appunto obiettivo principale è la promozione di un’economia digitale aperta e concorrenziale, enfatizzando il ruolo delle tecnologie dell’informazione quali *driver* per il miglioramento della qualità della vita e incremento della c.d. *social inclusion*²¹⁴.

Infatti, gli interventi del legislatore europeo si sono indirizzati sia ai profili di natura pubblicitaria di Internet, sia a quelli di natura privatistica. Nella prima classe, per esempio, sono inclusi le iniziative volte all’utilizzo delle infrastrutture telematiche per migliorare il

²⁰⁹ Comunicazione rivolta al Consiglio ed al Parlamento Europeo: “*La Via Europea alla Società dell’Informazione: un piano di azione*”, 19 luglio 1994, COM(94)347 final.

²¹⁰ Comunicazione della Commissione Commissione Europea, “*eEurope - Una Società dell’Informazione per tutti*”, 8 dicembre 1999, COM(99) 687 final.

²¹¹ Commissione Europea, “*eEurope 2005 - Una Società dell’Informazione per tutti, Piano d’azione*” (28 maggio 2002, COM(2002) 263 final), presentato all’interno del Consiglio Europeo di Siviglia, il 21 e 22 giugno 2002.

²¹² Nel 2005, dopo aver analizzato i risultati positivi ottenuti dal precedente piano d’Azione *eEurope* (Comunicazione della Commissione Europea, *Sfide per la Società dell’Informazione Europea oltre il 2005*, 19 novembre 2004, COM(2004) 757 final), la Commissione ha rilanciato un nuovo programma quinquennale rivolto ad un ambito ancor più ampio del precedente: *i2010 - A European Society for growth and employment*, 1 giugno 2005, COM(2005) 229 final.

²¹³ Nel primo intervento del 1999 gli obiettivi principali, infatti, erano i seguenti: (a) fare in modo che ciascun cittadino, ciascuna abitazione, scuola, impresa e amministrazione entri nell’era digitale e disponga di un collegamento on-line; (b) creare in Europa la padronanza degli strumenti dell’era digitale, con il sostegno di una cultura imprenditoriale pronta a finanziare e a sviluppare nuove idee; (c) garantire che l’intero processo non incrementi l’emarginazione, ma rafforzi la fiducia dei consumatori e potenzi la coesione sociale, (Comunicazione della Commissione Commissione Europea, “*eEurope - Una Società dell’Informazione per tutti*”, cit.)

²¹⁴ In particolare il Piano d’azione del 2005 concentra la propria attenzione su tre aspetti:

“*i) the completion of a Single European Information Space which promotes an open and competitive internal market for information society and media;*
ii) strengthening Innovation and Investment in ICT research to promote growth and more and better jobs;
iii) achieving an Inclusive European Information Society that promotes growth and jobs in a manner that is consistent with sustainable development and that prioritises better public services and quality of life”, (p. 4).

rapporto con le istituzioni politiche nazionali ed europee (*e-democracy*)²¹⁵; mentre nella seconda classe sono presenti i progetti diretti a facilitare lo sviluppo e la diffusione del commercio elettronico²¹⁶. Inoltre, devono essere citate anche le politiche comunitarie che operano negli ambiti dove aspetti di natura pubblica e privata interagiscono, quali per esempio la direttiva che disciplina la tutela della privacy nel settore delle comunicazioni elettroniche e quella che regola le modalità di utilizzo della firma elettronica.

Alla luce di questo quadro generale, l'analisi seguente preferirà fra i due principali punti di vista quello europeo finalizzato alla costituzione della c.d. Società dell'Informazione, individuando al suo interno le problematiche derivanti da un approccio armonizzante verso le regole applicate nei singoli Stati Membri, e riconoscendo di volta in volta le ragioni e le finalità di tutela che hanno portato ai diversi interventi giuridici.

²¹⁵ Numerosi sono gli studi e le ricerche nell'ambito pubblicistico, fra cui *e-governance*, *e-government*, *e-democracy* ed *e-participation*, che riguardano l'uso delle tecnologie dell'informazione rispettivamente nella direzione, la pianificazione e il controllo delle organizzazioni pubbliche e private, nella gestione degli enti pubblici e nello svolgimento delle loro funzioni, nel supporto alla comunicazione politica e al dibattito pubblico, e nella promozione della partecipazione dei cittadini alle scelte collettive, cfr. G. Sartor, *Informatica giuridica*, cit., 8.

²¹⁶ Soltanto nel 1997 l'intervento comunitario si è indirizzato verso il commercio elettronico con la Comunicazione della Commissione concernente "Un'iniziativa europea nel Commercio Elettronico" (16 Aprile 1997, COM(97)157). Il testo della comunicazione aveva delineato in modo relativamente preciso le principali linee guida del progetto, specificando ed adattando al campo più limitato del commercio elettronico le scelte già in precedenza enunciate per la Società dell'Informazione in senso lato. Le indicazioni partivano dal postulato secondo il quale l'adozione di strategie legislative divergenti da parte dei singoli stati Membri "non solo è inefficace, in relazione alla natura transfrontaliera del commercio elettronico, ma rischia allo stesso tempo di frammentare il mercato unico, frenando così lo sviluppo del commercio elettronico in Europa". Per questa ragione la Commissione ha ritenuto non fosse sufficiente la semplice dissuasione dall'intervento normativo nazionale ritenuto per sé stesso incompatibile, ma ha previsto una serie di punti programmatici da attuarsi a livello europeo quali garantire un quadro normativo favorevole al commercio elettronico basato sui principi del mercato unico, cui fosse legata una generale accessibilità all'infrastruttura, ad un costo sostenibile, con tecnologie affidabili e di facile uso, inoltre garantendo un ambiente commerciale favorevole, attraverso la promozione e la sensibilizzazione dei potenziali utenti (imprese e consumatori) delle potenzialità offerte dall'economia 'cibernetica', basato su un quadro normativo comunitario ed extra-comunitario coerente e compatibile. Questo problema si era, infatti, presentato in concomitanza con la promulgazione della disciplina italiana sulla firma digitale, la quale appunto aveva preceduto l'intervento di armonizzazione del legislatore comunitario. Ciò ha comportato ovviamente un conflitto fra le due normative, che si è risolto con l'immediato aggiornamento delle regole italiane in ragione di quanto previsto a livello europeo. Si veda su questo tema G. Finocchiaro, *Brevi note intorno alla proposta di direttiva sulla firma elettronica*, *Contratto e Impr.*, 1998, 813; E. Morelato, *Profili giuridici della firma elettronica nella direttiva comunitaria 1999/93/CE (raffrontata con il Modello di legge sulle firme elettroniche dell'UNCITRAL)*, *Contratto e impresa*, 2001, 441; O. Troiano, *La firma elettronica qualificata tra armonizzazione e legislazioni nazionali*, *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2004, 417; F. Sorrentino, *Firma digitale e firma elettronica: stato attuale e prospettive di riforma*, *Dir. dell'inf. e dell'informatica*, 2000, 533.

Capitolo 2.

L'informazione nel rapporto contrattuale

2. 1. Autonomia privata e autonomia contrattuale

Per poter cogliere pienamente quale è il ruolo dell'informazione all'interno del diritto contrattuale nella sua applicazione al settore telematico, è opportuno estendere l'ambito di osservazione comprendendovi non soltanto l'aspetto settoriale del contratto telematico, ma anche l'evolversi delle elaborazioni teoriche – e così pure della disciplina normativa e della prassi – concernenti il contratto, in particolare, per quanto attiene all'autonomia privata e ai limiti di questa. Infatti, sempre di più lo strumento dell'obbligo informativo viene utilizzato quale modalità principe nel bilanciamento fra il principio di libertà contrattuale, da un lato, e la necessità di tutela del contraente debole dall'altro¹.

La nozione di autonomia, in generale, è correlata strettamente con il problema della volontà: quest'ultima, secondo l'analisi risalente alla filosofia kantiana, può essere qualificata come autonoma, giacché si determina in virtù della propria essenza². In altre parole, l'autonomia può essere considerata come lo svolgimento tangibile dell'essenza stessa della

¹ “Ciò che stupisce è la sostanziale uniformità dei trend evolutivi nelle esperienze straniere di maggior riferimento, nei progetti di codificazione uniforme e nelle regole di commercio internazionale. Una uniformità che si risolve nel ripensamenti della stessa categoria logica e pratica del “contratto”, e nel dissolvimento del modello tradizionale del contratto”, così in G. Alpa e M. Adenas, *Fondamenti del diritto privato europeo*, in G. Iudica e P. Zatti (a cura di), *Trattato di Diritto Privato*, Giuffrè, Milano, 2005, 317; V. Roppo, *Il Contratto*, in G. Iudica e P. Zatti (a cura di), *Tratt. di Dir. Priv.*, cit., Milano, Giuffrè, 2001, passim; R. Brownsword, *Contract law – Themes for the Twenty-first century*, Oxford, OUP, 2° ed., 2006, 45; F. Volpe, *Giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, ESI, Napoli, 2004, 99; A. Gentili, *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, Riv. dir. priv., 2004, 560; G. Vettori, *Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità*, Riv. dir. priv., 2003, 243; P. Perlingieri, *Il diritto dei contratti fra persona e mercato – Problemi di diritto civile*, Napoli, 2003, passim; R. Alessi, *Diritto europeo dei contratti e regole dello scambio*, Europa e Diritto privato, 2000, 961.

² S. Pugliatti, voce *Autonomia privata*, Enc. dir., IV, 1959, 367. Sull'assente necessità di un'autorizzazione o un riconoscimento da parte di un dato ordinamento nei confronti dell'autonomia privata si veda anche L. Ferri, *L'autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 1959; P. Schlesinger, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in Giur. It., 1999, 229; V. Ranouil, *L'autonomie de la volonté: naissance et évolution d'un concept*, Parigi, PUF, 1980. *Contra*, E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, UTET, 1952, 47; e R. Scognamiglio, *Dei contratti in generale*, Art. 1321-1352, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, Zanichelli, 1970, 26.

volontà. Tale da differenziarsi per questo da qualsiasi entità che non la possieda, nel qual caso al vocabolo si accosta appunto la qualificazione di eteronoma. Nel momento in cui si affronta il concetto giuridico di autonomia ‘privata’, si investiga in modo specifico sulla capacità del singolo di conformare la propria sfera giuridica secondo la propria volontà, nonché anche in relazione ad altri soggetti o a collettività più o meno organizzate, ed infine nei confronti dello Stato. Un’autorevole fonte, infatti, si esprime definendo l’autonomia privata quale attività e potestà di darsi un ordinamento, vale a dire di dare un assetto ai propri rapporti e interessi, spiegata dallo stesso ente o soggetto cui questi spettano³; tale funzione ordinatrice, nell’ambito della società moderna, non è limitata a proteggere l’attuale distribuzione dei beni, ma assume il compito di renderne possibile il perenne rinnovamento, agevolando la circolazione dei beni e la cooperazione fra i consociati secondo i bisogni emergenti.

Alla luce di quest’ultima affermazione, appare comprensibile la contrapposizione fra il concetto di autonomia privata e quello di autonomia contrattuale, osservandosi come la differenziazione derivi da una distinzione fra *species* e *genus*. Infatti, la prima espressione si riferisce più in generale a tutti quei comportamenti umani costitutivi di situazioni giuridiche, tale da essere anche definita come “*potere di costruire fattispecie giuridiche, [il che] equivale in realtà al riconoscimento in capo ai soggetti privati di una posizione eccezionale, quasi corrispondente ad una prerogativa tipica del legislatore: quella di (contribuire a) determinare l’ambito giuridicamente rilevante*”⁴. Invece, la “*libertà (o autonomia) contrattuale (o, in più larga accezione negoziale) dipende concettualmente (e ne è la principale articolazione) dalla cosiddetta autonomia privata*”⁵, configurandosi come la capacità del singolo soggetto di regolare autonomamente i propri interessi attraverso uno specifico negozio giuridico: il contratto⁶.

³ E. Betti, voce *Autonomia privata*, Noviss. dig. it., I, 2, Torino, 1957, 1559.

⁴ P. Barcellona, *Diritto privato e società moderna*, Jovene, Napoli, 1996, 327. Nello stesso senso si vedano G.B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1966, 4; R. Sacco, *Autonomia nel diritto privato*, Dig. Disc. Priv. (Sez. civ.), I, 1987, 518; P. Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, ESI, Napoli, 1997, 335; G. Oppo, *Sui principi generali del diritto privato*, Riv. Dir. Civ., I, 1991, 475.

⁵ F. Messineo, *Il contratto in genere*, I, Tratt. Dir. Civ. e Comm., diretto da A. Cicu e F. Messineo, Giuffrè, Milano, 1973, 42.

⁶ Per una analisi più approfondita di questa differenza per quanto riguarda il diritto italiano, si veda G. Grisi, *L’autonomia privata – Disciplina dei contratti e disciplina costituzionale dell’economia*, Giuffrè, Milano, 1999, 9, e la ricca bibliografia ivi citata; per il diritto inglese si veda H. Collins, *The law of contract*, Lexis-Nexis, Londra, 4° ed., 2003, M.J. Trebilcock, *The limits of freedom of contract*, Harvard University Press, Cambridge, 1993; E. McKendrick, *Contract Law – Text, Cases and Materials*, Oxford, OUP, 2003; H. G. Beale, W. Bishop, e M. Furmston, *Contract: Cases and Materials*, 4° ed., Londra, Butterworths, 2001; per il diritto francese si veda M. Fabre-Magnan, *Les Obligations*, Presses Universitaires de France, Parigi, 2004, e J. Calais-Auloy e F. Steinmetz, *Droit de la consommation*, 6° ed., Précis, Dalloz, 2003; per la prospettiva comparatistica si veda K. Zweigert e H. Kötz, *Introduction to comparative law*, Clarendon Press, Oxford, 1998; H. Kötz e A. Flessner, *European Contract Law*, Clarendon Press, Oxford, 1997, e prima G. Gorla, *Il contratto – Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, Giuffrè, Milano, 1954.

Di conseguenza, la presente analisi concentrerà l'attenzione sul tema dell'autonomia contrattuale, poiché essa sarà fondamentale per comprendere come l'assetto previsto attraverso il contratto fra consumatore e professionista stipulato su Internet possa essere espressione del potere di entrambe le parti contrattuali di giungere al soddisfacimento dei propri interessi⁷.

2. 1. 1. L'evoluzione del concetto di autonomia contrattuale nel quadro del diritto

Per poter affermare che il rapporto contrattuale è libera espressione della autonomia dei singoli, questo deve essere basato sulla reciproca volontà e capacità delle parti di impegnarsi nel rapporto stesso, tale appunto da determinare l'assunzione di responsabilità per il proprio comportamento, e da indurre un legittimo affidamento nella controparte⁸.

Tale concetto può essere distinto in due manifestazioni pratiche, relativi l'una al momento statico e l'altra a quello dinamico: la libertà di contrarre, (la c.d. *freedom of contract*), nel senso di un'autonomia nella decisione sul *se* stipulare un contratto⁹ cui è connessa anche la libertà di scelta del contraente, la libertà di avvalersi dell'opera di terzi per la realizzazione dell'attività negoziale, ecc.¹⁰; e la libertà di determinare i contenuti dello stesso contratto (la c.d. *freedom to contract*), cui si collega la libertà di includere elementi accidentali, la libertà di

⁷ La presente analisi affronterà soltanto i temi dell'autonomia privata concernenti l'utilizzo del solo rapporto contrattuale bilaterale, escludendo dal proprio campo d'indagine gli atti negoziali non contrattuali, ovvero gli atti unilaterali e le donazioni. Per una più ampia analisi di questi temi si rimanda a V. Roppo, *Il contratto*, cit., 25.

⁸ Si veda D. Coester-Waltjen, *Constitutional Aspects of Party Autonomy and Its Limits – The Perspective of Law*, in S. Grundmann, W. Kerber, S. Weaetherhill (a cura di), *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, Berlin, Walter de Gruyter, 2001, 41; D. Kimel, *From Promise to contract – Towards a Liberal theory of contract*, Oxford, Hart, 2003, 117; N. Reich, *Understanding EU law*, Intersentia, Antwerp, 2006, 2° ed., 268; S. Patti, *I contratti del consumatore nel sistema del diritto civile*, in M. Paradiso (a cura di), *I mobili confini dell'autonomia privata*, Milano Giuffrè, 2005, 468; G. Gorla, *Il contratto*, cit., passim; G. Grisi, *Autonomia privata*, cit., passim; G. Amadio, *Nullità anomala e conformazione del contratto (note minime in tema di abuso dell'autonomia contrattuale)*, Riv. dir. priv., 2005, 285; A. Somma, *Il diritto privato liberista. A proposito di un recente contributo in tema di autonomia contrattuale*, Riv. trim. dir. e proc. civ., 2001, 263; A. Pace, *Costituzione Europea e autonomia contrattuale. Indicazioni e appunti*, Riv. dir. civ., 2006, 1; A. Riccio, *La clausola generale di buona fede è, dunque, un limite generale all'autonomia contrattuale*, Contr. e Impr., 1999, 21; G. Benedetti, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, Riv. trim. dir. e proc. civ., 1998, 17; B. Marucci, *Equilibrio contrattuale: un principio nella continuità*, Rass. Dir. civ., 2003, 213; G. Resta, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei Diritti)*, Intervento per il XV Colloquio biennale dell'AIDC su "I diritti fondamentali in Europa", Messina, 31 maggio-2 giugno 2001, Riv. dir. civ., 2002, 801.

Si veda anche D. Klesidis, *Report on the Symposium 'Information rights and Obligations – The Impact on Party Autonomy and Contractual Fairness' University of Munster, 21-22 November 2003*, in ERPL, 1, 2003, 133, dove l'Autore afferma, citando Reiner Schulze, (*BGB - HandKommentar*, Vorbemerkung §§ 241-853, Rn. 13, 3°ed., Nomos Verlag, Baden Baden, 2003) che il principio dell'autonomia contrattuale rappresenta infatti "*the leading principle of the all private law in all EU Member States*" per quanto non sia espresso così chiaramente in ognuno dei sistema giuridici.

⁹ In questo senso appare di non trascurabile importanza la relazione esistente fra autonomia contrattuale e la disponibilità di una serie di opzioni di scelta, tanto da costituire secondo alcuni la base di una parallela libertà *dal* contratto che giustifica l'intervento statale finalizzato ad escludere dal mercato le alternative che possano avere soltanto un effetto negativo nella sfera dell'utente. D. Kimel, *From promise to contract*, cit., 130; *contra* J. Raz, *The Morality of Freedom*, Clarendon press, Oxford, 1986.

¹⁰ G. Grisi, *L'autonomia privata*, cit., 21; N. Reich, *Understanding EU law – Objectives, Principles and Methods of Community Law*, Intersentia, Antwerp, 2003, 254.

concludere contratti atipici e la possibilità di rendere esecutivi i contratti legalmente stipulati¹¹.

In ogni caso, però, il potere di autoregolazione dei privati deve essere riconosciuto dal diritto per poter divenire parte del sistema generale. I requisiti da cui dipende il riconoscimento giuridico sono stabiliti sia attraverso la norma legislativa¹², sia attraverso il controllo *a posteriori* compiuto dall'organo giudicante¹³. In entrambi i casi, l'intervento prefigura, o riconduce, la definizione degli interessi privati, compiuta attraverso il contratto, alla conformità verso requisiti formali o sostanziali. In modo indiretto, tali requisiti permettono di indirizzare il regolamento contrattuale verso i valori fondamentali dell'ordinamento giuridico, qualificando la correttezza del negozio in vista di una funzione utile e socialmente rilevante¹⁴.

Ciò implica che sia il legislatore, sia il giudice hanno la possibilità di stabilire, *ex ante* ed *ex post*, delle limitazioni all'autonomia privata tali da permettere il bilanciamento degli interessi che nel caso concreto sono in gioco. Se il prodotto dell'autonomia privata, per

¹¹ S. Grundmann, W. Kerber e S. Weatherill, *Party Autonomy and the role of information – An Overview*, in S. Grundmann et alii, *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, cit., 20; per la dottrina italiana lo stesso P. Schlesinger, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, cit., 230, afferma che l'autonomia contrattuale in questo caso viene "rivisitata e intimamente trasformata attraverso il processo che assicura un enforcement alla 'volontà' delle parti, rendendo affidabili le rispettive promesse ed o reciproci affidamenti e costoso per l'obbligato l'eventuale scelta di un tentativo di sottrarsi all'adempimento"; V. Roppo, *Il contratto*, cit., 36; F. Volpe, *Giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, cit., 22, spec. nota 33. R. Brownsword, *Contract law*, cit., 36, sviluppa tale differenziazione asserendo che tali aspetti possono essere ascritti a due interpretazioni della stessa autonomia contrattuale, l'una in senso lato riferita alla c.d. "sanctity of contract", e l'altra in senso stretto riferita alla c.d. "term freedom" che enfatizza l'importanza di rispettare le scelte e le preferenze delle singole parti così come sono espresse in ragione delle proprie scelte contrattuali.

¹² Si veda per esempio per il diritto italiano l'art. 1376 c.c., e l'analogo precetto nel codice civile francese nell'art. 1134.

¹³ Si veda F. Gazzoni, *Equità e autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 1970, 189; P. Rescigno, *L'autonomia dei privati*, Justitia, 1967, 6 si esprime sottolineando che il diritto privato è essenzialmente contrassegnato dalla derogabilità delle regole di fonte legale o dal potere riconosciuto ai privati di confezionare essi stessi le regole, e ciò non fa che porre in luce "una limitazione che la legge pone a se stessa"; opinione conforme anche per N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari, 1998, 146, che appunto afferma "l'autonomia delle parti è, per così dire, strutturata, ossia inserita e chiusa tra le alte mura della legge". L. Raiser, *Il compito del diritto privato – Saggi di diritto privato e di diritto dell'economia di tre decenni*, (Trad. M. Graziadei), Giuffrè, Milano, 1990, 77, sottolinea che il contratto "consiste in un autoregolamento dettato dalle parti [dunque] esso manterrà comunque un carattere di autonomia, che impedirà di riassorbirlo completamente nell'ordinamento giuridico".

¹⁴ Per quanto attiene al diritto italiano, si osservi che una peculiare forma di controllo circa la genuinità dell'autonomia contrattuale era basata sul sindacato di esistenza e liceità della causa contrattuale. Questo elemento, infatti, individuando la c.d. "funzione economico-sociale" di ogni negozio stipulato dai soggetti di diritto, in quanto espressione della loro autonomia privata, rappresentava dunque un elemento sostanziale per verificare la congruità dello scambio negoziale. "Certo i limiti all'autonomia privata, come ogni limite che deriva dall'ordinamento giuridico, rispondono a criteri economico-sociali. Ma questo non nel senso che il privato attraverso i suoi atti si debba far portatore di fini ed interessi generali; bensì nel senso che i limiti particolari indicano quale sia la misura in cui un interesse privato può trovare tutela in un sistema ordinatore, quale appunto l'ordinamento giuridico, che è espressione di esigenze generali e che, anche tecnicamente si forma ed agisce secondo principi e categorie che hanno origine nell'esperienza storica, economica e sociale della realtà che è chiamata ad organizzare", G. B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., 178. Per quanto riguarda la disamina del concetto di causa in senso più generale si veda U. Breccia, *Causa*, in M. Bessone (a cura di), *Trattato di dir. priv.*, Vol. XIII, t. 3, Giappichelli, Torino, 1999, 3 e ss.; G.B. Ferri, *La formula "funzione sociale" dalle idee del positivismo giuridico alle scelte del legislatore del 1942*, Relazione al Seminario di Studi in onore di S. Rodotà, "Il diritto privato nella società moderna", Roma, 6-7 giugno 2003, pubblicato in AA.VV., *Il diritto privato nella società moderna*, Bari, Jovene, 2005.

quanto reale e tangibile, non risponde ai principi dell'ordinamento giuridico, oppure non conferma la piena e volontaria partecipazione delle parti al rapporto contrattuale stesso, può essere invalidato *ab origine*, completamente oppure soltanto in alcune sue parti. Su questo ragionamento si basano le norme presenti in ogni ordinamento giuridico che individuano le cause di annullamento del contratto. Gli strumenti tradizionali sono, da un lato, la conformità alle norme imperative ed ai principi di ordine pubblico e buon costume (al fine di determinare la legalità del contenuto dell'attività negoziale posta in essere), dall'altro lato, la disciplina specifica dei vizi del volere, quali l'errore, la violenza o la frode (che attengono al procedimento di formazione dell'accordo salvaguardando le parti in caso di una mancata o scorretta manifestazione della volontà negoziale)¹⁵.

Tuttavia, non è possibile affermare che questa concezione di autonomia contrattuale sia rimasta immutata nel corso del tempo, anzi numerosi sono gli studiosi che hanno evidenziato come tale concetto sia stato interpretato con maggiore o minore estensione in relazione ai valori che di volta in volta l'ordinamento si indirizzava a perseguire¹⁶. Nel momento di massimo "splendore" della teoria della volontà (*Willenstheorie*)¹⁷, in clima di

¹⁵ Si veda però anche A. M. Musy, *Il dovere di informazione – Saggio di diritto comparato*, Università degli studi di Trento, Trento, 1999, 220 dove l'Autore afferma, per quanto riguarda il diritto francese, che "[i]l principale scopo era quello di vegliare gli elementi essenziali del contratto. L'errore, il dolo e la violenza erano gli strumenti a disposizione degli interpreti per conservare l'integrità del consenso che era considerato il più importante degli elementi essenziali, ma un po' tutti gli istituti del diritto privato venivano orientati allo stesso modo: la lesione, per esempio, era considerata come se si dovesse presumere un vizio del consenso della parte che aveva acceduto alle conseguenze inique del contratto".

Si veda gli strumenti con analoghe finalità disponibili nel diritto inglese di *fraud, duress, implied terms, consideration* e *unconscionability*, più approfonditamente in K. Zweigert e H. Kötz, *Introduction to comparative law*, cit., passim; H. Kötz e A. Flessner, *European Contract Law*, cit., passim.

M. Träger, *Party Autonomy and Social Justice in Member States and EC Regulation – A Survey on Theory and Practice*, presentazione compiuta alla Conferenza Secola, Praga, 15 giugno 2005, dove l'Autrice compie una breve rassegna delle scelte compiute dai diversi sistemi giuridici in relazione al rapporto fra correttezza e autonomia contrattuale.

¹⁶ Si veda L. Raiser, *Il compito del diritto privato*, cit., 51, laddove l'Autore ricorda che "si riflette poco sul significato attuale della libertà contrattuale e si tende a considerare la sua funzione come immutabile, fissata una volta e sempre. In realtà essa, come ogni altra istituzione giuridica, ha la sua collocazione storica che si fonda su determinati presupposti ideologici e politico-sociali".

¹⁷ V. Roppo, *Il contratto*, cit., 36; B. Troisi, *Diritto civile lezioni*, 2° ed., Napoli, ESI, 1996, 195; E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Trattato Vassalli, XV, Tomo II, torino, Utet, 1960. Per la definizione del c.d. dogma della volontà si veda V. Scialoja, *Negozi giuridici – Corso di diritto romano*, Città di Castello, Unione Arti Grafiche, 1938, passim; G. Stolfi, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, Cedam, 1961.

Un rapido excursus storico permette di valutare la portata della teoria della volontà. Infatti, già intorno al Cinquecento con il proliferarsi di nuovi schemi negoziali atipici, la scienza giuridica era portata a riconoscere almeno in certi casi, efficacia vincolante all'incontro della volontà (ma alcuni autori negavano ancora valore obbligatorio ai patti nudi), ed in generale a non considerare indispensabili i requisiti formali nei rapporti sinallagmatici. Tuttavia, il principio del nudo consenso ha poi trovato piena e consapevole affermazione ed è stato accolto dalla scienza del diritto come direttiva etica, prima ancora di essere enunciato come canone tecnico-giuridico per la formazione e l'interpretazione del rapporto contrattuale. Soltanto le successive generalizzazioni lo hanno assunto a base di tutto il sistema contrattuale sino a diventare la matrice diretta del dogma della volontà, costituendo così il punto di incontro tra illuminismo e Scuola Storica sul quale i pandettisti costruirono la teoria del negozio.

Al momento in cui la scienza fa assurgere la volontà del privato come fondamento ed essenza del negozio, si comprende anche come la veste che il negozio assume debba essere relegata a rango di un mero accidentale strumento della volontà : questa ultima di per se stessa deve essere considerata come l'unico elemento importante

liberismo, il principio di autonomia contrattuale rappresentava il fulcro del contratto¹⁸. Da essa derivano poi una serie di enunciati e corollari, quali la vincolatività del contratto *inter partes*, con la conseguente indissolubilità del legame se non per mutuo consenso, la relatività degli effetti (c.d. *privity*), l'interpretazione come ricostruzione della volontà delle parti, l'esclusione di ogni ingerenza giudiziale nella determinazione del valore delle prestazioni, che viene fatto dipendere dalla valutazione soggettiva e sovrana delle parti (*caveat emptor*), con conseguente irrilevanza dello squilibrio contrattuale se non per particolari situazioni, e così via¹⁹. Progressivamente, però, tale teoria ha subito numerose critiche che, portando ad un dissolvimento del modello tradizionale del contratto²⁰, hanno modificato l'estensione del suo principio cardine asservendolo alle logiche del paternalismo²¹. Concretamente ciò ha significato proporre dei principi antitetici alla teoria tradizionale, quali la possibilità di dissolubilità del contratto *ad nutum*, la possibilità di collegamento negoziale prescindente l'espressa pattuizione, la legittimità dell'ingerenza del legislatore e del giudice nelle diverse fasi della negoziazione, ecc.²². Tuttavia, parte della dottrina è indotta a ritenere prossimo, se non già attuale, il ritorno dell'autonomia contrattuale, che ruota attorno ad una “*singolare commistione tra il recupero dei diritti della persona ed esaltazione del mercato come luogo nel quale essi possono realizzarsi e ricevere adeguata protezione*”²³, e ciò non soltanto nei settori giuridici in cui tradizionalmente viene esaltato il principio di autodeterminazione dell'individuo, ma anche

ed efficace del negozio e soltanto perché essa è un fatto interiore, invisibile, ha bisogno di un segno per il quale essa possa essere conosciuta dagli altri e, secondo Friedrich C. von Savigny, lo stesso si sostanzia nella dichiarazione, che ha il compito di manifestare la volontà. Tale concezione condusse a considerare la funzione della forma come strumento per la manifestazione dell'intero volere, con la conseguenza di individuare tutta la problematica del negozio ad una indagine essenzialmente patologica, la quale avrebbe finito non solo col minare l'esigua certezza dei rapporti giuridici tra privati, ma addirittura, al limite, avrebbe fatto dubitare della validità stessa della categoria del negozio. La scienza tedesca successiva a Savigny cercò in varia misura di reagire ai pericoli provocati da un'accettazione esasperata del dogma della volontà. Nascono così le teorie cosiddette “dichiarazioniste”, secondo cui la dichiarazione non è la mera relazione della volontà, in quanto questa sia considerata interno stato d'animo, ma essa stessa volontà attuale: di qui la deduzione così come un volere non manifestato sfornita di volontà, non può produrre effetti rilevanti per il diritto. Per la ricostruzione storica più approfondita si veda L. Bigliazzi Geri, U. Breccia, F.D. Busnelli, U. Natoli, *Diritto Civile 1, Fatti e atti giudici*, Torino, Utet, 1987, 460 e ss.

¹⁸ Storicamente questo momento coincide con l'affermarsi della moderna società borghese che libera gli individui dai precedenti vincoli di status e ceto: indipendentemente dalla nascita, ogni uomo, se è capace ed ha fortuna, può volontariamente e liberamente costruire la propria posizione nella società, nell'economia e nel diritto. Il contratto libero e volontario, dunque, rappresentava lo strumento per l'edificazione dei destini individuali, questo aspetto porta allora al conio della formula di H. S. Maine (*Diritto antico (1861)*, trad. it, Milano, Giuffrè, 1998, 129), che indica l'itinerario dalla vecchia alla nuova società: “*from status to contract*”.

¹⁹ A.M. Mancaloni, *I contratti con i consumatori tra diritto comunitario e diritto comune europeo*, Jovene, Napoli, 2005, 233.

²⁰ G. Alpa, *Contratto e common law*, Padova, Cedam, 1987, 6.

²¹ Per un'analisi più approfondita sul tema si veda R. Caterina, *Paternalismo e antipaternalismo nel diritto privato*, Riv. dir. civ., 6, 2005, II, 771.

²² B. Lurger, *The future of European Contract Law*, cit., 451; G. Alpa e M. Adenas, *Fondamenti del diritto private europeo*, cit., 327.

²³ A. Somma, *Autonomia privata*, Riv. dir. civ., 2000, 597, riferendosi ai lavori di N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, 65; e R. Alessi, *Luci ed ombre del nascente diritto europeo dei contratti*, in Ead. (a cura di), *Diritto europeo e autonomia contrattuale*, Palermo, 1999, 8.

l'ambito del diritto delle persone e della famiglia, e così pure nel diritto processuale civile e penale²⁴.

Alla luce di questo continuo divenire, appare forse abusata, ma sicuramente calzante, la metafora proposta da Paul Atiyah di “*swinging pendulum*”, utilizzata appunto per descrivere l'ampiezza dell'autonomia nel diritto contrattuale dei sistemi di *common law*²⁵. Secondo Atiyah, è possibile definire pendolare il movimento con il quale è affrontata l'autonomia negoziale, poiché essa è ciclicamente sottoposta ad interventi di tipo estensivo e successivamente di tipo paternalistico. Nel quadro del diritto inglese, ciò si è concretamente realizzato nel periodo della seconda metà dell'Ottocento²⁶ durante il quale l'autonomia negoziale riceveva massima estensione, cui seguiva un ventennio, che copre gli anni '70 e '80 del ventesimo secolo, durante il quale l'autonomia negoziale subiva più intense limitazioni. Proprio a proposito di quest'ultimo lasso di tempo, lo studioso giunge a definire il quadro giuridico come un processo nel quale “[f]reedom of choice was whittled down in many directions, government regulation replace free contract, [...] and paternalism once again was the order of the day”. Soltanto nella metà degli anni '80, si è poi aperto un momento nuovamente favorevole alla libertà contrattuale sotto la spinta del *thatcherismo*. Analoghe oscillazioni sono rinvenibili negli altri stati europei, per quanto in forme e tempi peculiari per ciascun sistema paese²⁷.

In termini più generali, possiamo affermare che sussiste un'ideale contrapposizione fra la c.d. *moderna* teoria del contratto e la c.d. teoria *classica* del contratto, databile al diciannovesimo secolo. Gli ideali fondamentali di quest'ultima erano rappresentati dall'eguaglianza (formale e non sostanziale), dalla giustizia distributiva (secondo la quale il contratto è interpretato come scambio nel quale ciascuna parte si impegna a cedere qualcosa, indipendentemente però da qualsiasi sindacato sull'eguaglianza delle prestazioni)²⁸, ed appunto dall'autonomia

²⁴ Più approfonditamente in A. Somma, *Autonomia privata*, cit., 603.

²⁵ P. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford, OUP, 1970, 681.

²⁶ Si veda anche H. Kötz e A. Flessner, *European Contract Law*, Clarendon Press, Oxford, 1997, 131, “*in the acquisitive bourgeois society founded of freedom of contract, establishment and competition it was an article of faith that people were sufficiently businesslike and judicious to look after themselves, and that any rule which allowed the judge to avoid a contract because of substantial inequality was paternalistic and prejudicial to legal certainty*”.

²⁷ Più approfonditamente anche in A. Di Majo, *Libertà contrattuale e dintorni*, in Riv. Crit. Dir. Priv., 1995, 8. Nei sistemi civilistici, in particolare in Italia e Germania, il percorso non è stato così netto, anzi la relazione fra contesto politico e culturale da un lato, e scelte di intervento dall'altro, hanno prodotto risultati talvolta inaspettati, per esempio nel caso del periodo fascista in Italia, durante il quale “*dietro alla facciata antiliberal, il fascismo si pose nel solco della stesa tradizione liberal-borghese, essendo evidente che esso non voleva né poteva intaccare o sovvertire quegli strumenti [...] che risultavano obiettivamente funzionali alle esigenze e agli interessi della classe capitalistica*”. Per una analisi più approfondita del percorso storico italiano si veda M. De Poli, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Cedam, Padova, 2002, 18 e ss. Contra G. Grisi, *L'autonomia privata*, cit., 59 e ss. Mentre, per un'analisi storica del ruolo dell'autonomia contrattuale nel diritto tedesco si veda L. Raiser, *Il compito del diritto privato*, cit., 85 e ss.

²⁸ Si veda P. Atiyah, *The rise and fall of freedom of contract*, cit., 403, “*The content of the contract, the terms and the price and the subject-matter are entirely for the parties to settle. It is assumed that the parties know their own minds, that they will calculate the risks and future contingencies that are relevant, and that all these enter into the bargain. It follows that unfairness of the bargain – gross inadequacy or excess of price – is irrelevant, and once made the contract is binding*”.

contrattuale²⁹. Precisamente quest'ultimo concetto permetteva di sintetizzare le accezioni di uguaglianza e di correttezza (*fairness*) precedenti affiancandovi la necessità di un livello adeguato di protezione da parte dello stato. Invece, il contenuto della moderna teoria del contratto si oppone alla precedente, sia sulla base degli studi gius-economici – che hanno presentato in modo più chiaro gli elementi negativi e positivi della logica liberistica applicata al contratto – sia sulla base delle istanze di utilità sociale che sono state progressivamente ascritte al contratto stesso.

2. 1. 1. 1. L'apporto dell'analisi economica del diritto

Gli studi compiuti dalla c.d. analisi economica del diritto hanno fatto emergere un ulteriore fattore dato dall'ambiente socio-economico nel quale si svolgono le contrattazioni, in altre parole si riconosce in modo pregnante l'importanza ricoperta dal mercato³⁰. Infatti, si

²⁹ H. Collins, *The Law of contract*, cit., 22 ss; R. Brownsword, *Contract law*, cit., 34; S. Grundmann, *European Contract Law(s) of what color?*, ERCL, 2005, 2, 194; B. Lurger, *The future of european contract law between freedom of contract, social justice, and market rationality*, ERCL, 2005, 4, 447; C. Schmid, *The instrumentalist Conception of the Acquis Communautaire in Consumer law and its implications on a European Contract law code*, ERCL, 2005, 2, 213, che riconosce le origini di questi tre concetti nella filosofia illuminista per quanto riguarda i principi di libertà (autonomia) e uguaglianza, e nella dottrina aristotelica per quanto riguarda il concetto di giustizia.

Si veda anche L. Raiser, *Il compito del diritto privato*, cit., 55, “bisogna riconoscere che una così ampia autonomia privata sarebbe stata inconcepibile senza la presenza del sistema sociale e della concezione dell'uomo maturata in Europa nel diciassettesimo e nel diciottesimo secolo. Nell'epoca in cui dominava la concezione del diritto naturale, secolarizzato e razionale, basato su una idea di uomo che agisce secondo ragione, l'unione volontaria dell'individuo con un suo pari realizzata per mezzo del contratto fu collocata al centro della riflessione sociale e giuridica. [...] oggi il modello di personalità libera ed autorevole elaborato dalla filosofia ottocentesca e adottato dalla dottrina giuridica di quell'epoca non può più essere accettato in modo acritico. Affermare la propria persona e valutare le conseguenze delle proprie azioni per poterne rispondere è diventato un compito estremamente complesso. Così il cittadino, che dipende ormai da poteri anonimi, non si rivolge più contro lo stato, ma invoca il suo aiuto. Adesso si pretende dallo stato il lavoro, il pane ed il benessere crescente: si vuole che esso si prenda cura dei soggetti economicamente più deboli”.

³⁰ Questo non significa che il mercato non aveva interessato in alcun modo la dottrina giuridica, piuttosto l'analisi economica del diritto ha affrontato il ruolo che il mercato svolge anche nel diritto secondo una nuova prospettiva integrando le nozioni dell'analisi economica neoclassica e della microeconomia. Il particolare, per quanto riguarda la letteratura italiana che valorizza il contesto economico e sociale nel quale viene a prodursi il contratto, si veda N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., 1998, 12, in cui l'Autore afferma “[l]a decisione legislativa circa la capacità dei soggetti e la commerciabilità dei beni e le modalità dell'accordo e i diritti e obblighi delle parti, esprimendosi in un insieme di regole, dà forma alla relazione di scambio del mercato tolto in esame. Quella relazione non è un'entità a-storica e a-giuridica, non preesiste al diritto, ma esiste soltanto nel suo proprio statuto, nel suo prender forma da certe regole, a non da altre [...]. Il mercato è la legge che lo governa e costituisce; e prende forma dalla decisione politica e dalle scelte normative”. Id. *Persona e mercato*, in Riv. dir. Civ., 1995, I, 293 e ss.; D. Messinetti, Voce *Abuso del diritto*, in *Enc. dir. (Aggiornamenti)*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1998, 13; R. Franceschelli, *Il mercato in senso giuridico*, in *Giur. comm.*, 1979, 501; C. Motti, *Il mercato come organizzazione*, in *Banca Impresa Società*, 1991, 455; S. Cassese, *La difficile introduzione della concorrenza*, in Banca d'Italia, Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale, *Per un diritto della concorrenza in Italia*, Atti del convegno, Perugia, giugno 1996, n. 43, dicembre 1996, 321; G.B. Ferri, *La “cultura” del contratto e le strutture del mercato*, in N. Lipari (a cura di), *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, ESI, Napoli, 1998, 155. Contra, L. Ammannati, *Diritto e mercato – una rilettura delle loro attuali relazioni alla luce della nozione di ‘transaction’ di Commons*, Quaderni Simple, Università di Siena, 01/2003, 3; e A. M. Musy, *Il dovere di informazione*, cit., 213 e ss, che afferma che le forme di cooperazione fra le discipline sociali diverse dal diritto non sono mai state apprezzate nel contesto continentale, ed in particolare nei sistemi giuridici francesi e italiani, nei quali le critiche sono sempre state interne piuttosto che esterne, si veda E. Mackaay, *Le juriste a t-il le droit d'ignorer l'économiste?*, Revue de la recherche juridique, Droit prospectif: *L'analyse économique du droit*, 2 colloques, Aix-en-Provence, 1986; D. Tallon e D. Harris, *Le contrat*

riconosce al mercato una capacità di modificare e alterare i singoli negozi giuridici, non in quanto realtà esterna agli scambi, “dotata di spontaneità, di autopoiesi, e di ineluttabilità”³¹, ma appunto come elemento che, alla pari del contratto, è sottoposto alle stesse regole giuridiche³². In altre parole, si è progressivamente affermata l’idea che le regole del mercato e le regole del diritto non possono essere considerate alla stregua di fonti parallele, la cui interazione si situa nel momento della stipulazione del contratto; piuttosto, sono le stesse regole giuridiche che governano e costituiscono il mercato, integrando al loro interno le istanze economiche attraverso interventi più o meno pervasivi e rilevanti³³.

Il contributo offerto dall’analisi economica del diritto è il riconoscimento della natura economica di ogni negozio giuridico concluso dai singoli individui. Ogni operazione economica ha la vocazione di giungere al miglioramento delle condizioni dei contraenti, e questo fatto può rappresentare altresì uno strumento fondamentale per il raggiungimento dell’efficienza nel quadro più generale del mercato economico³⁴. L’efficienza è un concetto che può assumere diverse sfumature, poiché dipende dall’allocazione delle risorse all’interno del mercato. Infatti, possiamo definire il c.d. efficienza paretiana che viene riscontrata nel caso in cui il miglioramento della posizione economica di un soggetto può ottenersi solo con il peggioramento della posizione di un altro, oppure possiamo qualificare diversamente l’efficienza c.d. di Kaldor-Hicks che si basa sul seguente interrogativo: è possibile che una decisione collettiva possa generare sufficienti vantaggi per i beneficiari di tale decisione, tali da compensare, ipoteticamente, coloro che saranno svantaggiati dalla stessa decisione? Per dare una risposta affermativa, l’analisi deve valutare i costi ed i benefici di ogni decisione

aujourd’hui: comparaisons franco-anglaises, Bibliothèque de droit, LGDJ, 1987, 418; M. Fabre-Magnan, *De l’obligation d’informaton dans les contrats– Essai d’une théorie*, Bibliothèque de droit, LGDJ, 1992, 50 e ss.

³¹ G. Alpa e M. Adenas, *Fondamenti di diritto private europeo*, cit., 540. Si veda anche R. Posner, *Economic Analysis of Law*, 4° Ed., Boston, Little, Brown and Company, 1986, 41, laddove l’autorevole studioso dell’analisi economica del diritto affermava come il mercato costituisca una porzione della realtà immune da regole giuridiche, le quali, peraltro, in caso di necessaria interazione non devono alterare il libero svolgimento del mercato, ma anzi dovrebbero adattarsi ad esso senza provocare alterazioni e scompensi.

³² Si veda anche M. Barcellona, *Diritto, sistema e senso – Lineamenti di una teoria*, Torino, Giappichelli, 1966, 359, laddove l’Autore tratteggia il mercato come “un risultato e una misura: per un verso è l’esito delle singole contrattazioni (non c’è mercato senza scambi, e quindi senza contratti), per un altro verso è anche la misura delle singole contrattazioni (ogni trattativa si intraprende sulla base delle condizioni di mercato)”.

³³ A conferma di ciò si veda le argomentazioni fornite da G. Grisi, *L’autonomia privata*, cit., 103, laddove attraverso il richiamo di autorevoli fonti, l’Autore chiarisce il fatto che per quanto un mercato, come luogo di incontro di soggetti disposti a scambiare beni economici, sia presente in tutti i sistemi economici storicamente esistiti, è altrettanto certo che “un mercato libero da regole giuridiche, che non rechi impresso il marchio di scelte politiche ordinanti, non esiste”, giacché la stessa scelta dello Stato di non intervenire nella direzione degli affari economici rappresenta una pretesa politica.

³⁴ Si veda in questo senso U. Mattei e F. Cafaggi, Voce “Comparative Law and Economics”, *The New Palgrave Dictionary of Economics and The Law*, Londra, McMillian, 1998, 347, dove gli Autori affermano che “[t]he procedure to evaluate efficiency of legal rules changes and the outcomes may differ when the relevant variables become context-dependent. The same legal rule may be efficient or inefficient depending on the institutional background it refers to; conversely, different legal rules may all turn out to be efficient when located in different institutional frameworks”. Si veda anche R. Cooter, U. Mattei, P.G. Monasteri, R. Padoleski, T. Ulen, *Il mercato delle regole – Analisi economica del diritto civile*, Il Mulino, Bologna, 1999, 222.

economica sull'intera collettività andando ad individuare l'intero insieme di comportamenti contrattuali, o di tipologie di contratti, che possono subire gli effetti della decisione collettiva³⁵. In entrambi i casi, ciò che l'analisi economica ha dimostrato è il fatto che l'efficienza dello scambio è un obiettivo perseguibile e raggiungibile anche partendo da allocazioni iniziali delle risorse diversificate. Tuttavia, una *conditio sine qua non* è la concorrenzialità del mercato³⁶, nel quale appunto devono presentarsi le seguenti condizioni: omogeneità di prodotto, presenza di venditori e acquirenti, perfetta distribuzione dell'informazione, e perfetta divisibilità dei fattori di produzione. Se tali condizioni non si realizzano, il mercato non può raggiungere autonomamente l'efficienza, qualificandosi un fallimento del mercato.

Secondo questo approccio, gli attori economici sono reputati in grado di riconoscere autonomamente la migliore allocazione delle proprie risorse disponibili attraverso lo strumento del contratto. Dunque, per giungere a tale risultato è necessario difendere l'autonomia contrattuale, salvaguardando la libertà di esercitare le proprie scelte da parte di ciascun soggetto, ciò implica anche assicurare la certezza delle operazioni e degli investimenti, e la saldezza degli accordi impedendo che possano essere alterati da un intervento del legislatore oppure del giudice. Tuttavia, questo principio può essere disatteso, in via eccezionale, qualora il contesto socio-economico non consenta il naturale esplicarsi della libertà contrattuale, (nonché nei casi in cui si presentino delle violazioni dell'ordine costituito oppure della morale pubblica³⁷), in questa ipotesi la legittimità degli interventi di controllo sulla vicenda contrattuale è giustificata anche dalla dottrina gius-economica³⁸.

2. 1. 2. Giustizia sociale e autonomia privata

A seguito del diffondersi della precedente analisi, si sono fatte strada nella dottrina giuridica contemporanea numerose critiche verso l'interpretazione classica del contratto e

³⁵ M.J. Trebilcock, *The limits of freedom of contract*, cit., 7, e 19 dove viene presentata una delle numerose critiche nei confronti di tali concetti.

³⁶ Questa e la precedente affermazione rappresentano i due teoremi fondamentali dell'economia del benessere che sono stati sviluppati dal pensiero economico neoclassico, ed hanno stabilito le basi per il successivo sviluppo dell'analisi economica del diritto. Si veda più ampiamente, R. Pardolesi, *Analisi economica del diritto*, in Dig. disc. Priv., Sez. civ., I, Torino, Utet, 1987, 309; R.A. Posner, *Economic Analysis of Law*, cit. Si veda anche M.J. Trebilcock, *The limits of freedom of contract*, cit., 102, nel quale l'Autore ripete quale massima di riferimento per la valutazione dell'efficienza del contratto una frase di M. Friedman: "*The possibility of coordination through voluntary cooperation rests on the elementary – yet frequently denied – proposition that both parties to an economic transaction benefit from it, provided the transaction is bilaterally voluntary and informed*", (tratta da M. Friedman, *Capitalism and freedom*, Chicago, Chicago University Press, 1966, 13).

³⁷ V. Roppo, *Il contratto*, cit., 46.

³⁸ Secondo G. Alpa, *I principi generali*, in G. Iudica e P. Zatti, *Tratt. Di dir. priv.*, cit., 1993, 323, non può presumersi la corretta espressione della libertà contrattuale in assenza di controlli, e successivamente in *Libertà contrattuale e tutela costituzionale*, Riv. Crit. Dir. Priv., 1995, 33, l'Autore ribadisce la necessità di sottoporre la libertà di contrarre a rigidi controlli per salvaguardarne l'utilità sociale e la libertà altrui. Nella stessa prospettiva, P. Perlingieri, *Nuovi profili del contratto*, in Id., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, cit., 423.

quindi della sovranità dell'autonomia contrattuale, secondo la quale, soltanto l'agire spontaneo sarebbe capace di fondare forme di convivenza pacifiche, mentre l'ipotesi opposta dell'agire eterodiretto conduce inevitabilmente al risultato opposto. In altre parole, soltanto lo svolgersi del libero mercato, in quanto risultato di un lungo processo culturale, consentirebbe di soddisfare le aspettative soggettive, e ciò indipendentemente dalla decisione e dal controllo del potere politico³⁹. La nuova interpretazione⁴⁰ che si propone verso la fine del ventesimo secolo, invece, si muove dall'originaria libertà di stipulare negozi come privilegio assoluto, ad una forma che riconosce tale potestà nei limiti di un esercizio finalizzato all'utilità sociale. Parallelamente, si propone un concetto di mercato che non rappresenta l'unica fonte di soddisfacimento dei propri interessi, quanto piuttosto come una delle alternative che possono contribuire al raggiungimento del completo benessere del singolo soggetto⁴¹.

In questa prospettiva, acquistano rilevanza aspetti ulteriori che contraddistinguono lo scambio, fra cui il principale è la presenza di uno squilibrio contrattuale fra le posizioni dei contraenti⁴². Tale disparità di potere contrattuale si manifesta, per esempio, in relazione ad un

³⁹ Complessivamente scettici verso il pieno realizzarsi di una autonomia contrattuale si mostrano G. Alpa, *I principi generali*, in *Trattato di dir. priv.* diretto da G. Iudica e P. Zatti, Milano, Giuffrè, 1993, 323, il quale sottolinea il carattere utopico del concetto in questione e ribadisce la necessità di sottoporre la libertà di contrarre, come ogni altra libertà, ai rigidi controlli tesi ad evitare che un incondizionato esercizio dell'autonomia privata possa pregiudicare l'utilità sociale e la libertà altrui. Nella stessa prospettiva anche P. Perlingieri, *Nuovi profili del contratto*, in Id., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato – Problemi di diritto civile*, Napoli, ESI, 2003, 423; M. Pennasilico, *Controllo e conservazione degli effetti*, in R. Di Raimo (a cura di), *Interesse e poteri di controllo nei rapporti di diritto civile*, Atti del convegno di Gallipoli, 9-10 maggio 2003, Napoli, ESI, 2004, il quale, con riguardo al potere di controllo "privatistico", reputa opportuno esprimersi piuttosto che con la terminologia di limite o vincolo, con quella di *ulteriore estrinsecazione* e – non di restrizione, ma – di *potenziamento* dell'autonomia privata stessa. Infine A. Somma, *Giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, in Riv. dir. civ., 2004, 79, in sede appunto di critica alle tesi propuginate dal liberalismo e all'esaltazione dell'economia del mercato.

⁴⁰ Si tenga presente che già nel 1952, F. Kessler enfatizzava il carattere ambiguo del diritto privato, giacché esso da un lato garantisce che le parti possano contrattare liberamente il contenuto del contratto, attribuendo forza di legge al momento della conclusione degli stessi, dall'altro, esso limita questa libertà definendo quali contratti possano debbano essere rispettati. Questa doppia struttura dell'autonomia può essere meglio identificata basandosi sul principio di efficienza (*economic rationality*) da un lato, e di giustizia distributiva (*social rationality*) dall'altro. Si veda F. Kessler, *Freiheit und Zwang in nordamerikanischen Vertragsrecht*, citato e tradotto in J. Smits, *Toward a Multi-layered contract law for Europe*, in S. Grundmann e J. Stuyck (a cura di), *An Academic Green Paper on European Contract Law*, Kluwer, The Hague, 2002, 391.

⁴¹ H. Collins, *The Law of contract*, cit., 28 ss.

Inoltre, è necessario tenere presente la diversa interpretazione fornita da Stefan Grundmann (S. Grundmann, *European contract law(s) of what colour?*, cit., 195), che ridimensiona l'opinione secondo la quale ci si avvia verso la dissoluzione dell'autonomia privata a favore del principio di tutela del soggetto debole del rapporto, e ciò sulla base di due riflessioni: la prima sull'applicazione del principio di sussidiarietà il quale riconosce la possibilità di legiferare su un determinato aspetto della società solo nel caso in cui ciò tale compito possa essere portato correttamente a termine senza portare conseguenze sfavorevoli verso parte della collettività, di conseguenza il legislatore è tenuto a verificare la regola di diritto che riconosce alle parti la propria autonomia di decisione, e solo nel caso in cui l'obiettivo peculiare della norma non venga raggiunto, può intromettersi e intervenire sulla capacità di autodeterminazione delle parti. L'altra considerazione si rivolge alla reale capacità del legislatore di riconoscere ed includere nelle proprie scelte di regolazione la complessità delle preferenze dei singoli soggetti, in questo senso, infatti, la scelta di differenziare la disciplina permette di fornire un migliore bilanciamento degli interessi contrapposti.

⁴² Nell'ipotesi di una disparità di potere contrattuale, infatti, deve essere rivisto uno dei principali assunti liberali circa la completa neutralità dell'intervento statale nei confronti dell'autonomia privata. Ciò può essere più chiaro attraverso un esempio pratico (tratto da A. Montefiore (a cura di), *Neutrality and Impartiality – The University*

diverso livello di esperienza nel mercato, oppure in relazione ad una diversa conoscenza dell'oggetto del contratto, o ancora in relazione ad un reale abuso della propria posizione da parte di un contraente⁴³. Queste considerazioni sono state la giustificazione della disciplina speciale di tutela nei confronti di soggetti quali i lavoratori, i locatari, gli acquirenti ed i consumatori riconoscendo loro una condizione di debolezza contrattuale nei confronti delle rispettive controparti⁴⁴.

Un'altra caratteristica del rapporto contrattuale che ha progressivamente acquistato maggiore peso è quella della correttezza dello scambio, che si presenta come parametro di valutazione della armonica distribuzione degli interessi e quindi del comportamento dei contraenti⁴⁵. A questo aspetto si collega la necessità di incoraggiare la cooperazione fra gli attori del mercato in tutte le fasi del contratto, dalla formazione all'esecuzione dello stesso. In questo modo il dovere di reciproca collaborazione delle parti rappresenta un criterio 'uniforme', che si applica anche nell'attività di redazione del futuro negozio permettendo di integrare i legittimi interessi di entrambe le parti in modo equilibrato⁴⁶.

and political commitment, Londra, CUP, 1975, 7), un genitore dichiarando la propria neutralità davanti ad un diverbio fra due bambini porta a comprendere come questa decisione permetterà al più forte dei due bambini di prevalere. Analogamente, la scelta di intervenire o non intervenire in caso di disparità di potere contrattuale comporta la scelta fra non aiutare o ostacolare l'uno o l'altro dei contraenti, questa decisione deve quindi essere correttamente valutata tenendo conto delle caratteristiche specifiche della condizione di disparità, quali il livello di squilibrio, la sua fonte e la sua legittimità e ovviamente il tipo di conflitto fra le parti. Più approfonditamente in D. Kimel, *From Promise to Contract*, cit., 122 e ss.

⁴³ Per una disamina chiara ed obiettiva delle ipotesi che possono configurare un'ipotesi di "inequality of bargaining power" si veda R. Brownsword, *Contract law*, cit., 63 e ss.; S. N. Thal, *The inequality of bargaining power doctrine: the problem of defining contractual fairness*, OJLS, 1988, 17; H. Beale, *Inequality of bargaining power*, OJLS, 1986, 123. Una valutazione altrettanto ricca circa i criteri che devono informare la valutazione dello scambio e il sindacato giudiziario sull'equilibrio contrattuale è data da A. D'Angelo, *La buona fede*, in M. Bessone, *Tratt. dir. priv.*, cit., 2004, 166 e ss.

⁴⁴ Su questi temi si veda la ricca analisi fornita dalla dottrina italiana: R. Lanzillo, *Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale*, Contr. e Impr., 1985, 309; G. Marini, *Ingiustizia dello scambio e lesione contrattuale*, Contr. e Impr., 1986, 257; F. Galgano, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, Contr. e Impr., 1997, 417; A. Barba, *Libertà e giustizia contrattuale*, in AA.VV., *Studi in onore di P. Rescigno*, II, Milano, Giuffrè, 1998, 11; P. Schlesinger, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, cit., 229; G. Vettori, *Autonomia privata e contratto giusto*, Riv. dir. priv., 2000, 20; S. Pagliantini, *Tutela del consumatore e congruità dello scambio: il c.d. diritto all'equità nei rapporti contrattuali*, in A. Barba (a cura di), *La disciplina dei consumatori e degli utenti*, Napoli, Jovene, 2000, 295; F. Volpe, *La rilevanza dello squilibrio contrattuale nel diritto dei contratti*, Riv. dir. priv., 2002, 303; G. Vettori (a cura di), *Squilibrio ed usura nei contratti*, Padova, Cedam, 2002; F. Volpe, *La giustizia contrattuale fra autonomia e mercato*, cit., 8; S. Tolone, *L'ordine della legge ed il mercato. La congruità dello scambio contrattuale*, Torino, Giappichelli, 2003.

⁴⁵ Si veda M. Meli, *Social justice, constitutional principles and protection of the weaker contractual party*, ERCL, 2006, 165, laddove l'Autrice osserva che "Contractual justice is today referred together with efficiency. Justice and efficiency become, indeed, the two parameters for assessing whether the market is functioning smoothly. In particular, the concept of justice refers to the weak party in the relationship, that is, basically, the consumer, in order to assure a good exercise of its power of choice. While the concept of efficiency recalls the necessity that the enterprises that survive on the market be those that are the 'winning' ones, namely, those which do not resort to abuses towards consumers or other enterprises. Within such a context, the concept of contractual justice takes on a further different meaning, depending on whether we look at the former or the latter of the two addressed profiles. [...] The problem of the 'fair contract' is dealt with in a different way than in the past: what is pursued is a wider control on the content of the contract, but within the boundaries of an individual and private logic. The unfairness of the exchange is not relevant as a symptom of social imbalances, but as the outcome of an abuse, of bad faith behaviour of one party towards the other, of an instance of victimisation".

⁴⁶ R. Brownsword, *Contract law*, cit., 2000, 15 e ss. Si veda anche T. Hartlief, *Freedom and protection in contemporary contract law*, JCP, 2004, 256, che afferma per quanto riguarda l'esperienza olandese che "a guiding principle is that parties to the contract have to take into account not only their own interests but the legitimate interests of the other party as well. Under

Questo nuovo indirizzo, che integra all'interno del contratto valori di giustizia sociale quale limite all'autonomia contrattuale, non è però facilmente qualificabile sotto un'unica denominazione⁴⁷; in questo senso risulta utile la tassonomia delle possibili contrapposizioni caratterizzanti questo concetto, fornita da Thomas Wilhelmsson, che ne riconosce il fondamento in ciò che egli definisce *welfarist paradigm*⁴⁸, ovvero l'insieme dei diversi strumenti con i quali il diritto privato ha progressivamente istituzionalizzato il contratto come un aspetto di politica socio-economica. Secondo l'opinione dello studioso, possono riconoscersi cinque fondamentali dicotomie: giustizia commutativa o distributiva (quest'ultima prospettiva enfatizza il ruolo del diritto nella distribuzione di benefici nella società, mentre la prima ravvisa piuttosto un impegno a correggere i comportamenti non considerati accettabili); regolamentazioni finalizzate allo sviluppo o alla correzione del mercato; prevalenza della prospettiva interna o esterna al contratto (la prima focalizzata sulla relazione atomistica del contratto, mentre la seconda estende l'attenzione anche ai rapporti che indirettamente ne conseguono⁴⁹); tutela basata sulla capacità del soggetto o sulla sua condizione di bisogno (ascrivendosi alla prima la disciplina rivolta a soggetti quali consumatori, lavoratori, ecc., mentre alla seconda la disciplina rivolta a soggetti quali minori, malati, anziani, ecc.); ed infine,

the denominator of good faith and fair dealing, duties of care are recognized. Therefore, depending on the circumstances of the case, one must inform the other party, warn the other party, or even investigate whether the other party knows what he or she is doing. This tendency indicates an increasing altruism, bearing the consequence that taking care of the other party seems to have priority over either party taking responsibility for his or her own acts?

⁴⁷ Si vedano le formule utilizzate in diversi interventi di B. Lurger, *The Future Of European Contract Law Between Freedom Of Contract, Social Justice, And Market Rationality*, cit., 448, che distingue il principio di tutela dell'autonomia privata e il c.d. principio di *regard and fairness* (considerazione e correttezza); J. Ghestin, *Traité de droit civil – Introduction générale*, Parigi, LGDJ, 1995, che enfatizza piuttosto l'idea di solidarietà contrattuale, cui si rifanno anche R. Sefton-Green, *General Introduction*, in Ead. (a cura di), *Mistake, Fraud And Duties To Inform In European Contract Law*, Cambridge, CUP, 2005, 4; E. Hondius, *The protection of the weak party in an harmonised European Contract Law: a synthesis*, 27 *Journal of consumer policy*, 2004, 245; nel quale si esalta il principio di tutela della parte debole del rapporto; e in particolare si veda Study group on social justice in European private law, *Social Justice In European Contract Law: A Manifesto*, ELJ, 2004, 653, nel quale si propone la necessità di mediazione tra la massima autonomia privata da un lato e la massima solidarietà dall'altro, nello stesso senso anche A. Somma, *Giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, cit., 79; gli autori dei contributi presenti nel vol. 2 della rivista *European Review of Contract Law*, 2006, (R: Sefton-Green, M. Meli, A. Colombi Ciacchi, A. Somma, S. Weatherhill); H. Collins, *La giustizia contrattuale in Europa*, *Rivista critica del diritto privato*, 2003, 661; M. Grondona, *Solidarietà e contratto*, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2004, 742; M. Barcellona, *Sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, *Europa e diritto privato*, 2005, 642; H.W. Micklitz, *Principles of Social Justice in European Private Law*, 19 *Yearbook of European Law*, 1999-2000, 167.

⁴⁸ T. Wilhelmsson, *Varieties of welfarism in European Contract law*, ELJ, 2004, 712; e prima in T. Wilhelmsson, *Critical Studies In Private Law – A Treatise On Need-Rational Principles In Modern Law*, Kluwer, Dordrecht, 1992. Nello stesso senso si veda anche R. Brownsword, *The Philosophy of Welfarism and its Emergence in the Modern English Law of Contract*, in R. Brownsword, G. Howells, T. Wilhelmsson, *Welfarism In Contract Law*, Dartmouth, Aldershot, 1994, 21, laddove l'Autore si sofferma sulle tre forme possibili di *welfarism* (*minimal, maximal, personal*) e rispettive interpretazioni del contratto che possono riscontrarsi nel diritto dei contratti inglese.

⁴⁹ Un esempio in questo senso è fornito dalla disciplina italiana sulle locazioni. Infatti, il legislatore, alla luce di una difficoltà di accedere al godimento di un'abitazione per intere categorie sociali, ha preferito intervenire con politiche di controllo dei prezzi e di equo canone (v. l. 392/78) piuttosto che sottoporre il pubblico bilancio ad un esborso economico molto più elevato, compiuto attraverso sussidi a carico dello Stato in favore delle categorie in difficoltà, ovvero attraverso la messa in opera di una offerta pubblica di abitazioni. In questo senso anche in M. Libertini, *Libertà contrattuale e dintorni*, cit., 11.

protezione delle parti contrattuali o di altri valori (per esempio, la protezione dell'ambiente). Ciascuna di queste contrapposizioni si propone sia al legislatore sia all'interprete quale termine di valutazione, da un lato, per comprendere gli obiettivi secondo i quali sono state fissate le attuali regole giuridiche in tema di diritto dei contratti, dall'altro, per selezionare quali possono essere i futuri sviluppi dello stesso alla luce delle preferenze selezionate.

Lo schema proposto offre la possibilità di analizzare il quadro che in questo momento informa il diritto dei contratti, affrontando in particolare il formante europeo, e ciò nella prospettiva dell'armonizzazione dei singoli diritti nazionali attraverso l'eventuale adozione in forma di regolamento o di raccomandazione di un corpus normativo che dovrebbe formarsi sulla base dell'*acquis* comunitario in materia contrattuale, con il contributo di tutte le parti interessate (il c.d. *Common Frame of Reference*)⁵⁰. Attualmente, nell'*acquis communautaire* prevale la prospettiva diretta alla regolamentazione del mercato, finalizzata in particolare alla costruzione del mercato interno alla Comunità Europea; tuttavia, per ciò che concerne la disciplina di tutela dei soggetti deboli appare di particolare rilevanza il nutrito numero di interventi diretti alla protezione del consumatore, che è piuttosto interpretata come una forma di correzione del mercato⁵¹. In una prospettiva più ampia, il diritto europeo dei contratti mostra spazi disponibili per incrementare l'intervento volto non solo alla correzione

⁵⁰ Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio, *Maggiore coerenza nel diritto contrattuale europeo: un Piano d'Azione*, 12 febbraio 2003 COM(2003) 68 def., par. 57, in cui si individuano le due finalità di tale strumento, da un lato, "fornire le soluzioni ottimali in termini di norme e terminologia comuni, vale a dire la definizione di concetti fondamentali e di termini astratti come "contratto" o "danno" o le disposizioni applicabili ad esempio in caso di inadempimento del contratto", e dall'altro, "costituire la base per ulteriori riflessioni su uno strumento opzionale nel campo del diritto contrattuale europeo". Successivamente, la Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio, *Diritto contrattuale europeo e revisione dell'acquis: prospettive per il futuro*, 11 ottobre 2004 COM(2004) 651 def.

⁵¹ Si veda A. Somma, *Autonomia privata e struttura del consenso*, Giuffrè, Milano, 2000, 417 e ss, laddove l'Autore evidenzia il contraddittorio comportamento del legislatore europeo, il quale, in alcuni casi, riconosce la difficoltà che il consumatore incontra sul mercato tale da condizionarne, irrimediabilmente, il comportamento di acquisto, cui appunto risponde con una forma di tutela incisiva quale quella individuata dalla direttiva concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, n. 93/13/CE; in altre occasioni, pur mantenendo il riferimento al consumatore, dedicano a questi forme di tutela che si esauriscono nella garanzia di un adeguato livello di informazione relativo all'affare, per esempio nella direttiva concernente la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dai locali commerciali, n. 85/577/CE. Secondo l'Autore questi approcci sono riconducibili a due diverse matrici l'una derivante dalla sociologia dei ruoli, l'altra della analisi economica: la prima si fonda sul presupposto per cui in nessun caso l'intervento normativo consente di recuperare l'attitudine ad autodeterminarsi sul mercato, poiché ciascun soggetto subisce condizionamenti esterni tali modificarne inevitabilmente le scelte; la seconda si rivolge ad un soggetto diverso, il c.d. *homo oeconomicus*, capace di tenere un comportamento consapevole sul mercato e di soddisfare in modo efficiente le proprie attese. Viceversa, S. Grundmann, *European contract law(s) of what colour?*, cit., 196, ritiene che il legislatore europeo ha trovato un equilibrio nelle sue scelte di intervento che per quanto non si manifesti in ogni singolo caso, si mostra nei principi e nell'approccio proposto nella legislazione prodotta. In questo senso propone gli esempi della direttiva sulla vendita di beni al consumo, n. 99/44/CE, che è stata interpretata nel senso di uno spostamento dal *caveat emptor* al *caveat praetor*, e del diritto contrattuale europeo che, ritiene l'Autore, "is not heavily interventionist either", con l'eccezione della direttiva sulle clausole abusive del 1999.

e altresì all'efficienza del mercato, ma anche a forme di giustizia redistributiva giustificata dall'integrazione del contesto nel quale è plasmato il contratto⁵².

2. 1. 2. Il valore costituzionale dell'autonomia privata

Per comprendere se e come potrà svolgersi tale sviluppo del diritto europeo dei contratti, è opportuno soffermarsi anche sul valore costituzionale dell'autonomia privata (non soltanto contrattuale), poiché tale aspetto può limitare o ampliare i possibili interventi dello stesso legislatore europeo. Infatti, nel caso in cui essa sia riconosciuta nel quadro dei diritti costituzionali, la libertà contrattuale può assurgere ad una posizione giuridica "indistruttibile" anche se limitabile; mentre nel caso in cui non sussista tale libertà costituzionalmente garantita, essa potrà essere soppressa, sempre nei limiti in cui la sua soppressione non comporti la soppressione, o più semplicemente l'impossibilità di essere esercitati, di diritti garantiti costituzionalmente in maniera indiretta⁵³.

Attualmente la Costituzione Europea sul punto dell'autonomia privata, e di conseguenza dell'autonomia contrattuale "*non appare per nulla più prodiga delle Costituzioni dei Paesi Membri*"⁵⁴. Infatti, il Trattato Costituzionale Europeo si inserisce in una tradizione costituzionale che "*non considera indispensabile annoverare l'autonomia privata tra i diritti fondamentali di cui provvedere tutela alla stregua di quelli che con tale qualifica hanno ottenuto rango primario a mò di raggiera di protezione del soggetto*"⁵⁵. Da un lato l'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art.

⁵² T. Wilhelmsson, *Varieties Of Welfarism In European Contract Law*, cit., 732, afferma in tal senso che "[a]lthough the assessment scheme presented here starts from regulation that seem to be relatively well in line with traditional contract thinking, and process towards more expressly welfarist solutions, it does not reflect a linear scale on which one could choose a suitable point from which one could construct a coherent welfarist system of contract law".

Si veda anche U. Mattei, *Hard Code now! A critique of "softness" and a Plea for responsibility in the European debate over Codification*, presentazione compiuta alla Conferenza Secola, Lovanio, 30 novembre 2001, laddove l'Autore enfatizza il fatto che la codificazione europea deve essere percepita come una necessità finalizzata a preservare i valori sociali senza "*surrender to the actors of market globalization*".

⁵³ Si veda quanto affermato sul dibattito che ha interessato l'Italia circa la costituzionalità dell'autonomia privata da D. Serrani, *Brevi note in tema di libertà contrattuale e principi costituzionali*, in GiC, 1965, 295. Contra, L. Mengoni, *Programmazione e diritto*, Jus, 1966, 11, che afferma che "*ha mediocre importanza sapere se essa [l'autonomia negoziale] sia oggetto di una garanzia diretta e globale oppure di una garanzia solo indiretta, riflessa a quella che assiste altri istituti ai quali l'autonomia negoziale è strettamente connessa, quali il diritto di proprietà e la libertà di iniziativa economica*".

Per quanto riguarda il dibattito sul diritto contrattuale europeo si veda anche Study group on social justice in European private law, *Social Justice In European Contract Law: A Manifesto*, cit., 664, dove si pone chiara la richiesta seconda la quale il modello di giustizia sociale all'interno del diritto europeo dei contratti "*must align itself with the basic constitutional principles that establish and protect the rights of citizens. The market order does not merely shape the distribution of material wealth, but also has ramifications for the ability of citizens to enjoy and benefit from their acknowledged civil liberties and social and economic rights. The rules of European contract law that govern the fundamentals of the market order need to fit into a coherent pattern with those acknowledged fundamental rights*".

⁵⁴ Così in S. Mazzamuto, *Note minime in tema di autonomia privata alla luce della Costituzione Europea*, in *Europa e diritto privato*, 2005, 51.

⁵⁵ C. Castronovo, *Autonomia privata e costituzione europea*, Europa e diritto privato, 2005, 32.

Per quanto riguarda la qualificazione costituzionale o meno della autonomia privata si veda per esempio il dibattito che ha interessato l'Italia, dove il rilievo superprimario al tale principio è stato inizialmente ascripto implicitamente

II-75 del Trattato costituzionale) si esprime riconoscendo soltanto una “*libertà d’impresa riconosciuta conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali*”, ma essa non riconosce direttamente valore costituzionale all’autonomia privata⁵⁶.

Le ragioni di tale lacuna possono essere ascritte alla natura stessa dell’autonomia privata, infatti, se da un lato si riconosce la natura economica di tale libertà, essa può apparire come un semplice corollario del diritto di proprietà e perciò sarebbe un’inutile duplicazione della tutela accordata a questo ultimo; dall’altro, pur essendo un diritto di libertà nello Stato attraverso il cui esercizio il singolo si presenta come co-autore dell’ordinamento, esso non giunge fino al livello dei diritti sociali, i quali, presentandosi come pretese nei confronti dello Stato, hanno difatti prevalso nella scelta del costituente di prestare loro una tutela specifica⁵⁷. La natura di diritto di libertà nello Stato è stata altresì interpretata come un rischio, poiché l’autonomia privata poteva non soltanto porsi in parallelo rispetto al potere eteronomo dello Stato, ma anche sostituirsi ad esso come signoria della volontà capace di accreditare ogni frutto della negoziazione anche se chiaramente sbilanciato⁵⁸. Il riconoscimento dell’autonomia privata non importa tali conseguenze se si intende correttamente tale atto non quale avallo della prevaricazione compiuta dalla parte forte del rapporto, quanto piuttosto come tutela dell’autonomia di entrambe le parti contrattuali, e quindi come garanzia per l’esercizio della propria volontà nel rispetto dell’autonomia altrui. Tale eguaglianza sostanziale fra le posizioni dei singoli soggetti discende non soltanto dalla corretta interpretazione dell’autonomia privata,

all’art. 2 della Cost. (A. Pace, *Libertà «del» mercato e «nel» mercato*, in Pol. Dir., 1993, 327, G. Alpa, *Libertà contrattuale e tutela costituzionale*, cit., 45), e successivamente all’art. 41, c. 1 Cost. concernente la libera iniziativa economica privata (M. De Poli, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, cit., 2002, 43; L. Mengoni, *Autonomia privata e Costituzione*, Banca, borsa e tit. cred., 1997, I, 1; C.M. Bianca, *Il contratto*, Milano, Giuffrè, 1986, t. 2, 30; R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, Torino, Utet, t. 1, 17; G. Grisi, *L’autonomia privata*, cit., 130 e la ricca bibliografia ivi citata). In Germania, se il principio era affiorato nell’art. 152 della Costituzione di Weimar nei limiti della legge e dei buoni costumi, la nuova Costituzione non lo qualifica direttamente ma lo riconduce alle libertà fondamentali dell’individuo finalizzate al libero sviluppo della sua personalità, ex art. 2 (Abs. 1), (si veda D. Coester-Waltjen, *Constitutional aspects of Party Autonomy and its limits*, cit., 42; A. Somma, *Autonomia privata e struttura del consenso contrattuale – Aspetti storico-comparativi di una vicenda concettuale*, Milano, Giuffrè, 2000, 429, e la letteratura ivi presentata). In Francia, la cultura giuridica riconosce al principio un implicito valore superiore, sostenuto anche dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato che accoglie come riferimento l’art. 34 Const. che regola i rapporti fra Parlamento e Governo, (contraria a questo pensiero è la Corte Costituzionale che afferma che “*aucune norme de valeur constitutionnelle ne garantit le principe de la liberté contractuelle*”, Cons. Const., 3 agosto 1994, n. 94-348, in J.C.P., 1995, II, 119 e ss., n. 22404).

⁵⁶ G. Vettori, *La disciplina generale del contratto nel tempo presente*, in Riv. dir. priv., 2004, 324. Si veda, N. Reich, *Understanding EU Law*, cit., 264, dove l’Autore, pur riconoscendo l’assenza di un esplicito riferimento all’autonomia negoziale, ritiene che gli artt. 12, 15, 16, e 17, rispettivamente dedicati alla libertà di associazione, libertà di scegliere una occupazione, libertà di condurre una impresa, e diritto di proprietà conducano implicitamente al riconoscimento dell’autonomia negoziale. In particolare, nel caso dell’art. 16 in tema di proprietà, l’esercizio di tale diritto “*would be worthless without the dynamic element inherent in the freedom of contract as a freedom to acquire goods and immovable, freedom to dispose of them by contract, freedom to enter into contracts and refuse to contract with any person at the will of the owner*”.

⁵⁷ Si veda più approfonditamente in C. Castronovo, *Autonomia privata e costituzione europea*, cit., 34 e ss. G. Vettori, *Diritto dei contratti e “Costituzione” Europea – Regole e principi ordinanti*, Giuffrè, Milano, 2005, 63.

⁵⁸ G.B. Ferri, *Dinamiche di un civilista intorno alla Costituzione Europea*, Europa e diritto privato, 2005, 12; M. Esposito, *Profili costituzionali dell’autonomia privata*, Padova, Cedam, 2003, 16, (si veda la ricca bibliografia ivi riportata).

ma anche dalla cornice giuridica nella quale essa si situa. Infatti, l'ordinamento giuridico nel suo insieme è inteso a fungere da appoggio per il libero dispiegarsi della personalità del singolo entro i confini della altrui libertà.

Se accettiamo questo ragionamento, per poter rispondere accogliere favorevolmente la tesi della garanzia costituzionale nei confronti dell'autonomia privata, dobbiamo analizzare il quadro attuale del diritto europeo, così come definito dal Trattato Costituzionale, e verificare se esso offre una cornice giuridica adeguata al dispiegarsi dell'autonomia privata. Da questo punto di vista possiamo ripetere quanto già affermato in precedenza, e affermare che il diritto comunitario coniuga due anime: quella basata su un approccio di matrice economica, e quella che si riconduce ad un ideale di giustizia sociale⁵⁹. Secondo la prima individuata dall'idea di eguaglianza formale, il diritto riconosce ogni determinazione, relativa alle proprie sfere giuridiche, volontariamente effettuata dai singoli sulla base della valutazione razionale di tutte le informazioni rilevanti (e interviene quindi solo per correggere l'effetto di ignoranza ed errore). Secondo la seconda, invece, il diritto restringe il campo delle determinazioni possibili, vietando quelle che siano troppo onerose per una parte o che incidono negativamente sugli interessi collettivi. Se la prospettiva prevalente è la prima, che si concretizza, per esempio, nel caso degli obblighi informativi nei confronti dei consumatori, allora ciò che si affermerebbe sarebbe una regola di eguaglianza formale. Nell'esempio prescelto, infatti, la conoscenza o conoscibilità delle informazioni non costituisce una valida difesa per il contraente che si vede imposte delle clausole contrattuali; mentre, se fosse preferito il secondo orientamento potrebbe più facilmente prospettarsi un rapporto di eguaglianza sostanziale fra le parti, come per esempio è stato raggiunto a seguito della direttiva sulle clausole abusive nei contratti dei consumatori, ove il giudice può sindacare il significativo squilibrio tra i diritti e gli obblighi delle parti⁶⁰. Alla luce di questo quadro, può essere legittimo riporre fiducia nei confronti del processo di riconoscimento dell'ideale di giustizia sociale, tale, però, da estendere l'ambito di applicazione delle norme a tutela della parte debole non soltanto verso la classe dei consumatori, ma in generale verso tutti quei contraenti che si trovano in una posizione di

⁵⁹ B. Lurger, *The future of European Contract law*, cit., 451; M. Meli, *Social Justice, Constitutional Principles and Protection of the Weaker Contractual Party*, cit., 160; A. Somma, *Social Justice and the Market in European Contract Law*, ERCL, 2006, 182; S. Weatherhill, *The Constitutional Competence of the EU to Deliver Social Justice*, ERCL, 2006, 132; H. Collins, *La giustizia contrattuale in Europa*, cit., 661; M. Barcellona, *Sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, cit., 642; H.W. Micklitz, *Principles of Social Justice in European Private Law*, cit., 167; D. Kennedy, *Thoughts on Coherence, Social Values and National Tradition in Private Law*, in M. W. Hesselink (a cura di) *The Politics of a European Civil Code*, The Hague, Kluwer International, 2006, 9; W. Beck, L. Van Der Maesen, e A. Waelker, *The Social Quality of Europe*, The Hague, Kluwer Law International, 1997.

⁶⁰ Salvo però che il giudice si trovi a compiere una forma di etero-integrazione del contratto, sostituendo il voluto delle parti o integrandolo.

soggezione al potere altrui⁶¹; di conseguenza, potrebbe essere positiva, oltre che ragionevole, la scelta di includere il principio di autonomia privata fra le norme superprimarie quale forma di riconoscimento di una delle forme di espressione della volontà individuale più pregnanti per l'ordinamento giuridico.

2. 2. Autonomia contrattuale e obblighi di informazione

L'assenza di un'esplicita dichiarazione del principio di autonomia negoziale si riscontra anche a livello di fonti europee di diritto primario, anche se la dottrina maggioritaria ritiene che è possibile associare a ciascuna delle quattro libertà fondamentali del Trattato Europeo, un implicito riconoscimento di tale libertà⁶². Infatti, se si prende l'esempio della libertà di circolazione dei beni deve comunque ammettersi che *"if an economic actor were not free to choose contractual partners in another Member State, if he could not negotiate the contents of the contract or the terms of the agreement, and the applicable law and jurisdiction in case of dispute, then there would be no free movement of goods purchased under any contract"*⁶³, e ciò vale anche per la libera circolazione dei capitali, dei servizi e delle persone poiché in ciascun caso sussiste *"an implicit recognition of contractual autonomy without which this right would be worthless"*⁶⁴.

⁶¹ In questa prospettiva, E. Roppo, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in Id., *Il contratto del duemila*, Giappichelli, Torino, 2° ed., 2005, 35; V. Buonocore, *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, Giuffrè, Milano, 2000, 119; Id., *Contratti del consumatore e contratti d'impresa*, Riv. Dir. Civ. 1995, I, 19; G. Chiné, voce *Consumatore (protezione del)*, Dig.disc.priv., sez.civ., vol. XV, Utet, Torino, 1997, 551; G. De Nova, *Dieci "voci" per una tavola rotonda su "il nuovo diritto dei contratti"*, in G. Vettori (a cura di), *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Cedam, Padova, 1999, 816; V. Zeno-Zencovich, *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra "contratti commerciali" e "contratti dei consumatori")*, Giur. It., 1993, IV, 93; A. Jannarelli, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti fra imprese e i contratti tra imprese e consumatori*, in N. Lipari (a cura di), *Diritto Privato Europeo*, cit., 489.

⁶² Si veda l'analisi di N. Reich, *Understanding EU Law*, cit., 255. Nello stesso senso anche P.C. Müller-Graff, *Basic freedoms – Extending party autonomy across borders*, in S. Grundmann et al., *Party Autonomy and the role of information*, cit., 135, dove l'autore afferma che *"one can easily draw the conclusion that the idea of free movement in this sense requires the free choice of individuals and enterprises on both sides of the market and therefore calls for private autonomy"*, e riconosce il merito della decisione Van Gend & Loos [C-26/62, 1963, ECR 1] di aver implicitamente sostenuto che *"the objective of the prohibitions of restrictions on the free movement of goods, persons, services, and – eventually – also capital contains and grants the extension of the realm of party autonomy and private initiative across internal frontiers at a larger degree than before: namely the protection of the autonomy of forming contracts and shaping their contents against discriminations and other restrictions in accordance with the differentiated system of the respective provisions"*. In senso più riduttivo, P.G. Monateri, *Contratto rugadoso e contratto rude nel diritto europeo e comunitario*, in A. D'Angelo, P.G. Monateri, A. Somma, *Buona fede e giustizia contrattuale – Modelli cooperativi e modelli conflittuali a confronto*, Giappichelli, Torino, 2005, 58, afferma che *"il diritto europeo è stato costruito come limitazione delle legislazioni nazionali. Ovvero come autonomia negoziale libera dalle legislazioni nazionali nel perseguimento delle libertà fondamentali, e quindi libertà di allocazione economica dei beni e servizi. Laddove, quindi, si accetta una definizione limitata di libertà che non fa riferimento all'intera area esistenziale del soggetto giuridico, ma solo alla sua libertà come autonomia negoziale nell'allocazione dei beni e servizi"*.

⁶³ N. Reich, *Understanding EU Law*, cit., 255, sostenuto anche dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia nel caso Alsthom, C-339/89, [1991] ECR I-107, per quanto riguarda la libertà di definire la legge applicabile al contratto.

⁶⁴ N. Reich, *Understanding EU Law*, cit., 259.

In ogni caso, quando ci spostiamo nel quadro del diritto comunitario secondario osserviamo che la situazione non muta sostanzialmente. Anche in questo caso, l'autonomia contrattuale non ha ricevuto un'esplicita approvazione, poiché appunto nessun intervento del legislatore europeo, né in sede di direttive o regolamenti, né come clausola generale, ha individuato il principio di autonomia contrattuale. Le uniche ipotesi che si sono presentate sono quelle della Comunicazione sul diritto europeo dei contratti, del luglio 2001 e la conseguente Comunicazione sul Piano d'azione per un più coerente diritto europeo dei contratti, del febbraio 2003. Il primo documento indica appunto che “[g]eneralmente, gli ordinamenti nazionali relativi ai contratti stabiliscono il principio della libertà contrattuale, secondo il quale le parti contraenti sono libere di concordare i termini del proprio contratto. Tuttavia, ogni contratto è disciplinato dalle leggi e dalla giurisprudenza di uno Stato. Alcune norme nazionali non sono imperative e le parti contraenti possono decidere di applicarle oppure di stabilire termini differenti. Altre norme nazionali invece sono imperative, in particolare quando esiste una sensibile disparità tra le posizioni delle parti contraenti, come quando partecipano al contratto inquilini o consumatori”⁶⁵, mentre il secondo documento riconosce che “la libertà contrattuale dovrebbe essere uno dei principi ispiratori di un simile strumento di diritto contrattuale. Restrizioni a tale libertà potrebbero essere contemplate solo se debitamente motivate. Le parti, a seconda delle loro esigenze, potrebbero quindi adattare le regole specifiche del nuovo strumento una volta che questo sia stato da loro scelto quale legge applicabile al loro contratto”⁶⁶.

In questo senso, la Commissione Europea riconosce che il concetto di autonomia contrattuale rappresenta uno degli elementi fondamentali del *background* culturale di ciascuno Stato Membro, e per questa ragione lo diventa anche nei confronti del sistema giuridico europeo. Questa generica affermazione, però, è rimasta di natura puramente declaratoria fino al 2005 quando il progetto del *Common Frame of Reference* (CFR) non ha individuato tale principio già fra gli esempi dei principi comuni del diritto europeo dei contratti da includersi nel primo capitolo dello stesso CFR⁶⁷. Tuttavia, lo stesso processo di redazione del CFR ha recentemente subito una seria decelerazione, per cedere il passo ad un diverso processo: la revisione dell'*acquis* relativo ai consumatori⁶⁸. Attraverso tale strumento la Commissione

⁶⁵ COM (2001) 398 final, p. 27. Si osservi il commento di P. Gozzo, *The strategy and the Harmonisation Process within the European Legal System: Party autonomy and information requirements*, in G. Howells, A. Janssen e R. Schulze, *Information Rights and Obligations – A challenge for Party Autonomy and Transactional Fairness*, Ashgate, 2005, 28. L'autrice, infatti, afferma che il riferimento all'autonomia contrattuale posto nel documento citato è compiuto paradossalmente nel momento in cui il diritto comunitario non aveva più mostrato un interesse verso l'utilizzo degli obblighi informativi quali strumenti finalizzati al rafforzamento dell'autonomia contrattuale.

⁶⁶ COM (2003) 68 final, p. 93.

⁶⁷ Appendice della Relazione della Commissione, *Prima relazione annuale sullo stato di avanzamento dei lavori in materia di diritto contrattuale europeo e di revisione dell'acquis*, COM(2005) 456 final, 23 settembre 2005. Si veda anche il cenno espresso al p. 6, in cui si sottolinea che “il principio della libertà contrattuale è fondamentale. Qualora si intenda rendere obbligatoria l'applicazione di una norma, occorre indicarlo e giustificarlo nelle memorie”.

⁶⁸ Libro Verde sulla Revisione dell'Acquis relativo ai consumatori, 8 febbraio 2007, COM (2006) 744 final.

Europea, infatti, si avvia a verificare la coerenza e la sistematicità delle norme comunitarie in un numero molto limitato di direttive a tutela dei consumatori, evitando però di affrontare la definizione di principi di più ampio respiro, quale la libertà contrattuale.

Parallelamente, gli interventi promossi dal legislatore europeo hanno correlato in modo indiretto il concetto di autonomia contrattuale con uno strumento specifico quale quello dei doveri di informazione. La riflessione che sta alla base di tale collegamento deriva dal medesimo processo che abbiamo descritto nel precedente paragrafo: il superamento della prospettiva volontaristica e soggettiva del contratto a favore di un'analisi del contratto che tiene conto della 'debolezza contrattuale' di una parte rispetto all'altra⁶⁹. Le cause che possono portare alla presenza di uno squilibrio nel contratto sono molteplici, ed, entro certi limiti, connaturate alla forma negoziale stessa, (per esempio, nei casi in cui lo stesso modello negoziale sia proposto ad un gruppo eterogeneo di soggetti, oppure qualora le parti posseggano un diverso livello di conoscenza rispetto all'oggetto e alle condizioni del contratto⁷⁰). Tuttavia, se lo squilibrio si allontana dal naturale svolgersi delle contrattazioni giungendo ad un livello significativo, allora il legislatore può proporre interventi finalizzati al ripristino dell'eguaglianza fra le reciproche posizioni delle parti, sia attraverso regole intese a garantire la razionale determinazione delle scelte negoziali, sia attraverso forme di controllo più penetranti nel merito dell'operazione negoziale limitando lo spazio della contrattazione⁷¹. Proprio nel primo ambito di interventi si situano gli obblighi informativi, capaci di colmare la debolezza cognitiva che caratterizza il contraente debole per eccellenza, il consumatore.

Ciò è confermata anche dagli studi gius-economici che avevano evidenziato come una delle ipotesi di fallimento del mercato discenda da una non uniforme distribuzione delle informazioni nei confronti degli attori che vi operano. L'asimmetria informativa come fallimento del mercato, infatti, si realizza quando l'informazione appare contestualmente o

⁶⁹ G. Alpa e M. Adenas, *Fondamenti di diritto privato europeo*, cit., 362; in questo senso le asimmetrie informative possono essere anche tradotte come il fenomeno delle disuguaglianze sociali di base all'interno della dimensione economica dello scambio, M. De Poli, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, cit., 10.

Anche se l'intervento legislativo e giurisprudenziale europeo ha prodotto una accelerazione verso l'utilizzo dello strumento degli obblighi informativi nei confronti dei soggetti deboli del mercato, ciò non significa che lo stesso strumento fosse ignoto ai singoli stati nazionali. Anzi, proprio nel quadro degli obblighi di correttezza da esercitarsi nella fase pre-contrattuale la maggior parte degli Stati Membri prevedeva una forma di controllo circa la conoscenza e/o conoscibilità delle clausole contrattuali da parte di entrambi i contraenti. Si veda K. Zweigert e H. Kötz, *Introduction to comparative law*, cit., 137; H. Kötz e A. Flessner, *European Contract Law*, cit., 331 e ss.

⁷⁰ C. Girot, *User protection in IT contracts – A comparative study of the protection of the user against defective performance in information technology*, Londra, Kluwer Law International, 2001, 9; G. Volpe, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, cit., 10; R. Brownsword, *Contract law*, cit., 63 e ss.; S. N. Thal, *The inequality of bargaining power doctrine: the problem of defining contractual fairness*, OJLS, 1988, 17; H. Beale, *Inequality of bargaining power*, OJLS, 1986, 123.

⁷¹ Si veda la direttiva sulle clausole vessatorie n. 93/13/CE, laddove si ammette un sindacato circa lo squilibrio delle prestazioni all'interno del contratto.

alternativamente incompleta, incerta, asimmetrica, costosa⁷². Dunque, i sistemi di autoregolazione del mercato non sono più in grado di assicurare lo svolgimento delle contrattazioni secondo un ideale di efficienza economica, e di conseguenza è auspicabile un intervento di regolazione esterno al mercato finalizzato a risolvere il fallimento, oppure a renderne l'impatto meno rilevante nei singoli rapporti negoziati⁷³.

Secondo la teoria economica, la presenza di un'asimmetria informativa comporta il verificarsi del seguente meccanismo⁷⁴: il lato della domanda, non essendo in grado di giudicare la qualità delle offerte presenti sul mercato a causa della scarsa diffusione di informazioni quanto al prodotto e alle condizioni contrattuali di acquisto, sarà spinto ad acquistare i beni e/o i servizi che abbiano il prezzo inferiore⁷⁵. Inizialmente, ciascun acquirente preferirà, fra le offerte disponibili, quelle che hanno un prezzo pari alla media delle offerte esistenti, o leggermente inferiori ad essa. Quindi, le offerte che superano tale media – nel cui prezzo è integrata anche la valutazione di qualità superiore del prodotto o delle garanzie contrattuali – saranno spinte fuori dal mercato, poiché l'acquirente non saprà distinguere, e quindi selezionare, le offerte qualitativamente migliori portando alla

⁷² M. Gambaro e C.A. Ricciardi, *Economia dell'informazione e della comunicazione*, Roma, Laterza, 1997, 38.

⁷³ Su questa base si fondano le due diverse prospettive di tutela, tracciate nel precedente capitolo, da parte di eminenti studiosi di analisi economica del diritto: rispettivamente le posizioni di A. Kronman e R. Posner, (R. Posner e A. Kronman, *The Economics of Contract Law*, Boston, Little Brown & Co, 1979; A. Kronman, *Mistake, Disclosure, Information and the Law of Contracts*, 7 J. Legal Studies, 1978, 1; R. Posner, *Economic Analysis of Law*, cit.) e da R. Coote e T. Ulen, (in *Economic Analysis of Law*, London, Glenview, 1988). Il primo modello si basa su una policy di incentivi finalizzati alla raccolta di informazioni, che distingue fra informazioni non comunicabili poiché acquisite con una attività onerosa e informazioni comunicabili poiché acquisite con una attività non onerosa; mentre il secondo tiene conto anche delle precauzioni adottate dalle parti per ovviare alle asimmetrie informative, suggerendo l'adozione di regole di *default* punitive che incentivino lo scambio di informazioni. Per una visione più generale e critica si veda M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats*, cit., 72 e ss; A.M. Musy, *Il dovere di informazione*, cit., 9 e ss.

Si veda anche la teoria assimilabile proposta da G. Grisi, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, Jovene, 1990, 107, che per giustificare il dovere di informazione distingue fra informazioni positive e negative, concernenti le prime le qualità nascoste del bene o le circostanze esterne idonee a determinarne un aumento di valore, le seconde riguardanti le caratteristiche che possono diminuire il valore del bene, provocando un danno alla controparte. Tale opinione si basa sulla considerazione che le informazioni negative possano essere acquisite a costo zero, mentre quelle positive siano frutto di una costosa attività di ricerca. Anche in questo caso, però, si ripresenta la differenziazione fra informazioni gratuite e onerose, senza però che l'assimilazione fra queste e, rispettivamente, quelle negative e positive sia in alcun modo giustificata.

⁷⁴ Come già sottolineato nel capitolo precedente, le asimmetrie informative si ritengono problematiche soltanto nel caso in cui una delle due parti non può ovviare alla propria posizione di svantaggio informativo, oppure ciò può essere compiuto soltanto ad un costo eccessivo. Ma ciò può non verificarsi in ogni ipotesi di asimmetrie informative, tanto che parte della dottrina riconosce l'aspetto positivo di tale situazione che costituisce l'incentivo fondamentale per la produzione di nuove informazioni, ed è indispensabile per il corretto svolgersi del processo di selezione all'interno del mercato (in questo senso A.T. Kronman, *Mistake and the allocation of risk*, in A.T. Kronman e R. Posner, *The economics of contract law*, Boston, Little Brown books, 1979, 114; S. Grundmann, *Information, Party Autonomy and Economic Agents*, in CMLR, 2002, 279, A.M. Musy, *Informazioni e responsabilità precontrattuale*, Riv. crit. dir. priv., 1998, 611).

⁷⁵ Si osservi che il prezzo è un criterio fondamentale per determinare le scelte degli acquirenti e dei venditori, poiché è proprio in base al prezzo che i potenziali acquirenti mostrano l'intensità della loro domanda per un particolare prodotto, e i potenziali venditori possono confrontare il possibile profitto determinato da utilizzi alternativi delle loro risorse, così in A. Ogus, *Regulation – Legal Form and Economic Theory*, Oxford, Hart, 2004, 2° ed., 15.

conclusione di contratti non efficienti alla luce delle potenzialità del mercato⁷⁶. In termini più generali, se nel mercato non è presente una quantità ottimale di informazioni⁷⁷, ovviamente diffuse nei confronti di tutti gli attori del mercato, la categoria di soggetti che non possiede l'informazione sopporterà una perdita economica, che è calcolata in ragione della differenza fra il risultato economico derivante dal negozio, concluso in assenza della quantità ottimale di informazioni, e il profitto che potenzialmente avrebbe potuto ricevere alla presenza di tale livello di informazione.

In tali ipotesi l'imposizione di un obbligo informativo a carico della parte che possiede un livello di informazione superiore, è ragionevole anche non comporterebbe una compressione dell'autonomia contrattuale delle parti eccessiva. Infatti, da un lato si provverebbe un'indiretta sollecitazione del mercato rendendolo più competitivo. In questo senso, per esempio, i venditori, a parità di informazioni minime da veicolare al potenziale acquirente, saranno sollecitati ad aggiungere nuove informazioni che differenziano la propria offerta rispetto a quella dei concorrenti, incrementando i criteri di confronto fra i prodotti o i servizi disponibili sul mercato⁷⁸. Dall'altro lato, si permetterebbe a ciascun attore del mercato di compiere scelte razionali, poiché le informazioni ricevute permetterebbero di giungere ad una migliore consapevolezza del singolo agente e dunque una più alta probabilità di scelta negoziale soddisfattiva dei propri bisogni. Ciò che risulterà con l'imposizione di doveri di informazione è, quindi, il libero esplicarsi dell'autonomia negoziale attraverso una decisione libera, consapevole e informata⁷⁹.

⁷⁶ Questo fenomeno, descritto da G. Akerlof nel 1970, è stato definito *market for lemons*, giacché il mercato sarà condotto a produrre sempre più "lemons" piuttosto che "apples". Si veda in G. Akerlof, *The market for lemons: quality uncertainty and the market mechanism*, 84 Q. J. Economics 488, 1970; S. Grundmann, W. Kerber e S. Weatherill, *Party Autonomy and the role of information – An Overview*, cit., 25; H.E. Leland, *Quacks, Lemons, and Licensing: A Theory of Minimum Quality Standards*, 87 J. Pol. Econ 1328 (1979); E. Talley, *Disclosure Norms*, 149 U. Pa. L. Rev. 1955 (1996); B. Klein, K.B. Leffler, *The Role of Market Forces in Assuring Contractual Performance*, 89 J. Pol. Econ 615 (1981); D. E. Smallwood, J. Conlisk, *Product Quality in Markets Where Consumers Are Imperfectly Informed*, 93 Quarterly Journal of Economics 1; G. Stigler, *The Economics of Information*, 69 J. Pol. Econ 213, (1961).

⁷⁷ Si tratta del caso in cui il costo marginale per produrre e diffondere le informazioni è equivalente al beneficio marginale che ne deriva nella contrattazione, così in A. Ogas, *Regulation*, cit., 121.

⁷⁸ Si veda anche T. Sharpe, *Refusal to supply*, 99 *Law Quarterly Review* 36, 1983, 60, dove l'Autore afferma "There is a distinction between laws that protect or enhance 'competition' in the sense of providing or increasing money gains to consumers, and laws which seeks to increase economic efficiency, which may provide no direct effect to consumers at all: any gains from efficiency could be appropriated, for example, by shareholders or employees. Conversely, any attempt to increase money gains to consumers might reduce economic efficiency in that the benefits to consumers might be at the expenses of misallocating resources of rival producers or some other group".

⁷⁹ Esistono comunque altri strumenti utilizzati per ovviare al problema della asimmetria informativa compiuti anche dagli stessi operatori del mercato. In questo ultimo caso si distinguono due tipi di strumenti: quelli di selezione e quelli di segnalazione.

Nel primo gruppo all'attività di ricerca del consumatore è affiancata quella di terzi intermediari, i quali possono appunto permettere la diffusione di informazioni ottenute attraverso un controllo più approfondito e maggiormente esteso rispetto a quello di un singolo soggetto. In questo caso sono preminenti le attività compiute dalle associazioni di consumatori. Per esempio, in Francia sia l'*Institut national de la consommation* (INC) e l'*Union fédérale des consommateurs* (UFC) pubblicano riviste finalizzate all'informazione dei consumatori, in cui sono contenuti non solo articoli e attualità, ma anche valutazioni comparative fra i prodotti commercializzati. Il

Queste riflessioni sono alla base dell'attuale quadro di diritto europeo dei contratti, il quale comprende numerosi interventi che impongono un obbligo di informazione in ragione della presenza di un soggetto qualificato come consumatore.

2. 3. Gli obblighi di informazione a tutela dei consumatori nel diritto europeo dei contratti

Il luogo deputato per antonomasia agli obblighi informativi è quello della tutela del consumatore, giacché questo soggetto viene riconosciuto in posizione di debolezza rispetto alla controparte professionale, tanto da poter affermare che, nel quadro del diritto comunitario, la protezione del consumatore “*significa principalmente informazione*”⁸⁰.

La scelta di dedicare una più ampia attenzione alla categoria dei consumatori si basa sulle riflessioni che abbiamo in precedenza indicato, ovvero la volontà di salvaguardare gli interessi dei soggetti che maggiormente si trovano in posizione di svantaggio nel quadro generale del mercato in ragione del loro stesso “*status*”⁸¹. In altre parole, nei rapporti che si

pubblico cui si rivolgono tali riviste però non include l'intera totalità dei consumatori, ma solo la parte culturalmente e economicamente favorita, quindi non raggiungendo lo scopo di una migliore informazione di coloro che maggiormente ne abbisognano (in questo senso, J. Calais-Auloy e F. Steinmetz, *Droit de la consommation*, cit., 77). La stessa situazione si verifica in Gran Bretagna per le indicazioni diffuse dalla *Consumers' Association* attraverso la rivista *Which?* e *Consumer Reports* (in questo senso, C. Scott e J. Black, *Cranston's Consumers and the law*, cit., 372). Gli strumenti di segnalazione si riferiscono invece alle garanzie di qualità fornite dai rivenditori o produttori, ai sistemi reputazionali, all'utilizzo della pubblicità, nelle quali si determina una spendita del nome a conferma della qualità del bene o servizio, affidandosi poi al giudizio del consumatore.

In questo senso si veda T. Wein, *Consumer Information Problems – Causes and Consequences*, cit., 87 e ss, in cui sono analizzati gli effetti di ciascuna ipotesi, in particolare, nel caso dei meccanismi reputazionali l'Autore enfatizza come i fornitori di prodotti di alta qualità che ne mantengano il livello nel lungo periodo possono fruire di due specifiche conseguenze positive: da un lato, il c.d. principio di estrapolazione secondo il quale i prodotti di alta qualità nel passato ne manterranno le caratteristiche anche in futuro, quindi determinando uno specifico comportamento di acquisto, dall'altro lato la capacità di mantenere un alto livello qualitativo comporta un premio di fedeltà, infatti, se la fiducia dei consumatori non viene mai tradita da un improvviso cambio nelle scelte di produzione, quest'ultimo nel caso di selezione fra due o più prodotti preferirà sempre quello ormai considerato affidabile, (ibidem, p. 90). *Contra* G. Bellantuono, *Asimmetria informativa e razionalità limitata nei mercati elettronici*, cit., 126.

⁸⁰ T. Wilhelmsson, *Social contract law and European integration*, Dartmouth, Aldershot, 1995, 129; G. Alpa e M. Adenas, *Fondamenti del diritto privato europeo*, cit., 553. Ciò è confermato anche dalla stessa Corte di Giustizia nella sentenza GB-INNO-BM v Confédération du commerce luxembourgeois (C-362/88 [1990] ECR 667), dove si afferma che “*il diritto comunitario in materia di protezione dei consumatori considera l'informazione di questi ultimi come una delle esigenze principali*”, p. 18.

⁸¹ Si tenga presente che l'attuale dibattito ha proposto una riformulazione della formula coniata da H.S. Maine, (*Ancient law*, Boston, 1963, prima edizione del 1861) nella quale si individuava un passaggio *from status to contract*, laddove adesso il percorso risulta inverso *from contract to status*. Tuttavia, non è possibile associare lo stesso ambito semantico al lemma status, poiché dal significato di situazioni giuridiche personali di appartenenza a collettività organizzate, come *status civitatis* e *status familiae*, oppure di limitazione delle capacità, il termine ha perso la sua ricchezza semantica ed è stato più spesso utilizzato per indicare la collocazione della persona all'interno di una struttura sociale, ivi incluse situazioni accidentali, quali quelle che “*la persona assume in un determinato rapporto, come l'essere compratore o venditore di un certo immobile o di una determinata macchina, locatore o conduttore di un appartamento, o assume con carattere di abitudine, ma pur sempre per effetto di una scelta revocabile*”, così in G. Alpa, *Status e capacità - la costruzione giuridica delle differenze individuali*, Roma-Bari, Laterza, 1993, 24.

instaurano fra consumatori e fornitori di beni o servizi, il diritto generale dei contratti si “specializza” al fine di proteggere il contraente ritenuto meritevole di tutela, sia poiché la natura della contrattazione si è modificata, trasformandosi da individuale a standardizzata, sia poiché il progresso tecnico ha reso disponibili nuovi strumenti di interazione, sia poiché si presentano ipotesi di disparità del potere negoziale, appunto basate sullo squilibrio di informazioni possedute dai contraenti. Da ciò quindi discende la possibilità di diversificare la disciplina applicata fra contraenti professionali e quella applicata alle negoziazioni concluse fra consumatori e professionisti, derogando anche ai principi generali del contratto per meglio bilanciare gli interessi che sono in gioco⁸².

Dal punto di vista europeo, le misure che sono state adottate rispecchiano il quadro precedentemente analizzato nel quale convivono sia istanze liberiste, sia finalità di giustizia sociale. Nel quadro degli interventi del legislatore comunitario sono difatti riconoscibili due obiettivi fondamentali: l'uno volto all'instaurazione e al funzionamento del mercato interno, con il conseguente rafforzamento della concorrenza fra le imprese operanti a livello transnazionale, l'altro volto a riportare un'eguaglianza sostanziale fra le parti⁸³⁻⁸⁴.

Si veda, in tal senso, il dibattito giuridico che ha interessato la dottrina italiana circa la possibilità di qualificare la categoria di consumatore come un vero e proprio status. In particolare G. Benedetti, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, Riv. trim. dir. e proc. civ., 1998, I, 21, in cui l'Autore afferma che “[d]ifetta nel consumatore il requisito che qualifica lo status: l'appartenenza istituzionale di un soggetto ad una collettività più o meno estesa, ad un gruppo organizzato. Qualunque persona fisica può essere consumatore: questo è il ruolo che essa, di volta in volta, anche scambievolmente, in concreto può assumere”. Nello stesso senso G. Vettori, *Commento all'art. 1469 bis comma 1 e 2*, in Id. (a cura di), *Materiali e commenti del nuovo diritto dei contratti*, Padova, Cedam, 1999, 5 e ss, secondo cui “si può escludere l'esistenza di uno 'status' giuridico del consumatore e perché non si introduce un diritto di classe né lo statuto di un nuovo soggetto (chi produce in un settore è consumatore in un altro) e perché, anche a livello sociologico, non vi è la possibilità di delineare, con rigore, tale nozione”.

⁸² C. Kirchner, *Justifying Limits to party Autonomy in the Internal Market – Mainly Consumer Protection*, in S. Grundmann et alii, *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, cit., 165; E. Hondius, *The protection of the weak party in an harmonised European Contract Law: a synthesis*, cit., 245.

⁸³ P. Sirena, *L'integrazione del diritto dei contratti con i consumatori nella disciplina generale del contratto*, Riv. Crit. di dir. Priv., 2004, 793; N. Benacchio, *Diritto privato della Comunità Europea - Fonti, modelli e regole*, Padova, 2001, 277. Si veda, peraltro, la bipartizione fornita da G. Alpa, *Trading on line and the protection of the consumer*, in EBLR, 2001, 244, che differenzia due *rationes* di intervento nei confronti dei consumatori: la c.d. soddisfazione del consumatore (*consumer satisfaction*) e la c.d. protezione del consumatore (*consumer protection*). Secondo l'autore i due approcci si basano su due diverse *policy* di intervento, il primo concentra la propria attenzione sulla correttezza del comportamento degli operatori nel mercato favorendo al contempo la libertà di azione e l'autonomia contrattuale dei professionisti, di conseguenza si determina il corretto svolgersi della concorrenza e il raggiungimento della soddisfazione del consumatore. Mentre, la seconda si propone di proteggere sia dal punto di vista economico sia contrattuale la parte debole, appunto il consumatore-contraente, attribuendo al consumatore di una serie di diritti non negoziabili, introducendo norme di comportamento non trattabili dalle parti, prevedendo un meccanismo di controllo da parte di autorità pubbliche, ed infine, assegnando la rappresentanza legale ad associazioni di consumatori in caso di procedimento giudiziale.

⁸⁴ Al momento attuale, numerosi sono gli interventi della dottrina in tema di rapporto fra diritto dei consumatori e diritto della concorrenza, tale appunto da riconoscere come la reciproca interdipendenza possa condurre al miglioramento delle condizioni del mercato. In particolare, è da enfatizzare il fatto che la politica europea di protezione del consumatore nell'imporre degli obblighi informativi a carico delle imprese, accoglie implicitamente l'esistenza di un livello adeguato di concorrenza fra gli stessi soggetti operanti nel mercato: , e ciò soprattutto in ragione del fatto che l'utilità dell'informazione ricevuta può esplicarsi solo nel caso in cui il consumatore abbia l'opportunità di verificare se esistono offerte alternative e se abbiano una qualità superiore o inferiore a quella considerata. Si veda T. Wilhelmsson, *Cooperation and competition regarding standard contract term in consumer contracts*, in EBLR, 2006, 52; S. Weatherhill, *The Links between Competition Policy and Consumer Protection*,

2. 3. 1. Le basi giuridiche della protezione del consumatore

Il momento di massimo attivismo del legislatore comunitario diretto a tutelare il consumatore sono stati gli anni '60 – '70. Durante questo periodo, infatti, sono state elaborate o emanate le prime normative finalizzate ad affrontare la questione divenuta fondamentale per la regolazione europea⁸⁵. Questo approccio riflette una svolta fondamentale intervenuta nella concezione prettamente economica della Comunità Europea che ha integrato al suo interno le ragioni di un'armonizzazione anche a livello politico⁸⁶. Infatti, il funzionalismo economico nato con i Trattati di Roma e Parigi⁸⁷ rappresentava l'unico percorso praticabile, per quanto tortuoso, per ravvicinare le posizioni degli Stati Membri attraverso un'unitaria politica. Questa era appunto imperniata sul riconoscimento delle quattro libertà fondamentali, quali principi ispiratori di ogni intervento comunitario, tali da condurre alla creazione di un mercato unico⁸⁸.

Il mutamento di prospettiva che ha portato dal mercato comune al mercato interno non è di natura puramente terminologica, ma anzi si configura come un vero e proprio rinnovamento nell'approccio degli organi comunitari, in particolare della Corte di Giustizia. Se nel primo caso la concezione della libera circolazione di beni, servizi, persone e capitali, si fondava sulle regole giuridiche operanti nel paese di destinazione, a condizioni di

presentazione tenuta presso la conferenza *Future Directions in European Contract and Consumer Law*, 16 Settembre, 2005, Lancaster University.

Si tenga, comunque, presente che anche la Corte di Giustizia ha confermato il nesso esistente fra obblighi informativi e regole di concorrenza, nella sentenza *Axa Royale* (Sentenza C-386/00 *Axa Royale Belge SA v Georges Ochoa and Stratégie Finance SPRL* [2002] ECR I-2209) nel quadro degli obblighi informativi forniti in sede di applicazione della terza direttiva sulle assicurazioni vita (Direttiva 92/96/CEE del Consiglio, 10 novembre 1992 che coordina le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative riguardanti l'assicurazione diretta diversa dall'assicurazione sulla vita), laddove infatti si afferma che l'eventuale imposizione di una ulteriore serie di informazioni da parte dei legislatori nazionali rischia “di contrastare con l'obiettivo perseguito dall'art. 31 della direttiva che, come risulta dal preambolo di quest'ultima, è quello di fornire al contraente le informazioni necessarie [e quindi sufficienti] a scegliere il contratto più consono alle sue esigenze allo scopo di beneficiare appieno della possibilità di scelta tra una gamma più ampia di contratti e della maggiore concorrenza nell'ambito del mercato unico dell'assicurazione”, p. 28.

⁸⁵ G. K. Hadfield, R. Howse, M. Trebilcock, *Information-based principles for rethinking Consumer Protection Policy*, 21 *Journal of Consumer Policy* (1998), 131.

⁸⁶ Si tenga presente che il disegno europeistico originario, tracciato negli anni '50, rifletteva le stringenti necessità di ricostruzione economica degli Stati Europei, colpiti dal secondo conflitto mondiale appena concluso.

⁸⁷ Il Trattato costitutivo della CECA (Comunità europea del carbone e dell'acciaio) fu firmato a Parigi il 18 aprile 1951 ed entrò in vigore il 24 luglio 1952. Il *mercato comune* previsto dal trattato viene inaugurato il 10 febbraio 1953 per il carbone e il ferro e il 1 maggio 1953 per l'acciaio. Il trattato aveva una durata di 50 anni ed ha avuto termine il 23 luglio del 2002 (anche se la CECA successivamente divenne parte dell'Unione Europea). La Comunità Economica Europea nasce il 1 gennaio 1958 con l'entrata in vigore dei Trattati di Roma firmati da sei paesi fondatori (Italia, Germania, Francia, Belgio, Lussemburgo, Paesi Bassi) il 25 marzo dell'anno precedente.

⁸⁸ B. W. Harvey e D. L. Parry, *The law of consumer protection and fair trading*, Butterworths, Londra, 2000, 31 e ss.; D. Chalmers *et al.*, *European Union Law*, New York, Cambridge University Press, 2006, 8 e ss.; P. Craig e G. De Búrca, *EU Law – Text, cases and materials*, 3° ed., Oxford, Oxford University Press, 2003, 10 e ss.

reciprocità⁸⁹, la seconda opzione si rivolge piuttosto alle norme vigenti nel paese di origine, cui viene affiancata la regola del mutuo riconoscimento⁹⁰.

Le tappe che hanno portato alla definizione dell'Unione Europea, a seguito delle modifiche operate attraverso l'Atto Unico Europeo e la stipulazione del trattato di Maastricht, hanno inteso appunto concretizzare l'integrazione delle caratteristiche normative nazionali per la costituzione del mercato unico⁹¹. Questo fatto ha permesso l'estensione della competenza dell'Unione Europea e la legittimazione di sempre più numerosi interventi nell'ambito del diritto privato dei singoli Stati Membri.

Le norme di matrice europea che hanno fornito la base giuridica per questi provvedimenti, sono state principalmente due: l'art. 153 e l'art. 95 del Trattato CE⁹². Il primo articolo è l'autentico riferimento alla protezione dei consumatori, anche perché è

⁸⁹ La nozione originale di mercato comune è ancora presente nell'art. 2 del Trattato CE, come strumento principale per raggiungere gli obiettivi della Comunità Europea, includendo all'interno di tale concetto lo stesso Mercato interno, la costruzione di un mercato concorrenziale, e lo svolgimento di una politica commerciale comune. L'art. 2 si esprime appunto *“la Comunità ha il compito di promuovere, mediante l'instaurazione di un mercato comune e di un'unione economica e monetaria e mediante l'attuazione delle politiche e delle azioni comuni di cui agli articoli 3 e 3A, uno sviluppo armonioso ed equilibrato delle attività economiche nell'insieme della Comunità, una crescita sostenibile, non inflazionistica e che rispetti l'ambiente, un elevato grado di convergenza dei risultati economici, un elevato livello di occupazione e di protezione sociale, il miglioramento del tenore e della qualità della vita, la coesione economica e sociale e la solidarietà tra gli Stati membri”*.

⁹⁰ U. Draetta, *Elementi di diritto comunitario – Parte istituzionale, Ordinamento e struttura dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 1999, 69. Secondo M. Radeideh, *Fair Trading in EC*, cit., 7, *“[t]he legal relevance of the distinction becomes apparent in particular in connection with harmonisation. While harmonisation aiming at the establishment and functioning of the Common Market on the basis of Article 94 requires unanimity, qualified majority is sufficient for harmonisation aiming at the establishment and functioning of the Internal Market on the basis of Article 95”*.

⁹¹ L'Atto unico europeo è una revisione dei trattati di Roma. Fu sottoscritto all'Aia il 28 febbraio 1986 ma è entrato in vigore solo il 1 luglio 1987. Lo scopo principale di questo trattato è quello di incrementare l'integrazione fra i paesi della Comunità. L'obiettivo è quindi quello di passare ad un mercato unico europeo in cui i paesi della Comunità possano far circolare liberamente mano d'opera, merci, servizi e capitali.

Il Trattato sull'Unione Europea (noto come Trattato di Maastricht) venne firmato il 7 febbraio 1992 dai 12 paesi membri dell'allora Comunità Europea, oggi Unione Europea ed è entrato in vigore il 1 novembre 1993.

La nozione di mercato interno è entrata nel Trattato CE appunto attraverso l'Atto Unico Europeo ed è definita all'art. 14, c. 2 come *“un area senza frontiere interne in cui la libera circolazione dei beni, servizi e capitali è assicurata in accordo con le norme del Trattato”*. Inoltre, alla luce dell'art. 3, c. I, lett. c) il mercato interno *“è caratterizzato dall'abolizione, anche fra gli Stati Membri, degli ostacoli alla libera circolazione dei beni, servizi e capitali”*.

⁹² L'art. 95 dispone che

“1. In deroga all'articolo 94 e salvo che il presente trattato non disponga diversamente, si applicano le disposizioni seguenti per la realizzazione degli obiettivi dell'articolo 14. Il Consiglio, deliberando in conformità della procedura di cui all'articolo 251 e previa consultazione del Comitato economico e sociale, adotta le misure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno. [...]

3. La Commissione, nelle sue proposte di cui al paragrafo 1 in materia di sanità, sicurezza, protezione dell'ambiente e protezione dei consumatori, si basa su un livello di protezione elevato, tenuto conto, in particolare, degli eventuali nuovi sviluppi fondati su riscontri scientifici. Anche il Parlamento europeo ed il Consiglio, nell'ambito delle rispettive competenze, cercheranno di conseguire tale obiettivo. [...]”

Mentre l'art. 153 dispone che:

“1. Al fine di promuovere gli interessi dei consumatori ed assicurare un livello elevato di protezione dei consumatori, la Comunità contribuisce a tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi economici dei consumatori nonché a promuovere il loro diritto all'informazione, all'educazione e all'organizzazione per la salvaguardia dei propri interessi.

2. Nella definizione e nell'attuazione di altre politiche o attività comunitarie sono prese in considerazione le esigenze inerenti alla protezione dei consumatori.

3. La Comunità contribuisce al conseguimento degli obiettivi di cui al paragrafo 1 mediante:

a) misure adottate a norma dell'articolo 95 nel quadro della realizzazione del mercato interno;

b) misure di sostegno, di integrazione e di controllo della politica svolta dagli Stati membri. [...]”

l'unico articolo del Trattato CE presente sotto la rubrica del Titolo XIV intitolata "Protezione del consumatore". L'articolo, incluso grazie al Trattato di Maastricht (ex art. 129, lett. a)) e modificato dal Trattato di Amsterdam, non ha avuto un forte impatto nello sviluppo del diritto dei consumatori⁹³. Piuttosto, il riferimento all'art. 153, c. 3, lett. a) in correlazione con l'art. 95 per la finalità di armonizzazione generale da un lato, e la limitazione derivante dall'art. 153, c. 3, lett. b) per supportare e monitorare le scelte di *policy* nazionali a tutela del consumatore dall'altro lato⁹⁴, sono state scelte non come base giuridica per interventi di protezione del consumatore, ma come giustificazione per iniziative politiche⁹⁵.

Il secondo riferimento privilegiato è l'art. 95, il cui comma 3 stabilisce la base giuridica per statuire norme di armonizzazione nell'ambito del diritto di stabilimento e del funzionamento del mercato interno⁹⁶. La maggior parte delle direttive europee a tutela del consumatore si basano su questa disposizione e individuano in essa la giustificazione per un elevato livello di protezione verso i consumatori (*high level of protection of consumers*).

A questo proposito, è necessario evidenziare che il campo nel quale tale norma può esplicarsi è vastissimo, grazie anche all'intervento della Corte di Giustizia che nella sua attività interpretativa ha abbracciato un numero sempre maggiore di ipotesi. In questo senso è

⁹³ L'art. 3 c. I, lett. t), che statuisce quali siano le attività della Comunità Europea include "a contribution to the strengthening of consumer protection", ma non suggerisce una peculiare rilevanza della tutela del consumatore rispetto agli obiettivi comunitari. A riprova di ciò, nello stesso art. 3 la protezione del consumatore non è indicata neppure come policy (a differenza, per esempio, della tutela dell'ambiente), per quanto poi il Titolo XIV che include l'art. 153, faccia parte della Parte terza del Trattato intitolata *Obiettivi comunitari*. In questo senso, H. Micklitz, S. Weatherill, *Consumer Policy in the European Union: Before and After Maastricht*, 16 *Journal of Consumer Policy* (1993), 298; J. Stuyck, *European consumer law after the Treaty of Amsterdam: Consumer Policy in or beyond the Internal Market?*, 37 *Common Market Law Review* (2000), 379.

Si veda, invece, l'interpretazione data da G. Alpa e M. Adennas, *Fondamenti di diritto privato europeo*, cit., 553, laddove gli Autori osservano il ruolo propulsivo che, secondo la terminologia impiegata nell'articolo 153, dovrebbe avere la Comunità rispetto alla protezione dei consumatori, tale da non accontentarsi "di fissare regole di protezione, ma assumendo un comportamento propulsivo, per far sì che gli interessi dei consumatori siano effettivamente protetti, e quindi sono rafforzati rispetto agli interessi che fanno capo agli altri operatori del mercato".

⁹⁴ Per l'ambito di applicazione dell'art. 153, c. 3, lett. a) rispetto all'art. 153, c. 3, lett. b), si veda S. Weatherill, *Consumer Law and Policy*, Londra, Longman, 1997, 27; Id., *Justifying Limits to party Autonomy in Internal Market – EC Legislation in the Field of Consumer Protection*, in S. Grundmann et alii, *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, cit., 189; Id., *The Constitutional Competence of the EU to Deliver Social Justice*, cit., 143.

⁹⁵ Fino ad ora soltanto la direttiva n. 98/6/CE sulla protezione dei consumatori nell'indicazione dei prezzi dei prodotti offerti ai consumatori, GUCE 18 marzo 1998, L 80/27, è l'unico provvedimento che si basa esclusivamente sull'art. 153. Nel caso C-192/94 El Corte Inglés SA v. Cristina Blázquez Rivero, ([1996], ECR I-1281), nell'opinione dell'Avvocato Generale Lenz ha evidenziato che l'art. 153, c. 3, lett. a) è servito in primo luogo per riferirsi alle possibilità già disponibili nel quadro del completamento del Mercato Interno, con la differenza che questa disposizione normativa impegna l'intera Comunità Europea. Inoltre, lo stesso AG propone che l'art. 153, c. 3, lett. b) autorizza la Comunità soltanto a supportare le scelte operate dai singoli Stati Membri e quindi ad agire su base ancillare. Considerando l'applicazione del principio di sussidiarietà, è chiaro che l'art. 153, c. 3, lett. b) può avere soltanto un effetto limitato. In questo senso, M. Radeideh, *Fair Trading in EC*, cit., 21.

⁹⁶ Si tenga presente che l'art. 95 rappresenta una norma residuale, la quale può essere invocata "salvo che le norme del trattato si esprimano diversamente", si veda più approfonditamente in P. Craig, G. De Búrca, *EU LAW*, cit., 1119.

significativa la pronuncia della Corte lussemburghese nel caso *Titanium Dioxide*⁹⁷, sulla base della quale parte della dottrina ha ritenuto legittimo supporre che il potere di armonizzare le legislazioni nazionali da parte della Comunità sia così vasto da trasformare la stessa disposizione da un'attribuzione di uno specifico potere ad un'autorizzazione generale a disciplinare quasi tutte le aree che concernono direttamente o indirettamente il mercato interno⁹⁸. Salvo poi limitare l'effetto espansivo di tale nozione con la sentenza *Tabacco Advertising* del 2000, che appunto ravvisava la necessità di una corretta giustificazione per la selezione della base legale; infatti, nella nota sentenza, si prefigurava la duplice finalità di integrazione del mercato e di tutela della salute pubblica, giustificando l'intervento a favore della seconda attraverso la norma finalizzata al raggiungimento del primo obiettivo⁹⁹.

2. 3. 2. *Informazione e trasparenza*

La varietà degli interventi normativi europei dagli anni '80 ad oggi ha interessato diversi settori: dall'ambito pubblicitario a quello dell'indicazione dei prezzi, dalle modalità di vendita ai mezzi con cui si conclude il contratto, ai beni oggetto del contratto stesso¹⁰⁰, ecc. Osservando le disposizioni incluse in ciascun provvedimento è possibile affermare che, in

⁹⁷ Causa *Commissione c. Consiglio*, C-300/89, 11 Giugno 1991.

⁹⁸ In questo senso R. Barents, *The Internal Market unlimited: some observations on the legal basis of community legislation*, CMLR, 1993, 30, 87.

⁹⁹ Causa *Germania c. Parlamento Europeo e Consiglio*, C-376/98, 5 Ottobre 2000. Si veda più approfonditamente in S. Weatherill, *The Commission's options for developing EC consumer protection and contract law: Assessing the constitutional basis*, *European Business Law Review*, 2002, 497.

¹⁰⁰ Lo strumento utilizzato di preferenza è stato la direttiva, rispettivamente: direttiva n. 84/450/CEE del Consiglio concernente la pubblicità ingannevole e comparativa, GUCE del 19 settembre 1984, L 250/17; direttiva n. 97/55/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, modificante la direttiva n. 84/450/CE sulla pubblicità ingannevole, GUCE del 23 ottobre 1997, L 290/18; direttiva n. 98/6/CEE sulle indicazioni dei prezzi dei prodotti offerti ai consumatori, cit.; direttiva n. 85/577/CEE sulla protezione del consumatore nei contratti negoziati fuori dai locali commerciali, GUCE del 31 dicembre 1985, L 372/31; direttiva n. 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 1997, riguardante la protezione dei consumatori a distanza, GUCE del 4 giugno 1997, L 144/19; direttiva n. 2002/65/CEE sulla commercializzazione a distanza dei servizi finanziari ai consumatori che modifica la direttiva 90/619/CEE e la direttiva 97/7/CEE, GUCE del 9 ottobre 2002, L 271/16; direttiva n. 89/552/CEE sulla promozione di attività di diffusione televisiva (Televisione senza frontiere), GUCE del 17 ottobre 1989, L 298/23; direttiva n. 2000/31/CEE su alcuni aspetti dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno (direttiva sul commercio elettronico), GUCE del 17 luglio 2000, L 178/1; direttiva n. 2000/13/CEE relativa al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri concernenti l'etichettatura e la presentazione dei prodotti alimentari, nonché la relativa pubblicità, GUCE del 6 maggio 2000, L 109/29; direttiva n. 87/102/CEE relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di credito al consumo, GUCE 12 febbraio 1987, L 42/48, direttiva n. 90/314/CEE del Consiglio concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti "tutto compreso", GUCE del 23 giugno 1990, L 158/59; direttiva n. 94/47/CE del Parlamento europeo e del Consiglio concernente la tutela dell'acquirente per taluni aspetti dei contratti relativi all'acquisizione di un diritto di godimento a tempo parziale di beni immobili, GUCE 29 ottobre 1994, L 280/83; direttiva n. 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 maggio 1999, su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo, GUCE del 7 Luglio 1999, L 171/12.

misura maggiore o minore, rispecchiano il c.d. “paradigma informativo”¹⁰¹ e mostrano di preferire la fase pre-contrattuale quale momento più idoneo per l'intervento legislativo, poiché in questa fase si produce una minima compressione dell'autonomia contrattuale. Ciò si basa appunto sul fatto che in tale stadio del contratto il comportamento delle parti può essere disciplinato in modo tale da risolvere favorevolmente la mediazione fra libertà dell'individuo e esigenze della collettività, sia a tutela del soggetto debole del rapporto, sia al conseguimento dell'efficienza del mercato¹⁰².

Tuttavia, la scelta di supplire tutte le informazioni necessarie alla comprensione del contratto può rivelarsi un mero palliativo se il fattore puramente formale del trasferimento dell'informazione non è correlato con un incremento della qualità della stessa informazione¹⁰³. Dunque, la finalità dell'attività di informare non può ritenersi raggiunta se non può affiancarsi un comportamento idoneo a garantire la reale comprensione del contenuto della comunicazione da parte del destinatario¹⁰⁴. Per esempio, l'utilità dell'informazione è nulla se viene fornita in una lingua che il consumatore non conosce¹⁰⁵, oppure se il linguaggio utilizzato è prettamente settoriale¹⁰⁶.

Appunto in questa direzione appare rivolto l'utilizzo dei principi di veridicità e di trasparenza a fianco della previsione di numerosi obblighi di informazione. In altre parole, se l'aspetto procedurale del trasferimento dell'informazione vincola l'impresa al fine di consentire l'astratta conoscibilità del contenuto veicolato, i criteri di trasparenza e di

¹⁰¹ G. Howells e T. Wilhelmsson, *EC consumer law: has it come of age?*, 28 *European Law Review*, (2003), 380 e ss.

¹⁰² Lo strumento normativo è generalmente sottoposto a tre tipi di test per valutare se possa incidere sull'autonomia dei privati: tollerabilità, ragionevolezza (quale accertamento della congruità e della proporzionalità del mezzo al fine), omogeneità (quale valutazione del tasso di concreta affinità della singola misura con l'autonomia negoziale). Più approfonditamente, in M. De Poli, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, cit., 17.

Da un diverso punto di vista, si veda S. Weatherill, *Justifying Limits to Party Autonomy in the Internal Market, EC Legislation in the Field of Consumer Protection*, cit., 181, in cui l'Autore riconosce che “*information disclosure is the forefront of EC Directives because it is relatively easy to secure agreements in Council (and latterly in Parliament too) on such rules. They interfere less with private autonomy than, for example, rules banning particular practices. They are easily absorbed in the national legal orders*”.

¹⁰³ “*Information on food labels or in contractual documents may be excessive or incomprehensible to ordinary consumers. Non-technical information can have a greater impact. [...] There is a dilemma in communicating technical information to a non-technical audience. Information must be capable of being understood by consumers, but at the same time it must be accurate – and that can mean use of technical expressions*”. C. Scott e J. Black, *Cranston's Consumers and the law*, cit., 373.

¹⁰⁴ A. C. Nazzaro, *Obblighi di informare e procedimenti contrattuali*, ESI, Napoli, 2000, 199, in cui inoltre si riconosce che “*affinché possa reputarsi concluso il ‘processo cognitivo’ è necessario che i dati forniti [...] siano compresi dal destinatario o, in altri termini, che i simboli utilizzati per la comunicazione acquistino significato per il destinatario medesimo*”.

¹⁰⁵ Il legislatore francese per esempio ha introdotto una specifica normativa che impone l'utilizzo della lingua francese “*dans la désignation, l'offre, la présentation, la publicité écrite ou parlée, le mode d'emploi ou l'utilisation, l'étendue et les conditions de la garantie d'un bien ou d'un service*”, (art. 1, Legge 31 dicembre 1975, Loi n° 75-1349 du 31 décembre 1975 relative à l'emploi de la langue française, conosciuta come loi Bas-Lauriol, successivamente emendata dalla legge 4 agosto 1994, n. 665, conosciuta come loi Toubon), finalizzata da un lato alla difesa della lingua francese, ma indirettamente alla migliore informazione dei consumatori francese consentendo loro di ricevere le informazioni necessarie nella lingua che sia presumen per loro di più immediata comprensione. Si veda più approfonditamente, J. Calais-Auloy, F. Steinmetz, *Droit de la consommation*, cit., 62.

¹⁰⁶ Si veda M. Radeideh, *Fair Trading in EC law – Information and Consumer Choice in the Internal Market*, Europa Law Publishing, Groningen, 2005, 196, dove l'Autore afferma “[p]ositive information duties are governed by four basic ideas: recognisability, correctness, comprehensiveness, and comprehensibility”.

veridicità impongono, rispettivamente, un dovere formale di rendere tale contenuto comprensibile per il destinatario del messaggio, ed un dovere sostanziale di assicurare l'affidabilità dello stesso contenuto¹⁰⁷. L'aspetto di veridicità non è nuovo ai diritti nazionali, poiché in ogni sistema giuridico sussistono forme di tutela in caso di inganno o frode¹⁰⁸ (cui poi si è aggiunta la disciplina sulla pubblicità ingannevole e sulle pratiche sleali¹⁰⁹), mentre il criterio di trasparenza si inserisce proprio in base al contesto socio-economico del mercato europeo. In particolare, questo aspetto si riconduce, da un lato, alla possibilità di utilizzo di nuovi mezzi di comunicazione, cui sono legati anche i problemi di accessibilità e di leggibilità delle informazioni, e, dall'altro, alla natura stessa del mercato transnazionale, nel qual caso si pone anche l'esempio precedente circa la diversità della lingua parlata dal consumatore nel luogo di residenza del consumatore rispetto a quella utilizzata per la contrattazione¹¹⁰. Per ovviare a tali problemi sono possibili numerose soluzioni, quali la definizione dell'obbligo di chiarezza e comprensibilità dell'informazione, l'obbligo di provvedere in formato cartaceo – o comunque su altro supporto duraturo – il contenuto contrattuale, e ancora l'obbligo di fornire l'iter procedurale che porterà all'acquisto del bene

¹⁰⁷ Da un punto di vista più generale, è possibile riscontrare una differenza fra la nozione di diffusione di dati e quella di diffusione di informazioni. Se ciò che è veicolato è un insieme di dati, allora possiamo parlare di un insieme di fatti, concetti o rapporti oggettivi e distinti a proposito di eventi che possono essere pertinenti o meno ad uno specifico utilizzo, operazione o applicazione. A conferma di quanto appena affermato, un insieme ordinato di dati compone il livello di complessità superiore ovvero l'informazione, in cui appunto la forma e il contenuto dei dati sono organizzati per ottenere uno specifico risultato. Se poi si compie un successivo passo verso l'accuratezza e la completezza dell'informazione, la nozione cui è necessario far riferimento è quella di *conoscenza*, questa può essere vista come una combinazione di informazioni, percezioni individuali, idee e ipotesi che guidano la decisione e l'azione. Questa differenziazione pone in primo piano il momento dinamico del trasferimento di dati-informazioni-conoscenze fra due soggetti. Infatti, per riuscire a conseguire uno scambio efficace e produttivo, è necessaria la partecipazione attiva sia di un mittente che di un destinatario, rendendo possibile l'assimilazione di quanto è stato comunicato, e permettendo allo stesso tempo di attribuire alla conoscenza anche un valore economico. Il trasferimento della conoscenza presuppone quindi un processo di codificazione e successiva decodificazione delle stesse conoscenze, in particolare di quelle definite *tacite* [laddove per conoscenza tacita si intende il risultato del lento processo di creazione, sperimentazione, interpretazione e trasposizione delle nozioni operato da un soggetto specifico (il c.d. *knowing how* o *subjective knowledge*, cfr. M. Polanyi, *The tacit dimension*, Doubleday Anchor, New York, 1967, *passim*)]. Il processo di codificazione però non avviene attraverso la mera esternalizzazione delle conoscenze, piuttosto ha la finalità di realizzare concretamente, o in forma descrittiva, una loro traduzione, tenendo nella debita considerazione sia gli scopi cui tale conoscenza è indirizzata, sia il mezzo con il quale il trasferimento è compiuto. Ovviamente un aspetto fondamentale è rappresentato dai soggetti che si trovano ai due estremi del processo di trasferimento: il mittente e il destinatario. Entrambi, infatti, utilizzano le proprie conoscenze pregresse per interpretare ciò che è da loro veicolato, è quindi importante per riuscire ad evitare di incorrere in ambiguità o nell'insufficienza degli elementi, che tali conoscenze pregresse incorporino anche un comune linguaggio interpretativo. Più approfonditamente in E. Rullani, *Economia della conoscenza*, Carrocci, 2004.

¹⁰⁸ K. Zweigert e H. Kötz, *Introduction to comparative law*, cit., 410; H. Kötz e A. Flessner, *European Contract Law*, cit., 196, e prima G. Gorla, *Il contratto*, cit.

¹⁰⁹ Rispettivamente le direttive n. 84/450/CE e n. 2005/29/CE, cit.

¹¹⁰ J.J. Coelho de Sousa Ribeiro, *L'impératif de transparence*, in H. Schulte-Nolke e R. Schulze, *Europäisches Vertragsrecht im Gemeinschaftsrecht*, Bundesanzeiger, Colonia, 2002, 215; G. Alpa e M. Adenas, *Fondamenti del diritto privato europeo*, cit., 329.

o servizio¹¹¹. Lo stesso l'obbligo di trasparenza ha svolto un ruolo chiave per giungere ad una migliore comprensione del contenuto informativo in fattispecie complesse, quale per esempio la determinazione del tasso di interesse annuo e del costo generale del credito nella direttiva sul credito al consumo¹¹². In tale occasione, alla luce della complessità di tali informazioni, il legislatore ha provveduto affinché fosse possibile una semplificazione dei contenuti, individuando gli elementi principali e richiedendo che la forma espressiva con la quale questi siano veicolati consenta una più agevole assimilazione da parte del destinatario¹¹³.

2. 3. 3. I problemi di settorialità e frammentarietà degli interventi del legislatore

Gli interventi del legislatore europeo, tuttavia, non sono stati scevri da critiche. Le censure maggiori, provenienti da più parti della dottrina, sono quelle di frammentarietà e settorialità dell'intervento¹¹⁴, e ciò per una serie di ragioni.

In primo luogo, si pone un problema di tipo metodologico, poiché l'utilizzo preferenziale della direttiva quale strumento istituzionale di intervento, consta di numerosi svantaggi. Si presenta, infatti, un'insita difficoltà per il raggiungimento della reale armonizzazione, giacché il momento dell'implementazione nazionale implica una mediazione dell'ordinamento che recepisce la direttiva, adattando le regole europee al singolo sistema giuridico, con il rischio di snaturarne le caratteristiche¹¹⁵, o più

¹¹¹ Questi aspetti, affrontati dal legislatore europeo nella direttiva 2000/31/CE ex artt. 10 e 11, hanno una particolare rilevanza per quanto riguarda la definizione stessa di consumatore e l'estensione dello *jus variandi* nel processo di negoziazione, e saranno quindi affrontati in modo più approfondito nel cap. 4. e 5

¹¹² Si veda l'art. 4, c. 2, della direttiva n. 87/102/CE del Consiglio del 22 dicembre 1986 relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati Membri in materia di credito al consumo (GUCE 12 febbraio 1987, L 042/48) che dispone che "il documento scritto deve contenere: a) un'indicazione del tasso annuo effettivo globale, espresso in percentuale; b) un'indicazione delle condizioni secondo cui il tasso annuo effettivo globale può essere modificato. Qualora non sia possibile indicare il tasso annuo effettivo globale espresso in percentuale, saranno fornite al consumatore adeguate informazioni nel documento scritto. Tali informazioni devono almeno comprendere le informazioni previste all'articolo 6, paragrafo 1, secondo trattino".

¹¹³ S. Grundmann, *Information, party autonomy and economic agents in European Contract Law*, cit., 287.

¹¹⁴ H.-W. Micklitz, *A Comment on Party Autonomy and Consumer Regulation in the European Community – A Plea for Consistency*, in S. Grundmann et alii, *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, cit., 198; si veda anche il Piano d'Azione della Commissione (Comunicazione della Commissione – *Un più coerente diritto europeo dei contratti*, cit., par. 16-51) in cui sono enumerati i difetti ascritti all'approccio europeo sulla disciplina dei contratti in generale da parte degli accademici che avevano risposto alla precedente Comunicazione del 2001.

Si veda anche recentemente lo studio richiesto dalla Commissione Europea, H. Sculte-Nölke, C. Twigg-Flessner, e M. Ebers, *EC Consumer Law Compendium – Comparative Analysis*, Dicembre 2006, in cui vengono affrontati i problemi di recepimento di alcune direttive europee da parte dei singoli Stati Membri, evidenziandone le incoerenze e le discrepanze.

¹¹⁵ Secondo S. Weatherill, *Can there be common interpretation of European Private Law?*, 31 Georgia Journal of International and Comparative Law, 2002, 142, "[t]he directive serves as most vivid illustration of the insight that the EC governs by a model of 'indirect rule'". Si veda anche J. Drexler, *Continuing Contract Law Harmonization under the White Paper of*

semplicemente individuandone un'interpretazione più ampia o, viceversa, più limitata, rispetto a quella adottata da un altro Stato Membro.

La mancanza di precisione e la possibilità di implementazioni differenziate si lega poi ad un ulteriore elemento, ovvero l'intenzionale rifiuto di utilizzare un linguaggio tecnico, legato non solo all'operazione socio-economica considerata, ma anche ai concetti giuridici nei diversi sistemi paese, in modo tale da non rappresentare una possibile introduzione di nuove nozioni di diritto di origine esclusivamente comunitaria¹¹⁶.

Quest'ultimo aspetto si dimostra anche nella difficoltà di delineare a livello europeo una uniforme nozione di consumatore, poiché ciascuna delle direttive rivolte alla protezione del consumatore individuano tale soggetto attraverso criteri di volta in volta differenti (anche se riconducibili, per via interpretativa ad nucleo comune di riferimento¹¹⁷). Ciò comporta un effetto di frammentazione della nozione che si ripercuote anche sulle implementazioni nazionali, sia nel caso in cui il singolo Stato Membro abbia individuato una definizione generale di consumatore da applicarsi per ogni fattispecie¹¹⁸, sia nel caso in cui lo Stato Membro abbia esteso la nozione di consumatore a soggetti non contemplati dalla normativa comunitaria¹¹⁹.

In secondo luogo, possiamo aggiungere l'aspetto riguardante l'eterogeneità delle materie interessate dagli interventi e quindi il loro carattere frammentario, con l'effetto di provocare un'interazione anche conflittuale con la struttura unitaria, e sistematicamente completa¹²⁰,

1985? – *Between Minimum Harmonization, Mutual Recognition, Conflict of Laws, and Uniform Law*, in S. Grundmann e J. Stuyck, *An Academic Green Paper on European Contract Law*, cit., 107; M. Radeideh, *Fair Trading in EC Law*, cit., 95; J. Smits, *Toward a Multi-layered contract law for Europe*, cit., 398.

¹¹⁶ I termini fondamentali che non hanno una chiara definizione nelle direttive europee, sono quelli di 'contratto', 'danno', oppure alcune terminologie più specifiche: 'equa remunerazione', 'uso fraudolento', ecc. Un esempio di questa ambiguità è dato dall'art. 11 della dir. 2000/31/CEE dove il legislatore si è espresso con la formula 'ricezione della email di conferma' per definire il momento in cui il destinatario del servizio riceve l'email che convalida l'avvenuto accordo. Tale occasione poteva essere sfruttata per definire il momento di conclusione del contratto, invece il timore di interferire con le definizioni nazionali ha portato ad eliminare dalla originaria proposta di direttiva questa definizione. È necessario però specificare che nel momento in cui il legislatore ha superato la propria diffidenza e ha introdotto il concetto di buona fede nella direttiva 93/13/CE sulle clausole abusive, si è alzato un coro di critiche altrettanto diffuso, in particolare nel contesto britannico (i.a. H. Collins, *The Law of Contract*, cit.), che ha contestato tale scelta perché troppo intrusiva nel diritto nazionale dei singoli Stati Membri.

¹¹⁷ Si veda H. Sculte-Nölke, C. Twigg-Flessner, e M. Ebers, *EC Consumer Law Compendium – Comparative Analysis*, cit., 672, in cui gli Autori individuano come elementi caratteristici della nozione di consumatore, la natura fisica del soggetto e lo svolgimento di attività che esulano dall'attività imprenditoriale, professionale o commerciale.

¹¹⁸ Si vedano i rilievi comparatistici presentati nello studio H. Sculte-Nölke, C. Twigg-Flessner, e M. Ebers, *EC Consumer Law Compendium – Comparative Analysis*, cit., 674 in cui sono presentati i casi di Belgio, Estonia, Lituania, Portogallo e Slovacchia.

¹¹⁹ In questo caso la scelta è stata giustificata sul fatto che altre categorie di soggetti, escluse dalla definizione di consumatore, potevano essere discriminate (e quindi sottoposte ad un diverso regime di tutela), pur trovandosi nella medesima condizione di debolezza che caratterizza la condizione del consumatore. *Ibid.*, 679 e ss.

¹²⁰ Sul tema della completezza dell'ordinamento giuridico, si veda fra gli altri, N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1993.

Una giustificazione di ciò è stata data a livello politico da S. Weatherill, , *Justifying Limits to Party Autonomy in the Internal Market, EC Legislation in the Field of Consumer Protection*, cit., 183, laddove l'Autore afferma che "[i]n part the

del diritto dei contratti operante in ciascun Stato Membro¹²¹. Dal punto di vista del contenuto poi, ciascun intervento non sempre si coordina con i precedenti soprattutto per quanto riguarda le norme tecniche, per esempio è palese il caso del diritto di recesso, che in sede di direttiva sui contratti stipulati fuori dai luoghi commerciali (dir. 85/577/CEE, art. 4) può essere esercitato dopo sette giorni, mentre nella direttiva sui contratti a distanza (dir. 97/7/CEE, art. 6, (1)) la tempistica si allunga fino a comprendere sette giorni lavorativi, prorogabili fino a tre mesi in caso di mancata comunicazione della possibilità di usufruire del diritto stesso al momento della conclusione del contratto; gli stessi giorni si trasformano in “dieci giorni civili” nella direttiva sulla multiproprietà (dir. 94/47/CEE all’art. 5, c. 1)¹²².

2. 3. 4. L’apporto della Corte di Giustizia delle Comunità Europea

L’intervento della Corte di Giustizia delle Comunità Europee ha svolto un ruolo particolarmente importante nel definire gli estremi della politica comunitaria in sede di protezione del consumatore. Qualora si analizzino le sentenze che hanno toccato in modo diretto o indiretto il tema dell’informazione, è possibile trovarsi di fronte ad un quadro piuttosto dettagliato, anche se con alcuni aspetti caratterizzati da una certa ambiguità, circa i requisiti che l’informazione deve possedere per permettere il pieno raggiungimento della protezione del consumatore.

Il primo intervento della Corte che ha riconosciuto “*la correttezza nelle transazioni commerciali e la tutela del consumatore*” come requisiti fondamentali per valutare la conformità delle normative nazionali rispetto alle quattro libertà fondamentali, è stata la sentenza *Cassis de Dijon*¹²³. In questo caso, la Corte ha valutato l’opportunità per la Germania di mantenere una normativa restrittiva dell’importazione di bevande alcoliche, che ne fissava il minimo contenuto di alcool in relazione alla denominazione delle varie categorie di prodotti¹²⁴. Nella sentenza che rigettava le argomentazioni tedesche, si affermava da un lato che se le

patchwork quality of the EC’s activity is attributable to the constitutional background which has denied consumer policy any autonomous status in the Treaty until 1993, [...] and in part to the institutional background, which has deprived advocates of a strong consumer policy of any effective leverage within the Commission until recently. It was as late as 1995 that a separate Directorate – General for Consumer Policy was first established in the Commission”.

¹²¹ M. Bin, *Clausole vessatorie: una svolta storica (ma si attuano così le direttive comunitarie?)*, Contratto e impr./Europa, 1996, 432; G.B. Ferri, *Divagazioni intorno alla direttiva n. 44 del 1999 su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni al consumo*, Contratto e impr./Europa, I, 2001, 57.

¹²² K. Reisenhuber, *System and principles of EC contract law*, ERCL, 2005, 308 e ss.

¹²³ *Reve-Zentral AG c Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon)*, C-120/78, ECR [1979], 649.

¹²⁴ La Germania affermava che la normativa aveva come finalità quella di proteggere il consumatore contro le pratiche sleali di origine in questo caso avrebbe portato indirettamente alla statuizione di uno standard comune nell’Unione Europea basato sul livello più basso permesso in uno qualsiasi degli stati Membri (si vedano i p. 11 e 12 della sentenza).

informazioni veicolate al consumatore erano considerate sufficienti nello Stato di origine, ciò doveva valere anche nello Stato di importazione, dall'altro lato che le stesse informazioni rese disponibili nell'etichetta del liquore rappresentavano una idonea e adeguata forma di salvaguardia dell'acquirente rispetto al completo divieto di distribuzione del prodotto.

Nella sentenza *Oosthoek*¹²⁵, la Corte ha evidenziato la necessità di trasparenza del mercato, asserendo che una norma a tutela dei consumatori che vincola il venditore ad indicare il vero valore di un prodotto – impedendo così al consumatore di ignorare le reali caratteristiche del bene offerto – si conforma alle normative europee di correttezza contrattuale.

Successivamente, la sentenza *GB-INNO*¹²⁶ ha esteso la precedente dottrina riconoscendo che anche le limitazioni alla pubblicità possono avere degli effetti negativi per la commercializzazione dei prodotti di importazione. Dunque, la Corte ha affermato che non soltanto le forme di regolamentazione che limitano l'accesso ai beni di importazione possono essere sottoposte ad un sindacato di legittimità, ma anche le norme che regolano le informazioni pubblicitarie afferenti agli stessi beni¹²⁷. Questo approccio è stato poi confermato nel caso *Yves Rocher*¹²⁸ che ha sostenuto l'esigenza di una corretta informazione ovvero di un'informazione che consenta ai consumatori di compiere le proprie scelte “*con piena conoscenza dei fatti*”¹²⁹.

Infine, la sentenza *Belgian Notification Numbers*¹³⁰ ha specificato il livello qualitativo dell'informazione, sottoponendo la valutazione dell'opportunità delle informazioni alla loro capacità di fornire nuovi elementi necessari per conformare le scelte del consumatore. In particolare, la Corte asseriva che “[q]uanto alla giustificazione del provvedimento de quo fondata su

¹²⁵ *Oosthoek's Uitgeversmaatschappij B.V.*, C-286/81, ECR [1982], 4575. Il caso verteva sulla compatibilità con il diritto europeo di una legge olandese relativa alla restrizione dei piani di omaggi gratuiti, in particolare la legge proibiva l'offerta di prodotti in omaggio nello svolgimento di una attività commerciale. La normativa consentiva alcune eccezioni: se il prodotto offerto gratuitamente era legato al consumo o all'uso dell'acquisto principale, se possedeva un chiaro ed indelebile segno di riconoscimento come prodotto pubblicitario, oppure se il suo valore non eccedeva il 4% della somma totale acquistata contestualmente all'offerta gratuita.

¹²⁶ *GB-INNO-BM c Confédération du commerce luxembourgeois*, C-362/88, ECR [1990] I-667. La stessa prospettiva è stata poi adottata anche nel caso *Alpine Investments (Alpine Investments BV c Minister van Financiën)*, C-384/93, ECR [1995] I-1141).

¹²⁷ In questo caso la Corte è rimasta ambigua circa quali siano in concreto le “specifiche informazioni” il cui accesso non può essere negato a livello nazionale, (si veda la sentenza al p. 18).

¹²⁸ *Schutzverband gegen Umwesen in der Wirtschaft e.V. c Yves Rocher GmbH*, C-126/91, ECR [1993] I-2361. Il caso si riferisce ad una normativa tedesca che proibiva la pubblicità comparativa fra i prezzi precedenti e quelli attuali, qualora essi avessero una forma di presentazione tale da richiamare immediatamente lo sguardo. La sentenza ha affermato l'illegittimità della norma non tanto sulla base del principio di una informazione corretta (che appunto la norma perseguiva), ma piuttosto poiché la sanzione riguardava soltanto una specifica tipologia di espressione pubblicitaria, tralasciando il controllo di tutte le altre forme.

¹²⁹ *Yves Rocher* al p. 17.

¹³⁰ *Commissione c Belgio*, C-217/99 (*Belgian Notification Numbers*), ECR [2000] I-10251. E' necessario osservare che in questo caso la base giuridica si riferisce alla tutela della salute ex art. 30 TCE.

*motivi di tutela della sanità pubblica, occorre anzitutto stabilire quale valore informativo abbia, per i consumatori, l'indicazione del numero di notifica sull'etichetta dei prodotti in questione, verificando, in particolare, se il detto numero fornisca ai consumatori stessi indicazioni che permettano loro di adeguare il consumo di tali prodotti adottando precauzioni a difesa della loro salute. [Il tipo di informazione previsto, tuttavia,] pur garantendo ai consumatori che un fascicolo è stato notificato alle autorità competenti, non consente ai consumatori stessi di decidere se essi debbano o no consumare il prodotto e, in caso affermativo, in quale quantità. Per i consumatori, pertanto, la detta informazione non è di utilità sufficiente perché l'apposizione della stessa sull'etichetta possa essere pienamente giustificata in base a motivi di tutela della sanità pubblica*¹³¹. Nel caso di una decisione che concerne la salute dei consumatori, quindi, i dati fondamentali che questi devono conoscere non sono soltanto quelli che indicano l'esistenza di un controllo da parte delle autorità a ciò deputate, piuttosto quelle che permettono loro di compiere una valutazione consapevole circa l'acquisto e il consumo del prodotto¹³².

In conclusione, possiamo osservare come la Corte di Giustizia ha affrontato il problema della trasmissione di informazioni verso il consumatore sotto molteplici punti di vista, legando tale definizione sia alla libera circolazione dei beni sia a quella dei servizi, rafforzando in ogni caso l'importanza dell'informazione quale strumento per garantire una decisione consapevole da parte del consumatore, riconoscendo altresì la neutralità delle norme nazionali che impongano obblighi informativi rispetto al principio di libera circolazione dei beni e dei servizi.

Il quadro giuridico individuato nei precedenti paragrafi si riflette poi sulla disciplina operante nel settore telematico adattandosi allo specifico mezzo.

¹³¹ Si veda *Belgian Notification Numbers* al p. 25 e 26.

¹³² È necessario accennare all'impatto che la sentenza Keck e Mithouard ha avuto sulla questione delle informazioni finalizzate alla promozione dei beni e servizi all'interno dell'area economica europea. La sentenza in questione (C-267/91 e C-268/91 *Criminal proceedings against Bernard Keck and Daniel Mithouard*, [1993] ECR I-6097) concerneva il divieto posto nel territorio francese sulla rivendita di prodotti ad un prezzo più basso rispetto a quello di acquisto, (c.d. rivendita in perdita). Nell'opinione della Corte, tale divieto rappresentava un intervento che, pur limitando il volume di scambi dei prodotti provenienti da altri Stati Membri, non poteva essere qualificato come una misura equivalente ad una restrizione quantitativa delle importazioni. La giustificazione – peraltro non molto circostanziata nel caso specifico – di tale apprezzamento era basata su un doppio criterio di valutazione: la regolamentazione nazionale riguardante determinate forme di vendita può essere ragionevolmente esclusa dall'ambito di applicazione dell'art. 28 TCE (concernente la libera circolazione dei beni e servizi) se essa non è discriminatoria nella sua applicazione (ovvero è applicata indistintamente verso produttori nazionali e stranieri), né si trova ad esserlo nei suoi effetti legali o concreti. Ciò implicitamente mira a salvaguardare la possibilità di accedere al mercato interno su eguali condizioni per ogni produttore stabilito in uno degli Stati Membri, limitando però l'ambito di applicazione dell'art. 28 TCE soltanto ad alcune forme di vendita previste dagli interventi legislativi nazionali (cfr. par. 16 della sentenza).

Tuttavia, ai fini della presente analisi, le regole attinenti alla denominazione, alla presentazione, all'etichettatura e al packaging dei prodotti, ovvero tutti gli aspetti concernenti le modalità con le quali le informazioni promozionali e commerciali sono fornite ai consumatori, non subiscono una diversa modalità di valutazione rispetto alla precedente giurisprudenza, poiché sono considerate incluse nella categoria dei requisiti fondamentali dei beni commercializzati (cfr. par. 15 della sentenza) e dunque sottoposte al medesimo apprezzamento operato alla luce dello stesso art. 28 TCE.

2. 4. L'informazione fornita attraverso strumenti elettronici

Nei paragrafi precedenti abbiamo affrontato il ruolo dell'autonomia contrattuale dei singoli agenti nelle proprie scelte di acquisto, riconoscendo che l'estensione di tale concetto si è modificata progressivamente alla luce degli approcci teorici che di volta in volta hanno interessato la funzione svolta dal contratto nel sistema economico complessivamente inteso.

Un aspetto importante è il fatto che sia la giurisprudenza, sia la dottrina riconoscono la possibilità di porre limiti alla libertà negoziale dell'individuo qualora tale compressione sia sufficientemente giustificata. Una delle motivazioni addotte secondo l'approccio giur-economico è quello di una scarsa o irregolare diffusione delle informazioni all'interno del mercato (i.e. in caso di asimmetria informativa). Se si verifica tale condizione, è possibile prospettare l'imposizione di un obbligo di informazione, che grava sulla parte che più facilmente, o con minor dispendio economico, può giungere in possesso di tali dati, e quindi trasferirli alla controparte che (si presume) si trova in posizione di svantaggio. Così, se da un lato, l'autonomia contrattuale del professionista viene limitata stabilendo tempi, modi e contenuto dell'informazione; dall'altro, attraverso l'imposizione di tale obbligo informativo è possibile riportare l'equilibrio tra il livello di informazione dell'una e dell'altra parte contrattuale. Secondo questo orientamento, lo stesso obbligo informativo può operare come uno strumento per promuovere l'autonomia dei privati, in quanto capace di rendere equivalente il potere di negoziazione delle parti¹³³.

Questo strumento ha trovato applicazione anche nel quadro degli interventi rivolti alla regolazione del commercio elettronico, in particolare con la citata direttiva n. 2000/31/CE che appunto stabilisce una serie di obblighi informativi che il prestatore di servizi è tenuto ad adempiere nella fase propedeutica alla stipulazione del contratto elettronico. È dunque opportuno verificare se la motivazione appena proposta è egualmente applicabile all'interno del mercato elettronico, oppure se le caratteristiche dello stesso portano ad individuare nuove problematiche rispetto a quelle tradizionali.

Innanzitutto, il mercato elettronico non si differenzia da quello tradizionale né per beni commercializzati, né per la generale struttura del mercato, ciò non di meno, la dimensione globale della rete telematica e la potenziale internazionalità dei rapporti inducono a porre

¹³³ S. Grundmann, W. Kerber e S. Weatherill, *Party Autonomy and the role of information – An Overview*, in S. Grundmann *et alii*, *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, cit., 7; e S. Grundmann, *Information, Party Autonomy and Economic Agents*, 279; contra N. Reich, *Understanding EU Law*, cit., 283.

attenzione alle leggi applicabili ai singoli rapporti contrattuali¹³⁴. Piuttosto, la differenza sostanziale che si propone nell'ambito del mercato elettronico è quella relativa alla quantità di informazioni disponibili per ciascun operatore, sia esso acquirente o venditore di beni o servizi¹³⁵. Infatti, come già accennato, nella rete digitale la tecnologia permette non soltanto di raccogliere e organizzare in modo oltremodo facile ed economico le informazioni, ma anche la possibilità di produrle e diffonderle con altrettanta semplicità.

Dunque, se l'asimmetria informativa si realizza nel momento in cui l'informazione è scarsa oppure è eccessivamente dispendioso per il soggetto acquisirla, il mercato elettronico potrebbe per sua natura ovviare a tale problema. Difatti, se nel mercato tradizionale l'acquirente per confrontare le offerte presenti nel mercato e le condizioni contrattuali delle stesse richiede una lunga e accurata analisi, l'utente telematico può invece confrontare le diverse offerte attraverso l'apertura contemporanea delle rispettive pagine web, oppure attraverso l'utilizzo di intermediari informatici o agenti software che possono rilevare le offerte che meglio si confanno alle preferenze inizialmente indicate dall'utente stesso¹³⁶. Inoltre, la stessa rete consente di accedere a siti *web*, *newsgroup*, o *communities* di utenti nei quali ciascun soggetto ha la possibilità di comunicare le proprie esperienze relative ad un prodotto, ad un servizio, ovvero alle modalità di contrattazione di un determinato prestatore. Per esempio, se un utente vuol prenotare un viaggio aereo attraverso una compagnia *low-cost*, che appunto opera soltanto attraverso la rete Internet, non soltanto può fruire delle informazioni fornite dallo stesso prestatore del servizio attraverso la pagina *web* di questi, ma può ottenere informazioni alternative che altri soggetti hanno lasciato su Internet. Per esempio sarà possibile reperire informazioni relative alla compagnia o alla destinazione prescelta all'interno di una *newsgroup* nel sito di *google.com*. Oppure è possibile che lo stesso prestatore del servizio promuova tale scambio di informazioni fra i propri clienti attraverso la previsione di un *forum* interno alle stesse pagine del sito, come per esempio avviene nel piattaforma virtuale gestita da *eBay.com*. Evidentemente, attraverso queste fonti alternative di informazioni, l'utente può più facilmente giungere ad una valutazione dell'offerta disponibile¹³⁷.

¹³⁴ Per la disciplina di diritto internazionale privato si veda *infra* par. 1.2.1.1.

¹³⁵ Come abbiamo visto nel precedente capitolo (par. 1.1.4.), la direttiva sul commercio elettronico non è precipuamente rivolta alla protezione del consumatore, ma si rivolge alla totalità degli utenti telematici, ponendo come inderogabili gli obblighi informativi soltanto nel momento in cui i fornitori di servizi della società dell'informazione si trovino a contrattare con soggetti ascrivibili alla categoria dei consumatori, in questo senso M. Radeideh, *Fair Trading in EC law*, cit. 141.

¹³⁶ Si veda *infra* cap. 4. 5. 1. 2.

¹³⁷ Secondo N. Elkin Koren e E.M. Salzberg, *Law, Economics and Cyberspace – The effects of cyberspace on the economic analysis of law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2004, 66, ciò può essere apprezzato anche dal punto di vista teorico attraverso l'applicazione della teoria dei giochi: “*game theory analysis distinguishes between games that are played once and*

Alla luce di ciò, alcune ipotesi di intervento del legislatore basate sulla scarsa diffusione delle informazioni, ovvero sulla presenza di asimmetria informativa, non avrebbe più la sua ragion d'essere. Ciò può apprezzarsi non soltanto nel caso di commercio elettronico diretto, nel quale la negoziazione e l'esecuzione del contratto sono compiute completamente sulla rete, ma anche nel caso di commercio elettronico indiretto, nel quale solo la fase di negoziazione è di natura telematica¹³⁸.

Tuttavia, se alcuni problemi legati alla diffusione dell'informazione sono minimizzati in ragione delle caratteristiche del mezzo di comunicazione, d'altronde, possono sorgere nuove questioni che si legano anch'esse alla natura del mezzo. Infatti, tecnicamente tutti possono contribuire ad aumentare il numero di informazioni reperibili su Internet, ma non è detto che tali informazioni siano sempre e comunque affidabili nel loro contenuto e nella loro fonte. Ciò, appunto, deriva dal fatto che gli utenti, potendo fruire a proprio vantaggio dell'anonimato, sia nell'accesso che nell'utilizzo della rete¹³⁹, hanno l'opportunità di evitare di rispondere ai costi economici e reputazionali associati all'invio di informazioni ingannevoli o menzognere.

D'altra parte, anche la quantità di informazioni disponibili su Internet può rappresentare un limite. Come accennato nel capitolo precedente, per il soggetto che opera nel mercato non è una soluzione efficiente conoscere la totalità delle informazioni relative alle offerte commerciali disponibili, ma è sufficiente giungere alla condizione di soggetto "*optimally informed*". Dunque, l'utente, sebbene abbia la potenziale disponibilità di un mercato globale sul quale selezionare le offerte che maggiormente rispecchiano le proprie preferenze, è difficile che possa praticamente usufruirne, poiché l'elaborazione dell'intera quantità di dati

repeated games. Many one-round games tend to result in an efficient solution, as defection is likely to occur. Most repeated games, by contrast, tend to have efficient outcomes, as players will opt to cooperate. [...] The flow of information can turn typical one-round games into repeated games. [As a matter of fact] the instant availability of information from diverse sources tend to shift the contract from a one-off game to a repeated game, in which the collective body of the users can be considered as a player".

¹³⁸ N. Elkin Koren e E.M. Salzberg, *Law, Economics and Cyberspace*, cit., 67.

¹³⁹ Ovviamente si tratta di una possibilità di anonimato che vale prevalentemente per gli utenti, poiché i singoli ISP, in quanto fornitori di accesso, sono tenuti ad mantenere un registro aggiornato dell'identità di ciascun soggetto che accede alla rete, si veda per esempio la disciplina italiana in materia definita recentemente dal Decreto legge 27 luglio 2005, n. 144, Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale, nel quale all'art. 6, c. 1, si dispone che "*A decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino al 31 dicembre 2007, e' sospesa l'applicazione delle disposizioni di legge, di regolamento o dell'autorità amministrativa che prescrivono o consentono la cancellazione dei dati del traffico telefonico o telematico, anche se non soggetti a fatturazione, e gli stessi, esclusi comunque i contenuti delle comunicazioni e limitatamente alle informazioni che consentono la tracciabilità degli accessi e dei servizi, debbono essere conservati fino al 31 dicembre 2007 dai fornitori di una rete pubblica di comunicazioni o di un servizio di comunicazione elettronica accessibile al pubblico, fatte salve le disposizioni vigenti che prevedono un periodo di conservazione ulteriore*".

disponibili non è un risultato né umanamente realizzabile¹⁴⁰, né economicamente efficiente per l'utente telematico¹⁴¹.

Queste problematiche legate alla affidabilità e alla capacità di selezione delle informazioni fornite all'utente nel quadro generale della rete, si riscontrano proprio nella fase propedeutica al momento della conclusione del contratto. Innanzitutto, proprio nel momento iniziale del contatto fra il prestatore del servizio e il potenziale acquirente, quest'ultimo deve poter ricevere chiaramente gli estremi per riconoscere il mittente del messaggio promozionale. In questa fase, infatti, il potenziale acquirente – prima di analizzare il messaggio pubblicitario per apprezzarne l'utilità in ragione delle proprie preferenze – si trova a dover valutare se lo stesso messaggio provenga da una fonte affidabile, oppure se rappresenti piuttosto una mera interferenza (nella maggior parte dei casi non richiesta) nella propria sfera privata. In questa direzione si pone la disciplina finalizzata a fornire all'utente, qualsiasi sia lo strumento di comunicazione, le indicazioni relative al nome e agli estremi per contattare il soggetto autore dell'informazione¹⁴². Sono, tuttavia, possibili altri interventi in questo senso con forme di accreditamento dei fornitori di beni o servizi attraverso l'inserimento nelle proprie pagine *web* di certificazioni, oppure marchi di garanzia, o indicazioni relative alla partecipazione ad associazioni riconosciute, ecc.¹⁴³, che appunto si basano su di una segnalazione di affidabilità etero-determinata¹⁴⁴.

Per quanto riguarda, invece, l'aspetto concernente il contenuto delle informazioni ricevute, è necessario che l'utente possa selezionare le informazioni che ritiene utili, ovvero quelle informazioni che possono indirizzare il proprio comportamento economico verso la conclusione dell'accordo. Dunque, al momento della ricezione delle informazioni il potenziale acquirente ha la necessità di accertare se gli elementi che compongono l'offerta sono conformi ai propri desideri e alle proprie preferenze. In questo senso, è importante,

¹⁴⁰ È interessante notare che il numero vertiginoso di informazioni reperibili sulla rete ha portato a coniare l'espressione di “*data smog*”, con una chiara sfumatura negativa rispetto ad un fattore potenzialmente molto positivo. Cfr. D. Shenk, *Data smog: surviving the glut*, Harper, San Francisco, 1997.

¹⁴¹ A conferma di ciò, gli stessi motori di ricerca che sono utilizzati per selezionare sulla rete internet una serie di pagine web in base ad una o più parola-chiave, non hanno anch'essi la capacità di verificare più di una percentuale limitata dell'intera rete. Di conseguenza, anche gli strumenti che tecnicamente sono preposti all'individuazione delle informazioni disponibili possono soltanto fornire indicazioni limitate e selettive.

¹⁴² L'art. 5 della direttiva n. 2000/31/CE pone questa tipologia di informazione come *generale* ovvero il prestatore deve rendere facilmente accessibili in modo diretto e permanente ai destinatari del servizio e alle competenti autorità per lo meno le informazioni elencate nell'articolo.

¹⁴³ Si vedano i marchi di riconoscimento quali *BBBOnline*, *TrustUK*, *SquareTrade*, che, se apposti sulle pagine web di un sito telematico, assicurano gli utenti che i siti in questione rispettino determinati standard di comportamento, oppure uno specifico livello di tutela dei dati personali, o ancora la possibilità di ottenere una risoluzione alternativa delle controversie ad opera degli stessi certificatori.

¹⁴⁴ Altre ipotesi sono quelle di strumenti di certificazione attraverso la firma elettronica, che nel caso di invio di messaggi e-mail, consente al destinatario di accertare l'identità del mittente, e verificare che il contenuto del messaggio non abbia subito manipolazioni esterne.

quindi, valutare sia l'aspetto della correttezza dell'informazione in quanto tale (accertando la veridicità e la completezza dei contenuti), e quello della chiarezza e linearità nell'esposizione della stessa informazione. Proprio in questa direzione si trovano ad operare gli obblighi informativi concernenti la determinazione di un contenuto minimo di informazioni da inviare al potenziale contraente, che si coniugano anche con la disciplina concernente i contratti stipulati a distanza¹⁴⁵. Anche dal punto di vista tecnico sono disponibili degli strumenti capaci di sostituirsi all'utente nell'attività di ricerca e selezione delle informazioni, i c.d. agenti software, che possono appunto ovviare ex ante i problemi di affidabilità e utilità dell'informazione, tuttavia, il loro utilizzo pone nuovi interrogativi all'interprete del diritto proprio in relazione alle modalità con cui la volontà contrattuale può manifestarsi¹⁴⁶.

¹⁴⁵ L'art. 4 (1) della direttiva 97/7/CE prevede che: *“in tempo utile prima della conclusione di qualsiasi contratto a distanza, il consumatore deve ricevere le seguenti informazioni:*

- a) identità del fornitore e, in caso di contratti che prevedono il pagamento anticipato, indirizzo del fornitore;*
- b) caratteristiche essenziali del bene o del servizio;*
- c) prezzo del bene o del servizio, comprese tutte le tasse o imposte;*
- d) eventuali spese di consegna;*
- e) modalità di pagamento, consegna o esecuzione del contratto;*
- f) esistenza del diritto di recesso, tranne nei casi di cui all'articolo 6, paragrafo 3;*
- g) costo dell'utilizzo della tecnica di comunicazione a distanza, quando è calcolato su una base diversa dalla tariffa di base;*
- h) durata della validità dell'offerta o del prezzo;*
- i) se del caso, durata minima del contratto in caso di contratti per la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi di esecuzione continuata o periodica”.*

¹⁴⁶ Si veda il par. 4.5.1.2.

Capitolo 3.

L'illegittima interferenza nella vita privata

3. 1. L'informazione come comunicazione commerciale

Fin dal momento del primo accesso alla rete telematica l'utente si trova ad affrontare le specifiche modalità di espressione di questo mezzo: il primo contatto si compie con la comparsa sullo schermo del computer di una pagina *web* e, qualsiasi contenuto essa abbia, la forma che la contraddistingue è comunque una combinazione fra immagini, video, suoni e testo scritto. Per esempio, possono essere presenti testi che riguardano le notizie più recenti, siano esse nazionali o internazionali, ovvero settoriali o di interesse generale; oppure possono essere incluse delle immagini o video che si riferiscono a prodotti commercializzati su una diversa pagina *web*; e così via.

Come accennato in precedenza, l'informazione può essere definita in generale come un'attività svolta con mezzi linguistici (scrittura o parola) e non linguistici (gesti, comportamenti, immagini e suoni) che è diretta a rappresentare dati per trasmetterli ad un soggetto ricevente¹. Se si guarda al profilo dinamico, cioè all'attività informativa o di comunicazione, allora possiamo osservare che essa può essere caratterizzata diversamente in relazione a criteri oggettivi di valutazione. Infatti, all'interno della categoria generale di comunicazione è possibile distinguere una specifica partizione fra comunicazioni commerciali e non commerciali, basandosi su criteri quali l'identità strutturale del soggetto comunicante (pubblico o privato, individuale o collettivo, profit o no-profit), le finalità della comunicazione, il contenuto della comunicazione, e infine la propensione ad aumentare o diminuire il valore delle informazioni nel momento in cui esse sono diffuse².

¹ Si veda *supra* par. 1.1.2.

² In questo senso, F. Cafaggi, voce *Pubblicità commerciale*, *Dig. IV Disc. Comm.*, vol. XI, Utet, Torino, 1995, 435.

Ritornando all'esempio sopra citato, le informazioni relative alle ultime notizie provenienti dal mondo possono essere definite – ad una prima approssimazione – come delle comunicazioni non commerciali³; viceversa, la presenza di un *banner*⁴ sulla pagina web può qualificarsi come comunicazione di tipo commerciale poiché finalizzata alla promozione di un bene o di un servizio.

Una più precisa distinzione tra comunicazione commerciale e comunicazione non commerciale può essere tracciata seguendo le indicazioni ricavabili dalla direttiva europea sul commercio elettronico. Infatti, in questa normativa il legislatore europeo ha chiarito non soltanto i criteri per identificare la comunicazione commerciale, ma anche la disciplina cui essa è sottoposta. Per comunicazione commerciale si intende ogni tipo di comunicazione “finalizzata alla promozione, diretta o indiretta, di beni, servizi oppure dell'immagine di una impresa, organizzazione o persona, le quali perseguono una attività commerciale, industriale o artigianale oppure esercitano una professione regolamentata”⁵. Si tratta evidentemente di un concetto molto ampio, che non permette di escludere alcuna forma di informazione finalizzata alla promozione pubblicitaria, e ciò indipendentemente dal mezzo nel quale tale attività viene a svolgersi. Dunque, il legislatore, riconoscendo le potenzialità di sviluppo della tecnologia, ha preferito utilizzare una definizione neutrale⁶ che consente di includere ogni attuale espressione pubblicitaria, ed anche le sue future forme di espressione attraverso i tradizionali mezzi di comunicazione, attraverso le potenziali ipotesi di convergenza dei mezzi di comunicazione stessi⁷.

³ Per esempio l'utente può aver sottoscritto un contratto con il *provider Internet* per poter avere, ad ogni accesso riconosciuto, le più aggiornate informazioni relative ad uno specifico argomento, siano essi i risultati degli incontri disputati da un club sportivo, oppure le ultime uscite cinematografiche nella propria città di residenza.

⁴ Si veda *infra* per la definizione di tale modalità di comunicazione.

⁵ Si veda l'art. 2, lett. f) della direttiva n. 2000/31/CE.

⁶ L'importanza di una neutralità tecnologica nel quadro della legislazione concernente in generale il commercio elettronico è sottolineata da C. Ramberg, *E-commerce*, in A. Hartkamp, M. Hesselink, E. Hondius, *et al.* (a cura di), *Towards a European Civil Code*, Ars Aequi Libri, Nijmegen, 2004, 229.

⁷ È infatti facile immaginare che lo sviluppo ulteriore della tecnologia non solo porterà ad una diffusione ed una utilizzazione sempre maggiore di servizi offerti da Internet, ma anche ad una convergenza verso la rete delle reti di tutti i più importanti strumenti di comunicazione. Oltre alla telefonia mobile (per il quale si sta già sviluppando il mercato delle c.d. M-technologies, che presuppongono la possibilità di accesso alla rete senza computer, ma con i telefoni cellulari di nuova generazione, c.d. UMTS), anche la televisione sta studiando il modo di sfruttare la nuova tecnologia per abbattere i costi e diventare interattiva. Cfr. fra gli altri P. Caretti, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, 2° ed., Bologna, Il mulino, 2001, 146; E. Poddighe, *La tutela della riservatezza dei dati personali nelle comunicazioni elettroniche e il diritto di autodeterminazione dell'interessato*, in F. Cardarelli, S. Sica e V. Zeno-Zencovich (a cura di), *Il codice dei dati personali – Temi e problemi*, Milano, Giuffrè, 2004, 458 spec. n. 13. Infatti, la più probabili previsioni in questo senso annunciano che gli attuali dispositivi elettronici di uso quotidiano saranno in breve tempo collegati alla rete Internet. Consapevole di ciò, l'Unione Europea ha avviato una politica di regolamentazione dell'integrazione tra le diverse tecnologie di informazione e comunicazione. Il più recente intervento normativo è l'insieme delle direttive n. 2002/19/CE (direttiva accesso), n. 2002/20/CE (direttiva autorizzazioni), n. 2002/21/CE (direttiva quadro) e n. 2002/22/CE (direttiva servizio universale) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002. In particolare, la direttiva relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica disciplina la fornitura di reti e di servizi di comunicazione elettronica agli utenti finali nell'ambito della direttiva n. 2002/21/CE, proponendosi di creare le

Questa terminologia deve essere in ogni caso comparata con altre due definizioni normative, la prima – antecedente – inclusa nella direttiva n. 84/450/CE in tema di pubblicità ingannevole⁸, e l'altra – successiva – inclusa all'interno della direttiva n. 2005/29/CE in materia di pratiche commerciali ingannevoli.

Il primo testo normativo, la direttiva n. 84/450/CE, propone una definizione ben più limitata, relativa appunto alla fattispecie di pubblicità commerciale: *“qualsiasi forma di messaggio che sia diffuso nell'esercizio di un'attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, allo scopo di promuovere la fornitura di beni o servizi, compresi i beni immobili, i diritti e gli obblighi”*. È evidente che questa definizione non contempla al suo interno le ipotesi di attività promozionale indiretta (e.g. le sponsorizzazioni) e le ipotesi di promozione dell'immagine dell'impresa (e.g. la creazione di un sito Internet), fattispecie che invece sono previste nella definizione di comunicazione commerciale inclusa nella direttiva sul commercio elettronico. Questo consente di affermare che la terminologia di comunicazione commerciale rappresenta una formulazione che include al suo interno quella appena citata di pubblicità. Questa differenza nell'ambito di applicazione della direttiva n. 84/450/CE e quello della direttiva n. 2000/31/CE non era passata inosservata e aveva portato parte della dottrina a supporre che la disciplina della comunicazione commerciale subisse una modifica sostanziale nel momento in cui il mezzo utilizzato per veicolarla fosse stato diverso⁹, in realtà la direttiva sul commercio elettronico risolve implicitamente questo dubbio poiché la nozione di comunicazione commerciale si configura come tecnologicamente neutrale, ovvero riconosce l'applicazione della disciplina indipendentemente dal mezzo utilizzato. Di conseguenza, le regole concernenti la pubblicità ingannevole e comparativa si ritengono applicabili egualmente alle attività promozionali svolte sulla rete Internet.

Il secondo testo normativo, la direttiva n. 2005/29/CE sulle pratiche sleali introduce una terminologia ancora diversa: quella di pratica commerciale, che nella sua stessa definizione normativa (art. 2, lett. e) include ogni atto od omissione, condotta o rappresentazione, oppure comunicazione commerciale (incluse attività pubblicitarie e di marketing) di un professionista,

condizioni per lo sviluppo e la diffusione delle tecnologie della comunicazione, ed inoltre di incentivare gli Stati membri a farsi carico dell'esigenza che ai relativi servizi possano accedere anche i ceti meno abbienti, nonché tutti i potenziali consumatori nei confronti dei quali la prestazione possa risultare più scomoda o più costosa (considerando 7 e 25).

⁸ Nel presente testo i riferimenti saranno fatti alla direttiva n. 1984/450/CEE sulla pubblicità ingannevole tenendo conto delle successive modifiche intervenute sul testo, anche ad opera della direttiva n. 2005/29/CE, tuttavia il legislatore europeo ha ritenuto necessario consolidare in un nuovo testo legislativo tale disciplina che risulta oggi individuata dalla direttiva n. 2006/114/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 Dicembre 2006, concernente la pubblicità ingannevole e comparativa.

⁹ R. Zallone, *La disciplina delle comunicazioni commerciali*, in C. Rossello, G. Finocchiaro, E. Tosi (a cura di), *Commercio elettronico*, Torino, Giappichelli, 2003, 112; A. Mesnais e Y. Dietrich, *Un aperçu de la proposition de directive n. 98-586 relative à certaines aspects juridiques du commerce électronique*, in *Lamy Droit de l'Informatique et des Réseaux*, n. 112/K, 1999, 1.

che si lega direttamente¹⁰ con la promozione, la vendita o la fornitura di un bene e/o un servizio ai consumatori. La disciplina sulle pratiche commerciali, da un lato, in quanto direttiva ad armonizzazione massima, impone un regime non superabile dai singoli legislatori nazionali in sede di recepimento¹¹, dall'altro, si presenta come una direttiva-quadro che si applica a tutte le fattispecie che non sono regolate in modo specifico da altre normative comunitarie. La nozione di pratica commerciale è poi ampliata anche dall'art. 3, c. 1, della direttiva stessa che fa riferimento a tutte le pratiche commerciali che si svolgono “*prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa ad un prodotto*”¹². Per analizzare i rapporti fra la direttiva n. 2005/29/CE e la direttiva n. 84/450/CEE, è necessario richiamare quanto indicato nel memorandum esplicativo della Commissione sulla proposta di direttiva sulle pratiche abusive, nel quale si chiarisce che la direttiva n. 2005/29/CE incorpora al suo interno la disciplina relativa alla pubblicità ingannevole per tutto quel che concerne i rapporti fra professionisti e consumatori¹³, lasciando intatta la disciplina prevista dalla direttiva n. 84/450/CEE per quanto riguarda i rapporti fra professionisti¹⁴. Per quel che concerne i rapporti fra la direttiva n. 2005/29/CE e la direttiva sul commercio elettronico, invece, il memorandum esplicativo non offre indicazioni precise, ponendo il dubbio circa la disciplina applicabile alle comunicazioni commerciali, in quanto distinte dalle pratiche commerciali. Il potenziale conflitto fra le due discipline, tuttavia, può essere risolto attraverso l'applicazione del principio individuato dalla stessa direttiva sulle pratiche abusive all'art. 3, c. 4, che impone che in caso di contrasto, il primato della *lex specialis*. Dunque, la disciplina sulle comunicazioni commerciali, poiché afferente ad aspetti specifici, si applica a quelle pratiche rinvenibili nel

¹⁰ Sull'importanza di tale termine nella limitazione dello scopo della direttiva sulle pratiche commerciali si veda T. Wilhelmsson, *Scope of the directive*, in G. Howells, H.-W. Micklitz e T. Wilhelmsson, *European Fair trading law*, Ashgate, Aldershot, 2006, 54.

¹¹ H.-W. Micklitz, *A general framework directive on fair trading*, in H. Cs (a cura di), *The forthcoming EC directive on unfair commercial practices*, The Hague, Kluwer law International, 2004, 43; H.-W. Micklitz, *Minimum / maximum harmonisation and the internal market clause*, in G. Howells, H.-W. Micklitz e T. Wilhelmsson, *European Fair trading law*, cit., 27.

¹² Ciò è confermato anche dal memorandum esplicativo della direttiva nel quale si affermava che la direttiva “*applies the same fairness principles to commercial practices before and after the point of sale*”, *Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the Internal Market*, COM (2003) 356 final, 8. Di conseguenza, sia le pratiche concernenti la consegna del prodotto, sia quelle concernenti il pagamento del prezzo e così pure le forme di risoluzione dei reclami sono incluse all'interno dello scopo della direttiva sulle pratiche abusive.

¹³ La direttiva sulle pratiche abusive “*incorporates the misleading advertising Directive's B2C provisions (ie provisions dealing with advertising reaching or directed at consumers) and limits the scope of the existing Directive to business-to-business advertising (ie provisions dealing with advertising reaching or directed at business) and comparative advertising which may harm a competitor (by denigration, for example) but where there is no consumer detriment*” (grassetto nell'originale), *Proposal for a directive*, cit., 8.

¹⁴ La direttiva sulle pratiche abusive, infatti, indica all'art. 14, c. 1, le modifiche da apporre alla direttiva n. 84/450/CEE, in particolare l'art. 1 di quest'ultima viene riformulato nel seguente modo: “*La presente direttiva ha lo scopo di tutelare i professionisti dalla pubblicità ingannevole e dalle sue conseguenze sleali e di stabilire le condizioni di liceità della pubblicità comparativa*” (grassetto aggiunto).
Si veda *infra* su tale tema par. 3.2.1.1.

commercio elettronico, ciò nondimeno la direttiva sulle pratiche commerciali sleali rimane applicabile a quegli aspetti non coperti dalla normativa specifica.

Dunque, la nozione di comunicazione commerciale risultante dalla direttiva n. 2000/31/CE è fondamentale per definire la disciplina giuridica che si applica al flusso di informazioni che intercorre fra il potenziale destinatario e il prestatore del servizio della società dell'informazione nella fase propedeutica all'eventuale delinarsi del rapporto giuridico. Questa fase si concentra nel periodo che va dal momento in cui l'utente accede alla rete Internet, fino al momento in cui mostra la propria intenzione di concludere l'accordo contrattuale stabilendo un contatto diretto con il prestatore di servizi della società dell'informazione. Quest'ultimo, infatti, avrà impiegato tale intervallo di tempo per attuare la propria strategia pubblicitaria, il cui obiettivo finale è rappresentato dal conseguimento di un livello di fiducia (o di curiosità) del potenziale acquirente verso il prodotto tale appunto da condurlo all'acquisto¹⁵.

Ovviamente, l'utilizzo di un mezzo di comunicazione diverso da quelli tradizionali di stampa o radiotelevisione, comporta anche l'adeguamento della disciplina giuridica al nuovo panorama di strumenti pubblicitari messi a disposizione del venditore. Ciò si rivela di particolare importanza se si ammette che talune tecniche pubblicitarie possono non soltanto trarre in inganno l'utente-destinatario per la difficoltà di riconoscere la natura persuasiva del messaggio ricevuto¹⁶, ma altresì possono condurre alla lesione della sfera privata dell'utente in ragione dell'abuso delle informazioni che quest'ultimo può, volontariamente o involontariamente, lasciare sulla rete telematica¹⁷. Proprio per questi più evidenti rischi, come sarà analizzato nel prosieguo, le comunicazioni commerciali sottostanno ad un obbligo di chiara riconoscibilità della comunicazione promozionale in quanto tale, cui deve essere legata l'identificabilità del soggetto emittente della comunicazione¹⁸.

¹⁵ Si veda V. Zeno-Zencovich, *La libertà d'espressione – Media, mercato, potere nella società dell'informazione*, Il mulino, Bologna, 2004, 85, che afferma come, dal punto di vista economico, l'attività pubblicitaria non possa che essere qualificata come una fase dell'attività produttiva dell'impresa: “*la pubblicizzazione del prodotto o del servizio costituisce un aspetto essenziale sia della determinazione dei costi che della previsione dei ricavi*”.

¹⁶ La natura persuasiva della comunicazione commerciale può infatti coniugarsi con la funzione esclusivamente informativa della comunicazione, così da celarne in tutto o in parte la finalità promozionale. Sulla distinzione fra funzione persuasiva e informativa della pubblicità si veda G. Grisi, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Jovene, 1990, 401; A. Vanzetti, *La repressione della pubblicità menzognera*, Riv. Dir. Civ., 1964, I, 584; F. Cafaggi, voce *Pubblicità commerciale*, cit., 481.

¹⁷ C. Elistici, R. Randazzo (in collaborazione con F.M. Andreani e G. Paracchi), *La pubblicità on-line*, in AA.VV., *Internet*, coll. *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, vol. X, Utet, Torino, 2004, 237; S. Stabile, *La pubblicità in Internet*, in *Dir. ind.*, 1997, 693; M. Quaranta, *Debolezze e tutele del consumatore on-line nel processo di globalizzazione. Il diritto di recesso e gli obblighi di informazione nella normativa italiana. La pubblicità interattiva come veicolo di acquisti pilotati*, in G. Cassano, *Il commercio via Internet*, Piacenza, La Tribuna, 2002, 84.

¹⁸ Si veda *infra* par. 3. 2. 1.

Dei provvedimenti più stringenti sono inoltre richiesti in caso di offerte promozionali, concorsi e giochi, i quali tuttavia saranno sottoposti a specifica normativa qualora sia approvata il nuovo regolamento sulle vendite promozionali, (*Communication from the Commission on sales promotions in the Internal Market - Proposal for a Regulation of the*

Le scelte operate da parte del legislatore europeo, cui si sono conformati i legislatori nazionali, si basano su una duplice valutazione che concerne, da un lato, il bilanciamento fra l'interesse delle imprese a diffondere le informazioni commerciali relative ai propri prodotti o servizi¹⁹ e il diritto degli utenti telematici alla tutela della propria sfera privata. Si deve considerare inoltre, che l'utente stesso può manifestare interessi confliggenti: da un lato, l'utente è interessato a ricevere un'informazione utile e corretta in relazione alle sue preferenze di acquisto, dall'altro lato, lo stesso utente è interessato a salvaguardare la propria sfera privata da illegittime interferenze²⁰. Di conseguenza, il legislatore comunitario ha approntato una serie di strumenti giuridici, cui si aggiungono anche strumenti tecnici, tali da consentire a ciascun utente di disporre adeguatamente dei propri dati personali, autorizzandone il trattamento, per esempio ai fini di marketing diretto. Gli strumenti disponibili si basano necessariamente sull'elemento del consenso al trattamento dei dati, la cui formulazione si ripercuote su aspetti quali la durata del trattamento autorizzato (solo per un periodo limitato, oppure *ad libitum*), la natura dei dati da trattare, il corrispettivo ricevuto in cambio del consenso, ecc.

Prima di affrontare gli obblighi informativi che riguardano la comunicazione commerciale, è utile però esaminare brevemente le caratteristiche della pubblicità su Internet, soprattutto per quanto riguarda le modalità tecniche con le quali essa si realizza.

3. 1. 1. La pubblicità su Internet: gli strumenti utilizzati per la diffusione delle comunicazioni

La comunicazione d'impresa è sempre stata alla ricerca di mezzi rapidi ed efficaci attraverso i quali diffondere i propri messaggi. Di conseguenza l'uso delle reti telematiche come veicolo pubblicitario è stato un passaggio prevedibile, se non inevitabile²¹. I processi di comunicazione che si svolgono nello spazio virtuale, infatti, sono caratterizzati da due aspetti che svolgono un ruolo fondamentale: la bidirezionalità dello scambio dei dati e il

European Parliament and the Council concerning sales promotions in the Internal Market, 2 Ottobre 2001, COM(2001) 546 final).

¹⁹ Si veda V. Zeno-Zencovich, *La libertà d'espressione*, cit., 85, il quale riconosce la difficoltà per alcuni autori statunitensi (E. Barendt, *Freedom of Speech*, Oxford, Clarendon, 1987, 54, e R.A. Shiner, *Freedom of commercial expression*, Oxford, OUP, 2003, passim) di ammettere la possibilità di limitare in alcun modo la pubblicità poiché riconosciuta come forma di espressione dell'impresa, con la quale quest'ultima manifesta le sue opinioni sui propri prodotti.

²⁰ In questo senso, si veda il discorso introduttivo tenuto dal Presidente dell'Autorità Garante della Privacy, S. Rodotà, in occasione del Convegno Internazionale "Internet e Privacy, quali regole?", Roma 8 e 9 maggio 1998.

²¹ A.A. Rinaldi, *Le comunicazioni commerciali e la direttiva e-commerce*, in A. Antonucci, *E-commerce: la direttiva 2000-31-CE e il quadro normativo della rete*, Milano, Giuffrè, 2001, 28; P. Leocani, *La direttiva sul commercio elettronico*, Europa e diritto privato, 2000, 619.

limitato costo dei mezzi di comunicazione e dello stesso collegamento telematico. Il primo aspetto, in particolare, ha contribuito allo sviluppo di comunicazioni interattive e multimediali, laddove l'utente viene scosso dalla sua tradizionale posizione di osservatore passivo, per indurlo a diventare un interlocutore attivo dell'impresa, le cui caratteristiche contribuiscono a determinare i contenuti della comunicazione commerciale da riceversi²².

La vocazione pubblicitaria di Internet è tanto evidente, che il mero utilizzo della rete Internet da parte di un'impresa si è ritenuto costituisca lo svolgimento di un'attività pubblicitaria. Infatti, in un provvedimento dell'Autorità Antitrust italiana e, qualche anno dopo, in una sentenza della Corte di Appello della città di Rennes²³, si sosteneva che nel momento in cui un'impresa crea una propria vetrina sul rete telematica, ciò avviene in ragione delle specifiche caratteristiche tecniche di interattività e di diffusione, e pertanto questa scelta sottintende la finalità di utilizzare tale vetrina quale “*support publicitaire*”²⁴, in altre parole, quale forma di comunicazione commerciale.

In generale, escludendo la mera promozione dell'immagine dell'impresa attraverso la creazione di un sito *web*²⁵, l'utilizzo della rete telematica quale veicolo pubblicitario è riconducibile a tre fondamentali tipologie di strumenti. La prima modalità è rappresentata dall'invio di messaggi pubblicitari per posta elettronica (*e-mail marketing*); la seconda dall'inserzione di pubblicità all'interno dei siti web (essenzialmente i *banners*, *frames* e *link*²⁶);

²² Si parla, infatti, in misura crescente di campagne pubblicitarie “customer-oriented”, adattate alle preferenze, espresse e non, dello stesso potenziale cliente.

²³ Si vedano il provvedimento n. 4820 del 27 marzo 1997 dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, pubblicato in *Dir. ind.*, 1997, 1064 con nota di S. Stabile, nel quale l'Autorità si esprimeva definendo Internet come vero e proprio “veicolo pubblicitario”; e la sentenza della Cour d'Appel de Rennes (1er ch. B) del 31 marzo 2000, *Compagnie Fiancière du Crédit Mutuel de Bretagne c. Fédération logement consommation et environnement d'Ille-et-Vilaine*.

In relazione alla sentenza italiana è opportuno osservare che nello stesso periodo, il Consiglio Nazionale Forense si è mostrato di contrario avviso su un tema affine, poiché era stato chiamato a pronunciarsi su due fattispecie di pretesa violazione dell'art. 17 del codice deontologico forense che vieta agli avvocati “qualsiasi forma di pubblicità dell'attività professionale”, ha dunque ritenuto che la pagina web, almeno per se stessa considerata, non costituisce pubblicità rappresentando piuttosto solo uno strumento alternativo di esercizio della professione. Pditamente in L. Manna, *La disciplina del commercio elettronico*, Padova, Ceda, 2005, 67 e ss.

²⁴ “Un site Internet est susceptible de constituer un support publicitaire: il permet la communication au public de textes et d'images, destinée éventuellement à présenter au public le consultant des marques des services et des marchandises et à inciter à la conclusion de contrats avec les consommateurs potentiels. Le fait que le site ne puisse être consulté qu'après abonnement, et au choix du site par l'utilisateur d'Internet, ne change en rien le caractère publicitaire des annonces qui peuvent y être faites. La situation est exactement identique à celle de l'acheteur d'un journal contenant des publicités”. In E. Caprioli, *La pubblicità sur Internet et le respect du droit de la consommation*, *RD bancaire et financier*, maggio/giugno, 2000, Comm. N. 104, 164 e ss.; per la sentenza italiana si veda anche A.A. Rinaldi, *Le comunicazioni commerciali e la direttiva e-commerce*, cit., 33.

²⁵ Si tenga presente che anche “the image advertising that attempts to picture the trader favourably in a form of market communication in the same way as advertising which recommends his product. If a business, for example, promotes itself as an exceptionally consumer-friendly enterprise, and this is considered misleading, the remedies based on the directive [on unfair commercial practices] should be available”, così in T. Wilhelmsson, *Scope of the directive*, cit., 55.

²⁶ Il banner è una delle forme di pubblicità più diffuse sulla rete, e consiste in un messaggio pubblicitario che viene visualizzato all'interno di una pagina web presentandosi in sotto forme diverse. Generalmente è costituito da un messaggio pubblicitario fisso o con animazione, e sempre più spesso si tratta di uno strumento ipertestuale che permette all'utente di collegarsi direttamente al sito dell'azienda.

infine, la terza è riconducibile a tutte quelle ipotesi in cui il messaggio pubblicitario è introdotto all'interno di spazi non "istituzionalmente" dedicati alla comunicazione commerciale (come i *newsgroups*)²⁷.

3. 1. 2. (segue) ...e l'abuso di tali strumenti

Una delle tecniche più utilizzate per l'invio di comunicazioni commerciali consiste nell'invio diretto di messaggi verso gli indirizzi e-mail degli utenti telematici. Questa tecnica è particolarmente vantaggiosa per il commerciante, sia per il basso costo, sia l'ampio bacino d'utenza raggiungibile, sia per la rapidità con la quale si raggiungono gli utenti. Tuttavia, questo strumento pubblicitario può dar luogo ad una particolare forma di abuso definito come c.d. attività di "spamming"²⁸, e avere delle ricadute negative sull'utente e sullo stesso prestatore di accesso ad Internet.

In origine il termine "spamming"²⁹ è stato coniato negli Stati Uniti³⁰ intorno alla metà degli anni '90 per designare l'invio di e-mail commerciali non richieste da parte dei rispettivi destinatari. La stessa terminologia si è poi affermata in Europa nel momento in cui questo fenomeno si è diffuso anche nel Vecchio Continente³¹, e ciò ha condotto il legislatore europeo ad affrontare tale questione focalizzando la propria azione sull'illegittimità di tale

Il *link* è lo strumento che consente di collegare fra loro più pagine web, per esempio possono essere legate fra loro parti diverse della stessa pagina, oppure pagine diverse legate allo stesso sito web, o ancora possono collegare fra loro siti diversi (per esempio stabilendo un vincolo di reciprocità delle informazioni veicolate su entrambi). Il *frame* rappresenta un particolare tipo di link che permette di inserire la pagina di destinazione di un sito Internet all'interno della struttura di una pagina di partenza. Si tratta di una tecnica che permette di suddividere lo schermo in cornici indipendenti in modo da mantenere visibili le comunicazioni commerciali in esse durante tutto il periodo di navigazione. Si veda più approfonditamente, C. Elistici, R. Randazzo, *La pubblicità on-line*, cit., 242; A.A. Rinaldi, *Le comunicazioni commerciali e la direttiva e-commerce*, cit., 38 note 20 e 21; E. Tosi, *Le responsabilità civili*, in E. Tosi (a cura di), *I profili giuridici dell'Internet*, Milano, Giuffrè, 1999, 270.

²⁷ S. Stabile, *La pubblicità in Internet*, cit., 692. Si tenga comunque presente che la presenza del sito dell'azienda rappresenta un mezzo essenziale per poter utilizzare tutti gli altri strumenti che la rete mette a disposizione per pubblicizzare i propri prodotti.

²⁸ Il termine "spam", da cui deriva *spamming*, secondo la versione più accreditata, è l'abbreviazione di "spiced ham" (carne di maiale [in scatola]), utilizzato in uno sketch della serie televisiva dei *Monty Python's Flying Circus*. La ripetizione ossessiva che dava luogo a fraintendimenti e incomprensioni ha portato ad associare tale parola ad un'idea di un disturbo di livello e continuità tali da ostacolare la possibilità di comunicazione.

²⁹ Negli Stati Uniti si utilizza anche la sigla "UCE" (*Unsolicited Commercial E-mail*). La terminologia è ad ogni modo molto varia ed impiegata in modo poco rigoroso: si usano anche i termini "junk e-mail" e "bulk e-mail".

³⁰ La prima occasione in cui si è mostrata l'operatività dello spamming è avvenuta nel 1994 in Arizona, quando due avvocati inviarono numerosissime e-mail per offrire la propria consulenza in materia di visti per l'immigrazione negli USA. Per approfondimento si veda lo studio *Unsolicited Commercial Communications and Data Protection*, elaborato, su incarico della Commissione UE, dalla società di consulenza ARETE, gennaio 2001, p. 15.

³¹ Si vedano le dichiarazioni in tal senso rilasciate dal Commissario UE per il DG Società dell'Informazione Erkki Liikanen, alla vigilia del workshop organizzato dall'OECD: "Spam is a global problem that requires global action [...] If we want to combat spam effectively, efforts made in the European Union and other regions of the world must be echoed by similar efforts at the international level, not only by governments but also businesses and consumers. [...] Spam is a problem for many reasons: invasion of privacy, deception of consumers, and potential harm to minors. It also causes extra costs for businesses, lost productivity, etc. More generally, it undermines consumer confidence, which is a prerequisite for the success of e-commerce and, indeed, for the Information Society". Si veda Press Release IP/04/136, 2 febbraio 2004.

interferenza nella sfera privata del destinatario delle informazioni³². Infatti, esistono diverse definizioni di *spamming*, che distinguono qualora il messaggio inviato è meramente “non richiesto”, oppure se si richiede la natura commerciale dello stesso, o ancora se è indispensabile l’invio contemporaneo ad un elevato numero di destinatari, o infine se è richiesto il contenuto fraudolento dello stesso (nei casi in cui lo “*spammer*” nasconde o falsifica il proprio indirizzo o altre parti dell’intestazione dell’e-mail al fine di evitare reazioni da parte dei destinatari, per cui si parla anche di “*IP spoofing*”³³), tali differenziazioni non pregiudicano la valutazione di compatibilità della pratica rispetto al sistema di tutela della privacy. Nondimeno, di recente è stata formulata una definizione piuttosto restrittiva di *spamming*, nel senso che dovrebbe considerarsi tale solo l’invio in massa di e-mail non sollecitate, in genere di carattere commerciale, a persone con le quali il mittente non ha mai avuto contatti e i cui indirizzi di posta elettronica egli ha raccolto – senza autorizzazione – sugli spazi pubblici di Internet (forum di discussione, siti web, ecc.)³⁴.

In ogni caso, i destinatari dello *spamming* sopportano notevoli disagi e costi rilevanti, a differenza delle spese sostenute da coloro che inviano le e-mail che sono assai ridotte poiché derivanti dal solo costo di connessione al momento dell’invio³⁵. Concretamente,

³² Si veda *infra* par. 3. 3. 1.

Per un’analisi delle due modalità di comunicazione pubblicitaria ed in genere sulle caratteristiche della pubblicità via posta elettronica si vedano il Rapporto CNIL, cit., 4 ss., il Working Paper del Gruppo di lavoro per la tutela delle persone con riguardo al trattamento dei dati personali, *Privacy on the Internet - An integrated EU approach to on-line data protection*, adottato il 21 novembre 2000, p. 36 ss., il Parere n. 7/2000 adottato il 2 novembre 2000 dallo stesso Gruppo di lavoro in relazione alla proposta di direttiva della Commissione UE COM (2000) 385 del 12 luglio 2000 sulla privacy nelle comunicazioni elettroniche, p. 9 ss., ed infine D. Memmo, *La privacy informatica: linee di un percorso normativo*, in *Contratto e Impresa*, 2000, 1219 s.

³³ In una rete di computer, questo termine indica la tecnica tramite la quale si crea un protocollo di rete (IP) nel quale viene falsificato l’indirizzo del mittente. Infatti, nell’intestazione del pacchetto di dati trasmesso si trova uno specifico campo il cui valore identifica il mittente (*rectius* lo strumento elettronico dal quale esso è inviato). Questa tecnica è utilizzata per superare le barriere difensive dei computer contro le intrusioni non autorizzate, in primis quelle basate sull’autenticazione dell’indirizzo IP. Si veda più approfonditamente all’indirizzo [web http://it.wikipedia.org/wiki/IP_spoofing](http://it.wikipedia.org/wiki/IP_spoofing).

³⁴ In questo senso si veda il rapporto *Le publipostage électronique et la protection des données personnelles* adottato dalla Commission Nationale de l’Informatique et des Libertés (CNIL), del 14 ottobre 1999, p. 1 (consultabile anche sul sito www.cnil.fr). Tuttavia, un certo rilievo al numero dei destinatari del messaggio è stato riconosciuto dal Garante per la protezione dei dati personali italiano, in un provvedimento del 11 gennaio 2001 concernente il sito www.antoniodipietro.org: in tale provvedimento si è esclusa la violazione della normativa sulla privacy anche in considerazione del fatto che l’e-mail non gradita (non a contenuto commerciale) era stata spedita da un privato “*ad un limitato numero di destinatari, nel quadro di una probabile attività interpersonale di informazione*”.

³⁵ Le comunicazioni non sollecitate minano il funzionamento e l’utilità del sistema di posta elettronica: i danni diretti vanno dall’arresto e dalle “cadute” del sistema (per sovraccarico dovuto all’invio in massa di e-mail) ai problemi causati da messaggi e risposte inviati a indirizzi erronei; tra i danni indiretti invece va soprattutto segnalato il danno provocato alla reputazione del sistema di posta elettronica. Le “cadute” del sistema, i ritardi, i messaggi perduti, i messaggi sgraditi o offensivi, ecc. collegati alle comunicazioni commerciali non sollecitate possono indurre gli utenti a rinunciare all’utilizzo di questo mezzo di comunicazione. Inoltre le interferenze provocate dall’invio di comunicazioni non sollecitate all’interno di un forum di discussione o di una *chat* possono portare numerosi utenti a non utilizzare più tale mezzo di comunicazione, e ciò può essere valutata come una pregiudizievole limitazione del “*freedom of speech*”.

Per quanto riguarda l’*Internet service provider* (ISP), anche questi può ricevere un danno in caso di *spamming*, infatti, la crescita del carico di traffico può richiedere un miglioramento del sistema tecnologico usato per la

infatti, sebbene sia pur sempre l'utente a scegliere se visionare o no il messaggio ricevuto, la segnalazione elettronica di nuova posta all'accensione del sistema ed il suo scaricamento dal *service provider* nella casella dell'utente crea tre effetti pregiudizievoli. In primo luogo si rallentano i tempi di operatività dei sistemi informatici in proporzione alla lunghezza e alla quantità dei messaggi ricevuti, provocando altresì interferenze con una ricezione tempestiva delle e-mail volute; in secondo luogo si determina una (temporanea) occupazione non desiderata di memoria; ed infine si produce un incremento dei tempi dedicati alla selezione e cancellazione della posta indesiderata, cui consegue un proporzionale incremento dei costi telefonici di collegamento sia per permettere lo scaricamento dei *file* ricevuti, sia per l'eliminazione di questi ultimi³⁶.

Inoltre, la pubblicità via posta elettronica ha una valenza intrusiva poiché molto spesso i dati relativi agli indirizzi e-mail vengono reperiti in modo illegittimo e dunque trattati senza richiedere il legittimo consenso da parte del soggetto titolare dei dati³⁷.

connessione, tale da fronteggiare il carico stesso; per di più grandi quantitativi di comunicazioni non sollecitate possono causare l'intasamento dei dischi e l'arresto del sistema mail. Inoltre, nei sistemi in cui gli utenti sono incoraggiati a telefonare, a scaricare rapidamente le loro e-mail e a disconnettersi, grandi quantità di e-mail non sollecitate causano un affollamento delle linee e ciò impone al *service provider* di aumentarle. Un danno di diversa natura è quello causato alla reputazione dello stesso *service provider*, poiché l'affidabilità del fornitore del servizio viene meno nel caso di un ripetuto arresto del sistema e dall'indicazione di mittenti e *domain names* falsi nelle comunicazioni inviate. Il che comporta una possibile accusa di inefficienza del *service provider* venga accusato di inefficienza oppure, ancor peggio, una accusa di collusione e collaborazione con i c.d. *spammers*. Cfr. *Report to the Federal Trade Commission of the Ad Hoc Working Group on Unsolicited Commercial E-mail* (luglio 1998), consultabile su www.cdt.org/spam, su tali temi rispettivamente 9 e 4.

³⁶ R. Gamberale, *Le problematiche legali del commercio elettronico*, in Giur. it., 2001, 417, A. M. Gambino, *La pubblicità telematica*, Concorrenza e mercato, n. 5/1997, 403 e V. Zeno Zencovich, *La pubblicità nei servizi di telecomunicazione*, AIDA, 1996, 253.

³⁷ Occorre tuttavia accennare al fatto che la pubblicità via posta elettronica ha un'elevata capacità di diffusione anche su altri supporti tecnologici, un esempio è quello della telefonia mobile e dei servizi di *instant messaging*. Nella prima ipotesi è possibile verificare un potenziale rischio di diffusione dello spam sempre crescente, e ciò è determinato dalle caratteristiche tecniche e organizzative del mezzo di comunicazione [Si veda il rapporto di C. Buetti, *Spam in the Information Society: Building frameworks for international cooperation*, presentato all'ITU World Summit on the Information Society (WSIS), del Ginevra, 7-9 luglio 2004]. Infatti, tre sono i casi che concretamente consentono l'invio di SMS (*short message system*) o di MMS (*multimedia message system*) verso i telefoni cellulari di c.d. terza generazione o che sfruttano una connessione internet senza fili (cd. *wireless connection*): o l'invio avviene attraverso un altro numero di rete mobile; o utilizzando un portale Internet – quindi sfruttando le potenzialità di rapidità ed economicità della Rete (per esempio potrebbe trattarsi di un servizio di comunicazione commerciale che invia informazioni rilevanti in ragione dell'attuale posizione del telefono cellulare e, quindi, del suo titolare al momento dell'invio, cfr. E. Cramer, *The Future of Wireless Spam*, Duke Law and Technology Review, October 2002); oppure è lo stesso soggetto titolare di un indirizzo di posta elettronica che al momento di ricezione della comunicazione telematica, riceve un messaggio di avviso sul telefono cellulare, (duplicando il tempo dedicato all'eliminazione del messaggio indesiderato).

Tuttavia, la maggior parte degli operatori del settore non ritiene che lo spam nei sistemi di comunicazione mobile avrà la stessa intensità di quella sulla rete Internet, per tre ordini di ragioni: in primo luogo, la tecnologia in questione non ha una struttura aperta, in secondo luogo, l'invio del messaggio attraverso un altro telefono cellulare permette il facile riconoscimento del mittente, ed infine, il costo dell'invio di messaggio ricade comunque sul mittente. Per quanto ciò possa apparire a prima vista attendibile, in realtà, è necessario distinguere tra i casi in cui il messaggio è inviato attraverso la stessa rete mobile per cui effettivamente i primi due aspetti rilevano positivamente, e il caso in cui, come appena accennato, è utilizzata la stessa rete Internet per inviare i messaggi sulla linea telefonica mobile, che nuovamente permetterebbe di ridurre i costi della comunicazione. Ciò, però, è escluso nei casi in cui il costo del messaggio è sopportato dallo stesso destinatario

3. 2. Il bilanciamento degli interessi

Nelle varie fasi che hanno portato alla stesura della disciplina concernente l'attività pubblicitaria, il legislatore europeo si è trovato a dover valutare in modo estremamente prudente il bilanciamento fra gli interessi – egualmente meritevoli di tutela – che in tale settore si contrappongono: da un lato, la tutela della libertà di manifestazione del pensiero in sede di un'iniziativa economica, dall'altro, la protezione del destinatario del messaggio qualora questi possa essere pregiudicato dai contenuti dello stesso.

In relazione alla prima prospettiva, la pubblicità costituisce un mezzo indispensabile per la comunicazione di impresa, attraverso la quale può compiersi la penetrazione di beni e di servizi sui mercati nazionali e stranieri³⁸; il secondo punto di vista, invece, conduce ad ipotizzare un risultato potenzialmente recettivo della pubblicità nei confronti del destinatario, capace altresì di favorire la diffusione di comportamenti lesivi per la salute e la sicurezza. Dunque, se da un lato vietare o limitare la pubblicità significherebbe sicuramente ostacolare l'integrazione dei mercati, e comprimere lo sviluppo di fondamentali mezzi di comunicazione (con il rischio di veder limitata anche la libera manifestazione del pensiero)³⁹; dall'altro, ammettere il ricorso ad essa libero da qualsivoglia vincolo può apparire altrettanto pericoloso per la tutela del destinatario del messaggio, della sua salute e della sua sicurezza. Questo approccio ha condotto un'autorevole dottrina ad affermare come la pubblicità venga ad essere dipinta come un 'prodotto nocivo': *“non solo perché essa riguarda in genere prodotti dannosi per la salute umana, ma perché essa viene considerata in sé pericolosa: la pubblicità influenza le scelte individuali e le preferenze delle persone. Insomma tutte le ragioni per cui la manifestazione del pensiero viene esaltata e la*

(si tratta della c.d. opzione di pagamento “*receiving party pays (RPP)*”, che carica del costo della telefonata sia il soggetto chiamante, sia quello ricevente in ragione del tempo o della quantità di informazioni inviate, attivo in paesi come il Giappone e gli Stati Uniti). Si veda, K. Schwab, *Value-added services provided by mobile telecommunications service providers: Data protection issues*, in *Communication Law*, 8, 1, 2002, 216.

³⁸ Si tenga presente che ove la pubblicità venga in considerazione nei suoi rapporti con la produzione, l'importazione o il consumo dei beni oggetto della comunicazione commerciale, essa rientra nelle norme di applicazione del Trattato Europeo relative alla libera circolazione delle merci. Questo fatto si riconosce anche nel formante giurisprudenziale, laddove, nella già citata sentenza *Cassis de Dijon*, [*Zentral AG c Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon)*, C-120/78, ECR [1979], 649] la Corte di Giustizia ha affermato che “[u]na normativa che limiti o vieti determinate forme di pubblicità o determinati mezzi di promozione delle vendite può essere idonea, pur non condizionando direttamente le importazioni, a restringere il volume delle stesse incidendo sulle possibilità di distribuzione dei prodotti importati. Non si può escludere che il fatto che l'operatore interessato sia costretto ad adottare diversi sistemi di pubblicità o di promozione delle vendite a seconda degli Stati Membri in cui svolge la sua attività, ovvero a rinunciare ad un sistema da lui ritenuto particolarmente efficace, possa costituire un ostacolo per le importazioni, anche qualora detta normativa si applichi indistintamente ai prodotti nazionali ed a quelli importati?”. A conferma di questo trend si veda anche la ricca giurisprudenza della Corte di Giustizia citata nel par. 2. 3. 4.

³⁹ P. Mengozzi, *Informazione commerciale nel diritto comunitario*, Contratto e Impresa/ Europa, 1996, 590.

sua libertà difesa (si vuole che le idee si diffondano, circolino, si confrontino, coinvolgano, indirizzino) assumono con la pubblicità una valenza negativa”⁴⁰.

Secondo l’analisi gius-economica, invece, l’intervento del legislatore in tema di pubblicità “dannosa” può essere giustificato in base alla necessaria correzione delle esternalità causate dall’impiego di questo strumento da parte delle imprese. Il ricorso alla pubblicità ingannevole, per esempio, tende ad alterare la situazione tipica del mercato perfetto, poiché può creare (oppure, in condizioni di mercato imperfetto, aggravare) le asimmetrie informative fra gli attori, e dunque conduce ad un’opacità del mercato, impedendo il raggiungimento di un risultato complessivo efficiente della negoziazione fra le parti. Gli studi di analisi economica del diritto, giungono ad affermare che non è impossibile che il mercato riesca ad eliminare tali imperfezioni, tuttavia, il tempo ed i costi di una tale eliminazione “spontanea” suggeriscono l’opportunità dell’intervento del legislatore⁴¹.

Alla luce di tale contesto, appare evidente che il bilanciamento dei contrapposti interessi in gioco nel settore della pubblicità non sia un risultato facilmente raggiungibile, ma anzi, qualora coinvolga l’intervento del legislatore, richiede che gli obiettivi in ragione dei quali sono individuati i contenuti e le forme della comunicazione commerciale siano chiaramente definiti ed analizzati alla luce del quadro complessivo dei rapporti fra mittente e destinatario delle comunicazioni.

3. 2. 1. Il rapporto fra destinatario e mittente delle informazioni

3. 2. 1. 1. Gli aspetti concernenti il mittente delle comunicazioni

Il primo conflitto fra interessi contrapposti che deve essere affrontato è quello che concerne il rapporto fra il mittente delle comunicazioni commerciali – indipendentemente dal fatto che il soggetto che materialmente compie l’attività di invio sia l’impresa che produce il bene o servizio, oppure sia un’agenzia pubblicitaria o un operatore di tale settore – e il destinatario della stessa comunicazione.

⁴⁰ Si veda V. Zeno-Zencovich, *La libertà d’espressione*, cit., 89. Per l’analisi dell’evoluzione del fenomeno pubblicitario da veicolo informativo nelle negoziazioni individuali a strumento di persuasione collettiva e di creazione artificiosa di “nuovi bisogni” nelle negoziazioni di massa, si vedano G. Ghidini, *Introduzione allo studio della pubblicità commerciale*, Milano, Giuffrè, 1968, 1 e ss.; G. Alpa, *Il diritto dei consumatori*, Roma-Bari, Laterza, 1995, 68 e ss.; D. Rispoli, *La pubblicità tra mercato e tutela dei cittadini-utenti*, Milano, Giuffrè, 1997, 1 e ss.

⁴¹ Si veda fra gli altri, H. Beale, R. Craswell, S.C. Salop, *The efficient regulation of consumer information*, *Journ. Law and Economics*, 1981, 491; R. Craswell, *Regulating deceptive advertising: the role of cost-benefit analysis*, *Southern Cal. L. Rev.*, 1991, 550.

Nel momento in cui si guarda al mittente della comunicazione commerciale, la fattispecie paradigmatica presa in considerazione dal legislatore europeo è quella della pubblicità ingannevole, la cui disciplina opera su due piani: (a) l'uno a tutela della concorrenza, (b) l'altro a tutela della libera manifestazione delle opinioni dell'impresa.

(a) Per quanto riguarda la tutela della concorrenza, è necessario osservare che la nozione di pubblicità ingannevole comprende tutti quegli atti pubblicitari che attraverso false affermazioni, omissioni o mera suggestione, possono suscitare nei loro destinatari aspettative o convinzioni non corrispondenti al vero circa le qualità del prodotto, del servizio o della stessa impresa pubblicizzata, ovvero di altri prodotti o imprese concorrenti⁴². Dal punto di vista del potenziale acquirente, il danno cagionato dalla pubblicità ingannevole discende dalla perdita di opportunità d'acquisto più favorevoli, esponendo tale soggetto al potenziale pregiudizio derivante dall'atto negoziale compiuto a favore dell'autore del messaggio ingannevole. Invece, il concorrente subisce un danno economico, potenziale o attuale, che è conseguenza diretta dell'illegittimo sviamento della clientela dovuto ai giudizi formulati dai potenziali acquirenti sulla base di dati falsi o inesatti forniti mediante la pubblicità⁴³. L'idoneità dannosa della condotta, però, non viene caratterizzata diversamente se le affermazioni ingannevoli, anziché riferirsi al proprio prodotto pubblicizzato, sono indirizzate in forma comparativa verso le imprese concorrenti, poiché anche in questo caso il risultato perseguito è la sottovalutazione del concorrente con la conseguente diminuzione di clientela di quest'ultimo.

Questo approccio trova conferma anche nell'intervento comunitario in materia, infatti, all'art. 2, lett. b), della direttiva n. 84/450/CE, si afferma chiaramente che per pubblicità ingannevole si intende *“qualsiasi pubblicità che in qualsiasi modo, compresa la sua presentazione, induca in errore o possa indurre in errore le persone alle quali è rivolta o che essa raggiunge e che, dato il suo carattere ingannevole, possa pregiudicare il comportamento economico di dette persone o che, per questo motivo, leda o possa ledere un concorrente”*, (grassetto aggiunto). Inoltre, ai fini della valutazione di liceità della pubblicità possono, in alternativa, essere soddisfatte le condizioni previste ex artt. 6 e 7 della successiva direttiva n. 2005/29/CE. In particolare, l'art. 6 c. 1 dispone che la pratica commerciale può ricadere nella categoria di azioni ingannevoli qualora *“contenga informazioni false e sia pertanto non veritiera o in qualsiasi modo, anche nella sua presentazione complessiva, inganni o*

⁴² G. Rossi, *La pubblicità dannosa – Concorrenza sleale, “diritto a non essere ingannati”, diritti della personalità*, Milano, Giuffrè, 2000, 5; F. Cafaggi, voce *“Pubblicità commerciale”*, cit., 441.

⁴³ Si veda l'originaria formulazione dell'art. 1 della direttiva n. 84/450/CE, prima della modifica operata dalla direttiva n. 2005/29/CE, che appunto individuava i soggetti verso i quali è indirizzata la disciplina di tutela: *“La presente direttiva ha lo scopo di tutelare il consumatore e le persone che esercitano un'attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, nonché gli interessi del pubblico in generale dalla pubblicità ingannevole e dalle sue conseguenze sleali”*.

possa ingannare il consumatore medio, anche se l'informazione è di fatto corretta, riguardo a uno o più [degli elementi citati nel comma 1] e in ogni caso lo induca o sia idonea a indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso”.

Dunque, il legislatore europeo, pur riconoscendo che può ben sussistere una lesione patita dal concorrente - all'integrità della propria clientela, all'avviamento e all'ordinato svolgersi della competizione economica, ed anche al rispetto delle “regole del gioco imprenditoriale” codificate nei principi di correttezza professionale – ha scisso tale fattispecie da quella della tutela del consumatore, distinguendo anche gli atti normativi che le disciplinano. Ciò permette di affermare che alla tutela della concorrenza non è attribuita alcuna funzione sociale⁴⁴, tale appunto da fornire ad un'indiretta salvaguardia degli interessi dei concorrenti a non subire danno dalla pubblicità⁴⁵. A conferma di questo orientamento è possibile osservare che la direttiva n. 2005/29/CE riconosce come criterio generale per valutare la slealtà della pratica commerciale il rispetto della “diligenza professionale” (art. 5, c. 2, lett. a), associandole il significato di “rispetto [delle] pratiche di mercato oneste e/o [del] principio generale della buona fede nel settore di attività del professionista, il normale grado della speciale competenza e attenzione che ragionevolmente si possono presumere essere esercitate da un professionista nei confronti dei consumatori”⁴⁶. Tuttavia, tale aspetto non opera quale criterio generale di correttezza nei confronti di tutti gli operatori del mercato (ovvero, non si rivolge ai concorrenti), piuttosto si applica ai soli rapporti fra professionista e consumatore⁴⁷.

⁴⁴ Si tenga conto che ciò rispecchia la finalità della direttiva, che è indirizzata a disciplinare soltanto i rapporti fra imprese e i consumatori.

⁴⁵ Il rischio in questo caso è che possono sussistere ipotesi in cui un messaggio ingannevole lede soltanto i consumatori, oppure casi in cui nessuna impresa ha un apprezzabile interesse ad agire contro il messaggio ingannevole della concorrente. Si veda G. Schriccker, *Concorrenza sleale e tutela dei consumatori*, Riv. dir. ind., 1974, I, 93, laddove l'Autore osserva che “le cattive abitudini nella concorrenza rimangono prive di sanzioni, se tutti i concorrenti le praticano, se nessuno si sentirà molestato da esse e se non vi sarà nessuno che porti avanti all'autorità giudiziaria questi abusi che rientrano nelle usanze commerciali?”.

Contra nella dottrina italiana P.G. Jaeger, *Pubblicità e 'principio di verità'*, Riv. dir. Ind, 1971, I, 331, che sosteneva la superfluità dell'intervento normativo invocato dalla dottrina, affermando l'astratta sufficienza della disciplina della concorrenza sleale, eventualmente integrata dal riconoscimento della legittimazione ad agire alle associazioni di consumatori, sulla scia del modello tedesco, ad assicurare la repressione del mendacio pubblicitario (seppure l'Autore rileva la necessità di una evoluzione di alcune posizioni giurisprudenziali, e di un pieno riconoscimento del ruolo dell'autodisciplina pubblicitaria). In relazione poi all'emanazione della direttiva n. 84/450/CE si veda anche A. Vanzetti, *Il disegno di legge sulla pubblicità ingannevole: un infortunio sotto il profilo della tecnica legislativa*, AA.VV., *Quale legge per la pubblicità. Atti della giornata di studi S.ACIS del 28 maggio 1985*, Roma, 1985, 33; Id., *L'autodisciplina pubblicitaria oggi*, Corr. Giur., 1988, 1191, nei quali l'Autore affermava la sostanziale superfluità di nuovi interventi normativi dopo che l'evoluzione della giurisprudenza nazionale in materia di concorrenza sleale e lo sviluppo dell'autodisciplina avevano già consentito il raggiungimento di un appagante standard.

⁴⁶ Art. 2, lett. h). Si veda sul tema M. Radeideh, *Fair trading in EC law – Information and consumer choice in the Internal Market*, Europa Publishing, Groningen, 2005, 265 e ss. (che evidenzia la difficoltà di applicare tale principio nel quadro dell'armonizzazione delle regolamentazioni nazionali, che appunto possono interpretare in modo estremamente differenziato tale concetto); H. Collins, *The Unfair Commercial Practice Directive*, ECLR, 4, 2005, 419.

⁴⁷ Ciò è dimostrato anche dal fatto che l'art. 3 bis, lett. a) della direttiva sulla pubblicità ingannevole, cita fra i criteri di valutazione per la liceità della pubblicità commerciale soltanto gli artt. 6 e 7 della direttiva n. 2005/29/CE, senza alcun riferimento al criterio generale di “diligenza professionale”.

Da ciò si evince che il legislatore europeo non soltanto ha equiparato la tutela del consumatore-utente a quella prevista per il concorrente, ma per quanto riguarda la valutazione di ingannevolezza del messaggio ha progressivamente enfatizzato la prima lasciando inalterata la disciplina esistente per quanto riguarda la seconda.

(b) Per quanto riguarda l'aspetto riguardante la comunicazione commerciale quale esercizio di libertà di manifestazione del pensiero⁴⁸, invece, si osserva come questo abbia un minore rilievo rispetto al precedente, sulla base di una valutazione che concerne le caratteristiche stesse della comunicazione.

Ritornando alla definizione di comunicazione commerciale e non, è necessario osservare che per poter ricondurre la comunicazione nell'alveo della libertà costituzionalmente garantita⁴⁹, devono essere valutati non soltanto contenuto e finalità della comunicazione, ma anche la tutela dell'affidamento del destinatario dell'informazione, alla luce della diversa qualità delle decisioni che questi debba prendere se si tratti di comunicazioni commerciali o non commerciali⁵⁰.

A parte i casi estremi, in cui la comunicazione sarà esclusivamente strumentale ad una relazione economica diretta alla vendita di un bene o all'erogazione di un servizio e, viceversa, in cui né la finalità né il contenuto della comunicazione sono rivolti allo svolgimento di un'attività economica, la connotazione della comunicazione sarà "mista". In altre parole, potranno presentarsi ipotesi nelle quali sono presenti sia informazioni dirette ad indurre all'acquisto, sia informazioni a contenuto sociale⁵¹, ed in questa ampia categoria ricadono

⁴⁸ Si osservi che il riconoscimento costituzionale della libertà di informazione (includendo entrambe le direzioni del flusso informativo: diritto ad informare e ad essere informato) esiste soltanto nella Costituzione Tedesca, Portoghese, e Spagnola. Gli altri stati europei proteggono tale diritti in forma indiretta (libertà d'espressione per Belgio, Danimarca, Grecia, Italia, Olanda e Gran Bretagna, mentre per la Francia si parla di *liberté de communication*). Si veda W. Skouris (a cura di), *Advertising and constitutional rights in Europe – A study in comparative constitutional law*, Nomos Verlag, Baden Baden, 1994, 22; J-P. Jacqué, *Liberté d'information*, in A. Cassese, A. Clapham e J. Weiler (a cura di), *Human rights and the European Community: The substantive law*, European University Institute, Nomos Verlag, Baden Baden, 1991, 309.

⁴⁹ La differenza fra pubblicità commerciale e non commerciale esiste in tutti gli stati membri ma la sua importanza legale varia da stato a stato. In Olanda sono distinte, ma la pubblicità commerciale non è inclusa nell'ambito della libertà di espressione (salva però la protezione accordata alla luce dell'art. 10 della ECHR); in Francia e in Italia, la distinzione è implicita e applicata nella legislazione ordinaria, tuttavia in Italia la protezione è assicurata in combinazione con la libertà di iniziativa economica. In Portogallo, sono entrambe riconosciute nel Codice della pubblicità, e sono trattate egualmente a livello costituzionale, poiché coperte dalla libertà di espressione e legate alla libertà di stampa e di comunicazione. In Germania, la comunicazione commerciale è trattata come espressione di un'opinione, e dunque è riconducibile alla libertà di espressione (stante la giurisprudenza della Corte Costituzionale Federale dal 1985 in poi), si veda ancora W. Skouris (a cura di), *Advertising and constitutional rights in Europe*, cit., 42 e ss.

⁵⁰ F. Cafaggi, voce "Pubblicità commerciale", cit., 435.

⁵¹ Si parla in questo caso, secondo la dottrina e la giurisprudenza statunitense, di "*mixed speech*". Si vedano fra gli altri, R.G. Wright, *Content-Based and Content-Neutral Regulation of Speech: the Limitations of a Common Distinction*, 60 U. Miami L. Rev. 333; A. Tananbaum, "New and Improved": *Procedural safeguards for distinguishing commercial from non commercial speech*, 88 Colum. L. Rev. 1821, S. Wellikoff, *Mixed Speech: Inequities that result from an ambiguous doctrine*, 19

anche le comunicazioni che operano ai fini di una maggiore trasparenza del mercato, per esempio, nel caso di comunicazioni che confrontino fra loro prodotti o servizi.

L'esempio più evidente è quello della pubblicità comparativa, la cui percezione tradizionale fortemente negativa è stata superata soltanto attraverso l'intervento del legislatore comunitario (per quanto con un ritardo temporale notevole rispetto alla normativa sulla pubblicità ingannevole⁵²).

A prima vista, in questa fattispecie rilevano prevalentemente gli interessi delle imprese concorrenti, poiché se la pubblicità è fondamentalmente finalizzata a creare una domanda del bene pubblicizzato – oppure ad incrementare la domanda già esistente – ciò non può che avvenire a discapito dei prodotti concorrenti. In altre parole, appare chiaro che ogni atto pubblicitario è capace di sollecitare presso i suoi destinatari una valutazione comparativa tra un prodotto, un servizio o un'impresa e quelli concorrenti, indirizzando al contempo l'esito di tale giudizio a favore dell'autore del messaggio⁵³. Anche se ciò è evidente sul piano teorico, dal punto di vista pratico la pubblicità comparativa ha sempre subito significative limitazioni, proprio in ragione degli stessi obiettivi che essa si prefigge. Per esempio, se si guarda al sistema italiano, prima dell'attuazione della direttiva comunitaria in materia⁵⁴, la pubblicità comparativa era per lo più qualificata dalla giurisprudenza ordinaria⁵⁵ e da quella

St. John's J. Legal Comment. 159; M. Hertig Randall, *Commercial Speech under the European Convention on Human rights: subordinate or equal?*, 6 Hum. Rts. L. Rev. 53; D. Kohler, *At the intersection of comic books and third world working conditions: is it time to re-examine the role of commercial interests in the regulation of expression?*, 28 Hastings Comm. & Ent. L.J. 145.

⁵² La già citata direttiva n. 97/55/CE sulla pubblicità comparativa arriva, infatti, a più di dieci anni dalla generale disciplina sulla pubblicità ingannevole.

⁵³ G. Rossi, *La pubblicità dannosa*, cit., 226.

L'attività di comparazione fra i prodotti non subisce limitazioni se è svolta da terzi estranei al settore del mercato in questione. In questo caso sono preminenti le attività compiute dalle associazioni di consumatori. Per esempio, in Francia sia l'*Institut national de la consommation* (INC) e l'*Union fédérale des consommateurs* (UFC) pubblicano riviste finalizzate all'informazione dei consumatori, in cui sono contenuti non solo articoli e attualità, ma anche valutazioni comparative fra i prodotti commercializzati. La stessa attività viene svolta in Gran Bretagna con le indicazioni diffuse dalla *Consumers' Association* attraverso la rivista *Which?* e *Consumer Reports*.

⁵⁴ Per quanto riguarda gli altri sistemi giuridici europei, si osservi che sia la Francia che la Germania partivano da un orientamento nettamente sfavorevole alla comparazione pubblicitaria, anche in questo caso ritenuta una forma di denigrazione commerciale. Tuttavia, nell'ordinamento francese, l'intervento della giurisprudenza ha progressivamente riconosciuto la liceità della comparazione pubblicitaria obiettiva, purché non denigratoria per i contenuti e le modalità espressive adottate (Cass. Comm. 22 Luglio 1986, S.a. Carrefour Bourges et a. contro S. a. Dite SRGM Groupe Arlaud, in Dalloz 1986, 436, con nota di G. Cas). In Germania, invece, le sole eccezioni disponibili per la comparazione potevano essere l'autodifesa pubblicitaria, la richiesta di confronto da parte del cliente, la necessità di informazione del consumatore in ordine alla pericolosità del prodotto concorrente, e la c.d. Systemvergleich (comparazione fra sistemi e metodi di produzione, diretta a mettere in luce gli effettivi vantaggi di una soluzione tecnologica o produttiva).

⁵⁵ La valutazione della legittimità della comparazione si basava essenzialmente sull'applicazione dell'art. 2598, c. 2, cod. civ. che appunto vieta gli atti di denigrazione del concorrente. Inoltre, l'eventualità della critica nei confronti del concorrente poteva essere lecita solo nel caso in cui questa assumeva carattere di scientificità ed obiettività, ovvero sostanzialmente essa non poteva e doveva essere di natura pubblicitaria (Cass. 17 dicembre 1947, n. 1968, Ist. Cinchoma Amsterdam contro Co-Fra, Foro It., 1948, 505, con nota G.G. Auletta, *Giudizio sul prodotto altrui – critica scientifica – Legittima difesa*).

autodisciplinare⁵⁶ come denigrazione comparativa, con un carattere “*tendenzioso, subdolo o comunque scorretto*”⁵⁷.

Tuttavia, questo approccio non contempla il contestuale interesse dei destinatari della comunicazione, che invece l'intervento del legislatore europeo in materia ha sottolineato. Infatti, la pubblicità comparativa svolge una funzione ulteriore in relazione al messaggio veicolato: il riconoscimento della liceità della comparazione avviene solo se questa è in grado di adempiere correttamente la funzione informativa a beneficio del destinatario⁵⁸, in modo tale da migliorare la struttura del mercato stesso aumentandone il grado di trasparenza⁵⁹.

3. 2. 1. 2. *Gli aspetti concernenti il destinatario delle comunicazioni*

Dopo aver affrontato brevemente gli interessi tutelati in relazione alla posizione del mittente della comunicazione commerciale, è necessario passare all'altro capo del rapporto di comunicazione e valutare il ruolo assunto dal soggetto destinatario del messaggio promozionale, che, come abbiamo appena accennato, acquista un'importanza crescente alla luce dell'intervento comunitario non soltanto in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, ma anche in ragione della tutela della sua sfera personale (i.e. della sua privacy).

Il destinatario-utente della comunicazione è l'obiettivo principale dell'attività pubblicitaria. Infatti, il contenuto della comunicazione ha come finalità quella di indurre questo soggetto ad

⁵⁶ In questo caso la valutazione della legittimità si basava sull'applicazione dell'art. 15 del Codice di Autodisciplina Pubblicitaria, recante la rubrica “comparazione”, nel quale si affermava la legittimità di una comparazione indiretta, nella quale cioè il concorrente non fosse espressamente nominato, e ciò solo nel caso in cui la comparazione fosse “utile ad illustrare sotto l'aspetto tecnico ed economico caratteristiche e vantaggi obiettivamente rilevanti e verificabili dei beni e dei servizi pubblicizzati”, parallelamente si sanciva un divieto assoluto della comparazione diretta (elemento questo espunto dal testo nella riforma del codice di autodisciplina avvenuta nel marzo 1999).

⁵⁷ Per l'analisi della giurisprudenza in materia si veda G. Rossi, voce “*Pubblicità comparativa*”, in Dig. IV, Disc. priv. sez. civ., Aggiornamento, I, 2000, 656 e ss.

⁵⁸ Si tenga presente che in caso di pubblicità comparativa, ad informare è un soggetto non imparziale la cui selezione dei contenuti da veicolare è totalmente discrezionale, non potendosi configurare alcun obbligo di informazione correlativo agli interessi dei destinatari. Si veda N. Lipari, *Libertà di informare o diritto ad essere informati*, Dir. radiodiff. telecom., 1978, 5.

⁵⁹ Si veda F. Cafaggi, voce “*Pubblicità commerciale*”, cit., 442, che riconosce che “*esiste un valenza sistemica di tale libertà per cui il corretto esercizio ha un valore positivo di propagazione sull'intero sistema di relazioni?*”.

In questo senso, la direttiva n. 2005/29/CE appare complicare il quadro giuridico in questione, perché se da un lato non introduce una distinzione nella disciplina concernente la pubblicità comparativa, (lasciandone intatta la direttiva n. 84/450/CEE così come modificata dalla direttiva n. 97/55/CE su tali aspetti), dall'altro lato, si osserva che si pone una indiretta connessione fra le due normative attraverso l'art. 6, c. 2, lett. a) della direttiva n. 2005/29/CE, in cui si qualifica come ingannevole la pratica commerciale che comporti “*una qualsivoglia attività di marketing del prodotto, compresa la pubblicità comparativa, che ingeneri confusione con i prodotti, i marchi, la denominazione sociale e altri segni distintivi di un concorrente?*”. Dunque, ciò lascia presumere che l'eventuale pubblicità comparativa che venga considerata illecita, potrà essere contestata dai concorrenti solo ed esclusivamente attraverso i rimedi previsti dalla direttiva n. 84/450/CEE, mentre se contestata dai consumatori questi potranno utilizzare anche i rimedi previsti dalla direttiva n. 2005/29/CE se tale pubblicità abbia avuto come effetto di falsare il comportamento economico del consumatore.

assumere specifiche decisioni economiche. Tali scelte devono, però, essere basate su una serie di informazioni corrette: il destinatario deve poter legittimamente affidarsi alle indicazioni che giungono dal mittente, e comportarsi in base ad esse senza subire successive lesioni, sia economiche (danni all'integrità patrimoniale) sia fisiche (danni alla salute).

L'interesse dell'utente-destinatario è, dunque, quello a non essere ingannato⁶⁰. Per giungere a questo risultato, come abbiamo visto, è stato necessario l'intervento del legislatore europeo, che ha introdotto una serie di criteri per valutare se le forme ed i contenuti delle comunicazioni commerciali potevano ritenersi ingannevoli.

Innanzitutto, la pubblicità deve essere "*palese, veritiera e corretta*"⁶¹. Ciò impone che la valutazione circa ingannevolezza della pubblicità concerne non soltanto i contenuti del messaggio e la struttura dello stesso, in quanto aspetti sostanziali, ma anche le modalità di presentazione del messaggio⁶², in quanto aspetti di natura procedimentale⁶³.

Questo duplice livello di controllo circa la trasparenza del messaggio svolge una funzione fondamentale nel quadro della pubblicità veicolata attraverso la rete Internet, poiché la commistione fra contenente e contenuto del messaggio si fa ancora maggiore su questo

⁶⁰ Si osservi che la dottrina maggioritaria non riconosce l'esistenza di un *diritto ad essere informati* da parte dell'utente-consumatore (in questo senso si veda la ricca bibliografia citata da G. Rossi, *La pubblicità dannosa*, cit., 159). *Contra*, A. Parigi, *Diritto all'informazione dei consumatori ed utenti: nuova frontiera della pubblicità commerciale?*, in *Dir. radodiff.*, 1999, 65, a pare del quale la più rilevante innovazione in materia della l. n. 281/98 sarebbe il riconoscimento del diritto all'informazione dei consumatori quale corollario di un più generale principio di correttezza pubblicitaria, munito di valore precettivo ed autonomo, sul piano sistematico, rispetto agli ulteriori 'diritti' del consumatore enunciati dalla norma. La tesi in discorso si colloca nel più ampio tentativo di affermare l'esistenza nell'ordinamento di un principio generale di "correttezza pubblicitaria", che legittimerebbe interventi di controllo sull'attività pubblicitaria ulteriori rispetto a quelli basati sul giudizio di ingannevolezza. L'imposizione di obblighi esorbitanti dal giudizio di ingannevolezza, che esprime la concreta idoneità del messaggio ad arrecare pregiudizio ai destinatari, appare in grado di condizionare arbitrariamente il diritto dell'imprenditore a ricorrere a quello che è principalmente uno strumento di natura promozionale.

⁶¹ Questa terminologia è tratta dall'art. 1, c. 2, del d. lgs. n. 74/1992 di attuazione della direttiva n. 84/450/CE, tuttavia, una simile formulazione si ritrova anche nei *British Codes of Advertising* (codici di autodisciplina non vincolanti, ma valutati dalla *Advertising Standard Authority* alla stregua di criteri per la valutazione dell'attività promozionale), in cui si afferma che "*all advertising should be legal, decent, honest and truthful*".

⁶² Si veda T. Febbrajo, *L'informazione ingannevole nei contratti del consumatore*, Napoli, ESI, 2006, 39, laddove l'Autore identifica piuttosto due tipologie di ingannevolezza, l'una derivante da una patologia strutturale dell'informazione (in cui l'informazione non corrisponde al modello legale tracciato dalla disciplina generale e dalle norme di settore), l'altra da una patologia funzionale (in cui l'informazione non assolve alla sua funzione di presidio della consapevolezza del consenso).

⁶³ Il profilo della correttezza non assume un ruolo autonomo nel quadro del d. lgs. n. 74/1992, ma si configura come aspetto correlato al più ampio contesto concernente l'impressione complessiva suscitata nel destinatario. In questo senso si veda il parere dell'Autorità Garante per la concorrenza ed il mercato sul caso Benetton/Kirby (Prov. n. 1752, 27 gennaio 1994, Boll. Anno IV, n. 4, 1994, 21), laddove si afferma che, in contrasto con quanto affermato dalla Autorità Garante per la radiodiffusione e l'editoria, "*la violazione del principio di correttezza non può ritenersi di autonoma rilevanza nel giudizio di ingannevolezza della pubblicità, ben potendosi prescindere dal riferimento all'obiettivo della tutela dei destinatari e dei concorrenti contro i messaggi pubblicitari ingannevoli, posto dall'art. 1, c. 2, ed in relazione al quale, inequivocabilmente l'art. 7 assente i necessari poteri di intervento amministrativo dell'Autorità; ritenuto pertanto necessario che la presunta violazione del dovere di correttezza conduca comunque ad una valutazione di ingannevolezza del messaggio pubblicitario secondo la definizione fornita dall'art. 2, lett. b) del d. lgs. 74/1992, il quale, ponendo a fondamento dell'ingannevolezza stessa l'induzione in errore non può che riferirsi a quelle comunicazioni che provochino nei destinatari una falsa rappresentazione della realtà*".

mezzo di comunicazione⁶⁴. Difatti, se il messaggio promozionale può identificarsi ancora con un enunciato verbale, il prodotto e/o servizio promosso può non essere più soltanto un oggetto o un'attività materiale, anzi sempre più frequentemente il prodotto o servizio si identifica anch'esso in un'informazione. Un esempio può chiarire tale ipotesi: nel caso in cui un *banner* presente nella pagina web promuove l'acquisto di un paio di scarpe oppure di un software e, attraverso un *link* ipertestuale, si collega al sito web dell'impresa che offre tali prodotti, il confine fra il messaggio e l'oggetto della promozione emerge chiaramente. Invece, qualora l'utente si abboni ad un servizio che gli fornisce un aggiornamento delle più convenienti offerte presenti in uno specifico settore merceologico, ricevendo tali informazioni attraverso *banner* conformi alle proprie preferenze sulle diverse pagine web visitate durante la navigazione telematica, allora la distinzione fra contenente e contenuto diventa molto più labile.

Lungo tale direzione si muove appunto il criterio di trasparenza, definito già nella disciplina sulla pubblicità ingannevole, anche se in forma implicita attraverso la definizione di ingannevolezza. Nel quadro del commercio elettronico, il legislatore europeo ha reso esplicito tale requisito. Anzi, nella direttiva n. 2000/31/CE, sono definite le modalità con cui concretamente viene a delinarsi la trasparenza dell'informazione commerciale. All'art. 6 della citata direttiva, infatti, è previsto espressamente obbligo di informazione in capo ai mittenti delle comunicazioni commerciali, in base al quale *“gli Stati membri provvedono affinché le comunicazioni commerciali che costituiscono un servizio della società dell'informazione o ne sono parte integrante rispettino le seguenti condizioni minime:*

a) la comunicazione commerciale è chiaramente identificabile come tale;

b) la persona fisica o giuridica per conto della quale viene effettuata la comunicazione commerciale è chiaramente identificabile”⁶⁵.

La preventiva identificabilità del messaggio implica che il destinatario deve poter riconoscere immediatamente la comunicazione commerciale non sollecitata, per esempio, attraverso una formulazione verbale specifica nell'intestazione del messaggio di posta elettronica, senza dover compiere alcuna attività successiva. Rimanendo nell'esempio del messaggio *e-mail*, l'utente deve dunque conservare intatta la facoltà di cancellare e cestinare il messaggio senza dover prima aprirlo e leggerne il contenuto. Concretamente, sarebbe

⁶⁴ Tale problema era stato già evidenziato da F. Cafaggi, voce *“Pubblicità commerciale”*, cit., 448.

⁶⁵ La direttiva n. 2005/29/CE integra anch'essa l'obbligo di trasparenza delle pratiche commerciali, laddove all'art. 7, c. 2, afferma che *“una pratica commerciale è altresì considerata un'omissione ingannevole quando un professionista occulta o presenta in modo oscuro, incomprensibile, ambiguo o intempestivo le informazioni rilevanti di cui al paragrafo 1, tenendo conto degli aspetti di cui a detto paragrafo, o non indica l'intento commerciale della pratica stessa, qualora non risultino già evidenti dal contesto e quando, in uno o nell'altro caso, ciò induce o è idoneo a indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso”*, (grassetto aggiunto).

possibile apporre una dicitura “ADV” – per “*advertising*” – nella rubrica “oggetto” di una *e-mail* per segnalare che essa contiene una comunicazione commerciale⁶⁶. D'altronde, l'indicazione del mittente della comunicazione ha anche l'obiettivo di evitare il fenomeno dei messaggi pubblicitari occulti o anonimi e consentire l'esercizio del diritto di opporsi per il futuro all'invio di comunicazioni commerciali non sollecitate. In questo caso, sarebbe possibile utilizzare una forma di identificazione indiretta del contenuto promozionale della comunicazione, per esempio attraverso un marchio di fiducia (o *webseal*), riuscendo a raggiungere un duplice risultato: da lato, dimostrare il rispetto dei codici di condotta da parte degli operatori che li esibiscono, delegando la verifica e la certificazione a terze parti di fiducia⁶⁷. Dall'altro lato, tali marchi potrebbero altresì essere apposti ai database nei quali vengono elencati gli utenti che preventivamente hanno acconsentito a ricevere determinate tipologie di comunicazioni commerciali, certificando la conformità dell'invio di messaggi promozionali al regime di c.d. opt-in⁶⁸.

Il principio di trasparenza ha poi come obiettivo quello di risolvere un'eventuale ambiguità di contenuti rendendo percettibile fin dall'inizio la finalità del messaggio giunto all'utente. In questo modo, si vuole ottenere l'effetto di calibrare l'affidamento del destinatario del messaggio in relazione alla natura commerciale dello stesso, evitando che la funzione promozionale venga celata sotto l'aspetto di comunicazioni a contenuto prevalentemente, se non esclusivamente, informativo. Dunque, tale aspetto può legarsi alla finalità di salvaguardare il destinatario da scelte economiche potenzialmente pregiudizievoli compiute in forza dell'affidamento ad una comunicazione non correttamente percepita come promozionale. In tal senso, non rileva la reale conclusione di un contratto, ma la fase precedente alla stipulazione riveste una particolare importanza, poiché in tale fase si formano le preferenze del potenziale acquirente proprio sulla base dell'attività promozionale. Pertanto, il pregiudizio del comportamento economico si presenta anche se la scelta del consumatore non si è compiuta, ma il messaggio ha potuto anche incidentalmente influire sul processo di formazione del consenso⁶⁹, richiedendo una tutela finalizzata non tanto ad evitare eventuali

⁶⁶ Comunicazione della Commissione relativa alle comunicazioni commerciali indesiderate (spam), cit., p. 25.

⁶⁷ La presenza di marchi visibili potrebbe, infatti, aiutare gli utenti ad individuare gli ISP che si conformano alle norme comunitarie e/o ai codici di condotta riconosciuti che danno attuazione a tali norme.

⁶⁸ Si veda più approfonditamente *infra* par. 3.2.2.2.

⁶⁹ Si vedano i considerando 3 e 4 della direttiva n. 84/450/CE:

“3. considerando che la pubblicità, indipendentemente dal fatto che essa porti o no alla conclusione di un contratto, influisce sulla situazione economica dei consumatori;

4. considerando che la pubblicità ingannevole può indurre il consumatore a prendere, quando acquisisce beni o si avvale di servizi, decisioni pregiudizievoli e che la disparità delle disposizioni nazionali è in molti casi all'origine non solo di una insufficiente tutela del consumatore ma ostacola anche la realizzazione di campagne pubblicitarie oltre i confini e quindi incide sulla libera circolazione di merci e servizi”.

danni patrimoniali nei confronti degli utenti-destinatari del messaggio, quanto piuttosto a salvaguardare la loro libertà di scelta nell'ambito economico.

Questa interpretazione riceve conferma anche dalla direttiva n. 2005/29/CE che definisce sleale ogni pratica commerciale *“falsa o è idonea a falsare in misura rilevante il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che raggiunge o al quale è diretta”*⁷⁰, in altre parole tale da indurre, o essere idonea ad indurre, il consumatore a compiere una decisione di natura commerciale⁷¹ che altrimenti non avrebbe preso. Infatti, l'invio di una comunicazione commerciale che celi la propria natura, può avere l'effetto di indurre, anche potenzialmente, il consumatore a modulare diversamente le proprie aspettative circa la veridicità dei contenuti della comunicazione stessa, portandolo ad indirizzare le proprie scelte sul mercato in modo diverso. Di conseguenza, tale comportamento deve essere considerato come una pratica sleale.

La dottrina ha, infatti, enfatizzato il rapporto trilaterale che la direttiva citata ha configurato fra comportamento economico, decisione consapevole e decisione di natura commerciale⁷², quali elementi caratterizzanti l'unitario obiettivo di tutela dell'autonomia del consumatore. In pratica, nel momento in cui il consumatore si pone come attore nel mercato – non soltanto come soggetto passivo, ma piuttosto come soggetto attivo disposto a prendere le decisioni conformi alle proprie preferenze – questi ha la necessità di disporre di informazioni concernenti le offerte presenti sul mercato stesso (ottenute attraverso le comunicazioni commerciali). Soltanto nel caso in cui il consumatore è consapevole – i.e. informato correttamente – le sue scelte di natura commerciale potranno contribuire al corretto svolgersi del mercato. Proprio in ragione di tale rapporto di causalità fra attività promozionale e comportamento economico è possibile giustificare la valutazione delle modalità di presentazione delle comunicazioni commerciali anche in relazione alla disciplina sulle pratiche sleali.

In conclusione, per quanto riguarda il rapporto che lega il mittente al destinatario del messaggio promozionale è possibile osservare che, da un lato, la tutela prevalente è quella verso i concorrenti dell'impresa, sulla base di un legittimo interesse a non veder sviata la propria clientela attraverso strumenti ingannevoli, contemplando il messaggio pubblicitario

⁷⁰ Art. 2, lett. f).

⁷¹ L'art. 2, lett. k), definisce una decisione di natura commerciale *“una decisione presa da un consumatore relativa a se acquistare o meno un prodotto, in che modo farlo e a quali condizioni, se pagare integralmente o parzialmente, se tenere un prodotto o disfarsene o se esercitare un diritto contrattuale in relazione al prodotto. Tale decisione può portare il consumatore a compiere un'azione o all'astenersi dal compierla”*.

⁷² H.-M. Micklitz, *The general clause on unfair practices*, in G. Howells, H.-M. Micklitz e T. Wilhelmsson, *European Fair Trading Law*, cit., 103.

più per la sua natura persuasiva, piuttosto che la sua funzione informativa. Sull'altro lato, si pone la tutela dell'utente-destinatario che deve poter indirizzare il proprio comportamento economico in modo corretto, senza subire influenze illegittime sulle proprie decisioni e ciò è raggiunto attraverso l'obbligo di chiara identificabilità della fonte e dell'intento promozionale della comunicazione, e grazie al controllo circa l'eventuale ingannevolezza o slealtà dell'attività promozionale posta in essere.

3. 2. 2. Il conflitto fra interessi contrapposti dell'utente telematico

Normalmente, l'utente telematico che naviga su Internet si trova sottoposto ad un continuo bombardamento di informazioni commerciali, attraverso tutti gli strumenti tecnici disponibili, siano essi *banner, frames, e-mail*, ecc.⁷³. Così come avviene per le interruzioni pubblicitarie presenti sui canali televisivi oppure nelle pagine dedicate alla pubblicità sulla stampa, l'utente sulla rete telematica non ha la possibilità di eliminare totalmente e *a priori* tali comunicazioni. Tuttavia, lo sviluppo tecnologico consente di stabilire una forma di controllo sulla quantità e sulla qualità delle comunicazioni, soprattutto se queste rappresentano un'intrusione all'interno della sfera privata del soggetto.

In generale, vi sono due possibili modi per attirare l'attenzione dell'utente verso la comunicazione commerciale: il primo attraverso l'invio di messaggi promozionali all'indirizzo mail dell'utente, il secondo attraverso la visualizzazione personalizzata di testi, immagini, oppure video, sulle pagine web visionate dall'utente. In entrambi i casi si possono porre delle problematiche che interessano anche la tutela della vita privata del soggetto, poiché questi può trovarsi di fronte a trattamenti non autorizzati dei propri dati, oppure può, anche involontariamente, fornire le proprie informazioni personali per un trattamento dei dati compiuto in modo illecito o scorretto. Infatti, nell'ipotesi di invio di e-mail pubblicitarie non desiderate, il soggetto è sottoposto ad un'illegittima interferenza nella sua sfera privata (nell'ipotesi di *spamming* ciò comporta anche una spesa aggiuntiva in termini di tempo e di denaro); mentre, nell'ipotesi di messaggi presenti sulla pagina web, può presentarsi un'ipotesi di profilazione occulta delle preferenze dell'utente⁷⁴.

È necessario osservare, per quanto riguarda quest'ultimo aspetto, che le attività compiute dagli individui erano già sottoposte ad una forma di monitoraggio nel passato, sia remoto che

⁷³ Si veda *supra* par. 3. 1. 1.

⁷⁴ Secondo L. Lessig, (*Code and other laws of cyberspace*, Basic books, New York, 1999, 143), la tecnologia ha già determinato uno sbilanciamento del tradizionale equilibrio fra l'individuo e i fatti che si riferiscono alla sua vita privata, in altre parole si afferma che il controllo che il primo possiede nei confronti dei secondi è diminuito in misura esponenziale.

recente, con la conseguente perdita del controllo nei confronti delle informazioni che potevano essere fatte circolare all'interno della comunità⁷⁵. Nella società attuale, pur non essendo cambiata la natura dell'interesse nel conoscere gli aspetti della vita privata altrui, sono cambiati i mezzi con i quali tale attività viene posta in essere: le tecnologie eliminano le imperfezioni della memoria umana registrando non solo i dati che si allontanano dall'ordinario svolgersi della vita privata, ma anche tutti i dati che compongono quest'ultima, fornendo un quadro preciso e circostanziato dei gesti e degli spostamenti⁷⁶. Inoltre, le tecnologie dell'informazione consentono una più semplice e più rapida catalogazione delle informazioni raccolte, cui si lega anche la facilità di reperire le stesse informazioni con un costo in termini di tempo e di denaro notevolmente inferiore a quello precedentemente necessario⁷⁷.

In questo senso, però, non è impossibile presumere che il trattamento, se lecitamente compiuto, possa portare anche un beneficio all'utente stesso, poiché questi può avere interesse a ricevere informazioni corrette e personalizzate rispetto alle sue preferenze⁷⁸. In questo caso è dunque necessario valutare il conflitto che può crearsi fra l'interesse a veder tutelata la propria sfera privata e il contestuale interesse dell'utente a ricevere le informazioni commerciali personalizzate, che possono essere identificate solo nel caso in cui è lo stesso utente che offre i propri dati personali al mittente delle comunicazioni commerciali⁷⁹. Ciò che si delinea, dunque, è un bilanciamento fra, da un lato, la protezione dei soggetti e l'interesse alla circolazione delle informazioni (in particolare riconoscendo un controllo da parte dell'utente sulle modalità della circolazione dei propri dati personali, tale da evitare sia la circolazione dei dati inesatti o eccedenti rispetto alla finalità di trattamento

⁷⁵ Il caso più banale, ma anche più comune, è quello del piccolo nucleo abitativo nel quale i comportamenti di ciascun abitante vengono controllati e valutati dall'intera collettività sia attraverso una osservazione diretta, sia attraverso una conoscenza indiretta.

⁷⁶ Un esempio concreto è la registrazione delle operazioni svolte con la propria carta di credito, che consente di conoscere le caratteristiche essenziali di ogni acquisto.

⁷⁷ Comunque è necessario osservare che “*in ‘real world’ transactions, privacy/anonymity is the norm, and the consumer has the chance to explicitly choose to disclose more personal information [...] whereas in ‘on-line’ transactions, it is generally more true to say that disclosure of personal information is the norm, and the consumer has to take explicit action to protect their privacy*”, L. Edward e G. Howells, *Anonymity, Consumers and the Internet: Where everyone knows you're a dog*, in C. Nicoll, J.E.J. Prins e M.J.M. Van Dellen (a cura di), *Digital Anonymity and the law – Tensions and Dimensions*, TMC Asser Press, The Hague, 2003, 209.

⁷⁸ Oppure perché il valore del corrispettivo ricevuto per le informazioni personali viene percepito dall'utente equivalente (o superiore) al valore economico attribuito ai propri dati. Un esempio è il servizio di e-mail fornito dal sito *google.com* (c.d. *gmail*) che offre gratuitamente agli utenti la possibilità di salvare on-line una elevata quantità di dati (oltre 2 gigabyte) in cambio del consenso a ricevere annunci pubblicitari mirati, realizzati attraverso una tecnologia sofisticata che setaccia la posta per estrarre indicazioni sui gusti, sugli interessi, dunque sul profilo del consumatore. Si veda C.J. Hoofnagle, *Privacy self-regulation: A decade of disappointment*, in J.K. Winn (a cura di), *Consumer protection in the age of the “Information Economy”*, Aldershot, Ashgate, 2005, 386.

⁷⁹ Nella presente analisi si valuteranno soltanto gli aspetti connessi alle comunicazioni di tipo promozionale, escludendo dal campo di osservazione le altre tipologie di comunicazioni, per esempio a contenuto politico, sociale o culturale. Per una analisi delle questioni legate a tali tipologie, si veda C. Sunstein, *Republic.com*, Princeton University Press, Princeton, 2001, 27 e ss.

dichiarata, sia la loro distorta utilizzazione), e dall'altro lato, le esigenze di trasparenza ed efficienza delle relazioni economiche (utilizzando la stessa forma di controllo per veicolare informazioni complete, esatte ed aggiornate)⁸⁰. Le tecniche che possono essere approntate per garantire tale risultato, però, si scontrano con la difficoltà del contesto nel quale il trattamento dei dati viene compiuto, poiché i mezzi che la tecnologia sviluppa per la raccolta delle informazioni sono sempre più raffinati, e d'altra parte si dimostrano strettamente connessi al funzionamento stesso della rete⁸¹.

3. 2. 2. 1. I due livelli di interferenza nella sfera personale: l'illegittima raccolta dei dati personali

Come precedentemente già accennato, peculiare attenzione è stata rivolta dagli interpreti, sia in campo giuridico sia in campo sociologico, nei confronti delle potenzialità invasive dei sistemi tecnologici.

Un esempio sostanziale è quello della profilazione, ovvero la possibilità di raccogliere una vasta quantità di dati, riconoscibili come afferenti ad uno specifico individuo, con la conseguente possibilità di organizzare tali informazioni secondo criteri e finalità differenti. Più specificamente, le imprese che forniscono servizi su Internet hanno ottenuto dalla stessa architettura che costituisce la Rete gli strumenti e l'opportunità di monitorare e verificare le scelte compiute da parte degli attuali o potenziali acquirenti, qualora questi si trovino ad operare su Internet.

Questo scenario scatena già di per sé timori ed ansie sui pericoli che lo sviluppo tecnologico può comportare. Dal punto di vista della privacy i rischi concreti che essa comporta sono principalmente due, fra loro correlati: la manipolazione del comportamento degli stessi utenti e la perdita dell'uguaglianza sostanziale fra i medesimi soggetti⁸². Il primo

⁸⁰ “Da una particolare angolazione può cogliersi una convergenza tra l'interesse di chi domanda informazioni e l'interesse dei soggetti cui le informazioni si riferiscono: tali interessi trovano un punto di incontro nella comune esigenza di contrastare la formazione di posizioni di monopolio nel trattamento e nella gestione delle informazioni personali”, così in E. Pellicchia, *Scelte contrattuali e informazioni personali*, cit., 14.

⁸¹ Si veda l'esempio dei c.d. *cookies*, i quali da un lato consentono di acquisire informazioni circa le attività svolte da un utente sulla rete, dall'altro consentono un più rapida navigazione fra le pagine web senza appunto richiedere ad ogni visita lo scaricamento dei dati relativi alla stessa pagina, che talvolta richiede un periodo di connessione non istantaneo.

⁸² Secondo l'approccio di A. Fici e E. Pellicchia, *Il consenso al trattamento*, in R. Pardolesi (a cura di), *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, Giuffrè, Milano, 2003, vol. I, 470, le ipotesi di rischio che possono presentarsi in questo caso sono tre: produrre fenomeni di 'manipolazione' dell'identità, impedire all'identità di 'segregarsi', dare luogo ad ipotesi di frammentazione dell'identità. Laddove ciò che è posto in luce è, nel primo caso, il conflitto potenziale fra l'identità individuale auto-identificata e quella etero-identificata (prodotta attraverso informazioni non veritiere; nel secondo, l'impossibilità per il soggetto di mantenere una identità riservata; infine, nel terzo caso, la possibilità che l'unità della persona venga spezzata in tante “persone elettroniche” la cui scelta di connessione compete al solo soggetto titolare (cfr. per questa ipotesi anche S. Rodotà, *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, Riv. crit. dir. priv. 1997, 605).

aspetto, come abbiamo già accennato in precedenza, consente di produrre un profilo corrispondente ad ogni utente attraverso l'uso dei dati reperiti. In questo caso, le informazioni possono essere utilizzate al fine di ottenere una 'normalizzazione' della popolazione alla luce delle scelte processate in precedenza⁸³. La tecnologia, infatti, può avere l'effetto di presentare ai soggetti che sono riconducibili ad uno specifico profilo, soltanto le opzioni che questi – presumibilmente – prediligono in base al medesimo profilo. Ovviamente, tale situazione opera in modo più efficiente qualora il soggetto non è a conoscenza dell'attività di profilazione⁸⁴. Di conseguenza, si realizza una forma di manipolazione del comportamento soggettivo che opera attraverso la diminuzione dell'autonomia di scelta⁸⁵.

Per ottenere tale risultato, la pratica più comune è l'utilizzo dei c.d. *cookies*,⁸⁶ piccoli *file* di testo che vengono registrati sul computer dell'utente al momento in cui questi transita sulle pagine del sito *web*. Il *cookie* contiene un identificatore che viene riconosciuto nei successivi accessi a quel sito (o anche a siti collegati). Ciò consente di unificare tutti i dati attenenti alle attività che compiute su Internet mediante quello specifico computer, indipendentemente dal fatto che tale strumento venga utilizzato da più utenti⁸⁷. La finalità di tali elementi è quella di registrare un computer, permettendo il riconoscimento dell'utente al momento di un successivo passaggio nel sito *web*, senza dover compiere ad ogni passaggio la procedura di riconoscimento⁸⁸.

⁸³ E. Pellicchia, *Commento all'art. 17*, in C.M. Bianca e F.D. Busnelli (a cura di), *La tutela della privacy – Commentario alla legge n. 675/96*, in Nuove Leggi Civili Commentate, Padova, 1999, II-III, 462 *ess.*; V. Zeno Zencovich, *Illegittimità dell'invio senza consenso di messaggi ad indirizzi di posta elettronica*, Riv. Dir. Dell'inf. e dell'Informatica, 2001, 27.

⁸⁴ Si veda il caso dell'art. 7 del Data Protection Act (1998), approvato nel regno Unito in attuazione della direttiva sulla tutela dei dati personali n. 95/46/CE, nel quale in relazione ai trattamenti automatizzati volti alla valutazione della c.d. *creditworthiness* e per l'eventualità che essi costituiscano la sola base per una decisione dalla quale possono derivare "effetti significativi", è attribuito all'interessato di conoscere "*the logic involved in that decision-taking*".

⁸⁵ Si veda E. Pellicchia, *Scelte contrattuali e informazioni personali*, Torino, Giappichelli, 2005, XIII, dove l'Autrice afferma che "*la crescente utilizzazione a fini decisionali di profili personali automatizzati per la valutazione dei requisiti dei possibili contraenti, ed esempio, soddisfa adeguatamente le esigenze di celerità e standardizzazione nelle contrattazioni, ma pone anche problemi di non scarso rilievo. La selezione del contraente o la previsione di condizioni contrattuali particolari è spesso il risultato della (sola) comparazione tra profilo concreto e profilo standard di riferimento assunto a parametro di valutazione di determinate qualità*".

⁸⁶ Un'immagine di estrema chiarezza è data da J. Simitis, *Sulla strada verso un nuovo diritto per la protezione dei dati*, Informatica e diritto, 1997, 574, laddove afferma "*la rete è sempre più popolata, per utilizzare una metafora, di agenti segreti tipo cookies, che si presentano agli utenti come strumenti di ricerca ma che in realtà hanno il compito di fornire ai loro veri padroni tutte le informazioni possibili sugli utenti, che interessano solo come potenziali consumatori. Mai prima di oggi il comportamento degli utenti è stato osservato così da vicino; mai ci sono stati tanti tentativi di utilizzare gli altrui dati personali; di commercializzare in modo esplicito i dati personali*".

⁸⁷ Una pluralità di utilizzatori per lo stesso strumento può presentarsi sia nel caso in cui l'elaboratore elettronico sia posto all'interno di un "Internet café", sia nel caso più semplice in cui all'interno di una abitazione tutti i componenti familiari utilizzino lo stesso computer per l'accesso alla rete.

⁸⁸ I *cookies* possono essere temporanei (*session cookies*) oppure permanenti (*permanent cookies*). I primi sono utilizzati per realizzare un mero passaggio di informazioni fra le pagine *web* durante un'unica visita (per esempio

Gli aspetti che presentano un rischio sono i seguenti: l'utente non percepisce in alcun modo questa intrusione nel proprio computer⁸⁹; inoltre, il *cookie* assegnando un identificatore unico a ciascun computer instaura un controllo passivo (*passive tracking*) delle attività dell'elaboratore, fornendo ad ogni successivo passaggio sul sito di origine le informazioni relative alla durata, al percorso compiuto sulle pagine web, e talvolta anche le informazioni relative al soggetto e allo specifico computer (per esempio, i dati inseriti durante la navigazione nei moduli on-line, i dati relativi al tipo di *browser*, ecc.)⁹⁰.

Si presenta, poi, il caso in cui la raccolta di dati abbia un effetto limitativo sull'eguaglianza. L'eguale trattamento dei soggetti nella rete è assicurato dal fatto che essi operano in anonimato, o comunque senza che l'interlocutore possieda informazioni personali su di essi, che ne permettono il diretto riconoscimento. La disponibilità di tali informazioni personali, e in particolare di quelle che l'interessato ha reso disponibili involontariamente, può dar luogo a discriminazioni basate su caratteristiche o scelte personali⁹¹.

Il modello di tutela europeo in questo senso si è affidato alla legislazione speciale che ha imposto una serie di disposizioni analitiche, accompagnate da clausole generali, capaci di adattarsi in maniera flessibile a tutte le ipotesi in cui il trattamento dei dati personali poteva manifestarsi, fra cui si include anche il trattamento operato attraverso elaboratori elettronici.

Il primo intervento del legislatore europeo in materia di privacy è stato la direttiva n. 95/46/CE del 24 ottobre 1995 sulla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali. Tale direttiva è stata concepita come applicabile a tutti i trattamenti di dati indipendentemente dallo strumento tecnico utilizzato per compiere il trattamento, di

qualora il soggetto utilizzi il c.d. "carrello acquisti"), e sono cancellati al momento in cui l'utente spegne il computer. I secondi sono invece archiviati sul hard disk del computer per un periodo predefinito (da uno a cinque anni) e possono essere usati per raccogliere le informazioni sulle scelte e le preferenze dell'utente. Più approfonditamente in P. Carey, *Data protection – A practical guide to UK and EU Law*, Oxford University Press, New York, 2nd ed., 2004, 210; G. Cassano, *Internet e riservatezza*, in G. Cassano (a cura di), *Internet – Nuovi problemi e questioni controverse*, Milano, Giuffrè, 2001, 14; E. Tosi, *Prime osservazioni sull'applicazione della disciplina generale della tutela dei dati personali a Internet e al commercio elettronico*, Riv. Dir. Dell'inf. e dell'Informatica, 1999, 603; V. Caridi, *La tutela dei dati personali in Internet: la questione dei logs e dei cookies alla luce delle dinamiche economiche dei dati personali*, Dir. dell'informaz. e informatica, 2001, 675; C. Gattei, *La responsabilità del provider e i problemi dell'e-commerce: esperienze sovranazionali*, in G. Cassano (a cura di), *Internet*, cit., 614.

⁸⁹ Ciò è escluso nel caso in cui nel programma di navigazione Internet sia stata attivata la funzione di controllo sui cookie, che permette di non accettare alcun file proveniente dall'esterno, oppure di ricevere un avviso e conseguente richiesta di accettazione al momento dell'invio di un simile file.

⁹⁰ Si veda quanto già delineato nel capitolo 1 in tema di digital rights management. Sul tema in particolare si veda J. Cohen, *DRM and privacy*, 18 Berkeley Tech. L.J. 575 (2003) e R. Caso, *Digital Rights Management*, Padova, Cedam, 2004.

⁹¹ Secondo R. Whittaker si può affermare che "*customers are disciplined by consumption itself to obey the rules, to be 'good' not because it is morally preferable to being 'bad', but because there is no conceivable alternative to being good, other than being put outside the reach of benefits*", in *The end of privacy: how total surveillance is becoming a reality*, New Press, New York, 1999.

conseguenza è applicabile anche alle forme di profilazione telematiche⁹². I principi posti dalla direttiva che qui interessano maggiormente sono i seguenti:

a) i dati personali devono essere trattati lealmente e lecitamente, e devono essere rilevati per finalità determinate, esplicite e legittime, e quindi trattati in maniera compatibile con tali finalità (art. 6);

b) il trattamento di dati personali può essere effettuato, salve deroghe, solo quando l'interessato ha manifestato il proprio consenso in maniera inequivocabile (art. 7);

c) in caso di raccolta di dati personali la persona interessata deve essere informata, tra l'altro, delle finalità del trattamento e dei destinatari (o categorie di destinatari) dei dati (artt. 10 e 11);

d) l'interessato ha inoltre il diritto di opporsi - gratuitamente - al trattamento per fini di invio di materiale pubblicitario e di essere informato, prima che i dati siano per la prima volta comunicati a terzi o utilizzati per conto di terzi, a fini di invio di materiale pubblicitario; deve inoltre essere informato in modo esplicito del diritto di opporsi (art. 14).

Un momento fondamentale per valutare la liceità del trattamento è quello dell'invio preventivo dell'informativa completa e esauriente concernente il trattamento, da fornire al soggetto interessato, affinché quest'ultimo sia messo nelle condizioni di comprendere a pieno le finalità e le modalità di trattamento dei dati, nonché la durata del trattamento stesso. Questo elemento appare di peculiare importanza qualora si parli di un trattamento relativo alle attività svolte dagli utenti via Internet, perché consente di conoscere per quanto tempo il proprio comportamento verrà sottoposto a monitoraggio. Nel quadro di tali modalità di trattamento, il Garante della privacy italiano aveva già delineato una serie di indicazioni da ritenersi valide per tutti gli operatori telematici, in particolare sottolineando che informazioni previste nell'informativa, ex art. 10 c. 1 della l. n. 675/96, di attuazione della direttiva n. 95/46/CE, avrebbero dovuto essere *“a) ben evidenziate (all'interno di un apposito riquadro, parte del documento o pagina antecedente) prima dei campi in cui il cliente deve indicare i propri dati; b) riferite a tutti gli aspetti del complessivo trattamento svolto dalla società nell'ambito del servizio che gli interessati si accingono ad attivare (anziché ai soli menzionati profili relativi alle finalità commerciali), riepilogando in maniera chiara e sintetica alcune notizie che sono ora sparse nelle condizioni del contratto,*

⁹² La direttiva ha avuto anche il pregio di inoltre istituire il c.d. Gruppo di lavoro per la tutela delle persone con riguardo al trattamento dei dati personali, art. 29 della direttiva n. 95/46/CE, con compiti consultivi in materia di tutela della privacy a livello comunitario, compiti successivamente estesi anche all'ambito specifico della privacy nelle telecomunicazioni. V. art. 14, c. 3, della direttiva 97/66/CE. Già da alcuni anni il Gruppo si occupa intensamente dei problemi della tutela della privacy su Internet. I documenti che si riferiscono espressamente alla presente indagine sono il WP Trattamento dei dati personali su Internet, 23 febbraio 1999, ove si afferma il principio dell'applicabilità ad Internet delle norme generali in materia di tutela della privacy: *“sotto il profilo giuridico Internet non opera nel vuoto: il trattamento dei dati personali su Internet deve pertanto rispettare i principi della tutela dei dati così come avviene al di fuori della rete”*.

specie in riferimento alla registrazione dei dati relativi alle connessioni e ai siti e alle modalità della loro "profilazione" in rapporto agli indirizzi di posta elettronica. Ai sensi del citato art. 10 è necessario inoltre integrare le predette informazioni con un richiamo, anche sintetico, ai diritti attribuiti dal successivo art. 13, con indicazione del soggetto o del servizio al quale ci si può rivolgere per il loro esercizio. Occorre inoltre precisare meglio tutte le categorie di soggetti eventualmente destinatarie di tali dati, con una indicazione più precisa delle finalità di comunicazione"⁹³.

Recentemente, la direttiva n. 2002/58/CE sulla privacy nelle comunicazioni elettroniche ha riformulato la disciplina in materia di privacy, adeguando la tutela dei dati personali agli sviluppi verificatisi nei mercati e nelle tecnologie dei servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico, e dunque abrogando la direttiva n. 97/66/CE sul trattamento dei dati personali e sulla tutela della vita privata nel settore delle telecomunicazioni. In particolare, la direttiva del 2002 introduce come strumento principe per la tutela dei dati in caso di utilizzo di identificatori occulti il consenso esplicito, libero e informato, prestato dall'interessato⁹⁴. In questa categoria sono inclusi infatti non soltanto i *cookies*, ma anche i software spia e i c.d. *web bugs*, poiché anch'essi capaci di introdursi nel terminale dell'utente al fine di avere accesso alle informazioni, archiviare dati non visibili o monitorare l'attività degli utenti on-line, dunque ammissibili solo se utilizzati per finalità legittime e qualora gli utenti ne siano a conoscenza⁹⁵.

⁹³ L'autorità Garante della privacy italiana ha espressamente delineato delle indicazioni da ritenersi valide per tutti gli operatori, sottolineando che le. (Garante privacy, 13 gennaio 2000, Provv. Bollettino 2000, n. 11/12, 52).

⁹⁴ Si veda il testo dell'art. 5, c. 3, della direttiva n. 2002/58/CE:

"Gli Stati membri assicurano che l'uso di reti di comunicazione elettronica per archiviare informazioni o per avere accesso a informazioni archiviate nell'apparecchio terminale di un abbonato o di un utente sia consentito unicamente a condizione che l'abbonato o l'utente interessato sia stato informato in modo chiaro e completo, tra l'altro, sugli scopi del trattamento in conformità della direttiva 95/46/CE e che gli sia offerta la possibilità di rifiutare tale trattamento da parte del responsabile del trattamento. Ciò non impedisce l'eventuale memorizzazione tecnica o l'accesso al solo fine di effettuare o facilitare la trasmissione di una comunicazione su una rete di comunicazione elettronica, o nella misura strettamente necessaria a fornire un servizio della società dell'informazione esplicitamente richiesto dall'abbonato o dall'utente".

⁹⁵ Si veda S. Kirschen, *Privacy e Internet*, in AA.VV., *Internet*, cit., 451.

Si veda anche i considerando n. 24 e 25 della direttiva n. 2002/58/CE, laddove si afferma che "(24) Le apparecchiature terminali degli utenti di reti di comunicazione elettronica e qualsiasi informazione archiviata in tali apparecchiature fanno parte della sfera privata dell'utente, che deve essere tutelata ai sensi della convenzione europea per la protezione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. I cosiddetti software spia, bachi invisibili ("web bugs"), identificatori occulti ed altri dispositivi analoghi possono introdursi nel terminale dell'utente a sua insaputa al fine di avere accesso ad informazioni, archiviare informazioni occulte o seguire le attività dell'utente e possono costituire una grave intrusione nella vita privata di tale utente. L'uso di tali dispositivi dovrebbe essere consentito unicamente per scopi legittimi e l'utente interessato dovrebbe esserne a conoscenza.

(25) Tuttavia, tali dispositivi, per esempio i cosiddetti marcatori ("cookies"), possono rappresentare uno strumento legittimo e utile, per esempio per l'analisi dell'efficacia della progettazione di siti web e della pubblicità, nonché per verificare l'identità di utenti che effettuano transazioni "on-line". Allorché tali dispositivi, ad esempio i marcatori ("cookies"), sono destinati a scopi legittimi, come facilitare la fornitura di servizi della società dell'informazione, il loro uso dovrebbe essere consentito purché siano fornite agli utenti informazioni chiare e precise, a norma della direttiva 95/46/CE, sugli scopi dei marcatori o di dispositivi analoghi per assicurare che gli utenti siano a conoscenza delle informazioni registrate sull'apparecchiatura terminale che stanno utilizzando. Gli utenti dovrebbero avere la possibilità di rifiutare che un marcatore o un dispositivo analogo sia installato nella loro apparecchiatura terminale. [...] L'offerta di informazioni e del diritto di opporsi può essere fornita una sola volta per l'uso dei vari dispositivi da installare sull'attrezzatura terminale dell'utente durante la stessa connessione e applicarsi anche a tutti gli usi successivi, che possono essere fatti, di tali dispositivi durante successive connessioni".

3. 2. 2. 2. (segue) L'invio di informazioni non desiderate

Dopo un primo periodo durante il quale la diffusione dello *spamming* in Europa appariva, sia dal punto di vista quantitativo, sia dal punto di vista qualitativo, un pericolo meno vicino rispetto alla contemporanea situazione negli Stati Uniti⁹⁶, l'entità di questo problema è divenuta progressivamente più preoccupante. L'iniziale difesa, fornita dalla normativa di tutela della *privacy*, si è rivelata insufficiente. Infatti, le norme europee in questione, essendo state emanate in un periodo antecedente allo sviluppo del fenomeno *spamming*, non hanno potuto tener conto delle fattispecie concrete in cui si manifesta tale fenomeno. Anche gli interventi normativi comunitari più recenti, per quanto consapevoli del fenomeno, non sono riusciti a tracciare un quadro coerente e completo di protezione⁹⁷.

Anche in questo caso, la risposta europea è stata di natura normativa, affiancando la già citata direttiva sulla protezione dei dati personali⁹⁸, un intervento mirato alla disciplina della *privacy* nel settore delle telecomunicazioni, nel quale era contemplata anche la disciplina delle comunicazioni non sollecitate. La direttiva n. 97/66/CE del 15 dicembre 1997, infatti,

⁹⁶ Per quanto riguarda la ricca giurisprudenza statunitense in materia di *spamming*, si vedano i casi *Cyber Promotions v. America on Line [AOL]*, 948 F. Supp. 456, E. D. Pa, 4 novembre 1996; *CompuServe Inc. v. Cyber Promotions Inc. and Sanford Wallace*, S. D. Ohio, 3 febbraio 1997; *Intel Corp. v. Kourosh Kenneth Hamidi*, Sup. Court of California, contea di Sacramento, 28 aprile 1999, laddove l'oggetto del contendere era rappresentato dall'invio di comunicazioni commerciali non sollecitate nei rapporti fra *spammers* e *providers*. Dal punto di vista legislativo non esiste ancora una legislazione federale che condanni espressamente, o comunque disciplini, le comunicazioni commerciali non sollecitate su Internet, anche se sono stati presentati numerosi progetti di legge in materia.

⁹⁷ Si veda la recente Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale, e al Comitato delle regioni, *On fighting spam, spyware and malicious software*, 15 Novembre 2006, COM(2006) 688 final, in cui la Commissione riconosce che “[t]hreats such as spam, spyware and malware undermine the confidence in, and the security of, the Information Society, and have a significant financial impact. While some Member States have taken initiatives, over the EU as a whole **there is insufficient action to address this development**. The Commission is using its role as an intermediary to create greater awareness about the need for greater political commitment to fight these threats” (grassetto nell'originale).

⁹⁸ Si tenga presente che anche il già citato gruppo di lavoro sui dati personali ha analizzato il fenomeno dello *spamming* in numerosi documenti: il parere n. 1/2000, 3 febbraio 2000, ove si ribadisce l'applicabilità ad Internet, ed in particolare allo *spamming*, delle direttive n. 95/46/CE e n. 97/66/CE; ed infine il WP *Privacy on the Internet - An integrated EU approach to on-line data protection*, adottato il 21 novembre 2000, nel quale con riferimento allo *spamming*, sono ribadite la dannosità del fenomeno e l'applicabilità della normativa vigente in tema di tutela della *privacy*, e sono illustrati gli adempimenti imposti da tale ultima normativa, distinguendo a seconda delle diverse modalità di reperimento degli indirizzi di posta elettronica dei destinatari: a) in caso di raccolta dell'indirizzo direttamente dalla persona titolare di esso ed allo scopo di invio di materiale pubblicitario, occorre informare la persona ai sensi dell'art. 10 della direttiva n. 95/46/CE fin dal momento della raccolta dell'indirizzo; b) in caso di raccolta dell'indirizzo su uno spazio pubblico di Internet il suo utilizzo a fini di invio di materiale pubblicitario, viene senz'altro considerato contrario al diritto comunitario in vigore, in particolare si tratterebbe di un trattamento non leale (art. 6, c. 1, lett. a), contrario al principio di finalità (art. 6, c.1, lett. b) e non rispondente all'equo temperamento degli interessi in gioco (art. 7, lett. f).

pur non menzionando espressamente Internet né la posta elettronica, risulta senz'altro applicabile a tale strumento⁹⁹. L'art. 12 prevede appunto che:

a) l'uso di sistemi automatizzati di chiamata senza intervento di un operatore¹⁰⁰ o del fax per l'invio di materiale pubblicitario è consentito solo nei confronti degli abbonati che hanno dato preventivamente il loro consenso (c. 1);

b) per le chiamate indesiderate a scopo di invio di materiale pubblicitario con mezzi diversi da quelli di cui al comma 1 è lasciata agli stati membri la scelta tra sistema opt-in (consenso preventivo) e sistema opt-out (diritto di opposizione)¹⁰¹ (c. 2).

Fino a questo momento, infatti, la scelta del legislatore europeo era stata quella di delegare agli Stati membri la decisione circa il sistema da predisporre per la tutela dei soggetti in relazione alla comunicazioni non desiderate, senza però interpretare tale libertà di scelta come un elemento atto a limitare l'armonizzazione delle regole europee sulla privacy¹⁰². Anzi, nei successivi interventi in tema veniva uniformemente appoggiato l'utilizzo del sistema di opt-out come strumento base di tutela.

⁹⁹ La direttiva fornisce, all'art. 2, una definizione di “rete pubblica di telecomunicazione” nella quale rientra anche Internet.

¹⁰⁰ Da notare che in generale l'invio di e-mail non rientra in tale concetto, anche se si è sottolineato come la caratteristica dei sistemi automatizzati di chiamata senza intervento di un operatore sia molto vicina, se non identica, all'invio di materiale pubblicitario attraverso l'e-mail.

¹⁰¹ Per un'analisi comparativa della situazione circa il *direct mailing* si veda il Report compiuto per la DG SANCO della Commissione Europea “*Analysis of national fairness laws aimed at protecting consumers in relation to commercial practices*”, diretto da R. Schulze e H. Schulte-Nölke, giugno 2003, accessibile sul sito http://europa.eu.int/comm/consumers/index_en.htm. Dove si afferma, “[d]irect mail advertising is generally admissible across the European Union. Consumers that do not wish to receive any addressed advertising material by mail can enter their address in a specific register (“opt-out” system). These mail preference services (sometimes referred to as “Robinson Lists”) are administered in most Member States by the national direct marketing association. [...] However, the use of mailing preference services varies significantly among Member States. In the UK, Germany and France “Robinson Lists” are well known and used by a high number of consumers whereas in Italy, Portugal and Spain very few entries have been made to the registers. In some Member States the system of preference services is highly developed. [...] Even if consumers have registered their address on the list of a mailing preference service, this does not provide a remedy against unaddressed advertising material such as leaflets and brochures. Therefore, in some Member States (e.g. Germany and the Netherlands) it is common for consumers to declare their intention with a label at the mailbox if they do not wish to receive such advertising material. Under German law, if a marketer ignores such a label, this may constitute a violation of the general clause (§ 1 UWG). Apart from the general admissibility of direct mail advertising, most Member States only have very little legislation setting up fairness standards for this kind of marketing. One of the requirements that can be found in Member States’ laws is that advertising material sent by mail has to be recognisable as such (e.g. Sweden, Germany). Therefore, under German law direct mail advertising may be considered unfair if it is sent under the guise of private or official letters and the addressee has to open the letter in order to identify its commercial nature. Spanish law goes even further and requires a permission from the Public Mail Service for all advertising printed on envelopes. In other Member States, where state regulation of fairness standards for mail advertising is rather limited, codes of conduct play an important role (e.g. Netherlands, Ireland)”, ivi, 42.

¹⁰² Questa scelta aveva dei chiari riflessi “politici”, poiché lo Stato che avesse adottato un sistema di opt-in avrebbe dichiarato espressamente il proprio disfavore nei confronti del comportamento dei promotori pubblicitari che interferiscono nella vita privata degli individui senza richiederne il consenso. Nel caso in cui, invece, fosse stato adottato un sistema di opt-out, lo Stato avrebbe riconosciuto la necessità di un bilanciamento fra la posizione delle imprese che operano attraverso il *direct marketing* e quella dei destinatari del messaggio. In questo caso, però, il mittente sarebbe stato tenuto ad onorare le richieste dei destinatari che richiedono di essere eliminati dalla mailing list.

Entrambi gli approcci, tuttavia hanno subito critiche da parte delle associazioni delle categorie interessate, e da parte della dottrina. Per quanto riguarda il sistema di *opt-out*, le maggiori critiche che sono state rivolte si sono concentrate sul fatto che questo approccio sembra voler legalizzare l'attività di *spamming*. Le ragioni di questa valutazione derivano dalla considerazione che il sistema *opt-out* non afferma chiaramente che l'invio delle e-mail

Infatti, la direttiva n. 97/7/CE sui contratti a distanza all'art. 10 prevede:

a) il consenso preventivo in caso di impiego di sistemi automatizzati di chiamata senza intervento di un operatore o del fax (c. 1);

b) in caso di tecniche di comunicazione a distanza diverse da quelle di cui al 1° comma, che consentano una comunicazione individuale¹⁰³, l'assenza di un esplicito diniego da parte del consumatore (c. 2).

Già da quanto descritto fino ad ora, appare con chiarezza la disomogeneità del quadro normativo comunitario¹⁰⁴. A complicare ulteriormente la situazione ha poi contribuito la direttiva sul commercio elettronico. L'art. 7, 1° comma della direttiva n. 2000/31/CE dispone la chiara identificabilità delle comunicazioni commerciali non desiderate. Il comma 2¹⁰⁵ aggiunge che, *“fatte salve la direttiva 97/7/CE e la direttiva 97/66/CE, gli Stati membri adottano i provvedimenti necessari per far sì che i prestatori che inviano per posta elettronica comunicazioni commerciali non sollecitate consultino regolarmente e rispettino i registri negativi in cui possono iscriversi le persone fisiche che non desiderano ricevere tali comunicazioni commerciali”*¹⁰⁶.

Il considerando 30 sottolinea peraltro come *“l'invio per posta elettronica di comunicazioni commerciali non sollecitate può risultare inopportuno per i consumatori e per i fornitori di servizi della*

non sollecitate è illegale nei sistemi paese, piuttosto, legittima tale comportamento, e quindi, secondo numerose associazioni *anti-spam* rende la situazione ancora peggiore. Dall'altro lato, le critiche indirizzate alle normative di *opt-in* hanno in primo luogo contestato l'eccessivo onere sopportato da coloro che operano attraverso il marketing diretto per conformarsi alla disciplina normativa, tanto che gli stessi soggetti hanno portato a loro difesa le statistiche che dimostravano la disponibilità degli utenti a ricevere offerte commerciali via e-mail anche se non sollecitate, contestando altresì che la chiusura di tale canale di comunicazione avrebbe rappresentato un comportamento eccessivo rispetto al danno eventualmente provocato (Si veda, in particolare nel dibattito statunitense: D. Greek, *New Laws Will Make Spam Worse*, 9 gennaio 2004, reperibile sul sito <<http://www.vnunet.com>>; F. Cate e M. Staten, *Protecting Privacy in the New Millennium: The Fallacy of “Opt-In”*, reperibile sul sito della Direct Marketing Association <<http://www.the-dma.org/isec/optin.shtml>>).

¹⁰³ Tale requisito è soddisfatto dalla posta elettronica, ma non dalla televisione, per esempio..

¹⁰⁴ A conferma della sovrapposizione delle discipline sull'invio di comunicazioni indesiderate si osserva che nell'implementazione della direttiva n. 97/7/CE, molti Stati membri non hanno notificato tutte o parti delle loro disposizioni nazionali di attuazione dell'art. 10, giustificando tale mancanza sul fatto che la legislazione comunitaria successiva copre tali limiti attraverso la direttiva n. 2002/58/CE, nella quale infatti si impone agli Stati membri di garantire che l'impiego di sistemi automatizzati di chiamata senza intervento di un operatore, fax o posta elettronica sia consentito per scopi di invio di materiale pubblicitario unicamente nei confronti di abbonati che abbiano dato il loro previo consenso (sistema “opt-in”). Per quanto riguarda altre forme di comunicazione a distanza spetta agli Stati membri decidere se adottare un sistema di opt-in oppure opt-out. Si veda la *Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo e al Comitato economico e sociale Europeo, relativa all'attuazione della direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 1997, riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza*, 21 settembre 2006, COM(2006) 514 final, 12.

¹⁰⁵ Da notare che il comma in questione è stato inserito con un emendamento del Parlamento Europeo, mentre la proposta iniziale della Commissione si limitava a prevedere l'obbligo di identificabilità di cui al comma 1, si veda la Raccomandazione per la seconda lettura della Commissione giuridica e per il mercato interno in data 12 aprile 2000, p. 8.

¹⁰⁶ Da notare che nel Parere della Commissione per la protezione dell'ambiente, la sanità pubblica e la tutela dei consumatori in data 19 marzo 1999, documento confluito nella Relazione della Commissione giuridica e per i diritti dei cittadini in data 23 aprile 1999, cit., 63 si suggeriva di accordare agli utenti mezzi che consentissero loro di non ricevere più altra posta elettronica dalla stessa fonte: “Idealmente, si dovrebbe trattare di una finestra sullo schermo, adeguatamente indicata, che il consumatore può azionare se non desidera più ricevere quel tipo di informazioni e che il prestatore di servizi possa verificare regolarmente”, *ibidem*.

società dell'informazione e perturbare il buon funzionamento delle reti interattive. La questione del consenso dei destinatari di talune forme di comunicazione commerciale non sollecitata non è disciplinata dalla presente direttiva bensì, in particolare, dalla direttiva 97/7/CE e dalla direttiva 97/66/CE. Negli Stati membri che autorizzano l'invio per posta elettronica di comunicazioni commerciali non sollecitate dovrebbero essere incoraggiate e agevolate appropriate iniziative di filtraggio da parte delle imprese del settore. Inoltre, le comunicazioni commerciali non sollecitate devono in ogni caso essere chiaramente identificabili in quanto tali al fine di promuovere la trasparenza ed agevolare il funzionamento di tali iniziative. L'invio per posta elettronica di comunicazioni commerciali non sollecitate non dovrebbe dar luogo a costi supplementari di comunicazione per il destinatario”.

Dunque, la direttiva sulla questione rimanda ai provvedimenti comunitari già emanati in materia di protezione dei consumatori nei contratti a distanza e di tutela della privacy nelle telecomunicazioni, imponendo però un obbligo di identificazione fin dal momento della ricezione ed un obbligo per i prestatori di consultare e rispettare i registri negativi – verosimilmente di natura telematica¹⁰⁷ – in cui possono iscriversi le persone fisiche che non desiderano ricevere le comunicazioni in questione¹⁰⁸. La scelta di ammettere l'adozione¹⁰⁹

¹⁰⁷ P. Pallaro, *Il commercio elettronico nella società dell'informazione: il futuro quadro di riferimento comunitario*, Contratto e Impresa/Europa, 1999, 900 (nota 69), secondo cui il riferimento ai registri si giustificerebbe solo se li si intendesse quali elenchi telematici, posto che l'opposizione all'ulteriore invio di posta commerciale è già sancito dalle direttive 95/46/CE e 97/66/CE; tale autore giunge alla conclusione che il sistema delineato dalla direttiva implichi un obbligo per il prestatore di tenere a disposizione dei destinatari dei propri messaggi pubblicitari non sollecitati una casella di posta elettronica alla quale gli utenti possano far pervenire il diniego all'ulteriore inoltro di materiale pubblicitario. Non sembra peraltro che il sistema presupponga l'invio di un primo messaggio spam: un utente, visitando un sito, potrebbe decidere di iscriversi direttamente nel registro, istituito in quel sito, al fine di non ricevere materiale pubblicitario, senza averne mai ricevuto. È necessario però osservare che l'interpretazione in esame sembrerebbe presupporre che il prestatore abbia a disposizione un sito Internet mentre, in teoria, l'attività di spamming richiede solo un servizio di posta elettronica attivo.

¹⁰⁸ Una questione è stata sollevata (P. Leocani, *La Direttiva UE sul commercio elettronico: cenni introduttivi*, Europa e diritto privato, 2000, 630 s.) con riferimento all'incongruenza esistente tra l'eccezione al principio del c.d. *country of origin* prevista per la questione dell'ammissibilità delle comunicazioni commerciali non sollecitate per posta elettronica e le previsioni dell'art. 7, le quali fanno riferimento allo stato ove il prestatore è stabilito. In realtà, più che di una contraddizione, si può parlare di un'imprecisione da parte del legislatore comunitario, poiché il fatto che l'ammissibilità o meno delle comunicazioni commerciali non sollecitate deve essere valutata in base all'ordinamento dello stato del destinatario e ciò non impedisce che la regolamentazione, cui il prestatore che utilizzi comunicazioni commerciali non sollecitate deve adeguarsi, venga invece affidata al paese ove il prestatore è stabilito: anzi, tale scelta è in linea con le esigenze di effettività del controllo sull'attività del prestatore che stanno alla base del principio del *country of origin*. L'imprecisione in cui è invece incorso il legislatore comunitario deriva dall'aver fatto riferimento, nell'art. 7 (ed anche nel considerando 31), agli “*stati che permettono comunicazioni commerciali non sollecitate*”: giacché l'ammissibilità di tali comunicazioni dovrebbe essere stabilita in base all'ordinamento dello stato del destinatario, ne discende che anche un prestatore stabilito in uno stato che vieta le comunicazioni in questione possa comunque far ricorso ad esse, purché le indirizzi a destinatari situati in stati che consentano tali comunicazioni. In sostanza, l'inammissibilità di comunicazioni commerciali prevista da un dato ordinamento si configura non quale divieto di invio delle stesse da parte dei prestatori stabiliti nel relativo territorio, bensì quale divieto di invio di tali messaggi ai soggetti situati in tale territorio. Ciò naturalmente vale in ambito comunitario, in virtù dell'adozione, in materia, del principio del paese di destinazione. In tal senso si veda la Relazione accompagnatoria della proposta di Direttiva presentata dalla Commissione UE in materia di privacy nelle comunicazioni elettroniche [COM (2000) 385], p. 6.

¹⁰⁹ Peraltro la salvezza della possibilità per gli Stati Membri di adottare il sistema opt-in, più protettivo per gli utenti, è esplicitata dalla Raccomandazione per la seconda lettura della Commissione giuridica e per il mercato

del sistema opt-out, dunque, si giustifica sul fatto che l'Unione Europea non arriva a vietare l'attività di comunicazione diretta per posta elettronica, ma solo l'uso abusivo di tale strumento, (appunto nelle forme dello *spamming*), imponendo piuttosto che l'utilizzo di tale strumento sia compatibile con il diritto di libertà di scelta da parte dell'utente.

Il quadro estremamente variegato ed ambiguo delle disposizioni comunitarie rilevanti in tema di *spamming* e il continuo diffondersi di tale problematica, hanno successivamente indotto il legislatore europeo a risolvere il problema regolamentando espressamente il fenomeno nell'ambito della direttiva n. 2002/58/CE relativa alla privacy nelle comunicazioni elettroniche, sostituendo la direttiva n. 97/66/CE¹¹⁰. L'art. 13, c. 1, della direttiva, infatti, impone che anche l'utilizzo della posta elettronica a fini di commercializzazione possa essere consentito soltanto con il previo consenso del destinatario.

Le tre regole base di questo nuovo regime sono le seguenti:

- a) le attività di marketing diretto per posta elettronica sono soggette al consenso preliminare degli abbonati, con la sola eccezione delle comunicazioni inviate ai propri clienti per proporre dei servizi o prodotti analoghi;
- b) l'identità del mittente deve essere in ogni caso palese e verificabile¹¹¹;
- c) deve essere previsto un semplice sistema di risposta per l'utente che non desidera ricevere ulteriori comunicazioni commerciali¹¹².

In ragione della prima regola appare evidente che non tutte le e-mail non richieste sono vietate. È prevista, infatti, una deroga per i casi in cui i dati personali relativi all'utente sono stati ottenuti in concomitanza ad una vendita commerciale. Si parla in questi casi di "*soft opt-in*"¹¹³. Nell'ambito delle relazioni con la clientela, l'impresa che ha ottenuto i dati dai propri

interno in data 12 aprile 2000, cit., 11. V. anche G. Comandè, *Solo un rapido recepimento da parte degli stati può assicurare la tutela del consumatore*, Guida al diritto, n. 23, 24 giugno 2000, 122.

¹¹⁰ Nel dichiarato intento di mettere chiarezza e adeguare la normativa all'evoluzione tecnologica la proposta in questione contiene anzitutto alcune precisazioni terminologiche volte a meglio evidenziare l'applicabilità delle relative disposizioni ad Internet. In particolare si è previsto di sostituire, nell'articolo riguardante le chiamate indesiderate, il termine "chiamate" con il termine "comunicazioni": alcune legislazioni nazionali, infatti, avevano interpretato in modo restrittivo la terminologia della direttiva n. 97/66/CE apprestando una tutela solo nei confronti delle comunicazioni telefoniche. Si veda la Relazione accompagnatoria della proposta di Direttiva presentata dalla Commissione UE, cit., 2 e 5.

¹¹¹ La Comunicazione della Commissione relativa alle comunicazioni commerciali indesiderate (spam), afferma comunque che "*Gli Stati membri che hanno adottato un regime "opt-out" per le comunicazioni tra imprese (business-to-business) con relative "liste di esclusione" possono continuare ad applicare lo stesso sistema. L'applicazione di un regime diverso in funzione della natura (privato o impresa) di un abbonato ad un servizio di posta elettronica potrebbe causare difficoltà ai mittenti, non sempre in grado di distinguere tra persone fisiche e giuridiche. Per tutte le categorie di destinatari (persone fisiche o giuridiche) la direttiva vieta l'invio di messaggi di marketing diretto in cui l'identità del mittente sia mascherata o nascosta*", p. 10.

¹¹² Si veda la Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Comitato sociale ed economico europeo e al comitato delle regioni, *relativa alle comunicazioni commerciali indesiderate (spam)*, del 22 gennaio 2004, COM(2004) 28 def., p. 10.

¹¹³ Si veda anche P. Carey, *Data protection*, cit., 204.

clienti può utilizzarli per la vendita diretta di prodotti o servizi analoghi a quelli già venduti agli stessi soggetti. Anche in questo caso, tuttavia, l'impresa è tenuta ad indicare chiaramente, al momento della raccolta dei dati, che questi potranno essere utilizzati per fini di marketing diretto (e trasmessi a terzi a tal fine) e a permettere al cliente di opporsi “*gratuitamente e in maniera agevole*” ad ogni successivo invio di tali messaggi.

Due sono le considerazioni che sorgono immediatamente alla luce della lettera della direttiva, entrambe riferite al caso dell'applicazione della deroga al consenso obbligatorio (sub a). In primo luogo, la direttiva non identifica alcun criterio generale cui riferirsi al momento di stabilire quali siano i beni e servizi analoghi a quelli già venduti allo stesso cliente. Per esempio, dopo un acquisto sul sito Amazon.com di un testo giuridico, potrà essere considerato come un bene analogo una guida turistica? Oppure, a seguito di un acquisto di un computer potrà essere inviata una e-mail di promozione pubblicitaria relativa un telefono cellulare prodotto della stessa marca del precedente?

In assenza di una specifica previsione è necessario rifarsi al significato ordinario di tale frase, e dunque sarà soltanto in sede giudiziale che sarà valutato se i beni e servizi offerti possono ritenersi “analoghi” a quelli che, al momento della stipulazione del contratto, il destinatario avrebbe ragionevolmente ritenuto poter essere oggetto di promozione commerciale. In questo caso, potrebbe desumersi un onere a carico del venditore di informare il proprio cliente circa l'intera gamma di prodotti e servizi che potranno essere oggetto di promozione (eventualmente richiedendo una scelta preferenziale da parte del cliente stesso), per evitare di incorrere in successive censure relative al proprio comportamento.

In secondo luogo, la direttiva in caso di applicazione della disposizione derogatoria si riferisce espressamente al soggetto definito acquirente. In questo caso quindi potrebbe escludersi l'applicazione della deroga nel caso di dati forniti da un soggetto che non si trova all'interno di un rapporto contrattuale, per esempio un *futuro* cliente che invia i propri dati ad un sito web per dimostrare il proprio interesse all'acquisto (successivo) di un bene o un servizio. Come elemento a favore di questa interpretazione potrebbe porsi il considerando 41 della direttiva stessa, in cui non si chiarisce la definizione di acquirente o cliente, ma si presuppone la “preesistente relazione contrattuale”¹¹⁴. Tuttavia, se l'obiettivo della

¹¹⁴ Considerando 41 si esprime appunto: “Nel contesto di una relazione di clientela già esistente è ragionevole consentire l'uso delle coordinate elettroniche per offrire prodotti o servizi analoghi, ma unicamente da parte della medesima società che ha ottenuto le coordinate elettroniche a norma della direttiva 95/46/CE. Allorché tali coordinate sono ottenute, il cliente dovrebbe essere informato sul loro uso successivo a scopi di commercializzazione diretta in maniera chiara e distinta, ed avere la possibilità di rifiutare tale uso. Tale opportunità dovrebbe continuare ad essere offerta gratuitamente per ogni successivo messaggio a scopi di commercializzazione diretta, ad eccezione degli eventuali costi relativi alla trasmissione del suo rifiuto”.

previsione normativa è quello di impedire un “effetto di trascinamento”¹¹⁵ in forza del quale il consenso all’operazione contrattuale o la semplice instaurazione di trattative possano essere intesi come consenso a tutti i trattamenti di dati personali che l’affare è in grado di occasionare – sia esso già concluso o ancora in fase di negoziazione - allora anche il soggetto che si trova ancora nella fase di trattativa è sottoposto alla medesima disciplina di tutela¹¹⁶.

3. 2. 3. La disponibilità del diritto sui propri dati personali

Ciò che appare evidente dalla precedente trattazione è il fatto che il comportamento lesivo nei confronti dell’utente telematico sia tale, non per una sua intrinseca natura di illecito, quanto piuttosto per la mancata approvazione di tale comportamento da parte dello stesso utente. Nel caso della profilazione, l’utente è ignaro del trattamento sui propri dati, dunque, tale attività è considerata illegittima, però questa valutazione può cambiare radicalmente qualora l’utente palesi il proprio consenso, libero ed informato, al trattamento. Allo stesso modo, nel caso dello *spamming*, l’impresa che invia messaggi promozionali via e-mail può legittimamente continuare a farlo qualora richieda il consenso del destinatario verso tale attività.

Di conseguenza, in entrambi i casi, è il consenso dell’utente-destinatario che funge da scriminante per valutare la legittimità del comportamento compiuto dal mittente¹¹⁷. Questo

¹¹⁵ E. Pellecchia, *Scelte contrattuali e informazioni personali*, cit., 35.

¹¹⁶ Ciò appare con maggiore evidenza nelle formule normative utilizzate nelle implementazioni nazionali della direttiva stessa. Per esempio, l’art. 24, lett. b) del Codice della Privacy, (d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196) esclude la necessità del consenso se il trattamento “è necessario per eseguire obblighi derivanti da un contratto del quale è parte l’interessato o per adempiere, prima della conclusione del contratto, a specifiche richieste dell’interessato”, estendendo la protezione anche al potenziale cliente. Una formulazione simile si osserva nell’implementazione francese, LOI n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l’économie numérique, in cui l’art. 22, modificando l’art. L. 33-4-1 del Codice delle poste e telecomunicazioni, riconosce che “*Toutefois, la prospection directe par courrier électronique est autorisée si les coordonnées du destinataire ont été recueillies directement auprès de lui, dans le respect des dispositions de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l’informatique, aux fichiers et aux libertés, à l’occasion d’une vente ou d’une prestation de services, si la prospection directe concerne des produits ou services analogues fournis par la même personne physique ou morale, et si le destinataire se voit offrir, de manière expresse et dénuée d’ambiguïté, la possibilité de s’opposer, sans frais, hormis ceux liés à la transmission du refus, et de manière simple, à l’utilisation de ses coordonnées lorsque celles-ci sont recueillies et chaque fois qu’un courrier électronique de prospection lui est adressé*”. Mentre l’atto di recepimento inglese, *The Privacy and Electronic communications (EC directive) Regulations 2003*, n. 2426, del 18 settembre 2003, dispone all’art. 22, c. 3 che “*a person may send or instigate the sending of electronic mail for the purposes of direct marketing where –*
(a) *that person has obtained the contact details of the recipient of that electronic mail in the course of the sale or negotiations for the sale of a product or service to that recipient;*
(b) *the direct marketing is in respect of that person’s similar products and services only; and*
(c) *the recipient has been given a simple means of refusing (free of charge except for the costs of the transmission of the refusal) the use of his contact details for the purposes of such direct marketing, at the time that the details were initially collected, and, where he did not initially refuse the use of the details, at the time of each subsequent communication*”.

¹¹⁷ L’istituto del consenso, nel quadro generale del diritto privato, si configura quale atto giuridico volto a legittimare un comportamento altrui oggettivamente lesivo di un interesse del consenziente e si basa sul fondamentale principio d’autonomia del soggetto (cfr. E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, ESI, rist.

atto, infatti, permette al mittente delle comunicazioni commerciali di utilizzare e trattare i dati personali dell'utente, siano essi i dati relativi alle preferenze di acquisto oppure la semplice indicazione dell'indirizzo e-mail, per l'attività di marketing diretto.

Questo approccio è espressione dell'attuale accezione del diritto alla privacy¹¹⁸, che si identifica non più nella formulazione originaria di “*diritto ad essere lasciati soli*” definita per la prima volta da Louis Warren e Samuel Brandeis¹¹⁹, quanto piuttosto si qualifica quale diritto alla protezione dei propri dati¹²⁰, sulla base dell'impostazione fornita dalla Corte costituzionale tedesca appunto come *Datenschutz*¹²¹⁻¹²². La dimensione di questo diritto¹²³

1994, 80, per l'analisi della dottrina tedesca in materia si veda G. Resta, *Autonomia privata e diritti della personalità*, cit., 253, nota 15).

¹¹⁸ Il concetto di privacy ha difatti una natura ambigua e inafferrabile, che deriva dalla capacità di ospitare al suo interno sia degli aspetti materiali, e quindi economicamente valutabili, sia degli aspetti filosofici e morali, difficilmente riconducibili ad una definizione stabile e rigorosa. Infatti, sulle due sponde dell'Atlantico si presentano due diversi approcci a questo tema. Il vecchio continente riconduce la tutela della privacy al più generale rispetto e protezione della dignità individuale, mentre l'America pone in relazione il concetto di privacy con quello della libertà dei singoli soggetti. Ciò non significa che i risultati di protezione siano migliori in un caso o nell'altro, piuttosto si tratta di riconoscere che ciascun sistema affronta i problemi e si pone obiettivi diversi in ragione del diverso background culturale e storico. [Si veda l'approfondita analisi comparativa fra Stati Uniti e Europa (Germania e Francia), compiuta da J. Whitaker, *The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty*, Public Law and Legal Theory Research Paper Series, Yale Law School, 2004. In particolare l'Autore afferma “*Indeed, to get a handle on our transatlantic privacy conflicts, we must begin by recognizing that continental European and American sensibilities about privacy grow out of much larger, and much older, differences over basic legal values, rooted in much larger, and much older, differences in social and political traditions*”, (p. 13)]. L'Europa individua come beni giuridici protetti sotto l'egida della privacy sia il nome, la reputazione, l'immagine, e i dati che devono permanere sotto il controllo del loro titolare. L'America, invece, è rivolta piuttosto verso i valori di libertà, in particolare la libertà nei confronti delle intrusioni dello Stato nella vita privata, nella “*fortress*” rappresentata dalla propria abitazione.

¹¹⁹ Tale formulazione individua un diritto a stabilire quale sia il livello accettabile di ‘interferenze esterne’ nella intimità del soggetto. Il riferimento dottrinale è quello di Samuel Warren e Luis Brandeis, i quali nel 1890 collegarono la privacy alla specifica facoltà di preservare intatta la solitudine e l'intimità degli individui, attraverso il controllo totale delle possibili intrusioni altrui, in particolare quelle della stampa: “*the existing law affords a principle which may be invoked to protect the privacy of the individual from invasion [...] by the too enterprising press*”. Cfr. S. Warren e L. Brandeis, *The right to privacy – The implicit made explicit*, Harvard Law Review, 1890, 193; per una analisi più approfondita di questo tema si veda A. Cassano, *Diritto dell'Internet – Il sistema di tutele della persona*, Giuffrè, Milano, 2005, 1 e ss.

¹²⁰ Questa accezione si riferisce a quella tedesca di *Datenschutz* (cfr. nota successiva) e alla definizione statunitense di *informational privacy*. In entrambe le terminologie, l'aspetto principale è quello del controllo sulle informazioni o sui dati personali, (cfr. A. Westin, *Privacy and Freedom*, Atheneum Press, New York, 1967, 7; C. Fried, *Privacy*, Yale Law Journal, 1968, 475; J. Rachels, *Why privacy is important*, Philosophy and public affairs, 1975, 323; e L. Lessig, *The Code and other laws of cyberspace*, cit.; C. Bennett, *Regulating Privacy – Data protection and Public Policy in Europe and in the United States*, Cornell University Press, Ithaca, 13). In questo senso, la privacy è valutata come uno strumento che permette di perseguire ulteriori obiettivi utili alla realizzazione personale. Tale effetto può essere raggiunto solo se il soggetto possiede un completo controllo sulle informazioni che lo riguardano, quindi può stabilire se, come e quando i suoi dati personali possono essere diffusi verso, o utilizzati da, terzi soggetti. Cfr. S. Hetcher, *Norms in a wired world*, Cambridge University Press, 2004, 245, dove l'Autore giustifica l'utilizzo dei dati personali degli utenti sulla base di una scelta di efficienza legata al consenso dell'utente stesso: “*respect for privacy does not require minimizing the amount of personal data that is collected and processed. Rather, it requires that data collection and processing not violate the autonomy of the data subject. Data collection that is respectful of autonomy is accomplished through the mechanism of consent [...] exchanges of data for valuable consideration are also productive of social utility because through exchanges each party is able to receive something it prefers more by trading away something it prefers less*”.

¹²¹ Corte Costituzionale Federale tedesca, 15 dicembre 1983, *BverfGE* 65, in *BVerfGE*, vol. 65, p. 1 e ss. Per un approfondimento si veda Sartor, *Tutela della personalità e normative per la protezione dei dati*, Dir. inf. e inform., 1986, 95 e ss.

¹²² Andando ad analizzare le varie accezioni proposte dalla dottrina e dalla giurisprudenza, da questo e dall'altro lato dell'Oceano, è possibile riconoscere tre fondamentali matrici - dalle quali sono poi derivati i

assume sempre più i connotati di una pretesa al controllo delle informazioni che riguardano il soggetto, unico titolare della decisione di rendere pubblici o meno i dati che lo riguardano¹²⁴. Nel quadro della c.d. autodeterminazione informativa, quindi, il consenso informato rappresenta il presupposto base di un controllo efficace svolto dallo stesso titolare dei dati sulla base delle finalità del trattamento applicato: al binomio informazione-segretezza, si preferisce la sequenza persona-informazione-circolazione-controllo¹²⁵. Peraltro, è necessario precisare che il controllo del titolare dei dati personali si svolge su tutti quei dati che si riferiscono allo stesso titolare permettendo una sua diretta o indiretta identificazione. All'interno di questa sfera privata si aggiungono poi i dati che l'individuo 'possiede', in altre parole la sua cultura, le sue idee, le sue emozioni, che vengono qualificati come dati sensibili¹²⁶. La protezione quindi si concretizza in un controllo del flusso informativo che entra ed esce dalla sua sfera privata¹²⁷.

modelli normativi attualmente applicati nei sistemi paese. Vi sono in ogni modo alcuni elementi che rimangono costanti, la correlazione fra la privacy e il concetto di autonomia di decisione, e l'operatività di tale capacità di scelta nei confronti di ogni aspetto riguardante il singolo individuo, sia nel caso di un flusso che proviene dalla propria sfera personale e si dirige verso mondo esterno; sia nel caso di un flusso che si muove nella opposta direzione (R. Martin-Bennett, *Knowledge Power – Intellectual property, Information & Privacy*, Lynne Rienner Publ. Boulders, 2004, 170; N. Lugaresi, *Principles and regulations about online privacy: “implementation divide” and misunderstandings in the European Union*, reperibile su http://www.ssrn.com/id_333440). Oltre a quelli di diritto ad essere lasciato solo e di diritto alla protezione dei dati, precedentemente citati, la terza definizione pone in rilievo il grado di “accessibilità” di un individuo, differenziando tre dimensioni: la segretezza (ovvero la quantità di informazioni disponibili riguardanti una persona), la solitudine (ovvero la capacità di avvicinarsi fisicamente ad una persona), e l'anonimato (ovvero l'attenzione riposta su una persona dall'esterno). Cfr. R. Gavison, *Privacy and the limits of law*, Yale Law Journal, 1980, 1461.

¹²³ È necessario riconoscere che il diritto alla privacy non è un diritto assoluto, piuttosto si tratta di un diritto che richiede un bilanciamento in ragione della presenza di diritti confliggenti, in base ai quali può giustificarsi la violazione della sfera privata del singolo. Questo equilibrio non è costituito da una costante, piuttosto si presenta come una variabile dipendente dagli interessi che di volta in volta devono essere tutelati, in relazione allo specifico settore e all'accezione di privacy che viene considerata. G. Alpa, *The protection of privacy in Italian law*, in B. Markesinis (a cura di), *Protecting Privacy*, Oxford University Press, New York, 1999, 109; A. Etzioni, *The limits of privacy*, Basic Books, New York, 1999, passim.

¹²⁴ In Italia, si è ormai affermata la definizione della privacy come una “costellazione di diritti”, in altre parole essa acquista non soltanto un valore essenziale della persona, ma rappresenta anche una matrice o uno strumento per usufruire di altri diritti fondamentali. Secondo un'autorevole dottrina, la privacy può essere definita come il diritto “di mantenere il controllo sulle proprie informazioni e di determinare le modalità di costruzione della propria sfera privata. L'oggetto di questo diritto si specifica [...] nel patrimonio informativo attuale o potenziale di un soggetto”, (S. Rodotà, *Privacy e costruzione della sfera privata*, in Id., *Tecnologie e diritti*, Il Mulino, Bologna, 1995, 122).

¹²⁵ A. Lucarino, *Privacy e Internet*, in AA.VV., *Internet*, cit., 420; A. Putignani, *Consenso e disposizione della privacy*, in A. Clemente, *Privacy*, Cedam, Padova, 1999, 236; G. Comandè, *Commento agli artt. 11 e 12*, in E. Giannantonio, M.G. Losano, V. Zeno-Zencovich, *La tutela dei dati personali – Commentario alla legge 675/1996*, Cedam, Padova, 1999, 132; R. Pardolesi, *Dalla riservatezza alla protezione dei dati personali: una storia di evoluzione e discontinuità*, in Id., *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, cit., 9; G. Pascuzzi, *Il diritto dell'era digitale – Tecnologie informatiche e regole privatistiche*, Il Mulino, Bologna, 2002, passim.

¹²⁶ Il regime speciale, più stringente rispetto a quello previsto per i dati comuni, cui sono sottoposti i dati sensibili si giustifica sul fatto che tali dati hanno un maggior grado di coinvolgimento di valori che hanno il loro punto di riferimento nella persona, (anche se si propone un paradosso derivante dal fatto che la possibilità di utilizzare tali informazioni da parte dello stesso titolare, si basa sulla loro esteriorizzazione in pubblico).

¹²⁷ Si osservi, tuttavia, che le due interpretazioni della privacy quali salvaguardia della sfera privata contro l'invasione del pubblico e la forma di controllo della comunicazione si trovano affiancate nell'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, cfr. G.F. Ferrari, *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza*, Giuffrè, Milano, 2001; per una critica della bipartizione fra gli art. 7 e 8 della Carta dei diritti in relazione al rispetto della

Concretamente, infatti, l'interessato ha la facoltà di determinare se un dato personale può essere raccolto da un terzo, se il dato possa essere diffuso verso altri soggetti, come il dato possa essere elaborato ed impiegato, ed inoltre, ha la possibilità di accedere ai propri dati ottenendone la rettifica in caso di errori o di obsolescenza, nonché di rimuoverli salvaguardando il proprio diritto all'oblio.

Questo approccio, non esclude un riferimento ai valori fondamentali della persona¹²⁸, che rappresentano la caratteristica principale del modello europeo di tutela dei dati

vita privata, nel primo art. citato, e di protezione dei dati, nel secondo, si veda N. Lugaresi, *Principles and regulations about online privacy*, cit., 10, laddove l'Autore afferma che “*Besides, while private and family life must be object of “respect”, personal data are the object of “protection”. Even if in a declaration of principles the two terms may be considered as equivalent, due to the political goals of the EU Charter, it may seem strange that an apparently less penetrating term is used with reference to the real right, privacy. On the other hand, data can be collected, used, misused, and protected, but not respected, while privacy, in its intimate and personal sense, can and must be not only protected, but also respected*”.

¹²⁸ È necessario sottolineare che il diritto alla protezione dei dati personali è stato progressivamente inquadrato come diritto costituzionalmente garantito, anche se non sempre in forma diretta, da parte di tutti gli stati membri, differenziandosi in tre macro-gruppi: quelli che riconoscono espressamente il diritto come indipendente; quelli che lo riconoscono come diritto derivato o come conseguenza rispetto a quello di rispetto della vita privata; quelli, infine, che non fanno alcun riferimento ad esso.

Del primo gruppo fanno parte il Portogallo e la Svezia. Il riconoscimento del diritto della protezione dei dati personali come diritto autonomo appare nella Costituzione portoghese del 1976 nell'art. 35, e contempla, tra gli altri aspetti, il diritto di tutti i cittadini ad avere conoscenza di ogni forma di registro elettronico che li concerne, della finalità di questi dati, e per questo potranno richiedere rettifica e attualizzazione. Nonostante ciò, è necessario notare che la Costituzione portoghese stabilisce questo diritto in un articolo correlativo a quello destinato alla protezione delle varie manifestazioni della vita privata (come l'inviolabilità del domicilio e del segreto delle comunicazioni), e tale norma non ha nessuna finalità di consacrare il diritto alla privacy come tale. Nella stessa situazione si trova la Svezia, che non individua però il diritto alla protezione dei dati in senso stretto. La Costituzione svedese dispone che tutti i cittadini debbano essere protetti, attraverso i mezzi disposti dalla legge, contro la violazione della loro integrità personale risultante dalla registrazione delle informazioni personali attraverso un trattamento elettronico dei dati (P. Biscardetti di Ruffié, *Costituzioni straniere contemporanee*, vol. 1, Milano Giuffrè, 1994, VI ed., 273).

Altri testi costituzionali individuano il diritto alla protezione dei dati come diritto che consegue o deriva da quello alla protezione della vita privata. Questo è il caso della Costituzione della Finlandia nella quale (dopo la riforma del 2000) è stabilito che sia garantita a tutti l'intimità, l'onore e l'inviolabilità del domicilio. Sarà successivamente la legge a stabilire le norme di dettaglio che riguardano la salvaguardia dei dati di carattere personale. Così anche in Olanda, dove la Costituzione dispone che la legge avrà il compito di stabilire le norme riferite alla protezione in relazione alle indagini e alla diffusione dei dati personali, e sarà ancora la legge a determinare il diritto di tutti i soggetti a avere conoscenza dell'esistenza di registri in cui siano presenti i propri dati personali, e quale sia l'uso degli stessi (C. A. J. M. Kortmann and P. P. T. Bovend'Eert, *Dutch constitutional law*, The Hague - London, Kluwer Law International, 2000).

In altri casi come la Germania, la Costituzione non riconosce un diritto alla protezione dei dati. In sede costituzionale, la Corte tedesca si è trovata di fronte ad un ricorso di costituzionalità, in relazione ad una legge che ammetteva la possibilità di riconoscere un trattamento elettronico dei dati personali senza preventiva richiesta di consenso (Più approfonditamente in R. Rogowski e T. Gawron (a cura di), *Constitutional courts in comparison: the U.S. Supreme Court and the German Federal Constitutional Court*, New York, Berghahn Books, 2001; D. P. Kommers, *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Durham, Duke University Press, 1989; *Decisions of the Bundesverfassungsgericht (Federal Constitutional Court) Federal Republic of Germany*, pubblicata dai membri della Corte, Baden-Baden, Nomos, 1998). Nel risolvere il caso la Corte Costituzionale non poteva argomentare circa l'eventuale incostituzionalità in ragione della violazione di un diritto alla privacy, in quanto quest'ultimo non era riconosciuto come diritto costituzionale. Ma la conseguenza determinatasi è stata la creazione un nuovo diritto definito “*alla autodeterminazione informativa*”. La situazione italiana è affine alla precedente, poiché all'interno della Costituzione italiana del 1948 non è presente alcun riferimento diretto alla protezione dei dati personali. Soltanto con l'attività del formante giurisprudenziale è stato possibile enucleare il principio di diritto alla riservatezza, ed ancorarlo alla Costituzione, in particolare attraverso l'art. 2, il quale “*ammette con ciò un diritto di libera autodeterminazione nello svolgimento della personalità nei limiti della solidarietà considerat*” (Cass. 20 Aprile 1963, GC 1963, I, 1280, FI 1963 I, c. 877).

personali. In questo senso, assume particolare rilevanza il riferimento operato dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea alla stessa protezione dei dati personali, l'art. 8 si esprime, infatti, affermando che “[c]hiunque ha diritto alla protezione dei dati personali che lo riguardano”. L'efficacia orizzontale di questa norma si basa sull'art. 1 della stessa Carta dei diritti che appunto si caratterizza come clausola generale sulla tutela della dignità umana, che deve essere in ogni caso “rispettata e protetta”¹²⁹. Dunque, la dignità costituisce “la base reale dei diritti fondamentali”¹³⁰.

Di conseguenza, è possibile affermare che il principio di tutela della dignità umana rappresenta un principio cardine del sistema di protezione dei dati personali, atto ad indirizzare l'interprete nei casi di conflitto di interessi, che concretamente possono manifestarsi, e nei casi di lacune nel sistema stesso. Nell'ambito delle operazioni di trattamento delle informazioni personali, sarà la dignità dell'individuo a porsi come criterio per misurare il grado di coinvolgimento del nucleo inviolabile della persona, se tale coinvolgimento è elevato, allora la protezione della persona assumerà rilievo preminente e richiederà regole più rigide; se, invece, tale coinvolgimento sarà minimo, allora potranno trovare spazio gli interessi diversi del soggetto titolare dei dati¹³¹.

All'interno di quest'ultima ipotesi, dunque, può situarsi il caso in cui si configuri un rapporto contrattuale fra un utente e un'impresa finalizzato alla promozione di prodotti o servizi, nel quale la disponibilità all'utilizzo dei dati personali rappresenti la prestazione richiesta all'utente, la cui controprestazione possa essere valutata in termini economici.

¹²⁹ Si veda però quanto affermano da G. Resta, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta di diritti)*, Riv. dir. civ., 2002, II, 806, laddove l'Autore riscontra la diversa disciplina relativa alla diritto fondamentale all'integrità fisica e psichica e quella relativa agli attributi immateriali della personalità quali per esempio i dati personali: nel primo caso si impone un “divieto a fare del proprio corpo e delle sue parti in quanto tali una forma di lucro” (art. 3, c. 2 della Carta dei diritti), mentre nel secondo caso non sussiste una analoga limitazione, piuttosto “si menziona il ‘consenso’ dell'interessato e viene dunque evocato ancora una volta il modello dell'autodeterminazione, ma non si precisa quali debbano essere i limiti all'esercizio di tale autodeterminazione preordinati a garanzia dello stesso disponente”.

¹³⁰ Si veda il memorandum esplicativo della Carta dei diritti fondamentali. Sull'importanza della dignità nel quadro della tutela dei dati personali si veda in particolare F.D. Busnelli, *Il “trattamento dei dati personali” nella vicenda dei diritti della persona: la tutela risarcitoria*, in V. Cuffaro, V. Ricciuto e V. Zeno-Zencovich *Trattamento dei dati e tutela della persona*, Milano, Giuffrè, 1998, 173; e per un'indagine più generale, Id., *Diritto privato italiano – Radiografia di un sistema*, Rass. Dir. civ., 2002, 12.

¹³¹ Un esempio emblematico in tal senso è la recente disciplina italiana, formalizzata nel Codice della privacy. Il testo, infatti, non soltanto richiama espressamente il principio di dignità come norma di chiusura dell'intero contenuto normativo (citato ben undici volte nell'intera normativa), ma differenzia una serie di regimi di tutela in relazione alla tipologia di dati che viene interessata dal trattamento, differenziando per quanto riguarda i trattamenti compiuti da soggetti privati fra i dati comuni, per i quali si richiede la prestazione del consenso libero e specifico, ed eventualmente documentato per iscritto (art. 22, c. 3), e i dati sensibili, per i quali si prevede la necessità del consenso in forma scritta (art. 22, c. 4) e la previa autorizzazione dell'Autorità Garante della privacy (art. 26, c. 1), tuttavia entrambe le discipline subiscono numerose deroghe finalizzate a graduare il livello di tutela in ragione dei settori in cui il trattamento viene compiuto (per es., nell'ambito dei rapporti di lavoro si esclude la necessità di una previa autorizzazione anche nel caso di dati sensibili), ed in ragione delle finalità di trattamento (per es., nel già citato caso in cui i dati siano necessari per l'esecuzione degli obblighi derivanti da un contratto).

3. 2. 3. 1. La “commodification” della privacy

L’idea che sia possibile ipotizzare una mera cessione dei dati personali fra soggetto-utente e titolare del trattamento discende dalla constatazione che il diritto alla privacy possa essere considerato come un diritto disponibile, e quindi l’utente possa liberamente decidere di fornire ad altri i propri dati personali al fine di far proprie le utilità economiche che da essi possono derivare. Questa evoluzione ha subito ovviamente un’accelerazione in ragione della diffusione delle stesse tecnologie informatiche¹³² che, come già affermato, hanno potenziato gli strumenti finalizzati alla raccolta e al trattamento dei dati personali¹³³; in questo senso, dunque, la c.d. commercializzazione o mercificazione della privacy pretende un breve approfondimento¹³⁴.

Già da qualche tempo si affermava il riconoscimento di un c.d. *Habeas Data* – parafrasando metaforicamente l’*Habeas Corpus Act* del 1679 sul quale si fondava il concetto di libertà personale nel mondo moderno – ossia si attestava il sorgere di un vero e proprio “diritto del cittadino di disporre dei propri dati personali, così come egli ha diritto di disporre liberamente del proprio corpo”¹³⁵. Tuttavia, questa affermazione non appare formalmente corretta, poiché affianca due modelli di protezione che nella disciplina normativa differiscono in modo sostanziale, giacché, da un lato, la disponibilità che connota i c.d. diritti della personalità fisica è caratterizzata da una limitazione pressoché totale degli scambi onerosi; dall’altro lato, i diritti sugli attributi immateriali della persona sono caratterizzati da un processo, talvolta

¹³² G. Resta, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Jovene, Napoli, 2005, 2; A. Putignani, *Consenso e disposizione della privacy*, cit., 252; P.M. Schwartz, *Property, privacy, and personal data*, 117 Harv. Law Rev. 2055, 2004, 2056.

¹³³ Per quanto riguarda il processo che ha portato la dottrina italiana ad affermare la disponibilità del diritto alla riservatezza si osserva che i primi interventi dottrinari erano totalmente contrari ad una qualsiasi forma di rinunciabilità di tale diritto giacché ascritto alla categoria dei diritti della personalità, indisponibili neppure per volontà del titolare (A. De Cupis, *I diritti della personalità*, 2° ed., in Trattato di diritto civile e commerciale, diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, IV, Milano, Giuffrè, 1982, 87 e ss.). A ciò è seguito il riconoscimento di legittima commerciabilità delle identità individuali quale forma di attribuzione del diritto a divulgare determinate vicende e/o episodi della vita privata (V. Franceschelli, *Il diritto alla riservatezza*, Napoli, Jovene, 1960, contestata in un’opposta costruzione della privacy da A. Cautadella, *La tutela civile della vita privata*, Milano, Giuffrè, 1972, 84), ed infine la necessità di affiancare al diritto della personalità un diritto su un bene immateriale di natura patrimoniale (C. Scognamiglio, *Il diritto all’utilizzazione economica del nome e dell’immagine delle persone celebri*, Dir. Inf., 1988, 32).

¹³⁴ In questo senso si diffonde la visione della commercializzazione quale fenomeno ‘patologico’, la cui chiara espressione si legge nelle pagine di J. Simitis, *Sulla strada verso un nuovo diritto per la protezione dei dati*, cit., 574, “la crescente commercializzazione dei dati personali ha intensificato il processo di mercificazione degli individui, che sono visti sempre di più come la somma di diverse informazioni da raggruppare o dividere a seconda dell’uso commerciale che si intende farne. Del resto, più tale mercificazione si diffonde e diventa un aspetto fastidioso ma comunque normale della vita quotidiana, meno è possibile che si argini il cambiamento radicale che è in atto nel modo di percepire i dati personali. [...] Anche se una protezione dei dati personali in questo caso esiste, il limite posto al trattamento ha una ratio differente, cioè quella di regolamentare una nuova merce in una società centrata sulle informazioni. Il soggetto a cui i dati si riferiscono è, di conseguenza, visto in primo luogo come possessore di dati, e l’accento si sposta dalla protezione di una integrità non in vendita alla disciplina di una proprietà suscettibile di essere ceduta. La mercificazione illustra come la tutela dei dati abbia raggiunto un punto che impone una scelta precisa”.

¹³⁵ V. Frosini, *L’informatica, il diritto alla riservatezza e la democrazia*, Amministrazione e politica, 1985, 51

sotterraneo, che progressivamente giustifica e contribuisce ad ampliare le ipotesi di cessione onerosa di tali beni¹³⁶. Un'autorevole dottrina ha, infatti, riconosciuto come la dimensione 'ideale' e la dimensione 'patrimoniale' non soltanto coesistono nel sistema di protezione della persona, ma anzi è possibile affermare che “*il potere di controllo dello sfruttamento commerciale della personalità rappresenti una parte integrante del diritto della personalità e che questo, pertanto, non possa più essere ricostruito come puro e semplice droit de défense, ma debba essere ripensato [...] come diritto a struttura duplice e contenuto complesso*”¹³⁷. Dunque, al nucleo personale tradizionalmente inteso può essere affiancato un vero e proprio nucleo patrimoniale, che consiste nella facoltà di disporre delle utilità economiche che discendono dagli elementi evocativi dell'identità.

Nell'ambito della nostra analisi, quanto appena esposto, appare di facile attuazione grazie agli stessi strumenti tecnici disponibili. Infatti, ravvisandosi in capo all'utente telematico la titolarità di un diritto sui propri dati, questi può manifestare in un ampio potere di controllo sul flusso informativo che si sviluppa da e verso di lui. Da un lato, l'utente definisce i limiti delle interferenze altrui attraverso le forme di tutela della propria sfera privata, dall'altro,

¹³⁶ Una giustificazione a tale differenziazione è data da G. Resta, *Autonomia privata e diritti della personalità*, cit., 6 laddove afferma che “*questa divaricazione tra due ambiti sistematici si spiega con la diversa (natura e) percezione sociale dei rischi connessi alla commercializzazione degli elementi costitutivi della personalità. L'ostilità nei confronti dei meccanismi di allocazione di mercato si fonda ovviamente in relazione al corpo e alle sue parti su convinzioni antropologiche radicate e trae ulteriore alimento dal timore dell'ingovernabilità dei processi tecnologici. Rispetto agli attributi immateriali, per contro, tanto l'uno quanto l'altro fattore assumono un peso comparativamente minore. Immagini e informazioni – detto in estrema sintesi – si vendono e si comprano da lungo tempo e non è certo la loro assimilazione alle altre merci che può essere intesa, secondo il paradigma kantiano, come ragione di violazione della dignità umana?*”.

¹³⁷ G. Resta, *Autonomia privata e diritti della personalità*, cit., 245.

In particolare, l'Autore fonda tale affermazione sulla base della ricca analisi del diritto italiano e tedesco a confronto con le soluzioni di common law sul tema del diritto della personalità riconoscendo una sostanziale differenza. Gli ordinamenti continentali elaborano nel corso del ventesimo secolo una serie di tecniche (per lo più giurisprudenziali per quanto riguarda l'Italia) idonee ad assicurare la riserva in capo a ciascun individuo delle utilità economiche ricomprese nella propria immagine (per l'Italia, si veda la tecnica del c.d. “prezzo del consenso” incentrata sulla valutazione di mercato illecitamente appropriato dal terzo offensore; per il sistema tedesco si veda la sentenza del *Reichgericht* nei primi anni del secolo scorso che definiva il nome come bene attribuito in esclusiva al suo titolare e suscettibile di sfruttamento mediante atti dispositivi, cfr. RG, 7 luglio 1910, in RGZ, 74 (1911), 114). In particolare, si veda l'intensa attività della dottrina e giurisprudenza tedesca di fine ottocento (soprattutto nei testi di K. Gareis) che riconosceva apertamente i due profili: il paradigma dell'*Individualität* era invocato al fine di assicurare la protezione dei risultati dell'attività creativa ed imprenditoriale del soggetto, ammettendo senza timore di contraddizione che i diritti della personalità potessero sviluppare al loro interno un contenuto patrimoniale giuridicamente rilevante. Viceversa, nel sistema nordamericano l'introduzione del c.d. *right of publicity*, ossia il diritto di sfruttare economicamente la propria identità si connota in aperto contrasto con il preesistente *right of privacy*. Infatti, se da un lato tale ordinamento non contemplava alcun meccanismo di tutela proprietaria degli attributi immateriali della personalità, lo stesso *right of privacy* era sottoposto ad un'interpretazione giurisprudenziale estremamente rigida (che ancorava la *cause of action* allo statuto di personal right e dunque il regime ad esso applicato si limitava alla *defamation*). L'emergere del *right of publicity*, dunque, si basava sulla necessità di tutela dell'inviolabilità della persona in una prospettiva dinamica che fosse contestualmente funzionale alle esigenze del mercato ed in particolare degli intermediari nella circolazione del bene-identità, (si veda la sentenza che ha rappresentato l'atto di nascita di tale *right*: *Haelan Laboratories v. Topps Chewing Gum*, 202 F. 2d 866 (2nd Cir. 1953) cert. denied, 346 U.S. 816 (1953)). In altre parole, il *right of publicity* aveva l'obiettivo di proteggere il valore economico dell'identità, quali che siano i suoi strumenti di richiamo: il nome, l'immagine, lo pseudonimo, il timbro vocale, lo slogan caratteristico, i dettagli biografici; in breve si includono tutti i *personal indicia* concretamente idonei a produrre un univoco effetto evocativo dell'identità.

egli può negoziare con le imprese in ordine all'utilizzazione dei propri dati personali e ricavarne un adeguato compenso, (il quale può concretizzarsi, per esempio, in un invio di informazioni commerciali perfettamente mirate sugli interessi e sulle preferenze espresse dall'utente, oppure in uno sconto sugli acquisti eventualmente compiuti attraverso tali comunicazioni promozionali¹³⁸).

Questa impostazione non deve essere però interpretata enfatizzando la sola attribuzione di un diritto patrimoniale sulle informazioni che concernono il soggetto titolare (ovvero un *property right*), quale forma di incondizionata libertà di disporre “*della parte di sé*” contenuta nei dati¹³⁹, oppure nella sola affermazione di una “reificazione” dei dati¹⁴⁰. Piuttosto, è necessario sottolineare la necessità di individuare uno o più meccanismi che sono in grado di conciliare i bisogni del mercato delle informazioni e la dignità dei soggetti, capaci pertanto di assicurare l'esattezza, la completezza e l'aggiornamento delle informazioni eventualmente rese disponibili¹⁴¹. In questo senso, appunto, la disciplina normativa esistente in tema di tutela dei dati impone una condizione di legittimità indefettibile per la

¹³⁸ Si veda per esempio la proposta di due autorevoli professori americani per introdurre la possibilità per gli utenti telefonici di accettare la presenza di comunicazioni commerciali sulla propria linea ai fini di ottenere un compenso in denaro, I. Ayres e M. Funk, *Marketing Privacy*, 20 Yale J. on reg. 77, 2003, 96, P.M. Schwartz, *Property, Privacy, and personal data*, cit., 2071.

¹³⁹ Questo approccio è particolarmente caro alla dottrina statunitense, si vedano i numerosi saggi che affrontano tale tema: H. Hansmann e R. Kraakman, *Property, Contract, and Verification: The Numerus Clausus Problem and the Divisibility of Rights*, 31 J. Legal Stud. S373, 2002, S374; L. Lessig, *Code and other laws of cyberspace*, cit., 142-63; S. Davies, *Re-Engineering the Right to Privacy: How Privacy Has Been Transformed from a Right to a Commodity*, in P.E. Agre e M. Rotenberg, *Technology and Privacy: the new landscape*, Cambridge, MIT Press, 1997, 160; P. Mell, *Seeking Shade in a Land of Perpetual Sunlight: Privacy as Property in the Electronic Wilderness*, 11 Berkeley Tech. L.J. 1, 1996, 26-41; R.S. Murphy, *Property Rights in Personal Information: An Economic Defense of Privacy*, 84 Geo. L.J. 2381, 1996, 2385; *Developments in the Law - The Law of Cyberspace*, 112 Harv. L. Rev. 1574, 1999, 1634-49; K.C. Laudon, *Markets and Privacy*, Communications of the ACM, Sett. 1996, 92.

Si veda la critica compiuta di tale tipologia di approccio da R. Pardolesi, *Dalla riservatezza alla protezione dei dati personali: una storia di evoluzione e discontinuità*, cit., 54 e ss., che attesta i chiari vantaggi di una tale impostazione derivanti dalla necessità per le imprese di valutare non soltanto gli oneri relativi alla realizzazione degli archivi informatici, ma anche i costi da sostenere per garantirsi il diritto d'uso dei dati, questo fatto, dunque, “*concorrerebbe ad arginare l'esuberanza di iniziative economicamente ingiustificate e ad incrementare la qualità della raccolta (in vista della maggiore genuinità dei 'conferimenti' ad opera di soggetti non più tentati di difendere la propria sfera a colpi di bugie e reticenze)*”. Ciononostante, l'Autore presenta numerose controindicazioni quali appunto l'irriducibilità etica dei valori della persona umana alla mercificazione dei suoi attributi, nonché la difficoltà di mantenere un reale controllo sulle informazioni tale appunto da permetterne una illimitata diffusione.

Si veda, inoltre, D. Messinetti, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, Riv. crit. dir. priv., 1998, 346, “*sotto il profilo giuridico, ragionare in termini di 'appropriazione' non aiuta a centrare il tipo di problema proposto. Per un verso, infatti, il maggior rischio di violazione, che accompagna le nuove tecnologie, non incide sul piano della protezione dei valori aggrediti, ma su quello dei possibili comportamenti lesivi [...]. Per un altro verso, i poteri di reazione (magari incrementati) a protezione dei dati e vicende della persona non identificano una finalità acquisitiva dei valori personali ad essi corrispondenti, ma esprimono semplicemente la loro difesa (o meglio: la difesa generale della persona nella quale tali valori sono ricompresi) contro la violazione di un comando giuridico a carattere essenzialmente obiettivo*”.

¹⁴⁰ V. Cuffaro, *Il consenso dell'interessato*, in V. Cuffaro e V. Ricciuto (a cura di), *La disciplina del trattamento dei dati personali*, Torino, Giuffrè, 1997, 216; V. Zeno-Zencovich, *Una lettura comparatistica della legge n. 675 del 1996 sul trattamento dei dati personali*, Riv. trim. dir. e proc. civ., 1998, 740, questo ultimo Autore giunge ad affermare l'avvenuta patrimonializzazione dei dati sulla base del fatto che il negozio di conferimento avviene appunto per un corrispettivo, e dunque in uno schema contrattuale.

¹⁴¹ A. Fici e E. Pellecchia, *Il consenso al trattamento*, cit., 498.

circolazione delle informazioni personali (non riconducibili alla categoria di dati sensibili) nel mercato, in altre parole il consenso dell'interessato al trattamento da parte del titolare dei dati, che legittima l'eventuale circolazione delle informazioni anche secondo le modalità tradizionali del mercato, ovvero attraverso le forme di tipo contrattuale¹⁴².

3. 2. 3. 2. Il ruolo del consenso

L'obbligo di raccogliere previamente il consenso dell'interessato, imposto dalla normativa europea sui soggetti che intendano trattare i dati personali, permette all'interessato stesso di definire *an* e *quomodo* della circolazione¹⁴³. Come già accennato, questa facoltà è attribuita al fine di garantire al soggetto la libera costruzione della propria identità: negando il consenso, l'interessato esercita il diritto di costituire la propria identità in forma riservata; prestando il consenso, l'interessato permette il passaggio verso un'identità controllata, di cui può altresì determinare le condizioni al fine di evitare il rischio di distorsioni o manipolazioni¹⁴⁴.

Secondo la disciplina europea¹⁴⁵, il consenso non deve essere una mera rinuncia di qualsiasi forma di controllo sulle proprie informazioni¹⁴⁶, piuttosto deve rappresentare una

¹⁴² D. Messinetti, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, cit., 365; F. Cafaggi, *Qualche appunto su circolazione, appartenenza e riappropriazione nella disciplina dei dati personali*, *Danno e Resp.*, 1998, 620.

¹⁴³ Si veda quanto previsto, per esempio, dalla normativa italiana formalizzata nel Codice della privacy, in cui per quanto riguarda il settore Internet (art. 133) prevede la promozione di un codice di deontologia e buona condotta tale da assicurare la “*consapevolezza degli utenti delle reti di comunicazione elettronica gestite da soggetti pubblici e privati rispetto ai tipi di dati personali trattati e alle modalità del loro trattamento, in particolare attraverso informative fornite in linea in modo agevole e interattivo, per favorire una più ampia trasparenza e correttezza nei confronti dei medesimi utenti e il pieno rispetto dei principi di cui all'articolo 11, anche ai fini dell'eventuale rilascio di certificazioni attestanti la qualità delle modalità prescelte e il livello di sicurezza assicurato*” (grassetto aggiunto).

¹⁴⁴ S. Crawford, *Who's In Charge of Who I Am: Identity and Law Online*, 49 *N.Y. L. School L. Rev.* 211 (2004).

¹⁴⁵ La scelta di utilizzare lo strumento del consenso nell'armonizzazione delle discipline nazionali degli Stati membri della Comunità rispecchia il *trend* che ha caratterizzato i diversi interventi nazionali ed internazionali sul tema. In particolare è utile osservare come in un primo momento la Convenzione di Strasburgo (n. 108 del 28 gennaio 1981) condiziona il trattamento dei dati personali alla sola previsione di “*garanzie adatte*” (ex art.6), a differenza del contemporaneo Allegato alla Raccomandazione del Consiglio OCDE adottata il 23 settembre 1980 inerente al flusso transfrontaliero dei dati, nel quale, infatti, il consenso è posto come condizione generale di legittimità al trasferimento delle informazioni. Nel quadro delle discipline nazionali sulla protezione della sfera privata dei cittadini possiamo elencare numerosi esempi di normative che includono lo strumento del consenso: il *Datalag* svedese (1973) poneva il consenso quale norma di chiusura; mentre il *Privacy Act* inglese (1974) lo configurava quale requisito di validità del consenso; nella normativa tedesca, *Bundesdatenschutzgesetz* (1977) viceversa il consenso assume valenza più generale divenendo l'unica condizione di ammissibilità per l'elaborazione dei dati; nella *Loi sur l'informatique et sur les libertés* (1978) il legislatore francese si limita invece a richiedere il consenso solo per il trattamento dei dati sensibili; infine, nella disciplina spagnola, più recente, *Ley organica 5/1992* il legislatore pone il consenso come requisito di validità del trattamento salva l'ipotesi di deroghe previste per legge. Si vedano G. Alpa, *Privacy e statuto dell'informazione (il privacy Act e la loi relative à l'informatique aux fichiers et aux libertés n. 78-17 del 1978)*, *Riv. dir. civ.*, 1979, I, 65; M.G. Losano, *La legge spagnola sulla protezione dei dati personali*, *Dir. Inf.*, 1993, 867; G. Buttarelli, *Banche dati e tutela alla riservatezza – La privacy nella Società dell'Informazione*, Milano, Giuffrè, 1997. Per un'analisi comparativa fra i diversi approcci nazionali si veda G. Comandè, *Commento agli artt. 11 e 12*, cit., 125 e ss; A. Putignani, *Consenso e disposizione della privacy*, cit., 233; R. Pardolesi, *Dalla riservatezza alla protezione dei dati personali: una storia di evoluzione e discontinuità*, cit., 31 e ss.

forma di autorizzazione controllata sul trattamento dei dati, giacché l'art. 7 della direttiva dispone che il consenso sia inequivocabile¹⁴⁷ e specificamente ancorato ad una o più delle operazioni incluse nel trattamento dei dati. Sulla base di tale normativa, un'autorevole fonte ha poi distinto due momenti essenziali che contraddistinguono il consenso: il primo in cui si pone come condizione di accesso nella sfera di intimità personale, il secondo in cui rappresenta "la fonte della regola che conforma la fattispecie circolatoria, determinandone i circuiti concreti"¹⁴⁸. Quest'ultima affermazione è confermata dal fatto che il consenso è appunto dato in forma specifica, concretamente, quindi, o è lo stesso titolare del trattamento che ne definisce modalità e condizioni, vincolandosi ad esse, oppure è l'interessato che stabilisce autonomamente quale sia il proprio livello di protezione¹⁴⁹.

A seguito del consenso, i dati possono venir lecitamente elaborati da parte del titolare del trattamento, tale trasferimento può venir interpretato in modo diverso a seconda dell'adesione verso un approccio negoziale o non negoziale dell'atto del consenso¹⁵⁰. Indipendentemente dall'orientamento prescelto, è necessario sottolineare che il titolare dei dati non si spoglia del diritto su di essi, trasferendo la titolarità dei dati al soggetto che ne opera il trattamento. Piuttosto, egli si limita ad autorizzare l'elaborazione dei dati

¹⁴⁶ G. Resta, *Revoca del consenso ed interesse al trattamento nella legge sulla protezione dei dati personali*, in U. Breccia, L. Brusciuglia, F.D. Busnelli, *Il diritto privato nel prisma dell'interesse legittimo*, Giappichelli, Torino, 2001, 42.

¹⁴⁷ La normativa di attuazione della direttiva in Inghilterra, invece, non ha in alcun modo definito la natura del consenso all'interno del Data Protection Act del 1998 (Sect. 4(3), schedule 2), ("at the time of drafting the Bill, it was the view of the Home Office that the Courts 'know what consent means', thus rendering the definition unnecessary"), così in P. Carey, *Data protection*, cit., 72), dando luogo ad una considerevole numero di controversie circa l'applicabilità di tale principio a trattamenti nei quali la prestazione del consenso poteva operare anche in modo implicito (v. *British Gas Trading Limited v Data protection Registrar*, 1998, Info.T.L.R. 393, *Data protection tribunal*).

¹⁴⁸ D. Messinetti, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, cit., 351.

¹⁴⁹ Si vedano per esempio le forme di tutela proposte dal consorzio P3P, *Platform for Privacy Platform*, (la cui ultima versione è reperibile sul sito <http://www.w3.org/P3P>), che propone l'acquisto di un software da installarsi sul computer dell'utente, il quale definisce le proprie preferenze circa il livello di tutela da mantenersi nel corso della navigazione. Di conseguenza, sarà il programma che, al momento dell'accesso ad un qualsiasi sito, ne visionerà automaticamente la *privacy policy*, valutando se questa è compatibile con le scelte espresse dall'utente, lasciando continuare la navigazione se ciò avviene, oppure inviando un messaggio sullo schermo del computer dell'utente se ciò non avviene. In quest'ultimo caso, l'utente, informato della discrepanza, potrà decidere se continuare la navigazione o rinunciare alla visione del sito. Più approfonditamente in G. Cassano, *Il diritto dell'Internet*, cit., 55; J. Dickie, *Producers and consumers in EU E-Commerce law*, Hart Publishing, Oxford, 2005, 60.

Si veda poi la ricca analisi fornita da F. Cafaggi, *Qualche appunto su circolazione, appartenenza e riappropriazione nella disciplina dei dati personali*, cit., 620, il quale definisce cinque diverse forme di circolazione dell'informazione (coattiva, libera, vincolata, controllata e vietata) alle quali sono legati specifici regimi di appartenenza, riconoscendo in ciascun caso un legame funzionale fra il requisito della specificità del consenso e la facoltà di conformazione del regime di circolazione delle informazioni.

¹⁵⁰ Per una interpretazione negoziale del consenso si vedano le posizioni in generale di E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 79; C.M. Bianca, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, cit., 680, e specificamente sul tema del consenso dell'interessato, G. Oppo, *Sul consenso dell'interessato*, in V. Cuffaro, V. Ricciuto, V. Zeno-Zencovich (a cura di), *Trattamento dei dati personali e tutela della persona, Atti del Convegno di Alghero 19-20 settembre 1997*, Milano, Giuffrè, 1998, 125; S. Rodotà, *Tecnologie e diritti*, cit., 308; P. Manes, *Il consenso al trattamento dei dati personali*, Padova, Cedam, 2001, 63; per l'interpretazione opposta, si veda V. Panuccio, *Le dichiarazioni non negoziali di volontà*, Milano, Giuffrè, 74; S. Patti, *Sub art. 11*, in C.M. Bianca e F.D. Busnelli (a cura di), *La tutela della privacy*, cit., 365; A. Di Majo, *Il trattamento dei dati personali tra diritto sostanziale e modelli di tutela*, in V. Cuffaro, V. Ricciuto, V. Zeno-Zencovich (a cura di), *Trattamento dei dati personali e tutela della persona*, cit., 225. Per l'ampia bibliografia tedesca sul tema si veda G. Resta, *Autonomia privata e diritti della personalità*, cit., 253, nota 24.

mantenendo comunque una penetrante prerogativa di controllo sulle modalità di trattamento che si appunta tanto sulla legittimità formale e sulla correttezza sostanziale del trattamento, quanto sulla sua persistente rispondenza all'identità della persona, nei modi in cui essa viene progressivamente a configurarsi. Questo controllo si esplica appunto attraverso l'esercizio dei poteri previsti dalla stessa normativa europea¹⁵¹, fino a contemplare anche l'ipotesi di revoca del consenso qualora il comportamento del titolare del trattamento sia contrario a quanto previsto in sede di informativa, permettendo all'interessato di riappropriarsi della facoltà di disporre del proprio dato personale¹⁵².

Tuttavia, ciò non toglie che contestualmente all'autorizzazione nei confronti del trattamento dei dati può presentarsi l'ipotesi di una cessione dei dati a titolo oneroso, nella quale l'interessato e il titolare del trattamento pongono in essere un rapporto negoziale che ha come oggetto il trasferimento dei dati¹⁵³. Il problema che può porsi, tuttavia, è l'interazione che sussiste fra queste forme di circolazione delle informazioni, che possono assumere la forma contrattuale, e l'esercizio dei poteri dell'interessato, il quale può legittimamente assumere comportamenti non compatibili con i principi caratterizzanti la disciplina contrattuale. Un esempio paradigmatico di tale conflitto è quello che concerne la possibilità di revoca del consenso, facoltà che appare palesemente contraria al principio di irrevocabilità del contratto che abbia per oggetto il trasferimento delle informazioni¹⁵⁴.

Nell'ipotesi di un rapporto contrattuale ciò che si propone è dunque un bilanciamento fra le ragioni del titolare dei dati personali portatore di un diritto all'autodeterminazione della propria identità (che si manifesta attraverso il controllo del flusso informativo che lo riguarda) e le ragioni di titolare del trattamento portatore di un legittimo affidamento allo

¹⁵¹ Si vedano gli art. 12 (diritto di accesso) e 14 (diritto di opposizione) della direttiva n. 95/46/CE sulla protezione dei dati personali.

¹⁵² Si veda F. Cafaggi, *Qualche appunto su circolazione, appartenenza e riappropriazione nella disciplina dei dati personali*, cit., 619, laddove l'Autore afferma che "si tratta di una revoca con funzione prevalentemente sanzionatoria [i cui effetti] sono più ampi di quelli della cancellazione, pure diretta ad impedire la continuazione dell'utilizzazione del dato personale da parte del titolare nel caso di violazione. La revoca produce i effetti anche nei confronti dei terzi aventi causa dal titolare che abbia adottato comportamenti illeciti, in particolare impedisce agli utenti di una banca dati di continuare a far uso del dato personale successivamente all'esercizio della revoca ed è potenzialmente suscettibile di estendere i propri effetti nei confronti dei cessionari aventi causa dal titolare".

¹⁵³ Nella terminologia utilizzata da D. Messinetti, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, cit., 365-367, si parla di c.d. dispositivi di alleanza che producono relazioni di esclusività con riguardo alle informazioni personali, indispensabili per la circolazione giuridica ma tuttavia indipendenti dal dall'esercizio del potere auto-determinativo del soggetto: "in altri termini viene in evidenza non già una limitazione di questo potere, visto nella sua intrinseca possibilità di esercizio; bensì, piuttosto, la possibilità di indirizzare l'utilizzazione verso un circuito circolatorio anziché verso un altro o contemporaneamente in più circuiti".

¹⁵⁴ G. Comandè, *Commento agli artt. 11 e 12*, cit., 116; V. Cuffaro, *Il consenso dell'interessato*, 223; G. Buttarelli, *Banche dati e tutela della riservatezza*, cit., 286; S. Patti, *Sub art. 11*, cit., 364; A. Putignani, *Consenso e disposizione della privacy*, cit., 242; S. Viciani, *Strategie contrattuali del consenso al trattamento dei dati personali*, Riv. crit. dir. priv., 1999, 163; F. Cafaggi, *Qualche appunto su circolazione, appartenenza e riappropriazione nella disciplina dei dati personali*, cit., 619; G. Resta, *Revoca del consenso ed interesse al trattamento nella legge sulla protezione dei dati personali*, cit., 34; A. Fici e E. Pellicchia, *Il consenso al trattamento*, cit., 536; P. Iamiceli, *Liceità, correttezza, finalità nel trattamento dei dati personali*, in R. Pardolesi, *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, cit., 434.

svolgimento dell'attività di trattamento nei termini ed alle condizioni stabilite dal contratto¹⁵⁵. Sul primo versante si pone l'intrinseca dinamicità che caratterizza l'attività di costruzione dell'identità personale, che può essere compresa soltanto se si guarda ad essa quale flusso in continuo sviluppo, tanto da palesarsi anche con rappresentazioni diverse per ciascun momento nel quale essa è 'fotografata'¹⁵⁶. Sul secondo versante, si pone la necessità di certezza e di stabilità che caratterizza il vincolo contrattuale, che non può sopportare un'eccessiva precarietà nei suoi elementi determinanti, pena la caducità del vincolo o l'impossibilità di configurare il reciproco affidamento delle parti al contenuto del contratto stesso.

Gli strumenti che possono operare a favore del bilanciamento fra tali interessi sono quelli indicati nella disciplina europea, ovvero il criterio di specificità del consenso e la chiara determinazione dell'oggetto del contratto, ma è necessario nell'ambito del commercio elettronico l'adattamento alle specificità del mezzo impiegato. Entrambi gli strumenti hanno come obiettivo principale quello di mettere l'utente nella condizione di prevedere l'esatta estensione e la reale portata del proprio atto dispositivo, situazione che può essere raggiunta facendo comprendere all'utente quali attività di elaborazione e eventuale diffusione saranno poste in essere sui suoi dati.

Per esempio, un utente telematico può essere interessato a ricevere un servizio di *newsletter* concernente le novità editoriali di una casa editrice relative ad uno o più temi, poiché è conoscenza del fatto che la partecipazione a tale servizio è correlata alla presenza di uno sconto in caso di acquisto (via Internet) degli stessi volumi. In questo caso il consenso al trattamento dei dati che questo soggetto presta non si riferisce soltanto agli elementi identificativi dell'utente, quali: nome, cognome, residenza (per l'eventuale invio dei volumi acquistati), indirizzo e-mail, ecc., ma anche alle sue preferenze di lettura, che possono discendere da interessi personali o dalla necessità di aggiornamenti professionali. Chiaramente, l'utilità economica che l'utente percepisce dal rapporto contrattuale, che nasce al momento dell'iscrizione al servizio di newsletter, è quello di ricevere un'informazione

¹⁵⁵ È necessario sottolineare che la rilevanza del consenso dell'interessato è comunque da commisurarsi agli altri interessi individuati dal legislatore europeo, che appunto possono portare alla deroga di tale principio, si vedano per esempio i casi in cui la raccolta dei dati sia compiuta per un obbligo di legge, per adempiere ad un parallelo obbligo contrattuale, per salvaguardare la vita o l'incolumità dell'interessato, per l'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare (art. 7, lett. b-g), nonché l'ipotesi in cui il trattamento è svolto per l'esercizio della professione giornalistica (art. 9). Il legislatore italiano, per esempio, ha esteso le ipotesi di esclusione del consenso indicando anche i casi in cui i dati provengano da registri, elenchi, atti o documenti conoscibili da chiunque, e quelli nei quali la raccolta sia finalizzata a scopi di ricerca scientifica o di statistica, art. 24 d.lgs. n. 196/2003.

¹⁵⁶ L'esercizio del potere di autodeterminazione non esaurisce la sua funzione con una univoca definizione della propria identità, poiché essa si riproduce sempre identica, sotto il profilo formale, nelle varie espressioni storiche di volta in volta assunte. S. Rodotà, *Persona, riservatezza, identità*, cit., 607. Sul concetto di identità e di identificazione, nonché sui rapporti fra tali concetti, si veda più approfonditamente G. Resta, *Percorsi dell'identità*, Politica del diritto, 1996, 551.

selezionata e focalizzata sui propri interessi, e secondariamente la potenziale riduzione del prezzo nel momento dell'acquisto. Dall'altro lato, il titolare del trattamento acquisisce utili informazioni circa l'attività di marketing che dovrà svolgere verso quel particolare soggetto, evitando il costo di una comunicazione commerciale inutile perché non conforme agli interessi del destinatario. Al momento dell'iscrizione al servizio, dunque, l'utente deve ricevere, contestualmente alle condizioni contrattuali del servizio o quale clausola interna allo stesso¹⁵⁷, l'informativa relativa al trattamento dei dati.

Un primo problema che si pone sulla rete telematica è quello della labilità dei contenuti contrattuali che sono presentati all'utente, poiché le modalità con le quali viene informato l'utente possono indurre quest'ultimo a non prestare una sufficiente attenzione alle informazioni inviate¹⁵⁸. Per quanto riguarda specificamente il contenuto dell'informativa da inoltrare al titolare dei dati, un'ipotesi molto interessante presentata dal Gruppo di lavoro sulla protezione dei dati ex art. 29, concernente l'utilizzo di c.d. informazioni multistrato¹⁵⁹. Il gruppo di lavoro aveva evidenziato che l'art 10 della direttiva n. 95/46/CE opera una distinzione tra due tipi di informazioni: le informazioni essenziali e le eventuali ulteriori informazioni. Il sistema in questione prevede, quindi, che il responsabile del trattamento provveda, al momento della raccolta dei dati presso i singoli individui, a fornire le informazioni previste secondo la vigente normativa attraverso un formato multistrato. Ciò consentirebbe al destinatario-titolare dei dati di ottenere le informazioni di volta in volta necessarie per comprendere la propria posizione ed assumere coscientemente le proprie decisioni, senza essere sottoposto ad un'eccessiva mole di informazioni (il c.d. *information overload*)¹⁶⁰. Nel memorandum conclusivo del workshop si sostiene anche l'idea che il

¹⁵⁷ Si veda G. Comandè, *Sub artt. 11 e 12*, cit., 142 e ss., laddove l'Autore correttamente affronta le ipotesi in cui l'inclusione di una clausola sul consenso al trattamento dei dati potrà portare ad una forma di abuso, se per esempio la clausola è "occultata" in mezzo a numerose condizioni ben più ammiccanti, oppure viene richiesta in condizioni di seria disparità di forza contrattuale. Si veda anche G. Buttarelli, *Banche dati e tutela della riservatezza*, cit., 282; E. Pellecchia, *Scelte contrattuali e informazioni personali*, cit., 136 e ss.

¹⁵⁸ Per esempio, il contenuto contrattuale e la contestuale informativa sono presentati sulla pagina web all'interno di piccole finestre a scorrimento, nelle quali il testo si mostra estremamente prolisso, o di non facile lettura per la sua estensione.

¹⁵⁹ Presentata in sede di Laboratorio di Berlino nel marzo 2004, cui hanno partecipato esperti del settore pubblico e privato interessati all'attuazione della risoluzione conclusiva della 25° Conferenza Internazionale dei commissari per la tutela dei dati e della riservatezza. Si veda il Parere sulla migliore armonizzazione della fornitura di informazioni, WP 100 del 25 novembre 2004, disponibile all'indirizzo web http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/policy_papers/policy_papers_country_en.htm#article29.

¹⁶⁰ Nel parere il gruppo di lavoro sostiene appunto che non è necessario che l'avvertenza di trattamento leale sia contenuta in un unico documento. A condizione che l'insieme sia conforme alle disposizioni giuridiche, si possono avere fino a tre strati di informazioni comunicate alle persone con le seguenti modalità:

"Strato 1 – Avvertenza sintetica"

Deve comunicare alle persone le informazioni essenziali di cui all'articolo 10 della direttiva, cioè l'identità del responsabile del trattamento e le finalità del trattamento dei dati, a meno che le persone cui i dati si riferiscono ne siano già informate, nonché qualsiasi informazione aggiuntiva che, in considerazione delle circostanze particolari del caso, debba essere preventivamente fornita per garantire un trattamento leale. Occorre inoltre indicare con chiarezza le modalità con cui la persona può accedere alle informazioni aggiuntive. Vi

formato complessivo dovrebbe essere conforme alla legislazione vigente, mentre ogni singolo strato dovrebbe poter comunicare alla persona le informazioni necessarie per assumere al momento una decisione informata.

Nulla vieta che la medesima soluzione possa essere utilizzata anche nel caso dell'invio di e-mail finalizzate alla promozione commerciale. Per esempio, in questo caso le informazioni potrebbero essere individuate come minime quelle concernenti l'identificazione del soggetto mittente e del contenuto promozionale del messaggio, mentre si parlerebbe di informazioni ulteriori per quelle relative ai registri di opt-in o opt-out. Nel caso di applicazione del sistema di opt-out si tratterebbe delle informazioni concernenti le eventuali modalità con le quali sia possibile fornire o meno il consenso al futuro invio di e-mail, nel caso di applicazione del sistema di opt-in, si tratterebbe, invece, delle finalità e delle caratteristiche del trattamento dei propri dati, essendo palese una precedente acquisizione dei dati relativi al destinatario attraverso una diversa fonte.

Se correttamente articolata, questa soluzione prettamente pragmatica permetterebbe di fornire un'ottemperanza più agevole alle normative comunitarie, nonché una maggiore consapevolezza dei diritti e delle responsabilità inerenti alla tutela dei dati, evitando per esempio i casi in cui le modalità tecniche possono agevolare la raccolta del consenso senza che l'utente in realtà ne sia consapevole¹⁶¹.

sono inoltre alcune situazioni concernenti la riservatezza, in cui potrebbe essere utile ricorrere ad avvertenze anche molto sintetiche, ad esempio quando lo spazio disponibile per le informazioni è estremamente limitato. In tali casi si potrebbero formulare avvertenze molto sintetiche da visualizzare sui telefoni cellulari o su altri dispositivi di dimensioni ridotte. Talvolta si possono trasmettere le necessarie avvertenze alle persone interessate anche ricorrendo a pittogrammi. Gli esempi più evidenti sono le informazioni sulla presenza di videocamere o di identificatori a radiofrequenza nascosti nei prodotti. L'appendice 1 è un esempio di avvertenza sintetica, che potrebbe essere adattata ad uso di un'impresa commerciale operante su scala europea.

Strato 2 – Avvertenza breve

Le persone devono poter accedere in qualsiasi momento ad un'avvertenza contenente tutte le pertinenti informazioni previste dalla direttiva, cioè:

- *il nome della società*
- *le finalità del trattamento dei dati*
- *i destinatari o le categorie di destinatari dei dati*
- *se rispondere alle domande è obbligatorio o facoltativo, nonché le possibili conseguenze di una mancata risposta*
- *la possibilità di trasferimento a terzi*
- *diritti di accesso, di rettifica e di opposizione*
- *scelte che la persona può effettuare.*

Occorre inoltre comunicare un recapito a cui rivolgersi per domande e informazioni sui mezzi di ricorso interni alla società stessa, oppure indicazioni sull'agenzia di tutela dei dati più vicina. L'avvertenza breve deve essere disponibile sia in versione on-line che a stampa, previa domanda scritta o telefonica. I responsabili del trattamento sono invitati a presentare l'avvertenza sotto forma di tabella per agevolare il confronto. L'appendice 2 è un esempio di avvertenza breve. L'appendice 3 mostra come si possa utilizzare un modello di avvertenza breve per dare ai passeggeri di voli transatlantici le stesse informazioni proposte come nota sintetica dal gruppo di lavoro ex articolo 29 nel suo parere 8/2004 del 30 settembre 2004. Entrambi gli esempi sono stati concepiti per operazioni on-line, ma possono essere facilmente riadattati ad operazioni off-line.

Strato 3 – Avvertenza completa

Questo strato deve comprendere tutte le prescrizioni e le specificità giuridiche nazionali. Può eventualmente includere una dichiarazione completa sulla riservatezza, nonché eventuali ulteriori collegamenti a punti di riferimento nazionali?

¹⁶¹ Un esempio è il caso in cui un sito web associ alla scelta dell'utente di aggiungere il sito tra i propri "preferiti" una sorta di autorizzazione all'invio di e-mail pubblicitarie.

Capitolo 4

La trasparenza nel contratto

4. 1. Gli effetti della tecnologia telematica sugli scambi

La possibilità offerta dall'innovazione tecnologica di stipulare contratti attraverso la rete telematica è uno dei temi più significativi per la riflessione concernente le nuove istanze di tutela degli utenti dello stesso mezzo di comunicazione.

Il contratto telematico può essere identificato con quella particolare tipologia contrattuale in cui la formazione e la manifestazione della volontà negoziale, e talvolta anche l'esecuzione, avvengono attraverso lo scambio di impulsi elettronici (messaggi umanamente intelligibili o mere procedure tecniche) via Internet¹. Qualunque soggetto che accede ad un qualsiasi sito web di un prestatore di servizi della società dell'informazione può ivi acquistare un bene o richiedere la fornitura di un servizio². Nella maggior parte delle ipotesi che si presentano

¹ Autorevole dottrina differenzia le categorie dei contratti informatici sulla base di criteri che afferiscono alla tecnica utilizzata e all'oggetto 'informatico' del contratto (rivolto dunque all'acquisto di hardware, software o altri servizi informatici e/o telematici), specificando che nel primo caso, ovvero qualora il contratto sia concluso con strumenti informatici, possono delinearsi due ipotesi: i contratti telematici, conclusi tra persone lontane che appunto si servono del mezzo di comunicazione per la negoziazione, e i contratti cibernetici, conclusi tra un computer e una o più persone, oppure tra soli computers. Si veda in questo senso R. Borruso, G. Ciacci, *Diritto civile e Informatica*, coll. *Trattato civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, ESI, Napoli, 2004, 196; R. Taricco, *Volontà e accordo nella contrattazione telematica*, in NGCC, II, 2003, 205; più ampiamente in C.M. Bianca, *I contratti digitali*, Studium Iuris, 1998, 1035; A. Gentili, *L'inefficacia del contratto telematico*, Riv. dir. civ., 2000, 748; L. Ponti e F. Spadetto, *Il contratto telematico*, in *Computer e nuove tecnologie di comunicazione*, IX, coll. *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, Torino, Utet, 2004, 271; pongono invece l'accento sulla differenza fra contratti informatici (nei quali l'oggetto del contratto sono i soli componenti hardware e software) e contratti dell'informatica (nei quali il mezzo di comunicazione è il computer), R. Clarizia, voce *Contratto Informatico*, Enc. dir., Aggiorn., II, Milano, Giuffrè, 1998, 245; G. Finocchiaro, *I contratti ad oggetto informatico*, Padova, Cedam, 1993; C. Rossello, *I contratti dell'informatica nella nuova disciplina del software*, Milano, Giuffrè, 1997. Una diversa definizione viene usata invece da E. Tosi, *Il contratto virtuale – Procedimenti formativi e forme negoziali tra tipicità e atipicità*, Milano, Giuffrè, 2005, 64, laddove appunto l'Autore individua la categoria dei c.d. contratti 'virtuali' caratterizzati dall'utilizzo dello spazio virtuale, generato e veicolato da Internet: indipendentemente dalla natura dei soggetti e dell'oggetto del contratto.

² In questo caso si differenziano il c.d. commercio elettronico diretto e quello indiretto: nel primo caso è compresa nel procedimento telematico anche la fase dell'esecuzione (per esempio, nel caso in cui l'oggetto del contratto sia l'acquisto di un software, l'esecuzione della prestazione avviene attraverso lo scaricamento del

all'operatore appare evidente che l'utente tendenzialmente non può fruire del tradizionale momento di negoziazione del contenuto contrattuale: ciò che si richiede è l'accettazione dell'offerta presentata, ma non una controproposta, salve le rare ipotesi in cui il rapporto venga instaurato attraverso lo scambio di messaggi presso i rispettivi indirizzi e-mail delle parti³. In altre parole, si rileva una progressiva diminuzione dello spazio dedicato alla trattativa fra i due contraenti, fino alla sua completa eliminazione⁴.

Già in precedenza si era presentata alla dottrina la problematica della contrattazione di massa, attraverso contratti di adesione, nei quali il rapporto tra le parti contrattuali appariva sbilanciato a favore dell'offerta, giacché la controparte si trovava nella condizione di poter soltanto decidere se stipulare l'accordo o meno, senza intervenire in alcun modo sul contenuto dello stesso⁵. Tali tipologie di contratti sono state definite come “*scambi senza*

programma sullo stesso computer dell'acquirente); nel secondo caso tale aspetto è compiuto secondo le modalità tradizionali (per esempio con l'invio del bene all'indirizzo domestico dell'utente).

³ Tali ipotesi sono meno preponderanti rispetto a quelle di mera accettazione del contenuto contrattuale unilateralmente prestabilito dal fornitore dei servizi della società dell'informazione, poiché i vantaggi derivanti dalla commercializzazione sulla rete Internet derivano appunto dalla possibilità di concludere in modo rapido e diretto l'accordo sulla base delle informazioni presentate sul sito. L'eventuale richiesta di informazioni circa le caratteristiche del bene o servizio, per esempio, possono essere risolte *a priori* da parte del fornitore inserendo una pagina web nella quale siano elencate le c.d. *Frequently asked questions*, inserendovi proprio gli interrogativi che più facilmente possono balenare nella mente del potenziale acquirente.

D'altronde l'ipotesi di stipulazione del contratto mediante scambio di messaggi attraverso la posta elettronica non può essere considerata una ipotesi di contrattazione standardizzata, piuttosto viene ascritta alla fattispecie di contratti individuali, nelle quali può anche instaurarsi un rapporto comunicativo fra le parti tale da permettere anche la trattativa in merito al contenuto del contratto. Proprio per il fatto che tale tecnica di contrattazione non è standardizzata, il legislatore comunitario ha escluso questa fattispecie da quelle sottoposte alla disciplina individuata dall'art. 10 della direttiva 2000/31/CE.

⁴ Si tenga comunque presente che il diritto non è totalmente nuovo a tali ipotesi di assenza di trattative in rapporto ad apparecchi automatici, si veda infatti la disciplina relativa ai c.d. contratti per automatico laddove il soggetto si trovava ad interagire con apparecchi nei quali l'inserimento di una moneta permetteva di ottenere determinate prestazioni – a prezzo fisso – o in natura (per esempio, sigarette, dolci, ecc.) o in servizi (per esempio, collegamenti telefonici). In queste ipotesi, la dottrina si è interrogata circa la possibilità che il momento di inserimento delle monete potesse essere valutato come una proposta di contratto, ovvero se l'intero procedimento potesse essere ravvisato quale stipulazione di un vero e proprio contratto, affermando che la volontà umana di contrarre potesse esprimersi tacitamente, *per facta concludentia*, attraverso l'ausilio di una macchina predisposta a tale scopo. Cfr. A. Cicu, *Gli automi nel diritto privato*, Il Filangieri, 1901, 562; più recentemente A. Gambino, *L'accordo telematico*, Milano, Giuffrè, 1997, 289; L. Follieri, *Il contratto concluso in Internet*, Napoli, ESI, 2005, 47.

⁵ Per la dottrina italiana si veda il vivace dibattito che si è svolto alla fine degli anni novanta fra autorevoli voci della dottrina: N. Irti, *Scambi senza accordo*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1998, 347; G. Benedetti, *Diritto e linguaggio. Variazioni sul diritto muto*, Europa e diritto privato, 1999, I, 137; G. Oppo, *Disumanizzazione del contratto?*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1998, 525; N. Irti, *È vero, ma ...*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1999, 273; C. M. Bianca, *Diritto civile*, III, 2000, 43; G. Benedetti, *Parola scritta e parola telematica nella conclusione dei contratti*, in AA.VV., *Scrittura e diritto*, Milano, Giuffrè, 2000, passim; N. Irti, *Lo scambio dei foulards (replica semiseria al prof. Bianca)*, in *Riv. Trim. Dir. e proc. Civ.*, 2000, 601. Si veda anche G. Gorla, *Condizioni generali di contratto e contratti conclusi mediante moduli o formulari nel diritto italiano*, in *Riv. Dir. comm.*, 1963, I, 114, nel quale l'Autore già definiva il contraente contrattuale di tali rapporti come “un uomo che ha fretta”, giacché questi “*non legge le clausole, seppur scritte, o non si preoccupa di verificarne il contenuto anche se sono davanti ai suoi occhi [...] il meccanismo è tale da poter far immaginare che su questi aspetti non vi sia alcun elemento volitivo cosciente del cliente sì che si può definire il contratto come 'automatico'*”.

Per l'analisi delle questioni concernenti i contratti di massa (nelle forme dei contratti di adesione e dei contratti-tipo) si veda E. Roppo, *Contratti standard*, Milano, Giuffrè, 1975, 15; J. Ghestin, *Le contrat*, Paris, LGDJ, 1989; M. Fabre-Magnan, *Les Obligations*, Parigi, PUF, 2004, 206; P. Atiyah, *Introduction to the law of contract*, Oxford, Clarendon Press, 1995; D. Kimel, *From promise to contract - Towards a Liberal Theory of Contract*, Oxford, Hart Publishing, 2003; G. H. Treitel, *The law of contract*, Londra, Butterworths, 1995, 196; H. Collins, *Regulating contracts*, Oxford, OUP, 1999,

*accordo*⁶ nei quali l'assenza del dialogo è sintomatica di un'assenza di reciprocità del rapporto stesso e quindi dell'assenza delle caratteristiche tipiche del contratto⁷. Tale approccio è però contestabile in ragione della diversa accezione dell'accordo non quale incontro delle volontà ma quale incontro delle due dichiarazioni, in ragione del fatto che la volontà rileva dal punto di vista giuridico nel momento in cui essa conduce alla decisione di esprimere la dichiarazione impegnativa⁸. Ciò non significa che le parti possono concordare una formulazione verbale, pur essendo consapevoli di intenderne il contenuto volitivo in modo diverso; piuttosto in questo modo, si cerca di salvaguardare i principi di autoresponsabilità e di tutela dell'affidamento. Infatti, il destinatario di una dichiarazione negoziale telematica, per quanto non possa conoscere lo stato soggettivo ed il percorso volitivo della persona fisica che si è servita del computer per trasmettere la propria dichiarazione, deve poter affidarsi all'espressione di tale volontà.

D'altra parte, la reciprocità che contraddistingue l'accordo, anche e soprattutto quello telematico, si manifesta prima ancora con la scelta di accettare le modalità di formazione del contratto che uno specifico mezzo di comunicazione può comportare, e che determinano le modalità nelle quali il soggetto può esercitare la propria libertà di scegliere⁹.

Ciò non significa, tuttavia, che lo stesso procedimento negoziale telematico, in quanto tale, non importi delle differenze anche sulla strutturazione della volontà. Se l'utente nel momento dell'accesso alla rete Internet dispone di un bacino di offerte ben più vasto rispetto a quello tradizionale, così pure le modalità di "contrattazione" si distinguono da quelle abituali. Il

256; W.D. Slowson, *The new meaning of contract: The transformation of contract law by standards forms*, 46 Univ. Pittsburg L. Rev., 1984, 21; H.J. Sonnenberger, *La conclusione del contratto nel diritto tedesco*, Padova, Cedam, 1991.

⁶ Si veda N. Irti, *Scambi senza accordo*, cit. 363, in cui l'Autore costata nell'attuale società una crisi del dialogo, crisi dell'accordo, crisi della libertà, cui la disciplina del mercato sopperisce mediante l'intervento del legislatore che appresta norme imperative o dispositive, oppure la vigilanza da parte di un'autorità.

⁷ Secondo lo stesso Irti (*L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, Laterza, 2003, 72), nella contrattazione standard o di massa, si osserva un tendenziale declino del potere di determinazione del contenuto negoziale, nel quale l'attività di negoziazione delle clausole contrattuali si conforma sempre di più ad una semplice selezione dei beni: "[q]uesta autonomia non appartiene al nostro tempo [...], il quale conosce masse anonime di consumatori e meccanica reiterazione dei gesti. Non più singole parti, dialoganti e disputanti, ma categorie di consumatori; non più il negoziare sul contenuto delle clausole, ma la semplice scelta dei beni offerti; non più il mercato quale luogo del 'mercatare' [...], ma come luogo di selezione di merci. Dove, insomma, il singolo preferisce una o altra merce; e l'attività giuridica si riduce fino a muto gesto".

⁸ "Non è il contenuto della dichiarazione ad esprimere l'intimo volere del soggetto (dichiarazione di volontà) che la pone in essere, bensì la volontà si estrinseca unicamente nel fatto stesso di emettere la dichiarazione (volontà di dichiarare)", in questo senso L. Furguele, *Contratti a conclusione telematica*, in F. Bocchini (a cura di), *Diritto dei consumatori e nuove tecnologie – Gli scambi*, I, 153; nello stesso senso anche N. Scannicchio, *La conclusione del contratto on-line nella direttiva europea sul commercio elettronico*, in A. Antonucci, *E-commerce: la direttiva 2000-31-CE e il quadro normativo della rete*, Milano, Giuffrè, 2001, 105. Cfr. anche P. Schlesinger, voce *Dichiarazione (teoria gen.)*, Enc. dir., XII, cit., 1964, 371; G. Castiglia, voce *Dichiarazione*, Enc. Giur. Treccani, IX, Roma, 1988, 1. Per l'analisi del diritto francese sul tema si veda M. Farber-Magnan, *Les obligations*, cit., 247.

⁹ Riprendendo un'autorevole dottrina (G. Benedetti, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1998, 27), può conformarsi all'ipotesi di accordo telematico la nozione di *polimorfismo* contrattuale, inteso come la possibilità che un diverso procedimento negoziale sia comunque riconducibile alla categoria del contratto, considerato che "i diversi ritmi imposti all'autonomia dei privati dai mercati contemporanei inducono una sfumata gamma di figure contrattuali o di procedimenti di formazione dei contratti".

percorso telematico che porta all'acquisto è “*apparentemente libero ma tendenzialmente obbligato*”¹⁰ poiché l'utente può sempre uscire dal percorso, ma non può divagare verificando la competitività del prodotto su altri siti, oppure formulando opzioni non previste dalla procedura. Non è impossibile che un utente acceda contemporaneamente a più di un sito *web* per valutare comparativamente le offerte presenti, ma l'attenzione che questi dedica a ciascuna offerta comporta una “perdita di tempo” che può comportare in alcuni casi l'interruzione della procedura e del collegamento, a seguito della quale l'utente è avvertito che deve ricominciare nuovamente. Di conseguenza, l'utente è spinto ad evitare forme di divagazione o di abbandono momentaneo attenendosi alle regole e ai tempi del procedimento per non incorrere in un nuovo arresto dell'iter¹¹.

Nondimeno, in questo modo sono assicurate sia la volontarietà dell'atto sia la libertà dell'acquisto, anche se, ovviamente, entrambe si atteggiavano in modo peculiare. Nelle modalità di accettazione telematica si può ravvisare da un lato l'allontanamento dalla idea della volontà come attività di pensiero diretta ad una decisione argomentata¹², e, dall'altro, la consapevole assunzione da parte dell'utente del c.d. rischio informatico attraverso la scelta di aderire alle regole operanti sulla rete Internet per effettuare operazioni commerciali¹³.

A questo riguardo, dobbiamo però valutare se nella realtà degli scambi l'utente abbia piena consapevolezza del rischio cui si sottopone, e se tale rischio possa essere in qualche modo ridotto attraverso interventi di tipo giuridico (ed anche tecnico). Ed è proprio a questa finalità che si volge l'attuale dibattito circa l'incremento della fiducia del consumatore – ma il discorso può essere ampliato nei confronti di qualsiasi utente – verso il commercio elettronico. In altre parole, appare essenziale garantire, ad ogni soggetto che voglia effettuare i

¹⁰ C. Camardi, *Metodi “alternativi” di soluzione delle controversie: diritto, spazio e tempo nell'ambiente delle tecnologie informatiche*, in *Eur. e dir. priv.*, 2004, 562.

¹¹ È esperienza comune la visualizzazione della pagina bianca al termine di un percorso d'acquisto con durata superiore a quella prevista nella quale l'unica indicazione è “*page expired: you have to send again the information to proceed*”.

¹² Si vedano i contributi di C. Camardi, *Metodi “alternativi” di soluzione delle controversie*, cit., 562; L. Follieri, *Il contratto concluso in Internet*, cit., 43, che riconosce un cambiamento nelle sole modalità di esternazione del consenso; E. Tosi, *Il contratto virtuale*, cit., 88, che afferma “*una tendenziale oggettivizzazione del rapporto di scambio [...] nel quale il ruolo del consenso – pur indebolito e marginalizzato dal fenomeno della predisposizione, materiale e dichiarativa, dall'oggettivazione e tecnicizzazione del linguaggio, dalla proceduralizzazione della formazione e conclusione del contratto virtuale, meglio qualificato come adesione in senso stretto – conserva rilevanza dovendo, comunque, essere manifestato direttamente o indirettamente – perché lo scambio sia vincolante per l'oblatore*”; mentre utilizza una diversa terminologia R. Alessi, *Consensus ad idem e responsabilità contrattuale*, in Mazzamuto (a cura di), *Il contratto e le tutele – Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002, 120, che osserva “*una perdita del ruolo del consenso, ma non per descrivere un ‘affievolimento’ della rilevanza del volere, bensì intendendo descrivere forme di contrattazione in cui, a prescindere dalla forza contrattuale delle parti, appaiono comunque frammentate ed articolate, sì da non essere agevolmente ricostruibili, le modalità di incontro delle volontà contrattuali o di segmenti di volontà*”.

¹³ A. M. Gambino, *L'accordo telematico*, cit., 83, secondo il quale: “[c]osì come i supermercati e la merce esposta appartengono a chi l'ha creata e questi ne determina in prevalenza il regolamento, anche nel mercato elettronico, il contesto è regolamentato da chi l'ha creato e di ciò il consumatore è consapevole: se si “entra” vanno seguite le regole del padrone di casa [...]; se non si vuole rischiare allora è preferibile non addentrarsi. Ciò, dal punto di vista giuridico, comporta un onere di diligenza accollato all'utilizzatore, che da colui all'eventuale convenzione telematica [...]; tale onere viene ora chiamato rischio informatico”. Si veda anche R. Borruso e G. Ciacci, *Diritto civile e informatica*, cit., 210.

propri acquisti sulla rete, la certezza che alla responsabilità che questi si assume nell'affrontare il procedimento contrattuale telematico si accompagna una protezione giuridica non inferiore a quella legata alle tradizionali operazioni commerciali¹⁴.

Tuttavia, l'assenza di trattativa rappresenta il carattere più importante dei negozi conclusi nell'attuale mercato telematico, e questo fatto non solo evidenzia la presenza di uno squilibrio fra la forza economica delle potenziali parti, ma può comportare un gap di ponderazione dovuto alla insufficiente conoscenza e comprensione del contenuto del contratto¹⁵. Per rimediare a ciò il legislatore europeo e quello nazionale si sono posti l'onere di bilanciare le disparità esistenti fra soggetti agenti nel mercato attraverso un uso più forte dell'informazione, definendo le regole del flusso informativo che deve intercorrere fra l'una e l'altra parte, soprattutto nelle fasi che contraddistinguono il momento nel quale si forma la volontà negoziale, anche integrando raccomandazioni alla chiarezza e linearità dell'esposizione e della lingua usata¹⁶.

4. 2. Le soluzioni proposte nel quadro del diritto europeo

Gli aspetti precedentemente presentati sono riscontrabili in numerosi interventi in materia contrattuale compiuti dal legislatore europeo. Dalla prima metà degli anni '80 in particolare si sono succedute una serie di direttive il cui fondamento era rappresentato dalla necessità di organizzare un sempre più consistente passaggio di informazioni fra le parti contrattuali.

La giustificazione fornita è duplice: da un lato si riconosce l'esigenza di proteggere il mercato, dall'altro si avverte la necessità di tutelare il contraente debole, ed in particolare il consumatore.

¹⁴ Si veda la risoluzione del Consiglio relativa alla tutela dei consumatori nell'era internet, (Ris. n. 1999/C 23/01, 19 gennaio 2000), in cui al considerando 6 si esprime affermando che “*considerando che un clima di fiducia presso i consumatori è un presupposto per l'accettazione della società dell'informazione e per la partecipazione ad essa [...] una condizione necessaria per la creazione di un siffatto clima di fiducia è garantire, per quanto riguarda le nuove tecnologie, un livello di tutela equivalente a quello esistente per le transazioni tradizionali effettuate dai consumatori?*”.

In senso più generale si veda la Comunicazione della Commissione Europea al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Strategia per il mercato interno – Priorità 2003-2006*, (COM(2003) 238 final), 7 maggio 2003.

Si veda anche A.D. Murray, *Articles 9-11, ECD – Contracting electronically in the shadow of the E-commerce Directive*, in L. Edwards (a cura di), *The new legal framework for E-Commerce in Europe*, Oxford, Hart Publishing, 2005, 70 il quale afferma che in particolare l'art. 10 della direttiva n. 2000/31/CE “*is not a formation of contract provision at all, but rather a consumer protection provision embedded into the contract formation rules?*”.

¹⁵ In tal caso può prospettarsi la definizione del cd. *small-time decision maker*, quale soggetto debole del rapporto. E' da evidenziare che non è in ogni caso un sillogismo inderogabile l'identità fra consumatore e tale figura, in questo senso R. Alessi, *Consensus ad idem e responsabilità contrattuale*, cit., 120.

¹⁶ S. Weatherill, *EC consumer law and policy*, Northampton, Edward Elgar, 2005, 113; F. Bocchini, *Nozione di consumatore e modelli economici*, in Id. (a cura di), *Diritto dei consumatori e nuove tecnologie*, vol. I, *Gli scambi*, Torino, Giappichelli, 2003, 28; J. Calais-Aluloy e F. Steinmetz, *Droit de la consommation*, Dalloz, 6° ed., 2003, 56 e ss.

L'aspetto della creazione delle regole del mercato, e a livello europeo, dell'instaurazione del mercato interno, trova riconoscimento nella tesi dottrinale che la disciplina comunitaria ha come finalità principale quella di assicurare che il confronto tra le diverse concrete opportunità di negoziazione sia trasparente e dunque volta ad assicurare che la singola operazione negoziale da un lato si collochi in un mercato trasparente, dall'altro contribuisca alla progressiva strutturazione di quest'ultimo¹⁷.

L'aspetto di tutela del contraente debole, invece, si fonda sull'esigenza di riequilibrio della situazione in cui una delle parti è affidata alla correttezza dell'altra, dipendendone per quanto riguarda la valutazione sull'opportunità dell'affare e la determinazione della modalità della contrattazione. La contrapposizione fra consumatore e operatore professionista, con esperienza e conoscenza superiori sia nei confronti dell'oggetto della transazione, sia nei confronti dello stesso perfezionando contratto, induce il legislatore a supplire alle carenze del consumatore imponendo un passaggio di informazioni nella sua direzione¹⁸.

In altre parole, si presuppone che il gap del contraente sia la sua minore capacità (o volontà) di ottenere informazioni; queste vengono garantite per porlo nelle condizioni di determinare il contenuto contrattuale o la sua decisione di contrattare (oppure no) nella più

¹⁷ A. Jannarelli, *Profili generali – La disciplina dell'atto e dell'attività*, in N. Lipari, *Diritto privato europeo*, Padova, Cedam, 2003, 57, in cui inoltre l'Autore afferma che la differente disciplina settoriale a livello comunitario riflette una realtà economica in cui il mercato non è già operante, piuttosto è essa stessa a “*guidare il processo di transizione ad un mercato compiuto, vale a dire è chiamata a dare strutturazione ad un mercato che ancora non c'è*” (ibidem, 58). Nella stessa direzione, R. Alessi, *Luci ed ombre del nascente diritto europeo dei contratti*, in Id. (a cura di), *Diritto Europeo e autonomia contrattuale*, Palermo, Flaccovio, 1999, 22; C. Amato, *Per un diritto europeo dei contratti con i consumatori – Problemi e tecniche di attuazione della legislazione comunitaria nell'ordinamento italiano e nel Regno Unito*, Milano, Giuffrè, 2003, 16; N. Reich, *European Consumer law and its relationship to private law*, ERPL, 1995, 289; M. Goyens, *Consumer protection in a Single European market: what challenge for the EC agenda?*, CMLR, 1992, 29, 73; J. Calais-Auloy e F. Steinmetz, *Droit de la consommation*, cit., 51; H. Collins, *The Law of contract*, Londra, Lexis-Nexis, 4° ed., 2003, 198.

Contra, A. C. Nazzaro, *Obblighi d'informare e procedimenti contrattuali*, Napoli, ESI, 2000, 241, in cui l'Autrice presenta come prova contraria a questa prospettiva la previsione della facoltà di recesso, ipotesi nella quale l'intento non è quello di tutelare un interesse generale, ma precipuamente quello della parte debole del rapporto. Ciò sulla base del fatto che “*il mercato vuole regole certe: vuole certezza nell'alternativa fra vincolatività o meno dei contratti. Se così è, la facoltà di recesso, che introduce un elemento di incertezza nella determinazione delle regole del gioco, manifesta la sicura prevalenza dell'interesse del contraente su quello del mercato*”.

¹⁸ In questo senso, E. Minervini, *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Napoli, ESI, 1999, 24; G. Benedetti, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, cit., 23; M. Costantino, *Regole del gioco e tutela del più debole nell'approvazione del programma contrattuale*, Riv. dir. civ., 1972, I, 93; A. Gambaro, *Perché si vessa il cliente*, Quadrimestre, 1991, 391; E. Roppo, *La nuova disciplina sulle clausole abusive nei contratti fra le imprese e i consumatori*, in E. Cesaro (a cura di), *Clausole vessatorie e direttiva comunitaria*, Padova, Cedam, 1994, 88; G. Alpa, *Consumatori e utenti, il problema dell'informazione*, cit., 86; F. Realmente, *Doveri di informazione e responsabilità precontrattuale nell'attività di intermediazione mobiliare*, in S. Mazzamuto e G. Terranova (a cura di), *L'intermediazione mobiliare – Studi in memoria di A. Maisano*, Napoli, Jovene, 1993, 619; C.M. Bianca e F.D. Busnelli, *Commentario al Capo XIVbis del codice civile: dei contratti del consumatore – art. 1469bis – 1469sexties*, Padova, Cedam, 1999.

Contra, A. Jannarelli, *Disciplina dell'atto e dell'attività*, cit., 60, in cui l'Autore riconduce ogni tipologia di sanzione prevista per la violazione degli obblighi informativi “*non è ispirata tanto all'equità o al ristabilimento del solo equilibrio negoziale in vista della tutela dello specifico contraente consumatore. La soluzione va viceversa orientata in funzione anche punitiva del contraente che ha violato il formalismo, [... e quindi] a che si rispettino le regole che nel contesto del mercato permetteranno il raggiungimento di tale risultato [l'equità] in tutti i contratti*”.

ampia consapevolezza¹⁹. Tuttavia, anche se si può configurare un diritto del soggetto ad essere informato sull'effettiva convenienza economica dell'operazione, tale informazione non necessariamente conduce ad un oggettivo riequilibrio delle prestazioni, ma si limita ad assicurare al soggetto di avere tutti i dati necessari per ponderare autonomamente la scelta contrattuale. Infatti, l'effettivo contenuto contrattuale deve dipendere da una consapevole scelta del contraente, e la valutazione sulla convenienza rimane elemento personale ed ulteriore sul quale la controparte, che ha informato correttamente, può non avere alcun ruolo. Al fine di valutare il comportamento della controparte ci si può quindi limitare a considerare la correttezza dell'informazione e quindi la sua completezza (rispetto alla quale occorre predeterminare, in ragione del singolo concreto rapporto, il contenuto minimo) e veridicità²⁰.

4. 2. 1. *Le direttive a contenuto "informativo"*

Il quadro delle norme previste a livello comunitario tende a rendere accessibili a tutti, a basso costo, i dati necessari per il libero dispiegarsi dell'autonomia privata²¹. Tali norme si riferiscono alle informazioni che riguardano gli stessi soggetti che operano nel mercato, le qualità dei beni oggetto della contrattazione, le regole giuridiche che governano la stipulazione dei contratti e la loro validità²².

Come precedentemente delineato in tema di autonomia contrattuale, per giungere alla eguaglianza – non soltanto formale ma – sostanziale fra le parti è necessario tenere conto delle ipotesi di debolezza contrattuale di una parte rispetto all'altra. Le cause di tale squilibrio possono essere molteplici, ed – entro certi limiti – connaturate alla forma negoziale stessa²³.

¹⁹ Un obbligo generale di comunicazione di informazioni da un contraente all'altro è difficile da configurare, oltre di dubbi utilità, per il pericolo di proliferazione incontrollata dei doveri che incombono sulle parti nel corso della trattativa e della formazione del contratto, anzi si rischierebbe "più che di moralizzare le trattative, di paralizzarle" (F. Carresi, *In tema di responsabilità precontrattuale*, Temi, 1965, 467. Inoltre, un sistema che imponesse assoluta sincerità pre-contrattuale e proibisse lo sfruttamento strategico di dati in possesso di un sili soggetto potrebbe privare gli operatori economici degli incentivi a sviluppare informazioni nuove, si veda par. 1.1.2.

²⁰ "Occorre ribadire che l'informazione garantisce la possibilità per il soggetto di soddisfare i suoi interessi in modo vantaggioso, ma questo non è un risultato sempre conseguibile, poiché un'equa proporzionalità tra le prestazioni non si realizza necessariamente dopo un comportamento informativo corretto", così in D. Valentino, *Obblighi informativi, contenuto e forma negoziale*, Napoli, ESI, 1999, 234. Cfr. par. 1.1.2.

²¹ Si parla di fallimento del mercato appunto nel caso di un'erosione del circuito informativo, ossia nell'ambiente in cui si attua la contrattazione. Si veda supra, cap. 2.

²² Si veda M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans le contrats*, cit., 379, che specifica una diversa tipologia di obblighi: di informazione (*d'information*), di comunicazione (*de renseignement*), e di messa in guardia (*mise en garde*) e di consiglio (*de conseil*), diversificati in ragione del grado di diligenza richiesto ai c.d. creditore e debitore dell'informazione. In particolare, l'Autrice afferma "*l'obligation de mise en garde se retrouve dans le même circonstances que l'obligation d'information en général. [...] La seule particularité concerne donc les modalités d'exécution de l'obligation de mise en garde : si l'information à transmettre permet d'éviter un risque, un inconvénient, le débiteur devra la souligner particulièrement*".

²³ C. Giroto, *User protection in IT contracts – A comparative study of the protection of the user against defective performance in information technology*, Londra, Kluwer Law International, 2001, 9; F. Volpe, *La giustizia contrattuale tra autonomia e*

Tuttavia, se lo squilibrio si allontana dal naturale svolgersi delle contrattazioni giungendo ad un livello significativo, allora è legittimo affermare che tale squilibrio rende palese un vizio del consenso latente nel rapporto giuridico, frutto di un non corretto esercizio dell'autonomia contrattuale²⁴. Dunque, il legislatore può proporre interventi finalizzati al ripristino dell'eguaglianza fra le reciproche posizioni delle parti, sia attraverso regole intese a garantire la razionale determinazione delle scelte negoziali, sia attraverso forme di controllo più penetranti nel merito dell'operazione negoziale limitando lo spazio della contrattazione²⁵. La scelta del legislatore europeo si è rivolta prevalentemente alla prima categoria di interventi cercando di colmare la debolezza cognitiva che caratterizza il contraente debole per eccellenza, il consumatore.

Per quanto riguarda gli interventi settoriali possiamo indicare, in ordine cronologico, le seguenti direttive: la direttiva sulle vendite porta a porta²⁶; la direttiva sul credito al consumo²⁷; la direttiva n sul turismo organizzato²⁸; la direttiva sulla multiproprietà²⁹; la direttiva sui contratti a distanza³⁰; la direttiva sulle garanzie nei beni al consumo³¹; la direttiva sul commercio elettronico; la direttiva sui servizi finanziari su Internet³².

Il primo intervento settoriale nell'ambito del diritto dei contratti è stato quello relativo ai contratti negoziati fuori dai locali commerciali (direttiva n. 85/577/CE) che ha introdotto, come rimedio finalizzato alla tutela del contraente debole, il solo diritto di recesso,

mercato, Napoli, ESI, 2004, 13, laddove l'Autore riconosceva che *“il dogma dell'autonomia privata giustificava un principio di tendenziale irrilevanza dello squilibrio fra le prestazioni, se concepito nel senso di una perfetta equivalenza, sul presupposto che il requisito causale è soddisfatto anche se lo scambio è caratterizzato da una grave sproporzione tra il prezzo e il valore della cosa venduta, poiché ciascuno è libero di contrattare a condizioni per sé svantaggiose e vantaggiose per la controparte”*.

²⁴ Contra P.G. Monateri, *Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto*, Riv. dir. priv., 2003, I, 411; il quale afferma che stante la natura antagonista del contratto, nel quale ciascuno agisce esclusivamente nel proprio interesse personale, ne consegue che l'equivalenza nei contratti di scambio è un concetto puramente soggettivo frutto della comparazione soggettiva circa le rispettive utilità marginali, mentre l'equivalenza è oggettiva soltanto quando quella soggettiva non ha avuto la sua esplicitazione nel contratto. Equo risulterà il prezzo che è *“conforme alla volontà delle parti e alle finalità da ciascuna perseguite”*.

²⁵ Si veda la direttiva sulle clausole vessatorie n. 93/13/CE, laddove si ammette un sindacato del giudice qualora questi riscontri un significativo squilibrio fra le prestazioni oggetto del contratto.

²⁶ Direttiva n. 1985/577/CEE del Consiglio, del 20 dicembre 1985 per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali. GUCE L 372 del 31.12.1985, pag. 31.

²⁷ Direttiva n. 1987/102/CEE del Consiglio, del 22 dicembre 1986, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di credito al consumo, GUCE L 42 del 12.2.1987, pag. 48.

²⁸ Direttiva n. 1990/314/CEE del Consiglio, del 13 giugno 1990, concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti *“tutto compreso”*) GUCE L 158 del 23.6.1990, pag. 59.

²⁹ Direttiva n. 1994/47/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 ottobre 1994, concernente la tutela dell'acquirente per taluni aspetti dei contratti relativi all'acquisizione di un diritto di godimento a tempo parziale di beni immobili, GUCE L 280 del 29.10.1994, pag. 83.

³⁰ Direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 1997 riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza, GUCE L 144 del 04.06.1997, pag. 19.

³¹ Direttiva n. 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 maggio 1999, su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo, GUCE L 171 del 7.7.1999, pag. 12.

³² Direttiva 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 settembre 2002, concernente la commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori e che modifica la direttiva 90/619/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE e 98/27/CE, GUCE L 271 del 09.10.2002, pag. 16.

circoscrivendo il contenuto degli obblighi informativi all'esistenza e alle modalità di esercizio di tale diritto. Questo strumento di tutela ha caratterizzato tutta la successiva normativa europea in tema di contratti di vendita e/o fornitura di beni o servizi. L'obiettivo della direttiva era la difesa del consumatore rispetto all'"effetto sorpresa" derivante da un'iniziativa di promozione commerciale al di fuori dei luoghi tradizionalmente deputati allo scambio³³. La natura aggressiva di tale forma di vendita è appunto da attribuirsi alla pressione all'acquisto subita dal consumatore a seguito di un'improvvisa intrusione nella sua sfera privata e familiare³⁴, che induce in un'inadeguata maturazione della volontà di acquisto anche in ragione della mancata possibilità di confrontare le condizioni di acquisto del bene o servizio con le altre disponibili nel mercato. Il provvedimento indicato dal legislatore europeo in tal senso è il diritto di recesso o di ripensamento³⁵, di cui deve essere informato l'acquirente prima di stipulare l'accordo; il lasso entro il quale può essere esercitato il recesso (sette giorni dal momento di ricezione dell'informazione) permette, quindi, all'acquirente di meditare sull'opportunità e la convenienza dello scambio³⁶. Tuttavia, in caso di violazione degli obblighi informativi, lo *jus poenitendi* è prolungato e di conseguenza viene esteso lo *spatium deliberandi* riservato al titolare di questo diritto³⁷.

³³ G. De Nova (a cura di), *Recesso e risoluzione nei contratti*, Milano, Giuffrè, 1994; G. Gabrielli, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, Giuffrè, 1985; G. Gabrielli e F. Padovini, voce *Recesso (dir. priv.)*, in Enc. Dir., Milano, Giuffrè, 1988; D. Valentino, *Recesso e vendite aggressive*, Napoli, ESI, 1996; R. Alessi, *Diritto europeo dei contratti e regole dello scambio*, Eur. e dir. priv., 2000, 971; A.C. Nazzaro, *Obblighi di informare e procedimenti contrattuali*, cit., 276; G. Grisi, *Lo "jus poenitendi" tra tutela del consumatore e razionalità del mercato*, Riv. cri. dir. priv., 2001, 586.

³⁴ M. Gorgoni, *Sui contratti negoziati fuori dai locali commerciali alla luce del d.lgs. n. 50/1992*, in Contr. e Impr., 1993, 159; N. Scannicchio, *La vendita a distanza con mezzi di comunicazione istantanei*, in A. Jannarelli (a cura di), *Le vendite aggressive, vendite stipulate fuori dai locali commerciali e vendite stipulate a distanza nel diritto italiano e europeo*, Napoli, Esi, 1995, 193; D. Valentino, *Recesso e vendite aggressive*, cit., 1996, 12; M. Quaranta, *Debolezze e tutele del consumatore on-line nel processo di globalizzazione. Il diritto di recesso e gli obblighi di informazione nella normativa italiana. La pubblicità interattiva come veicolo di acquisti pilotati*, in G. Cassano, *Il commercio via Internet*, Piacenza, La Tribuna, 2002, 84; P. Gelli, *Condizioni per l'esercizio del diritto di recesso*, NLCC, 1993, I, 216; J. Calais-Auloy e F. Steinmetz, *Droit de la consommation*, cit., 120.

³⁵ La traduzione italiana della terminologia "*right to withdraw*" non è uniforme, sono, infatti, utilizzate le formulazioni di diritto di recesso, diritto di rescissione, o ancora diritto di ripensamento. Tale varietà dimostra la difficoltà dell'interprete di inquadrare tale istituto nelle categorie generali del diritto nazionale, in ragione anche della laconicità del testo legislativo comunitario, che non individua l'intera serie di conseguenze da esso derivanti. Si veda in questo senso, C. Amato, *Per un diritto europeo dei contratti*, cit., 307.

³⁶ Si veda l'art. 4 della direttiva n. 85/577/CEE: "*Il commerciante deve informare per iscritto il consumatore, nel caso di transazioni contemplate all'articolo 1, del suo diritto di rescindere il contratto entro i termini di cui all'articolo 5, nonché del nome e indirizzo della persona nei cui riguardi può essere esercitato tale diritto. Detta informazione deve recare una data e menzionare gli elementi che permettono d'individuare il contratto*".

³⁷ Il legislatore ha ritenuto la previsione della libertà di recedere di utilità sia se l'esercizio si situa nella fase fisiologica, sia in quella patologica del rapporto. Nel primo caso il recesso rappresenta un'ipotesi di *jus poenitendi* sostanzialmente discrezionale in capo al consumatore (c.d. recesso puro); mentre nel secondo caso, si configura come una facoltà sanzionatoria esperibile dall'acquirente in reazione ad una violazione dei doveri di trasparenza del venditore.

La dottrina italiana ha analizzato tale istituto, proponendo che esso rappresenti, all'interno del procedimento negoziale, il termine finale della fase pre-contrattuale, il cui momento iniziale è individuato nell'incontro fra le parti. In realtà, questa ipotesi non appare completamente accettabile, giacché la manifestazione della volontà del consumatore non sarebbe più la sua dichiarazione, ma il comportamento omissivo concretizzato nel consapevole non esercizio del diritto di recesso. Si veda N. Scannicchio, *Vendite fuori dei locali dell'impresa, diritto di recesso ed effetti*

Questa direttiva permette di osservare la concomitanza dei due obiettivi principali del legislatore comunitario, se da una parte appare evidente la necessità di tutela del consumatore a fronte di negoziazioni basate sull'effetto sorpresa, d'altra parte più ragioni inducono a ritenere che anche l'innalzamento della fiducia del consumatore rispetto alla contrattazione in esame abbia un ruolo altrettanto significativo. Infatti, è ovvio che il consumatore, informato del proprio diritto di recedere – e quindi consapevole di poter contare sulla possibilità di far venir meno unilateralmente e senza addurre alcuna motivazione il vincolo assunto – sarà incentivato a concludere il contratto, anche quando non abbia la certezza che esso sia confacente ai propri bisogni. Tale effetto di sollecitazione si traduce poi in un vantaggio anche per il professionista che è autorizzato a confidare in un più elevato numero di contratti, e quindi nell'implementazione del suo volume di affari³⁸.

Negli stessi anni in cui veniva formulata la direttiva sulle vendite porta a porta, il legislatore europeo ha definito la disciplina che concerne le comunicazioni pubblicitarie, rivolto in particolare alla tutela del consumatore verso la pubblicità ingannevole (direttiva n. 84/450/CE), cui è seguita, a distanza di un decennio, la regolamentazione della pubblicità comparativa (direttiva n. 97/55/CE). Queste disposizioni hanno affermato l'indispensabilità della tutela del consumatore anche nella fase antecedente al momento di acquisto, nella quale però inizia concretamente a delinearsi il contenuto della volontà negoziale. Rimandando alla più ampia analisi delle due direttive compiuta nel capitolo precedente³⁹, è da rilevare come anche in questi interventi il legislatore ha utilizzato il contenuto complessivo del messaggio pubblicitario quale contenuto informativo capace di indurre una ragionevole aspettativa da parte del destinatario. Dunque nel momento in cui tale attività promozionale viene ad esplicarsi, è necessario che il mittente della stessa osservi dei canoni di trasparenza e di chiarezza, impliciti appunto nel criterio di non ingannevolezza del messaggio.

Successivamente, il legislatore europeo ha individuato una serie di informazioni che in particolari settori sono di rilevanza essenziale per il contenuto del contratto, definendo in particolare quali informazioni debbano essere inviate al consumatore nel caso del contratto di viaggio “tutto compreso” (direttiva n. 90/314/CE) e nel caso della multiproprietà (direttiva n. 94/47/CE)⁴⁰.

delle direttive comunitarie nei rapporti tra privati, Giur. It., 1996, I, 99; F. Astone, *I contratti negoziati fuori dai locali commerciali*, in N. Lipari (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo*, vol. III, Padova, Cedam, 2003, 30; G. Grisi, *Ius poenitendi e tutela del consumatore*, in V. Ricciuto e N. Zorzi (a cura di), *Il contratto telematico*, Padova, Cedam, 2002; M. Tagliaferri, *Contratti negoziati fuori dai locali commerciali: disciplina comunitaria e attuazione negli ordinamenti italiano e tedesco*, *Contratti*, 2002, 3, 213.

³⁸ F. Greco, *Profili del contratto del consumatore*, Napoli, Novene, 2005, 19.

³⁹ Si veda quanto emerso nel par. 3. 2. 1.

⁴⁰ Per quanto riguarda il caso del credito al consumo (direttiva n. 87/102/CE), il legislatore comunitario ha optato per un atteggiamento “abdicativo”, prospettando una disciplina minimale con l'intenzione di sollecitare gli

Nel primo caso il legislatore comunitario ha riconosciuto l'evoluzione del concetto di viaggio, non più come privilegio di pochi, ma come modalità di utilizzo del tempo libero sempre più diffusa⁴¹. L'obiettivo anche in questo caso è la protezione del turista-consumatore⁴² nel suo rapporto con l'operatore turistico. La direttiva, in tal senso, indica una serie di informazioni obbligatorie, che si dividono in informazioni pubblicitarie e pre-contrattuali⁴³, informazioni che costituiscono il contenuto minimo del contratto⁴⁴, che debbono fornirsi su supporto cartaceo, o comunque per iscritto, nel momento successivo alla conclusione del contratto⁴⁵. Tuttavia, manca una sanzione per il mancato adempimento

Stati Membri a legiferare sul tema, compiendo un intervento debole e poco efficace sia dal punto di vista della tutela del consumatore/investitore, sia dal punto di vista dell'armonizzazione. Per un'analisi più approfondita si veda C. Amato, *Per un diritto europeo dei contratti*, cit., 209.

⁴¹ La definizione della direttiva è infatti quella di viaggi e vacanze tutto compreso, nella quale sono inclusi non solo i servizi di viaggio e trasporto, ma anche “*ad una serie di prestazioni funzionali al viaggio stesso: predisposizione delle strutture idonee all'accoglienza turistica, attività informative sulla meta; attività preparatorie o strumentali all'attuazione dell'itinerario programmato [...] ; predisposizione di quanto occorre per il soggiorno [...] e per gli intrattenimenti ricreativi e culturali offerti ai partecipanti nelle località visitate*”, C. Amato, op. ult. cit., 232.

⁴² Si tenga conto che in questo caso il legislatore comunitario ha esteso i limiti della categoria di consumatore ben oltre la tradizionale disciplina, non escludendo le persone giuridiche, né stabilendo come inderogabile lo scopo non professionale dell'acquisto del pacchetto turistico, si veda l'art. 2, p. 4, distinguendo dunque tre possibili sottocategorie: la persona che acquista o si impegna ad acquistare servizi tutto compreso (“il contraente principale”), qualsiasi persona per conto della quale il contraente principale si impegna ad acquistare servizi tutto compreso (“gli altri beneficiari”), ed infine qualsiasi persona cui il contraente principale o uno degli altri beneficiari cede i servizi tutto compreso (“il cessionario”).

Ciò ha portato come effetto la diversa implementazione della direttiva da parte degli stati membri, utilizzando una diversa terminologia per indicare il soggetto stipulante il contratto: in Austria, Estonia, Germania, Olanda e Svezia, il termine utilizzato è “viaggiatore”, in Francia, Lussemburgo e Slovacchia è “acquirente”, nella Repubblica Ceca, in Danimarca e Polonia è “”, in Lettonia e Portogallo è “cliente”, ed infine in Lituania è “turista”. Si veda più approfonditamente nell'analisi comparativa compiuta da H. Schulte-Nolke, C. Twigg-Flessner e M. Ebers, *EC Consumer Law Compendium - Comparative Analysis*, 2006, 211, disponibile all'indirizzo web http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/acquis/comp_analysis_en.pdf.

⁴³ Art. 3, c. 2: “*Qualora venga messo a disposizione del consumatore un opuscolo, esso deve indicare in maniera leggibile, chiara e precisa il prezzo, nonché le informazioni adeguate per quanto riguarda:*

- a) *la destinazione, i mezzi, le caratteristiche e le categorie di trasporto utilizzati;*
- b) *la sistemazione in albergo o altro tipo di alloggio, l'ubicazione, la categoria o il livello di confort e le caratteristiche principali della stessa, la sua approvazione e classificazione turistica ai sensi della regolamentazione dello Stato membro di destinazione interessato;*
- c) *i pasti forniti (meal plan);*
- d) *l'itinerario;*
- e) *le informazioni di carattere generale concernenti le condizioni applicabili ai cittadini dello Stato o degli Stati membri in questione in materia di passaporto e visti e le formalità sanitarie necessarie per effettuare il viaggio ed il soggiorno;*
- f) *l'importo o la percentuale del prezzo da versare come acconto e le scadenze per il versamento del saldo;*
- g) *l'indicazione che occorre un numero minimo di partecipanti per effettuare il servizio tutto compreso e, in tal caso, la data limite di informazione del consumatore in caso di annullamento”.*

⁴⁴ Art. 4, c. 2, lett. a), “*Gli Stati membri vigilano affinché si applichino ai contratti i principi seguenti:*
a) *a seconda del servizio tutto compreso in questione, il contratto contiene almeno le clausole figuranti nell'allegato”.*

⁴⁵ Art. 4, c. 1, lett. b), “*L'organizzatore e/o il venditore deve fornire al consumatore, per iscritto o in qualsiasi altra forma appropriata, in tempo prima dell'inizio del viaggio, le informazioni seguenti:*

- i) *orari, località di sosta intermedia e coincidenze; posto assegnato al viaggiatore, per esempio, cabina o cuccetta sulla nave, carrozza con cuccette o vagone letto sul treno;*
- ii) *nome, indirizzo e numero di telefono della rappresentanza locale dell'organizzatore e/o del venditore o, se non esiste, nome, indirizzo e numero di telefono degli uffici locali suscettibili di aiutare il consumatore in caso di difficoltà; [...]*
- iii) *per i viaggi e i soggiorni di minorenni all'estero, informazioni che consentano di stabilire un contatto diretto con il giovane o il responsabile locale del suo soggiorno;*
- iv) *informazioni sulla sottoscrizione facoltativa di un contratto di assicurazione che copra le spese di annullamento da parte del consumatore o di un contratto di assistenza che copra le spese di rimpatrio in caso di incidenti o malattie”.*

dell'obbligo informativo, poiché la determinazione delle conseguenze di tale atto è a carico dei singoli Stati Membri in sede di implementazione della direttiva. La direttiva peraltro predispone una serie di principi generali: obbligo di non rilasciare indicazioni ingannevoli nella descrizione del servizio tutto compreso, riconoscimento del carattere impegnativo delle dichiarazioni pubblicitarie e/o pre-contrattuali, definizione del contenuto minimo essenziale del contratto secondo quanto specificato nell'allegato della direttiva. Dalla lettura complessiva delle precedenti disposizioni è possibile affermare che istituisce un particolare rapporto fra i contenuti informativi veicolati prima della conclusione del contratto e il regolamento contrattuale stesso. Infatti, le informazioni fornite, anche unilateralmente, prima della stipulazione del contratto, entrano a far parte del contenuto di questo, poiché il consumatore ha la possibilità di richiedere l'integrazione del contratto con quanto presentato nell'opuscolo informativo, e successivamente verificare l'esattezza dell'adempimento.

Nel caso della multiproprietà, il legislatore comunitario ha enfatizzato l'obbligatorietà dei doveri di informazione⁴⁶, individuando ben tredici elementi fondamentali che devono essere distribuiti fra il prospetto informativo e il contenuto del contratto⁴⁷. Le informazioni elencate devono essere fornite prima ed al momento della conclusione. In caso di mancato assolvimento dell'obbligo per talune categorie di dati, il diritto di recesso si applica per un periodo prolungato a tre mesi. Quanto presentato nel prospetto informativo, inoltre, si presta ad essere configurato come segmento dell'accordo⁴⁸. Tuttavia, anche se ciò rappresenta una fonte di promessa da parte del venditore, il contenuto dell'accordo non è automaticamente individuato attraverso le indicazioni della direttiva, giacché sia il venditore sia l'acquirente possono proporre e accettare modifiche ai termini contrattuali⁴⁹. La direttiva inoltre stabilisce il livello di precisione che deve caratterizzare i contenuti degli obblighi informativi.

Rivolgendo nuovamente lo sguardo verso i contratti stipulati attraverso strumenti non tradizionali, il legislatore ha delineato la direttiva n. 97/7/CE sui contratti a distanza, nella quale l'elemento fondamentale non è più l'effetto sorpresa, quanto piuttosto la necessità di

⁴⁶ Art. 8: "Gli Stati membri prevedono nella loro legislazione che un'eventuale clausola secondo cui l'acquirente rinuncia ai benefici dei diritti previsti dalla presente direttiva o secondo cui il venditore è esentato dalle responsabilità derivanti dalla presente direttiva, non vincoli l'acquirente, alle condizioni stabilite dalla legislazione nazionale".

⁴⁷ Art. 3: "1. Gli Stati membri prevedono nella loro legislazione disposizioni adeguate affinché il venditore sia tenuto a consegnare ad ogni persona che richieda informazioni sul bene immobile o sui beni immobili un documento a tal fine. Oltre ad una descrizione generale del bene o dei beni, il documento contiene almeno informazioni succinte e precise sugli elementi indicati nell'allegato, lettere da a) a g), i) e l) e indica come si possono ottenere ulteriori informazioni".

⁴⁸ Si veda l'art. 3, c.2: "Gli Stati membri prevedono nella loro legislazione che tutte le informazioni di cui al paragrafo 1 che devono figurare nel documento ivi citato facciano parte integrante del contratto".

⁴⁹ Si veda G. De Nova, *Informazione e contratto: il regolamento contrattuale*, Riv. Trim. Proc. Civ. 1993, 718, nel quale l'Autore afferma che "si delinea una sequenza obbligata tra informazione e regolamento contrattuale: solo quelle clausole che sono illuminate dall'informazione, e sono ad essa fedeli, possono far parte del regolamento negoziale". Nello stesso senso, B. Wendlandt, *EC directives for self-employment of commercial agents and on timesharing – Apples, oranges and the core of the information overload problem*, in G. Howells, A. Janssen, R. Schulze (a cura di), *Information rights and obligations – A challenge for party autonomy and transactional fairness*, Ashgate, Aldershot, 2005, 73.

salvaguardia del consumatore di fronte alla pervasività delle nuove tecnologie. La normativa, infatti, trova la propria giustificazione nel fatto che la mancata presenza simultanea delle due parti può indurre a scelte avventate del consumatore, sia perché il suo consenso non è sempre sufficientemente informato, sia perché il prodotto o servizio non può venir ispezionato prima o al momento dell'acquisto⁵⁰. La direttiva, dunque, individua all'art. 4 gli obblighi informativi relativi al contratto, che il professionista è tenuto ad adempiere⁵¹, cui sono collegati un obbligo di trasmissione delle stesse informazioni in modo chiaro e trasparente come espressione dei principi di buona fede e correttezza in materia di operazioni commerciali⁵². In questo caso l'espressa previsione della direttiva è insufficiente poiché l'eventuale interruzione nella sequenza tra informazioni pre-contrattuali, conferma scritta ed esecuzione del contratto sembrerebbe essere soltanto quella del prolungamento del diritto di recesso. In realtà, la *ratio* aiuta a configurare l'ipotesi che il consumatore, anche il meno avveduto, può usufruire di rimedi conservativi, alternativi al recesso, idonei a ricongiungere l'esecuzione del contratto a modalità 'comunicative' in fase pre-contrattuale e poi eventualmente non confermate oppure rivelatesi ingannevoli⁵³.

Un ultimo rilievo è da dedicare alla direttiva n. 2002/65/CE sulla commercializzazione a distanza dei prodotti finanziari ai consumatori, in cui si specifica la disciplina precedentemente citata dei contratti a distanza in relazione ad un settore che richiede una diversa ponderazione degli interessi sottesi. In particolare, si conferma la predisposizione di una lunga serie di informazioni da veicolarsi al consumatore prima che questi possa essere

⁵⁰ Si veda G. Grisi, *La frontiera telematica della contrattazione a distanza*, Europa e dir. priv., 1998, 892; confermato in sede di direttiva sul commercio elettronico da D. Redolfi, *Reti telematiche e commercio elettronico: la tutela dei consumatori*, Dir. ind., 1997, 248.

⁵¹ Art. 4, c. 1: "In tempo utile prima della conclusione di qualsiasi contratto a distanza, il consumatore deve ricevere le seguenti informazioni:

- a) identità del fornitore e, in caso di contratti che prevedono il pagamento anticipato, indirizzo del fornitore;
- b) caratteristiche essenziali del bene o del servizio;
- c) prezzo del bene o del servizio, comprese tutte le tasse o imposte;
- d) eventuali spese di consegna;
- e) modalità di pagamento, consegna o esecuzione del contratto;
- f) esistenza del diritto di recesso, [...];
- g) costo dell'utilizzo della tecnica di comunicazione a distanza, quando è calcolato su una base diversa dalla tariffa di base;
- h) durata della validità dell'offerta o del prezzo;
- i) se del caso, durata minima del contratto in caso di contratti per la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi di esecuzione continuata o periodica".

⁵² Per la differenziazione fra questi criteri di comportamento rispetto alle tradizionali regole di validità, si veda G. D'Amico, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in Riv. Dir. Civ., 2002, 37.

⁵³ Si veda C. Amato, *Per un diritto europeo dei contratti*, cit., 319 in cui l'Autrice afferma "gli obblighi informativi imposti dal legislatore comunitario soffrono di due limiti importanti: innanzitutto, sono obblighi precontrattuali, nel senso che le informazioni di cui si deve dare notizia al potenziale acquirente devono pervenire a quest'ultimo prima o al momento della stipulazione del contratto, ma nessuna di esse entra a far parte del contenuto minimo obbligatorio". Si veda anche A. Nordhausen, *Distance selling directive 1997; Distance marketing of financial service directive 2002 – Distance marketing in the European Union*, in L. Edwards (a cura di), *The new legal framework for E-Commerce in Europe*, cit., 248.

vincolato da un'offerta⁵⁴, tale da poter essere accessibile, o memorizzabile, su supporto cartaceo o altro supporto durevole⁵⁵. La stessa disciplina si applica anche se è il consumatore a richiedere l'utilizzo di una tecnica di comunicazione a distanza⁵⁶, dunque non permettendo alcuna giustificazione per un'attenuazione dell'obbligo informativo in capo al professionista confermando quanto già indicato in sede di considerando (21): *“L'impiego di tecniche di comunicazione a distanza non dovrebbe portare a una diminuzione indebita dell'informazione fornita al consumatore”*.

L'elenco delle informazioni da inviare al consumatore, inoltre, non ha carattere di esaustività, giacché la stessa direttiva riconosce la possibilità di c.d. requisiti aggiuntivi che possono essere integrati nella lista prevista in ragione della tipologia di prodotti finanziari oggetto dell'offerta⁵⁷.

Alla luce di questi dati appare evidente come sia presente una tendenza nella disciplina europea volta a fornire una risposta più articolata rispetto al mero rimedio del recesso quale forma di protezione degli acquirenti contro i metodi aggressivi di vendita, che aveva contraddistinto la prima direttiva in ambito contrattuale⁵⁸. In questo caso, gli obblighi informativi hanno il compito di garantire la piena consapevolezza delle parti circa il contenuto dell'accordo ed impongono uno standard di comportamento del professionista nei confronti del contraente debole al fine di colorare di un principio di correttezza tutte le contrattazioni stipulate sui mercati settoriali.

4. 2. 2. Gli obblighi informativi nella stipulazione del contratto telematico

La disciplina configurata nella direttiva n. 2000/31/CE s'inserisce in questo processo, sviluppandone alcune caratteristiche e presentando una peculiarità determinata dallo stesso

⁵⁴ L'art. 3, c. 2, prevede che *“in tempo utile prima che il consumatore sia vincolato da un contratto a distanza o da un'offerta”*, gli sono fornite le informazioni riguardanti il fornitore (estendendo l'ambito di tale obbligo anche in relazione ai rappresentanti ed ai diversi collaboratori di quest'ultimo); il servizio finanziario (elencandone le caratteristiche principali); il contratto a distanza (definendo sia i diritti sia gli obblighi in capo al consumatore); ed le modalità di ricorso.

⁵⁵ Si veda *infra* per l'utilizzo di tale terminologia nell'ambito generale del commercio elettronico.

⁵⁶ Art. 5, c. 2 della direttiva.

⁵⁷ Si veda quanto previsto all'art. 4, c. 1, riconosce che *“Se disposizioni della legislazione comunitaria che disciplina i servizi finanziari contengono requisiti aggiuntivi in materia di informazioni preliminari rispetto a quelli di cui all'articolo 3, paragrafo 1, tali requisiti rimangono applicabili”*, e nel considerando (22): *“Le informazioni elencate nella presente direttiva comprendono informazioni di natura generale relative a tutti i tipi di servizi finanziari. Gli altri requisiti in materia di informazioni relative ad un determinato servizio, quali la copertura di una polizza assicurativa, non sono precisati unicamente nella presente direttiva. Le informazioni di questo tipo dovrebbero essere fornite in conformità, ove del caso, della pertinente normativa comunitaria o della pertinente legislazione nazionale, adottata conformemente al diritto comunitario”*.

⁵⁸ C. Amato, *Per un diritto europeo dei contratti*, cit., 309.

mezzo di comunicazione⁵⁹. Come già accennato, le informazioni relative alla fase pre-contrattuale che devono essere fornite al destinatario del servizio della società dell'informazione (sia esso consumatore o professionista) sono distinguibili in tre categorie: informazioni relative alla comunicazione commerciale, informazioni relative al contratto in via di stipulazione, informazioni relative al procedimento di contrattazione. La seconda e la terza categoria di informazioni sono contenute nell'art. 10 della direttiva, in cui si precisa, per quanto riguarda la tempistica, che l'esecuzione di tale obbligo deve compiersi prima dell'inoltro dell'ordine da parte del destinatario, e, per quanto riguarda la loro formulazione, i contenuti devono essere redatti in modo “*chiaro, comprensibile e inequivocabile*”. Per quanto riguarda gli aspetti procedurali, nella norma sono elencati come dati da fornire: le modalità di conclusione del contratto, le caratteristiche della sua archiviazione, le specifiche tecniche con le quali il destinatario può correggere i dati prima di inviare l'ordine, e le lingue a disposizione per concludere il contratto, cui si aggiunge, nel comma 3, la messa a disposizione delle clausole e delle condizioni contrattuali per la riproduzione o la memorizzazione delle stesse da parte del destinatario. Dunque, tenendo conto che il comma 1 della disposizione fa salvi gli ulteriori obblighi informativi previsti per specifici beni o servizi, è possibile affermare che questo primo gruppo di dati relativi al prestatore rappresenti il “nucleo minimo essenziale” di informazioni obbligatorie, attorno al quale, in base a normative specifiche, può addensarsi una più ampia area di doveri a contenuto informativo⁶⁰.

Andando ad analizzare appunto l'area di tali doveri da espletare prima del c.d. “inoltro dell'ordine”⁶¹ da parte del destinatario del servizio, due sono le tipologie di informazione che acquistano particolare rilievo: i dati relativi alle condizioni generali del contratto (1), e i dati relativi alle fasi tecniche per la conclusione dello stesso(2).

⁵⁹ Si tenga presente che nella contrattazione telematica sussiste l'esigenza di rendere più flessibili e in qualche misura più evanescenti i momenti e i modi attraverso cui può dirsi raggiunta l'intesa, quindi si verifica una diminuzione di importanza per la ricerca del momento e del luogo di stipulazione e la necessità di utilizzare strumenti di verifica diversi per la formazione dell'accordo.

⁶⁰ In questo senso, C. Rossello, *Gli obblighi informativi del prestatore di servizi*, in E. Tosi (a cura di), *Commercio elettronico e servizi della società dell'informazione – Le regole giuridiche del mercato interno e comunitario: commento al D.Lgs. 9 Aprile 2003*, n. 70, 58.

⁶¹ L'aspetto relativo alla definizione di “inoltro dell'ordine” evidenzia la difficoltà da parte del legislatore europeo di intervenire in modo diretto nell'ambito del diritto dei contratti. La scelta terminologica, infatti, non trova precedenti nel campo del diritto, e si introduce in modo completamente nuovo nella struttura tradizionale dalla proposta-accettazione delle condizioni contrattuali. In tal senso, il legislatore europeo si è confrontato con la differenziazione esistente nei singoli Stati Membri circa i criteri di individuazione di tali concetti, da cui inoltre deriva una diversità nella definizione del tempo e luogo di conclusione del contratto (si veda ad esempio la differenza che sussiste nel valutare il momento dell'accettazione fra il sistema francese ed italiano, nei quali vige la teoria della ricezione e il sistema anglosassone, dove prevale la c.d. *postal rule* o teoria della spedizione). Si veda L. Furguele, *Contratti a conclusione telematica*, cit., 169 e ss.; N. Scannicchio, *La conclusione del contratto on-line nella direttiva europea sul commercio elettronico*, cit., 123, che evidenzia d'altronde che il sistema delle conferme imposto dalla direttiva sul commercio elettronico rappresenta un tentativo di fronteggiare il problema dell'allocazione dei costi di trasmissione spinto fino al punto da farvi dipendere anche l'evento del perfezionamento.

(1) L'obbligo di rendere edotto il destinatario circa il contenuto delle clausole contrattuali è finalizzato ad assicurare una maggiore tutela laddove manca un canale di comunicazione individuale⁶², infatti, questa norma non trova applicazione nel caso di contratti stipulati attraverso l'uso di forme di comunicazione individuale, quale per esempio lo scambio di e-mail. L'esclusione di tale ipotesi si giustifica sulla presunzione che lo scambio intervenuto abbia permesso ad entrambe le parti non soltanto di conoscere il regolamento negoziale, ma anche di adattare il contenuto delle clausole contrattuali attraverso l'intercorsa trattativa⁶³. Nella maggior parte dei casi, invece, la stipulazione del contratto attraverso la rete Internet si configura come mera presentazione di un bene o un servizio che l'utente può acquistare, senza poterne negoziare le condizioni. Ciò significa che, in assenza di trattative, l'iter di conclusione sarà contraddistinto da un iniziale invito ad offrire da parte del prestatore dei servizi della società dell'informazione, cui seguirà la trasmissione dell'ordine da parte del destinatario (che configurerà il primo atto non preparatorio integrante la fattispecie di proposta contrattuale)⁶⁴. La conclusione del contratto sarà poi raggiunta attraverso l'invio da parte del prestatore della dichiarazione di accettazione (la c.d. ricevuta dell'ordine ex art. 11 della direttiva n. 2000/31/CE).

Le informazioni riguardanti peculiari aspetti del contratto, in ogni caso, devono essere conosciute da parte dell'utente-destinatario, secondo la disciplina individuata dalla direttiva n. 97/7/CE, "*in tempo utile prima della conclusione di qualsiasi contratto a distanza*". Ciò implica che il contenuto e le condizioni del contratto – il cui nucleo fondamentale si ricava dall'art. 4, c. 1. della direttiva sulle vendite a distanza – devono essere rese disponibili al destinatario prima che questi possa inviare al prestatore l'ordine di acquisto, giacché al momento della risposta del prestatore potrà considerarsi perfezionato il contratto stesso. Il legislatore si è inoltre premurato di vincolare il prestatore non solo stabilendo che tali informazioni siano rese disponibili⁶⁵ al destinatario, ma che questi altresì possa memorizzarle e riprodurle. Questo fatto può portare ad individuare alla contrattualizzazione dell'informazione preliminare⁶⁶ alla

⁶² E. Tosi, *Il contratto telematico*, cit., 92.

⁶³ V. Ricciuto, *La formazione del contratto telematico e il diritto europeo dei contratti*, in V. Cuffaro e N. Zorzi (a cura di), *Il contratto telematico*, Padova, Cedam, 2002, 58.

⁶⁴ A. Murray, *Articles 9-11, ECD*, cit., 74 e ss; E. Tosi, *Il contratto virtuale*, cit., 182; R. Borruso e G. Ciacci, *Diritto civile e Informatica*, cit., 196.

⁶⁵ Si veda che l'art. 4 della direttiva sulle vendite a distanza prevedeva soltanto la chiarezza e comprensibilità delle informazioni fornite attraverso ogni mezzo *adeguato* alla tecnica di comunicazione a distanza impiegata per la stipulazione del contratto. La conferma scritta delle informazioni è appunto richiesta soltanto in tempo utile al momento dell'esecuzione del contratto.

⁶⁶ Si veda G. Grisi, *Gli obblighi di informazione*, in S. Mazzamuto (a cura di), *Il contratto e le tutele – Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002, 153. L'Autore riconosce che la contrattualizzazione dell'informazione pre-contrattuale modifica la finalità della stessa da un ruolo puramente protettivo, per l'espressione di un consenso libero ed informato, ad un ruolo attivo di conformazione del rapporto, per l'emersione di un impegno da parte del soggetto tenuto a fornire le informazioni.

conclusione del contratto elettronico. Infatti, l'obbligo d'informazione potrebbe tradursi in un vincolo nella determinazione del contenuto del contratto che sia per ragioni tecniche, sia per ragioni di correttezza, potrebbe non poter subire variazioni rispetto alle informazioni fornite.

(2) L'imposizione di un obbligo riguardante le caratteristiche del procedimento tecnico che porta alla conclusione dell'accordo, ha una finalità che supera la natura di mero obbligo informativo, poiché aspira ad incrementare la fiducia degli utenti nei confronti del mezzo di comunicazione, colmando il gap tecnologico che sussiste fra il prestatore e il destinatario del servizio. Infatti, a differenza di quanto avviene nel mercato tradizionale, il prestatore del servizio è tenuto ad indicare i diversi momenti e le relative implicazioni giuridiche che discendono dal processo formativo del contratto. Anche se si presuppone che l'utente è in grado di conoscere il procedimento contrattuale tradizionale applicato nell'ambito del commercio elettronico, ciò non implica che, da un lato, tutti gli utenti abbiano lo stesso livello di conoscenza degli strumenti tecnologici⁶⁷, e, dall'altro, che siano in grado di comprendere le differenze che sorgono nel caso di contratti stipulato in un contesto che si caratterizza per un assetto materiale diverso da quello tradizionale⁶⁸. L'analisi delle implicazioni giuridiche che discendono da questo aspetto quale modalità di "educazione dell'utente telematico" sarà presentata nel capitolo successivo.

4. 3. I problemi di selezione dell'informazione in ragione della sua affidabilità

La rete Internet si presenta chiaramente come un ambiente basato sull'informazione, dove la diffusione, la raccolta, l'organizzazione e la stessa produzione delle informazioni commerciali sono rese più facili, rapide ed accessibili. Come già indicato precedentemente, il confronto fra le opportunità offerte dal mercato tradizionale rispetto a quelle disponibili sul mercato telematico propende verso quest'ultimo, in ragione del fatto che nello stesso periodo di tempo l'utente telematico può ricevere ed analizzare un numero maggiore di informazioni

⁶⁷ Si veda E. Tosi, *Il contratto virtuale*, cit., 96, si esprime in tal senso specificando che "l'organizzazione e la strumentazione tecnologica – in buona sostanza l'assetto materiale – sottostante alla formazione del contratto non sono privi di riflessi sulle modalità della sua conclusione. L'assetto materiale può infatti integrare o più semplicemente veicolare le dichiarazioni di volontà [...] L'assetto materiale non si sostituisce integralmente alla dichiarazione di volontà delle parti, semmai ne consente il veicolarsi attraverso nuovi linguaggi simbolico iconografici non verbali [...] secondo dimensioni spazio-temporali e livelli di automazione inimmaginabili nel passato: la dichiarazione di volontà si integra con il substrato tecnologico sottostante".

⁶⁸ Si veda A. Nordhausen, *Information requirements in E-Commerce directive and the proposed directive on unfair commercial practices*, in G. Howells *et al.*, *Information rights and obligations*, cit., 104, nel quale l'Autrice evidenzia la novità di questo aspetto, in particolare rispetto alla disciplina dei contratti internazionali, affini per la limitata conoscenza dei soggetti stipulanti circa le regole applicabili alla transazione, laddove invece non sussiste alcuna norma comparabile.

rispetto a colui che compia la medesima ricerca sul mercato tradizionale⁶⁹. Ciò non vale soltanto per quanto riguarda la quantità di informazioni, ma si ripercuote anche sulla qualità delle stesse.

Questo può essere dimostrato utilizzando la teoria dei giochi: nel caso di un rapporto singolo fra il prestatore e il destinatario si instaura uno scambio con prestazioni differite nel tempo, nel quale l'esecuzione delle prestazioni interviene in momenti successivi (per es. il destinatario del servizio esegue il pagamento immediatamente attraverso la propria carta di credito, e a seguito del pagamento il prestatore provvede all'invio del bene acquistato o alla prestazione del servizio richiesto). Lo scambio intervenendo fra soggetti che non hanno avuto preve relazioni contrattuali si definisce dunque un c.d. *one-shot game*, nel quale il rischio che lo scambio giunga a buon fine è limitato dal livello di cooperazione di entrambe le parti. Infatti, se il destinatario investe nella relazione, i.e. esegue la propria prestazione anticipatamente, l'esito positivo della contrattazione si basa sul comportamento cooperativo della controparte, che appunto eseguirà la controprestazione al momento previsto. Nel caso in cui entrambi le parti abbiano deciso di cooperare al fine di concludere positivamente il contratto, allora potrà ottenersi un profitto di cui entrambi i soggetti potranno beneficiare. Se, invece, una delle due parti non assume un comportamento cooperativo, ma si appropria dell'altrui investimento, allora il risultato della negoziazione sarà una redistribuzione delle risorse impiegate verso il contraente non cooperativo⁷⁰. In questo caso, la dottrina sul tema riconosce che la "strategia dominante" del soggetto che si trova nella condizione di reagire al comportamento del proponente è quello della non cooperazione⁷¹. Viceversa, nel caso di giochi ripetuti, i due contraenti possono basarsi sui comportamenti pregressi delle rispettive controparti per valutare l'affidabilità di tali soggetti e la probabilità che il proprio investimento abbia un risultato positivo, ed inoltre la reiterazione del rapporto consente di reagire direttamente agli eventuali comportamenti non cooperativi. In questa ipotesi, il contraente che nel *one-shot game* si trovava in condizione di appropriarsi dell'investimento della controparte, dovrà valutare se tale comportamento sia controproducente, ma la probabilità maggiore è che, nel lungo periodo, questi possa trarre maggiore vantaggio dalla cooperazione piuttosto che dall'appropriazione. Nella contrattazione telematica, teoricamente, la maggior parte delle negoziazioni dovrebbero apparire come unitarie, poiché l'utente si interagisce

⁶⁹ N. Elkin-Koren, E. M. Salzberg, *Law, Economics and cyberspace – The effect of cyberspace on the economic analysis of law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2004, 66.

⁷⁰ R. Cooter, U. Mattei e P.G. Monateri R. Pardolesi, T. Ulen, *Il mercato delle regole – Analisi economica del diritto civile*, Il Mulino, Bologna, 205 e ss., in cui gli Autori illustrano caso di c.d. *agency game*, in cui non è prevista esecuzione coattiva.

⁷¹ Da cui discende, peraltro, che la strategia dominante del proponente è appunto quella di non investire nel rapporto, *Ibid.*, 208.

ripetutamente con una stessa controparte in casi molto rari. Tuttavia, la possibilità di fruire di informazioni concernenti la precedente attività contrattuale della controparte – provenienti da fonti quali, per esempio, i commenti e le valutazioni compiute da precedenti contraenti circa la medesima operazione commerciale – giustificerebbe l'attribuzione di uno specifico livello di reputazione e dunque consentirebbe di trasformare il gioco da *one-shot* a ripetuto, poiché la pluralità di contrattazioni pregresse sarebbe ascritta all'ultimo utente che compie la contrattazione⁷².

Il fattore positivo che se ne deriva è quindi la possibilità di fruire di una maggiore quantità e qualità dell'informazione, tuttavia, è innegabile che ciò delinea anche nuove questioni relative alla selezione delle informazioni disponibili in ragione della loro attendibilità e della loro utilità rispetto alle necessità dell'utente che le riceve.

Per quanto riguarda il primo aspetto è determinante la possibilità di anonimato offerta dalla rete telematica che può svincolare l'autore delle informazioni da ogni onere derivante da una già affermata identità⁷³, e allo stesso modo non impone più una forma di responsabilità per la correttezza o veridicità delle informazioni diffuse⁷⁴. Per esempio, ciò può avere rilevanza nel caso in cui i dati abbiano finalità promozionale, prospettandosi ipotesi di manipolazioni dei dati disponibili per gli utenti oppure di falsificazione dei risultati di ricerche statistiche. Un esempio che illustra tale questione è il caso in cui un utente operi una ricerca all'interno di una *newsgroup* per verificare i commenti lasciati da altri soggetti in merito ad un prodotto. La veridicità dei contenuti è opinabile e dipende dagli interessi degli utenti

⁷² N. Elkin-Koren, E. M. Salzberg, *Law, Economics and cyberspace*, cit., 67

⁷³ Per quanto sia possibile, e obbligatorio (alla luce della disciplina individuata dalla normativa antiterrorismo, direttiva n. 2006/24/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2006, riguardante la conservazione di dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione e che modifica la direttiva 2002/58/CE) che gli Internet Provider individuino i soggetti che si connettono alla rete, ciò si limita alla determinazione del computer che concretamente si collegano ad Internet, senza la possibilità di stabilire se il soggetto che utilizza il computer in questione sia sempre il medesimo. In particolare, ciò appare evidente nel caso di accessi compiuti attraverso computer disponibili in luoghi pubblici quali biblioteche o *internet center*.

⁷⁴ Questo fatto era stato già riconosciuto nei primi anni '90 del secolo appena trascorso, anche al di fuori dell'ambiente giuridico, tanto da essere oggetto di una striscia comica di P. Steiner, disegnatore del settimanale *The New Yorker*, in cui un cane seduto di fronte ad un computer si rivolgeva ad un suo simile affermando “*On the internet, nobody knows you're a dog*”.

Ciò è stato efficacemente osservato anche da P. Mathias, *Le Cité Internet*, Parigi, Presse de Science Po, 1997, trad. U. Pacifici Noya in P. Mathias, G. Pacifici, P. Pozzi, G. Sacco, *La Polis Internet*, Milano, Angeli, 2000, 26, “*sulle reti non si è altro che un nome convertito in “bit” e il susseguirsi elettronico delle operazioni che si compiono. [...] Sulle reti si dispone di una libertà quasi totale se si prescinde da alcuni vincoli puramente tecnici [...] e si può creare una identità e di colpo sparire, in quanto operatore, dietro i simulacri della propria immaginazione. È chiaro perciò che il problema del soggetto presenta una dimensione sociale e politica maggiore, sinché colui che parla e agisce può trovare diverse occasioni di non essere ciò che è e di definire la propria personalità come alterità, di ideare e creare per proprio conto una esistenza elettronica senza relazione con una persona fisica o giuridica. [...] L'imputazione dei soggetti e delle azioni si fonda sul fatto che essi siano effettivamente imputabili, e che un ordine regolare di interazioni e al contempo di vincoli possa crearsi e consolidarsi, tutto ciò di cui invece l'esistenza internetica permette di liberarsi*”. Nello stesso senso si veda J. Dickie, *Producers and Consumers in EU E-Commerce law*, Hart Publishing, Oxford, 2005, 26; F. Di Ciommo, *Internet e la crisi del diritto privato: tra globalizzazione, dematerializzazione e anonimato virtuale*, Riv. crit. dir. priv., 2002, 127.

partecipanti: se fra essi si cela un soggetto che opera in favore del produttore del bene o servizio in questione, il suo commento può falsare la percezione dell'utente, inducendolo ad una scelta negoziale formata su informazioni da cui non traspare la natura commerciale.

4. 4. (segue) e in ragione della sua utilità

Per quel che concerne il superamento del c.d. *data smog*⁷⁵ o il c.d. *overload* informativo, è necessario ripetere come l'eccesso di informazioni possa essere altrettanto nocivo della carenza di informazioni. Infatti, la disponibilità di dati non ha come corollario logico il fatto che ogni utente abbia la possibilità e la capacità di comprenderle, e quindi di utilizzarle nel modo per questi più proficuo⁷⁶. Pertanto, per giungere ad una conoscenza per lo meno approssimativa, l'utente dovrà avvalersi dei c.d. motori di ricerca indicando le proprie preferenze e attendendo la risposta resa disponibile. Il risultato della ricerca, però, potrà essere viziato. Da un lato, si propone la difficoltà per l'utente di determinare *a priori* le proprie preferenze – poiché non è detto che questi abbia sempre un'idea chiara e precisa dell'oggetto dei propri desideri; dall'altro lato, sarà la tecnologia a dettare i limiti della selezione delle informazioni, poiché il motore di ricerca opera affidandosi a vari criteri, primo fra tutti un algoritmo matematico che valuta la prossimità fra le parole chiave indicate dall'utente e le pagine *web* analizzate, fornendone una classificazione in ordine di affinità. Tuttavia, tale algoritmo viene celato dal motore di ricerca stesso, in ragione di tutela del proprio *know-how*⁷⁷,

⁷⁵ Termine coniato da D. Shenk nel suo omonimo testo *Data smog: Surviving the Information Glut*, del 1997 (New York, HarperCollins).

⁷⁶ Si veda S. Weatherhill, *EC Consumer law and policy*, cit., 113 laddove l'Autore afferma che “*the assumption of the technique of information disclosure is that the consumer, armed with a clearer appreciation of what I can offer, will be able to negotiate a deal closet to his/her real preferences. In consequence, the market system will work more efficiently. [...]The technique of informing the consumer assumes, among other things, that the consumer is capable of grasping the nature of the information provided. The more complex the product or service and/or the more complex the nature of the information, the less likely that the consumer will be able to respond intelligently to such information. In certain circumstances it may be true that some, perhaps most, consumers will be capable of making the necessary informed decision, but a group of less skilled consumers may be not able to do so. The risk than is that vulnerable consumers will be exposed to a market expectation of self-awareness among some consumers is pitched at too high level*”.

⁷⁷ Si veda *Search King Inc. vs Google*, F. Supp. 2nd, W.D.Okla., laddove l'attore *Search King* forniva un servizio di broker piazzando annunci pubblicitari sulle pagine web dei siti classificati in posizione elevata nel sistema *Pagerank* offerto dal motore di ricerca *Google*, in relazione a specifiche parole chiave. *Google*, reagendo a tale attività, aveva abbassato la posizione dei siti web nei quali fossero presenti degli annunci promossi da *Search King*, dimostrando in questo senso la possibilità di modificare i risultati 'oggettivi', selezionati attraverso l'algoritmo matematico, con interventi *ad hoc*, adducendo che il comportamento del broker ostacolava l'integrità del sistema del motore di ricerca. *Search King*, dunque aveva richiesto la pubblicazione dell'algoritmo per dimostrare l'intenzionale interferenza di *Google*. La corte in questo caso ha ritenuto però che tale richiesta non poteva essere accolta poiché il sistema di *Google Pagerank* rappresentava una manifestazione delle opinioni di *google* protetta dal primo Emendamento.

dunque l'utente dovrà affidarsi alle risposte ottenute senza avere una piena conoscenza di quali criteri siano utilizzati per giungere alle informazioni proposte⁷⁸.

D'altra parte in assenza di strumenti di selezione delle informazioni sarà la quantità stessa a limitare le capacità di scelta e di decisione dell'utente. Per ovviare al problema di selezione di informazioni che siano utili ed affidabili sono prospettabili diverse soluzioni, sia tecniche che giuridiche, che saranno analizzate nei paragrafi successivi.

4. 5. Le soluzioni tecniche

4. 5. 1. L'uso di intermediari per la selezione delle informazioni

Alla luce dei problemi in precedenza individuati, possiamo osservare che una possibile soluzione può essere riconosciuta nell'introduzione all'interno del processo di negoziazione di soggetti terzi, la cui attività principale è quella di permettere all'incontro fra la domanda e l'offerta del mercato, mediando fra le necessità e/o richieste dell'una e le disponibilità dell'altra, con un grado di partecipazione che può variare dalla completa terzietà (uscendo dal rapporto al momento in cui intervenga il contatto fra le due parti) alla partecipazione attiva al rapporto contrattuale (per esempio, definendo le stesse clausole contrattuali)⁷⁹. Si tratta, quindi, di agenti economici che operano come intermediari, le cui funzioni fondamentali sono quelle finalizzate alla acquisizione, all'organizzazione e alla diffusione delle informazioni reperibili sul mercato. Nel caso in cui tale attività di selezione delle informazioni si presenta come unico o principale impegno svolto dall'intermediario, allora può essere utilizzata la definizione più precisa di "infomediario" ovvero di mediatore di informazioni⁸⁰.

⁷⁸ Si osservi che "[s]earch results do not simply locate materials. They construct meaning. These results affect the organization and significance of information. Structuring categories in response to users' queries, they have the capacity of creating concepts for grasping the world [...] Search engines thus turn out to be among the most significant players in the information economy and the information society. They can play a key role in structuring the online market for good and services by granting prominence to some brands while avoiding others. Search engines can locate goods offered by a particular vendor, while systematically avoiding offers made by competitors, or pushing them to the bottom of the search results", così in N. Elkin-Koren, E. M. Salzberg, *Law, Economics and cyberspace*, cit., 72.

⁷⁹ La dottrina differenzia due tipologie di mediatori: "(1) merchant intermediaries who buy and sell goods in a market and therefore realise their profits from the spread in buying and selling prices (market-makers), and (2) broker intermediaries who facilitate the exchange of goods by matching buyers and sellers and are paid by a revenue-sharing commission (matchmakers)", così in S. Grundmann, W. Kerber, *Information Intermediaries and party autonomy – The example of securities and insurance markets*, in S. Grundmann, W. Kerber, S. Weatherill, *Party autonomy and the role of information*, cit., 267.

Si veda inoltre la ricca dottrina socio-economica sul tema dell'intermediazione nel mercato, fra i tanti, T. Cosimano, *Intermediation*, in *Economica*, 63, 1996, 131; A. Yavas, *Marketmakers versus Matchmakers*, in *Journal of Financial Intermediation*, 2, 1992, 33; G. Biglaiser, *Middlemen as Experts*, in *RAND Journal of Economic*, 24 (2), 1993, 212; G. Biglaiser e J.W. Friedman, *Middlemen as Guarantors of Quality*, in *International Journal of Industrial Organization*, 12, 1994, 509; D.F. Spulber, *Market Microstructure: Intermediaries and the Theory of the Firm*, Cambridge University Press, 1999.

⁸⁰ F. Rose, *The economics, concept, and design of information intermediaries*, 1999, 78.

Nel commercio elettronico il ruolo dell'infomediario può essere svolto non solo da un soggetto fisico che si pone in diretto contatto con il venditore e l'acquirente⁸¹, ma anche attraverso l'uso di strumenti prettamente tecnici che si sostituiscono, completamente o in parte, alla persona fisica assolvendone in ogni caso le funzioni. Nella prima ipotesi, quella che si prospetta è una semplice traslazione dal mercato tradizionale a quello elettronico dell'attività di intermediazione svolta dall'infomediario, usufruendo della maggiore estensione del mercato operante sulla rete Internet. Nella seconda ipotesi in cui lo strumento tecnico si sostituisce al soggetto fisico, si presenta la figura del c.d. agente elettronico o agente *software* che opera come motore di ricerca delle informazioni specificate dal soggetto (acquirente o venditore), proponendo a questi le soluzioni che meglio si coordinano ai criteri contemplati nella ricerca⁸².

Di seguito, saranno rapidamente individuate le caratteristiche degli infomediari in generale e le specifiche problematiche legate alla presenza e all'uso degli agenti elettronici, un breve spazio sarà dedicato all'analisi di un'ipotesi ibrida, laddove il ruolo dell'infomediario è svolto da un sito web dedicato alle aste on-line, che non solo permette il contatto fra le parti disponendone le modalità di comportamento, ma contribuisce alla selezione delle parti contraenti fornendo un sistema di valutazione della reputazione di entrambi i soggetti all'interno del sito stesso.

4. 5. 1. 1. Il ruolo degli "infomediari"

Secondo la letteratura socio-economica, che per prima e con maggiore ampiezza ha affrontato il tema degli intermediari dell'informazione, la presenza di tali soggetti è fondamentale per il corretto funzionamento del mercato, tanto da individuare quattro funzioni tipiche: la riduzione dei costi di ricerca delle informazioni in caso di mercati diffusi nei quali vi sia un'informazione imperfetta e un'eccessiva dispersione del prezzo; la riduzione dei prezzi di vendita dei prodotti e/o dei servizi, (se tali i beni sono venduti dagli intermediari); il miglioramento delle capacità negoziali dei soggetti che operano nel mercato (qualora sussista una disparità di potere negoziale); la risoluzione dei problemi di *adverse*

⁸¹ Questo ruolo potrebbe essere diversamente svolto anche da associazioni di consumatori che per esempio compiono una attività di valutazione delle caratteristiche di vendita di determinati prodotti, diffondendo i risultati di tale ricerca verso gli stessi consumatori, senza però interagire direttamente con questi soggetti, cfr. M. Patterson, *On the impossibility of information infomediaries*, Law & Economics Research Paper, 2001, n. 13, disponibile all'indirizzo web <http://papers.ssrn.com/abstract=276968>, 2.

⁸² Si veda *infra* le differenze esistenti anche all'interno di questa categoria fra l'attività svolta da un agente software per la conclusione di un contratto e quella svolta da un c.d. *shopbot* per la ricerca delle migliori offerte disponibili sul mercato.

*selection*⁸³ (certificando la qualità di prodotti e produttori) e la riduzione dell'incidenza del *moral hazard*⁸⁴ (garantendo la sicurezza delle transazioni)⁸⁵. In altre parole, gli intermediari possono ridurre i costi di transazione⁸⁶, e allo stesso tempo risolvere le questioni legate ad ambienti nei quali sono presenti asimmetrie informative; per quanto sia necessario ammettere che anch'essi sono condizionati dalla volontà di massimizzare i propri interessi alla luce della collaborazione fornita per il buon esito della transazione.

Due sono i modelli che possono distinguersi all'interno della categoria generali degli infomedari: i c.d. *gatekeepers* ed i c.d. *matchmakers*. Gli agenti economici che cadono nella

⁸³ Con questo termine si intende il c.d. opportunismo post-contrattuale in cui le parti dopo la definizione del contratto si trovano in una situazione di condivisione dello stesso livello di informazioni, tuttavia, una delle parti compie una azione (o più comportamenti) non osservabili dalla controparte, che le permettono di perseguire i propri fini a spese dell'altra. Il termine è stato coniato nel settore delle assicurazioni, dove gli assicurati tendono a modificare il loro comportamento riducendo la prudenza necessaria per evitare o minimizzare le perdite, rendendo così di fatto più elevati i rimborsi/pagamenti richiesti. L'azzardo morale si presenta anche nella vita di tutti i giorni: se il guidatore è responsabile per tutti i danni, è probabile che guiderà una macchina noleggiata più prudentemente che nel caso fosse coperta da assicurazione. Questo comportamento influisce sull'efficienza, perché i benefici extra ottenuti dagli assicurati sono spesso inferiori ai costi loro associati e sostenuti dalla controparte. Gli incentivi al comportamento inappropriato rappresentano un problema per il solo fatto che non può essere controllato o prevenuto, o quanto meno perché la sua inibizione risulta troppo costosa. Si veda A. Nicita, e V. Scoppa, *Economia dei contratti*, Carocci, Roma, 2005, 30

⁸⁴ Con questo termine si indica una ipotesi di opportunismo pre-contrattuale, nella quale, prima della stipulazione del contratto, una parte ha la disponibilità di migliori informazioni sulle condizioni o sull'oggetto del contratto che le consente di modificare a suo vantaggio il contenuto contrattuale. Anche in questo caso il concetto deriva dagli studi sui contratti assicurativi. Se l'assicurazione aumenta il prezzo delle polizze, una parte della clientela può rinunciare alla sottoscrizione della polizza, divenuta più cara. La rinuncia riguarda la parte degli assicurati che con meno probabilità incorreranno nell'evento che dà luogo al rimborso da parte dell'assicurazione, mentre i clienti più rischiosi non hanno convenienza a modificare la loro scelta anche in presenza di un maggior costo del premio assicurativo. L'assicurazione modificando le condizioni contrattuali, spinge i clienti meno rischiosi a non sottoscrivere più le polizze, con conseguente aumento della percentuale della clientela rappresentata dai soggetti più rischiosi. La fuga dei clienti meno rischiosi implica che a parità di premio incassato per cliente, i rimborsi medi per cliente aumentano. L'assicurazione, che avrebbe interesse a garantirsi una clientela meno rischiosa e meno costosa, finisce pertanto per ottenere il risultato opposto, per effetto della modifica delle condizioni contrattuali. Si veda A. Nicita, e V. Scoppa, *Economia dei contratti*, cit., 32

⁸⁵ D.F. Spulberg, *Market Microstructure and Intermediation*, 10 *Journal of Economic perspectives* 135, 1996; G. Biglaiser, *Middlemen as experts*, cit., 212; E. Brousseau e T. Penard, *The economics of digital assembling*, wp, 2005.

⁸⁶ La definizione di costi transattivi si deve a R. Coase, che nel suo saggio *The nature of the firm* del 1937 (4 *Economica* 386), ha affrontato il problema della distanza fra il mercato perfetto e il funzionamento reale dello stesso, affermando che se i mercati funzionassero così bene allora non vi sarebbe nessun modello sostitutivo a quello del mercato, ma tale assunto contrasta con quanto è dimostrato quotidianamente da un altro strumento di allocazione delle risorse: l'impresa. Per un'analisi corredata degli sviluppi successivi dell'analisi gius-economica, si veda R. Coater, *The Cost of Coase*, 11 *J. Legal Stud.*, (1982), 1, in cui l'Autore ritiene che le parti possano trovare un interesse a cooperare anche nella dialettica del *bargaining*, e quindi la legge deve creare gli incentivi sufficienti per la cooperazione così da diminuire i costi transattivi. In particolare, l'Autore divide i costi transattivi in due tipi: *implementation costs* dati dalle spese per far incontrare i contraenti, formulare e redigere le rispettive proposte, raccogliere le informazioni sull'affare, sul bene oggetto dello scambio, sull'altro contraente e così via, e *costs of strategic behaviour* dati dalle perdite in cui le parti incorrono perché hanno un incentivo a massimizzare i propri utili individuali anziché il vantaggio globale del contratto. Per l'analisi degli itinerari e delle risposte nella prospettiva economico-istituzionale si veda l'intervento sostanziale di O. Williamson, *Transaction Costs and the Contract Rules*, 22, *J. Law & Econ.* (1979), 233; e più recentemente E. Brousseau e J-M. Glachant, *The economics of contracts – Theories and Applications*, Cambridge University Press, 2002

Contra, R. Benjamin e R. Wigand, *Electronic Markets and Virtual Value Chains on the Information Superhighway*, in *Sloan Management Review*, 1995, 62. Gli autori, infatti, dimostrano che all'interno della catena del valore una delle voci di costo che incide maggiormente sulla formazione del prezzo finale di vendita è rappresentata dal profitto trattenuto da ogni intermediario che interviene nel processo distributivo del prodotto, quindi qualsiasi forma di intermediazione incrementa il prezzo finale di mercato.

prima categoria svolgono una funzione di mera comparazione fra le offerte disponibili sul mercato, mentre coloro che operano nel ruolo di *matchmaker* compiono un passo ulteriore selezionando fra le offerte disponibili quelle che consentono l'incontro fra la domanda e l'offerta.

Un modello di *gatekeepers* è quello individuato da Michael Baye e John Morgan⁸⁷ nel quale un infomediario fornisce un servizio di comparazione fra i prezzi dei prodotti disponibili sul mercato (individuato comunque dai soli soggetti che aderiscono al servizio). La sottoscrizione al servizio è effettuabile da parte di entrambe le parti (dal lato della domanda e da quello dell'offerta), l'una per ottenere informazioni circa i prezzi più bassi, l'altra per promuovere il proprio livello di prezzi. Per ottenere il massimo rendimento, l'intermediario può stabilire come strategia quella di permettere l'accesso al servizio a costo zero per i consumatori, attirandone la massima partecipazione, oppure quella di definire un alto costo per l'accesso delle imprese, in modo tale da limitarne la partecipazione, mantenendo dunque la dispersione dei prezzi. Ciò si basa sull'evidente constatazione che qualora si verifici la piena partecipazione del lato dell'offerta, il servizio offerto dallo stesso infomediario perderebbe di utilità, poiché non sarebbe più necessario ovviare alla dispersione dei prezzi nel mercato.

Il modello di *matchmaker*, a differenza del precedente, fonda il proprio intervento nel mercato sulla presenza di esternalità di rete (*network effects*)⁸⁸. In questo caso, dunque, la finalità di partecipazione di tutti i soggetti operanti su mercato non solo è auspicabile, ma il raggiungimento di tale risultato è anche la certezza di una massima diffusione di esternalità di rete che appunto consentono all'intermediario e agli operatori di ottenere un vantaggio economico dalla partecipazione.

Entrambe le ipotesi sono prospettabili nel commercio elettronico formando già oggetto di analisi anche da parte degli studiosi del diritto⁸⁹.

4. 5. 1. 2. *Gli agenti elettronici quali infomediari nel commercio elettronico*

La presenza di intermediari, come abbiamo visto, può rappresentare un fattore essenziale per la soluzione del problema dell'eccessiva quantità di informazioni reperibili sul mezzo

⁸⁷ M. Baye e R. Morgan, *Information Gatekeepers on the Internet and the Competitiveness of Homogeneous Product Markets*, in *American Economic Review*, 2001, 91, 3, 454-474

⁸⁸ B. Caillaud e B. Jullien, *Chicken & egg: competition among intermediation service providers*, in *Rand Journal of Economics*, 34, 2, 2003, 309.

⁸⁹ G. Sartor, *Gli agenti software: nuovi soggetti del ciberdiritto*, in *Contratto e impresa*, 2002, 57; G. Sartor, *L'intenzionalità dei sistemi informatici e il diritto*, Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 2003, 1, 23; G. Sartor, *Cognitive automata and the law*, Istituto Universitario Europeo, WP Law n. 2006/35, 15; A. Rossato, *Tendenze evolutive nello spazio digitale*, in G. Pascuzzi (a cura di), *Diritto e tecnologie evolutive del commercio elettronico*, Cedam, 2004, 19.

telematico. Un esempio più concreto che conduce alla conclusione del contratto attraverso la rete Internet è quello dei c.d. agenti elettronici, in altre parole infomediari di natura puramente tecnologica che consentono l'incontro della domanda e dell'offerta sul mercato elettronico⁹⁰.

In realtà, la definizione di tali programmi – perché appunto di software applicativi si tratta – non è di facile approssimazione, giacché le funzioni e gli obiettivi che possono essere di volta in volta imputati a tali strumenti sono molteplici⁹¹, inoltre, il grado di autonomia di cui l'agente stesso dispone rispetto all'utilizzatore può variare, anche in relazione alle funzioni svolte⁹². In generale, le caratteristiche ascritte – cumulativamente o alternativamente – a questo tipo di tecnologia sono quelle, appunto, di autonomia, di abilità sociale (ovvero la capacità di interagire con altri agenti e/o con altri soggetti umani), di *goal-orientedness* (ovvero la presenza sostanziale di una o molteplici finalità specifiche), di persistenza (la loro esecuzione si protrae nel tempo), di flessibilità (sono in grado di affrontare situazioni complesse ed imprevedibili) di reattività all'ambiente, di pro-attività e di mobilità.

Un'esemplificazione più chiara di tali caratteristiche è quella offerta da un agente elettronico finalizzato alla selezione e all'acquisto sul mercato telematico di un viaggio turistico⁹³. In questo caso, il programma richiederà una serie di variabili fisse quali: "luogo di

⁹⁰ Una tassonomia viene proposta da C. Coteanu, *Cyberconsumer law and Unfair trading practices*, Aldershot, Ashgate, 2005, 70, in cui l'Autrice differenzia gli agenti in relazione alle funzioni svolte di volta in volta: *search information agent* (utilizzati per ottimizzare la ricerca delle informazioni), *watcher agents* (utilizzati per identificare informazioni utili per l'utente in funzione permanente), *agents for e-commerce* (utilizzati per facilitare il commercio elettronico coadiuvando gli utenti nella ricerca di beni e/o servizi).

⁹¹ Cfr. A. Rossato, *Tendenze evolutive nello spazio digitale*, cit., 36, in cui l'A. riconosce che tale pluralità di fenomeni si contraddistingue per la presenza di "un insieme di istruzioni che devono essere eseguite da una qualche risorsa computazionale, un processore", tale affermazione è circostanziata anche da una ricca bibliografia circa le varie definizioni ascritte agli agenti elettronici, fra cui si differenziano le posizioni che vedono gli agenti elettronici come forme di Intelligenza Artificiale (J. M. Bradshaw, *Software Agents*, AAAI Press/MIT Press, 1997; Y. Shoham, *Agent-oriented programming*, in *Artificial Intelligence*, 1993, 60, 51; M.J. Wooldridge e N.R. Jennings, *Intelligent Agents: Theory and practice*, in *The Knowledge Engineering Review*, 1995, 10, 115) e dall'altra coloro che ne enfatizzano la loro origine quale mera attività di programmazione (A.S. Tanenbaum e M. Van Steen, *Distributed Systems: Principles and Paradigms*, Prentice Hall, 2002). Si veda, per la letteratura italiana, G. Sartor, *Gli agenti software: nuovi soggetti nel cyberdiritto?*, cit., 57.

Per un'analisi generale del rapporto sussistente fra questa tecnologia e le conseguenze giuridiche ad essa ascrivibili si veda il ricco ed approfondito studio ALIAS - *Analysing Legal Implications and Agent Information Systems*, compiuto da F.M.T. Brazier, A. Oskamp, J.E.J. Prins, M.H.M. Schellekens, E. Schreuders, J.E. Wijngaards, M. Apistola, M.B. Voulon e O. Kubbe, presentato nel Luglio 2003.

⁹² Si veda *infra*, la differenza esistente fra l'attività svolta da un agente software per la conclusione di un contratto e quella svolta da un c.d. shobot per la ricerca delle migliori offerte disponibili sul mercato.

⁹³ Un altro esempio è presentato da P. Maes, R. H. Guttman, A. G. Moukas, nell'articolo *Agents that Buy and Sell: Transforming Commerce as we Know It*, reperibile sul sito < <http://ecommerce.media.mit.edu> >, laddove gli Autori affermano che "[u]nlike traditional software, software agents are personalized, continuously running and semiautonomous. These qualities are conducive for optimizing the whole buying experience and revolutionizing commerce, as we know it today. For example, a company which needs to order additional paper supplies could have agents monitoring the quantity and usage patterns of paper within the company, launching buying agents when supplies are becoming low. Those buying agents automatically collect information on vendors and products that may fit the needs of the company, evaluate the different offerings, make a decision on which merchants and products to pursue, negotiate the terms of transactions with these merchants and products and finally place orders and make automated payments".

origine”, “destinazione”, “durata del viaggio”, “periodo di viaggio”, “numero di persone”, “costo massimo/minimo accettabile”, che l’utente dell’agente sarà tenuto ad indicare – ovviamente tanto più stringenti saranno le indicazioni, tanto più precisa sarà la risposta dell’agente. Nel momento in cui l’agente avrà accesso alla piattaforma telematica di riferimento, inizierà la ricerca e selezionerà le offerte che concordano con le informazioni predefinite⁹⁴; se si realizza una perfetta congruenza, in base al protocollo operativo dell’agente, questi potrà inviare all’utente un avviso di avvenuto contatto, cui seguirà la scelta del soggetto fisico se concludere o meno il contratto di viaggio. Nel caso in cui, invece, l’agente disponga di una completa autonomia, questo stesso potrà stipulare immediatamente il contratto e, solo successivamente, fornirne comunicazione all’utente⁹⁵.

Alla luce di tale esempio, possiamo individuare due possibili livelli di autonomia: l’una limitata alla selezione delle alternative disponibili, l’altra capace di concludere l’iter contrattuale senza l’intervento umano (ad eccezione della definizione delle preferenze iniziali). Nel primo caso è possibile fare riferimento ai c.d. *shopbot*⁹⁶, siti di confronto nei quali l’utente

Si veda anche l’esempio presentato da G. Sartor, (*Gli agenti software: nuovi soggetti nel cyberdiritto?*, cit., 58), nel quale si esaminano le attività svolte da Hermes, quale agente software per la ricerca delle opere di ingegno.

⁹⁴ È necessario sottolineare che, perché tale comportamento si verifichi senza errori od omissioni, è indispensabile la presenza di uno standard “comunicativo” fra i vari agenti o fra i protocolli che gestiscono tali strumenti.

⁹⁵ Nell’ambito dei contratti cibernetici (v. *supra* n. 1) l’attività svolta dal software è quella di intermediazione fra la volontà dell’utente e l’output del computer, di conseguenza l’output potrà essere perfettamente conforme al software, ma potrebbe essere divergente dalla volontà dell’utente che ha dato le istruzioni necessarie per un errore ostativo. Infatti, è possibile che la volontà negoziale dell’utente possa essere viziata nel suo contenuto reale ed attuale, oppure il vizio può desumersi dall’inesatto trasferimento di tale contenuto nel software utilizzato. Cfr. anche R. Borruso e G. Ciacci, *Diritto civile e informatica*, cit., 222.

⁹⁶ G. Bellantuono, *Asimmetria informativa e razionalità limitata nei mercati elettronici*, in G. Pascuzzi, *Diritto e tecnologie evolutive del commercio elettronico*, cit., 142; G. Dannemann, *Formation of contracts on the Internet*, in P. Birks e A. Pretto (a cura di), *Themes in comparative law – In honour of Bernard Rudden*, Oxford, OUP, 2002, 182. Si veda anche, R. H. Guttman, A. G. Moukas, e P. Maes, *Agents as Mediators in Electronic Commerce*, in *International Journal of Electronic Markets*, vol. 8, 1998, 3, laddove vengono differenziate sei fasi di ricerca attraverso agenti elettronici, ed in particolare si veda l’analisi dedicata al Merchant brokering: “*This stage combines the “consideration set” from the previous stage with merchant-specific information to help determine who to buy from. This includes the evaluation of merchant alternatives based on consumer-provided criteria (e.g., price, warranty, availability, delivery time, reputation, etc.)*”.

L’analisi ivi riportata presenta poi numerosi esempi di shopbot attivi sul mercato telematico, comparandone le specifiche: “*Andersen Consulting’s BargainFinder was the first shopping agent for on-line price comparisons. Given a specific product, BargainFinder requests its price from each of nine different merchant web sites using the same requests as from a web browser. Although a limited proof-of-concept system, Bargain-Finder offered valuable insights into the issues involved in price comparisons in the on-line world. For example, a third of the on-line CD merchants accessed by BargainFinder blocked all of its price requests. This was because merchants inherently do not want to compete on price alone. Value-added services that merchants offered on their web sites were being bypassed by BargainFinder and therefore not considered in the consumer’s buying decision. [...] Jango can be viewed as an advanced BargainFinder. The original Jango version “solved” the merchant blocking issue by having the product requests originate from each consumer’s web browser instead of from a central site as in BargainFinder. This way, requests to merchants from a Jango-augmented web browser appeared as requests from “real” customers. This kind of “aggressive interoperability” makes it convenient for consumers to shop for commodity products but does not leave merchants with many options. If merchants provide public on-line catalogs, they can be accessed by agents whether merchants want this or not. Jango’s modus operandi is simple: once a shopper has identified a specific product, Jango can simultaneously query merchant sites (from a list now maintained by Excite, Inc.) for its price. These results allow a consumer to compare merchant offerings on price. MIT Media Lab’s Kasbah is an on-line, multi-agent classified ad system. A user wanting to buy or sell a good creates an agent, gives it some strategic direction, and sends it off into a centralized agent marketplace. Kasbah agents pro-actively seek out potential buyers or sellers and negotiate with them on behalf of their owners. Each agent’s goal is to*

può ricevere informazioni, per esempio, sui prezzi degli stessi prodotti (o prodotti equivalenti) venduti da una serie di imprese che aderiscono al sito o da quelle reperite in tutto il *web*. Nel secondo caso si tratta di veri e propri “mediatori” che operano attraverso protocolli di negoziazione coordinati fra i diversi agenti⁹⁷.

Se, come abbiamo accennato inizialmente, l'utilizzo di tali strumenti può apparire un passo avanti nella soluzione non solo del problema di eccesso di informazioni, ma anche di quello dei costi transattivi, poiché elimina la presenza di intermediari fisici e coordina perfettamente la domanda e l'offerta sul mercato⁹⁸, dal punto di vista giuridico solleva non pochi dubbi⁹⁹. Le questioni che si dimostrano di maggiore difficoltà sono la validità dei contratti stipulati attraverso gli agenti elettronici, sia in ragione della capacità di agire “in nome e per conto” dell'utente¹⁰⁰ (indipendentemente dalla sua posizione di acquirente o venditore), sia in ragione della difficoltà di ricondurre alla tradizionale categoria di manifestazione del consenso l'attività svolta dall'agente, cui poi si aggiunge la difficoltà del *se e come* imputare sugli agenti elettronici la responsabilità per i fatti derivanti dalla loro attività¹⁰¹. Per quel che concerne la

complete an acceptable deal subject to a set of user-specified constraints, such as a desired price, a highest (or lowest) acceptable price, and a date by which to complete the transaction. [...] Upon the completion of a transaction, both parties may rate how well the other party managed his/her half of the deal (e.g., accuracy of product condition, completion of transaction, etc.). Agents then use these ratings to determine if they should negotiate with agents whose owners fall below a user-specified reputation threshold.

⁹⁷ Si vedano i diversi esempi di protocolli applicativi forniti ancora su A. Rossato, *Tendenze evolutive nello spazio digitale*, cit., 42; dove si prendono in considerazione quattro ipotesi: *Contract-Net Interaction Protocol* (in cui a seguito di una *call for proposal* inviata dall'agente indicando l'oggetto di un eventuale accordo, è il fornitore del servizio che sarà tenuto a presentare una offerta), *Iterated Contract Net Interaction Protocol* che estende la precedente (in cui il rapporto non è soltanto bilaterale ma può svilupparsi con una molteplicità di agenti – fornitori di servizi, la selezione fra questi sarà determinata sulla base di una progressiva definizione delle condizioni), *Dutch Auction Interaction Protocol* (in cui si presenta un'asta al ribasso, dove è il venditore che offre un bene o un servizio ad un prezzo superiore a quello di mercato, diminuendone l'entità fino all'accettazione di un acquirente), ed infine *English Auction Interaction Protocol* (viceversa un'asta al rialzo, in cui il bene è offerto ad un prezzo inferiore a quello di mercato, che si incrementa fintantoché si presentano agenti disposti all'acquisto, la conclusione dell'asta avviene al momento in cui il prezzo proposto non trova più alcun acquirente).

⁹⁸ Dubita fortemente di tali vantaggi M. Patterson, *On the impossibility of information infomediaries*, cit., 2.

⁹⁹ Si veda C. Coteanu, *Cyberconsumer law and unfair trading practices*, cit., 69, in cui l'Autrice pur riconoscendo i vantaggi della diminuzione dei costi transattivi, osserva che “*new ranges of unequal bargaining causes*” possono emergere, individuando principalmente due ipotesi peculiari: la presenza di difetti tecnici negli agenti elettronici (“*this situation requires that an information-processing system allow the consumer to detect such errors. From a practical perspective, demonstrating the technical defectiveness and reduced technical capacities of the electronic agents will be cumbersome and time-consuming for consumers*”), e la difficoltà per gli utenti di padroneggiare le potenzialità tecniche degli agenti elettronici (“*it would be difficult for consumer to determine whether the electronic agent was functioning according to their specifications*”).

¹⁰⁰ Si veda J.H. Nieuwenhuis, *Caveat emptor in digital times*, in H. Snijders e S. Weatherill, *E-Commerce Law - National and Transnational Topics and Perspectives*, Kluwer, The Hague, 2003; ed anche ALIAS, F.M.T. Brazier *et al.*, cit., 83 e ss, in cui valutando la necessità di bilanciamento fra il controllo e la dipendenza degli agenti rispetto all'utente si afferma: “[i]n looking at the concept of autonomy [...] note that the tension between control and dependency plays a role with respect to imputability. In view of the imputability of the acts of a software agent to its user, the latter must exert control over his software agent. The software agent must make clear what it does and must always allow the user to pull the plug. The question is whether control by the user is sufficient for keeping a software agent in check. By the application of protocols to which not only our user's software agents abides, but also other agents, software agents are much better to control than would be possible by unilateral efforts of the user himself. It makes the user, however, more dependent upon protocols (is there a suitable protocol, is it unambiguous? Do other software agent or platforms adhere to the protocol?)”.

¹⁰¹ Si veda F. Lerouge, *The use of electronic agents questioned under contractual law - Suggested solutions on a European and American level*, 18 Marshall J. Computer & Info. L. 403, (1999); G. Sartor, *Cognitive automata and the law*, cit., 22; R. Taricco, *Volontà e accordo nella contrattazione telematica*, cit., 205, afferma in tal senso che “*ad un osservatore esterno potrebbe*

presente analisi gli aspetti che saranno affrontati saranno quelli concernenti la manifestazione del consenso poiché tale aspetto permette di ampliare le riflessioni già svolte nel capitolo precedente circa la modalità con le quali l'autonomia negoziale viene manifestata, sia attraverso l'espressione diretta della volontà del soggetto, sia attraverso strumenti tecnologici che assumono le veci del soggetto.

Le modalità di negoziazione sono basate, nello spazio fisico, su usi e consuetudini locali oppure su fonti normative formali, in questo modo tali regole (di natura giuridica o di derivazione sociale) individuano le modalità secondo le quali deve svolgersi il mercato¹⁰². Se la stessa prassi negoziale è sottoposta a regole derivanti dallo strumento tecnico con il quale la contrattazione si svolge, allora anche questa tipologia di regole è da includersi fra quelle che disciplinano il mercato. Da ciò consegue che la scelta di preferire uno specifico software applicativo non rappresenta soltanto una limitazione tecnica nella contrattazione fra gli agenti elettronici, piuttosto essa induce ad una diversa allocazione del potere contrattuale delle “parti” in sede di formazione dell'accordo.

Tale approccio è fondamentale per comprendere gli effetti che una soluzione tecnica può avere in tale ambito, per esempio, stabilire a chi è imputata la decisione circa il tipo di protocollo che regola il rapporto fra gli agenti elettronici può rappresentare una scelta di *policy* ben precisa. Se la scelta viene delegata al solo acquirente, oppure al solo venditore, può porsi il rischio che gli stessi soggetti preferiscono la tipologia più idonea a consentire loro un vantaggio sulla controparte, anche attraverso comportamenti strategici non sempre accettabili¹⁰³. Se invece la scelta si volge verso il solo programmatore, le modalità di contrattazione potrebbero diventare una “legge di natura” di cui l'utente potrebbe anche non accorgersi, e cui comunque non potrebbe sottrarsi¹⁰⁴. Di conseguenza, la sua autonomia

sembrare che il computer sia sede e strumento di formazione e manifestazione della volontà, che la macchina si autodetermini alla contrattazione secondo un proprio processo volitivo. Occorre sgombrare il campo da una simile suggestione. A tal fine si sottolinea come la volontà sia concetto tipicamente umano, strettamente connesso al concetto di autocoscienza, consapevolezza, risolvendosi nella tensione psicologica verso il perseguimento di un fine. Il computer, non essendo ovviamente umano, non avendo autocoscienza, libertà, fantasia, né sentimenti, non è in grado di esprimere la propria volontà, limitandosi ad operare in ottemperanza ai dettami predeterminati dall'uomo nel programma applicativo di riferimento”.

¹⁰² Si veda supra cap. 2.

¹⁰³ Per esempio in una ipotesi di *Dutch Auction Interaction Protocol*, gli agenti possono concludere accordi collusivi per far artatamente abbassare il prezzo di vendita, oppure gli agenti dei venditori possono accordarsi per stabilire un comune prezzo di riserva al di sotto del quale non vendere (si veda supra nota 96). Oppure nel caso di *shopbot*, attuare politiche di “prezzi dinamici” che dispongono una frequente variazione dei prezzi in relazione alle offerte dei concorrenti.

¹⁰⁴ Escluso il raro caso di una competenza tecnica tale da consentire l'accesso alla struttura del software. Questa ipotesi appare problematica se il software è protetto da diritti di proprietà intellettuale, che appunto non consentono la modifica delle specifiche tecniche (la soluzione è opposta se si tratta di programmi in c.d. copy-left, che appunto basano la loro diffusione proprio sulla capacità di intervento da parte dei singoli utenti). Si veda per esempio il caso del *digital rights management*, (R. Caso, *Digital rights management*, Padova, Cedam, 2004; J. Cohen, *DRM and privacy*, Communications of the ACM, 46(4), 2003, 47).

contrattuale potrebbe essere limitata in modo sostanziale tanto da trasformare gli agenti elettronici da strumenti che forniscono assistenza a strumenti che inducono, attraverso modalità occulte per l'utente, a compiere soltanto determinate tipologie di comportamenti contrattuali¹⁰⁵.

Passando ad analizzare più attentamente la fase di negoziazione, è riscontrabile una sostanziale differenza fra il comportamento delle parti nello spazio fisico rispetto a quello compiuto dagli agenti nello spazio virtuale. Se gli agenti elettronici possono ovviare al problema dell'*overload* informativo selezionando solo le proposte contrattuali che riflettono le preferenze dell'utente, possono altresì non contemplare alcun rischio di razionalità limitata, giacché le opzioni prescelte derivano dalla totale scansione delle informazioni disponibili all'utente – siano esse quelle reperibili su un determinato sito, oppure quelle disponibili sull'intera rete informatica, o ancora quelle che operano attraverso il medesimo protocollo di comunicazione. Questo vantaggio rispetto alla "limitatezza" umana, però, non contempla una delle caratteristiche tipiche della contrattazione tradizionale: l'istanza solidaristica che discende dal contratto¹⁰⁶. In altre parole, il rapporto contrattuale, che è costruito attraverso la negoziazione, si fonda da un lato sulla ricerca di soddisfazione dell'interesse personale delle parti, dall'altro lato, sulla collaborazione fra le stesse, finalizzata alla massimizzazione delle reciproche utilità¹⁰⁷. Tale concetto può essere legato alle varie definizioni, reperibili in ogni sistema giuridico, di buona fede e correttezza della contrattazione¹⁰⁸.

¹⁰⁵ G. Bellantuono, *Asimmetria informativa e razionalità limitata nei mercati elettronici*, in G. Pascuzzi, *Diritto e tecnologie evolutive del commercio elettronico*, cit., 150.

In questo caso è utile affrontare una differenza fondamentale che esiste fra l'approccio del giurista e quello del tecnico informatico per quel che concerne l'imperativo di trasparenza. Per il primo, trasparenza significa manifestazione visibile delle fasi e delle giustificazioni logiche che portano ad un determinato risultato. "Le procedure devono potersi conoscere nel loro dipanarsi perché il loro corretto svolgimento incide sulla legittimità, e quindi sull'efficacia – cioè l'idoneità a produrre effetti – degli atti che esse producono" (così in A. Rossato, *Tendenze evolutive nello spazio digitale*, cit., 34). Per il secondo, la trasparenza si lega invece al fatto che la complessità delle procedure non venga a manifestarsi nei confronti dell'utente, aumentando dunque le possibilità di utilizzo anche per i non esperti. Alla luce di tale divergenza di contenuti rispetto alla medesima terminologia, si può comprendere come le stesse aspetti peculiari della tecnologia possono rappresentare un elemento critico per l'elaborazione di regole giuridiche a tutela dell'utente telematico (ciò era già stato evidenziato chiaramente da Laurence Lessig nel rapporto che intercorre fra diritto e *architecture*, cfr. *Code and other laws of cyberspace*, cit., passim).

¹⁰⁶ R. Alessi, *Consensus ad idem e responsabilità contrattuale*, in S. Mazzamuto (a cura di), *Il contratto e le tutele – Prospettive di diritto europeo*, Torino, Giappichelli, 2002, 133; M. Franzoni, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, *Contr. e impr.*, 1999, 83; G. Grisi, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, cit.; A. DI Majo, *Principio di buona fede e dovere di cooperazione contrattuale*, *Corr. Giur.*, 1991, 791.

¹⁰⁷ H. Collins, *The Law of contract*, cit.; R. Brownsword, *Individualism, cooperativism and an ethic for European contract law*, ERPL, 2001, 628; Id., *Positive, negative and neutral: the reception of good faith in English contract law*, in R. Brownsword, G. Howells e N.J. Hird (a cura di), *Good faith in contract: concept and context*, Aldershot, Ashgate, 1999, 13. Tale aspetto appare chiaramente nelle ipotesi di formazioni non istantanea dell'accordo, si veda E. Gabrielli, *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano, Giuffrè, 1974, 7; G.B. Ferri, *Considerazioni sul problema della formazione del contratto*, Riv. dir. comm., 1969, I, 189; G. Bellantuono, *Icontratti incompleti nel diritto e nell'economia*, Padova, Cedam, 2000; D. Campbell (a cura di), *The relational theory of contract: selected works of Ian MacNeil*, Londra, Sweet & Maxwell, 2001; D. Campbell, H. Collins, J. Wightman, *Implicit dimension of contract: discrete, relational and network contracts*, Oxford, Hart, 2003.

Tuttavia, questa considerazione potrebbe nel prossimo futuro non essere più veritiera, poiché dal punto di vista tecnico è attualmente in fase di elaborazione l'idea di inserire come variabile di comportamento degli agenti elettronici la buona fede. Questo progetto ha l'obiettivo di introdurre all'interno del software di negoziazione un algoritmo matematico che, basandosi sulla teoria dei giochi, permetta all'agente di riconoscere fra le varie strategie di comportamento quella che più si avvicina alla nozione di lealtà predefinita dal programma¹⁰⁹.

Si veda A. Chamboredon, *La formation progressive du contrat – Essai de droit comparé sur les procédures de la négociation contractuelle*, Tesi di dottorato, Istituto Universitario Europeo, 2002, 50, laddove l'Autore evidenzia l'alternativa fra due tipologie di comportamento al momento della negoziazione, quella di conflitto-competizione con la controparte, e quella di cooperazione-coordinamento con la stessa. Tanto che *“la réalité est cependant plus proche de la juxtaposition que de la succession du conflit et de la coopération. Pour obtenir un gain maximum, les négociateurs doivent rechercher le juste équilibre entre ces deux stratégies”*.

¹⁰⁸ L. Bigliuzzi Geri, *Buona fede nel diritto civile*, Dig. Disc. Priv., II, Torino, Utet, 1998, 154; U. Breccia, L. Bruscutta, F.D. Busnelli, et al., *Diritto Privato*, 1, Torino, Utet, 2003, 205; F.D. Busnelli, *Note in tema di buona fede ed equità*, in L. Garofano (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, Atti del convegno nazionale di studi in onore di Alberto Burdese, Padova, Cedam, 2003, 225. A. D'Angelo, *La buona fede*, in *Il contratto in generale*, Trattato G. Alpa, M. Bessone, XIII, t. IV, Torino, Utet, 155; P. Perlingieri, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità dei contratti*, *Rass. dir. civ.*, 2001, 2, 334; V. Roppo, *Il Contratto*, in G. Iudica e P. Zatti (a cura di), *Tratt. di Dir. Priv.*, cit., Milano, Giuffrè, 2001, 928; G. Vettori, *Autonomia privata e contratto giusto*, *Riv. dir. priv.*, 2002, 31; P.G. Monateri, *Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto*, cit., 411; B. Auer, *Good Faith: A semiotic approach*, ERPL, 2002, I, 411; R. Zimmermann e S. Whittaker (a cura di), *Good faith in European contract law*, Cambridge, CUP, 2000, 12; R. Goode, *The concept of “good faith” in English law*, Quaderni del centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, Roma, 1992; G. Teubner, *Legal irritants: Good faith in british law or how to unify law ends up to new divergences*, 61 MLR, 1998, 11; G. De Vita, *Buona fede e common law. Attrazione non fatale nella storia del contratto*, in L. Garofano, *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, cit., 459; P. Schlechtriem, *Good faith in German law and international uniform laws*, Quaderni del centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, Roma, n. 24, 1997; R. Brownsword et al., *Good faith in contract: concept and context*, cit.

Si veda per esempio la posizione di Sir Bingham nel caso *Interphoto* (*Interphoto Picture Library Ltd v Stiletto Visual Programmes Ltd* (1989) QB 433, 439) laddove afferma che l'effetto sostanziale del requisito di *“good faith is perhaps most aptly conveyed by such metaphorical colloquialism as ‘playing fair’, ‘coming clean’ or ‘putting one’s cards face upwards on the table’*”. Si veda anche B. Schafer, *It's Just not Cricket – RoboCup and Fair Dealing in Contract*, in A. Oskamp e E. Weitzenboeck (a cura di), *Proceedings of the LEA 2003: The Law and Electronic Agents*, Oslo, Norwegian Research Center for Computers and Law, 2004, 33. “[G]ood faith requirements” are notoriously “fuzzy”. They refer to “community standards”, “common usage” and generally require for adjudication a shared understanding of community values. On the Internet, these shared standards are often difficult to find. Auction websites however create sometimes their own communities, using for instance methods otherwise found in Internet based political discussion for ums, create a fixed core of “community members” and use informal methods of policing”.

¹⁰⁹ Il progetto originario in realtà vede l'applicazione delle tecnologie nella creazione di un programma per il gioco del calcio, tale che ogni singolo giocatore intervenga nella partita non solo come singolo ma come appartenente alla squadra: *“On the most obvious level, players have to collaborate with their team members. This involves an element of descriptive knowledge - for instance where they are positioned in relation to the player and an anticipation of their actions. It also involves an element of evaluation, an understanding which player is placed best.[...] On the other level, even the two competing teams are not “bare” competitors. To engage in a play of football, they too have to collaborate to a certain extent. Their task for instance is not just to score goals - if this were the case, shooting the opposition first would be a good strategy, or less drastically, clinching the ball and running into the goal - but neither would result in a game of football. Instead, to engage in collaborative effort, both teams have to observe certain rules, and quite often will add non-mandatory, informal ones as well (like the “rule” to play the ball over the sideline if a player of the other team is down injured) his form of moderate collaboration is the typical picture of contractual negotiation in common law countries. The informal rules of correct behaviour are here the equivalent of the normal forms of business standards observed by the business community, which are restricting what is acceptable to negotiators in common law and civil law jurisdictions”*. Il momento che maggiormente interessa il giurista secondo questa prospettiva è il seguente: *“a football player approaches the goal of the opposition and is challenged by a defence player. In this situation, he has several options:*

1. He can try to outplay his opponent and score the goal himself
 2. He can try to use his hand in the hope that nobody notices, and score the goal
 3. He can fall over his own feet, complain to the referee and hope to get an undeserved penalty
 4. He can pass to another player of his own team who is better positioned
- For reasons of conceptual completeness, we add*

Le conseguenze che nell'ambito giuridico possono prodursi in seguito a tale ipotesi non sono di poca importanza. In particolare, è opportuno valutare come una nozione "tecnologica" di buona fede possa avere effetti su quella giuridica. Infatti, una nozione prettamente tecnica di buona fede che trascenda le espressioni che si trovano nei singoli sistemi giuridici può apparire allettante, e ciò sia dal punto di vista di una maggiore flessibilità degli agenti elettronici in un ambiente "multi-giurisdizionale" come Internet, che non consente di conoscere *a priori* in quale sistema giuridico l'agente sta operando, sia dal punto di vista di una più pratica definizione del concetto di buona fede tale da essere chiara ed efficiente regola di comportamento. Nondimeno, una nozione tecnologica, in quanto tale, necessita di una compiutezza e di una stabilità che nessuna definizione di buona fede dal punto di vista giuridico può fornire; questa considerazione non può essere disgiunta dal fatto che, appunto, l'astrattezza del concetto consente sia di comprendere le più varie manifestazioni che possono presentarsi nella prassi contrattuale, sia di adattare il proprio contenuto alla realtà storica con cui si confronta¹¹⁰.

L'idea di stabilire un "*common core*" del significato di buona fede nei vari sistemi giuridici¹¹¹ – per quanto auspicato, per esempio, nel diverso contesto dell'armonizzazione europea del diritto dei contratti¹¹² – dal punto di vista tecnico potrebbe avere l'effetto di vincolare in modo stringente il concetto di buona fede ad un unico significato riconducibile ad un algoritmo matematico applicabile al processo di negoziazione compiuto attraverso gli agenti

5. *He passes to a player as well as or worse placed than himself.*

The core assumption of this paper is that each of these possible actions express a different aspect of "good faith" (or lack thereof) and that in particular the difference between 1 and 4 corresponds to a "weak" and a "strong" notion of good faith. All of the jurisdictions in question will sometimes interpret "good faith" meaning the equivalent to 1, sometimes as the equivalent to 4".

Si veda più approfonditamente, B. Schafer, *It's Just not Cricket – RoboCup and Fair Dealing in Contract*, cit.

¹¹⁰ M. J. Hesselink, *The concept of good faith*, in Id., *The new European private law – Essays on the future of private law in Europe*, Kluwer Law International, 2002, 196, laddove l'Autore si esprime evidenziando che "[g]ood faith is often said in some way connected with moral standards. On the one hand, it is said to be a moral standard in itself, a legal-ethical principle, good faith means honesty, candour, loyalty et cetera. It is often said that the standard of good faith basically means that a party should take the interest of the other party into account. On the other hand, good faith is said to be the gateway through which moral values enter the law". In particolare l'Autore individua come caratteristiche essenziali della buona fede quelle di essere una norma aperta ("it is generally agreed that a general good faith clause does not contain a rule, at least not one like most other rules in the code. It is not, like other rules, susceptible to subsumption since neither the facts to which it applies nor the legal effect that it stipulates can be established a priori. Good faith is therefore usually said to be an open norm, a norm the content of which cannot be established in an abstract way but depends on the circumstances of the case in which it must be applied, and which must be established by concretisation"), il cui contenuto deve essere stabilito attraverso la valutazione dei fatti concreti ("the generally agreed method for rationalising is that of distinguishing functions and developing group of cases in which good faith has previously been applied"), che a loro volta possono essere sussunti in categorie più generali.

¹¹¹ Proposta appunto presentata ai fini dell'inclusione di tale variabile all'interno del programma di controllo degli agenti elettronici, si veda E. M. Weitzenböck, *Good Faith and Fair Dealing in the Context of Contract Formation by Electronic Agents*, presentazione offerta nel quadro del AISB 2002 Symposium on Intelligent Agents in Virtual Markets, April 2002, Imperial College London. "The aim is to identify common standards for precontractual behaviour in civil and common law systems. Any such standards, in the situation where contracts are being negotiated by or through electronic agents, would have to be reflected in the way such agents behave".

¹¹² Si veda il progetto finalizzato alla redazione del c.d. Common Frame of Reference, sulla base della Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio, *Maggiore coerenza nel diritto contrattuale europeo: un Piano d'Azione*, 12 febbraio 2003 COM(2003) 68 def., par. 57.

elettronici; oppure potrebbe proporsi l'ipotesi di una definizione *a priori* di un numero finito di regole di correttezza (dall'obbligo di fornire informazioni alla controparte, all'ingiustificata rottura della negoziazione, ovvero alla mancanza di una reale intenzione di contrarre di una parte¹¹³) che riescano a fornire all'agente la possibilità di riconoscere in quali occasioni e secondo quali criteri il proprio comportamento è da ritenersi in buona fede¹¹⁴.

4. 5. 1. 2. 1. L'ipotesi peculiare dei c.d. *digital assemblers*

Un'ipotesi particolare di agente elettronico è quella individuata dalla categoria dei c.d. *digital assemblers*. Tale terminologia – che si deve allo studio operato in ambito economico da Eric Brousseau e Thierry Penard¹¹⁵ – descrive dei soggetti che, proprio grazie alle potenzialità della tecnologia, hanno la capacità di aggregare beni e/o servizi disponibili sul mercato, personalizzandoli in ragione delle preferenze fornite dagli utenti finali.

Questa tipologia di infomediari si differenzia dalle precedenti poiché non si basa né sulla presenza di una asimmetria informativa, né di una dispersione del prezzo, piuttosto è legata alla possibilità di aggregare e comporre fra loro moduli diversi, e alla presenza di una varietà di preferenze sul lato della domanda. Per esempio, un *assembler* è un portale telematico che non produce servizi di informazione per i propri utenti, ma fornisce l'accesso a servizi forniti da terzi personalizzandoli secondo le richieste degli utenti stessi¹¹⁶. Un esempio interessante ai fini della nostra analisi è quello del sito d'aste *e-Bay*, laddove l'attività di *match-maker* si combina con quella di *assembler* per la creazione di un sito in cui è sia presente un servizio di valutazione del comportamento degli utenti dello stesso.

Difatti, il sito web *e-Bay*, diffuso capillarmente, è uno spazio dedicato alle aste telematiche: un qualsiasi utente, dopo aver effettuato la registrazione allo stesso sito, può mettere in vetrina un qualsiasi prodotto, nuovo o usato, ad un costo tendenzialmente molto inferiore a quello di mercato. Gli altri utenti, attraverso la ricerca per categorie o per venditori può

¹¹³ Si veda Weitzenböck, *Good Faith and Fair Dealing in the Context of Contract Formation by Electronic Agents*, cit; ALIAS - *Analysing Legal Implications and Agent Information Systems*, F.M.T. Brazier et al., cit., 11 e ss.

¹¹⁴ Si veda la formalizzazione di questo processo operata da A. Rotolo, G. Sartor, C. Smith, *Formalization of a "Normative Version" of Good Faith*, presentato nel quadro della conferenza *Lea-Tilt*, pubblicato in C. Cevenini e A. Oskamp (a cura di), *Proceedings of the Lea-Tilt workshop*, Wolf, Nijmegen, 2005, in cui gli autori differenziano le due forme di buona fede, oggettiva e soggettiva, ma stabiliscono una serie finita di regole di correttezza da inserire nel processo di valutazione dell'agente elettronico: "a definition of good faith as a notion of satisfaction of given correctness rules. We keep apart the distinction between subjective and objective good faith, focusing in observable behaviour the former, and in beliefs the latter. The form given to the correctness rules allows to impose both positive and negative requirements to be fulfilled. We have outlined the structure of a rebuttable good faith presumption. In the logic depiction provided, failing to meet the imposed standards (i.e. not satisfying the correctness rules) can be seen as something close to bad faith performance, or at least less than good faith performance".

¹¹⁵ E. Brousseau e T. Penard, *The economics of digital assembling*, cit., 3.

¹¹⁶ Altri esempi possono essere i servizi offerti da altri operatori attraverso il sito di Microsoft, le opzioni di licenze differenziate reperibili tramite i c.d. *creative commons*, ecc.

visionare la descrizione del prodotto ed eventualmente fare un'offerta per l'acquisto. Al termine del periodo individuato per l'asta (da sette a dieci giorni, durante i quali l'asta è sempre aperta), l'oggetto viene acquistato da colui che ha presentato l'offerta più elevata¹¹⁷.

Il ruolo di *e-Bay* in questa fase è di mero *match-maker*¹¹⁸, permettendo l'incontro del venditore e dell'acquirente sulla piattaforma telematica. A seguito dell'avvenuta conclusione ed esecuzione del contratto i due contraenti sono invitati a valutare il comportamento delle rispettive controparti, indicando soltanto se essa è stata positiva o negativa, con la possibilità di aggiungere anche un commento personale. Ciascun *feedback* è registrato dal sito e organizzato in modo tale da coordinarsi con i precedenti commenti, andando ad integrare le informazioni che individuano il profilo commerciale di entrambe le parti¹¹⁹. I profili di ciascun utente sono, quindi, sempre aggiornati e disponibili on-line: sulla stessa pagina dei prodotti posti in vendita, se si tratta di un venditore, affiancati al proprio nome in ogni offerta presentata, se si tratti di un acquirente. Questo strumento, da un lato, coadiuva i partecipanti all'asta nella valutazione circa la serietà della controparte, giacché un soggetto con un feedback quasi unanimemente positivo sarà sicuramente più affidabile rispetto ad un altro soggetto che raggiunge una percentuale positiva meno elevata; dall'altro lato, consente al gestore della piattaforma telematica di dimostrare in modo indiretto la propria professionalità, poiché se esiste un meccanismo di controllo, per quanto indiretto, gli utenti saranno

¹¹⁷ Appare evidente, quindi, che secondo, questo modello di aggiudicazione, il negozio viene concluso solo ed unicamente fra il venditore e il miglior offerente, senza alcuna interazione con il gestore della piattaforma telematica. Infatti, nel momento in cui ciascun utente completa la propria registrazione fornisce contestualmente il proprio consenso all'accordo per gli utenti e alle regole sulla privacy predefinite da *e-Bay*, riconoscendogli una piena estraneità rispetto alle negoziazioni effettuate.

¹¹⁸ Ciò appare chiaro anche dal contenuto di uno degli articoli che compongono il contratto di adesione fra l'utente e il sito *e-Bay*, il quale certifica che l'attività svolta da *e-Bay* non è assolutamente assimilabile a quella di una casa d'aste nel senso tradizionale del termine: "Nonostante *e-Bay* sia spesso identificato come un sito di aste on-line, è importante comprendere che non svolgiamo alcuna attività di intermediazione né siamo un "banditore d'asta" nel senso tradizionale del termine. Il nostro sito è un luogo che offre ai propri utenti la possibilità di vendere e comprare oggetti, in qualsiasi momento, da qualunque postazione Internet e con diverse modalità, [...]. *e-Bay* non ha nessun controllo o responsabilità in merito alla qualità, sicurezza, liceità dei beni messi in vendita sul sito. Non può inoltre verificare la veridicità e l'accuratezza delle inserzioni o la capacità degli utenti di vendere, acquistare e fare offerte. *e-Bay* non ha alcun ruolo nella compravendita che si svolge tra gli utenti a seguito della loro attività sul sito" (così all' Art. 3. 1. dell'accordo per gli utenti, reperibile all'indirizzo: <http://pages.ebay.it/help/community/png-user.html>).

Si veda il caso risolto dalla Corte di Appello californiana *eBay v. Gentry* (Court of Appeal, Fourth District, Division 1, California, n. GIC 746980, 1/18/01, San Diego City), in cui la corte ha riconosciuto che eBay opera soltanto come un *facilitator*, ovvero un soggetto che non ha alcuna responsabilità per i beni offerti dai propri utenti, né garantisce in alcun modo la genuinità delle descrizioni fornite. Per un approfondimento si veda H. P. Wiesemann e E. Falletti, *Internet Auctions and Harmonization. A comparison between Italy and Germany*, European Review of Private Law, 2006, 6; A. Guadamuz Gonzales, *Pay Pal and eBay: the legal implications of the C2C electronic commerce model*, paper presentato alla 18ma Conferenza BILETA: *Controlling Information in the Online Environment*, 2003.

¹¹⁹ Si veda la descrizione fornita dal sito E-bay stesso all'indirizzo web: <http://pages.ebay.com/help/feedback/evaluating-feedback.html>, "Evaluating a member's reputation".

incentivati a comportarsi in modo corretto incrementando il livello di affidabilità del gestore stesso¹²⁰⁻¹²¹.

4. 5. 1. 2. 2. *e-Bay* come sistema di auto-regolazione

La struttura del sito *e-Bay* può rappresentare un esempio interessante sotto il profilo giuridico per una serie di ragioni: in primo luogo perché dimostra un nuovo contesto nel quale l'auto-regolazione può esprimersi, ed inoltre infine perché dimostra la difficoltà di ricondurre la disciplina di tutela alla tassonomia individuata con i rapporti fra B2B, B2C e C2C.

Per quanto riguarda il primo aspetto può osservarsi che *e-Bay* si presenta come un sistema auto-regolato in cui l'attività di produzione delle norme che regolano il comportamento degli utenti viene svolta dalla struttura organizzativa del portale stesso¹²². Come accennato sopra, e-

¹²⁰ Tale fenomeno è denominato anche come "reputation transfer", così in S. Grundmann e W. Kerber, *Information intermediaries and Party autonomy*, cit., p. 273.

Si veda anche E. Katsh, J. Rifkin, A. Gaitenby, *E-commerce, E-dispute, and E-dispute resolution: in the shadow of "eBay Law"*, in *Ohio State Journal on Dispute resolution*, 15, 2000, 708, in cui si afferma che "After any transaction is completed, buyers and sellers may post feedback as to the conduct of the buyer or seller. The "feedback rating" system is a software-supported reputational system, and anyone's feedback rating is accessible from the page advertising any item for sale. Checking on a seller's feedback rating is probably the first step any user takes before considering whether to bid on an item, and acquiring a positive feedback rating is thus highly important. Protecting one's feedback rating looms large in any eBay user's mind. As one guidebook to eBay points out, on eBay, all you have is your reputation".

¹²¹ Peraltro, in relazione al contratto di fornitura di servizi stipulato con gli utenti del sito, *e-Bay* non esclude l'irrogazione di sanzioni nei confronti di essi, nel caso in cui intervengano delle violazioni alle regole previste dall'accordo, ovvero non sia possibile verificare l'autenticità delle informazioni fornite dall'utente in sede di registrazione o durante l'utilizzo del servizio, oppure nel caso in cui l'utente ponga in essere comportamenti tali da arrecare danni economicamente rilevanti o responsabilità legale a carico di *eBay* o altri utenti (art. 9 dell'accordo per gli utenti per gli utenti, <http://pages.ebay.it/help/community/png-user.html>). La sanzione si esplicita in una sospensione a tempo determinato o indeterminato dell'utente, che giustifica l'interruzione della fornitura dei servizi. La stessa sanzione può essere inflitta nel caso in cui l'utente si trovi ad avere un punteggio negativo di feedback, in altre parole, nel caso in cui la differenza matematica fra le contratti intervenute che hanno ottenuto un feedback positivo e negativo ha un risultato negativo pari a quattro l'utente verrà sospeso e inabilitato per la futura attività all'interno del sito.

Qualora, invece, si configuri un conflitto fra gli utenti, causato da una divergenza fra la descrizione del bene e l'oggetto ricevuto, oppure causato dal mancato ricevimento del bene da parte del venditore o del pagamento da parte dell'acquirente, o ancora in caso di richiesta di modifica del feedback negativo ricevuto, il sito *e-Bay* stesso propone un sistema alternativo di risoluzione della controversia intervenendo come mediatore fra le parti. Questo c.d. "programma di protezione" contempla due possibili soluzioni: la conclusione positiva della mediazione per cui gli utenti si accordano sulla risoluzione delle problematiche sorte, oppure la richiesta di rimborso da parte dell'utente rimasto insoddisfatto.

¹²² Un sistema di regolazione si caratterizza per lo svolgimento di tre funzioni fondamentali: produzione delle regole, controllo circa l'osservanza delle stesse regole e applicazione delle regole anche in caso di conflitti tra i soggetti sottoposti alla regolazione. L'enumerazione è una generalizzazione delle tradizionali categorie individuate da Montesquieu come costitutive di un sistema giuridico, ovvero le funzioni di *pouvoir législatif*, *pouvoir judiciaire* e *pouvoir exécutif* (Charles de Secondat, Baron de Montesquieu, *L'esprit des lois*, 1° ed., 1748, 174), che nella attuale letteratura sul tema della regolazione sono qualificate secondo la terminologia anglofona di *rule-making*, *monitoring* e *enforcement*. Tali attività possono essere svolte sia da soggetti pubblici che da soggetti privati, includendo nella prima categoria le autorità o gli organi legislativi istituzionali – in altre parole lo stato nelle sue molteplici espressioni – e nella seconda categoria gli operatori economici, le parti sociali, le organizzazioni non governative, le associazioni, ecc. I due soggetti possono compiere le funzioni sopra elencate in modo autonomo o coordinato¹²²,

bay redige un accordo per la fornitura del servizio in cui sono previste non soltanto le caratteristiche del servizio d'asta e le modalità con le quali esso sarà reso disponibile all'utente, ma anche una serie di indicazioni che qualificano i comportamenti ritenuti corretti sia da parte del venditore sia da parte dell'acquirente. A queste regole sono affiancate le limitazioni concernenti i beni che possono essere posti in vendita¹²³, e le norme di comportamento per la partecipazione ai forum predisposti dal sito stesso, nonché le regole applicate da *e-Bay* per la tutela dei dati personali¹²⁴. Questo aspetto acquista importanza se si osservano i risultati presentati da uno studio risalente al 2000¹²⁵, in cui si evidenziava appunto il carattere di normatività del sistema *e-Bay* nella percezione degli utenti. L'analisi compiuta permetteva di scorgere l'applicabilità di un vero e proprio "diritto di *e-Bay*" in relazione alle controversie sorte all'interno del sito e risolte attraverso un sistema di mediazione a base volontaria¹²⁶, sulla base dell'interiorizzazione delle regole previste dal sito da parte degli utenti partecipanti compiuta prima di richiedere l'intervento di un terzo per la risoluzione della propria controversia e ciò indipendentemente dalle norme vigenti nel sistema giuridico di residenza. Dalla prospettiva degli utenti, il comportamento conforme discende dal potere che indirettamente *e-Bay* esercita nei loro confronti: se la risoluzione di una qualsiasi controversia dipende dalla cornice nella quale le parti si muovono¹²⁷, allora in questo caso le controversie

dando luogo alle diverse forme di regolazione, in prima istanza distinguibili nelle forme della regolazione pubblica, co-regolazione, e autoregolazione o regolazione privata. Si veda su questi temi F. Cafaggi, *La responsabilità dei regolatori privati. Un itinerario di ricerca tra mercati finanziari e servizi professionali*, in *Mercato Concorrenza e Regole*, 2006, n. 1, 5; e prima Id., *Gouvernance et responsabilité des régulateurs privés*, in *RIDE*, 109, 2004, 23; Id., *Reframing self-regulation*, Kluwer, 2006, 5; A. Ogus, *Regulation, Legal form and economic theory*, Oxford, 2005; Id., *Rethinking Self-Regulation*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 15, 1995, 97; C. Parker and J. Braithwaite, *Regulation*, in P. Cane e M. Tushnet (a cura di), *The Oxford Handbook on Legal Studies*, OUP, 2003, 126; I. Ayres and J. Braithwaite, *Responsive regulation, transcending the deregulation debate*, OUP, 1992.

¹²³ Per quanto riguarda i beni oggetto delle aste, esiste un ricco elenco di beni la cui commercializzazione è vietata o limitata, che vanno dai prodotti farmaceutici ai tabacchi, ai generi alimentari, si veda l'esemplificazione compiuta all'indirizzo web: <http://pages.ebay.it/help/policies/items-ov.html>.

¹²⁴ Si veda all'indirizzo web: <http://pages.ebay.it/help/policies/privacy-policy.html>.

¹²⁵ Lo studio è stato compiuto dal *Center for Information Technology and Dispute Resolution* dell'Università del Massachusetts in collaborazione con il sito *e-Bay*, proponendo una procedura di risoluzione delle controversie attraverso mediazione all'interno di una delle pagine web appartenenti al sito d'aste americano. Si veda E. Katsh, J. Rifkin, A. Gaitenby, *E-commerce, E-dispute, and E-dispute resolution: in the shadow of "eBay Law"*, cit., 705 e ss.

¹²⁶ Il numero di controversie prospettate al servizio di mediazione sono state 225 nel corso delle due settimane di attività, fra queste 144 sono state quelle che hanno proseguito nel processo di mediazione (le restanti sono state per lo più risolte *autonomamente* dagli utenti), e soltanto un terzo di queste ultime non hanno ricevuto la risposta positiva della controparte al procedimento di risoluzione alternativa della controversia esistente. Si veda E. Katsh, J. Rifkin, A. Gaitenby, *E-commerce, E-dispute, and E-dispute resolution: in the shadow of "eBay Law"*, cit., p. 711.

L'approccio di questo studio, ovvero il metodo empirico basato sui casi (*case study*) che, rifuggendo dalle categorie di dogmatica giuridica, è finalizzato a porre in evidenza il funzionamento concreto delle procedure di risoluzione dei conflitti, è tipico della tradizione giuridica americana, soprattutto per quanto riguarda gli studi di antropologia del diritto. Questi hanno come obiettivo fondamentale, infatti, la dimostrazione dell'esistenza di livelli normativi alternativi o complementari rispetto a quello statale (il riferimento principe è il testo di K. Llewelyn e A. Hoebel, *The Cheyenne Way*, Norman, University of Oklahoma Press, 1941).

¹²⁷ Il contesto può influenzare direttamente le aspettative delle parti, la tempistica con la quale la controversia è risolta, l'urgenza con la quale la stessa è percepita, le conseguenze e le possibili alternative, tanto da affermare che

sorgono in un ambiente che si basa sulle indicazioni tecniche e di comportamento del gestore *e-Bay*¹²⁸.

Ciò dimostra che il portale *e-Bay*, nonostante l'affermazione di completa terzietà nei confronti delle negoziazioni che intervengono all'interno del sito stesso, rappresenta sistema di regolazione nel quale i comportamenti dei soggetti agenti vengono a conformarsi sulla base della disciplina approntata dal portale. Tuttavia, ciò non significa che tale sistema è completamente svincolato dallo spazio giuridico individuato dai singoli sistemi nazionali, difatti l'interazione si verifica con l'applicazione della disciplina nazionale per dirimere le controversie che coinvolgono i rapporti fra il gestore *e-Bay* e gli utenti (pur utilizzando un procedimento di natura arbitrale)¹²⁹, ed a seguito all'indiretta attuazione delle norme giuridiche vigenti nei diversi sistemi giuridici attraverso l'inclusione di specifiche clausole all'interno dell'accordo di adesione, quali per esempio quelle che tutelano i diritti d'autore e i segni distintivi, ovvero le norme a protezione dei dati personali degli utenti¹³⁰.

Un secondo aspetto da rilevare è il fatto che i rapporti che intercorrono fra gli utenti del portale *e-Bay* non possono essere caratterizzati *a priori* come afferenti alle categorie tipizzate di B2B, B2C o C2C. Infatti, nel processo di iscrizione al sito web, l'utente può ugualmente porsi nella condizione di acquirente o venditore, senza dover determinare univocamente la propria posizione nell'uno o nell'altro senso. Tuttavia, la disciplina giuridica esistente differenzia le norme applicabili nel caso in cui il contratto sia stipulato fra due consumatori oppure fra un consumatore ed un professionista. In tal senso, sarebbe necessario valutare fino a che punto un venditore su *e-Bay*, pur appartenendo alla categoria dei consumatori, possa essere inserito in quella dei fornitori di beni o servizi alla luce della continuità e "professionalità" con la quale svolge la propria attività sul sito stesso.

Un esempio concreto si è presentato in una corte tedesca in merito al caso di consumatore che si era trovato ad acquistare attraverso l'asta di *e-Bay* un computer da uno dei venditori ivi presentati. Nel sito erano presenti già alcuni commenti circa l'attività principale

"*dispute and dispute resolution do not occur in a vacuum*", così in E. Katsh, J. Rifkin, A. Gaitenby, *E-commerce, E-dispute, and E-dispute resolution: in the shadow of "eBay Law"*, cit., p. 706.

¹²⁸ Tale analisi mostra i caratteri fondamentali per applicare la c.d. teoria dell'ombra del diritto, secondo la quale il comportamento dei soggetti in sede di controversia risente direttamente della legge che questi ritengono applicabile al proprio posizione di diritto, e ciò consente di osservare che nella pratica, la disciplina giuridica riconosciuta non sempre è quella del proprio sistema giuridico di riferimento. Per maggiore approfondimento si veda R. Cooter, *Bargaining in the shadow of law: a testable model of strategic behavior*, J. Legal Stud., 11, 1982, 225.

¹²⁹ Ciò si basa su di una limitazione tecnica che non permette all'utente di accedere al portale attraverso una interfaccia "nazionale" diversa rispetto a quella nella quale si è completata l'adesione al servizio: per esempio l'utente che sia registrato all'interno del sito *e-bay.it* non potrà accedere con la propria *password* e *username* al sito *e-bay.co.uk*. Anche se, una volta compiuto l'accesso attraverso la propria interfaccia di riferimento, potrà accedere alle offerte disponibili sugli altri "mercati" attraverso un percorso interno.

¹³⁰ Rispettivamente artt. 18.7 e 18.1 dell'accordo di adesione.

del venditore, il quale nella vita reale era uno studente universitario. La Corte si è trovata a decidere se poteva essere applicata la disciplina tedesca di protezione di protezione del consumatore in particolare le norme sulle vendite a distanza, sulla base della presenza di un rapporto B2C. Secondo la legge tedesca, però, l'onere della prova circa la natura di professionista della controparte contrattuale grava sullo stesso consumatore, quindi nel caso in questione la corte ha pronunciato una sentenza contraria al ricorrente sulla base dell'incapacità della stessa a provare la natura commerciale dell'attività svolta da parte del venditore¹³¹.

Indipendentemente dagli esiti del caso citato, il problema che si pone chiaramente è quello circa la difficoltà di ascrivere lo studente alla categoria dei venditori professionali, alla luce della definizione, più volte enunciata, nella disciplina consumeristica dal legislatore europeo. In questo caso si dimostra la discrepanza fra il concetto di professionista¹³² e quello di prestatore dei servizi della società dell'informazione, laddove la seconda formulazione si estende a qualsiasi soggetto che fornisca un servizio della società dell'informazione, potendo quindi essere inclusi anche i consumatori che attraverso la rete Internet abbiano intrapreso un'attività economica. Ciò pone un problema qualora il soggetto venditore (che *off-line* ricadrebbe nella categoria di consumatore) dimostri nello spazio virtuale un'attività continuativa e una competenza tale da ricadere piuttosto nella categoria dei professionisti¹³³. La possibilità di definire il soggetto nell'una o nell'altra ipotesi rappresenta un elemento fondamentale per rendere applicabile la disciplina a tutela del consumatore nei confronti della controparte¹³⁴.

¹³¹ LG Hof August 29, 2003 – Case 22 S 28/03, *Verbraucher und Recht [VuR]* 2004, 109 = *Computer und Recht [CR]* 2003, 854, citato in P. Mankovski, *Information and formal requirements in EC private law*, ERPL, 2005, 6, 795

¹³² Si tenga presente che nell'ambito del diritto europeo non sussiste una uniforme nozione del soggetto contrapposto al consumatore, tanto che anche nello studio compiuto da H. Schulte-Nolke, C. Twigg-Flessner e M. Ebers, *EC Consumer Law Compendium - Comparative Analysis*, 2006, 690, si riconosce che “community law does not use a uniform term for the contractual partner of the consumer. The counter-party of the consumer (hereinafter: business) is variously described as “trader” (Directive 85/577; 98/6; 2005/29), “supplier” (Directive 93/13; 97/7; 2002/65), “seller” (Directive 93/13; 99/44), “vendor” (Directive 94/47), “service provider” (Directive 2000/31) or “creditor” (Directive 87/102). A common feature of these directives, however, is that the business can be both a natural as well as a legal person, who, for the transactions in question, acts in its commercial or professional capacity. The terms “commercial/professional capacity” presuppose that the business is acting on a more regular basis and in a capacity for which it requires payment”.

¹³³ Si veda anche P. Mankovski, *Information and formal requirements in EC Private Law*, cit., 796, laddove afferma che “For example in the case at hand it could have been recognized as initial evidence that the student-seller certainly was a repeat player as evidenced by the number of recommendations related to previous contracts with other parties [...] He does not have to invest to acquire information, whereas the consumer-buyer in principle does not have fair and cost-efficient access to data which are generated in the seller's sphere. As duties to inform generally are based on the principle of obliging the cheapest information provider another application could be found here. No additional research work would be loaded on the seller's shoulders, and he has the relevant information available without inquiring further costs. No protection of investments in information is at stake. As a commercial seller is requested to reveal the commercial nature of his activities the consequence appears at least worth a thought. On the other hand, only a party acting commercially is required to do so, whereas here the logically paramount question whether the respective party is a party acting commercially, has to be answered. Some faint hints of a *circulus vitiosus* are perceptible”.

¹³⁴ Questo problema trova conferma nelle questioni poste da H. Schulte-Nolke, C. Twigg-Flessner e M. Ebers, *EC Consumer Law Compendium*, cit., 696, che in tema di definizione del “business” si interrogano “if the criterion

4. 6. Le soluzioni giuridiche

4. 6. 1. L'estensione della fase pre-contrattuale

Gli obblighi informativi possono influire anche su altri aspetti della contrattazione, in particolare il periodo individuato dal momento di contatto fra il potenziale acquirente e il prestatore del servizio, al momento in cui si perfeziona la proposta contrattuale comunicata – ed eventualmente accettata – dall'una all'altra parte.

Come appare palese dalla precedente analisi delle direttive europee, il legislatore ha sempre inteso utilizzare, in misura maggiore o minore, il “paradigma informativo”¹³⁵, individuando come momento più idoneo per l'introduzione di obblighi d'informazione la fase pre-contrattuale, poiché capace di tollerare anche limiti e compressioni, finalizzati al favorevole bilanciamento fra la libertà dell'individuo e le esigenze della collettività, sia a tutela del soggetto debole del rapporto, sia per il conseguimento dell'efficienza del mercato¹³⁶.

In senso ampio, la terminologia di “fase pre-contrattuale” si riferisce all'intera durata della fase dedicata al perfezionamento del rapporto contrattuale fra le parti, più precisamente, però, tale periodo di tempo può essere a sua volta suddiviso in fasi successive che conducono gradualmente alla conclusione del contratto¹³⁷. Per un'autorevole dottrina, è necessario differenziare chiaramente il periodo contrattuale da quello che si può definire “*periodo formativo del contratto*”, il primo caratterizzato “*da discussioni, da scambi di idee fra le parti, da formulazioni di singole clausole e singole condizioni, da accordi parziali, da impegni preliminari*”, mentre il secondo

of whether the relevant transaction is made “*in the course of a person's profession*” should be defined objectively, or more subjectively as being made for purposes relating to the profession. Is a person/entity without profit motive included in the notion of business? [...] Who has the burden of proving that the contractual partner of the consumer was acting in its commercial or professional capacity? What are the requirements for discharging this burden?”.

¹³⁵ G. Howells e T. Wilhelmsson, *EC consumer law: has it come of age?*, 28 *European Law Review*, (2003), 380 e ss.; N. Reich, *The tripartite function of modern contract law in Europe: enablement, regulation, information*, in F. Werro e T. Probst, *Le droit privé Suisse face au droit communautaire européenne - Questions actuelles en droit de la responsabilité civile et en droit des contrats*, Berne, Stämpfli, 2004, 163.

¹³⁶ Si veda *supra* par. 2. 2. per quel che concerne le limitazioni dell'autonomia contrattuale.

Si veda S. Weatherhill, *EC Consumer Law and policy*, cit., 47, laddove l'Autore afferma che “*There are cases which demonstrate the principle that even where the end of consumer protection may provide a justification for a trade-restrictive measure, the means employed must be the least restrictive of trade available which are capable of meeting the end in view*”.

¹³⁷ Si veda la precisione con cui vengono, teoricamente, individuate le fasi di contrattazione nel diritto danese, tali appunti da permettere la previsione di una diversa responsabilità in caso di rottura delle trattative: “[t]he distinction between the stages is made on the basis of good faith. Stage 1: Parties are free to break off negotiations without any obligation to compensate the other party; Stage 2: According to the criterion of good faith a party is still free to break off the negotiations. However, there is the condition that he compensates the other party for (all or some of) the expenses made; Stage 3: According to the criterion of good faith a party is no longer free to break off the negotiations. If that party nevertheless breaks off the negotiations, he is obliged to compensate the other party for expenses and - in some cases - for the profits the other party would have made, if the contract had been closed”, così in A.S. Hartkamp e C. Asser, *Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 4. Verbintenissenrecht. Deel II. Algemene leer der overeenkomsten*, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 2001, 145 e ss. (citato da M. Hesselink, *The concept of good faith*, cit., 196),

prende avvio dalla formulazione di una proposta¹³⁸. Da ciò conseguirebbe, secondo il medesimo autore, che le trattative non presuppongono una volontà di stipulare il contratto, ma viceversa dimostrano soltanto la favorevole predisposizione alla conclusione del futuro contratto, e quindi si determinerebbe una completa irrilevanza dei comportamenti ascrivibili alla prima fase, anche ai fini di un giudizio di responsabilità¹³⁹. Partendo dalle medesime premesse, giunge ad una soluzione più temperata Giuseppe Grisi, che pur non contestando la libertà di elaborare, modificare e vanificare le intese sviluppate fra i diversi soggetti, ammette “*nel regno del ‘giuridicamente rilevante’*” le trattative, legando la valutazione dei comportamenti ivi ascrivibili al principio di buona fede¹⁴⁰.

Lo stesso Autore fornisce un’utile definizione ‘tecnica’ di trattativa, nella quale assumono un rilievo fondamentale le attività di ricerca, raccolta e organizzazione delle informazioni finalizzate all’accertamento dell’idoneità o meno dell’accordo raggiungibile tale da soddisfare le rispettive esigenze in conformità ad autonome valutazioni di opportunità e convenienza¹⁴¹. In questo senso, quindi, le parti non intendono contrarre vincoli o impegnarsi al conseguimento di un certo risultato, manifestano solo la propria disponibilità a progettare i possibili termini di un accordo, che ancora rappresenta un’entità “*astratta e impalpabile*”¹⁴². Conseguentemente, non può parlarsi di trattativa quando un soggetto impone alla controparte i termini del futuro accordo, indipendentemente dalla sua mera potenzialità,

¹³⁸ F. Carrara, *La formazione dei contratti*, Milano, Vallardi, 1915, 1.

¹³⁹ Contra A. De Mauro, e F. Fortinguerra, *La responsabilità precontrattuale*, Padova, 2002, 62, in cui gli Autori hanno espresso l’opposta opinione secondo la quale “*l’affidamento, in altre parole, sorge non solo prima del contratto, il che non costituirebbe una novità, ma addirittura prima ancora del rapporto precontrattuale. Ed invero, esso scaturisce non già da comportamenti o dichiarazioni dell’offerente, come accade nello schema tradizionale, ma dal modo in cui quest’ultimo svolge la sua attività*”. Anche E. Pellicchia, *Scelte contrattuali e informazioni personali*, cit., 120 riconosce che “*la contrapposizione fra trattative e formazione, tradizionalmente ancorata alla distinzione tra volontà di trattare (che rilevarebbe nelle prime) e volontà di concludere il contratto (che rilevarebbe nella seconda) si rivela però, ad una più attenta indagine, meramente descrittiva, piuttosto che dotata di intrinseca rilevanza: l’individuazione del confine tra le due aree è in molti casi difficile e il criterio dell’affidamento – spesso evocato nelle decisioni dei giudici – orienta solo vagamente (e talvolta contraddittoriamente) la soluzione dei casi concreti*”.

¹⁴⁰ G. Grisi, *L’obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, Jovene, 1990, 28 e ss. Salvo comunque affermare che la trattativa si sostanzia nel compimento di atti cui l’ordinamento non assegna autonoma qualificazione giuridica, consentendo in questo modo la conclusione del contratto anche in assenza di una preliminare fase di progettazione stante l’istantaneo incontro delle volontà delle parti, (ibidem, 47).

¹⁴¹ G. Grisi, *L’obbligo precontrattuale di informazione*, cit., 44, “*La trattativa [...] non si sostanzia nel compimento di atti che si connettono – in relazione di causa ad effetto – ad una modificazione della realtà esterna al soggetto che li pone in essere, in direzione del futuro contratto; le parti, invero, si prefiggono di conseguire un risultato che è principalmente interno alla loro rispettiva sfera psichica (l’esatta rappresentazione dei possibili termini di un ipotetico accordo) e gli atti e le dichiarazioni rese possono tutt’al più influenzare la determinazione volitiva del partner. Ma giammai produrre – essi stessi – alterazioni dello stato di fatto e di diritto preesistente, che siano direttamente e immediatamente funzionali alla realizzazione del piano contrattuale*”. Per un’analisi della distinzione fra trattative e formazione del contratto si veda anche R. Sacco e G. De Nova, *Il Contratto*, t. II, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, Utet, 2004, 219; G. Patti e S. Patti, *Comm. cod. civ. sub artt. 1337-1341*, in P. Schlesinger (a cura di), *Commentario del codice civile*, Milano, Giuffrè, 1993.

¹⁴² Ibidem, 46. Si veda anche A. Chamboredon, *La formation progressive du contrat*, cit., 15 in cui l’A. definisce la negoziazione come lo strumento che “*“domestique le temps: elle permet de prendre le temps de la réflexion avant de s’engager définitivement [...] va à garantir le plus de sécurité possible dans le transfert de la propriété en constituant les ‘étapes contractuelles d’une progression’ vers la vente, les points d’encrage nécessaires à l’expression de la volonté de contractants*”.

residuando alla controparte la possibilità di accettare o meno le condizioni proposte¹⁴³. Viceversa, la fase di formazione del contratto, orientata direttamente ed univocamente al perfezionamento dell'accordo, include sia atti che attività impegnativi per i soggetti interessati¹⁴⁴, appunto per questo definiti atti "prenegoziali" - riconosciuti in alcuni casi dall'ordinamento come meritevoli di un'autonoma qualificazione giuridica¹⁴⁵. In questo senso, vengono ad integrarsi i due aspetti fondamentali per riconoscere la conclusione del contratto: da un lato il c.d. *in idem placitum* e, dall'altro, l'intenzione delle parti alla definitiva assunzione del vicolo. Il primo è rivolto alla definizione di tutti gli elementi che le parti ritengono rilevanti – dunque oggetto di specifica discussione – il secondo concernente la reale congruenza fra espressione del consenso (manifestata anche attraverso comportamenti concludenti) e l'intima volontà del soggetto¹⁴⁶.

Nel quadro delle contrattazioni telematiche, come abbiamo già accennato in precedenza, la fase pre-contrattuale e quella di formazione del contratto perdono la loro, già impalpabile, differenza, sfumandosi anche con la fase precedente ad esse, ossia quella pubblicitaria¹⁴⁷. Il processo che tradizionalmente caratterizza la successione di queste tre fasi è dato dall'iniziale periodo dedicato alla diffusione delle comunicazioni commerciali, cui poi segue il contatto fra i potenziali acquirenti, ed infine la definizione dell'offerta e corrispondente accettazione per la conclusione del contratto. Tutto questo può subire una modifica nel commercio elettronico poiché nella fase promozionale il prestatore può facilmente inserire un *banner* sulla pagina web dell'utente, il quale con il semplice click del mouse sul *link* presente nel *banner* si trova già sulla pagina web del prestatore a definire la propria proposta contrattuale sulla base delle alternative disponibili sul sito (quali per esempio, il numero di copie che si vuole ricevere del

¹⁴³ Si veda in questo senso l'affermazione di M. Fabre-Magnan, *Les obligations*, cit., 205: "La *négociation* n'est ni une condition d'existence ni une condition de validité du contrat. Un contrat peut se former instantanément ou presque, c'est-à-dire sans qu'il y ait eu de discussion préalable entre les deux futures contractants. L'échange de consentement qui fore le contrat peut se faire sans même qu'aucun mot ne soit prononcé et sans que les parties se rencontrent ni se connaissent".

¹⁴⁴ Si veda anche G. B. Ferri, *Considerazioni sul problema della formazione del contratto*, in G.B. Ferri, *Saggi di diritto civile*, Rimini, Maggioli, 1983, 239.

¹⁴⁵ Nel caso del diritto italiano si vedano le fattispecie di opzione, patto di prelazione, contratto preliminare e proposta irrevocabile; oppure nel caso del diritto francese si vedano i *pactes de préférence* e le *promesses de contrat*.

¹⁴⁶ Con questa affermazione non si vuole ritornare al dogma della volontà quale fusione delle volontà reali delle parti, superato appunto dalla teoria oggettiva della dichiarazione di volontà, piuttosto si riconosce la necessità di una obiettiva analisi del significato ascrivibile agli atti di esternazione della volontà compiuti da ciascun contraente. Si veda M. Selvini, *Formazione progressiva del contratto: il confine tra le trattative e la conclusione*, commento a Cass. Civ., sez. III, 18 settembre 2005, n. 910, *Contratti*, 1, 2006, 26. Sulla tematica generale dell'accordo si veda F. Messineo, *Il contratto in genere*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, Giuffrè, 1987, XXI, 1, 296; G.B. Ferri, *Contratto e accordo*, in G.B. Ferri e C. Angelici (a cura di), *Studi sull'autonomia privata*, Torino, 1997, 58; P. Rescigno, *Consenso, accordo, convenzione, patto*, Riv. dir. comm. 1998, I, 3.

Si veda invece, per quanto riguarda il diritto francese, M. Fabre-Magnan, *Les obligation*, cit., 247 laddove l'Autrice afferma che "en droit français, ce qui compte c'est la volonté interne du contractant, son adhésion intime et psychologique au contrat, et l'extériorisation, la manifestation extérieure de cette volonté n'a valeur qu'autant qu'elle rend compte de la volonté intime".

¹⁴⁷ Si veda anche F. Cafaggi, voce "Pubblicità commerciale", in *Dig. Disc. Comm.*, Utet, Torino, vol. XI, Utet, Torino, 1995, 474.

bene oppure la durata del servizio richiesto). Con la ricevuta dell'ordine da parte del software può, poi, dirsi concluso il negozio contrattuale. Alla luce di tale percorso, svolto quasi in solitario dall'utente telematico, si configura una possibile sovrapposizione delle normative riguardanti le fasi di norma previste richiedendo una più ampia disamina dei reciproci rapporti¹⁴⁸.

4. 6. 2. L'anticipazione della fase pre-contrattuale

I momenti precedentemente descritti, sia quello relativo alle trattative, sia quello dedicato alla formazione del contratto, come abbiamo accennato, si sovrappongono in un particolare aspetto che interessa la presente analisi: la previsione di una serie di obblighi informativi che si dilatano dall'una all'altra fase, creando un *continuum* che nel settore telematico è ancora più difficile differenziare¹⁴⁹.

Valutando il combinato disposto della direttiva n. 2000/31/EC, della direttiva n. 97/7/EC e della recente direttiva n. 2005/29/EC, possiamo osservare come gli obblighi informativi, previsti fin dal momento della comunicazione commerciale, rappresentano un elemento che si dipana dalla fase prettamente promozionale fino alla fase di formazione del contratto.

Partendo dall'ultimo intervento normativo citato, si osserva che la direttiva stabilisce due tipologie di pratiche che *ab initio* si ritengono sleali: le attività ingannevoli per il consumatore

¹⁴⁸ Si veda più ampiamente in G. Dannemann, *Formation of contracts on the Internet*, cit., 181, nel quale viene proposta procedimento di acquisto non-negoziale che contempla nove livelli, che possono essere agevolmente ridotti in caso di l'utilizzo di agenti elettronici, oppure in caso di sistemi di vendita diversi, quali l'ipotesi di aste on-line.

¹⁴⁹ Si veda nell'analisi di R. Schulze e H. Schulte-Nölke, *Analysis of National Fairness Laws Aimed at Protecting Consumers in Relation to Commercial Practices*, Giugno 2003, 91, in cui si afferma che “*from a contract law perspective one may argue that many of the commercial fairness rules are simply a concretisation of the duty to deal in good faith in the negotiation of contracts. In some cases, e.g. in the field of information requirements, there exists an overlap between contract law rules and provisions regarding commercial fairness. In addition, it may be considered a violation of fairness rules if a commercial practice is in breach of specific obligations of contract law*”, in relazione poi all'analisi comparative si osserva che “*under German law the failure to provide the pre-contractual information required by the contract law rules on distance marketing amounts to an unfair commercial practice within the meaning of the § 1 Act against Unfair Competition. Similarly, the breach of contract law rules may also be considered as an unfair commercial practice under the laws of other Member States (e.g. Austria, Belgium). Furthermore, the use of an unfair commercial practice may have repercussions on the validity of a contract if the conclusion of the contract has been influenced by these practices*”. Inoltre, “*in a number of Member States, the question of information requirements is rather dealt with by contract law than by commercial fairness law (e.g. Austria, the Netherlands). In most Member States, information duties laid down by contract law and those laid down by commercial fairness law overlap each other. In those Member States where provisions on the disclosure of material information can be found in commercial fairness legislation, two different approaches can be distinguished. In most of those Member States, a “negative” duty not to mislead by omitting essential information exists. Thus, in some Member States (e.g. Belgium, Denmark), the statutory provisions on misleading advertising contain an explicit reference to misleading omissions. In other Member States (e.g. Germany), the prohibition of misleading omissions has been developed by case-law. In several Member States, the “negative” duty not to mislead or disinform by omission is supplemented by a “positive” duty to inform. Thus, for example in Belgium, Denmark, France and Sweden general rules exist requiring the seller to provide essential information. A similar provision exists in Finland, yet its scope is limited to information necessary in respect of the health or economic security of consumers*”.

(art. 6¹⁵⁰) e le omissioni ingannevoli (art. 7¹⁵¹). Quest'ultima disposizione definisce la slealtà di ogni pratica che omette di fornire al consumatore medio le informazioni materiali di cui questi ha bisogno per prendere una decisione, tanto che questi è (o può essere) portato a compiere una decisione che non avrebbe raggiunto se avesse correttamente ricevuto tali informazioni. L'articolo poi individua una serie di informazioni definite rilevanti relative al prodotto, al professionista stesso, al prezzo e alle modalità di pagamento, nonché alla presenza del diritto di recesso¹⁵². Ugualmente rilevanti sono considerati gli obblighi d'informazione previsti dal diritto comunitario concernenti le comunicazioni commerciali, compresa la pubblicità o il marketing, il cui elenco è fornito in sede di allegato alla direttiva¹⁵³. Tutti gli obblighi informativi introdotti dalla direttiva n. 2005/29/CE sono addizionali rispetto a quelli già previsti dal diritto comunitario, dunque la disciplina ivi prevista si estende anche ai precedenti obblighi informativi qualora essi si concentrino su elementi che la direttiva definisce come rilevanti. In altre parole, anche il mancato o non corretto adempimento di tali obblighi, può essere considerato alla stregua di un'omissione ingannevole,

¹⁵⁰ Art. 6 Azioni ingannevoli: “1. È considerata ingannevole una pratica commerciale che contenga informazioni false e sia pertanto non veritiera o in qualsiasi modo, anche nella sua presentazione complessiva, inganni o possa ingannare il consumatore medio, anche se l'informazione è di fatto corretta, riguardo a uno o più dei seguenti elementi e in ogni caso lo induca o sia idonea a indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso:

- a) l'esistenza o la natura del prodotto;
- b) le caratteristiche principali del prodotto, quali la sua disponibilità, i vantaggi, i rischi, l'esecuzione, la composizione, gli accessori, l'assistenza post-vendita al consumatore e il trattamento dei reclami, il metodo e la data di fabbricazione o della prestazione, la consegna, l'idoneità allo scopo, gli usi, la quantità, la descrizione, l'origine geografica o commerciale o i risultati che si possono attendere dal suo uso, o i risultati e le caratteristiche fondamentali di prove e controlli effettuati sul prodotto;
- c) la portata degli impegni del professionista, i motivi della pratica commerciale e la natura del processo di vendita, qualsiasi dichiarazione o simbolo relativi alla sponsorizzazione o all'approvazione dirette o indirette del professionista o del prodotto;
- d) il prezzo o il modo in cui questo è calcolato o l'esistenza di uno specifico vantaggio quanto al prezzo;
- e) la necessità di una manutenzione, ricambio, sostituzione o riparazione;
- f) la natura, le qualifiche e i diritti del professionista o del suo agente, quali l'identità, il patrimonio, le capacità, lo status, il riconoscimento, l'affiliazione o i collegamenti e i diritti di proprietà industriale, commerciale o intellettuale o i premi e i riconoscimenti;
- g) i diritti del consumatore, incluso il diritto di sostituzione o di rimborso ai sensi della direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 maggio 1999 su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo, o i rischi ai quali può essere esposto [...]”.

¹⁵¹ Art. 7 Omissioni ingannevoli “1. È considerata ingannevole una pratica commerciale che nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, nonché dei limiti del mezzo di comunicazione impiegato, ometta informazioni rilevanti di cui il consumatore medio ha bisogno in tale contesto per prendere una decisione consapevole di natura commerciale e induca o sia idonea ad indurre in tal modo il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso.

2. Una pratica commerciale è altresì considerata un'omissione ingannevole quando un professionista occulta o presenta in modo oscuro, incomprensibile, ambiguo o intempestivo le informazioni rilevanti di cui al paragrafo 1, tenendo conto degli aspetti di cui a detto paragrafo, o non indica l'intento commerciale della pratica stessa, qualora non risultino già evidenti dal contesto e quando, in uno o nell'altro caso, ciò induce o è idoneo a indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso. [...]”

¹⁵² Art. 7, c. 4 della direttiva n. 2005/29/CE.

¹⁵³ Fra cui sono da annoverare, ai fini della presente analisi, gli articoli 4 e 5 della direttiva n. 97/7/CE, e gli articoli 5 e 6 della direttiva n. 2000/31/CE sul commercio elettronico.

e quindi una pratica sleale¹⁵⁴, dunque introducendo un indiretto obbligo informativo in capo al professionista¹⁵⁵.

La direttiva n. 2005/29/CE, ad una prima lettura, mira a differenziare il contenuto del flusso informativo nella fase prettamente pubblicitaria rispetto da quello che si riferisce alla fase pre-contrattuale¹⁵⁶, attraverso la distinzione fra informazioni da inserire in modo veritiero e corretto in qualsiasi comunicazione commerciale e le informazioni da non omettere nel caso la comunicazione commerciale arrivi ad integrare l'ipotesi di un invito all'acquisto¹⁵⁷. Ciò è giustificato dalla constatazione generale secondo la quale un qualsiasi messaggio pubblicitario che non conduca immediatamente all'acquisto non è tenuto ad indicare l'intera serie di informazioni; tale obbligo sorgerà soltanto nel momento in cui il destinatario si troverà nelle condizioni concrete per attuare la propria operazione commerciale¹⁵⁸. Ciò è dimostrato anche dal fatto che il contenuto delle informazioni da veicolarsi in caso di invito all'acquisto ex art. 7, c. 4 della direttiva n. 2005/29/CE, non diverge dal contenuto minimo informativo previsto ex art. 4 della direttiva n. 97/7/CE, appunto informazioni di natura pre-contrattuale che devono essere inviati al contraente in caso si contratti stipulati a distanza.

Tuttavia, la direttiva sulle pratiche sleali opera un'involontaria assimilazione fra comunicazione commerciale e il contenuto minimo del contratto, giacché include fra le informazioni ritenute rilevanti e quindi che non possono essere omesse, pena la valutazione di slealtà del comportamento, non solo quelle previste ex art. 6 della direttiva n. 2000/31/CE e quelle previste ex art. 4 della direttiva n. 97/7/CE, ma anche quelle previste ex art. 5 da quest'ultima direttiva, che appunto individuano un obbligo da compiersi al momento in cui il contratto si presume concluso¹⁵⁹. Questo fatto può avere notevole rilevanza nell'ambito

¹⁵⁴ Si veda *supra* art. 7, c. 2 della direttiva n. 2005/29/CE.

¹⁵⁵ Si veda in questo senso, T. Wilhelmsson, *Misleading practices*, in G. Howells, H.-W. Micklitz e T. Wilhelmsson, *European Fair Trading law*, Aldershot, Ashgate, 2005, 148; T. Wilhelmsson e C. Twigg-Flessner, *Pre-contractual information duties in the acquis communautaire*, ERCL, 2006, 448.

¹⁵⁶ Si veda *supra* cap. 3 circa l'obbligo di riconoscibilità della natura commerciale della comunicazione, previsto sia dalla direttiva n. 2000/31/CE, sia dalla direttiva n. 97/7/CE, sia dalla direttiva n. 2002/58/CE.

¹⁵⁷ Riconosce tale differenziazione anche H. Collins, *The Unfair commercial Practices Directive*, cit., 423

¹⁵⁸ Rispetto al mercato telematico, infatti, nel mercato tradizionale è facile distinguere fra un'offerta pubblicitaria cui non è legato un invito ad offrire e una comunicazione commerciale in cui invece tale elemento è implicito, e ciò anche per ragioni di ordine spazio-temporale, giacché la pubblicità e l'acquisto sono compiute in momenti e in luoghi diversi. Si veda, per esempio, la definizione data recentemente di pubblicità commerciale quale "relazione in cui un flusso di informazioni ha carattere prevalentemente unidirezionale, a struttura non conversazionale, tendenzialmente priva di correttivi rimediali endogeni. L'erronea percezione del significato del messaggio da parte del destinatario non è direttamente correggibile attraverso la relazione stessa. [...] L'emittente nella comunicazione pubblicitaria riceve, nel corso del tempo, una risposta di mercato al proprio messaggio, [...] ma si tratta di una risposta non immediata, aggregata e difficilmente separabile da altri fattori quali, ad esempio, gli andamenti di mercato concernenti quel bene o quel servizio specifico". Così in F. Cafaggi, voce "Pubblicità commerciale", cit., 434.

¹⁵⁹ Si osservi tuttavia il differente trattamento nei confronti dell'art. 10 della direttiva n. 2000/31/CE, che non è contemplato nell'allegato II della direttiva n. 2005/29/CE, di conseguenza, è possibile individuare un diverso regime di sanzioni per la violazione dell'obbligo previsto dall'art 6 e quello ex art. 10. In verità, la direttiva sulle pratiche sleali non stabilisce le caratteristiche specifiche circa il regime sanzionatorio ma lascia la scelta ai singoli

telematico, poiché ivi il destinatario di una comunicazione commerciale si trova ad utilizzare lo stesso mezzo di comunicazione a distanza del mittente e, quindi, può potenzialmente rispondere in modo affermativo alla comunicazione e portare alla conclusione del contratto (quasi) immediatamente. Questo fatto permette di riconoscere l'applicazione generale del principio di correttezza nelle transazioni statuito dalla direttiva n. 2005/29/CE all'intero iter contrattuale che sia compiuto attraverso un mezzo di comunicazione a distanza, giacché anche solo la violazione di uno degli obblighi di informazione che caratterizzano tale iter conduce alla valutazione di slealtà di tale comportamento¹⁶⁰. Da ciò deriva la possibilità di affermare l'applicazione del principio di ragionevole aspettativa del consumatore nei confronti del comportamento tenuto dal professionista in fase pre-contrattuale, che altro non è se non la specificazione del più ampio principio del legittimo affidamento della parte contrattuale¹⁶¹ nei confronti delle dichiarazioni veicolate attraverso il mezzo pubblicitario¹⁶².

Il criterio del legittimo affidamento del contraente nei confronti della comunicazione commerciale ha dei riflessi importanti sul livello di vincolatività del contenuto della stessa, e ciò si connota in modo particolare anche in ragione dell'usuale assenza di trattative nelle transazioni commerciali telematiche¹⁶³.

Come già accennato, per valutare se la comunicazione commerciale sia da correlare alla fase pre-contrattuale o a quella di formazione del contratto, si fa riferimento a due criteri, l'uno oggettivo, l'altro soggettivo. Il primo si basa sulla completezza quantitativa e qualitativa dell'informazione veicolata verso il destinatario del messaggio. Il secondo si riferisce alla

Stati Membri. Se invece si confronta il contenuto dello stesso art. 10 della direttiva n. 2000/31/CE con l'art. 5 della direttiva n. 97/7/CE, si osserva che per quel che concerne il c. 3 del primo articolo il contenuto è equivalente a quello del secondo articolo, l'interprete quindi può lecitamente domandarsi se possa applicarsi una interpretazione analogica in merito alla disciplina applicata oppure se ciò non possa in alcun modo avvenire stante la natura di *lex specialis* della direttiva sul commercio elettronico.

¹⁶⁰ In realtà, già l'art. 4 della direttiva sulle vendite a distanza introduceva un dovere generale di lealtà nella contrattazione.

¹⁶¹ Il principio di legittimo affidamento è, infatti, applicabile non solo alle contrattazioni stipulate con un consumatore, ma opera anche nell'ipotesi di contratti fra professionisti. Si veda anche R. Sefton-Green, *Comparative conclusions*, cit., 392 e ss.

¹⁶² Per quanto riguarda i soli beni mobiliari di consumo (e non i servizi), si applica anche la normativa europea in materia: la direttiva n. 99/44/CE, che vincola ancora una volta il produttore, venditore o promotore alle dichiarazioni pubbliche circa le caratteristiche del bene. Cfr. T. Wilhelmsson, *Private law remedies against the breach of information requirements of EC law*, in R. Schulze, M. Ebers e H.C. Grigoleit, *Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire*, Tubingen, Mohr Siebeck, 2003, 255, laddove l'Autore affronta specificamente il ruolo svolto dalla legittima aspettativa del consumatore rispetto alle informazioni collegate alle caratteristiche, rischi, utilizzi del bene venduto quale base per la tutela risarcitoria e/o di invalidazione del contratto; Id., *Contract law enforcement of provisions on marketing: the solution of the consumer sales directive*, in H. Collins, *The forthcoming directive on Unfair commercial practice*, cit., 223; K. Reisenhuber, *Party autonomy and information in the Sales directive*, in S. Grundmann, W. Kerber, S. Weatherill, *Party autonomy and the role of information*, cit., 348; C. Willett, *Autonomy and fairness: the case of public statements*, in G. Howells *et al.*, *Information rights and obligations*, cit., 2. e ss.

¹⁶³ Si tenga presente che la riconoscibilità del messaggio a contenuto commerciale porta ad un livello di affidamento del destinatario diverso da quello che si prospetta in caso di invito ad offrire.

necessaria presenza della volontà dell'emittente di vincolarsi¹⁶⁴. Tali parametri non possono essere utilizzati singolarmente, ma qualora vi sia un contenuto pubblicitario sufficiente e necessario ad ingenerare un legittimo affidamento del percettore del messaggio, è palese che questo aspetto rilevi nella valutazione del profilo soggettivo dell'emittente. Nel quadro delle comunicazioni commerciali elettroniche, la disponibilità del mezzo opera a favore di quest'ultima interpretazione, giacché non essendovi limiti di tipo spaziale né vincoli economici nella presentazione dell'offerta sul sito web del prestatore, il criterio oggettivo sarà presumibilmente sempre soddisfatto¹⁶⁵. Inoltre, come appena affermato, la contrattazione su Internet si presenta come contrattazione di massa nella quale il momento delle trattative è ridotto fino a scomparire, e ciò appare evidente anche dalla scelta del legislatore europeo di limitare l'applicazione della norma concernente le informazioni "contrattuali" nei contratti stipulati elettronicamente a quelli che non sono stati conclusi esclusivamente mediante scambio di messaggi di posta elettronica o comunicazioni individuali equivalenti¹⁶⁶. La mancanza di trattative, e quindi di comunicazione diretta tra le parti, induce ad un maggiore affidamento del destinatario circa il contenuto della comunicazione commerciale, tanto che in base al principio di buona fede sussisterà un obbligo in capo all'emittente della comunicazione commerciale di non predisporre clausole contrattuali difformi rispetto a quelle pubblicizzate. In concreto, dunque, il mittente della comunicazione commerciale sarà tenuto a verificare che anche le alternative prospettate all'utente-consumatore al momento della compilazione del formulario telematico non siano in conflitto con i contenuti della comunicazione pubblicitaria, e d'altronde non siano passibili di subire una modifica dovuta a circostanze che l'emittente avrebbe potuto ragionevolmente prevedere¹⁶⁷.

Il dovere di informazione, quindi, si estende come ambito di applicazione al di là della fase pre-contrattuale quale concretizzazione della buona fede nella negoziazione, fino ad assumere il rango di dovere contrattuale¹⁶⁸, ovvero regole di validità della legge contrattuale e

¹⁶⁴ Così in F. Cafaggi, voce "Pubblicità commerciale", cit., 482.

¹⁶⁵ La direttiva sulle pratiche sleali, infatti, impone come scriminante per la valutazione delle omissioni ingannevoli la natura del mezzo che veicola le informazioni affermando all'art. 7, c. 3 che "Qualora il mezzo di comunicazione impiegato per comunicare la pratica commerciale imponga restrizioni in termini di spazio o di tempo, nel decidere se vi sia stata un'omissione di informazioni si tiene conto di dette restrizioni e di qualunque misura adottata dal professionista per mettere le informazioni a disposizione dei consumatori con altri mezzi".

¹⁶⁶ Art. 10, c. 4. della direttiva 2000/31/CE.

¹⁶⁷ In questo modo si salvaguarda la possibilità di uno *jus variandi* in capo al soggetto fornitore del bene o del servizio in caso di eventi non prevedibili e non dipendenti dalla sua volontà, ponendo però un onere di controllo circa le circostanze ragionevolmente prevedibili.

¹⁶⁸ Si tenga presente che già l'ordinamento italiano aveva individuato nella buona fede la fonte di precisi obblighi integrativi ed accessori rispetto all'obbligo principale della prestazione (c.d. obblighi di protezione), tuttavia la rilevanza contrattuale dell'informazione era ristretta nell'alveo dei vizi della volontà, senza un ruolo più incisivo. v. C. Castronovo, *Obblighi di protezione*, in Enc. Giur., XXI, 1990; A. Di Majo, *Libertà contrattuale e dintorni*, in Riv. Crit. Dir. Priv., 1995, 18.

trasformando i tradizionali elementi di validità in regole d'azione¹⁶⁹. Nel caso in cui il professionista non adempia ad uno degli obblighi informativi previsti possono dunque sussistere diverse sanzioni in relazione al contenuto dell'obbligo stesso: qualora l'obbligo imposto abbia l'obiettivo di salvaguardare l'utente dall'eventuale carenza percettiva del bene o servizio acquistato, allora tale attività sarà collegata all'esercizio del diritto di recesso, decorrente dal momento di ricevimento del bene o servizio¹⁷⁰. Se, invece, l'obbligo è finalizzato alla corretta conformazione della volontà negoziale dell'utente, allora tale attività sarà ritenuta inderogabile e, dunque, sulla base del generale dovere di correttezza nella contrattazione potranno essere esperiti anche i rimedi civilistici di tutela di invalidità o risarcitoria¹⁷¹. In quest'ultimo caso, è possibile apprezzare l'ipotesi di una causa di invalidità del contratto telematico, presentata da Aurelio Gentili¹⁷², che individuando dal disposto normativo il carattere imperativo dell'art. 10 c. 1 della direttiva n. 2000/31/CE, ritiene di

Sul processo di contrattualizzazione dell'informazione pre-contrattuale si veda G. Grisi, *Gli obblighi di informazione*, cit., 152; R. Alessi, *Luci e ombre del nascente diritto europeo dei contratti*, cit., 29; Ead., *Consensus ad idem e responsabilità contrattuale*, cit., 126; D. Valentino, *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, cit. 136; V. Roppo, *L'informazione precontrattuale: spunti di diritto italiano, e prospettive di diritto europeo*, Riv. Dir. Priv. 2004, 757; A. Jannarelli, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti fra imprese e tra imprese e consumatori*, cit., 81; E. Camilleri, *La formazione unilaterale del rapporto obbligatorio*, Torino, Giappichelli, 2004, 161; F. Cafaggi, voce "Pubblicità commerciale", cit., 477; E. Damiani, *Informazioni precontrattuali e responsabilità*, in E. Del Prato (a cura di), *Violazioni del contratto – Danni e rimedi*, Milano, Giuffrè, 2003, 169; T. Febbrajo, *L'informazione ingannevole nei contratti del consumatore*, Napoli, ESI, 2006, 133 e ss.

¹⁶⁹ Ciò porterebbe a riformulare la tradizionale distinzione fra regole di validità e regole di correttezza nella quale si ascriveva la violazione degli obblighi di informazione non tanto alla prima categoria quanto alla seconda. L'autore che maggiormente si è occupato di tale fenomeno, (G. D'Amico, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, ESI, 1996, 10), aveva chiaramente distinto le due fattispecie sulla base delle loro reciproche differenze dal punto di vista sia strutturale che funzionale. Le regole di validità sono ritenute regole tipicamente formali, "nel senso che i criteri da esse espressi – attingendo alla struttura del fenomeno – sono per lo più formalizzati, cioè posti esplicitamente dal legislatore". Viceversa, le regole di correttezza si atteggiano "come tipiche 'clausole generali', il cui contenuto precettivo non è direttamente indicato dalla legge, ma si desume da forme sociali tipizzate alla stregua di standards comportamentali dai contorni per lo più abbastanza ampi"¹⁶⁹. La diversità di struttura, dunque, si riflette sulla rispettiva funzione: le regole di validità stabiliscono le condizioni di vincolatività dell'accordo, le altre veicolano istanze di correttezza e moralità delle contrattazioni. Questa differenza, secondo la stessa fonte, si ripercuoterebbe sui rimedi che la parte può esperire in caso di comportamento scorretto: nel caso di regole di validità può essere rimessa in discussione la stessa esistenza del contratto o di una sua parte, mentre nel caso di regole di correttezza la violazione rilevarebbe soltanto a fine risarcitorio. Questa costruzione dottrinale, però, non può più essere riconosciuta soprattutto alla luce degli interventi di matrice comunitaria in tema di protezione del consumatore. Infatti, già altra parte della dottrina, aveva osservato che anche la direttiva n. 93/13/CE con il suo richiamo alla buona fede contrattuale rappresentava il segno di una normativa pronta "a contaminare il giudizio di validità con parametri che la tradizione colloca nella sfera dei giudizi sui comportamenti", sottolineando che proprio gli obblighi informativi sono i fattori ritenuti capaci di incidere sulla validità del contratto (così in V. Roppo, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in S. Mazzamuto (a cura di), *Il contratto e le tutele*, cit., 46; e successivamente G. Vettori, *Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità*, Riv. dir. priv., 2003, 241).

Sul tema della distinzione generale fra regole di validità e regole di correttezza si veda anche V. Pietrobon, *Errore volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, Cedam, 1990, 155; L. Carraio, *Valore attuale della massima "fraus omnia corrumpit"*, Riv. trim. proc. civ., 1949, 797; A. Trabucchi, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Padova, Cedam, 1937.

¹⁷⁰ Si vedano gli obblighi previsti ex art. 5 della direttiva n. 97/7/CE.

¹⁷¹ D. Valentino, *Recesso e vendite aggressive*, cit., 220 che richiama a sostegno C.M. Bianca, *Diritto civile*, III, Milano, Giuffrè, 1990, 168; A. Tomassetti, *Obblighi di informazione e responsabilità nella disciplina della "vendita porta a porta"*, in G. Vettori (a cura di), *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Padova, Cedam, 1999, 314.

¹⁷² A. Gentili, *L'inefficacia del contratto telematico*, Riv. dir. civ., 2000, 760; nello stesso senso anche E. Tosi, *Il contratto virtuale*, cit., 413.

poter affermare l'esistenza di una nullità c.d. virtuale¹⁷³ nel caso di mancato adempimento della citata disposizione. La reticenza, nel quadro delle contrattazioni telematiche, può lasciar presupporre anche il consapevole comportamento dannoso del professionista (quale fattispecie di dolo omissivo) poiché: “di fronte all’obbligo legale, alla sicura rilevanza dell’informazione per la formazione della volontà dell’acquirente, e alla inevitabile coscienza del fornitore che senza quelle informazioni la volontà di acquisto si formerà artatamente, diventa difficile negare che ricorrano tutti i presupposti per la ricorrenza del dolo vizio”¹⁷⁴. Dunque, l’ipotesi del dolo potrà, a seconda del fatto che essa abbia inciso sulla conclusione del contratto, essere determinante o incidente, comportando nel primo caso la annullabilità del contratto, nel secondo, il risarcimento del danno, salvaguardando così la possibilità che, nell’interesse dell’utente-consumatore, il contratto stipulato sia mantenuto in vita.

4. 6. 3. Il neoformalismo contrattuale

Le norme finalizzate ad assicurare l’esatta informazione circa l’operazione economica, sia in ragione del contenuto del contratto, sia in ragione della composizione del prodotto o delle modalità del servizio, sia in ragione del trattamento giuridico, hanno un’ulteriore caratteristica che le accomuna: la presenza di un obbligo di documentazione delle stesse informazioni.

Per comprendere come tale aspetto può incidere sulla tipologia di contrattazione in esame è fondamentale affrontare il differente significato di forma del contratto¹⁷⁵ e di formalismo contrattuale. Il primo concetto rappresenta la “esteriorizzazione” dell’atto di autonomia

¹⁷³ G. Affermi, V. Roppo, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: due punti fermi della cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, Nota a Cass. sez. I civ. 29 settembre 2005, n. 1904, in *Danno e responsabilità*, 2006, 29; V. Scalisi, *Contratto e regolamento nel piano d’azione delle nullità di protezione*, Riv. dir. civ., 2005, 459; Id., *Nullità ed inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, Eur. dir. Priv., 2001, 489.

Nel silenzio della legge, la nullità consegue solo ove necessario in sensi della *ratio* della norma imperativa violata [cfr. A. Gentili, *Le invalidità*, in E. Gabrielli (a cura di), *I contratti in generale*, II, Trattato dei contratti, diretto da P. Rescigno, 1332; F. Galgano, *Il negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da P. Schlesinger, Milano, Giuffrè, 2002, 269]. L’area delle nullità virtuali è dunque residuale e si rende applicabile non a qualsiasi norma imperativa, ma unicamente nel caso in cui il contrasto con la norma imperativa si riveli nella formazione dell’accordo, nella qualità dei soggetti contraenti, nella violazione di una tipologia legale inderogabile, nell’impossibilità giuridica dell’oggetto.

¹⁷⁴ A. Gentili, *L’inefficacia del contatto telematico*, cit., 762.

¹⁷⁵ È necessario evidenziare che, per esempio, nel diritto italiano non è presente una definizione di forma, ma la dottrina ne è indicato il concetto esprimendosi con le espressioni di “*mezzo sociale attraverso il quale le parti manifestano il loro consenso*” (C.M. Bianca, *Diritto civile*, vol. 3, *Il contratto*, Milano, Giuffrè, 1987, 279), o di “*aspetto dell’atto*” (F. Di Giovanni, *La forma*, in E. Gabrielli (a cura di), *I contratti in generale*, in P. Rescigno (a cura di), *Trattato dei contratti*, Torino, Utet, 1999, 767); ovvero di “*modo con il quale il negozio è, ossia si presenta ad altri nella vita di relazione*” (E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, Utet, 1960, 125).

privata, mentre il secondo concetto sottolinea la necessaria conformità fra la forma dell'atto e il contenuto dello stesso¹⁷⁶.

Per comprendere come dalla prima formulazione si è passati alla seconda è necessario considerare il fatto che ogni atto contrattuale ha necessariamente una sua forma di compimento, in tal senso, la richiesta di una forma specifica è sempre stata interpretata quale deroga al principio generale di libertà della forma¹⁷⁷. Questa deroga è stata giustificata nella legislazione di matrice comunitaria non più soltanto per l'esigenza di tutelare i soggetti terzi circa la venuta ad esistenza dell'atto di autonomia (quale forma *ad probationem*), o per la necessità di predisporre una documentazione e dare certezza all'atto che si compie (forma *ad substantiam*)¹⁷⁸. Piuttosto, il requisito formale diventa la modalità tecnica da utilizzare per tutelare entrambe le parti, consentendo loro di valutare con maggiore attenzione il contenuto dell'accordo che andranno a concludere.

Il formalismo contrattuale, dunque, si riferisce ad alcune manifestazioni che possono collocarsi sia nella fase precedente sia nella fase successiva alla conclusione del contratto, ricorrendo più specificamente durante la fase procedimentale che conduce alla stipula dell'atto e per la gestione di specifiche situazioni che intervengono nel corso del rapporto contrattuale.

Se la forma del contratto salvaguarda la posizione dei terzi che del contratto possono direttamente o indirettamente subirne gli effetti, il formalismo negoziale è finalizzato alla protezione degli interessi delle stesse parti che pongono in essere la contrattazione. Più precisamente, tale strumento aspira a favorire l'intelligibilità e la certezza delle regole del gioco contrattuale, stabilendo un corretto e soddisfacente scambio di informazioni tra i protagonisti della trattativa e del successivo rapporto contrattuale, capace altresì di ridurre al minimo le incertezze e quindi l'eventualità di contenziosi. Ciò manifesta peraltro un duplice

¹⁷⁶ F. Di Marzio, *Riflessioni sulla forma nel nuovo diritto dei contratti*, Riv. crit. dir. priv., 2002, 397, laddove l'Autore riconosce che la dottrina partendo dalla considerazione del "negozio non come volontà creatrice di effetti giuridici esteriorizzata attraverso la forma, ma come autoregolamento di privati interessi e dunque dato della realtà sociale [...] sottopose a critica l'artificiosa distinzione tra forma esteriore ed essenza interna dell'atto: esso, come tale, è costituito dalla compresenza inscindibile di entrambe giacché in nessun modo può esistere se non sotto una determinata forma". Si veda anche F. Messineo, *Il contratto in generale*, in A. Cicu e F. Messineo (a cura di), *Trattato di dir. civ. e comm.*, XXI, I, Milano, Giuffrè, 1968, 143; A. Jannarelli, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti fra imprese e tra imprese e consumatori*, e F. Masucci, *La forma del contratto*, entrambi in N. Lipari (a cura di), *Diritto Privato Europeo*, Padova, Cedam, 1997, II, rispettivamente 48 e 575. Per un'analisi della disciplina inglese in materia si veda S. Whittaker, *The reformulation of contractual formality*, in P. Birks e A. Pretto (a cura di), *Themes in comparative law*, cit., 199.

¹⁷⁷ P. Perlingieri, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, ESI, 1986, 30. Si veda anche R. Sacco, *Il contratto*, in R. Sacco, *Trattato di dir. civ.*, Torino, Utet, 1993, 571 dove l'Autore, tenendo conto delle numerose limitazioni introdotte legalmente al principio di libertà della forma, ne afferma una "ovvia relatività".

¹⁷⁸ Per una analisi del diritto tedesco si veda, P. Mankowski, *Formvorschriften und Europäisches Privatrecht*, in H. Schulte-Nölke, R. Schulze, L. Bernardeau (a cura di), *Europäisches Vertragsrecht im Gemeinschaftsrecht/European Contract Law in Community Law*, Colonia, 2002, 185. L'Autore individua ben dodici funzioni ascrivibili alla previsione di un obbligo di forma, fra cui spiccano le tradizionali finalità di documentazione, probatoria e di autenticazione.

obiettivo di tutela del formalismo che opera non soltanto nei confronti dei soggetti che nel caso concreto si trovano ad interagire, ma tale strumento consente anche di giungere ad una regolazione del mercato¹⁷⁹ salvaguardando gli interessi di tutti i potenziali contraenti che operano sul mercato¹⁸⁰.

Da ciò si evince come il legame fra forma e formalismo negoziale sia affine a quello fra forma e sostanza, in altre parole, l'osservanza della prima *non sufficit* alla certezza e alla conoscenza dell'atto per entrambe le parti, ma deve legarsi strettamente alla ricorrenza di un particolare contenuto del contratto, le cui caratteristiche sono chiaramente verificabili¹⁸¹.

Nell'esperienza comunitaria, la forma e il formalismo hanno appunto questo legame, e sono numerose le ipotesi in cui il legislatore ha previsto un obbligo d'informazione cui sia correlato un obbligo di forma che documenta l'avvenuta trasmissione della stessa informazione. Per esempio si parla di un obbligo di forma scritta per quanto riguarda il contenuto dell'intero accordo contrattuale nella direttiva sul credito al consumo¹⁸², stesso tenore ha la norma prevista nella direttiva sulle vendite porta a porta, all'art. 4, c. 1¹⁸³, mentre si parla di consegna di un documento che contenga le necessarie informazioni nella direttiva sulla multiproprietà¹⁸⁴. La direttiva sulle vendite a distanza differenzia poi due fasi di invio delle informazioni, quelle preliminari per le quali non sussiste un obbligo di forma scritta ma si prevede che esse debbano essere fornite *“in modo chiaro e comprensibile, con ogni mezzo adeguato alla tecnica di comunicazione a distanza impiegata, osservando in particolare i principi di lealtà in materia di*

¹⁷⁹ *“Le prescrizioni di forma debbono qualificarsi di ordine pubblico, soprattutto in settori economici dalle dialettiche particolarmente complesse, in cui la razionalizzazione e la certezza delle regole costituiscono i presupposti indefettibili del funzionamento dell'impresa nel rispetto della libertà e autonomia del contratto”*, G. Capo, *Attività d'impresa e formazione del contratto*, Milano, Giuffrè, 2001, 233.

¹⁸⁰ A ciò si collega la predisposizione di obblighi informativi concernenti il contenuto delle clausole contrattuali previste dal legislatore europeo anche nel quadro della contrattazione a distanza (artt. 4, c. 2 e 5, c. 1 della direttiva n. 97/7/CE, e art. 10, c. 3, della direttiva n. 2000/31/CE). Per capire il fenomeno bisogna considerare il ruolo del negozio giuridico, sempre più considerato dal legislatore come strumento di informazione: ovvero come insieme di informazioni che le parti si scambiano e determinano per regolare il rapporto. In special modo, nel caso di predisposizione unilaterale, non essendoci trattative, il testo diviene mezzo principale, se non esclusivo di trasmissione delle informazioni.

¹⁸¹ Si veda la suggestiva immagine fornita da P. Mankowski, *Information and formal requirements in EC private law*, *European Review of Private Law*, 2005, 781, *“[f]ormal requirements are instrumentalized in order to convey certain messages, to transport certain pieces of content to the intended recipient. The formal requirement is not a purpose of its own but is the loyal servant of a substantive purpose. In this way substance reigns over form. Form is the clothing, the wrapping, and the core itself is the content. Master and servant are clearly discernible. The content is the master, the form is only the servant”*. Nello stesso senso, F. Bocchini, *Nozione di consumatore e modelli economici*, in F. Bocchini (a cura di), *Diritto dei consumatori e nuove tecnologie*, cit., 34, in cui l'Autore afferma che la stessa richiesta di *“forma dell'informazione documenta anche la intervenuta esecuzione di questa”*.

¹⁸² Art. 4, c. 1: *“I contratti di credito devono essere conclusi per iscritto. Il consumatore deve ricevere un esemplare del contratto scritto”*

¹⁸³ Art. 4: *“Il commerciante deve informare per iscritto il consumatore, nel caso di transazioni contemplate all'articolo 1, del suo diritto di rescindere il contratto entro i termini di cui all'articolo 5, nonché del nome e indirizzo della persona nei cui riguardi può essere esercitato tale diritto. Detta informazione deve recare una data e menzionare gli elementi che permettono d'individuare il contratto”*.

¹⁸⁴ Art. 3, c. 1: *“Gli Stati membri prevedono nella loro legislazione disposizioni adeguate affinché il venditore sia tenuto a consegnare ad ogni persona che richieda informazioni sul bene immobile o sui beni immobili un documento a tal fine. Oltre ad una descrizione generale del bene o dei beni, il documento contiene almeno informazioni succinte e precise sugli elementi indicati nell'allegato, lettere da a) a g), i) e l) e indica come si possono ottenere ulteriori informazioni”*.

transazioni commerciali”, e quelle successive alla conclusione del contratto per le quali, invece, sussiste l’obbligo di forma scritta o di “*altro supporto durevole a sua disposizione ed a lui accessibile*”¹⁸⁵. La necessità di lasciare aperta la porta a nuove forme di documentazione, non soltanto in forma scritta, appare anche nella disciplina prevista dalla direttiva sul commercio elettronico che all’art. 10, c. 3, individua l’obbligo di rendere disponibili le clausole e le condizioni generali del contratto al destinatario del servizio della società dell’informazione “*in modo che gli permetta di memorizzarle e riprodurle*”¹⁸⁶. Anche la direttiva sulla vendita di strumenti finanziari a distanza ha utilizzato la medesima terminologia di supporto durevole, ma ne ha finalmente fornito una definizione: “*qualsiasi strumento che permetta al consumatore di memorizzare informazioni a lui personalmente dirette in modo che possano essere agevolmente recuperate durante un periodo di tempo adeguato ai fini cui sono destinate le informazioni stesse, e che consenta la riproduzione immutata delle informazioni memorizzate*”¹⁸⁷. È possibile ritenere che il chiarimento sia stato individuato non soltanto per la direttiva in questione ma con l’intero *corpus* di norme che fanno riferimento allo stesso concetto, enfatizzando l’importanza del fattore tempo nel senso di una disponibilità indeterminata e di una riproducibilità delle stesse informazioni¹⁸⁸.

Come abbiamo precedentemente affrontato, l’utilizzo di questo strumento è finalizzato al superamento delle asimmetrie informative presenti nel mercato, ed in particolare nei rapporti che intercorrono con i consumatori. La previsione di un obbligo informativo, gravante sulla collettività degli operatori professionali, permette di spostare il peso della ricerca delle informazioni sul c.d. *cheapest cost avoider*, ovvero sul soggetto che ha la possibilità di reperire le informazioni ad un costo inferiore; inoltre, la previsione di un obbligo di documentazione in forma scritta (o su supporto durevole) dell’avvenuto trasferimento dei dati, dal punto di vista tecnico, permette di ottenere con maggiore facilità la prova dell’avvenuta trasmissione dei dati richiesti¹⁸⁹.

¹⁸⁵ Rispettivamente artt. 4, c. 2, e 5, c. 1. Secondo E. Tosi, *Il contratto virtuale*, cit., 422, il caso delle informazioni fornite nel momento anteriore o contestuale all’esecuzione del contratto, configura un’ipotesi di obbligo confermativo (poiché ripete il contenuto informativo già previsto nella fase antecedente), e integrativo (relativo alle informazioni specificamente previste dall’art. 5).

¹⁸⁶ Si tenga presente che la stessa direttiva richiede all’articolo precedente che “[g]li Stati membri provvedono affinché il loro ordinamento giuridico renda possibili i contratti per via elettronica. Essi, in particolare, assicurano a che la normativa relativa alla formazione del contratto non osti all’uso effettivo dei contratti elettronici e non li privi di efficacia e validità in quanto stipulati per via elettronica”, ciò in particolare si afferma per quanto riguarda i requisiti di forma necessari per la stipula di detti contratti (considerando 34).

¹⁸⁷ Art. 2, lett. f) della direttiva n. 2002/65/CE. Già nella proposta di direttiva la definizione appariva all’interno del testo con una capacità descrittiva più ampia.

¹⁸⁸ P. Mankowski, *Information and formal requirements in EC private law*, cit., 786; G. Pizzolante, *Contrattazione a distanza e tutela del consumatore in diritto comunitario*, in *Dir. comm. int.*, 2000, 400.

¹⁸⁹ D. Valentino, *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, cit., 250.

Per l’analisi delle direttive che affrontano i requisiti di forma in relazione alla loro applicabilità nel commercio elettronico, si veda *Final Study on Consumer Law and Information Society*, PricewaterhouseCoopers in collaborazione con l’Università di Tilburg, 2000, 54.

Nel caso del commercio elettronico queste considerazioni sono supportate anche dal fatto che lo stesso mezzo di comunicazione rende più facile la produzione, l'invio e la sottoscrizione di documenti digitali rispetto alla tradizionale documentazione cartacea. Da un lato, infatti, il prestatore dei servizi della società dell'informazione ha l'opportunità di inserire, nel proprio sito *web*, tutte le informazioni che la singola tipologia contrattuale richiede; dall'altro il destinatario del servizio può salvare lo stesso insieme di dati anche nel proprio computer consultandolo sia forma digitale, sia stampandolo in un momento successivo¹⁹⁰.

Tuttavia, questo fatto eliminando alcune delle problematiche che giustificano un requisito di forma, ne inserisce altre che non possono essere trascurate. In particolare, la corretta corresponsione delle informazioni preliminari può essere disattesa da un eccesso di informazioni: per esempio, il prestatore di servizi può affiancare anche ulteriori nozioni utili – ma superflue – per il destinatario all'interno della stessa pagina web, però ciò può essere la causa di una dispersione dell'attenzione dello stesso soggetto limitando la capacità dell'utente di individuare le informazioni veramente utili per il compimento della scelta negoziale. Di conseguenza, la comunicazione di troppi dati giungerebbe a compromettere il raggiungimento dell'obiettivo verso il quale le informazioni stesse sono fornite, invece di ottimizzare la comprensione del reale contenuto dell'affare, si trasforma in una fonte di ulteriore confusione o ambiguità¹⁹¹. In questo frangente, due sono le possibili soluzioni: la limitazione quantitativa delle informazioni da veicolare al contraente nella fase pre-contrattuale, oppure un potenziamento dei vincoli concernenti la qualità delle informazioni veicolate.

Nella prima prospettiva si pongono gli studiosi che integrano la valutazione dell'efficacia degli obblighi informativi con gli studi socio-economici in materia di comportamenti negoziali dei consumatori (c.d. *behavioural economics*¹⁹²). Per esempio, Annette Nordhausen¹⁹³

¹⁹⁰ Un ulteriore vantaggio derivante dall'utilizzo delle tecnologie informatiche (presentato da R. Borruso e G. Ciacci, *Diritto civile e Informatica*, cit., 235 e ss.) è quello di una possibile applicazione dell'ipertestualità allo stesso contenuto negoziale: attraverso la predisposizione di link di chiarimento per i termini di uso non corrente, oppure l'integrazione delle progressive modifiche, correzioni, integrazioni, ecc. subite dal testo contrattuale lungo tutto il corso delle negoziazioni, o ancora la predisposizione di un timer automatico che non permetta la sottoscrizione del contratto prima del decorso del tempo ritenuto necessario ad una lettura del testo stesso, ed infine la possibilità di inserire immagini utili alla migliore comprensione del testo contrattuale.

¹⁹¹ P. Mankowski, *Information and formal requirements in EC private law*, cit., 784; G. Howells, *The potential and limits of consumer empowerment by information*, *Journal of Law and Society*, 2005, 360.

Un'opposta interpretazione è data da F. Greco, *Profili del contratto del consumatore*, cit., 145, laddove l'Autore riconosce che la normativa consumeristica sulla forma "se da un lato garantisce un contenuto minimo dell'informazione, dall'altra produce un effetto limitativo, posto che è difficile ipotizzare che il professionista, sua sponte, decida di ampliare la griglia di informazioni che la legge gli impone di fornire"; nello stesso senso M. De Poli, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Cedam, Padova, 2002, 258.

¹⁹² Si vedano i.a. C. Jolls, C.R. Sunstein e R. Thaler, *A behavioural approach to Law & Economics*, 50 *Stanford Law Rev.* 1470 (1998); C.R. Sunstein (a cura di), *Behavioural Law & Economics*, New York, Cambridge University Press, 2000; J. Hanson e D. Kysar, *Taking behaviouralism seriously: the problem of market manipulation*, 74 *New York University Law Rev.* 630 (1999); Id., *Taking behaviouralism seriously: evidence from market manipulation*, 112 *Harvard Law Rev.* 1420

analizzando la proposta di direttiva sulle pratiche commerciali sleali aveva riconosciuto il merito al legislatore europeo nell'aver differenziato fra obblighi informativi concernenti informazioni materiali e non. In questo modo, infatti, l'Autrice riconosce un'agevolazione nell'attuazione della direttiva da parte degli Stati membri, poiché è la stessa normativa a porre un criterio di priorità fra le violazioni che possono interessare le informazioni materiali rispetto alle altre. Inoltre, ciò consentirebbe di ridurre il numero di informazioni da ritenersi necessarie, ma sufficienti, per la consapevole scelta dell'utente di stipulare il contratto: in questo modo l'utente potrebbe più facilmente riconoscere gli aspetti distintivi del costituendo negozio, perfezionando, anche in un momento successivo, la propria conoscenza circa gli aspetti non fondamentali per la propria decisione¹⁹⁴.

Ciò nonostante, tale posizione è stata contestata da altra parte della dottrina, che ha ritenuto inopportuno porre limiti sulla informativa trasmessa al cliente – così come l'ipotesi di un'interpretazione restrittiva delle regole sull'informazione – quale via d'uscita alla quale far ricorso per evitare il rischio di *information overload* paventato, e ciò soprattutto in caso di operazioni nelle quali il tecnicismo è elevato¹⁹⁵. Piuttosto, si è proposto di potenziare la qualità delle informazioni, in ragione della loro chiarezza e dell'utilizzo di un linguaggio che le renda comprensibili a chiunque. Come già accennato in precedenza, le direttive che si sono succedute in tema di protezione del consumatore hanno di volta in volta imposto sul professionista una serie di obblighi informativi nei quali si richiedeva non soltanto che un determinato contenuto fosse veicolato verso il consumatore, ma che questo fosse altresì “*chiaro e comprensibile*”¹⁹⁶. Il primo aspetto si riferisce alle modalità esteriori con le quali le clausole si esprimono: la leggibilità e la riconoscibilità¹⁹⁷. Mentre il secondo aspetto attiene al

(1999); D. Langevoort, *Behavioural theories of judgement and decision making in legal scholarship: A literature review*, Vanderbilt Law rev., 1998, 1502.

Si veda in particolare G. Miller, *The magical number seven, plus or minus two: Some limits on our capacity for processing information*, 63 Psychological Rev. 81 (1956), nel quale l'Autore sostiene che la capacità naturale di acquisire informazioni della mente umana è molto limitata e tendenzialmente essa suddivide le informazioni in parti, riuscendo a maneggiare un numero limitato di tali frammenti (il massimo che riesce a mantenere si ritiene sia sette frammenti).

¹⁹³ A. Nordhausen, *Information requirements in E-Commerce directive and the proposed directive on unfair commercial practices*, cit., 113.

¹⁹⁴ Nello stesso senso si è posto anche B. Wendlandt, *EC directives for self-employment of commercial agents and on timesharing*, cit., 75. Si veda anche M. Radeideh, *Fair trading in EC law – Information and consumer choice in the internal market*, Groningen, Europa Law Publ., 2005, 208 che riconosce come un passo rivolto alla migliore comprensione da parte del consumatore la semplificazione delle informazioni veicolate, e l'utilizzo della lingua madre del consumatore.

¹⁹⁵ Cfr. G. Alpa, *Storia, fonti e interpretazione*, in G. Alpa (a cura di), *Trattato dir. civ.*, Milano, Giuffrè, 2000, 719.

¹⁹⁶ La direttiva n. 2000/31/CE rafforza l'endiadi aggiungendo anche il termine “*inequivocabile*”, ex art. 10.

¹⁹⁷ P. Giammaria, *Art. 1469-quater. Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, in G. Alpa e S. Patti (a cura di), *Commentario degli artt. 1469 bis-1469-sexties del Codice Civile*, Milano, Giuffrè, 1997, 673, laddove l'Autore afferma che la chiarezza comporta che le clausole del contratto vengano predisposte dal punto di vista tipografico, in maniera uniforme e logicamente consequenziale, onde evitare che un diverso rilievo di una rispetto all'altra, ovvero

contenuto delle condizioni contrattuali, segnalando l'attitudine a rendere edotta la controparte circa l'insieme di diritti ed obblighi derivanti dal contratto, limitando l'introduzione di tecnicismi e terminologie di tipo settoriale che possano determinare l'impossibilità per il destinatario di accedere al concreto significato delle clausole¹⁹⁸. Dunque, la chiarezza e la comprensibilità del messaggio rispondono all'esigenza di assicurare l'indicazione non equivoca dei punti fondamentali dei termini dell'accordo, dei suoi effetti giuridici e dei suoi effetti economici, consentendo alla controparte "l'emissione di un atto volitivo fondato sulla conoscenza della materia oggetto della negoziazione"¹⁹⁹.

In questo senso, si può osservare come la mancata elencazione tassativa e dettagliata del contenuto contrattuale da veicolare al destinatario dei servizi nella direttiva sul commercio elettronico possa rafforzare il livello qualitativo dell'informazione veicolata. Infatti, la richiesta di trasparenza nel contratto rappresenta la chiave di accesso per un controllo esaustivo e rigoroso del contenuto contrattuale, poiché lega la disciplina sul commercio elettronico a quella antecedente in materia di clausole abusive, laddove appunto il difetto di trasparenza può portare ad un giudizio di vessatorietà delle clausole contrattuali²⁰⁰. L'applicazione di tali regole, qualora il testo contrattuale presenti con un livello di ambiguità tale che il consumatore non possa comprenderne il contenuto, consente di esperire una serie di rimedi che possono portare non soltanto alla completa estromissione delle clausole contrattuali

l'utilizzo di caratteri eccessivamente ridotti induca il consumatore ad una minore considerazione della clausola; nello stesso senso V. Rizzo, *Trasparenza e contratti del consumatore*, Napoli, ESI, 1997, 45.

¹⁹⁸ M. Costanza, *Condizioni generali del contratto e contratti stipulati dai consumatori*, in C.M. Bianca e G. Alpa (a cura di), *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori: l'attuazione della direttiva n. 93/13/CE*, Padova, Cedam, 1996, 544; F. Di Giovanni, *La regola di trasparenza nei contratti con i consumatori*, Torino, Giappichelli, 1998, 71; E. Roppo, *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*, 1975, Milano, 186 laddove l'Autore afferma che "le condizioni generali di contratto predisposte si reputano conoscibili secondo l'ordinaria diligenza – e perciò efficaci nei confronti dell'aderente – solo se il predisponente abbia curato di metterle a disposizione dell'aderente in modo che questi possa, a sua richiesta, agevolmente prenderne lettura; e, ancora, se le condizioni medesime – così messe a disposizione dell'aderente – risultino facilmente leggibili e comprensibili (un requisito in assenza del quale sarebbe del tutto vanificato il principio che alla 'conoscenza' dell'art. 1341, primo comma assegna ad oggetto non solo la esistenza, ma anche il contenuto delle clausole uniformi)".

¹⁹⁹ F. Greco, *Profili del contratto del consumatore*, cit., 91.

La tesi prevalente riconosce la trasparenza, di cui i criteri di chiarezza e comprensibilità sono una formulazione applicativa, "non come un valore-fine, ma come un valore-mezzo, giacché la chiarezza delle informazioni serve ad elevare il grado di conoscibilità del cliente, ma non basta da sola, a neutralizzare i rischi di abusi nei confronti del contraente debole, se l'ordinamento non assicura le condizioni tali da garantire un adeguato livello di tutela", così in F. Volpe, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, cit., 115. Si veda anche J.J.C. de Sousa Ribeiro, *L'imperatif de transparence*, in H. Sculte-Nolke, R. Schulze e L. Bernardeau (a cura di), *Europäische Vertragsrecht im Gemeinschaftsrechts*, Colonia, Bundesanzeiger, 2002, 218, laddove l'Autore, rifacendosi alle categorie individuate da Dworkin, afferma che "la transparence est plutôt une policy qu'un principe".

²⁰⁰ F. Volpe, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, cit., 117, "il principio di trasparenza è tutt'altro che privo di sanzione, ma, non potendo come nelle discipline di settore prevedere una serie di obblighi informativi assistiti da strumenti sanzionatori in caso di inadempimento dell'operatore qualificato, lo rintraccia nella capacità di autorizzare più penetranti controlli sulla vicenda contrattuale, quando non sia stato rispettato adeguatamente uno standard minimo di comprensibilità".

ambigue dal testo²⁰¹, ma persino ad un'interpretazione *contra proferentem*, ovvero in favore del soggetto svantaggiato dalla contrattazione²⁰².

²⁰¹ Si veda la critica di F. Di Giovanni, *La regola di trasparenza nei contratti con i consumatori*, cit., 45, che, a fronte dell'interpretazione che veda il difetto di trasparenza quale un vizio *lato sensu* formale che dunque impedisce l'inclusione delle clausole manchevoli di chiarezza e comprensibilità nel regolamento contrattuale, afferma che tale interpretazione riduce la rilevanza applicativa della norma sulla trasparenza alle sole ipotesi di difetto assoluto di comprensibilità della clausola. Secondo l'Autore, invece, l'ambito di operatività della norma appare più ampio, quale principio di carattere generale: vi possono essere ipotesi in cui il difetto di trasparenza comporta la radicale impossibilità di inclusione della clausola nel contratto, e casi nei quali esso assume il ruolo di elemento sintomatico della vessatorietà della clausola (quale precetto guida nell'interpretazione delle clausole valide ma ambigue).

²⁰² F. Di Giovanni, *La regola di trasparenza nei contratti con i consumatori*, cit., 78; E. Ferrante, *Contractual disclosure and remedies under the unfair contract terms directive*, in G. Howells *et al.*, *Information rights and obligations*, cit., 115.

Capitolo 5.

L'educazione del consumatore

5. 1. Migliorare la competenza per incrementare la fiducia

Uno degli obiettivi fondamentali della politica europea in materia di commercio elettronico è quello dell'incremento della fiducia del consumatore nei confronti del nuovo mezzo di comunicazione, precipuamente per quanto riguarda le modalità con le quali possa essere correttamente stipulato un contratto attraverso tale mezzo¹.

In senso ampio, la fiducia all'interno di un rapporto contrattuale si basa sull'affidamento del corretto comportamento della controparte, giustificato da una serie di eventi antecedenti che confermano questa linea di condotta². Quindi, l'affidamento verso un determinato modo di agire si basa su precedenti scambi intervenuti fra gli stessi soggetti, tali da permettere una reciproca conoscenza circa le capacità, l'integrità e le intenzioni dell'altro.

Ovviamente, tale processo di costruzione della fiducia non si affaccia facilmente nel settore telematico, poiché le interazioni che avvengono sulla rete sono, per la maggior parte, non ripetitive: l'utente che acquista beni e/o servizi su Internet può valutare diverse offerte

¹ Considerando (7) della direttiva 2000/31/CE. Per una valutazione più estesa si veda J. Dickie, *Consumer confidence and the EC Directive on Distance Contracts*, Journal of Consumer Policy, 1998, 217; ed anche C. Coteanu, *The cyberconsumer's protection*, Droit et Technologie, 2001, dossier disponibile all'indirizzo: http://www.droit-technologie.org/dossiers/cyberconsumer_protection.pdf, nel quale l'Autrice afferma che "only by increasing consumers' confidence in consumer protection law will electronic commerce generate a "snowball effect" on the B2C relationship. Consumers will participate effectively in the electronic commerce system only if respect for consumer rule is guaranteed in a concrete way", ivi p. 4.

² Nell'ambito del commercio elettronico, una delle ragioni del basso livello di fiducia è dovuto alla mancanza di un contatto concreto – quindi reale e tangibile, non virtuale – fra le parti e in relazione all'oggetto della transazione. Si veda D. Sally, *Sympathy in Games*, 44 Journal of Economic Behavior & Organization, 5, in cui l'Autore enfatizza l'aspetto della fiducia: "sympathy, fellow-feeling and trust are in some kind correlated to the physical and psychological distance". Dal punto di vista sociologico si veda anche N. Luhmann, *Familiarity, Confidence, Trust: Problems and Alternatives*, in D. Gambetta (a cura di), *Trust: Making and Breaking Cooperative Relations*, electronic edition, Dept. of Sociology, University of Oxford, 2000, 94, reperibile su <<http://www.sociology.ox.ac.uk/papers/luhmann94-107.pdf>

da un numero sempre più ampio di fornitori, selezionando quello di volta in volta migliore, ciò diminuisce la probabilità che il rapporto contrattuale sia stipulato sempre con la stessa controparte³. Questo avviene in modo preponderante dal lato del consumatore; viceversa, il professionista, pur trovandosi di fronte ad una controparte sempre diversa, avrà a suo vantaggio la possibilità di applicare il proprio modello di contratto ad ogni negoziazione⁴, proponendo così una situazione di potenziale squilibrio contrattuale fra le parti.

Per riuscire ad incrementare la fiducia del consumatore possono essere utilizzati altri requisiti: la familiarità e la reputazione.

Il primo elemento è molto spesso confuso con la fiducia, ma in realtà ne costituisce una condizione essenziale: familiarità significa capire cosa, perché, quando e dove gli altri compiono le proprie azioni. Quindi, la familiarità rappresenta la capacità di afferrare le ragioni dell'attuale comportamento degli altri, invece, la fiducia si riferisce alla capacità di intuire le modalità del futuro comportamento delle altre persone, e tale intuizione è appunto basata sulla familiarità⁵. Da questo punto di vista, è possibile creare una base di familiarità attraverso l'educazione e la diffusione di modelli conosciuti. In concreto, il professionista che desidera avvicinare l'utente, non potendo fruire della reiterazione del rapporto contrattuale con lo stesso soggetto, può utilizzare un procedimento di stipulazione conosciuto dall'utente in modo tale da favorire l'altrui dimestichezza nello svolgimento del processo di stipulazione e dunque rassicurare l'utente circa gli esiti del contratto⁶.

La reputazione, invece, è un meccanismo di *governance* capace di attestare un comportamento affidabile: da un lato, l'acquirente fruisce delle esperienze precedenti

³ Si veda la prospettiva presentata da L. Folliero, *Il contratto concluso in Internet*, ESI, Napoli, 2005, 65, in cui i contratti stipulati attraverso l'accesso al sito, non consentendo una facile individuazione dei soggetti stipulanti, sono qualificabili come contratti 'a soggetto indifferente' o 'a soggetto inidentificato o inidentificabile', poiché "la procedura di accesso al sito si presta facilmente alle ipotesi di sostituzione di una persona ad un'altra nell'effettuazione di quelle operazioni che conducono alla conclusione dell'accordo contrattuale: sovente può infatti accadere che le attività relative alla digitazione ed all'inoltro dell'ordine siano compiute da un soggetto diverso da quello che riceverà la consegna del bene", ciò può verificarsi anche il caso in cui, in un'azienda, ad occuparsi dell'acquisto di un bene o di un servizio, è il personale addetto al compimento di una simile attività.

⁴ X. Luo, *Trust Production and Privacy Concerns on the Internet. A Framework Based on Relationship Marketing and Social Exchange Theory*, 31 *Industrial Marketing Management*, 2002, 111; E. Roppo, *Il contratto*, Giuffrè, 2001, 41; A. Bitetto, *Il contratto di parcheggio: declino del potere normativo d'impresa e tutela del contraente debole nelle "quick hand transactions" (contratti di massa a conclusione rapida)*, Nota a Cass. sez. III civ. 26 febbraio 2004, n. 3863, *Foro It.*, 2004, 2133; C.M. Bianca, *Acontrattualità dei contratti di massa?*, *Vita notarile*, 2001, 1120; R. Calvo, *Le radici del moderno diritto privato europeo con riguardo al controllo sul contenuto del contratto standard*, *Contr. Impr./Eur.*, 2001, 491.

⁵ Si veda J. Noll, *European Community & E-commerce: Fostering Consumer Confidence*, 9 *Electronic Communication Law Review*, 2002, 210: "familiarity is a precondition for trust, because trust in another person or organization is built when the other person or organization behaves in accordance with one's own favourable expectations of them. These favourable behavioural expectations – which are the context of trust – are naturally context-dependent. So, understanding the given context involved – which is familiarity – is often an important antecedent. Another reason why familiarity can build trust lies in the fact that familiarity provides a framework for future expectations and lets people create concrete ideas of what to expect based on previous interactions. The reason for this is that familiarity gauges the degree that prior experience has been understood. When You saw that You were right with Your guess the first time, than You will be more confident to assess the situation correctly again the next time".

⁶ Si veda *infra*.

compiute da altri soggetti che testimoniano l'alta probabilità che il professionista porti avanti una linea di condotta corretta, dall'altro lato, il professionista non può correre il rischio di una deviazione, poiché ciò potrebbe determinare la perdita del livello di fiducia raggiunto⁷.

Questi elementi sono stati utilizzati anche dal legislatore europeo nel quadro degli interventi volti ad incrementare il livello di fiducia del consumatore, sia per quanto riguarda il settore del commercio elettronico, sia per quanto riguarda il più ampio orizzonte del diritto sostanziale europeo finalizzato al ravvicinamento delle normative nazionali in tema di protezione del consumatore⁸.

Il ragionamento proposto dal legislatore europeo è il seguente: il consumatore per riporre la propria fiducia nel mercato comunitario deve poter avere la sicurezza che il livello di protezione assicurato nel proprio stato di origine sia pari a quello presente oltre i confini territoriali. In tal modo, il consumatore che compie un acquisto fuori del suo stato di origine presso un'impresa con la quale non ha mai avuto precedenti contatti, può contare da un lato, sulla vicinanza delle norme straniere rispetto a quelle nazionali, in base all'avvenuta armonizzazione delle normative comunitarie; dall'altro, sulla presenza di elementi indiretti di reputazione che possono certificare la correttezza del futuro comportamento della controparte⁹, come ad esempio l'adesione ad un codice di condotta che disciplina la condotta degli aderenti in ogni Stato Membro, oppure la presenza di una certificazione di qualità che garantisce la conformità ad uno standard di comportamento

⁷ Ibidem: "Reputation is defined as the current assessment of an entity's desirability as established by some external person or group of persons. An entity, such as a firm, may attempt to influence its reputation through mechanisms such as signaling. This is one reason why companies advertise. But the ability of the firm to manipulate its own reputation is limited by the willingness of parties external to the firm to include these influence attempts in their overall assessment. If You had problems with a vendor You will tell Your friends, no matter what advertisements say".

Si veda quanto accennato anche nell'analisi dei sistemi reputazionali quale e-Bay presentato nel capitolo precedente, par. 4.5.1.2.1.

⁸ Si veda in questo senso T. Wilhelmsson, *The abuse of the "confident consumer" as a Justification of EC consumer law*, 27 *Journal of Consumer Policy*, 2004, 317, in cui l'Autore afferma che "[w]orrying over the legitimacy of a Union which appears distant from its citizens, European lawmakers emphasise the need to focus on the citizens when building the European legal area. The protection and support of consumers in the Union is seen as one way of gearing EC law more towards a recognition of the needs and wants of individuals".

⁹ Si veda, inoltre, J. Noll, *European Community & E-commerce: Fostering Consumer Confidence*, cit., 212. "Codes of conduct, trustmarks, seals and logos are multiplying rapidly on the Internet. They are helpful mechanisms for boosting consumer confidence in e-commerce by complementing and reinforcing the legal framework. A trustmark, seal or logo, backed by a code of conduct, can ensure good business practices and thus help to safeguard consumer interests. Being in compliance with such rules would be a good way to establish trustworthiness. [...] Competition between such codes and trust mark programs is to be encouraged because, over time, this will increase choice for the consumer and drive up standards in online business conduct. On the other hand, in the short term, there is some concern from consumers and business that there is no set of benchmarks by which business and consumers can judge the relative merits of such initiatives and rarely any adequate monitoring of their application in practice [...] consumers need to know which codes can genuinely be trusted. There is also a risk that general acceptance of codes and trustmarks will be undermined by sub-standard codes and trustmarks".

generale¹⁰. Per riprendere la terminologia sopra accennata, dunque, il consumatore deve potersi basare sulla familiarità con la disciplina di tutela approntata nel proprio sistema giuridico in modo tale da intuire il comportamento che sarà tenuto dalla controparte contrattuale, oppure potrà affidarsi alla valutazione compiuta da terzi circa la reputazione della propria controparte. In ogni caso tali elementi potranno condurre il consumatore a ritenere che le proprie aspettative potranno essere soddisfatte anche nel contratto telematico.

L'interesse del legislatore europeo è legato anche al fatto che la fiducia riposta dagli utenti nel corretto svolgersi delle contrattazioni oltre i confini territoriali del proprio Stato Membro contribuisce al rafforzamento del mercato interno, poiché non soltanto favorisce la circolazione di beni e servizi all'interno del mercato comunitario, ma incoraggia anche la circolazione degli stessi cittadini europei¹¹.

L'attività del consumatore è divenuta il fulcro dell'attenzione, perciò essa non può essere ostacolata in nessun modo dalle differenze e dalle lacune delle normative nazionali. In particolare, il legislatore europeo ha ritenuto che l'armonizzazione del diritto dei consumatori sia il mezzo essenziale attraverso il quale incrementare la fiducia del consumatore nelle opportunità disponibili nel mercato interno¹².

La recente dottrina di matrice europea ha evidenziato un duplice utilizzo di tale approccio: da un lato, come giustificazione di una politica di protezione finalizzata alla

¹⁰ Si veda in questo senso le numerose iniziative a livello comunitario, dal progetto *e-confidence* portato avanti con la collaborazione del *Bureau Européen des Union de Consommateurs*, per la creazione di un marchio di fiducia a livello europeo (i cui risultati sono disponibili nel rapporto *Consumer Confidence in E-commerce: lessons learned from the e-confidence initiative*, SEC(2004) 1390, dell'8 Novembre 2004); al progetto *European Diary* che cerca di raggiungere i giovani dai 15 ai 18 anni all'interno dei propri istituti di istruzione con il supporto degli insegnanti (si vedano le informazioni disponibili all'indirizzo http://ec.europa.eu/consumers/cons_info/consumer_diary_en.htm); al sito www.dolceta.eu finalizzato alla formazione e all'istruzione dei consumatori residenti nei diversi Stati Membri, includendo esercizi e materiale interattivo sui basilari diritti dei consumatori e sui servizi finanziari (si vedano le informazioni disponibili all'indirizzo http://ec.europa.eu/consumers/cons_info/project_en.htm).

¹¹ Si veda anche quanto affermato dal report OECD, *Dismantling the barriers to Global electronic commerce* (Parigi, 1998), "trust is central to any commercial transaction. Typically, it is generated through relationships between transacting parties, familiarity with procedures, or redress mechanism. Developing new kinds of commercial activities in the electronic environment largely hinges on assuring consumers and businesses that their use of networks services is secure and reliable, that their transactions are safe, that they will be able to verify important information about transactions and transacting parties, such as origin, receipt and integrity of information; and identification of parties dealt with". Nello stesso senso, S. Weatherill, *The evolution of European consumer law and policy: from well informed consumer to confident consumer?*, in H.W. Micklitz, *Rechtseinheit oder Rechtsvielfalt in Europa?*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden.Baden, 1996, 463, nel quale l'Autore cita il Sutherland report (*The Internal Market after 1992: Meeting the challenge – Report to the EEC Commission by the High level group on the operation of the Internal Market*, SEC(1992) 2004) del 1992 quale primo documento che identifica la fiducia del consumatore come elemento cardine per la realizzazione pratica del mercato interno.

¹² Come precedentemente affermato nel paragrafo 2.2.1. in relazione alla base giuridica degli interventi comunitari, mancando una specifica competenza in materia di protezione dei consumatori, la giustificazione fornita inizialmente era quella della presenza di una disparità fra le discipline nazionali tale da poter rappresentare un rischio per il corretto svolgersi delle contrattazioni, sia poiché avrebbe potuto costituire una barriera per commercio fra gli Stati Membri, sia poiché avrebbe potuto indurre a comportamenti anticoncorrenziali fra le imprese presenti nei diversi sistemi paese, così in G. Howells e T. Wilhelmsson, *EC Consumer Law*, Dartmouth, Aldershot, 1997, 299 e ss.

costituzione una base minima di tutela per i consumatori, fruibile in ciascuno degli Stati Membri; dall'altro, come fondamento del più elevato grado di armonizzazione tale da garantire l'uniformità funzionale delle normative nazionali a protezione del consumatore¹³. Gli interventi comunitari che sono stati interessati dal primo orientamento sono numerosi: dalla direttiva sulla vendita dei beni di consumo a quella sulle clausole abusive, dalla direttiva sui servizi finanziari commercializzati a distanza alla raccomandazione sull'utilizzo di sistemi alternativi di risoluzione delle controversie, ecc. In tutti questi casi, il legislatore europeo ha inserito in ciascuna direttiva una clausola di armonizzazione minima¹⁴, tale comunque da permettere in sede di implementazione nazionale anche un livello di protezione più elevato. Il secondo approccio, invece, può ascriversi alla più recente politica comunitaria, ravvisabile nella Strategia Comunitaria di protezione del consumatore 2002-2006¹⁵, nel Libro verde sulla protezione del consumatore nell'Unione Europea¹⁶, e nel suo *Follow-up* dell'anno successivo¹⁷, ecc. Questi esempi dimostrano come la fiducia del consumatore si ritiene raggiungibile soltanto con la completa eliminazione delle differenze fra gli Stati Membri, tale appunto da permettere ai consumatori di fruire dello stesso livello di protezione in qualsiasi luogo decideranno di acquistare beni o servizi.

Questa prospettiva può essere però smentita dal semplice ragionamento in base al quale un consumatore non solo non è detto che conosca il proprio diritto nazionale più di quello di un altro eventuale Stato Membro, ma – anche se ciò fosse vero – non è detto che la mancanza di informazioni sulle normative straniere abbia l'effetto di ostacolare completamente gli acquisti compiuti all'estero¹⁸.

¹³ Si veda più approfonditamente in T. Wilhelmsson, *The abuse of the "confident consumer" as a Justification of EC consumer law*, cit., 321; in senso critico si veda C Schmid, *The instrumentalist Conception of the Acquis Communautaire in Consumer law and its implications on a European Contract law code*, ERCL, 2005, 2, 213.

¹⁴ D. Oughton e C. Willett, *Quality regulation in European Private Law*, 25 Journal of Consumer Policy, 2002, 301; S. Weatherill, *Law and Integration in the European Union*, Oxford, Clarendon Press, 1995, 153; P. Rott, *Minimum harmonisation for the completion of the Internal Market? The example of consumer sales law*, 40 Common Market Law review, 2003, 1108; M. Dougan, *Minimum Harmonisation and the internal market*, 37 Common Market Law review, 2000, 863 in cui l'Autore evidenzia il fatto che l'impatto dell'armonizzazione minima nello sviluppo della Comunità Europea ha portato "towards a more multifaceted Union which combines economic integration with high standards of social protection for those relatively vulnerable groups and interests which interface with the ambitions of the Internal Market, and whose objectives can, if necessary, be achieved through a 'shared competence' and 'regulatory differentiation' between the Member States rather than 'exclusive competence' and 'uniformity' across the entire territory of the Community".

¹⁵ Commissione Europea, *Consumer policy strategy 2002–2006*, COM(2002) 208 final, p. 11 e 12. Si veda più precisamente al p. 7 dove si afferma che "It is also important that consumers have comparable opportunities to benefit fully from the potential of the internal market in terms of choice, lower prices, and the affordability and availability of essential services. Barriers to cross-border trade should therefore be overcome in order that the consumer dimension of the internal market can develop in parallel with its business dimension. EU consumer policy therefore aims at setting a coherent and common environment ensuring that consumers are confident in shopping across borders throughout the EU".

¹⁶ Commissione Europea, *Green Paper on EU consumer protection*, COM(2001) 531 final, p. 11.

¹⁷ Commissione Europea, *Follow-up Communication to the Green Paper on EU consumer protection*, COM(2002) 289 final.

¹⁸ Così come la mancanza di una piena conoscenza del proprio sistema giuridico impedisce al consumatore di fare acquisti nel proprio paese di origine. Si veda l'esempio portato da Sir Roy Goode, nel discorso inaugurale

Una recente ricerca dell'*Euro-barometro* ha reso più chiara questa percezione¹⁹, individuando con maggiore precisione quali aspetti del diritto straniero rappresentano un elemento di timore: la difficoltà di risoluzione di problemi sorti dopo l'acquisto, quella di accedere alla giustizia straniera, di richiedere l'intervento delle pubbliche autorità, i problemi di natura meramente pratica, la mancanza di informazione circa la protezione del consumatore all'estero, il più elevato rischio di frode, il timore di standard qualitativi meno elevati, la mancanza di fiducia nella qualità dei prodotti stranieri²⁰. Grazie a tali indicazioni è possibile verificare che il consumatore europeo appare più interessato a modifiche del diritto procedurale che ad un intervento in seno al diritto sostanziale²¹. In questa direzione possono essere letti gli interventi volti a creare una rete di centri di risoluzione extragiudiziale delle controversie (*European Extrajudicial Network* o il c.d. EEJ-NET), anche per lo specifico settore finanziario (*European Financial Network* o il c.d. FIN-NET), così pure la scelta di promuovere la risoluzione alternativa delle controversie, soprattutto se esse interessano i rapporti sorti fra soggetti residenti in diversi Stati Membri²².

compiuto nel 2003, (citato in E. Hondius, *The protection of the weak party in an harmonised European contract law: A synthesis*, 27 *Journal of Consumer Policy*, 2004, 248), in cui egli "conjured up a vision of a woman from, say Ruritania, who visits Rome and there, in the Via Condotti, sees a fabulous dress, a dress to die for. She is about to buy it, but then caution prevails: I must not buy this dress because I am not familiar with Italian law. Clearly a very sophisticated consumer, and one who by inference is familiar with Ruritarian law".

Pur ponendosi da un diverso punto di vista, è simile il messaggio di una delle associazioni dei consumatori inglesi (Consumers' Association) che aveva risposto alla Comunicazione della Commissione sul diritto dei contratti del 2001, affermando la propria preferenza verso l'opzione di lasciare al mercato la soluzione dei problemi relativi alla armonizzazione del diritto contrattuale, giustificando tale approccio sulla base del fatto che "lack of knowledge of the relevant contract law is unlikely to be a deterrent to consumers buying abroad as a lack of knowledge of their own country's law does not put them off buying things at home. Clearly the type of advice they require may be more complicated and more difficult to obtain when the other party is based in a different country but harmonising contract law across Europe is not going to remove the need for legal advice". Ed inoltre la stessa affermava che "[e]ven informing the consumer involves providing data on the remedies and guarantees available under the trader's law. For the consumer, such information is part of the "product" on offer. He or she may well lack knowledge of national law, but the problem is not so much the necessity of obtaining some legal advice, but the ease of availability and prohibitive cost thereof (not to mention the consumer's ability to comprehend the information available)", si veda il testo integrale della risposta disponibile all'indirizzo web

http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/comments/3.2.pdf.

¹⁹ A differenza della prospettiva adottata da E. Hondius, op. ult. cit., 248. Già in precedenza questo punto di vista era stato adottato da R. Brownsword e G. Howells, *When surfers start to shop: Internet commerce and contract law*, *Legal Studies*, 1999, 299, laddove gli Autori osservavano che "from the consumer's standpoint, however, the more urgent concerns are not so much about sophisticated scams as about altogether more obvious risks - the risk, for example, that one's credit card details will be intercepted and compromised; that suppliers (having already been paid) will not perform; that performance will be defective; that access to remedies (particularly against remote suppliers) will be impractical; and that familiar hazards arising from the supplier's small print terms and conditions will be replicated in electronic form?".

²⁰ Flash Eurobarometer 117, "Consumers Survey – Results and comments", Gennaio 2002, portata a termine dal gruppo EOS Gallup Europe su richiesta della Commissione Europea disponibile all'indirizzo: http://ec.europa.eu/public_opinion/flash/fl117_en.pdf.

²¹ Si veda ancora T. Wilhelmsson, *The abuse of the "confident consumer" as a Justification of EC consumer law*, cit., 328. "As to the substantive rules, it is more important for consumers to have good rules than to have harmonised rules. Total harmonisation by necessity leads to less protection than before at least for some consumers. Consumers in some countries may of course lose more in this process than consumers in other countries. For the losers the harmonised, but less protective rules do not increase consumer-confidence in the internal market".

²² Anche l'art. 17 della direttiva 2000/31/CE affronta questo tema promuovendo l'introduzione di corti virtuali per la soluzione di controversie. Le c.d. *Alternative Dispute Resolution* (ADR) sono istituti finalizzati alla risoluzione extragiudiziale delle controversie, e sono composte da una o più persone, di fronte alla quali possono

Focalizzando l'attenzione sul commercio elettronico, si osserva che anche la direttiva n. 2000/31/CE si prefigge l'obiettivo di migliorare la fiducia dei consumatori²³, e lo strumento che anche in questo caso viene utilizzato è quello di un obbligo di informazione finalizzato ad un indiretto rafforzamento della conoscenza del consumatore.

L'art. 10, difatti, stabilisce che: *“Oltre agli altri obblighi di informazioni posti dal diritto comunitario, gli Stati membri provvedono affinché, salvo diverso accordo tra parti diverse da consumatori, il prestatore fornisca in modo chiaro, comprensibile ed inequivocabile, prima dell'inoltro dell'ordine da parte del destinatario del servizio, almeno le seguenti informazioni:*

- a) le varie fasi tecniche della conclusione del contratto;*
- b) se il contratto concluso sarà archiviato dal prestatore e come si potrà accedervi;*
- c) i mezzi tecnici per individuare e correggere gli errori di inserimento dei dati prima di inoltrare l'ordine;*
- d) le lingue a disposizione per concludere il contratto”.*

L'articolo, quindi, si esprime individuando sub a) il dovere di fornire al destinatario dei servizi della società dell'informazione anche le indicazioni relative alle modalità concrete con cui il rapporto contrattuale sarà concluso. Si tratta, in altre parole, di rendere palese l'iter procedurale attraverso il quale il contraente telematico dovrà passare per giungere alla conclusione del contratto, ovviamente tale procedimento sarà simile per ogni acquisto compiuto all'interno dello stesso sito web, ma subisce delle variazioni in ragione delle diverse tipologie di beni e/o servizi, oggetto del rapporto.

Nella precedente direttiva sui contratti a distanza, applicabile anch'essa agli accordi stipulati su Internet, il legislatore non aveva affrontato tale problema tecnico. Tuttavia, nel considerando (22) aveva asserito che *“nell'impiego delle nuove tecnologie il consumatore non ha padronanza della tecnica”*. Tale asserzione, però, non aveva condotto ad un innalzamento consistente del livello di protezione: l'unica conseguenza che ne era discesa è stata l'opportunità per gli Stati Membri di prevedere l'inversione dell'onere della prova, a carico

essere portate le controversie dei consumatori. In questo modo le ADR sono organizzate per essere maggiormente accessibili, rispondendo alle necessità di costi limitati, informalità e flessibilità della procedura, ed in particolare di rapidità nella definizione e comunicazione della decisione. Fino a questo momento le ADR sono state manifestazioni del potere giurisdizionale, la cui organizzazione e la cui regolamentazione è rimasta nella competenza degli Stati Membri, in ogni caso però, l'art. 17, c. 1 della direttiva obbliga gli Stati Membri non solo a rimuovere ogni ostacolo che possa impedire in via generale l'uso dei sistemi alternativi di risoluzione delle controversie, disponibili a livello nazionale, ma anzi, a rimuovere ogni qualsiasi ostacolo legale che possa impedire l'uso di mezzi elettronici per lo svolgimento delle loro procedure (considerando 51). Un'altra ipotesi prospettata dalla direttiva è quella di sviluppare gli stessi strumenti attraverso l'intervento di privati, da affiancare alle forme statali, (art. 17, c. 2), in questo senso gli Stati Membri hanno un duplice impegno, da un lato non discriminare una forma di risoluzione compiuta a livello privato, dall'altro lato, sorvegliare il rispetto delle adeguate garanzie procedurali.

²³ Si veda il considerando (7), nel quale si afferma che *“[p]er garantire la certezza del diritto e la fiducia dei consumatori, la presente direttiva deve stabilire un quadro generale chiaro per taluni aspetti giuridici del commercio elettronico nel mercato interno”*.

quindi del prestatore, circa l'avvenuto invio delle informazioni preliminari al contratto, l'esistenza di una conferma scritta, o il rispetto dei termini e del consenso del consumatore, in caso di ricorso giudiziario o amministrativo²⁴.

In entrambi i casi, tuttavia, ciò che emerge è l'ammissione di una limitata competenza dell'utente medio circa il procedimento tecnico legato alla rete Internet da parte del legislatore europeo. Da ciò discende che un qualsiasi utente – e specialmente quello che ricade nella categoria dei consumatori – è considerato un soggetto che, pur nella sua ragionevole capacità di comprensione delle proprie azioni e comportamenti, non ha una piena padronanza dello strumento che da pochi anni si è trovato ad utilizzare²⁵.

Prima di proseguire con l'analisi e affrontare le conseguenze cui questa tipologia di informazione induce, è dunque indispensabile precisare quali siano gli aspetti soggettivi e oggettivi che caratterizzano il destinatario dell'informazione e di conseguenza il livello di protezione approntato per questo soggetto, in modo così da avere un chiaro quadro dell'efficacia dell'obbligo informativo.

5. 2. La definizione di consumatore

Nel momento in cui si analizza la portata reale di una informazione o di una comunicazione rispetto ad un determinato soggetto, è necessario compiere una parallela valutazione delle caratteristiche del ricevente stesso. Infatti, decretare la correttezza e/o la lealtà di una comunicazione è una decisione che dipende dal sistema di riferimento nel quale si inserisce tale valutazione. In altre parole, si tratta di individuare se il contenuto veicolato possa essere comprensibile per il destinatario, un criterio fondamentale per valutare tale aspetto è lo standard di razionalità del consumatore. Anche se il consumatore non può essere considerato come un soggetto perfettamente razionale, poiché subisce

²⁴ Cfr. Anche art. 11, c. 3, lett. a) della direttiva 97/7/CE.

²⁵ Si veda N. Reich, *Consumerism and citizenship in the Information Society*, in T. Wilhelmsson, S. Tuominen e H. Tuomola (a cura di), *Consumer Law in the Information society*, Kluwer Law International, The Hague, 2001, 165 e B. De Nayer, *The consumer in electronic commerce: beyond confidence*, ibidem, 119, in cui l'Autore afferma che “[i]n the ‘real world’, the consumer only had to focus on the contract itself: the manner of dealing with the media conveying the transaction (written documents and signatures) were common sense. It seems obvious that the advent of electronic commerce adds a level of complexity to transactions between consumers and sellers”. Nello stesso senso anche S. Lombrassa, *La tutela del consumatore*, in G. Cassano (a cura di), *Internet – Nuovi problemi e questioni controverse*, Giuffrè, Milano, 2001, 399, laddove l'Autore afferma che “il carattere decisamente effimero della negoziazione (in assenza di documenti cartacei, ma anche di un interlocutore non elettronico con cui parlare), la velocità estrema con cui il contratto può essere concluso, l'utilizzo di formule sconosciute e solo parzialmente comprensibili dall'e-consumer per vincolarsi, la ‘facilità’ con la quale il consumatore può concludere i più vari contratti, connessa con la difficoltà di distinguere il momento dell'accordo dalla fase preliminare [...] tutto ciò può avere l'effetto di indurre il consumatore a concludere il contratto senza che questi abbia coscienza di vincolarsi. [...] La differenza sembra porsi, quindi, all'interno della categoria degli e-consumer, fra coloro che sono in grado di utilizzare a pieno le possibilità offerte dagli strumenti telematici e coloro che, non in possesso di una sufficiente alfabetizzazione telematica, non sono in grado (non essendone tenuti) di valutare i rischi e le possibilità offerte”.

l'influenza di vari fattori sia psicologici sia sociali, ciò non impedisce però che possa essere individuato un ambito entro il quale il suo comportamento può essere localizzato con buona probabilità.

In termini generali, sia la dottrina, sia la giurisprudenza di matrice comunitaria, si esprimono con la formula di “consumatore medio”, indicando così un soggetto che possiede un livello intellettuale tale da comprendere ed utilizzare in modo responsabile le informazioni ricevute. Per comprendere appieno tale formulazione, comunque, è necessario approfondirne le sfumature prospettate a livello di diritto europeo dal legislatore e dalla giurisprudenza.

5. 2. 1. *Il consumatore nel diritto comunitario primario e secondario*

Anche se la nozione di consumatore appare ripetutamente all'interno del Trattato CE²⁶, una sua precisa definizione non è presente nel testo. Parte della dottrina ha in ogni modo proposto una descrizione generale che deriva dall'etimologia stessa del termine, ovvero il consumatore è chi consuma, cioè chi usufruisce di un bene e/o servizio²⁷. Ciò implica che i consumatori sono legati all'idea di un uso non professionale dei prodotti, quindi la descrizione più corretta di tale soggetto è quella di “un qualsiasi soggetto fisico che acquista beni o servizi nel mercato interno per il proprio consumo privato”²⁸.

Nel diritto secondario, invece, sono numerose le direttive che individuano le caratteristiche funzionali e il contesto socio-economico legato al termine consumatore. Purtroppo, anch'esse non giungono ad un'unitaria definizione semantica, piuttosto ne adattano le caratteristiche ai settori di volta in volta coinvolti nell'attività normativa²⁹.

²⁶ Art. 3 (1)(t), art. 33 (1)(e), art. 34 (2), art. 81 (3), art. 82 (b), art. 87 (2)(a), art. 95 (3), art. 153 e art. 257.

È importante notare che nella traduzione francese del Trattato Europeo precedente all'Accordo di Maastricht, il termine *consumer* veniva tradotto come *consommateur* negli articoli 39 (attuale 33), 40 (attuale 34), e 86 (attuale 82), mentre veniva utilizzata la terminologia di *utilisateur* nell'art. 85 (attuale 81). Si veda S. Weatherhill, *The evolution of european consumer law: from well informed consumer to confident consumer?*, cit., 424.

²⁷ Il riferimento sarebbe appunto “l'atto di consumo”, l'agire per soddisfare bisogni propri e non per finalità professionali, in questo senso, G. Benedetti, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, cit., 21; R. Alessi, *Luci ed ombre del nascente diritto europeo dei contratti*, Ead. (a cura di), *Diritto europeo e autonomia contrattuale*, Palermo, 1999, 21.

²⁸ N. Reich, *Competition Law and the Consumer*, in L. W. Gormley (a cura di), *Current and Future Perspective in EC Competition Law*, The Hague, Kluwer Law International, 1997, 127; N. Reich, *From Contract to Trade Practice Law: Protection of Consumers' Economic Interests by the EC*, in T. Wilhelmsson (a cura di), *Perspective of Critical Contract Law*, Aldershot, Dartmouth, 1993, 55. G. Alpa, *Tutela del consumatore e controlli sull'impresa*, Bologna, Cedam, 1977, 55; Id., *Proposte di modifica del trattato CEE in tema di tutela del consumatore*, in *Contratto impr./Europa*, 1996, I, 372; V. Zeno Zencovich, *Voce “consumatore” (Tutela del)*, I Diritto Civile, in Enc. Giur. Treccani, VIII, 2; M.G. Falzone Calvisi, *Garanzie legali della vendita: quale riforma?*, in *Sette voci sulla direttiva comunitaria riguardante le garanzie nei beni di consumo*, *Contratto e impr./Europa*, II, 2000, 453.

²⁹ H. Schulte-Nolke, C. Twigg-Flesner e M. Ebers, *EC Consumer Law Compendium - Comparative Analysis*, 2006, 670 e ss., disponibile all'indirizzo web http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/acquis/comp_analysis_en.pdf

Questo fatto può essere giustificato anche dalla considerazione che i consumatori, poiché parte di un sistema socio-economico complesso, assumono diverse qualificazioni che si intersecano fra loro: cittadino, lavoratore, professionista, ecc³⁰.

Secondo questo punto di vista, la definizione di consumatore dipende dalla finalità di protezione che si prefigge la normativa, quindi il soggetto che consuma beni o servizi tali da porre a rischio la sua salute³¹ avrà bisogno di una protezione differenziata rispetto a colui che può ricevere danni verso i propri interessi economici³².

La nozione legata alla tutela degli interessi economici ha un nucleo di base che è utilizzato in quasi tutte le direttive, ma gli attributi di volta in volta collegati ad essa non sono omogenei. Gli elementi di base per la definizione sono la presenza di un soggetto fisico e la finalità dell'attività di consumo che esula da quella commerciale o professionale³³, tali da concretizzarsi di volta in volta nella figura dell'acquirente di beni e/o utente di servizi, dell'assicurato, del risparmiatore, dell'investitore, ecc. Tuttavia, anche tale nucleo di base presenta degli aspetti problematici affrontati dalla dottrina in ogni Stato europeo. Le critiche vertono in particolare sull'ambito di applicazione della disciplina nei confronti dei soli soggetti fisici, escludendo le persone giuridiche – anch'esse eventualmente considerabili in una posizione di svantaggio rispetto alla controparte contrattuale³⁴. Altrettanti attacchi ha

³⁰ Si veda M. Radeideh, *Fair Trading in EC law – Information and Consumer Choice in the Internal Market*, Europa Law Publishing, Groningen, 2005, 195 dove è citato il primo programma di protezione del consumatore del 1975 (Risoluzione del Consiglio, del 14 aprile 1975, riguardante un programma preliminare della Comunità economica europea per una politica di protezione e di informazione del consumatore, GUCE 25 aprile 1975, C 92, p. 1), in cui si afferma che “*il consumatore non è più considerato come un mero acquirente e utente di beni e servizi per fini personali, familiari o di gruppo, ma anche come una persona interessata dai vari aspetti della società che possono interessarla direttamente o indirettamente come consumatore*”, ibidem al punto 3. Nello stesso senso anche, F. Greco, *Profili del contratto del consumatore*, Novene, Napoli, 2005, 131, F. Di Marzio, *Clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore*, Giust. Civ., 1996, II, 517; si veda anche S. Rodotà, *Persona-consumatore*, relazione al convegno La tutela del consumatore, Salerno, 21-22 Ottobre 1994, laddove l'autorevole relatore evidenziava l'instabilità della nozione di consumatore, e l'impossibilità di identificare uno status anche sulla base degli altri interventi comunitari volti a riequilibrare i rapporti fra le parti.

³¹ Si veda quanto previsto in sede di direttiva n. 87/357/CEE relativa ai prodotti che, avendo un aspetto diverso da quello che sono in realtà, compromettono la salute o la sicurezza dei consumatori, GUCE 11 luglio 1987, L 192, 49, e la direttiva n. 2001/95/CE, relativa alla sicurezza generale dei prodotti, 15 gennaio 2002, L 11, 4 il cui obiettivo è quello di garantire che i prodotti immessi sul mercato siano sicuri. In entrambi i testi normativi, il termine consumatore assume un significato più ampio di fruitore di un prodotto non sicuro, tanto da stemperarne i contenuti nel termine più generale di persona, collegandosi alla nozione di prodotto sicuro “*la osservanza di un livello elevato di tutela della salute e della sicurezza delle persone*” (art. 2, lett. b) direttiva n. 2001/95/CE).

³² G. Alpa, voce “*Consumatore (tutela del)*”, I, Diritto Civile, in *Enc. giur. Treccani*, V, Roma, 1988, 2, per una più ampia argomentazione Id., *Responsabilità dell'impresa e tutela del consumatore*, Milano, Giuffrè, 1975, 55 e ss.

³³ Art 2(e) della direttiva sul commercio elettronico; art. 1 (2)(a) della direttiva 87/102/CEE sul credito al consumo, art. 2 (2) della direttiva 97/7/CEE sui contratti a distanza; art. 2 (d) della direttiva 2002/65/CEE sui prodotti finanziari elettronici; art. 2 della direttiva 85/577/CEE sui contratti fuori dai locali commerciali; art. 2 della direttiva 94/47/CEE sulle garanzie dei beni al consumo; art. 2 (e) della direttiva 98/6/CEE sui prezzi dei prodotti alimentari.

³⁴ L. Mengozzi, *La nozione di consumatore, la direttiva 93/13/CE ed il diritto italiano*, Contr. e Impr. Eur., 2002, 54; V. Rizzo, *Le clausole abusive nell'esperienza tedesca, francese, italiana e nella prospettiva comunitaria*, ESI, Napoli, 1994, 584; G. Chinè, *Il diritto comunitario dei contratti*, in A. Tizzano (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione Europea, Trattato di diritto*

subito poi la mancata previsione di tutela in caso di atti promiscui, ovvero nei quali l'atto di consumo si lega a fini di natura commerciale o professionale³⁵.

Anche l'analisi dell'opposta definizione di professionista non offre indicazioni fondamentali, poiché tale concetto, per quanto inserito all'interno degli stessi interventi concernenti il consumatore, si propone in variegate accezioni quale professionista, impresa, venditore o prestatore di beni e/o servizi³⁶. Soprattutto appare evidente che la formulazione non è elaborata in senso negativo rispetto a quella di consumatore, infatti, il professionista non è chi agisce nel quadro della propria attività commerciale o professionale, quanto piuttosto colui che in generale appartiene all'ambito imprenditoriale³⁷. Di conseguenza, non può rientrare nella categoria di consumatore quel soggetto che, pur trovandosi nella stessa

privato diretto da M. Bessone, vol. XXVI, Torino, Utet, 2000, 617 (nota 25); F. Greco, *Profili del contratto del consumatore*, cit., 104.

³⁵ Si veda la recente pronuncia della Corte di Giustizia di Lussemburgo in tema di differenziazione fra contratti commerciali e contratti dei consumatori, Caso C-464/01, *Gruber vs Bay Wa AG*, 20 gennaio 2005. In tale pronuncia la Corte ha valutato se la natura promiscua (atto di consumo svolto anche per finalità commerciali) potesse essere sottoposto alla disciplina dell'art. 13 della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968, appunto rispondendo alle questioni proposte dall'Oberster Gerichtshof austriaco. In particolare, la Corte ha riconosciuto che “*the provisions of the Brussels Convention related to the consumer contracts must apply only where a contract is concluded between the parties for the purpose of a use other than a trade or professional one of the relevant goods or services*” (par. 37). Inoltre ha considerato che “*the benefit of those provisions cannot, as a matter of principle, be relied on by a person who concludes a contract for a purpose which is partly concerned with his trade or profession and is therefore only partly outside it. It would be otherwise only if the link between the contract and the trade or profession of the person concerned was so slight as to be marginal and, therefore, had only a negligible role in the context of the supply in respect of which the contract was concluded, considered in its entirety*” (par. 39). Dunque la Corte ha introdotto un test in tre fasi per determinare se il contratto in questione può avere un fine professionale oppure se tale finalità è trascurabile, il primo passo prevede che: “*the national judge should take into consideration not only the content, nature and purpose of the contract, but also the objective circumstances in which it was concluded*” (par. 47). Il secondo concerne “*the question as to whether it is necessary for the party to the contract other than the supposed consumer to have been aware of the purpose for which the contract was concluded and the circumstances in which it was concluded. As a general rule, it is necessary for the court seized to base its decision mainly on the evidence which appears, de facto, in the file*” (par. 48). Infine il terzo punto si concentra sul fatto che “*the national judge should determine whether the other party to the contract could reasonably have been unaware of the private purpose of the supply because the supposed consumer had in fact, by the consumer's own behaviour with respect to the other party, given the latter the impression that he or she was acting for business purposes*” (par. 50). Si veda più approfonditamente il commento di E. Gambaro e N. Landi, *Consumer Contracts and Jurisdiction, Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters*, EBLR, 2006, 1355.

Un passo nella direzione di una certezza su tale aspetto si ricava dal recente Libro Verde sulla revisione del dell'Acquis relativo ai consumatori, 8 Febbraio 2007, COM (2006) 744 def., in cui la Commissione ha proposto fra le alternative disponibili per la revisione delle direttive concernenti la tutela del consumatore anche la possibilità di riconoscere il consumatore attraverso il criterio della prevalenza: “*Opzione 2: Le nozioni di consumatore e di professionista verrebbero ampliate per includervi le persone fisiche che agiscono a fini che esulano **essenzialmente** (consumatore) o rientrano **essenzialmente** (professionista) nella loro attività commerciale, economica e professionale*” della domanda B2 (grassetto aggiunto).

³⁶ H. Schulte-Nolke, C. Twigg-Flessner e M. Ebers, *EC Consumer Law Compendium*, cit., 690

³⁷ La nozione di professionista include diverse qualifiche ed attività, e che implica indirettamente la presenza di una organizzazione poiché questi agisce “*nel quadro della sua attività imprenditoriale o professionale*”. D'altronde, se si guarda specificamente all'attività su Internet, “*l'affermazione per cui sia possibile ritenere che l'offerente sia un professionista è del resto confermata dalla circostanza che può trattarsi indifferentemente, di un soggetto dalla più varia natura giuridica (persona fisica o giuridica, pubblica o privata): ciò equivale a dire che non interessa l'effettiva 'essenza' del soggetto che offre nel sito i propri prodotti. In altri termini, [...] si prescinde da quella che è l'entità soggettiva che utilizza il contratto, purché il contratto rientri nell'organizzazione, ovvero nel 'quadro' dell'attività svolta dal proponente in Internet*”, L. Follieri, *Il contratto concluso in Internet*, cit., 215.

condizione di inesperienza o di ignoranza rispetto ad uno specifico negozio, compia tale attività nel quadro di un'attività professionale³⁸.

Soltanto nella direttiva n. 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali, ha visto finalmente l'introduzione nel diritto secondario della terminologia di consumatore medio, alla luce del progressivo adattamento di tale definizione per opera della Corte di Giustizia³⁹, che ha adeguato di volta in volta i termini di riferimento alle fattispecie concrete che si andavano presentando⁴⁰, individuando un doppio test, di natura oggettiva e soggettiva, per valutare se il soggetto potesse fruire della disciplina di tutela.

5. 2. 2. L'apporto interpretativo della Corte di Giustizia

Le sentenze che hanno costruito un'immagine del consumatore nel quadro generale della contrattazione commerciale, hanno solitamente come riferimento giuridico gli articoli concernenti la libera circolazione dei beni e dei servizi all'interno del mercato interno.

Il primo caso che ha affrontato la questione è datato 1984, nel quale la Corte è stata chiamata a decidere la legittimità di una normativa tedesca che limitava la distribuzione di birra – legalmente prodotta e commercializzata in altri Stati Membri⁴¹ – sulla base della mancata conformità ai requisiti minimi di purezza stabiliti appunto con il *Biersteuergesetz* del 1952⁴². In questo caso la Corte ha ritenuto che, nonostante la necessità di prevedere un'adeguata tutela dei consumatori, era doveroso riconoscere anche che le opinioni degli stessi soggetti sono diverse in ciascuno degli Stati Membri, ma che sarebbe altrettanto possibile, se non auspicabile, un'evoluzione di tali opinioni nel corso del tempo, grazie anche al consolidamento del Mercato Unico. Di conseguenza, le norme che impongono limiti alla circolazione dei beni all'interno del mercato possono rappresentare un ostacolo allo sviluppo del mercato stesso. Alla luce di tali aspetti, la Corte ha sancito che le legislazioni degli Stati Membri non possono cristallizzarsi su una specifica abitudine dei

³⁸ Si veda in questo senso si veda N. Reich, *European Consumer law and its relationship to private law*, 3 ERPL, 1995, 292; in cui l'Autore afferma che la Corte di giustizia ha adottato una nozione ristretta del consumatore: persona fisica che agisce al di fuori del commercio o della professione, come emerge dai *preliminary ruling* richiesti alla Corte per interpretare la convenzione di Bruxelles o la direttiva 85/577/CE sulle vendite fuori dai locali commerciali.

³⁹ Si veda l'art. 5, c. 2, lett b), il legislatore provvedere affinché debba considerarsi la pratica commerciale “*falsa o è idonea a falsare in misura rilevante il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori?*”.

⁴⁰ J. Karsten e A. R. Sinai, *The Action Plan on European Contract Law: Perspectives for the Future of European Contract Law and EC Consumer Law*, 26 Journal of Consumer Policy, 163.

⁴¹ Come precedentemente accennato *supra*, capitolo 2, le sentenze che si occupano di protezione dei consumatori sono per lo più basate sulla violazione delle libertà fondamentali di circolazione di beni e servizi.

⁴² Caso C-178/84, *Commissione vs Repubblica Federale Tedesca*, ECR [1987] 1227. La norma in questione stabiliva che sia la birra importata, sia quella nazionale, per poter utilizzare la definizione di Bier, dovevano essere prodotte con orzo di malto, luppolo, lievito e acqua soltanto. Di conseguenza l'eventuale aggiunta di altri ingredienti non limitava la commercializzazione del prodotto, ma non consentiva di venderlo come birra.

consumatori, tale da permettere di consolidare il vantaggio acquisito dalle industrie nazionali che vi si conformano rispetto a quelle straniere che si affacciano sul mercato nazionale⁴³.

Da ciò si evince che la Corte, anche alla luce del requisito di proporzionalità dello strumento rispetto al fine di protezione del consumatore, preferisce l'utilizzo di norme che richiedano l'informazione dell'utente finale piuttosto che quelle di limitazione alla circolazione dei prodotti. In particolare, il ragionamento della Corte non legittima in alcun modo gli interventi che rafforzano le preesistenti abitudini dei consumatori, preferendo piuttosto quelle forme di controllo minimo che consentano ai consumatori di perfezionare le proprie scelte attraverso il confronto con i prodotti stranieri disponibili sullo stesso mercato. Questo approccio si basa su di una premessa fondamentale: la considerazione che i consumatori sono soggetti flessibili e capaci di adattamento, soltanto nel caso in cui siano adeguatamente informati in merito ai prodotti loro offerti⁴⁴.

Il passo successivo è stato quello di individuare, all'interno dell'immagine generale, distinte tipologie di consumatori che richiedono di livelli differenziati di tutela in ragione delle loro capacità intellettuali, cui si affianca anche la valutazione delle diverse situazioni in cui tali soggetti si trovano⁴⁵. La gravità degli effetti in ciascun caso è, secondo la Corte, una giustificazione legittima per stabilire una specifica normativa a tutela di alcune categorie di consumatori. Parallelamente, in una serie di casi risolti negli anni '90⁴⁶, la Corte sosteneva come consumatore medio un soggetto ragionevole non facilmente ingannabile, tale da comprendere le informazioni fornitegli. Questo, però, non può impedire agli Stati Membri

⁴³ “As regards the question of competition between wine and beer, the court considered that, to a certain extent at least, the two beverages in question were capable of meeting identical needs, so that it had to be acknowledged that there was a degree of substitution for one another. It pointed out that, for the purpose of measuring the possible degree of substitution, attention should not be confined to consumer habits in a member state or in a given region. Those habits, which were essentially variable in time and space, could not be considered to be immutable; the tax policy of a member state must not therefore crystallize given consumer habits so as to consolidate an advantage acquired by national industries concerned to respond to them”, *ibidem* al p. 8. Si veda anche il caso C-170/78, *Commissione vs Gran Bretagna*, ECR [1983] 2265, in cui si discuteva la legittimità di una legge inglese che statuiva un diverso regime di tassazione per i vini importati rispetto a quelli nazionali

⁴⁴ Si veda supra al Capitolo 2.3.4. in relazione al caso GB-INNO.

Secondo S. Weatherhill, (*Consumer policy*, in P. Craig e G. De Burca, *The evolution of EU law*, 3° ed., Oxford, Oxford University Press, 2003, 697) la Corte di giustizia considera il consumatore europeo *reasonably circumspect*, quindi in grado di elaborare autonomamente le informazioni ricevute. Le eccezioni dipendono dal fatto che il consumatore, in casi specifici, non appartiene più ad una categoria indifferenziata, ma ad un sottogruppo identificabile.

⁴⁵ Caso C-382/87, *R. Buët and Educational Business Services (EBS) vs Ministère public*, ECR [1989] 1235. Il caso verteva sulla disciplina francese che proibiva la vendita porta a porta di materiale educativo, in cui quindi i potenziali acquirenti potevano essere persone che avevano interrotto il proprio corso di studi che potevano essere allestiti dalla prospettiva di rimettersi in pari per una migliore prospettiva di lavoro o di vita.

⁴⁶ Caso C-223/89, *Pall Corp. vs P. J. Dahlhausen & Co.*, ECR [1990] I-4827; caso C-470/93, *Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln e.V. vs Mars GmbH*, ECR [1995] I-1923; caso C-51/94, *Commissione vs Repubblica Federale Tedesca* (Salsa olandese), ECR [1995] I-3599; caso C-465/98, *Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln e.V. vs Adolf Darbo AG*, ECR [2000] I-2297.

di stabilire delle regole più rigide, per esempio in caso di un rischio tangibile per i consumatori di essere indotti in errore⁴⁷.

Il caso *Clinique*⁴⁸, invece, acquista un rilievo particolare. Il testo della sentenza abbozza indirettamente l'immagine del consumatore razionale e responsabile, senza fare alcuna differenza circa il bagaglio culturale – legato alle rispettive peculiarità nazionali – di questi. Tuttavia, l'opinione dell'Avvocato Generale Gulmann anticipa l'approccio che sarà successivamente adottato dalla Corte⁴⁹. Infatti, nel contributo dell'AG, questi afferma che la valutazione del livello di protezione necessario per il consumatore sia da ritenersi una competenza del legislatore nazionale, poiché soltanto quest'ultimo è in grado di percepire le specifiche caratteristiche linguistiche, sociali e culturali che, in un determinato Stato Membro, possono contribuire ad indurre in inganno i consumatori⁵⁰.

In conclusione, il ragionamento della Corte si basa su un doppio test: il primo rappresentato dalla valutazione generale ex-ante dello standard di “*presumibile aspettativa del consumatore medio, ragionevolmente bene informato, attento e circospetto*”⁵¹. Questo primo passo dunque considera i consumatori ragionevolmente capaci di comprendere la realtà dei fatti, ponendo in corretta relazione le informazioni ricevute con la realtà, tanto da non apparire facilmente raggrifiabili. Il secondo valuta *in concreto* il livello socio-culturale di tali soggetti rispetto alla situazione oggetto del caso e stabilisce se effettivamente è da ritenersi legittima una norma restrittiva a tutela della specifica categoria di soggetti.

5. 3. (segue) ... e di destinatario dei servizi della società dell'informazione

Nella direttiva sul commercio elettronico, peraltro, è individuata una diversa categoria di soggetti: i destinatari dei servizi della società dell'informazione che fruiscono in modo generalizzato della disciplina di tutela approntata dalla stessa direttiva.

L'art. 2, lett. d), definisce come destinatario di dei servizi “*la persona fisica o giuridica, che a scopi professionali e non, utilizza un servizio della società dell'informazione, in particolare per ricercare o*

⁴⁷ M. Radeideh, *Fair Trading in EC law*, cit., 61 e ss.

⁴⁸ Caso C-315/92, *Verband Sozialer Wettbewerb e.V. vs Clinique Laboratoires SNC e Estée Lauder Cosmetics GmbH*, ECR [1994] I-317.

⁴⁹ Opinione dell'Avvocato Generale Gulmann caso C-315/92 *Verband Sozialer Wettbewerb e.V. vs Clinique Laboratoires SNC e Estée Lauder Cosmetics GmbH*, cit.

⁵⁰ Si veda l'opinione dell'AG, op. ult. cit., al p. 18. Questa linea di ragionamento è stata in seguito adottata nei casi C-313/94, *Fratelli Graffione SNC vs Ditta Fransa*, ECR [1996] I-6039; caso C-220/98, *Estée Lauder Cosmetics GmbH & Co. OHG vs Lancaster Group GmbH (Lifting)*, ECR [2000] I-117; caso C-210/96, *Gut Springenbeide GmbH e Rudolf Tusky vs Oberkreisdirektor der Kreises Steinfurt – Amt für Lebensmittelüberwachung*, ECR [1998] I-4657; caso C-358/01, *Commissione vs Spagna*, ECR [2003] I-13145.

⁵¹ Si vedano letteralmente i casi C-470/93, *Mars*, cit. al p. 24; C-210/96, *Springenbeide e Tusky*, cit., al p. 31 e 37; C-220/98, *Lifting*, al p. 27; C-465/98, *Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln e.V. vs Adolf Darbo AG*, cit., al p. 20.

rendere accessibili delle informazioni?'. Da ciò è possibile affermare che la nozione di destinatario di servizi è più ampia di quella di consumatore poiché estende il proprio ambito sia alle persone giuridiche, alle imprese ed ai professionisti. A conferma di questa diversa prospettiva, è possibile osservare che la definizione di prestatore di servizi della società dell'informazione (art. 2, lett. b)) descrive tale soggetto come *“la persona fisica o giuridica che presta un servizio della società dell'informazione”*, tale appunto da includere sia un'impresa che un singolo utente il quale si trova a svolgere la propria attività professionale sulla rete.

Di conseguenza, la direttiva preferisce non utilizzare come elemento identificativo soggettivo la nozione di consumatore/professionista, poiché qualora un soggetto si trovi ad operare nel settore telematico, indipendentemente dal suo 'status', potrà trovarsi in una condizione di soggezione dovuta alla limitata familiarità nei confronti del mezzo utilizzato, che non può *a priori* caratterizzare il solo consumatore rispetto al professionista. D'altronde, la natura stessa del mezzo non permette di verificare immediatamente se il rapporto contrattuale viene a stabilirsi fra utenti singoli che operano come professionisti, ovvero fra soggetti appartenenti a diverse categorie protette⁵².

Tuttavia, la direttiva individua una specifica nozione di prestatore 'stabilito', ovvero *“il prestatore che esercita effettivamente e a tempo indeterminato un'attività economica mediante un'installazione stabile”*, tenendo conto però che *“la presenza e l'uso dei mezzi tecnici e delle tecnologie necessarie per prestare un servizio, non costituiscono di per sé uno stabilimento del prestatore”*, (art. 2 lett. c)). Il criterio dato dallo stabilimento del prestatore può quindi essere utilizzato come scriminante, poiché il soggetto in questione è tenuto ex art. 5 della direttiva ad informare il destinatario del luogo dove continuativamente esercita la propria professione, e ciò indipendentemente dalla dislocazione concreta dei mezzi tecnici con i quali opera⁵³.

⁵² D. Redolfi, *Reti telematiche e commercio elettronico: la tutela dei consumatori*, Il Dir. Ind., 1997, 3, 245; G. Scorza, *Il diritto dei consumatori e della concorrenza in Internet – Pubblicità, privacy, contratti, concorrenza e proprietà intellettuale nel cyberspazio*, Padova, Cedam, 2006, 123, in cui l'Autore riconosce che *“in tale contesto non risulta agevole comprendere come possa trovare attuazione nei contratti del commercio elettronico il ‘doppio binario’ ipotizzato dal legislatore, in quanto il prestatore del servizio all'atto di predisporre la propria piattaforma di e-commerce non è in grado, evidentemente, di conoscere la qualità di consumatore o meno dei destinatari cui la propria offerta si rivolge né, d'altra parte, appare ipotizzabile che dette informazioni siano fornite successivamente all'accertamento della qualità del destinatario”*.

⁵³ Si veda il considerando 19 della direttiva: *“Il luogo di stabilimento del prestatore va determinato in base alla giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee, secondo la quale la nozione di stabilimento implica l'esercizio effettivo di un'attività economica per una durata di tempo indeterminata mediante l'insediamento in pianta stabile. Tale condizione è soddisfatta anche nel caso in cui una società sia costituita a tempo determinato. Il luogo di stabilimento, per le società che forniscono servizi tramite siti Internet, non è là dove si trova la tecnologia di supporto del sito né là dove esso è accessibile, bensì il luogo in cui tali società esercitano la loro attività economica. Se uno stesso prestatore ha più luoghi di stabilimento, è importante determinare da quale luogo di stabilimento è prestato il servizio in questione. Nel caso in cui sia difficile determinare da quale dei vari luoghi di stabilimento un determinato servizio è prestato, tale luogo è quello in cui il prestatore ha il centro delle sue attività per quanto concerne tale servizio specifico”*. Si veda anche A. Lopez-Tarruella, *A European Community regulatory framework for electronic commerce*, 2001, 38, 1342, *“It cannot be otherwise: the Directive would be easily avoidable as providers would choose to place their websites in computers located in countries with very permissive rules. In cases where a service provider has several places of business in the Community, the ECJ has clarified in the field of TV broadcasting, the Member States with supervisory powers shall be the one where this organization*

La direttiva, quindi, pur distinguendo fra destinatari e prestatori di servizi della società dell'informazione, non ne qualifica le caratteristiche come *status*⁵⁴, e per questo permette ai soggetti fisici o giuridici di porsi nell'una o nell'altra categoria secondo il caso concreto, applicando loro la disciplina specifica. Soltanto nel caso in cui il destinatario sia riconducibile alla categoria dei consumatori la disciplina prevista acquista il carattere dell'inderogabilità; viceversa, nel caso di un destinatario che opera per fini che si riconducono alla propria attività commerciale, imprenditoriale o professionale, questi può legittimamente derogare la normativa attraverso un accordo tra le parti⁵⁵.

5. 4. Il processo di formazione del contratto

Tornando al tema principale circa le forme di contrattazione telematica, è possibile affermare che attualmente le parti possono raggiungere l'accordo attraverso una gamma di tecniche procedimentali diverse, tali da ricomprendere lo scambio fra proposta ed accettazione via e-mail, il c.d. accesso al sito, l'offerta telematica incrociata, l'accordo fra due o più computer 'pensanti'⁵⁶ e l'elaborazione comune del testo⁵⁷.

Fra queste ipotesi, quella che può essere assunta come esempio, poiché può presentare una struttura diversa rispetto al tradizionale schema contrattuale, è il contratto concluso attraverso l'accesso al sito web.

In questo caso il procedimento di acquisto di un bene e/o servizio si articola nelle seguenti fasi: innanzitutto si pone come premessa indefettibile l'accesso al sito, che si ottiene di norma con la digitazione dell'indirizzo telematico relativo alla pagina web. Successivamente, si ha l'immissione del prodotto o del servizio in rete, ovvero l'esposizione

has the "centre of the activities" of the service concerned. The determination of this has many legal implications: first, because the Directive only applies to Information Society services provided by persons established in the European Community; second because it determines what national provisions a provider must comply with in accordance with the country of origin principle of Article 3(1); finally, insofar as the domicile or residence of a person is used as a connecting factor for determining the jurisdiction of a court or the law applicable to a cross-border situation?

⁵⁴ G. Benedetti, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, Riv. trim. dir. e proc. civ., 1998, I, 21; G. Vettori, *Commento all'art. 1469 bis comma 1 e 2*, in Id. (a cura di), *Materiali e commenti del nuovo diritto dei contratti*, Padova, Cedam, 1999, 5; P. Barcellona, *Soggetti e tutele nell'epoca del mercato europeo/ mondiale*, in N. Lipari (a cura di), *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, ESI, Napoli, 1998, 66.

⁵⁵ Si veda anche l'allegato della direttiva sul commercio elettronico, sesto punto, che sancisce, in caso di obbligazioni contrattuali riguardanti i contratti conclusi dai consumatori, l'impossibilità di compiere deroghe all'art. 3 per motivi che pur rientrano nell'ambito regolamentato (ex art. 2 lett. h)-i)).

⁵⁶ Si parla in questo caso di c.d. agenti elettronici, che possono compiere attività di contrattazione in nome e per conto dell'utente senza che questo sia tenuto ad una costante azione di controllo. B. De Nayer, *The consumer in electronic commerce: beyond confidence*, cit., 120. Si veda la trattazione compiuta nel capitolo precedente, par. 4.5.1.2.

⁵⁷ U. Minneci e A. Sciarone Alibrandi, voce "Documento elettronico e contratto telematico", in Dig. disc. priv., Sez. civ., Aggiorn., Torino, 2000, 345.

della merce nella vetrina virtuale⁵⁸, a ciò segue la compilazione del c.d. ordine di acquisto, per compiere la quale è necessario fornire diversi dati, quali quelli anagrafici e l'indirizzo per la spedizione della merce – qualora non si tratti di ipotesi di commercio elettronico connotato da una fase esecutiva anch'essa puramente telematica. A seguire, si colloca la fase di inoltro dell'ordine, che comprende anche la selezione delle modalità di acquisto – carta di credito o il più tradizionale bonifico bancario o il contrassegno postale. Una volta effettuato il pagamento, l'utente riceve una e-mail di conferma (la c.d. conferma dell'ordine)⁵⁹ che rappresenta la ricevuta del pagamento e contiene, nell'ipotesi di una fase esecutiva tradizionale, l'informazione circa la data di consegna, pur potendo quest'ultima essere immediata per alcuni prodotti e/o servizi (per es. software, musica e altri prodotti direttamente scaricabili dalla rete)⁶⁰.

Questo iter, come gli altri esempi precedentemente accennati, appare come una struttura flessibile, da cui l'acquirente può facilmente uscire senza alcun limite, sia in ragione di un mero cambio di opinione, sia per verificare l'esistenza di offerte migliori all'interno di altri siti. Ciò è vero se si guarda appunto la facoltà di accettare o meno la successione delle diverse fasi del procedimento, ma l'utente non possiede in alcun caso la facoltà di modificare tale iter, formulando, per esempio, opzioni non contemplate. Come accennato precedentemente, il soggetto che accede al sito è tenuto a seguire un percorso obbligato. Dunque o si allontana totalmente dal procedimento iniziato, o ne accetta interamente le regole: non è impossibile che un utente navighi contemporaneamente su più di un sito web per valutare comparativamente le offerte presenti, ma l'attenzione che questi dedica a ciascuna offerta comporta una "perdita di tempo". Tale perdita di attenzione rispetto al procedimento può provocare in alcuni casi anche l'interruzione della stessa procedura e del collegamento telematico con il sito, di conseguenza l'utente è avvertito che deve ricominciare dall'inizio la procedura di stipulazione. Indirettamente, l'utente è spinto ad evitare forme di divagazione o di abbandono momentaneo attenendosi alle regole e ai tempi del procedimento

⁵⁸ L'esempio concerne un sito *web* nel quale il produttore di beni o servizi costituisce il proprio negozio virtuale, nel quale l'utente può trovare un catalogo interattivo attraverso cui visionare i prodotti, conoscerne le caratteristiche e i prezzi, e selezionare i beni che ritiene interessanti introducendoli in un 'carrello virtuale'. Sarà soltanto al termine della visita il momento nel quale l'utente potrà decidere se e quali, fra i beni e servizi selezionati, acquistare attraverso la compilazione di un modello di accettazione predefinito.

⁵⁹ La formulazione di inoltro dell'ordine e conferma dell'ordine deriva dalla stessa direttiva 2000/31/CE che nell'art. 11 chiarisce la successione temporale dei due atti, senza però qualificarli in modo giuridico come atti che portano alla conclusione del contratto stesso.

⁶⁰ G. Dannemann, *Formation of contracts on the Internet*, in P. Birks e A. Pretto (a cura di), *Themes in Comparative law – In Honour of Bernard Rudden*, OUP, Oxford, 2002, 181

per non incorrere in un nuovo arresto dell'iter⁶¹. Lo stesso risultato si ottiene qualora l'utente manchi di accettare le clausole di volta in volta visualizzate (in particolare nel caso delle licenze software⁶²), oppure digiti erroneamente le informazioni necessarie per la conclusione del contratto (soprattutto se ciò avviene in relazione al numero di carta di credito)⁶³.

Alla luce di ciò, possono legittimamente sorgere delle perplessità circa la reale volontarietà dell'atto di acquisto. Se questa è interpretata come una mera conferma della scelta di proseguire secondo il percorso indicato, non si manifesta alcuna incertezza poiché l'utente è invitato non solo a seguire sui successivi *link* delle pagine *web* per poter concludere l'acquisto, ma anche a reiterare i dati principali per non incorrere in errori di mera digitazione. Invece, se la volontà è intesa come un'attività del pensiero diretto ad una decisione argomentata, il procedimento in questione non consente il suo pieno esplicarsi⁶⁴.

Da ciò può argomentarsi che l'utente, pur avendo a disposizione gli elementi principali del contratto, le caratteristiche del bene e/o servizio e le condizioni contrattuali, può aver bisogno di un ulteriore elemento, ovvero uno *spatium deliberandi* sufficiente a consentire una consapevole ponderazione dei dati accessibili⁶⁵. Il fattore tempo, però, sulla rete telematica acquista un valore diverso, giacché appare di natura molto più flessibile. Ciò che si osserva, infatti, è il completo annullamento della progressione passato-presente-futuro, dato che la scansione temporale si riduce sempre di più al 'tempo reale' necessario e sufficiente per

⁶¹ È esperienza comune la visualizzazione della pagina bianca al termine di un percorso d'acquisto con durata superiore a quella prevista nella quale l'unica indicazione è "*page expired: you have to send again the information to proceed*".

⁶² Per la trattazione esaustiva delle c.d. *click-wrap*, *browse-wrap* e *shrink-wrap licences* si veda C. Coteanu, *Cyber consumer law and unfair trading practices*, Aldershot, Ashgate, 2005, 47 e ss., nel quale peraltro l'Autrice osserva che ipotesi dimostrano chiaramente il passaggio del principio del "contratto-come-consenso" a quello del "contratto-come-consenso-tecnologico", compiuto con comportamenti concludenti attraverso lo strumento telematico.

⁶³ Per un punto di vista estremamente severo su tale tema, si veda C. Camardi, *Gli accordi telematici: un nuovo modello di scambio*, in F. Galgano (a cura di), *Il contratto telematico, Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, XXVII, Padova, 2002, 14, secondo la quale "[d]a modello neutro disponibile ad accogliere le più semplici come le più sofisticate negoziazioni patrimoniali, 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. Un atto, bilaterale o combinazione di due atti unilaterali, comunque lontano da quel concetto di negozio che ha fin qui nutrito le riflessioni del civilista e del teorico del diritto".

⁶⁴ B. De Nayer, *The consumer in electronic commerce: beyond confidence*, cit., 121, in cui l'Autore conferma il fatto che "*by being invited to click on through various web pages, he loses any initiative in the buying process*".

È necessario sottolineare che la difficoltà nel riconoscere la volontarietà dell'atto di accettazione dell'utente non è legato alla discrepanza esistente tra l'interno volere del soggetto dichiarante e la sua manifestazione, che ha portato all'annosa questione fra la prospettiva volontaristica dell'atto e quella dichiarazionistica (sul punto, fra gli altri R. Sacco, *Il consenso*, in E. Garbrielli (a cura di), *I contratti in generale*, I, 389; M. Giorgianni, voce *Volontà (dir. priv.)*, Enc. dir., vol. VI, Milano, Giuffrè, 1960, 547), piuttosto si colloca sulla concreta difficoltà per l'agente di comprendere quali atti compiuti sul mezzo telematico possono rappresentare la dichiarazione della propria volontà di vincolarsi al contratto.

⁶⁵ M. De Poli, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, cit., 256.

veicolare le informazioni da un computer all'altro⁶⁶. Questo fatto appare evidente, per esempio, nel caso dell'invio di un ordine di acquisto, nel quale il momento di invio e quello di ricezione sono – quasi – contestuali⁶⁷. Inoltre, il tempo dedicato alla contrattazione viene quantificato economicamente, in modo tale da essere equivalente al prezzo che l'utente è disposto a pagare per accedere alle informazioni⁶⁸.

Le considerazioni appena compiute permettono di comprendere la ragione per cui, nel contratto stipulato elettronicamente, la disciplina comunitaria si volge a definire anche la dimensione procedurale della negoziazione. L'informazione circa le fasi tecniche di conclusione del contratto, ha la finalità ultima di facilitare la formazione della consapevole volontà contrattuale del contraente – obiettivo verso il quale si indirizzano anche le informazioni concernenti i dati essenziali del contratto e delle sue condizioni⁶⁹ – ma opera in modo indiretto, giacché chiarisce gli aspetti meramente pratici: essenzialmente il quando e il come la volontà dell'utente deve esplicitarsi. Infatti, l'utente è messo a conoscenza dell'iter formativo del contratto dunque può sapere anticipatamente quando la sua dichiarazione potrà risultare impegnativa, e quali elementi possono essere necessari per svincolarsi dall'accordo prima della sua conclusione. Pertanto, l'utente può raggiungere la chiara consapevolezza delle conseguenze delle proprie azioni nel quadro di un contratto stipulato con mezzi telematici⁷⁰. Inoltre, l'invio delle informazioni in questione consente di escludere che possa essere assunta, quale causa di impugnazione del contratto, l'ignoranza incolpevole del soggetto rispetto al mezzo tecnico utilizzato⁷¹.

⁶⁶ “Il tempo reale sembra così più vicino al concetto di tempo virtuale che non a quello di tempo storico. Una sorta di concetto di tempo storico: il sistema non può interrompersi, deve funzionare sempre, 24 su 24. Il tempo individuale dell'utente di Internet trova dinanzi a sé il tempo perenne del sistema un tempo tendenzialmente senza scansioni?”, C. Camardi, *Contratto e rapporto nelle reti telematiche – Un nuovo modello di scambio*, in V. Ricciuto e N. Zorzi (a cura di), *Il Contratto telematico*, Padova, Cedam, 2002, 4.

⁶⁷ B. De Nayer, *The Consumer in the electronic commerce: beyond confidence*, cit., 119; C. Camardi, *Metodi “alternativi” di soluzione delle controversie: diritto, spazio e tempo nell'ambiente delle tecnologie informatiche*, *Europa e diritto privato*, 2, 2004, 562, in cui l'autrice definisce tale trasformazione fino a raggiungere una “dimensione – per così dire – unica di un presente del tutto ipertrofico che riduce passato e futuro a proprie appendici”.

⁶⁸ Esistono, infatti, tecniche e strategie di “guida” del consumatore-utente tali da guidare ed orientare questi soggetti ad un certo uso del loro tempo di navigazione, inducendoli ad allungare il percorso tra i *link* visitati, sia attraverso la fornitura di informazioni di buona qualità nel momento che statisticamente risulta il picco massimo di attenzione, sia attraverso diverse e più attraenti tipologie di servizio. C. Camardi, *op. ult. cit.*, 568. Si veda, da un diverso punto di vista, U. Reifner, *The future of consumer education and consumer information in a market economy*, in T. Wilhelmsson et al., *Consumer Law in the Information society*, cit., 71 e ss.

⁶⁹ Queste informazioni sono comunque dovute, giacché i contratti stipulati nella rete Internet sono ascrivibili alla categoria di contratti a distanza e quindi sottoposti alla relativa disciplina.

⁷⁰ La direttiva n. 2000/31/CE ex art. 10, infatti, impone che tali informazioni siano fornite al destinatario dei servizi prima che questi possa inviare al fornitore del servizio l'invio dell'ordine.

⁷¹ In realtà, per quanto concerne il controllo *ex post* compiuto dal giudice circa la conformità dell'informazione e la sua comprensione da parte dell'utente, è necessario osservare che il legislatore non ha enucleato dei criteri specifici per la valutazione, di conseguenza, la controllo giudiziale dovrà verificare l'avvenuta comunicazione chiara ed inequivocabile delle informazioni dovute e la decisione del soggetto di non uscire dalla procedura di formazione dell'accordo.

5. 5. I riflessi sulla contrattazione

Anche l'imposizione di un obbligo informativo a contenuto puramente tecnico, però, può avere degli effetti sulle modalità di contrattazione telematica, sia nel quadro dello stesso iter finalizzato alla conclusione del contratto, sia in relazione al ruolo che i soggetti svolgono all'interno di esso.

5. 5. 1. *Le forme di fidelizzazione*

La scelta di rendere edotto l'utente-consumatore circa le diverse fasi tecniche di conclusione dell'accordo, si fonda sulla volontà del legislatore di incrementare la fiducia del consumatore e sulla conseguente possibilità di diffondere l'impiego del mezzo elettronico quale strumento di conclusione di rapporti giuridici contrattuali all'interno del mercato comunitario⁷². Infatti, il soggetto che per la prima volta si trova ad acquistare un bene su Internet non si trova soltanto di fronte ad una diversa disciplina giuridica che ne regola il rapporto – che può compiersi peraltro con soggetti che operano al di fuori del proprio Stato di origine – ma si scontra anche con una difficoltà tecnica che può indurlo in inganno circa la reale conclusione del contratto.

Come indicato nel paragrafo precedente, l'accordo stipulato su Internet, pur avendo caratteristiche simili a quelle tradizionali, sconta una forte compressione del tempo dedicato alla riflessione e alla deliberazione, quindi, la scelta che si palesa più sicura per il consumatore è quella di uscire immediatamente dal processo in corso, per non rischiare di trovarsi legati ad un contratto senza essere consapevoli di aver espresso dichiarazioni vincolanti.

Appunto per evitare l'uscita dal procedimento formativo del contratto, la direttiva dispone che il consumatore ha il diritto di ricevere anticipatamente, prima dell'inoltro dell'ordine (in altre parole prima ancora di inviare la propria proposta contrattuale o l'accettazione della stessa) tutte le informazioni relative alle fasi di conclusione del contratto, nonché quelle concernenti il modo di archiviazione dello stesso e le modalità per correggerne gli errori. Ciò ha importanza sia nel caso in cui il consumatore si trova alla

Si veda anche A. Nordhausen, *Information requirements in E-Commerce directive and the proposed directive on unfair commercial practices*, in G. Howells, A. Janssen, R. Schulze (a cura di), *Information rights and obligations – A challenge for party autonomy and transactional fairness*, Ashgate, Aldershot, 2005, 104.

⁷² Si veda *supra* capitolo 1.

prima esperienza di acquisto sulla rete telematica, sia nel caso in cui abbia già compiuto altre contrattazioni ma si trova di fronte ad un diverso iter procedurale.

Un'applicazione peculiare di tale disposizione finalizzata alla fidelizzazione dei consumatori – apprezzabile nel diritto italiano – è quella relativa ad un sito che predispone un c.d. negozio di configurazione⁷³ per tutti gli utenti che vogliono beneficiare dei servizi o dei beni da esso offerti. In altre parole, si tratta di un accordo di tipo normativo, mediante il quale le parti manifestano le facoltà procedimentali già previste dalla legge, o pongono regole nuove e diverse⁷⁴, mutando gli schemi formativi legali o creandone di nuovi. Il negozio configurativo, infatti, avrebbe il vantaggio di creare prassi normative finalizzate a stabilire un iter specifico per la formazione di un rapporto giuridico contrattuale, qualora le stesse parti intendano in futuro concludere un contratto, oppure la possibilità di predisporre le modalità con le quali possano essere operate le modifiche al regolamento contrattuale originario.

In questo caso, gli utenti che aderiscono al sito si obbligano a rispettare le regole di formazione dell'accordo, non riconoscendo alcun valore procedimentale alle dichiarazioni, agli atti o ai comportamenti che non rispettano i parametri posti attraverso il patto configurativo stesso⁷⁵. L'obiettivo del patto può consistere nell'escludere valore concludente a dichiarazioni che secondo i parametri legali lo avrebbero (aggravando gli elementi necessari a configurare l'accordo). Un esempio può essere la scelta di riconoscere valore di accettazione dell'accordo solo nel caso di un effettivo invio di una e-mail di conferma della controparte in cui siano ripetuti i termini stessi dell'accordo. Viceversa, il patto di configurazione può essere finalizzato ad attribuire natura vincolante a dichiarazioni e comportamenti che altrimenti ne sarebbero privi (dunque, semplificando gli elementi necessari per l'accordo). Ed in questo caso un esempio può presentarsi con la scelta di valutare come accettazione anche il silenzio della controparte⁷⁶.

⁷³ In primis si veda Salv. Romano, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1961, 80; G. Benedetti, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, Giuffrè, 1969, 36; G. Palermo, *Contratto preliminare*, Padova, Cedam, 1991, 108; A. Orestano, *Intese prenegoziali a struttura normativa e profili di responsabilità contrattuale*, in ID., *Accordo normativo e autonomia negoziale*, Padova, Cedam, 2000, 70.

⁷⁴ Per esempio, le modifiche possono essere tipicamente ammesse dalla legge, come le clausole sui tempi e sulla forma dell'accettazione, o sulla richiesta ex art. 1327 c.c., oppure possono essere variazioni atipiche create *ad hoc* dalle parti, come patti sul silenzio o sulla dichiarazione. Ed in tal senso, anche la normativa in materia di contratto stipulato sulla rete Internet (d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70, sul commercio elettronico di attuazione della direttiva europea 8 giugno 2000, n. 31) non esclude la possibilità di una pattuizione diversa da quanto previsto dalla lettera della legge, qualora si tratti di contratti cd. B2B (business to business). In questo senso G. Comandè e S. Sica, *Il commercio elettronico. Profili giuridici*, Torino, Giappichelli, 2001, 55.

⁷⁵ Si tenga comunque presente il fatto che le variazioni procedimentali introdotte dall'autonomia privata possono semplificare, ma non eliminare l'elemento dell'accordo contrattuale, in quanto questi è da reputarsi come un fattore in mancanza del quale il contratto non sarebbe stipulabile.

⁷⁶ A. M. Benedetti, *Autonomia privata procedimentale*, cit., 180. Ivi, l'autore specifica come tale accordo possa essere configurato anche come contratto di adesione, consentendo ad ulteriori soggetti di aderire al contratto stesso in un momento successivo. Ciò è confortato anche dall'esplicita disposizione del codice, art. 1322 c.c., secondo il quale le parti possono esercitare "una competenza primaria nello stabilire le modalità attraverso le quali il

Di conseguenza, un eventuale negozio configurativo può essere utilizzato quale presupposto necessario per l'accesso al sito, nei limiti in cui questo non stabilisca un iter di conclusione dei successivi contratti nel quale non sia rispettato il principio dell'accordo, oppure si allontani dal procedimento stabilito *ex lege*⁷⁷.

5. 5. 2. *La posizione del contraente debole: verso la standardizzazione del consumatore medio/alto*

Come accennato nei paragrafi precedenti, gli obblighi informativi sono posti a tutela del consumatore, e l'immagine di tale soggetto affermatasi, a livello giurisprudenziale e poi legislativo, è quella di consumatore medio, ragionevolmente attento e circospetto. Questa interpretazione non poteva essere altrimenti, poiché la preferenza verso gli obblighi di informazione si basa sulla capacità dei destinatari di elaborare il contenuto per giungere ad una decisione economica consapevole. La standardizzazione di un consumatore vulnerabile, infatti, avrebbe potuto giustificare l'utilizzo di forme più penetranti di intervento nel contratto, finalizzate a salvaguardare gli interessi del soggetto in condizione di debolezza. D'altronde, quest'ultima interpretazione sarebbe stata contraria al più generale dovere di diligenza, che indica appunto la normale cura che ciascun soggetto dovrebbe porre nella propria attività al fine di non incorrere in eccezionali errori di valutazione⁷⁸. In altre parole, si presuppone che il consumatore sia in una condizione di debolezza rispetto alla controparte, ma che tale condizione possa essere migliorata attraverso un miglior livello di informazione, raggiunto grazie all'attiva partecipazione del soggetto stesso. Dunque, il consumatore è considerato capace di acquisire ed assimilare le informazioni per giungere

procedimento di formazione del contratto si 'riapre' per consentire a terzi l'ingresso in un rapporto contrattuale già definito, nel suo contenuto regolamentare, dal contratto concluso fra le parti originarie" (ivi, p. 150).

⁷⁷ Si presume che un giudizio di meritevolezza sulle singole pattuizioni non sia necessario, poiché le variazioni previste non collocano il contratto successivo nell'ambito dell'atipicità. In qualsiasi caso però deve sussistere un vaglio che garantisce la validità di tale patto, applicando le regole nel giudizio di liceità, ovvero il principio dell'accordo e l'esistenza di procedimenti formativi rigidi ai quali le parti devono adeguarsi (si veda l'esempio più comune dei contratti con i consumatori, laddove il legislatore ha configurato una serie di obblighi e la presenza dello *jus poenitendi* quali elementi procedurali inderogabili). Il principio dell'accordo protegge difatti l'affidamento sulla stabilità del rapporto contrattuale, e presiede ad ogni eventuale modifica. Tuttavia, la legge non esclude l'ammissibilità di un potere di modificazione unilaterale volontariamente attribuito, purché esso sia dettato nell'interesse comune delle parti o di una di esse, lasciando spazio alla sindacabilità di tale potere *ex post* in ragione delle sue premesse giustificative o nei rimedi della parte che lo subisce. Si veda P. Schlesinger, *Poteri unilaterali di modificazione ("jus variandi") del rapporto contrattuale*, in *Giur. Comm.*, 1992, I, 23.

⁷⁸ D. Valentino, *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, Napoli, Esi, 1999, 15, afferma che *"l'onere di diligenza viene posto a limite alla rilevanza dell'obbligo di informare la rispettiva controparte"*. In questo senso anche G. Grisi, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, Jovene, 1990, 84; G. Visintini, *La reticenza nella formazione dei contratti*, cit., 111.

alla propria decisione, e soltanto nel caso di una peculiare condizione di debolezza, da valutarsi nel caso concreto, potrà ricevere in via giudiziale una tutela più incisiva⁷⁹.

In questo quadro si colloca anche l'obbligo di informazione circa l'iter formativo del contratto telematico, finalizzato appunto a rendere edotto l'utente-consumatore sulle modalità pratiche di utilizzo del mezzo per poter esprimere la propria volontà di impegnarsi. Tuttavia, tale obbligo non svolge una finalità soltanto informativa, ma promuove l'educazione del destinatario dell'informazione, poiché presuppone che questi di volta in volta sia sempre più preparato al procedimento di negoziazione, individuando nei differenti modelli presenti sul mercato uno schema formativo di base che gli consenta di comprendere se può affidarsi o no al procedimento segnalato. Infatti, l'informazione veicolata può portare ad un adattamento delle aspettative dell'utente-consumatore nei confronti dell'iter contrattuale. Questo fatto appare di notevole importanza nel commercio elettronico laddove gli standard di comportamento possono essere diversi in relazione al paese di origine del prestatore del bene o servizio, e pertanto possono portare il consumatore ad affidare in soggetti che non rispettano il livello di tutela previsto in ambito comunitario⁸⁰.

L'utente-consumatore che compie i propri acquisti sul mercato telematico, quindi, potrà ricevere indicazioni su diversi modelli formativi di contratto, acquistando una padronanza sempre maggiore sia dello strumento tecnico utilizzato, sia delle prassi commerciali presenti sul mercato alla luce dell'esperienza personale compiuta. Se la prospettiva della diffusione della tecnologia telematica può ritenersi realizzabile, allora, in tempi lunghi, sarà possibile

⁷⁹ Si veda quanto previsto dalla direttiva n. 2005/29/CE, all'art. 5, c. 3, laddove si precisa che *“le pratiche commerciali che possono falsare in misura rilevante il comportamento economico solo di un gruppo di consumatori chiaramente individuabile, particolarmente vulnerabili alla pratica o al prodotto cui essa si riferisce a motivo della loro infermità mentale o fisica, della loro età o ingenuità, in un modo che il professionista può ragionevolmente prevedere sono valutate nell'ottica del membro medio di tale gruppo. Ciò lascia impregiudicata la pratica pubblicitaria comune e legittima consistente in dichiarazioni esagerate o in dichiarazioni che non sono destinate ad essere prese alla lettera”*.

Un esempio peculiare in questo senso è quello della tutela fornita ai minori, che possono avere difficoltà nel percepire il contenuto informativo veicolato attraverso le nuove tecnologie informatiche. Essendo questa categoria una percentuale crescente nel totale degli utenti informatici, sono stati oggetto di uno specifico intervento a livello europeo e nazionale: Piano pluriennale d'azione comunitario per l'adozione di un piano d'azione comunitario pluriennale finalizzato alla promozione di un uso sicuro di Internet e delle nuove tecnologie telematiche, combattendo i contenuti illegali e dannosi in particolare nell'area della protezione dei minori (Decisione 276/1999/EC del Parlamento Europeo e del Consiglio, 25 Gennaio 1999, GUCE L 33, 6.2.1999). Questo piano di azione è appunto finalizzato a promuovere la sensibilizzazione dei più giovani, e dei loro genitori, al fine di conseguire una conoscenza dei nuovi mezzi di comunicazione tale da permettere la selezione responsabile di quanto attraverso di essi è veicolato. Questo approccio è giustificato dal fatto che il minore che utilizza lo strumento elettronico è sicuramente dotato di un certo grado di dimestichezza nell'utilizzo concreto del mezzo, talora maggiore di quello di molti adulti, mentre non è detto che abbia altrettanta capacità selettiva e di interpretazione del messaggio.

⁸⁰ Si veda R. Brownsword e G. Howells, *When surfers start to shop: Internet commerce and contract law*, cit., 289, laddove gli autori riconoscono che *“potentially, the difficult case is the one where the Internet brings together contractors who are situated in zones in which the ground-rules of fair dealing - and, concomitantly, reasonable expectations relative to such ground-rules - are different. Where the regional differences are less striking than the similarities, it should be feasible for the legal framework - possibly in the form of an inter-regional Convention - to continue to be founded on the principle of reasonable expectation”*.

ritenere che l'utente medio sia ormai padrone delle specifiche modalità di utilizzo del mezzo, e dunque, le informazioni di contenuto tecnico potranno ritenersi ormai superflue nei suoi confronti. In questa prospettiva, l'interprete del diritto dovrà porsi il seguente quesito: è possibile ritenere che il livello di competenza dell'utente consumatore si sia innalzato grazie all'esperienza e alla diffusione del mezzo tecnico? Un'eventuale risposta affermativa, può avere delle conseguenze importanti, poiché, in primo luogo, può indurre il legislatore alla scelta di eliminare, dal novero degli obblighi informativi, quello concernente il procedimento formativo del contratto, oppure limitarne l'operatività nei confronti dei soli "nuovi" clienti. Tuttavia, se confrontiamo questa ipotesi con quanto avvenuto per il diritto di recesso dalla sua prima formulazione all'interno della direttiva sulle vendite porta a porta⁸¹, osserviamo che il legislatore ha mantenuto intatto, negli interventi normativi che si sono succeduti nei venti anni successivi, l'obbligo di informare il consumatore di tale diritto. Anche nel caso del diritto di recesso, infatti, l'obiettivo iniziale era quello di educare il consumatore circa l'esistenza e le modalità di esercizio del diritto di ripensamento, tale obiettivo però non si è ritenuto raggiunto con la mera formalizzazione nella direttiva del 1985, ma ha richiesto un aggiornamento continuo in ragione delle tipologie di contratto di volta in volta affrontate dal legislatore europeo⁸².

Una seconda ipotesi potrebbe essere quella di innalzare lo standard di razionalità del consumatore verso l'alto, imponendo alla collettività degli utenti un livello di diligenza superiore a quello attuale, sul base del presumibile miglioramento nelle loro competenza a seguito della progressiva diffusione dei mezzi di comunicazione telematica⁸³. Sul piano giuridico, questo implica che non potrebbe più ritenersi scusabile l'ignoranza del consumatore rispetto al mezzo utilizzato, e di conseguenza tale condizione non potrebbe

⁸¹ La disposizione della direttiva sulle vendite aggressive non ha creato *ex novo* il diritto attribuendolo al consumatore, poichè esso era già esistente e applicabile ad ogni rapporto contrattuale. In realtà, si è riconosciuto al consumatore il diritto di avere esplicita informazione dello *jus poenitendi* da parte del fornitore dei beni o dei servizi, di conseguenza tale diritto inderogabile non può più essere negato, né implicitamente, né per volontà del consumatore.

⁸² Appunto la settorialità degli interventi comunitari può essere ritenuta una causa della reiterazione di tale obbligo per il venditore/professionista, viceversa, è possibile affermare che la direttiva sul commercio elettronico nella quale è inserito l'obbligo di informazione sul procedimento tecnico, in quanto direttiva quadro, si applica a tutti i contratti stipulati attraverso il mezzo telematico, indipendentemente dalla loro tipologia specifica (salvi i casi previsti ex art. 3, c. 3, della stessa direttiva).

⁸³ Una indicazione in tale direzione si ritrova già nella direttiva n. 2005/29/CE per quanto riguarda le pratiche commerciali rivolte ad una categoria di soggetti più vulnerabili come gli anziani e i bambini (art. 5, c.2). In particolare osserva H.-W. Micklitz, *The general clause on unfair practices*, in G. Howells, H.-W. Micklitz e T. Wilhelmsson, *European Fair trading law*, Ashgate, Aldershot, 2006, 113, che "the common and legitimate advertising practice of making exaggerated statements or statements which are not meant to be taken literally shall be maintained. Exaggeration forms part of the core of advertising, irrespective of its addressees. In this respect advertising is even protected under the European Convention on Human Rights. This means that children must learn to put into perspective the message conveyed by advertising and the elderly must not take the message in the advertising for granted if the exaggeration is self-explanatory".

essere utilizzata quale causa di impugnazione del contratto⁸⁴. Un approccio di questo tipo, però, potrebbe proporre un problema per coloro che non riescono a (o non desiderano di) stare al passo con la continua evoluzione delle nuove tecnologie. Ciò, infatti, si concreterebbe nel rafforzamento del problema – già esistente – del c.d. *digital divide*, poiché non soltanto si propone un progressivo allontanamento fra la posizione dei soggetti che fruiscono abitualmente della tecnologia e coloro che non possono accedervi, ma a ciò si aggiungerebbe anche la possibilità che la tutela giuridica non sia disponibile per il neofita, giacché si presuppone questi posseda un livello di competenza già sufficiente per padroneggiare le procedure tecniche utilizzate.

⁸⁴ Alcuni casi in tal senso si sono già presentati nella giurisprudenza tedesca: Scanner advertisement (BGH, Decisione del 20 Dicembre 2001, NJW-RR 2002, 1122) e Krombacher (LG Siegen, Decisione del 25 Giugno 2002). Si veda più approfonditamente in C. Coteanu, *Cyber consumer law and unfair trading practices*, cit., 184.

Bibliografia

- R. Alessi, Luci ed ombre del nascente diritto europeo dei contratti, in Ead. (a cura di), *Diritto europeo e autonomia contrattuale*, Palermo, 1999, 8
- R. Alessi, *Diritto europeo dei contratti e regole dello scambio*, Europa e Diritto privato, 2000, 96
- R. Alessi, Consensus ad idem e responsabilità contrattuale, in Mazzamuto (a cura di), *Il contratto e le tutele – Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002, 120
- G. Alpa, *Tutela del consumatore e controlli sull'impresa*, Bologna, Cedam, 1977, 55
- G. Alpa, Privacy e statuto dell'informazione (il privacy Act e la loi relative à l'informatique aux fichiers et aux libertés n. 78-17 del 1978), *Riv. dir. civ.*, 1979, I, 65
- G. Alpa, *Contratto e common law*, Padova, Cedam, 1987
- G. Alpa, I principi generali, in *Trattato di dir. priv.* diretto da G. Iudica e P. Zatti, Milano, Giuffrè, 1993, 323
- G. Alpa, Status e capacità - la costruzione giuridica delle differenze individuali, Roma-Bari, Laterza, 1993
- G. Alpa, Proposte di modifica del trattato CEE in tema di tutela del consumatore, in *Contratto impr./Europa*, 1996, I, 372
- G. Alpa, The protection of privacy in Italian law, in B. Markesinis (a cura di), *Protecting Privacy*, Oxford University Press, New York, 1999, 109
- G. Alpa, *Il diritto dei consumatori*, Bari, 2001
- G. Alpa, Trading on line and the protection of the consumer, in *European Business Law Review*, 2001, 244,
- G. Alpa e M. Adenas, *Fondamenti di diritto privato europeo*, Giuffrè, 2005
- G. Amadio, Nullità anomala e conformazione del contratto (note minime in tema di abuso dell'autonomia contrattuale), *Riv. dir. priv.*, 2005, 285
- C. Amato, Per un diritto europeo dei contratti con i consumatori – Problemi e tecniche di attuazione della legislazione comunitaria nell'ordinamento italiano e nel Regno Unito, Milano, Giuffrè, 2003

- L. Ammannati, *Diritto e mercato – una rilettura delle loro attuali relazioni alla luce della nozione di ‘transaction’ di Commons*, Quaderni Simple, Università di Siena, 01/2003
- A. Aparo, *Il libro delle reti*, Roma, Adnkronos libri, 1995
- K. J. Arrow, *Economic welfare and the allocation of resources for invention*, in National Bureau of Economic research, *The rate and direction of inventive activity*, Princeton University Press, Princeton, 1962
- P. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford, OUP, 1970
- P. Atiyah, *Introduction to the law of contract*, Oxford, OUP, 1995
- B. Auer, *Good Faith : A semiotic approach*, ERPL, 2002, I, 411
- I. Ayres and J. Braithwaite, *Responsive regulation, transcending the deregulation debate*, OUP, 1992
- I. Ayres e M. Funk, *Marketing Privacy*, 20 Yale J. on reg. 77, 2003, 96,
- E. Baffi, *I limiti all'autonomia contrattuale nel pensiero economico e filosofico contemporaneo*, Riv. crit. dir. priv., 2004, 631
- M. Barcellona, *Diritto, sistema e senso – Lineamenti di una teoria*, Torino, Giappichelli, 1966
- M. Barcellona, *Sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, Europa e diritto privato, 2005, 642
- P. Barcellona, *Diritto privato e processo economico*, Jovene, Napoli, 1973
- P. Barcellona, *Diritto privato e società moderna*, Jovene, Napoli, 1996
- P. Barcellona, *Soggetti e tutele nell'epoca del mercato europeo/mondiale*, in N. Lipari (a cura di), *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, ESI, Napoli, 1998, 63
- E. Barendt, *Freedom of Speech*, Oxford, Clarendon, 1987
- R. Barents, *The Internal Market unlimited: some observations on the legal basis of community legislation*, CMLR, 1993, 87.
- V. Bariatti, *Internet: aspects relatifs aux coflicts de lois*, Riv. dir. int. priv. e proc., 1997, 545
- J.P. Barlow, *Declaration of independence of Internet*, reperibile all'indirizzo web <http://www.eff.org/barlow/library.html>, 1996.
- J. Basedow, *A Common Contract for the Common Market*, CMLRev, 1996, 1171
- J. Baselow and T. Kono (a cura di), *Legal aspects of globalization: conflict of laws, Internet, capital markets and insolvency in a global economy*, The Hague, Klumer Law International, 2000
- M. Baye e R. Morgan, *Information Gatekeepers on the Internet and the Competitiveness of Homogeneous Product Markets*, in *American Economic Review*, 2001, 3, 454

- H. G. Beale, W. Bishop, e M. Furmston, *Contract: Cases and Materials*, 4° ed., Londra, Butterworths, 2001
- H. Beales, R. Craswell e S.C. Salop, *The Efficient Regulation of Consumer Information*, *Journal of Law and Economics*, 1981, 503
- H. Beales, R. Craswell e S.C. Salop, *Information Remedies for Consumer Protection*, *The American Economic Review*, 1981, 410
- H. Beales, *Inequality of bargaining power*, *OJLS*, 1986, 123
- G. Bellantuono, *Asimmetria informativa e razionalità limitata nei mercati elettronici*, in G. Pascuzzi, *Diritto e tecnologie evolutive del commercio elettronico*, Padova, Cedam, 2004, 142
- G. Benedetti, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1998, I, 21
- G. Benedetti, *Diritto e linguaggio. Variazioni sul diritto muto*, *Europa e diritto privato*, 1999, I, 137
- G. Benedetti, *Parola scritta e parola telematica nella conclusione dei contratti*, in AA.VV., *Scrittura e diritto*, Milano, Giuffrè, 2000, 176
- R. Benjamin e R. Wigand, *Electronic Markets and Virtual Value Chains on the Information Superhighway*, in *Sloan Management Review*, 1995, 62
- Y. Benkler, *The Wealth of Networks*, Yale Press, 2006
- C. Bennett, *Regulating Privacy – Data protection and Public Policy in Europe and in the United States*, Cornell University Press, Ithaca, 2000
- T. Berners Lee, *L'architettura del nuovo web. Dall'inventore della rete il progetto di una comunicazione democratica, interattiva e intercreativa*, Milano, InterZone - Feltrinelli, 2001
- E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, UTET, 1952 (rist. 1994)
- E. Betti, voce *Autonomia privata*, *Noviss. dig. it.*, I, 2, Torino, 1957, 1559.
- C. M. Bianca, *Diritto civile*, III, Milano, Giuffrè, 2000
- C.M. Bianca e F.D. Busnelli, *Commentario al Capo XIVbis del codice civile: dei contratti del consumatore – art. 1469bis – 1469sexties*, Padova, Cedam, 1999
- L. Bigliuzzi Geri, U. Breccia, F.D. Busnelli, U. Natoli, *Diritto Civile 1, Fatti e atti giudici*, Torino, Utet, 1987
- M. Bin, *Clausole vessatorie: una svolta storia (ma si attuano così le direttive comunitarie?)*, *Contratto e impr./Europa*, 1996, 432
- P. Biscardetti di Ruffié, *Costituzioni straniere contemporanee*, vol. 1, VI ed., Milano Giuffrè, 1994
- J. Black, *What is regulatory innovation?*, in J. Black, M. Lodge, M. Tatcher, *Regulatory Innovation – A comparative analysis*, Cheltenham, Edward Elgar, 2005, 2

- N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1993
- F. Bocchini (a cura di), *Diritto dei consumatori e nuove tecnologie*, vol. I, *Gli scambi*, Torino, Giappichelli, 2003
- K. Boele-Woelki, C. Kessedjian, *Internet : which court decides? : which law applies?*, The Hague, Kluwer Law International, 1998
- A. Borgmann, *Holding on to reality – The nature of information at the turn of the Millennium*, Chicago, University of Chicago Press, 1999
- R. Borruso e G. Ciacci, *Diritto civile e informatica*, coll. *Trattato civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, ESI, Napoli, 2004
- U. Breccia, *Causa*, in M. Bessone (a cura di), *Trattato di dir. priv.*, Vol. XIII, t. 3, Giappichelli, Torino, 1999, 3
- U. Breccia, L. Bruscutta, F.D. Busnelli, et al., *Diritto Privato*, 1, Torino, Utet, 2003
- E. Brousseau e T. Penard, *The economics of digital assembling*, Working Paper, 2005.
- E. Brousseau e J-M. Glachant, *The economics of contracts – Theories and Applications*, Cambridge University Press, 2002
- R. Brownsword, *The Philosophy of Welfarism and its Emergence in the Modern English Law of Contract*, in R. Brownsword, G. Howells, T. Wilhelmsson, *Welfarism In Contract Law*, Dartmouth, Aldershot, 1994, 21
- R. Brownsword, *Positive, negative and neutral: the reception of good faith in English contract law*, in R. Brownsword, G. Howells e N.J. Hird (a cura di), *Good faith in contract: concept and context*, Aldershot, Ashgate, 1999, 13
- R. Brownsword, *Individualism, cooperativism and an ethic for European contract law*, *ERPL*, 2001, 628
- R. Brownsword, *Contract law – Themes for the Twenty-first century*, Oxford, OUP, 2° ed., 2006
- C. Buetti, *Spam in the Information Society: Building frameworks for international cooperation*, presentato all'ITU World Summit on the Information Society (WSIS), del Ginevra, 7-9 luglio 2004
- V. Buonocore, *Contratti del consumatore e contratti d'impresa*, *Riv. Dir. Civ.* 1995, I, 19
- V. Buonocore, *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, Giuffrè, Milano, 2000, 119
- M.R. Burnstein, *Conflicts of the net: choice of law in transnational cyberspace*, in *Vanderbilt Journal of International Law*, 1996, 75
- F.D. Busnelli, *Il “trattamento dei dati personali” nella vicenda dei diritti della persona: la tutela risarcitoria*, in V. Cuffaro, V. Ricciuto e V. Zeno-Zencovich *Trattamento dei dati e tutela della persona*, Milano, Giuffrè, 1998, 173
- F.D. Busnelli, *Diritto privato italiano – Radiografia di un sistema*, *Rass. Dir. civ.*, 2002, 12

- F.D. Busnelli, Note in tema di buona fede ed equità, in L. Garofano (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, Atti del convegno nazionale di studi in onore di Alberto Burdese, Padova, Cedam, 2003, 225
- G. Buttarelli, *Banche dati e tutela alla riservatezza – La privacy nella Società dell'Informazione*, Milano, Giuffrè, 1997
- F. Cafaggi, voce *Pubblicità commerciale*, Dig. IV Disc. Comm., vol. XI, Utet, Torino, 1995, 435
- F. Cafaggi, *Qualche appunto su circolazione, appartenenza e riappropriazione nella disciplina dei dati personali*, *Danno e Resp.*, 1998, 620
- F. Cafaggi, *Gouvernance et responsabilité des regulateurs privés*, in *RIDE*, 109, 2004, 23
- F. Cafaggi, *La responsabilità dei regolatori privati. Un itinerario di ricerca tra mercati finanziari e servizi professionali*, in *Mercato Concorrenza e Regole*, 2006, 1, 5
- F. Cafaggi (a cura di), *Reframing self-regulation*, Kluwer, 2006
- B. Caillaud e B. Jullien, *Chicken & egg: competition among intermediation service providers*, in *Rand Journal of Economics*, 34, 2, 2003, 309
- J. Calais-Aluloy e F. Steinmetz, *Droit de la consommation*, Dalloz, 6° ed., 2003.
- C. Camardi, *Metodi 'alternativi' di risoluzione delle controversie: diritto, spazio e tempo nell'ambiente delle nuove tecnologie*, in *Eur. e dir. Priv.*, 2, 2004, 562
- C. Camardi, *Contratto e rapporto nelle reti telematiche – Un nuovo modello di scambio*, in V. Ricciuto e N. Zorzi (a cura di), *Il Contratto telematico*, Padova, Cedam, 2002, 4
- E. Camilleri, *La formazione unilaterale del rapporto obbligatorio*, Torino, Giappichelli, 2004
- D. Campbell, H. Collins, J. Wightman, *Implicit dimension of contract: discrete, relational and network contracts*, Oxford, Hart, 2003
- E. Caprioli, *La publicité sur Internet et le respect du droit de la consommation*, *RD bancaire et financier*, maggio/giugno, 2000, Comm. N. 104, 164
- F. Cardarelli e V. Zeno-Zencovich, *Il diritto delle telecomunicazioni – Principi, normativa, giurisprudenza*, Laterza, Roma-Bari, 1997
- P. Caretti, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, 2° ed., Bologna, Il mulino, 2001
- P. Carey, *Data protection – A practical guide to UK and EU Law*, Oxford University Press, New York, II ed., 2004
- V. Caridi, *La tutela dei dati personali in Internet: la questione dei logs e dei cookies alla luce delle dinamiche economiche dei dati personali*, *Dir. dell'informaz. e informatica*, 2001, 675
- G. Carrara, *La formazione dei contratti*, Milano, Vallardi, 1915
- R. Caso, *Digital Rights Management*, Padova, Cedam, 2004.

- A. Cassano, *Diritto dell'Internet – Il sistema di tutele della persona*, Giuffrè, Milano, 2005
- G. Cassano, *Internet e riservatezza*, in G. Cassano (a cura di), *Internet – Nuovi problemi e questioni controverse*, Milano, Giuffrè, 2001, 14
- M. Castells, *The Internet Galaxy: Reflexions on the Internet, Business, and Society*, OUP, Oxford, 2001
- M. Castells, *The rise of the network society*, Blackwell, II ed., 2000.
- C. Castronovo, *Obblighi di protezione*, in *Enc. Giur.*, XXI, 1990
- C. Castronovo, *Autonomia privata e costituzione europea*, *Europa e diritto privato*, 2005, 32.
- P. Catala, *Ebauche d'une théorie juridique de l'information*, *Informatica e Diritto*, 1983, 17.
- F. Cate e M. Staten, *Protecting Privacy in the New Millennium: The Fallacy of "Opt-In"*, reperibile sul sito della Direct Marketing Association <<http://www.the-dma.org/isec/optin.shtml>>
- R. Caterina, *Paternalismo e antipaternalismo nel diritto privato*, *Riv. dir. civ.*, 6, 2005, II, 771
- A. Chamboredon, *La formation progressive du contrat – Essai de droit comparée sur les procédures de la négociation contractuelle*, Tesi di dottorato, Istituto Universitario Europeo, 2002
- D. Chalmers et al., *European Union Law*, New York, Cambridge University Press, 2006
- G. Chiné, voce *Consumatore (protezione del)*, *Dig.disc.priv.*, sez.civ., vol. XV, Utet, Torino, 1997, 551
- S. Chul Huh, *Invasion of privacy v. commercial speech: Regulation of spam with a comparative constitutional point of view*, 70 *Alb. L. Rev.* 181 (2006)
- William J. Clinton & Albert Gore, Jr., *A Framework for Global Electronic Commerce* (luglio 1997), reperibile all'indirizzo web <http://www.w3.org/tr/note-framework-970706.html>.
- G. Comandè, *Le sfide della regolazione giuridica*, in G. Amato, A. Bonnaccorsi, S. Cassese, R. Varaldo (a cura di), *Lo sviluppo dell'economia digitale in Italia*, Milano, FrancoAngeli, 2000, 105
- R. Coase, *The problem of social cost*, 3 *J. Law & Econ.* 1 (1960).
- J.J. Coelho de Sousa Ribeiro, *L'impératif de transparence*, in H. Schulte-Nolke e R. Schulze, *Europäisches Vertragsrecht im Gemeinschaftsrecht*, *Bundesanzeiger*, Colonia, 2002, 215
- D. Coester-Waltjen, *Constitutional Aspects of Party Autonomy and Its Limits – The Perspective of Law*, in S. Grundmann, W. Kerber, S. Weaterhill (a cura di), *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, Berlin, Walter de Gruyter, 2001, 41
- J. Cohen, *DRM and privacy*, 18 *Berkeley Tech. L.J.* 575 (2003)
- H. Collins, *Regulating contracts*, Oxford, OUP, 1999, 256
- H. Collins, *The law of contract*, Lexis-Nexis, Londra, 4° ed., 2003,

- H. Collins, La giustizia contrattuale in Europa, *Rivista critica del diritto privato*, 2003, 661
- H. Collins, The Unfair Commercial Practice Directive, *ECLR*, 4, 2005, 419
- G. Comandè, Commento agli artt. 11 e 12, in E. Giannantonio, M.G. Losano, V. Zeno-Zencovich, *La tutela dei dati personali – Commentario alla legge 675/1996*, Cedam, Padova, 1999, 132
- G. Comandè, Solo un rapido recepimento da parte degli stati può assicurare la tutela del consumatore, *Guida al diritto*, n. 23, 24 giugno 2000, 122.
- R. Cooter, Bargaining in the shadow of law: a testable model of strategic behavior, *J. Legal Stud.*, 11, 1982, 225.
- R. Cooter e T. Ulen, *Economic Analysis of Law*, London, Glenview, 1988,
- R. Cooter, U. Mattei, P.G. Monasteri, R. Pardolesi, T. Ulen, *Il mercato delle regole – Analisi economica del diritto civile*, Il Mulino, Bologna, 1999
- M. Costanza, Condizioni generali del contratto e contratti stipulati dai consumatori, in C.M. Bianca e G. Alpa (a cura di), *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori: l'attuazione della direttiva n. 93/13/CE*, Padova, Cedam, 1996, 544
- C. Coteanu, The cyberconsumer's protection, *Droit et Technologie*, 2001, dossier disponibile all'indirizzo: http://www.droit-technologie.org/dossiers/cyberconsumer_protection.pdf
- C. Coteanu, *Cyberconsumer law and Unfair trading practices*, Aldershot, Ashgate, 2005
- P. Craig e G. De Búrca, *EU Law – Text, cases and materials*, 3° ed., Oxford, Oxford University Press, 2003, 10 e ss.
- E. Cramer, The Future of Wireless Spam, *Duke Law and Technology Review*, October 2002
- R. Craswell, Regulating deceptive advertising: the role of cost-benefit analysis, *Southern Cal. L. Rev.*, 1991, 550.
- S. Crawford, Who's In Charge of Who I Am: Identity and Law Online, 49 *N.Y. L. School L. Rev.* 211 (2004).
- V. Cuffaro, *Profili civilistici del diritto all'informazione*, Jovene, Napoli, 1986
- V. Cuffaro, Responsabilità precontrattuale, *Enc. dir.*, V, Milano, Giuffrè, 1271
- V. Cuffaro, Il consenso dell'interessato, in V. Cuffaro e V. Ricciuto (a cura di), *La disciplina del trattamento dei dati personali*, Torino, Giuffrè, 1997, 216
- E. Damiani, Informazioni precontrattuali e responsabilità, in E. Del Prato (a cura di), *Violazioni del contratto – Danni e rimedi*, Milano, Giuffrè, 2003, 169
- G. Dannemann, Formation of contracts on the Internet, in P. Birks e A. Pretto (a cura di), *Themes in comparative law – In honour of Bernard Rudden*, Oxford, OUP, 2002, 182.

- G. D'Amico, Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto, in Riv. Dir. Civ., 2002, 37
- A. D'Angelo, La buona fede, in Il contratto in generale, Trattato G. Alpa, M. Bessone, XIII, t. IV, Torino, Utet, 155
- H. Demstet, Toward a Theory of Property Rights”, 57 Am. Econ. Rev. 347 (1967)
- F. Denozza, Norme efficienti, Milano, Giuffrè, 2002
- A. De Mauro, e F. Fortinguerra, La responsabilità precontrattuale, Padova, 2002
- G. De Nova, Informazione e contratto: il regolamento contrattuale, Riv. Trim. Proc. Civ. 1993, 718
- G. De Nova, Dieci “voci” per una tavola rotonda su “il nuovo diritto dei contratti”, in G. Vettori (a cura di), Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti, Cedam, Padova, 1999, 816
- G. De Nova, Parte generale e tipi contrattuali: l'impatto del diritto comunitario e le prospettive nel processo di armonizzazione, contributo proposto alla conferenza Il Diritto europeo dei contratti tra parte generale e norme di settore, Pisa, 25-26 maggio 2007
- M. De Poli, Asimmetrie informative e rapporti contrattuali, Padova, Cedam, 2002
- G. De Vita, Buona fede e common law. Attrazione non fatale nella storia del contratto, in L. Garofalo, Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea, Padova, Cedam, 2003 459
- J. Dickie, Consumer confidence and the EC Directive on Distance Contracts, Journal of Consumer Policy, 1998, 217
- J. Dickie, Producers and consumers in EU E-Commerce law, Hart Publishing, Oxford, 2005
- F. Di Ciommo, Internet e crisi del diritto privato: tra globalizzazione dematerializzazione e anonimato virtuale, in Riv. crit. dir, 2003, 125
- F. Di Ciommo, Evoluzione tecnologica e regole di responsabilità civile, ESI, 2003
- F. Di Giovanni, La regola di trasparenza nei contratti con i consumatori, Torino, Giappichelli, 1998
- F. Di Giovanni, La forma, in E. Gabrielli (a cura di), I contratti in generale, in P. Rescigno (a cura di), Trattato dei contratti, Torino, Utet, 1999, 767
- A. Di Majo, Principio di buona fede e dovere di cooperazione contrattuale, Corr. Giur., 1991, 791.
- A. Di Majo, Libertà contrattuale e dintorni, in Riv. Crit. Dir. Priv., 1995, 8
- A. Di Majo, Il trattamento dei dati personali tra diritto sostanziale e modelli di tutela, in V. Cuffaro, V. Ricciuto, F. Di Marzio, Clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore, Giust. Civ., 1996, II, 517
- F. Di Marzio, Riflessioni sulla forma nel nuovo diritto dei contratti, Riv. crit. dir. priv., 2002, 397

- V. Zeno-Zencovich (a cura di), *Trattamento dei dati personali e tutela della persona*, cit., 225.
- J. Dickie, *Producers and consumers in EU e-commerce law*, Oxford, Hart, 2005
- J. Ding, *E-Commerce. Law & Practice*, Sweet&Maxwell, 1999, 74
- M. Dougan, *Minimum Harmonisation and the internal market*, 37 *Common Market Law review*, 2000, 863
- U. Draetta, *Elementi di diritto comunitario – Parte istituzionale, Ordinamento e struttura dell’Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 1999
- U. Draetta, *Internet e il commercio elettronico nel diritto internazionale dei privati*, Milano, Giuffrè, 2001
- T. Dreier e P.B. Hugenholtz, *Concise European Copyright law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2006
- J. Drexl, *Continuing Contract Law Harmonization under the White Paper of 1985? – Between Minimum Harmonization, Mutual Recognition, Conflict of Laws, and Uniform Law*, in S. Grundmann e J. Stuyck, *An Academic Green Paper on European Contract Law*, cit., 107
- F. Easterbrook, *Cyberspace and the law of the horse*, in *University of Chicago Legal forum*, 1996, 207
- L. Edward e G. Howells, *Anonymity, Consumers and the Internet: Where everyone knows you’re a dog*, in C. Nicoll, J.E.J. Prins e M.J.M. Van Dellen (a cura di), *Digital Anonymity and the law – Tensions and Dimensions*, TMC Asser Press, The Hague, 2003, 209
- C. Elistici, R. Randazzo (in collaborazione con F.M. Andreani e G. Paracchi), *La pubblicità on-line*, in AA.VV., *Internet*, coll. *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, vol. X, Utet, Torino, 2004, 237
- N. Elkin Koren e E.M. Salzberg, *Law, Economics and Cyberspace – The effects of cyberspace on the economic analysis of law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2004
- A. Etzioni, *The limits of privacy*, Basic Books, New York, 1999
- M. Esposito, *Profili costituzionali dell’autonomia privata*, Padova, Cedam, 2003
- M. Fabre-Magnan, *De l’obligation d’information dans le contrats – Essai d’une théorie*, Parigi, LGDJ, 1993
- M. Fabre-Magnan, *Les Obligations*, Parigi, Presses Universitaire de France, 2004
- T. Febbrajo, *L’informazione ingannevole nei contratti del consumatore*, Napoli, ESI, 2006
- E. Ferrante, *Contractual disclosure and remedies under the unfair contract terms directive*, in G. Howells et al., *Information rights and obligations – A challenge for Party Autonomy and Transactional Fairness*, Ashgate, 2005, 115
- G.F. Ferrari, *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza*, Giuffrè, Milano, 2001

- G.B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1966
- G.B. Ferri, *Contratto e accordo*, in G.B. Ferri e C. Angelici (a cura di), *Studi sull'autonomia privata*, Torino, 1997, 58
- G.B. Ferri, *La "cultura" del contratto e le strutture del mercato*, in N. Lipari (a cura di), *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, ESI, Napoli, 1998, 155
- G.B. Ferri, *Divagazioni intorno alla direttiva n. 44 del 1999 su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni al consumo*, *Contratto e impr./Europa*, I, 2001, 57.
- G.B. Ferri, *Divagazioni di un civilista intorno alla Costituzione Europea*, *Europa e diritto privato*, 2005, 12
- G.B. Ferri, *La formula "funzione sociale" dalle idee del positivismo giuridico alle scelte del legislatore del 1942*, *Relazione al Seminario di Studi in onore di S. Rodotà, "Il diritto privato nella società moderna"*, Roma, 6-7 giugno 2003, pubblicato in *AA.VV., Il diritto privato nella società moderna*, Bari, Jovene, 2005
- L. Ferri, *L'autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 1959
- A. Fici e E. Pellicchia, *Il consenso al trattamento*, in R. Pardolesi (a cura di), *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, Giuffrè, Milano, 2003, vol. I, 470
- R.F. Fidler, *Mediamorphosis – Understanding new Media*, Sage, Thousand Oaks, 1997
- G. Finocchiaro, *Lex mercatoria e commercio elettronico – Il diritto applicabile ai contratti conclusi su Internet*, in *Contr. e Impr.*, 2001, 571
- L. Folliero, *Il contratto concluso in Internet*, ESI, Napoli, 2005
- V. Franceschelli, *Il diritto alla riservatezza*, Napoli, Jovene, 1960
- M. Franzoni, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, *Contr. e impr.*, 1999, 83
- C. Fried, *Contract as promise: a theory of contractual obligation*, Cambridge, Harvard university Press, 1981
- V. Frosini, *L'informatica, il diritto alla riservatezza e la democrazia*, *Amministrazione e politica*, 1985, 51
- E. Gabrielli, *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano, Giuffrè, 1974
- M. Gambaro e C.A. Ricciardi, *Economia dell'informazione e della comunicazione*, Roma, Laterza, 1997
- E. Gambaro e N. Landi, *Consumer Contracts and Jurisdiction, Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters*, *EBLR*, 2006, 1355
- R. Gamberale, *Le problematiche legali del commercio elettronico*, in *Giur. it.*, 2001, 417
- A. M. Gambino, *La pubblicità telematica*, *Concorrenza e mercato*, n. 5/1997, 403

- A. Gambino, Offerta e accettazione del contratto telematico internazionale, in *Vita not.*, 1998, 1269
- A. M. Gambino, *L'accordo telematico*, Milano, Giuffrè, 1997
- V. Gautrais, Les Principes d'UNIDROIT face au contrat électronique - Les Principes d'UNIDROIT et les contrats internationaux: aspects pratiques, in *Revue Juridique Thémis*, vol. 36, 2002, 481
- C. Gattei, La responsabilità del provider e i problemi dell'e-commerce: esperienze sovranazionali, in G. Cassano (a cura di), *Internet – Nuovi problemi e questioni controverse*, Milano, Giuffrè, 2001, 614
- R. Gavison, Privacy and the limits of law, *Yale Law Journal*, 1980, 1461
- A. Gentili, L'inefficacia del contratto telematico, *Riv. dir. civ.*, 2000
- A. Gentili, I principi del diritto contrattuale europeo: verso una nuova concezione del contratto?, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2001, 21
- A. Gentili, Informazione contrattuale e regole dello scambio, *Riv. dir. priv.*, 2004, 560
- A. Gigante, Blackholes in cyberspace: the legal void in the internet, in *The John Marshall Journ. of Computer and Information law*, 1997, 413
- J. Ghestin, *Le contrat*, Paris, LGDJ, 1989
- G. Ghidini, *Introduzione allo studio della pubblicità commerciale*, Milano, Giuffrè, 1968
- P. Giliker, Regulating Contract behaviour: the duty to disclose in English and French Law, in *ERPL*, 2005, 621.
- C. Girot, User protection in IT contracts – A comparative study of the protection of the user against defective performance in information technology, Londra, Kluwer Law International, 2001
- O. Godard, Social decision-making under condition of scientific controversy, expertise and precautionary principle, in C. Joerges, K.H. Ladeur, E. Vos (a cura di), *Integrating scientific expertise into regulatory decision-making*, Baden-Baden, Nomos, 1997, 43
- R. Goode, The concept of “good faith” in English law, *Quaderni del centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero*, Roma, 1992
- W.J. Gordon, Excuse and justification in the law of fair use: Commodification and market perspectives, in N. Netanel e N. Elkin-Koren (ed.), *The commodification of information: Social, Political and cultural ramifications*, Kluwer International, The Hague, 2002
- W. J. Gordon, A property-right in self-expression: Equality and individualism in the natural law of intellectual property, 102 *Yale L.J.* 1533 (1993)
- M. Gorgoni, Sui contratti negoziati fuori dai locali commerciali alla luce del d.lgs. n. 50/1992, in *Contr. e Impr.*, 1993, 159
- G. Gorla, *Il contratto – Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, Giuffrè, Milano, 1954.

- G. Gorla, Condizioni generali di contratto e contratti conclusi mediante moduli o formulari nel diritto italiano, in Riv. Dir. comm., 1963, I, 114
- M. Goyens, Consumer protection in a Single European market: what challenge for the EC agenda?, CMLR, 1992, 73
- P. Gozzo, The strategy and the Harmonisation Process within the European Legal System: Party autonomy and information requirements, in G. Howells, A. Janssen e R. Schulze, Information Rights and Obligations – A challenge for Party Autonomy and Transactional Fairness, Ashgate, 2005, 28
- M. Granieri, Appunti in tema di “law & electronics”, in Rivista di diritto privato, 2001, 263.
- M. Granieri, Proprietà, contratto e status nell’industria dell’informazione (per una visione criticamente relazionale dell’economia digitale), in Mercato Concorrenza e Regole, 2006, 111
- F. Greco, Profili del contratto del consumatore, Napoli, Jovene, 2005
- D. Greek, New Laws Will Make Spam Worse, 9 gennaio 2004, reperibile sul sito <<http://www.vnunet.com>>
- G. Grisi, L’obbligo precontrattuale di informazione, Napoli, 1990
- G. Grisi, La frontiera telematica della contrattazione a distanza, Europa e dir. priv., 1998, 892
- G. Grisi, L’autonomia privata – Disciplina dei contratti e disciplina costituzionale dell’economia, Giuffrè, Milano, 1999
- G. Grisi, Lo “jus poenitendi” tra tutela del consumatore e razionalità del mercato, Riv. cri. dir. priv., 2001, 586
- G. Grisi, Gli obblighi di informazione, in S. Mazzamuto (a cura di), Il contratto e le tutele – Prospettive di diritto europeo, Torino, Giappichelli, 2002, 144
- G. Grisi, Ius poenitendi e tutela del consumatore, in V. Ricciuto e N. Zorzi (a cura di), Il contratto telematico, Padova, Cedam, 2002
- S. Grundmann, L’autonomia privata nel mercato interno: le regole di informazione come strumento, Eur. e dir. priv., 2001, 271
- S. Grundmann, European Contract Law(s) of what color?, ERCL, 2005, 2, 194
- S. Grundmann, W. Kerber e S. Weatherill, Party Autonomy and the role of information – An Overview, in S. Grundmann et alii, Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market, Berlin, Walter de Gruyter, 2001, 20
- M. Guadagni, Legal Pluralism, in P. Newman (ed.), The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law, New York: Stockton Press, 1998, 542
- R. H. Guttman, A. G. Moukas, e P. Maes, Agents as Mediators in Electronic Commerce, in International Journal of Electronic Markets, vol. 8, 1998, 3

- G. K. Hadfield, R. Howse, M. Trebilcock, Information-based principles for rethinking Consumer Protection Policy, 21 *Journal of Consumer Policy* (1998), 131
- H. Hansmann e R. Kraakman, Property, Contract, and Verification: The Numerus Clausus Problem and the Divisibility of Rights, 31 *J. Legal Stud.* S373, 2002, 374
- J. Hanson e D. Kysar, Taking behaviouralism seriously: the problem of market manipulation, 74 *New York University Law Rev.* 630 (1999)
- T. Hartlief, Freedom and protection in contemporary contract law, *JCP*, 2004, 256
- B. W. Harvey e D. L. Parry, *The law of consumer protection and fair trading*, Butterworths, Londra, 2000
- F. A. Hayek, Economics and Knowledge, 4 *Economica*, 1937, 33
- F.A. Hayek, The use of knowledge in Society, 35 *AER*, 1945, 519
- M. J. Hesselink, The concept of good faith, in Id., *The new European private law – Essays on the future of private law in Europe*, Kluwer Law International, 2002, 196
- S. Hetcher, *Norms in a wired world*, Cambridge University Press, 2004
- C. W. Higgins, Legal Issues of electronic commerce: activity policies, intelligent agents and ethical transactions, presentazione per la Conferenza SGML/XML Europe 1998 – From theory to new practices, 17-21 maggio 1998, Parigi,
- E. Hondius, The protection of the weak party in an harmonised European Contract Law: a synthesis, 27 *Journal of consumer policy*, 2004, 245
- K.J. Hopt, Disclosure Rules as a Primary Tool for Fostering Party Autonomy – Observations from a Functional and Comparative Legal Perspective, in Grundmann et al., *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, Berlin, Walter de Gruyter, 2001, 249
- G. Howells e T. Wilhelmsson, EC consumer law: Has it come of age?, *ELR*, 2003, 370
- G. Howells, The scope for European consumer law, *ERCL*, 2005, 369
- G. Howells, The potential and limits of consumer empowerment by information, *Journal of Law and Society*, 2005, 360.
- G. Howells, R. Lane, J. D. McLean, *Private international law: electronic commerce: country of destination principle*, Luxembourg, European Parliament, 2001
- G. Howells e T. Wilhelmsson, EC consumer law: Has it come of age?, *ELR*, 2003, 370
- P. Iamiceli, Liceità, correttezza, finalità nel trattamento dei dati personali, in R. Pardolesi, *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, Giuffrè, Milano, 2003, vol. I, 434.
- N. Irti, Persona e mercato, in *Riv. dir. Civ.*, 1995, I, 293
- N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari, 1998

- N. Irti, Scambi senza accordo, in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1998, 347
- N. Irti, è vero, ma ..., in Riv. Dir. Civ., 1999, 273
- N. Irti, Lo scambio dei foulards (replica semiseria al prof. Bianca), in Riv. Trim. Dir. e proc. Civ., 2000, 601
- N. Irti, Norma e Luoghi – Problemi di geodiritto, Roma, Laterza, 2001, 42
- N. Irti e E. Severino, Dialogo su diritto e tecnica, Roma, Laterza, 2001
- A. Jannarelli, La disciplina dell'atto e dell'attività: I contratti tra imprese e tra imprese e consumatori, in N. Lipari (a cura di), Trattato di diritto privato europeo, II ed., Cedam, Padova, III, 41.
- J-P. Jacqué, Liberté d'information, in A. Cassese, A. Clapham e J. Weiler (a cura di), Human rights and the European Community: The substantive law, European University Institute, Nomos Verlag, Baden Baden, 1991, 309
- P.G. Jaeger, Pubblicità e 'principio di verità', Riv. dir. Ind, 1971, I, 331
- C. Jolls, C.R. Sunstein e R. Thaler, A behavioural approach to Law 6 Economics, 50 Stanford Law rev. 1470 (1998)
- J. Karsten e A. R. Sinai, The Action Plan on European Contract Law: Perspectives for the Future of European Contract Law and EC Consumer Law, 26 Journal of Consumer Policy, 163
- E. Katsh, J. Rifkin, A. Gaitenby, E-commerce, E-dispute, and E-dispute resolution: in the shadow of "eBay Law", in Ohio State Journal on Dispute resolution, 15, 2000, 708
- D. Kennedy, Thoughts on Coherence, Social Values and National Tradition in Private Law, in M. W. Hesselink (a cura di) The Politics of a European Civil Code, The Hague, Kluwer International, 2006, 9
- D. Klesidis, Report on the Symposium 'Information rights and Obligations – The Impact on Party Autonomy and Contractual Fairness' University of Munster, 21-22 November 2003, in ERPL, 1, 2003, 133
- D. Kimel, From Promise to contract – Towards a Liberal theory of contract, Oxford, Hart, 2003
- S. Kirschen, Privacy e Internet, in AA.VV., Internet, coll. I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale, vol. X, Utet, Torino, 2004, 451.
- H. Kötz e A. Flessner, European Contract Law, Clarendon Press, Oxford, 1997
- S. Koussoulis, Regulating electronic commerce, in RHDI, 55, 2002, 347
- A. Kronman, Mistake, Disclosure, Information and the Law of Contracts, 7 J. Legal Studies, 1978, 1
- A.T. Kronman, Mistake and the allocation of risk, in A.T. Kronman e R. Posner, The economics of contract law, Boston, Little Brown books, 1979, 114
- K. Krycza, Electronic contract and the harmonisation of Europe – An action required, a mission impossibile?, ERPL, 2005, 2, 155

- T. Kuhn, *The structure of scientific revolution*, University of Chicago Press, 1962.
- W. Landes e R. Posner, *Economic Analysis of Copyright Law*, 18 *The Journal of Legal Studies* 326 (1989).
- W. Landes e R. Posner, *Indefinitely renewable Copyright*, 70 *Univ. Chi. L.R.* 471 (2003)
- P. Leocani, *La Direttiva UE sul commercio elettronico: cenni introduttivi*, *Europa e diritto privato*, 2000, 630
- F. Lerouge, *The use of electronic agents questioned under contractual law - Suggested solutions on a European and American level*, 18 *Marshall J. Computer & Info. L.* 403, (1999)
- L. Lessig, *Code as law and other laws of cyberspace*, Basic books, 1999
- L. Lessig, *The law of the horse: What cyberlaw might teach*, in *Harvard Law Review* 113, 1999, 508
- L. Lessig, *Architecting for Control*, Lecture given at the Institute for Human Sciences, Vienna, AS, 29 maggio 2000, 5.
- L. Lessig, *Code version 2.0*, 2° ed., Basic books, 2006
- D. Lindsay, *The Future of the Fair Dealing Defense to Copyright Infringement*, Research Paper No 12, University of Melbourne Centre for Media, Communications and Information Technology Law, November, 2000, 62
- N. Lipari, *Libertà di informare o diritto ad essere informati*, *Dir. radiodiff. telecom.*, 1978, 5.
- J. Lipton, *A framework for information law and Policy*, 82 *Oregon Law Review* 695 (2003), 754
- J. Lipton, *Copyright in the Digital Age: A comparative survey*, 27 *Rutgers Computer and Tech. L.J.* 333 (2001), 348
- R. E. Litan, *Law and Policy in the age of Internet*, in *Duke Law Journ.*, 50, 4, 1047
- J. Litman, *The public domain*, 39 *Emory L.J.* 965 (1990)
- N. Lucchi, *Digital media & intellectual property*, Springer, Berlino, 2006
- A. Lucarino, *Privacy e Internet*, in AA.VV., *Internet*, coll. *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, vol. X, Utet, Torino, 2004, 420
- N. Lugaresi, *Principles and regulations about online privacy: "implementation divide" and misunderstandings in the European Union*, reperibile su http://www.ssrn.com/id_333440
- X. Luo, *Trust Production and Privacy Concerns on the Internet. A Framework Based on Relationship Marketing and Social Exchange Theory*, 31 *Industrial Marketing Management*, 2002, 111
- B. Lurger, *The future of european contract law between freedom of contract, social justice, and market rationality*, *ERCL*, 2005, 4, 447

- E. Mackaay, *Le juriste a-t-il le droit d'ignorer l'économiste?*, *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif: L'analyse économique du droit*, 2 colloques, Aix-en-Provence, 1986
- H. S. Maine (*Diritto antico* (1861), trad. it, Milano, Giuffrè, 1998
- A.M. Mancaloni, *I contratti con i consumatori tra diritto comunitario e diritto comune europeo*, Jovene, Napoli, 2005
- P. Manes, *Il consenso al trattamento dei dati personali*, Padova, Cedam, 2001
- P. Mankowski, *Formvorschriften und Europäisches Privatrecht*, in H. Schulte-Nölke, R. Schulze, L. Bernardeau (a cura di), *Europäisches Vertragsrecht im Gemeinschaftsrecht/European Contract Law in Community Law*, Colonia, 2002, 185
- P. Mankowski, *Information and formal requirements in EC private law*, *European Review of Private Law*, 2005, 781
- R. Martin-Bennett, *Knowledge Power – Intellectual Property, Information & Privacy*, Lynne Rienner Publ. Boulders, 2004
- P. Mathias, *Le Cité Internet*, Parigi, Presse de Science Po, 1997, trad. U. Pacifici Noya in P. Mathias, G. Pacifici, P. Pozzi, G. Sacco, *La Polis Internet*, Milano, Angeli, 2000, 26
- U. Mattei, *Hard Code now! A critique of “softness” and a Plea for responsibility in the European debate over Codification*, presentazione compiuta alla Conferenza Secola, Lovanio, 30 novembre 2001
- U. Mattei e F. Cafaggi, *Voce “Comparative Law and Economics”*, *The New Palgrave Dictionary of Economics and The Law*, Londra, McMillan, 1998, 347
- D. Mazeaud e B. Fauvarque-Cosson, *L'avant-projet français de réforme du droit des obligations: perspectives internes et européennes*, relazione presentata alla Conferenza *Il diritto europeo dei contratti tra parte generale e norme di settore*, Pisa, 25-26 maggio 2007.
- S. Mazzamuto, *Note minime in tema di autonomia privata alla luce della Costituzione Europea*, in *Europa e diritto privato*, 2005, 51
- G. Mazziotti, *Did Apple's refusal to license proprietary information enabling interoperability with its iPod music player constitute an abuse under Article 82 of the EC Treaty?*, *Berkeley Center for Law and Technology. Law and Technology Scholarship, Paper 5*, reperibile all'indirizzo web <http://repositories.cdlib.org/bclt/lts/5>.
- E. McKendrick, *Contract Law – Text, Cases and Materials*, Oxford, OUP, 2003
- M. Meli, *Social justice, constitutional principles and protection of the weaker contractual party*, *ERCL*, 2006, 165
- D. Memmo, *La privacy informatica: linee di un percorso normativo*, in *Contratto e Impresa*, 2000, 1219
- P. Mengozzi, *Informazione commerciale nel diritto comunitario*, *Contratto e Impresa/ Europa*, 1996, 590

- R.P. Merges, The End of Friction? Property Rights And Contract In The "Newtonian" World Of On-Line Commerce, 12 Berkeley Tech. L.J. 115, 1997
- A. Mesnais e Y. Dietrich, Un aperçu de la proposition de directive n. 98-586 relative à certains aspects juridiques du commerce électronique, in *Lamy Droit de l'Informatique et des Réseaux*, n. 112/K, 1999, 1
- F. Messineo, Il contratto in genere, I, *Tratt. Dir. Civ. e Comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Giuffrè, Milano, 1973, 42
- D. Messinetti, Voce Abuso del diritto, in *Enc. dir. (Aggiornamenti)*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1998, 13
- D. Messinetti, Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali, *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 346
- H.W. Micklitz, Principles of Social Justice in European Private Law, 19 *Yearbook of European Law*, 1999-2000, 167
- H.W. Micklitz, A Comment on Party Autonomy and Consumer Regulation in the European Community – A Plea for Consistency, in S. Grundmann et alii, *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, Berlin, Walter de Gruyter, 2001, 198
- H.W. Micklitz, S. Weatherill, Consumer Policy in the European Union: Before and After Maastricht, 16 *Journal of Consumer Policy* (1993), 298
- H.-W. Micklitz, A general framework directive on fair trading, in H. Collins (a cura di), *The forthcoming EC directive on unfair commercial practices*, The Hague, Kluwer law International, 2004, 43
- H.-W. Micklitz, Minimum /maximum harmonisation and the internal market clause, in G. Howells, H.-W. Micklitz e T. Wilhelmsson, *European Fair trading law*, European Fair trading law, Ashgate, Aldershot, 2006, 27
- H.-M. Micklitz, The general clause on unfair practices, in G. Howells, H.-M. Micklitz e T. Wilhelmsson, *European Fair trading law*, Ashgate, Aldershot, 2006, 103
- E. Minervini, L'errore sulla convenienza economica del contratto e buona fede contrattuale, *Rass. Dir. civ.*, 1987, II, 945
- E. Minervini, Tutela del consumatore e clausole vessatorie, Napoli, ESI, 1999
- U. Minneci e A. Sciarrone Alibrandi, voce "Documento elettronico e contratto telematico", in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., *Aggiorn.*, Torino, 2000, 345
- P.G. Monateri, Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto, *Riv. dir. priv.*, 2003, I, 411
- P.G. Monateri, Contratto rugiadoso e contratto rude nel diritto europeo e comunitario, in A. D'Angelo, P.G. Monateri, A. Somma, *Buona fede e giustizia contrattuale – Modelli cooperativi e modelli conflittuali a confronto*, Giappichelli, Torino, 2005, 58
- G. Morelli, *Elementi di diritto internazionale privato italiano*, XII ed., Napoli, Novene, 1986

- D. K. Mulligan, Digital rights management and fair use by design: Introduction, 46 *Communications of the ACM*, 2003, 50
- A.D. Murray, Articles 9-11, ECD – Contracting electronically in the shadow of the E-commerce Directive, in L. Edwards (a cura di), *The new legal framework for E-Commerce in Europe*, Oxford, Hart Publishing, 2005, 70
- A.M. Musy, *Il dovere di informazione – Saggio di diritto comparato*, Trento, Università degli studi di Trento, 1999
- P.C. Müller-Graff, Basic freedoms – Extending party autonomy across borders, in S. Grundmann et al., *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, Berlin, Walter de Gruyter, 2001, 135
- A. C. Nazzaro, *Obblighi di informare e procedimenti contrattuali*, ESI, Napoli, 2000
- N. W. Netanel, Cyberspace self-governance: a sceptical view from liberal democratic theory, in *Calif. Law. Rev.*, 395, 2000, 435
- N. W. Netanel, Copyright and a democratic civil society, 106 *Yale L.J.* 283 (1996)
- A. Nicita, e V. Scoppa, *Economia dei contratti*, Carocci, Roma, 2005, 30
- J.H. Nieuwenhuis, Caveat emptor in digital times, in H. Snijders e S. Weatherill, *E-Commerce Law - National and Transnational Topics and Perspectives*, Kluwer, The Hague, 2003
- J. Noll, European Community & E-commerce: Fostering Consumer Confidence, 9 *Electronic Communication Law Review*, 2002, 210
- A. Nordhausen, Distance selling directive 1997 Distance marketing of financial service directive 2002 – Distance marketing in the European Union, in L. Edwards (a cura di), *The new legal framework for E-Commerce in Europe*, Oxford, Hart Publishing, 2005, 248
- A. Nordhausen, Information requirements in E-Commerce directive and the proposed directive on unfair commercial practices, in G. Howells et al., *Information rights and obligations – A challenge for Party Autonomy and Transactional Fairness*, Ashgate, 2005, 104
- A. Nordausen, Information requirements in the digital environment – Briefing Paper for the European Parliament's Committee on Internal Market and consumer protection, Gennaio 2007, reperibile all'indirizzo web http://www.europarl.europa.eu/comparl/imco/studies/0701_digitalenv_en.pdf.
- G. Oppo, Sui principi generali del diritto privato, *Riv. Dir. Civ.*, I, 1991, 475
- G. Oppo, Sul consenso dell'interessato, in V. Cuffaro, V. Ricciuto, V. Zeno-Zencovich (a cura di), *Trattamento dei dati personali e tutela della persona*, Atti del Convegno di Alghero 19-20 settembre 1997, Milano, Giuffrè, 1998, 125
- G. Oppo, Disumanizzazione del contratto?, in *Riv. Dir. Civ.*, 1998, 525
- G. Oppo, Scienza, diritto, vita umana, *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 11
- A. Ogus, Rethinking Self-Regulation, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 15, 1995, 97

- A. Ogus, *Regulation, Legal form and economic theory*, Oxford, Hart Publ., 2004
- D. Oughton e C. Willett, *Quality regulation in European Private Law*, 25 *Journal of Consumer Policy*, 2002, 301
- A. Pace, *Costituzione Europea e autonomia contrattuale. Indicazioni e appunti*, *Riv. dir. civ.*, 2006, 1
- L. Paganetto e C. Pietrobelli, *I fondamenti teorici di una politica per la scienza, la tecnologia e l'informazione*, in L. Paganetto e C. Pietrobelli (a cura di), *Scienza, tecnologia e innovazione: quali politiche?*, Bologna, Il Mulino, 2001
- P. Pallaro, *Il commercio elettronico nella società dell'informazione: il futuro quadro di riferimento comunitario*, *Contratto e Impresa/Europa*, 1999, 900
- G. Palumbo, *L'autodisciplina del mercato virtuale*, in A. Antonucci, *E-Commerce – La direttiva 2000/31/CE e il quadro normativo della rete*, Giuffrè, Milano, 2001, 241
- R. Pardolesi, *Analisi economica del diritto*, in *Dig. disc. Priv.*, Sez. civ., I, Torino, Utet, 1987, 309
- R. Pardolesi, *Dalla riservatezza alla protezione dei dati personali: una storia di evoluzione e discontinuità*, in Id., *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, Giuffrè, Milano, 2003, vol. I, 9
- A. Parigi, *Diritto all'informazione dei consumatori ed utenti: nuova frontiera della pubblicità commerciale?*, in *Dir. radodiff.*, 1999, 65
- C. Parker and J. Braithwaite, *Regulation*, in P. Cane e M. Tushnet (a cura di), *The Oxford Handbook on Legal Studies*, OUP, 2003, 126
- B. Pasa e G. Benacchio, *The harmonization of civil and commercial law in Europe*, CEU press, Budapest, 2005
- G. Pascuzzi, voce "Internet", in *Dig. disc. Priv.*, Sez. civ., Aggiorn., I, Torino, 2000, 532
- G. Pascuzzi, *Il diritto dell'era digitale – Tecnologie informatiche e regole privatistiche*, II ed., Il Mulino, Bologna, 2006
- G. Pascuzzi e R. Caso, *I diritti sulle opere digitali*, Padova, Cedam, 2002
- M. Patterson, *On the impossibility of information infomediaries*, *Law & Economics Research Paper*, 2001, n. 13, disponibile all'indirizzo web <http://papers.ssrn.com/abstract=276968>
- S. Patti, Sub art. 11, in C.M. Bianca e F.D. Busnelli (a cura di), *La tutela della privacy – Commentario alla legge n. 675/96*, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, Padova, 1999, II-III, 365
- S. Patti, *I contratti del consumatore nel sistema del diritto civile*, in M. Paradiso (a cura di), *I mobili confini dell'autonomia privata*, Milano Giuffrè, 2005, 468
- N. Pavesi, *Società dell'informazione come modello sociale*, in N. Parisi e D. Rinoldi, *Profili di diritto europeo dell'informazione e della comunicazione*, Napoli, ES, 2004, 289

- G. Pearce e N. Platten, Promoting the Information Society: the EU directive on Electronic Commerce, in *ELJ*, 6, 2000, 364
- E. Pellicchia, Commento all'art. 17, in C.M. Bianca e F.D. Busnelli (a cura di), *La tutela della privacy – Commentario alla legge n. 675/96*, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, Padova, 1999, II-III, 462
- E. Pellicchia, *Scelte contrattuali e informazioni personali*, Torino, Giappichelli, 2005
- P. Perlingieri, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, ESI, 1986
- P. Perlingieri, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità dei contratti*, *Rass. dir. civ.*, 2001, 2, 334
- P. Perlingieri, *Il diritto dei contratti fra persona e mercato – Problemi di diritto civile*, Napoli, 2003
- P. Picone (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padovam, Cedam, 2004
- E. Poddighe, *La tutela della riservatezza dei dati personali nelle comunicazioni elettroniche e il diritto di autodeterminazione dell'interessato*, in F. Cardarelli, S. Sica e V. Zeno-Zencovich (a cura di), *Il codice dei dati personali – Temi e problemi*, Milano, Giuffrè, 2004, 458
- R. A. Posner, *Economic analysis of law*, Boston, Little, brown and company, V ed., 1998
- R. Posner e R. Landes, *The economic structure of intellectual property law*, Cambridge, Belknap Press, 2003
- D. Post, *Anarchy, State and the Internet: an essay on law-making in cyberspace*, in *Journal of online law*, 1995, reperibile all'indirizzo web http://www.cli.org/DPost/X0023_ANARCHY.html
- D. Post, *Against “Against Cyberanarchy”*, reperibile all'indirizzo web http://btlj.boalt.org/data/articles/17-4_fall-2002_post.pdf
- D. Post e D. Johnson, *Law and borders – The rise of law in Cyberspace*, in *Stanford Law Review*, 48, 1996, 1367.
- S. Pugliatti, voce *Autonomia privata*, *Enc. dir.*, IV, 1959, 367
- A. Putignani, *Consenso e disposizione della privacy*, in A. Clemente, *Privacy*, Cedam, Padova, 1999, 236
- M. Quaranta, *Debolezze e tutele del consumatore on-line nel processo di globalizzazione. Il diritto di recesso e gli obblighi di informazione nella normativa italiana. La pubblicità interattiva come veicolo di acquisti pilotati*, in G. Cassano, *Il commercio via Internet*, Piacenza, La Tribuna, 2002, 84.
- M. Radeideh, *Fair Trading in EC law – Information and Consumer Choice in the Internal Market*, Europa Law Publishing, Groningen, 2005
- L. Raiser, *Il compito del diritto privato – Saggi di diritto privato e di diritto dell'economia di tre decenni*, (Trad. M. Graziadei), Giuffrè, Milano, 1990
- C. Ramberg, *E-commerce*, in A. Hartkamp, M. Hesselink, E. Hondius, et al. (a cura di), *Towards a European Civil Code*, Ars Aequi Libri, Nijmegen, 2004, 229

- C. Ramberg, E-commerce, ICC International Court of Arbitration Bulletin, 2005 Special Supplement, 51.
- I. Ramsay, Framework for Regulation of the Consumer Marketplace, Journal of Consumer Policy, 1985, 353
- J. Raz, The Morality of Freedom, Clarendon press, Oxford, 1986
- N. Reich, From Contract to Trade Practice Law: Protection of Consumers' Economic Interests by the EC, in T. Wilhelmsson (a cura di), Perspective of Critical Contract Law, Aldershot, Dartmouth, 1993, 55
- N. Reich, European Consumer law and its relationship to private law, ERPL, 1995, 289
- N. Reich, Competition Law and the Consumer, in L. W. Gormley (a cura di), Current and Future Perspective in EC Competition Law, The Hague, Kluwer Law International, 1997, 127
- N. Reich, Consumerism and citizenship in the Information Society, in T. Wilhelmsson, S. Tuominen e H. Tuomola (a cura di), Consumer Law in the Information society, Kluwer Law International, The Hague, 2001, 165
- N. Reich, Understanding EU law – Objectives, Principles and Methods of Community Law, Intersentia, Antwerp, 2003
- J. Reidenberg, Lex Informatica: The formulation of information policy rules through technology, in Texas law review, 1998, 553
- J. Reidenberg, Governing Networks and Rule-Making in Cyberspace, (1996) 45 Emory Law Journal 912
- K. Reisenhuber, System and principles of EC contract law, ERCL, 2005, 308
- P. Rescigno, Consenso, accordo, convenzione, patto, Riv. dir. comm. 1998, I, 3
- G. Resta, Percorsi dell'identità, Politica del diritto, 1996, 551
- G. Resta, Revoca del consenso ed interesse al trattamento nella legge sulla protezione dei dati personali, in U. Breccia, L. Brusciuglia, F.D. Busnelli, Il diritto privato nel prisma dell'interesse legittimo, Giappichelli, Torino, 2001, 42
- G. Resta, La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta di diritti), Riv. dir. civ., 2002, II, 806
- G. Resta, Autonomia privata e diritti della personalità, Jovene, Napoli, 2005
- V. Ricciuto, La formazione del contratto telematico e il diritto europeo dei contratti, in V. Cufaro e N. Zorzi, Il contratto telematico, Padova, Cedam, 2002, 61.
- A.A. Rinaldi, Le comunicazioni commerciali e la direttiva e-commerce, in A. Antonucci, E-commerce : la direttiva 2000-31-CE e il quadro normativo della rete, Milano, Giuffrè, 2001, 28
- D. Rispoli, La pubblicità tra mercato e tutela dei cittadini-utenti, Milano, Giuffrè, 1997

- F. Rigaux, *Droit international privé*, Bruxelles, Larcier, 2005
- V. Rizzo, *Trasparenza e contratti del consumatore*, Napoli, ESI, 1997
- S. Rodotà, *Tecnologie e diritti*, Bologna, Il Mulino, 1995
- S. Rodotà, *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, *Riv. crit. dir. priv.* 1997, 605
- R. Rogowski e T. Gawron (a cura di), *Constitutional courts in comparison : the U.S. Supreme Court and the German Federal Constitutional Court*, New York, Berghahn Books, 2001
- S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, Sansoni, 1947
- S. Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi, Discorso per l'inaugurazione dell'anno accademico della R. Università di Pisa*, Tipografia Vannucchi, Pisa, 1909, ora nel volume con lo stesso titolo, Milano, Giuffrè, 1969
- S. Romano, *Scritti minori*, Milano, Giuffrè, 1950, rist. 1990
- E. Roppo, *Contratti standard*, Milano, Giuffrè, 1975
- E. Roppo, *La nuova disciplina sulle clausole abusive nei contratti fra le imprese e i consumatori*, in E. Cesaro (a cura di), *Clausole vessatorie e direttiva comunitaria*, Padova, Cedam, 1994, 88
- V. Roppo, *Il Contratto*, in G. Iudica e P. Zatti (a cura di), *Tratt. di Dir. Priv., cit.*, Milano, Giuffrè, 2001
- V. Roppo, *L'informazione precontrattuale: spunti di diritto italiano, e prospettive di diritto europeo*, *Riv. Dir. Priv.* 2004, 752
- E. Roppo, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in Id., *Il contratto del duemila*, Giappichelli, Torino, II ed., 2005, 35.
- F. Rose, *The economics, concept, and design of information intermediaries*, Heidelberg, Physica-Verlag, 1999
- A. Rossato, *Tendenze evolutive nello spazio digitale*, in G. Pascuzzi (a cura di), *Diritto e tecnologie evolutive del commercio elettronico*, Padova, Cedam, 2004, 19
- C. Rossello, *Gli obblighi informativi del prestatore di servizi*, in E. Tosi (a cura di), *Commercio elettronico e servizi della società dell'informazione – Le regole giuridiche del mercato interno e comunitario: commento al D.Lgs. 9 Aprile 2003, n. 70*, 58.
- G. Rossi, voce “Pubblicità comparativa”, in *Dig. IV, Disc. priv. sez. civ., Aggiornamento*, I, 2000, 656
- G. Rossi, *La pubblicità dannosa – Concorrenza sleale, “diritto a non essere ingannati”, diritti della personalità*, Milano, Giuffrè, 2000
- T. Roszak, *The Cult of Information: A Neo-Luddite Treatise on High Tech, Artificial Intelligence, and the True Art of Thinking*, Berkeley, University of California Press, II ed., 1994

- P. Rott, Minimum harmonisation for the completion of the Internal Market? The example of consumer sales law, 40 *Common Market Law review*, 2003, 1108
- A. Rotolo, G. Sartor, C. Smith, Formalization of a “Normative Version” of Good Faith, presentato nel quadro della conferenza Lea-Tilt, pubblicato in C. Cevenini e A. Oskamp (a cura di), *Proceedings of the Lea-Tilt workshop*, Wolf, Nijmegen, 2005
- E. Rullani, *Economia della conoscenza – Creatività e valore nel capitalismo delle reti*, Roma, Carocci, 2004
- R. Sacco, *Autonomia nel diritto privato*, *Dig. Disc. Priv. (Sez. civ.)*, I, 1987, 518
- E. M. Salzberg, *Economic Analysis of the Public Domain*, in L. Guibault, P. Bernt Hugenholtz (a cura di), *The Future of Public Domain: Identifying the Commons in Information Law*, The Hague, Kluwer Law International, 2006, 45
- P. Samuelson, *Digital media and the changing face of intellectual property law*, 16 *Rutgers Computer and Tech. L.J.* 323, 1990
- P. Samuelson, *Digital Rights Management {and, or, vs.} the Law*, 46 *Communications of the ACM*, 2003, 41
- P. Samuelson, *A New Kind of Privacy? Regulating Uses of Personal Data in the Global Information Economy*, 87 *Calif. L. Rev.* 751 (1999)
- G. Santosuosso, *Il codice dell’Internet e del commercio elettronico: aspetti giuridici di rilevanza codicistica*, Padova, Cedam, 2001
- G. Sartor, *Il diritto della rete globale*, *Cyberspazio e diritto*, 4, 2003, 74
- G. Sartor, *Il diritto della rete globale*, *Relazione presentata al XXIII Congresso nazionale della società di filosofia giuridica e politica*, Macerata 2-5/10/2002, in *Cyberspazio e Diritto - Cyberspace and Law*, 4, 70
- G. Sartor, *Gli agenti software: nuovi soggetti del ciberdiritto*, in *Contratto e impresa*, 2002, 57
- G. Sartor, *L’intenzionalità dei sistemi informatici e il diritto*, *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2003, 1, 23
- G. Sartor, *Cognitive automata and the law*, Istituto Universitario Europeo, WP Law n. 2006/35, 15
- V. Scalisi, *Contratto e regolamento nel piano d’azione delle nullità di protezione*, *Riv. dir. civ.*, 2005, 459
- V. Scalisi, *Nullità ed inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, *Eur. dir. Priv.*, 2001, 489
- N. Scannicchio, *La conclusione del contratto on-line nella direttiva europea sul commercio elettronico*, in A. Antonucci, *E-Commerce – La direttiva 2000/31/CE e il quadro normativo della rete*, Giuffrè, Milano, 2001, 103
- N. Scannicchio, *La vendita a distanza con mezzi di comunicazione istantanei*, in A. Jannarelli (a cura di), *Le vendite aggressive, vendite stipulate fuori dai locali commerciali e vendite stipulate a distanza nel diritto italiano e europeo*, Napoli, Esi, 1995, 193

- B. Schafer, It's Just not Cricket – RoboCup and Fair Dealing in Contract, in A. Oskamp e E. Weitzenboeck (a cura di), Proceedings of the LEA 2003: The Law and Electronic Agents, Oslo, Norwegian Research Center for Computers and Law, 2004, 33
- S. Schaff, La nozione di informazione e la sua rilevanza giuridica, *Dir. Inf. e Informatica*, 1987, 450
- P. Schlechtriem, Good faith in German law and international uniform laws, *Quaderni del centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero*, Roma, n. 24, 1997
- P. Schlesinger, L'autonomia privata e i suoi limiti, in *Giur. It.*, 1999, 229
- C Schmid, The instrumentalist Conception of the Acquis Communautaire in Consumer law and its implications on a European Contract law code, *ERCL*, 2005, 2, 213
- G. Schricker, Concorrenza sleale e tutela dei consumatori, *Riv. dir. ind.*, 1974, I, 93
- H. Schulte-Nolke, C. Twigg-Flessner e M. Ebers, *EC Consumer Law Compendium - Comparative Analysis*, 2006, disponibile all'indirizzo web http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/acquis/comp_analysis_en.pdf.
- A. Schulz (a cura di), *Legal aspects of an E-commerce transaction : international conference in The Hague, 26 and 27 October 2004, Monaco*, European Law Publishers, 2006
- K. Schwab, Value-added services provided by mobile telecommunications service providers: Data protection issues, in *Communication Law*, 8, 1, 2002, 216
- A. Schwartz e L.L. Wilde, Intervening in markets on the basis of imperfect information: A legal and economic analysis, 127 *U. Pa. L. Rev.* 630
- P.M. Schwartz, Property, privacy, and personal data, 117 *Harv. Law Rev.* 2055, 2004, 2056
- R. Scognamiglio, Dei contratti in generale, Art. 1321-1352, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, Zanichelli, 1970, 26
- C. Scognamiglio, Il diritto all'utilizzazione economica del nome e dell'immagine delle persone celebri, *Dir. Inf.*, 1988, 32
- G. Scorza, *Il diritto dei consumatori e della concorrenza in Internet – Pubblicità, privacy, contratti, concorrenza e proprietà intellettuale nel cyberspazio*, Padova, Cedam, 2006
- S. Scotchmer, Standing on the shoulders of giants: cumulative research and the patent law, *Journal of Economics perspectives* 5 (1991), 29.
- C. Scott e J. Black, *Cranston's Consumers and the Law*, Butterworths, Londra, 2000
- C. Scott e A. Murray, Controlling the new media: Hybrid responses to new forms of power, *MLR*, 2002, 502.
- R. Sefton-Green, *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law*, Cambridge Univ. Press, 2005

- R. Sefton-Green, Duties to inform versus party autonomy: Reversing the paradigm (from free consent to informed consent)? – A comparative account of French and English law, in G. Howells et al., *Information rights and obligations – A challenge for Party Autonomy and Transactional Fairness*, Ashgate, 2005, 172
- C. Shapiro e H. R. Varian, *Information rules – Le regole dell'economia dell'informazione* Milano, Etas, 1999
- T. Sharpe, Refusal to supply, 99 *Law Quarterly Review* 36, 1983, 60,
- S. Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press, 2003
- R.A. Shiner, *Freedom of commercial expression*, Oxford, OUP, 2003
- P. Sirena, L'integrazione del diritto dei contratti con i consumatori nella disciplina generale del contratto, *Riv. Crit. di dir. Priv.*, 2004, 793
- W. Skouris (a cura di), *Advertising and constitutional rights in Europe – A study in comparative constitutional law*, Nomos Verlag, Baden Baden, 1994, 22
- W.D. Slowson, The new meaning of contract: The transformation of contract law by standards forms, 46 *Univ. Pittsburg L. Rev.*, 1984, 21
- J. Smits, Toward a Multi-layered contract law for Europe, in S. Grundmann e J. Stuyck (a cura di), *An Academic Green Paper on European Contract Law*, Kluwer, The Hague, 2002, 391.
- G. J. Stigler, The economics of information, in *Journal of political economy*, 69, 1961, 218.
- A. Somma, *Autonomia privata*, *Riv. dir. civ.*, 2000, 597
- A. Somma, *Autonomia privata e struttura del consenso*, Giuffrè, Milano, 2000
- A. Somma, Il diritto privato liberista. A proposito di un recente contributo in tema di autonomia contrattuale, *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2001, 263
- A. Somma, *Social Justice and the Market in European Contract Law*, ERCL, 2006, 182
- H.J.Sonnenberg, *La conclusione del contratto nel diritto tedesco*, Padova, Cedam, 1991
- D.E. Sorkin, Technical and legal approaches to unsolicited electronic mail, 35 *U.S.F. L. Rev.* 325 (2001)
- D.F. Spulberg, Market Microstructure and Intermediation, 10 *Journal of Economic perspectives* 135, 1996
- S. Stabile, La pubblicità in Internet, in *Dir. ind.*, 1997, 693
- G. Stella Richteer, Il tramonto di un mito: La legge uguale per tutti (dal diritto comune dei contratti al contratto del consumatore), *Giust. Civ.*, 1997, II, 200
- P. Stone, *EU private international law: harmonization of laws*, Cheltenham, Edward Elgar, 2006

- Study group on social justice in European private law, *Social Justice In European Contract Law: A Manifesto*, ELJ, 2004, 653
- J. Stuyck, *European consumer law after the Treaty of Amsterdam: Consumer Policy in or beyond the Internal Market?*, 37 *Common Market Law Review* (2000), 379
- J. Stuyck, E. Terry, e T. van Dick, *Confidence through fairness? The new Directive on Unfair Business-to-consumer commercial practices in the Internal Market*, CMLR, 2006, 107
- C.R. Sunstein, *Taking behaviouralism seriously: evidence from market manipulation*, 112 *Harvard law rev.* 1420 (1999)
- C.R. Sunstein (a cura di), *Behavioural Law & Economics*, New York, Cambridge University Press, 2000
- C. Sunstein, *Republic.com*, Princeton University Press, Princeton, 2001
- P. Swire, *A model for when disclosure helps security: what is different about computer and network security?*, in M. Grady, F. Parisi, *The Law and Economics of cybersecurity*, CUP, New York, 2006, 60
- M. Tagliaferri, *Contratti negoziati fuori dai locali commerciali: disciplina comunitaria e attuazione negli ordinamenti italiano e tedesco*, *Contratti*, 2002, 3, 213.
- E. Talley, *Disclosure Norms*, 149 *U. Pa. L. Rev.* 1955 (1996)
- D. Tallon e D. Harris, *Le contrat aujourd'hui: comparaisons franco-anglaises*, *Bibliothèque de droit*, LGDJ, 1987
- R. Taricco, *Volontà e accordo nella contrattazione telematica*, in *NGCC*, 2003, II, 230
- G. Teubner, *After legal instrumentalism? Strategic models of post-regulatory law*, in G. Teubner (a cura di), *Dilemmas of law in a welfare state*, Berlino-New York, De Gruyter, 1988, 309
- G. Teubner, *Global Bukowina – Legal pluralism in a world society*, in Id. (a cura di), *Global Law Without a State*, Brookfield, Dartmouth 1997, 13
- G. Teubner, *Legal irritants: Good faith in british law or how to unifyng law ends up to new divergences*, 61 *MLR*, 1998, 11
- G. Teubner, *In the Blind spot: The Hybridization of contracting*, *Theoretical Inquiries in Law*, (8) 2007, 5
- S. N. Thal, *The inequality of bargaining power doctrine: the problem of defining contractual fairness*, *OJLS*, 1988, 17
- M.J. Trebilcock, *The limits of freedom of contract*, Harvard University Press, Cambridge, 1993
- G. H. Treitel, *The law of contract*, Oxford, OUP, 1995, 196
- E. Tosi, *Le responsabilità civili*, in E. Tosi (a cura di), *I profili giuridici dell'Internet*, Milano, Giuffré, 1999, 270.

- E. Tosi, Prime osservazioni sull'applicazione della disciplina generale della tutela dei dati personali a Internet e al commercio elettronico, *Riv. Dir. Dell'inf. e dell'Informatica*, 1999, 603
- E. Tosi, *Il contratto virtuale*, Milano, Giuffrè, 2005
- M. Träger, Party Autonomy and Social Justice in Member States and EC Regulation – A Survey on Theory and Practice, presentazione compiuta alla Conferenza Secola, Praga, 15 giugno 2005
- T.S. Ulen, Information in the Market Economy – Cognitive Errors and Legal Correctives, in S. Grundmann et alii, *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, Berlin, Walter de Gruyter, 2001, 101
- D. Valentino, *Recesso e vendite aggressive*, Napoli, ESI, 1996
- D. Valentino, *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, Napoli, Esi, 1999
- A. Vanzetti, Il disegno di legge sulla pubblicità ingannevole: un infortunio sotto il profilo della tecnica legislativa, AA.VV., *Quale legge per la pubblicità. Atti della giornata di studi SACIS del 28 maggio 1985*, Roma, 1985, 33
- A. Vanzetti, *L'autodisciplina pubblicitaria oggi*, *Corr. Giur.*, 1988, 1191
- H.R. Varian, J. Farrell e C. Shapiro, *The economics of Information Technology – An introduction*, Cambridge, CUP, 2004, 54
- G. Vettori, Commento all'art. 1469 bis comma 1 e 2, in Id. (a cura di), *Materiali e commenti del nuovo diritto dei contratti*, Padova, Cedam, 1999, 5
- G. Vettori, *Autonomia privata e contratto giusto*, *Riv. dir. priv.*, 2000
- G. Vettori (a cura di), *Squilibrio ed usura nei contratti*, Padova, Cedam, 2002
- G. Vettori, *Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità*, *Riv. dir. priv.*, 2003, 243
- G. Vettori, *La disciplina generale del contratto nel tempo presente*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 324
- G. Vettori, *Diritto dei contratti e "Costituzione" Europea – Regole e principi ordinanti*, Giuffrè, Milano, 2005, 63
- S. Viciani, *Strategie contrattuali del consenso al trattamento dei dati personali*, *Riv. crit. dir. priv.*, 1999, 163
- F. Volpe, *La rilevanza dello squilibrio contrattuale nel diritto dei contratti*, *Riv. dir. priv.*, 2002, 303
- F. Volpe, *Giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, ESI, Napoli, 2004
- S. Warren e L. Brandeis, *The right to privacy – The implicit made explicit*, *Harvard Law Review*, 1890, 193
- S. Weatherill, *Law and Integration in the European Union*, Oxford, Clarendon Press, 1995

- S. Weatherill, *The evolution of European consumer law and policy: from well informed consumer to confident consumer?*, in H.W. Micklitz, *Rechseinheit oder Rechtsvielfalt in Europa?*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden.Baden, 1996, 463
- S. Weatherill, *Consumer Law and Policy*, Londra, Longman, 1997
- S. Weatherill, *Justifying Limits to party Autonomy in Internal Market – EC Legislation in the Field of Consumer Protection*, in S. Grundmann et alii, *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, Berlin, Walter de Gruyter, 2001, 189
- S. Weatherill, *Can there be common interpretation of European Private Law?*, 31 *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 2002, 142
- S. Weatherill, *EC consumer law and policy*, Northampton, Edward Elgar publishing, 2005
- S. Weatherill, *The Links between Competition Policy and Consumer Protection*, presentazione tenuta presso la conferenza *Future Directions in European Contract and Consumer Law*, 16 Settembre, 2005, Lancaster University
- S. Weatherill, *The Constitutional Competence of the EU to Deliver Social Justice*, *ERCL*, 2006, 132
- F. Webster, *Theories of the Information Society*, Routledge, Londra, 2002
- T. Wein, *Consumer Information Problems – Causes and Consequences*, in S. Grundmann et alii, *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, Berlin, Walter de Gruyter, 2001, 81
- E. M. Weitzenböck, *Good Faith and Fair Dealing in the Context of Contract Formation by Electronic Agents*, presentazione offerta nel quadro del AISB 2002 Symposium on Intelligent Agents in Virtual Markets, April 2002, Imperial College London
- B. Wendlandt, *EC directives for self-employment of commercial agents and on timesharing – Apples, oranges and the core of the information overload problem*, in G. Howells, A. Janssen, R. Schulze (a cura di), *Information rights and obligations – A challenge for party autonomy and transactional fairness*, Ashgate, Aldershot, 2005, 73
- A. Westin, *Privacy and Freedom*, Atheneum Press, New York, 1967
- R. Whittaker, *The end of privacy: how total surveillance is becoming a reality*, New Press, New York, 1999
- S. Whittaker, *The reformulation of contractual formality*, in P. Birks e A. Pretto (a cura di), *Themes in comparative law – In honour of Bernard Rudden*, Oxford, OUP, 2002, 199
- J. Whitaker, *The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty*, *Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, Yale Law School, 2004
- T. Wilhelmsson, *Critical Studies In Private Law – A Treatise On Need-Rational Principles In Modern Law*, Kluwer, Dordrecht, 1992
- T. Wilhelmsson, *Social contract law and European integration*, Dartmouth, Aldershot, 1995

- T. Wilhelmsson, Private law remedies against the breach of information requirements of EC law, in R. Schulze, M. Ebers, e H.C. Grigoleit, Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire, Mohr Siebeck, 2003, 250
- T. Wilhelmsson, Contract law enforcement of provisions on marketing: the solution of the consumer sales directive, in H. Collins, The forthcoming EC directive on unfair commercial practices, The Hague, Kluwer law International, 2004, 223
- T. Wilhelmsson, Varieties of welfarism in European Contract law, ELJ, 2004, 712
- T. Wilhelmsson, The abuse of the “confident consumer” as a Justification of EC consumer law, 27 Journal of Consumer Policy, 2004, 317
- T. Wilhelmsson, Cooperation and competition regarding standard contract term in consumer contracts, in EBLR, 2006, 52
- T. Wilhelmsson e C. Twigg-Flessner, Pre-contractual information duties in the acquis communautaire, ERCL, 2006, 448
- T. Wilhelmsson, Scope of the directive, in G. Howells, H.-W. Micklitz, T. Wilhelmsson, European Fair trading law, Ashgate, Aldershot, 2006, 54
- O. Williamson, Transaction Costs and the Contract Rules, 22, J. Law & Econ. (1979), 233
- R. Zallone, La disciplina delle comunicazioni commerciali, in C. Rossello, G. Finocchiaro, E. Tosi (a cura di), Commercio elettronico, Torino, Giappichelli, 2003, 87
- V. Zeno-Zencovich, Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra “contratti commerciali” e “contratti dei consumatori”), Giur. It., 1993, IV, 93
- V. Zeno-Zencovich, voce Informazione (profili civilistici), IX, Enc. Del Dir., 1993, 420
- V. Zeno Zencovich, Voce “consumatore” (Tutela del), I Diritto Civile, in Enc. Giur. Treccani, VIII, 2
- V. Zeno Zencovich, La pubblicità nei servizi di telecomunicazione, AIDA, 1996, 253
- V. Zeno-Zencovich, Manifestazione di pensiero, libertà di espressione e la sentenza sul caso Internet, in Dir. Inf. e inform., 1996, 640
- V. Zeno-Zencovich, Una lettura comparatistica della legge n. 675 del 1996 sul trattamento dei dati personali, Riv. trim. dir. e proc. civ., 1998, 740
- V. Zeno Zencovich, Illegittimità dell’invio senza consenso di messaggi ad indirizzi di posta elettronica, Riv. Dir. Dell’inf. e dell’Informatica, 2001, 27
- V. Zeno-Zencovich e G.B. Sandicchi, L’economia della conoscenza ed i suoi riflessi giuridici, Riv. dir. Inf. e Informatica, 2002, 972
- V. Zeno-Zencovich, La libertà d’espressione – Media, mercato, potere nella società dell’informazione, Il mulino, Bologna, 2004
- C. Zhu, In Code, We Trust?, cit., 602

R. Zimmermann e S. Whittaker (a cura di), *Good faith in European contract law*, Cambridge, CUP, 2000

J. Zittrain, *The generative Internet*, 119 *Harvard Law Review* 1974, (2006)

K. Zweigert e H. Kötz, *Introduction to comparative law*, Clarendon Press, Oxford, 1998