

ALBERTO MARIA GAMBINO

L'ACCORDO TELEMATICO

Estratto dalla *RIVISTA DI DIRITTO CIVILE*
Anno XLV - 1999 - n. 1 - Parte prima



CEDAM - CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI
P A D O V A
1999

RECENSIONI E SEGNALAZIONI

ALBERTO MARIA GAMBINO, *L'accordo telematico*, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 296.

La monografia del giovane Gambino ha per oggetto « un fenomeno giuridico nuovo », il contratto formato mediante strumenti informatici o telematici.

L'aspetto nuovo del fenomeno, subito sottolineato nello studio e successivamente ripreso, attiene già all'utilizzazione di un linguaggio tecnico largamente espresso in simboli, che è estraneo al comune parlare e che pone in via preliminare il problema della ricerca dell'elemento primo dell'accordo, la comprensibilità del messaggio telematico.

La tecnicità di tale linguaggio — reputa il Gambino — postula l'onere di una perizia normalmente adeguata da parte di chi accede alle proposte telematiche. Il criterio di valutazione della conoscibilità del messaggio telematico si distacca allora dal riferimento alla diligenza dell'uomo comune per spostarsi sul piano dell'essenziale perizia informatica.

Rileverà ancora l'a. che nel caso di meccanismo di accesso al sito il messaggio assume « quel significato comportamentale, che la prassi delle reti intende attribuirgli, a prescindere da una generica riconoscibilità sociale ». Sull'utente « grava il fatto di aver detto sì al "gioco" e alle sue regole: tale onere viene ora chiamato *rischio informatico* ».

I computers sono macchine e i precedenti del contratto telematico potrebbero essere ravvisati nel contratto concluso mediante automatici. L'a. coglie per altro un sicuro elemento differenziatore in ciò, che gli automatici non sono mezzi di linguaggio ma piuttosto segni di una tacita volontà contrattuale, e al tempo stesso mezzi di contestuale scambio delle prestazioni. Questo dato di « realtà » del contratto è invece solo eventuale nell'accordo telematico. L'a. rileva infatti come il contratto telematico possa comportare un'esecuzione « esterna », ad es. mediante la spedizione delle merci ordinate.

* * *

Passando all'esame della figura dell'accordo telematico, il Gambino dichiara di voler adottare un approccio « empirico » volto a verificare la natura degli atti e fatti posti in essere nella formazione dell'accordo. L'attenzione cade anzitutto sull'offerta, con riguardo alla quale si rileva come il computer possa svolgere il ruolo di strumento di una comunicazione oppure di un'interazione, composta da *bit* (« unità elementare di misura dei contenuti informatici che viaggiano nelle reti telematiche »), tra utente e programma consultato. Questo « dialogo », avverte l'a., non potrà tuttavia reputarsi integrante la trattativa contrattuale, essendo piuttosto diretto a chiarire aspetti e modalità delle prestazioni.

La tipologia dell'offerta comprende vari meccanismi di contatto tra proponente e cliente: il VoD (*video on demand*), collegamento via cavo finalizzato alla fornitura di films e programmi, la posta elettronica e, principalmente, la procedura di « accesso al sito ».

Lo schema dei contratti a distanza involge l'applicazione dei principi di tutela del consumatore e, in particolare, l'azionabilità dello *ius poenitendi*.

Qui la verifica della disciplina applicabile al contratto telematico è condotta dall'a. tenendo conto delle esperienze nordamericane, dominanti questo campo, e rilevando come le regole del commercio telematico — nazionale e internazionale — « si sviluppano in una congerie di istituti, che traggono la loro giuridicità più per l'adesione spontanea (o, forse, necessitata) degli utenti della rete che non per una loro vincolatività normativa ».

* * *

Nel terzo capitolo il Gambino esamina la vicenda formativa del contratto telematico, ravvisando l'accettazione nella digitazione dell'ordine della merce, che spesso deve accom-

pagnarsi al pagamento mediante carta di credito quale conferma della definitività del consenso. La conclusione del contratto vincola anche il professionista, escludendo l'ipotesi — sanzionata dall'art. 1469-*bis*³ — di uno sbilanciamento di posizioni tra consumatore, impegnato al contratto, e professionista, arbitro di darvi esecuzione.

L'accertazione mediante contestuale pagamento del bene o del servizio offre un modello di formazione del contratto telematico che presenta « nella valenza solutoria del comportamento dell'acquirente » un profilo analogico con il contratto automatico, ferma restando la distinzione delle due figure.

L'accettazione può aver luogo anche mediante posta elettronica. Con riguardo alla sua efficacia osserva l'a. che si tratta pur sempre di un atto avente carattere recettizio. In applicazione della regola che fa riferimento al momento in cui l'atto giunge all'indirizzo del destinatario (art. 1335 c.c.), deve quindi aversi riguardo al momento in cui l'accettazione giunge « nel contenitore dei messaggi del *provider* » (« il c.d. fornitore di accessi »).

* * *

Affrontando ulteriormente la problematica della vincolatività giuridica dei messaggi telematici, il Gambino esamina i criteri in applicazione dei quali deve accertarsi se essi siano manifestazioni di volontà contrattuale oppure offerte di prestazioni gratuite o di cortesia.

* * *

La suggestione suscitata dal computer, assunto a protagonista della vicenda contrattuale telematica, ha potuto far pensare all'accordo telematico quale accordo « deciso » dalla macchina. Ma anche qui il Gambino prende sicura posizione, negando che all'elaboratore possa riconoscersi una « capacità decisionale ».

La macchina è pur sempre strumento a servizio dei contraenti, e, tra l'altro, l'a. esclude correttamente ogni accostamento con l'ipotesi dei rapporti contrattuali di fatto.

* * *

L'utilizzo del computer quale veicolo di volontà contrattuale pone il problema della autenticità delle dichiarazioni telematiche. Il problema, irrilevante con riguardo ai contratti a soggetto indifferente, ha trovato una risposta importante, ma non esaustiva, nella normativa sulla « firma digitale » (art. 1 l. 15 marzo 1997, n. 59); d.p.r. 10 novembre 1997, n. 513).

Analizzando le varie ipotesi di non coincidenza tra dichiarante e parte sostanziale, il Gambino riconduce esattamente l'abuso di firma digitale nell'ipotesi di apparenza imputabile al *dominus*, cui la dichiarazione va pertanto direttamente ascritta.

* * *

Nell'ultimo capitolo il Gambino si occupa dell'accordo sul bene immateriale, esaminando i vari aspetti problematici concernenti tra l'altro la portata dei diritti spettanti all'autore sull'opera, particolarmente in relazione al *software*, alla legittimazione a disporne, ai limiti di utilizzazione dell'opera da parte dell'utente.

* * *

Merito indubbio di questa monografia è lo sforzo volto a dare un ordine giuridico ad una forma di comunicazione e di contrattazione complessa e per più versi sfuggente. Va apprezzato soprattutto lo sforzo di ricondurre a sistema la materia telematica. Questa è stata oggetto di studi pregevoli che tuttavia hanno per lo più privilegiato gli aspetti tecnici del fenomeno o si sono soffermati su alcuni suoi particolari momenti giuridici.

Altro pregio dello studio del Gambino è il metodo seguito, attento ad inquadrare i vari elementi del fenomeno nell'ambito delle categorie privatistiche senza tuttavia ignorare o falsarne i caratteri di novità e di autonomia.

Tra gli originali spunti ricostruttivi, che travalicano lo stretto ambito del tema, va segnalata la prospettiva della meritevolezza sociale dei meccanismi che sostituiscono la « manualità » della comunicazione del pensiero. Il civilista, uso a parlare di meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti, è chiamato a riflettere sulla rilevanza sociale delle forme telematiche e sul fondamento delle norme che ne sanciscono ora la piena equiparazione giuridica alle forme del passato. [C. MASSIMO BIANCA]