



L'abuso del diritto nel *drafting* contrattuale intersemiotico digitale

The abuse of right in the intersemiotic digital
contractual drafting

OLIMPIA GIULIANA LODDO

Borsista di ricerca PON Just Smart

Università degli Studi di Cagliari

olimpia.loddo@gmail.com

ABSTRACT

Il presente articolo rappresenta una riflessione su alcune forme di abuso della libertà contrattuale in ambito digitale e sui loro profili giuridici, con un breve focus sui contratti stipulati con accesso al sito web del proponente e al web-design.

In base al principio della libertà della forma, generalmente, i contraenti possono redigere i loro documenti contrattuali e compiere i loro atti negoziali attraverso strumenti semiotici diversi, che risultano particolarmente eterogenei in ambito digitale. L'uso oculato di tali strumenti semiotici (immagini, grafici, animazioni) che traducono frammenti del testo contrattuale, può consentirne la chiarificazione. Pratica, questa, auspicata dal movimento del legal design. Occorre tuttavia prendere in considerazione anche il lato oscuro del legal design. Le interfacce digitali possono utilizzare strumenti semiotici eterogenei per sfruttare peculiarità



DOI: 10.54103/milanlawreview/20657

MILAN LAW REVIEW, Vol. 4, No. 1, 2023
ISSN 2724 - 3273

neuro-cognitive degli utenti manipolandone la volontà negoziale. Queste pratiche hanno suscitato interesse da parte degli esperti di information design e dei giuristi, portando a cambiamenti legislativi. In primo luogo, introdurrò il tema della scelta della forma di manifestazione del contratto come esercizio della libertà contrattuale. Successivamente, affronterò brevemente il problema della leggibilità e dell'intelligibilità del testo contrattuale. Infine, mi soffermerò su alcune pratiche proprie della traduzione giuridica intersemiotica in ambito digitale.

Parole chiave: Legal design; drafting contrattuale; traduzione giuridica intersemiotica; abuso del diritto.

This article is a reflection on some forms of abuse of contractual freedom in the digital realm and their legal aspects, with a brief focus on contracts entered into with access to the proposer's website and web design. Based on the principle of freedom of form, generally, the contractors can draft their contractual documents and carry out their negotiations using different semiotic tools, which are particularly diverse in the digital domain. The careful use of these semiotic tools (images, graphics, animations) that translate fragments of the contractual text can enhance clarity. This is a practice advocated by the legal design movement. However, we must also consider the dark side of legal design. Digital interfaces can employ diverse semiotic tools to exploit the neurocognitive peculiarities of users, manipulating their contractual intent. These practices have piqued the interest of information design experts and jurists, leading to legislative innovations. Firstly, I will introduce the topic of choosing the form of contract manifestation as an exercise of contractual freedom. Subsequently, I will briefly address the issue of readability and comprehensibility of contractual text. Finally, I will focus on some practices related to intersemiotic legal translation in the digital realm.

Keywords: Legal design; contract drafting; intersemiotic legal translation; abuse of right.

Il contributo è stato sottoposto a referaggio anonimo (doppio cieco)

This paper has been subjected to double-blind peer review

L'abuso del diritto nel *drafting* contrattuale intersemiotico digitale¹

SOMMARIO: 1. L'abuso che deriva dall'incertezza e l'incertezza che deriva dall'abuso – 2. Libertà contrattuale come libertà della forma – 3. Leggibilità e intellegibilità del contratto – 3.1. La rilevanza giuridica della leggibilità del contratto. – 3.2. Condizioni di intellegibilità del documento contrattuale – 4. L'abuso del diritto nella traduzione intersemiotica del documento contrattuale in ambienti digitali – 5. Conclusioni

1. L'abuso che deriva dall'incertezza e l'incertezza che deriva dall'abuso

Il giurista francese Marcel Planiol, noto critico del concetto di “abuso del diritto” affermava lapidariamente “*Le droit cesse où l'abus commence*”². Il concetto di abuso del diritto può sembrare una *contradictio in adiecto*. Una condotta che è compiuta nell'esercizio di un diritto e quindi lecita, non può essere al contempo un comportamento abusivo, e quindi illecito perché lesivo di un interesse tutelato. In altri termini, sempre secondo Planiol, “[s]i j'ai le droit de faire un acte déterminé, je ne suis pas en faute pour l'avoir accompli”³.

Il carattere paradossale del concetto di abuso del diritto, evidenziato anche in tempi più recenti da alcuni giuristi⁴, è negato da altri studiosi che sottolineano

¹ Il presente contributo s'inserisce nel Progetto “Giustizia Smart: Strumenti e Modelli per ottimizzare il lavoro dei giudici” - *Just Smart*, della Università degli Studi di Cagliari, e in particolare della ricerca dal titolo “Strumenti e modelli per ottimizzare il lavoro dei giudici: stesura di un *Vademecum* per la risoluzione delle dispute multiculturali”, e costituisce una rielaborazione della relazione presentata al XXXII Congresso Nazionale della Società Italiana di Filosofia del Diritto dal titolo “Il lato oscuro del diritto”, Palermo, 22-24 settembre 2022, nell'ambito del workshop “Abuso del diritto” coordinato da Silvia Zorzetto. Sono grata a Raffaele Caterina, Giuseppe Lorini, Gianmarco Gometz e ai due *referee* anonimi per le loro osservazioni e critiche costruttive. Ogni miglioramento nel saggio è da attribuire alla loro competenza e ai loro preziosi suggerimenti, mentre eventuali limitazioni o errori restano di mia responsabilità.

² L'affermazione, del giurista francese Marcel Planiol (*Traité élémentaire de droit civil conforme aux programme officiel des facultés de droit*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1922, pp. 312-313), è riportata da numerosi autori tra i quali ricordo P. Rescigno, *L'abuso del diritto*, in *Rivista di diritto civile*, 1965, vol. 11, p. 214, n. 17.

³ M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil conforme aux programme officiel des facultés de droit*, p. 312.

⁴ M. Orlandi, *Contro l'abuso del diritto*. In *margin* a Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, in S. Pagliantini (ed.), *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Giappichelli, Torino, 2010.

come sia necessario distinguere la titolarità del diritto dal suo esercizio⁵. Secondo gli studiosi che ne negano il carattere paradossale, l'abuso del diritto non dà origine ad un'antinomia dove una norma permette e un'altra proibisce lo stesso comportamento. Invero, la norma sul comportamento abusivo e la norma sul diritto soggettivo hanno oggetti diversi. Così, nitidamente, Rodolfo Sacco⁶ afferma, "[l]a norma sul diritto soggettivo regolerebbe i contenuti del diritto, la norma sull'abuso regolerebbe le modalità d'esercizio di esso."⁷

Il presente saggio non si soffermerà sui problemi logici del concetto di abuso del diritto, ma sui problemi assiologici e politici legati al divieto di abuso del diritto, ossia il fatto che tale concetto possa entrare in contrasto con i principi alla base dell'ordinamento giuridico e, in particolare quello della certezza del diritto.

Un comportamento che formalmente rappresenta l'esercizio di un diritto viene considerato un abuso dello stesso e, pertanto, qualificato come illecito e sanzionato. In altri termini, il divieto di abuso potrebbe rappresentare una via per la limitazione ingiustificata (se non arbitraria) di una particolare condotta tramite l'ammissione di un sindacato giudiziale all'esercizio di un diritto soggettivo.⁸

Da un lato, l'incertezza può essere intesa come prodotto dell'introduzione del concetto di abuso nella prassi giurisprudenziale, dall'altro lato, proprio il verificarsi di un abuso può derivare dall'incertezza. In questo senso, l'art. 833 sugli atti di emulazione contribuisce a definire i confini del diritto di proprietà.

Tuttavia, Orlandi osserva che nel caso del dolo incidente (quando cioè una parte adempie all'obbligazione contrattuale in modo corretto, ma agisce in maniera fraudolenta o ingannevole durante la fase negoziale o nella formazione del contratto stesso), l'art. 1440 del codice civile italiano fornisce un esempio di doppia qualifica. Il raggirio incidente non determina l'invalidità della fonte, ma il contraente in mala fede può esercitare il diritto ottenuto tramite il raggirio, causando un danno ingiusto alla controparte. Pertanto, l'autore conclude che è possibile essere titolari di un diritto a compiere atti illeciti, affermando che la categoria dell'abuso sembra essere schiacciata tra due spazi logici contigui: da un lato lo spazio dell'irrilevanza, in cui cade ogni condotta che non corrisponde alla fonte, e dall'altro lo spazio dell'illecito, che tutto attira nella sua atipicità senza limiti. In definitiva, si afferma che l'abuso è considerato tale perché è illecito e non è illecito perché è abusivo.

⁵ Pietro Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 2006

⁶ P. Rescigno, *L'abuso del diritto*, p. 367.

⁷ Le due norme non sono irrelate, invero, l'interpretazione della norma che contempla il divieto di abuso condiziona l'interpretazione della norma che conferisce il diritto. V. Velluzzi, Introduzione, in V. Velluzzi (ed.), *L'abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, 2012, pp. 11–18.

⁸ Alcuni autori hanno enfatizzato che la negazione del concetto di abuso del diritto esprime un'ideologia liberale che rivendica la libertà dell'esercizio dei diritti intesi come poteri e pretese dell'individuo nei confronti dello Stato. Si veda Rescigno, *L'abuso del diritto*, 214–15.

Joseph Raz descrive questo medesimo meccanismo con parole che pur facendo riferimento all'“*abuse of law*” possono rappresentare una chiave di lettura di alcune forme di *abuse of right*. “*Uncertainty* – scrive Raz⁹ – *frustrates expectations prevents planning, encourages abuses of the law by encouraging attempts to exploit its vague margins*”¹⁰.

In alcuni casi, tuttavia, è proprio dall'abuso che può derivare incertezza, se si prende in considerazione l'esercizio di un diritto come quello della libertà contrattuale, declinata nella libertà di scelta delle modalità di redazione di un accordo negoziale. Invero, ai fini della ricerca della certezza, i filosofi giuspositivisti non di rado richiamano il legislatore alla chiarezza nella redazione dei testi giuridici. Ad esempio, Kelsen sottolinea nelle righe finali de *La dottrina pura del diritto* “l'esigenza della tecnica giuridica di formulare norme giuridiche con la massima chiarezza possibile o, almeno, in modo tale da ridurre al minimo l'inevitabile pluralità di significati, assicurando così il massimo grado di certezza del diritto [*Rechtssicherheit*]”¹¹.

Potremmo estendere l'invito kelseniano alla chiarezza, o meglio, a ridurre al minimo l'inevitabile pluralità di significati dei testi normativi, anche alle clausole contrattuali che (in base all'art. 1372 del Codice civile italiano) hanno forza di legge tra le parti.

In altri termini, è proprio l'abuso della libertà contrattuale, declinato come libertà di forma a poter far sorgere un problema di incertezza (contrattuale). Infatti, se un documento contrattuale è redatto in modo criptico o fuorviante, le parti non avranno modo di prevedere le conseguenze giuridiche derivanti dalla conclusione di tale accordo.

Il presente saggio si articolerà in tre parti. In primo luogo, introdurrò il tema della scelta della forma di manifestazione del contratto come esercizio della libertà contrattuale. Successivamente, affronterò brevemente il problema della leggibilità e dell'intelligibilità del testo contrattuale. Infine, mi soffermerò su alcune pratiche proprie della traduzione giuridica intersemiotica in ambito digitale, per prendere in esame alcune considerazioni sul tema proposte dall'infografica e dalla semiotica. Formulerò, quindi, senza pretesa di esaustività, una riflessione su alcune forme di abuso della libertà contrattuale, con particolare attenzione alla

⁹ J. Raz, *The authority of law: essays on law and morality*, Oxford University Press, Oxford, 1979, p. 31.

¹⁰ Sulla certezza del diritto come prevedibilità si veda G. Gometz, *La certezza giuridica come prevedibilità*, Giappichelli, 2005

¹¹ H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2 ed., Deuticke, Wien, 1960, tr.it. p. 390. Resta ovviamente fermo il fatto che il testo giuridico per Kelsen presenta sempre una pluralità di significati, che il teorico del diritto è tenuto ad individuare ed esplicitare senza indulgere alla finzione dell'interpretazione “esatta”.

forma dei contratti stipulati con accesso al sito web del proponente e al *web-design*.¹²

È importante evidenziare che il dibattito accademico riguardante questo argomento è estremamente ampio e coinvolge, tra gli altri, illustri esponenti della dottrina civilistica¹³ e studiosi del diritto comparato.¹⁴ Nel corso degli anni, è emersa una vasta produzione scientifica che ha approfondito la tematica in esame, contribuendo ad arricchire il dibattito e ad ampliare la conoscenza in questo ambito¹⁵.

Non mi addentrerò sui dettagli tecnici di questo dibattito (ad esempio, sulle conseguenze pratiche dell'applicazione del concetto di "abuso del diritto" o di "abuso di libertà della forma") né aspiro a dare conto in modo esaustivo della letteratura sul tema. Rispetto alla prospettiva di studiosi orientati alla creazione di raffinati strumenti concettuali finalizzati all'applicazione pratica il mio approccio potrebbe apparire troppo generico. Tuttavia, si tratta di un approccio di ampio respiro in linea con l'obiettivo che perseguo, che è di natura filosofica.

2. Libertà contrattuale come libertà della forma

La libertà contrattuale si articola su almeno due dimensioni. Il piano della qualificazione giuridica e il piano della sua manifestazione¹⁶. Per questa ragione, i sensi dell'espressione 'libertà contrattuale' sono almeno due.

¹² Farò prevalentemente riferimento ai contratti Business-to-Consumer.

¹³ Ricordo, ad esempio, che alcuni autori si sono espressi negativamente, con diverse argomentazioni, circa l'opportunità di utilizzare la figura dell'abuso del diritto. Tra questi Sacco, Torrente, Santoro Passarelli. Altri si sono mostrati più favorevoli all'uso di questo istituto. Ad esempio, Francesco Galgano (*Diritto civile e commerciale. Le obbligazioni e i contratti. Obbligazioni in generale, contratti in generale*, 1993), che ha sostenuto la necessità di una clausola generale di divieto dell'abuso del diritto, fondata sul principio costituzionale della solidarietà sociale e sui principi generali della buona fede e della correttezza. Secondo Pietro Perlingieri (*Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 2006) l'abuso rappresenta una distorsione del diritto che va oltre la mera osservanza delle norme formali, danneggiando l'intento e gli interessi che il diritto stesso mira a tutelare nel contesto di una situazione giuridica particolare.

¹⁴ Il tema dell'abuso del diritto è certamente di forte interesse per il diritto comparato. Discipline eterogenee di questo istituto caratterizzano infatti i diversi ordinamenti. In Spagna e in Germania, il divieto dell'abuso del diritto è previsto esplicitamente dal legislatore. Allo stesso modo, nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, è presente il principio del divieto dell'abuso del diritto. In Italia, l'abuso del diritto è una costruzione dottrinale e giurisprudenziale.

¹⁵ Si vedano, ad esempio, Carmelo Restivo, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, 2007 e, più recentemente, Antonina Astone, *Il divieto di abuso del diritto. Diritto scritto e diritto vivente*, 2017

¹⁶ Certamente le due dimensioni sono strettamente interconnesse "forma e contenuto si fondono in un'unità nell'atto, e non c'è atto senza forma perché non può esserci atto che

Le parti esercitano la libertà contrattuale nel primo senso quando scelgono la “qualificazione” del loro accordo, quando cioè determinano la natura del contratto e ne definiscono la disciplina nei limiti imposti dalla legge¹⁷.

Nella seconda accezione, tale libertà concerne la manifestazione del contratto, intesa come esercizio della libertà della forma.¹⁸

La libertà della forma può essere esercitata attraverso strumenti semiotici diversi. Tradizionalmente le parti potevano scegliere tra forma scritta, forma orale o forma tacita. Tuttavia, lo sviluppo tecnologico ha ampliato la sfera di esercizio di questa libertà, introducendo strumenti semiotici non verbali particolarmente diffusi nella comunicazione digitale (pittogrammi, diagrammi, animazioni, schemi, *link* che affiancano il linguaggio verbale).

Come evidenziato da alcuni studiosi dell'utilizzo delle tecniche di *legal design*: “Le parti non solo sono libere di scegliere e concordare il contenuto del contratto, ma sono anche libere di sceglierne la forma (salvo quando la legge richiede una forma specifica, come nel caso di vendita di un immobile)”¹⁹.

Condizioni e limiti all'esercizio di tale libertà emergono anche dalle norme sull'interpretazione del codice civile (artt. 1362 e segg. cod. civ.) che stabiliscono dei criteri ermeneutici dei quali non solo l'interprete ma anche il *contract designer* dovrà tenere conto.²⁰

Il problema dell'applicabilità del concetto di abuso della libertà contrattuale, intesa non come libera scelta delle parti degli strumenti contrattuali idonei a regolare i loro interessi, ma come selezione della manifestazione linguistica, o meglio semiotica, solleva un problema legato ad un possibile abuso di tale libertà nel caso la si utilizzi per indurre in errore il contraente.

Il presente articolo prenderà in esame l'ipotesi di applicare il concetto di “abuso del diritto” all'esercizio della libertà contrattuale in una sua specifica declinazione, ossia quella di libertà della forma.

non si renda riconoscibile attraverso segni” (C. Cicero, *Il problema dell'inosservanza del patto sulla forma*, in A. D'Angelo, V. Roppo (eds.), *Annuario del contratto*, Giappichelli, 2019, p. 4) eppure, una distinzione delle due dimensioni certamente è rilevante sotto il profilo teorico poiché ad esse ineriscono problematiche differenti.

¹⁷ Come è noto, nell'ordinamento italiano, in base all'art. 1322 del Codice civile, “Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge”.

¹⁸ P. Perlingieri, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, ESI, Napoli, 1987.

¹⁹ M. Corrales Compagnucci, H. Haapio, M. Fenwick, *The Many Layers and Dimensions of Contract Design*, in M. Compagnucci Corrales, H. Haapio (eds.), *Research Handbook on Contract Design*, Cheltenham, UK: Elgar, 2022, p. 4 La traduzione è mia.

²⁰ Si veda G. Alpa, *L'interpretazione del contratto*, 1983. Particolarmente rilevante, in questo senso anche l'art. 1370 per il quale “le clausole inserite nelle condizioni generali del contratto o in moduli o formulari predisposti da uno dei contraenti s'interpretano, nel dubbio, a favore dell'altro.”

3. Leggibilità e intellegibilità del contratto

3.1. La rilevanza giuridica della leggibilità del contratto

La Corte di cassazione²¹ italiana si è mostrata severa nei confronti del contraente che, ad esempio, per aver sottoscritto una clausola vessatoria illeggibile, si trova vincolato ad essa. La ratio che guida la decisione del giudice è semplice. Un contraente ha l'onere di informarsi sul contenuto dei vincoli ai quali si assoggetta tramite la sottoscrizione di una clausola. Nel caso il documento sia difficilmente leggibile, il contraente ha l'onere di chiedere ed il diritto di prendere visione di un documento più leggibile. Questo approccio, apparentemente punitivo nei confronti del contraente, può essere inteso come un invito alla cautela e ad esigere chiarezza da parte di chi redige il contratto. Questo vale, in particolare, per i contratti paritari che richiedono alle parti l'ordinaria diligenza nel gestire i propri rapporti negoziali.

Per quel che concerne i contratti col consumatore i livelli di tutela garantiti al contraente debole sono certamente più robusti²². La Corte di cassazione sembra aver maturato, negli ultimi anni, una sensibilità relativa alla forma di manifestazione dell'accordo contrattuale e alla conoscibilità del contenuto del documento contrattuale da parte dei contraenti²³. Pare determinante in questo

²¹ Cassazione civile, sez. VI, 12 febbraio 2018, n. 3307 che (richiamando la sentenza Cass. 11 ottobre 1973, n. 2562) afferma che "la specifica approvazione per iscritto delle clausole onerose previste dall'art. 1341 cod. civ. rende inammissibile la presunzione di una loro mancata conoscenza per l'asserito insufficiente rilievo tipografico o per la loro scarsa leggibilità. Tale precedente va ripreso e ribadito, con le necessarie ulteriori specificazioni"

²² La distinzione tra contratti Business-to-Business, Business-to-Consumer e Consumer-to-Consumer è rilevante ai fini della disciplina giuridica della leggibilità del contratto e della sua comprensibilità. Nei contratti Business-to-Business, in cui le parti sono imprese o professionisti, si presume una maggiore competenza e conoscenza delle norme contrattuali, e quindi i requisiti di leggibilità possono essere meno stringenti. Nei contratti Business-to-Consumer, che coinvolgono i consumatori, è necessario garantire una maggiore chiarezza e comprensibilità del contratto, poiché i consumatori potrebbero presentare delle competenze inadeguate alla piena comprensione del testo contrattuale. Nei contratti Consumer-to-Consumer, in cui i contraenti sono consumatori che stipulano accordi tra di loro, è altrettanto importante garantire la leggibilità e la chiarezza del contratto per evitare confusioni o disuguaglianze tra le parti.

²³ La direttiva 2011/83/UE richiede che i contratti con i consumatori siano redatti in modo chiaro e comprensibile. La direttiva stabilisce inoltre che le clausole contrattuali abusive o incomprensibili sono considerate nulle e non vincolanti per i consumatori. La direttiva 2019/2161/UE estende l'ambito di applicazione della direttiva 2011/83/UE ai contratti in cui i professionisti forniscono servizi digitali o contenuti digitali ai consumatori, e i consumatori forniscono dati personali. Inoltre, introduce nuovi obblighi di informazione per i fornitori di mercati online riguardanti i contratti stipulati dai consumatori sulla piattaforma online.

senso il ruolo giocato dall'art. 166 d.lgs. n. 209 del 2005 che pone, in materia assicurativa, l'obbligo generale di leggibilità delle clausole contrattuali²⁴.

La scarsa trasparenza nell'offerta di vendita è, peraltro, stigmatizzata dal garante della concorrenza e del mercato²⁵ qualora questa ricada nella fattispecie della pubblicità ingannevole ossia, stando alla definizione fornita dal d.lgs. n. 145 del 2007 "pubblicità che in qualunque modo, *compresa la sua presentazione* è idonea ad indurre in errore le persone fisiche o giuridiche" (il corsivo è il mio).

3.2. Condizioni di intellegibilità del documento contrattuale

Resta da stabilire a quali condizioni un documento, che, di fatto, è manifestazione di un'offerta, può difettare in termini di intellegibilità e trasparenza. Ad oggi, tale valutazione viene rimandata alla discrezionalità del giudice, che deve stabilire quando un testo possa indurre in errore il destinatario e quando, invece, l'errore sia imputabile alla negligenza dell'acquirente.

Per rendere il testo contrattuale più accessibile, si potrebbe essere tentati di ridurre il linguaggio giuridico al linguaggio comune. Tuttavia, Uberto Scarpelli poneva giustamente in guardia dall'apologia del linguaggio comune. La riduzione del linguaggio giuridico a linguaggio comune non è certamente una strada idonea per rendere i testi giuridici più comprensibili. Il linguaggio giuridico richiede, invero, diverse e complesse terminologie specialistiche, che variano a seconda degli ambiti disciplinati.²⁶

Occorre però distinguere la complessità inevitabile dei documenti giuridici da un'altra complessità, che è invece possibile eliminare, specialmente in ambito contrattuale. Un recente studio empirico²⁷ ha analizzato un corpus di contratti redatti in inglese e ha riscontrato che la difficoltà di interpretazione tipica dei testi contrattuali non deriva prevalentemente dall'uso di un lessico giuridico specialistico, ma da scelte stilistiche sostanzialmente evitabili senza alterare il significato del testo contrattuale (ad esempio, l'eccessivo uso del passivo, o uso di

²⁴ Cassazione civile sez. III, 11/06/2019, n.15598

²⁵ Garante concorrenza e mercato, 19/07/2007, n.17126

²⁶ Scrive Scarpelli (*Il linguaggio giuridico: un ideale illuministico*, in P. Di Lucia (ed.), *Nomografia. Linguaggio e redazione delle leggi*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 6), "Abbiamo ascoltato per vero, nella filosofia del linguaggio del nostro secolo, soprattutto in quella inglese, un'apologia del linguaggio comune, considerato il luogo della salute linguistica e mentale. Tale illusione è stata presto smentita dall'universale riconoscimento che il linguaggio comune è esso stesso campo di molteplici "giochi linguistici", giocate generalmente senza piena consapevolezza delle regole del gioco. Se poi funziona bene in contesti molto semplici...allorché viene adoperato in ambiti culturalmente complessi cagiona un'abbondanza di incertezze, confusioni e oscurità".

²⁷ E. Martínez, F. Mollica, and E. Gibson, *Poor writing, not specialized concepts, drives processing difficulty in legal language*, in *Cognition*, 2022, vol. 224, p. 1-7.

periodi sintatticamente contorti (ad esempio, di *center-embedding*)²⁸. Diversi studi empirici hanno tentato di stabilire dei parametri per quantificare la leggibilità di un testo. Un recente studio empirico si è focalizzato specificamente sui testi contrattuali. Ad esempio, uno studio condotto da Rameezdeen and Rajapakse²⁹ evidenzia una relazione tra leggibilità e interpretazione contrattuale. Quando la leggibilità del documento contrattuale è elevata, si è riscontrato un elevato grado di comunanza nell'interpretazione del documento da parte di lettori diversi. Pare interessante che la leggibilità del contratto sia analizzata in base a parametri misurabili, ad esempio, numero di parole per frase, e numero di sillabe per parola. Si tratta di un riscontro significativo, considerando che esistono anche altri fattori che possono incrementare la complessità del testo³⁰. Ad esempio, rimandi ad altre fonti o a documenti non allegati, assenza di un layout che evidenzia le diverse sezioni del testo.

Chiaramente questo sistema di misurazione della leggibilità non certifica l'effettiva comprensibilità del testo. Fattori qualitativi come la difficoltà del lessico, la composizione, la struttura della frase, la concretezza e l'astrattezza, l'oscurità e l'incoerenza non possono essere misurati matematicamente. Inoltre, la simmetria dell'interpretazione riguarda prevalentemente ciò che è esplicitato nel testo contrattuale, non vengono prese in considerazione, ad esempio, clausole implicite.

Il movimento del *legal design* nasce proprio dall'esigenza di rendere comprensibile i testi giuridici in generale e, in particolare, i testi contrattuali. L'esigenza è radicata in una specifica concezione del diritto in generale e del contratto in particolare. La concezione del diritto alla base delle teorie del *legal design* è una concezione proattiva, il diritto non è inteso come un insieme di norme sanzionanti e coattive, ma delinea condizioni di possibilità per la cooperazione tra i soggetti che coesistono in una particolare società. Il contratto, per conseguenza, non è da intendersi come un documento dal quale attingere solo nel caso in cui sorga una controversia, ma è uno strumento che è a fondamento della collaborazione tra le parti. Per questa ragione esso deve essere comprensibile, deve essere reso accessibile anche ai contraenti che non padroneggiano il linguaggio

²⁸ Per incorporamento centrale si intende l'inclusione di una frase all'interno di un'altra frase che spesso si risolve, in ultima analisi, in una sintassi contorta e di difficile interpretazione.

²⁹ R. Rameezdeen e C. Rajapakse, *Contract Interpretation: the Impact of Readability*, in *Construction Management Economy*, 2007, vol. 25, p. 729-737.

³⁰ Secondo Rameezdeen e Rajapakse, *Contract Interpretation: the Impact of Readability*, p. 731. "Readability is different from legibility, which indicates merely that the text can be read, that the letters and words can be recognized. It is also different from comprehension, which refers to how well readers understand the text". H. Ávila (*Certainty in Law*, Springer, 2016) nel suo studio sulla certezza considera la conoscibilità una condizione fondamentale della certezza del diritto. La conoscibilità si articola per Ávila su vari livelli: l'accessibilità del testo normativo al pubblico, la chiarezza stilistica del testo, l'esistenza tra gli interpreti di criteri esegetici condivisi e di comuni strategie di argomentazione.

tecnico. Il contraente deve essere in grado di comprendere quali conseguenze comporta la sottoscrizione del contratto, quali diritti e quali doveri ne scaturiscano³¹. Chiaramente questa opera di semplificazione non dovrebbe risolversi in una banalizzazione del lessico giuridico. Si tratta, piuttosto, di distinguere diversi livelli di discorso e di consentire al contraente di individuare le informazioni per lui più rilevanti, di chiarire attraverso esempi le possibili applicazioni delle clausole contrattuali³². Il *legal design* non implica necessariamente la minimizzazione del ruolo dei giuristi di professione, che resta fondamentale per garantire il soddisfacimento delle condizioni di validità del documento giuridico.

Per conseguire questo obiettivo epistemico, i promotori del *legal design* propongono di sfruttare tutti gli strumenti semiotici che i contraenti hanno a disposizione in quanto membri di una comunità epistemica che utilizza diversi tipi di segni. Quindi, non solo parole, ma anche immagini, schemi, diagrammi, etc. In questo senso, elemento fondamentale del *contract design* è proprio la *traduzione intersemiotica*, che illustra il testo verbale interpretandone il significato con segni appartenenti a sistemi semiotici non verbali.

Il *contract design* può, tuttavia, presentare un lato oscuro. La traduzione intersemiotica, infatti, è un mero strumento che può essere utilizzato in modi diversi, non necessariamente finalizzati ad arginare l'asimmetria di informazione che può esistere tra i contraenti.

³¹ Haapio, H. e M. Hagan, *Design Patterns for Contracts Networks*, in *Proceedings of the 19th International Legal Informatics Symposium IRIS 2016*, Österreichische Computer Gesellschaft OCG, 2016; Haapio, H. and S. Passera, *Contracts as Interfaces: Exploring Visual Representation Patterns in Contract Design* in D. M. Katz, R. Dolin, M. Bommarito (eds.), *Legal Informatics*, Cambridge University Press, 2021, pp. 213–38; Corrales Compagnucci, M., H. Haapio e M. Fenwick, *The Many Layers and Dimensions of Contract Design*, in M. Compagnucci Corrales, H. Haapio (eds.), *Research Handbook on Contract Design*, Elgar, 2022.

³² Il caso *Altera Voyageur Production Ltd v Premier Oil E&P UK Ltd* [2020] EWHC 1891 (Comm) evidenzia l'importanza dei "worked examples" come strumento per comprendere l'intento delle parti in contratti complessi business-to-business. In questo caso il giudice britannico ha riconosciuto che l'uso di una rappresentazione grafica, tradotta intersemioticamente in uno schema, prevale sulla clausola verbale nella misura in cui risulta più chiara e comprensibile. Questo principio si applica anche quando vi è un contrasto tra la rappresentazione grafica e la clausola verbale. In particolare, in questo caso la rappresentazione visiva della clausola consisteva in una esemplificazione delle possibili applicazioni di una clausola verbale astratta. In sintesi, il caso sottolinea l'importanza della visualizzazione grafica dei contratti per una migliore comprensione delle intenzioni delle parti. È di fondamentale importanza riconoscere che non vi è un automatico privilegio della clausola espressa tramite segni verbali, ma piuttosto si dovrebbe dare preminenza a quella formulata in modo più chiaro e facilmente interpretabile. Questo aspetto è stato evidenziato da Raffaele Caterina nel paper: *La comunicazione non verbale nelle trattative e nel contratto*. Presentazione al convegno *Legal Design and Contractual Forms - Hybrid conference*, 22-23 giugno 2022.

Le immagini, le animazioni, o altri accorgimenti grafici possono attirare l'attenzione su un aspetto del contratto particolarmente rilevante per il contraente, ma possono anche distoglierla, possono comunicare messaggi fuorvianti o quantomeno ambigui. Una foto può consentire di avere una rappresentazione fedele di un bene, ma una luce particolare, l'aggiunta di un filtro, la decontestualizzazione dell'oggetto può portare il contraente ad una rappresentazione erronea del bene che intende acquistare. In questo senso è lecito domandarsi a quali condizioni si possa parlare di abuso di libertà della forma per qualificare l'uso deliberato di strumenti semiotici tesi a condizionare in modo ingannevole la volontà negoziale. Tali forme di redazione del documento contrattuale possono influenzare il comportamento dei potenziali contraenti in modo indiretto, si tratta di una forma molto particolare di regolazione senza regole, poiché porta l'utente ad assoggettarsi a degli obblighi in modo inconsapevole³³.

4. L'abuso del diritto nella traduzione intersemiotica del documento contrattuale in ambienti digitali

Una traduzione intersemiotica³⁴ è qualsiasi forma di traduzione che coinvolga almeno due diversi codici semiotici; ad esempio, la traduzione dalle parole alle immagini, al codice numerico o ai suoni non verbali.

Uno degli esempi più diffusi di traduzione intersemiotica è la trasposizione del linguaggio naturale in linguaggio macchina negli ambienti digitali. In questo caso, se il testo di partenza è un testo giuridico, incontriamo un particolare tipo di traduzione intersemiotica, ovvero una traduzione giuridica intersemiotica in ambiente digitale. La trasposizione di un testo giuridico in un ambiente digitale prevede solitamente l'utilizzo di accorgimenti grafici che contribuiscono a determinare la volontà negoziale dell'utente.

L'attenzione degli interpreti si è spesso concentrata sulla dimensione linguistica della comunicazione negoziale, tralasciando la dimensione

³³ Lorini, G. and S. Moroni, *Ruling without Rules. Regulation beyond Normativity*, in *The Global Jurist*, 2020, vol. 20, 1–11; Lorini, G. and S. Moroni, *Rule-free regulation: Exploring regulation "without rules" and apart from "deontic categories"*, in *Journal for the Theory of Social Behaviour*, 2022, vol. 52, p. 22–36.

³⁴ Il termine 'traduzione intersemiotica' è stato introdotto da Jakobson, *On Linguistic Aspects of Translation*, in R. A. Brower (ed.), *On Translation*, MIT Press, London, 1959, pp. 232–39. Il concetto di traduzione intersemiotica è oggetto di un vivace dibattito. Si veda ad esempio U. Eco, *Experiences in Translation*, University of Toronto Press, 2001; I. Torresi, *Advertising: A Case for Intersemiotic Translation*, *Meta*, 2008, vol. 53, p. 62–75; N. Dusi, *Intersemiotic translation: Theories, problems, analysis*, in *Semiotica*, 2015, vol. 206, p. 181–205; M. Campbell, e R. Vidal (eds.), *Translating across Sensory and Linguistic Borders: Intersemiotic Journeys between Media*, Springer, 2019. La ricostruzione di tale dibattito esula dagli obiettivi del presente lavoro.

intersemiotica e, in particolare, quella grafica. In questo senso, pare interessante la considerazione di Elisabeth Porter, che afferma: “*By education and practice, lawyers and courts take language seriously. There are no corresponding traditions in law to guide the interpretation of images, no training that forces viewers to treat images as “entit [ies] with a complicated relationship to the real”*”³⁵

Eppure, il giurista contemporaneo, operante in un’epoca caratterizzata da una progressiva digitalizzazione delle transazioni giuridiche potrebbe trarre molti benefici dallo studio delle teorie dell’information design e dal web design. Questi campi offrono un insieme di conoscenze e pratiche che possono migliorare notevolmente la presentazione e l’accessibilità delle informazioni giuridiche online.

L’*information design* si occupa di sviluppare tecniche finalizzate ad organizzare e presentare le informazioni in modo chiaro, intuitivo ed efficace. Queste tecniche, con i dovuti accorgimenti legati alle peculiarità del linguaggio giuridico, possono essere adattate anche alle comunicazioni giuridiche istituzionali, contratti telematici, e altri documenti giuridici digitali. Inoltre, il web design offre una serie di principi e linee guida per creare siti web user-friendly e accessibili. Un giurista che intende digitalizzare le transazioni giuridiche può applicare questi principi per garantire che i suoi strumenti online siano accessibili agli utenti. Ciò significa progettare interfacce intuitive, utilizzare linguaggio semplice e chiaro, fornire istruzioni dettagliate e assicurarsi che il materiale sia accessibile anche alle persone con disabilità.

D'altra parte, sia l’*information design* che il *web design* possono aiutare il giurista a identificare (e stigmatizzare) modelli di organizzazione delle informazioni giuridiche che perseguono obiettivi completamente opposti rispetto alla trasparenza e all’accessibilità, pratiche che potrebbero arrivare a confliggere col principio di buona fede contrattuale. Queste competenze possono consentire al giurista di individuare più facilmente i “lati oscuri del *legal design*”, consentendogli di riconoscere con maggior consapevolezza l’eventuale rilevanza giuridica e la violazione di interessi meritevoli di tutela che possono scaturire da tali modelli. L’analisi di tali pratiche, eticamente discutibili è, ad esempio, oggetto del libro “*A Unified Theory of Information Design*”, nel quale Nicole Amare e Alan Manning³⁶ considerano forme di comunicazione visive antietiche (*unethical visual*) quelle che “perseguono scopi del suo artefice che non sono condivisi congiuntamente dai destinatari, o scopi che, anche se condivisi congiuntamente, non sono raggiungibili o sostenibili”. In tale valutazione, si rifanno al pragmatismo di Peirce.

³⁵ E. G., Porter, *Taking Images Seriously Columbia Law Review*, 2014, vol. 114, p. 1766.

³⁶ N. Amare, A. Manning, *A Unified Theory of Information Design: Visuals, Text and Ethics*, Routledge, 2013, p. 2.

Scrivono infatti Amare e Manning ³⁷, “Peirce ha proposto una stretta integrazione tra visivo e testuale”. Che si basi su segni visivi o testuali, possiamo comprendere l’efficacia dell’informazione solo in termini di obiettivi di comunicazione: cosa l’autore intende realizzare con questo o quel segno e quale effetto produce sul pubblico un testo supportato da immagini. Peirce definisce il dispiegamento retorico dei segni, visivi o meno, in termini di efficacia, e l’efficacia deve essere definita in termini di bisogni, obiettivi o “fini”. Di conseguenza, nel sistema di Peirce emerge una connessione logicamente necessaria tra l’etica e l’effettivo raggiungimento dei fini (obiettivi). L’etica è, in questo caso, intesa come lo studio dei fini dell’azione che siamo disposti ad adottare deliberatamente.

Ad esempio, attraverso l’analisi di Peirce, possiamo collegare esplicitamente la pubblicità *bait-and-switch*³⁸ dei beni di consumo al problema etico creato dalle immagini eccessivamente photoshoppate. Gli obiettivi del visual designer e dei destinatari dell’offerta non si allineano correttamente: il visual designer, artefice di una comunicazione visiva anti-etica, intende vendere dei beni rappresentandoli e orientando quindi le scelte dell’acquirente tramite immagini migliorate artificialmente, immagini che il pubblico di destinazione vorrà probabilmente emulare acquisendo il bene offerto. Tuttavia, i visual designer non condividono quell’obiettivo che loro stessi hanno deliberatamente creato nei destinatari del loro messaggio perché sanno che le immagini, che hanno creato artificialmente, non corrispondono alla realtà. L’obiettivo che orienterà l’azione del contraente è, quindi, irraggiungibile.

Abbiamo considerato il profilo etico di alcune pratiche di *information design*, soffermiamoci ora sul profilo giuridico. Con lo sviluppo e la diffusione del commercio elettronico, è sempre più complesso stabilire quale sia il confine tra un’offerta negoziale e un testo pubblicitario. Le interfacce dei siti di e-commerce spesso adottano le tecniche grafiche utilizzate in ambito pubblicitario; eppure, si tratta spesso della principale fonte di informazioni circa le caratteristiche della

³⁷ N. Amare, A. Manning, *A Unified Theory of Information Design: Visuals, Text and Ethics*, p. 12. Peirce (si veda, ad esempio, CP 5.419) mette in luce l’importanza del processo continuo di autodisciplina e di ragionevolezza concreta nell’etica. Peirce evidenzia una corrispondenza tra una ragionevolezza logica e una ragionevolezza etica (CP 5.35). Sotto questo profilo i modelli di organizzazione delle informazioni giuridiche sono anti-etici se influenzano negativamente il controllo logico dei processi decisionali e la capacità di compiere scelte informate e razionali. Sotto il profilo giuridico, tali pratiche tendono a confliggere con il principio di buona fede contrattuale e possono portare alla violazione di interessi meritevoli di tutela. Per una ricostruzione dell’etica di Peirce, si veda R Herdy, *The Origin and Growth of Peirce’s Ethics*, in *European Journal of Pragmatism and American Philosophy*.

³⁸ L’espressione “bait and switch” indica una pratica nella quale il venditore promuove un determinato bene o servizio che non ha l’intenzione effettiva di fornire. Al contrario, il venditore presenta un’alternativa di qualità inferiore, difettosa o diversa rispetto a ciò che l’acquirente desidera.

merce che il venditore propone al potenziale acquirente. L'idea che le interfacce web, che sono, appunto, prodotto di una traduzione intersemiotica, possano rappresentare un nuovo volto del documento contrattuale è oramai radicata nella dottrina civilistica³⁹. Tali interfacce consentono di stipulare validamente anche i contratti per i quali è richiesta la forma scritta, a condizione che vengano rispettati i criteri previsti dalla legge per l'identificazione delle parti⁴⁰.

Abbiamo visto che la progettazione di una pagina web finalizzata all'e-commerce può essere intesa come esercizio della libertà contrattuale. Ma quando l'esercizio della libertà contrattuale può essere considerato un abuso? Secondo Rodolfo Sacco, per poter parlare di abuso del diritto, l'esercizio del diritto deve essere accompagnato da "fatti dequalificanti", ossia fatti che "dequalificano" il comportamento che originariamente rappresenta l'esercizio di un diritto, "rendendolo abusivo"⁴¹. Nell'abuso esiste una lesione dell'interesse della vittima.

A questo proposito, sottolinea Sacco: "chi specula sull'errore o in genere sulla disinformazione altrui abusa. E l'interprete, lasciato solo dal legislatore, viene a capo dei problemi connessi a questo abuso inquadrandoli nel tema del dolo raggirato omissivo o dell'obbligo generale di informazione"⁴². Tuttavia, nel caso dell'abuso della libertà della forma, l'informazione, solitamente, non è omessa, ma è manifestata con strumenti semiotici inadeguati, che cioè non sono in linea con competenze cognitive che ragionevolmente ci si deve attendere dal contraente. Entra in gioco, in questo caso, secondo Sacco, il concetto di incapacità dell'agente che viene esteso fino a comprendere "qualunque perturbazione psicologica", e prosegue "non sarebbe improprio dire che chi ricorre ad una pubblicità maliziosa o specula sulla sorpresa compie [...] un abuso"⁴³.

L'esercizio della libertà contrattuale può, in alcuni casi, danneggiare una delle parti inducendo false credenze tramite specifiche strategie di web design. Si parla, a questo proposito, di "*dark patterns*" per indicare interfacce nelle quali i webdesigner confondono consapevolmente gli utenti, rendono difficile l'espressione di preferenze effettive o, attraverso tecniche di manipolazione, li

³⁹ C. Glatt, *Comparative Issues in the Formation of Electronic Contracts*, *International Journal of Law and Information Technology*, 1998, vol. 6, p. 34–68; A. Gentili, *L'inefficacia del contratto telematico*, in *Rivista di diritto civile*, 2000, vol. 27, p. 747–73; Blount, S., *Electronic Contracts*, 2nd ed., LexisNexis Butterworths, 2015; A. Stazi, *Contract and Technology from Automatic to Telematic Contracts*, in A. Stazi (ed.), *Smart Contracts and Comparative Law: A Western Perspective*, Springer, Cham, 2021, pp. 3–28.

⁴⁰ Art. 20 comma 1 bis del Decreto Legislativo 7 marzo 2005, n. 82 (Codice dell'amministrazione digitale). Analogamente nel sistema giuridico statunitense si assimila il contratto elettronico al contratto in forma scritta e si reputa ad esso applicabile la *parol evidence rule* Burton, S. J., *Elements of contract interpretation*, Oxford University Press, 2009, p. 72.

⁴¹ Sacco, *L'abuso del diritto*, p. 322.

⁴² R. Sacco, *L'abuso della libertà contrattuale*, p. 227.

⁴³ R. Sacco, *L'abuso della libertà contrattuale*, p. 228

spingono a compiere determinate azioni che hanno conseguenze giuridicamente rilevanti, a concedere l'accesso ai propri dati o assumere determinati obblighi. In genere i *dark patterns* sfruttano i pregiudizi o bias cognitivi e spingono i consumatori online ad acquistare beni e servizi che non desiderano o a rivelare informazioni personali che preferirebbero non divulgare.

Il gestore di una piattaforma web interattiva può compiere un abuso della libertà della forma sfruttando l'asimmetria di informazione, i bias cognitivi degli utenti e i loro comportamenti automatici per indurre l'altro contraente a compiere determinate scelte ⁴⁴.

Le caratteristiche specifiche dei "*dark patterns*" includono l'affidarsi alle interfacce per influenzare e manipolare gli utenti, sovvertire intenzioni o preferenze. Si abusa (deonticamente) della libertà della forma e al contempo si abusa (epistemicamente) della comprensione del comportamento umano per prevedere le decisioni degli utenti e influenzarli. I modelli oscuri possono essere basati su profilazione dell'utente o essere implementati su una base più generale, attingendo a euristiche e distorsioni comportamentali ⁴⁵.

Il designer Harry Brignull ha coniato il neologismo '*dark pattern*' e, nel 2010, ha creato il sito darkpatterns.org, una "libreria di modelli con l'obiettivo specifico di segnalare le interfacce utente ingannevoli"⁴⁶. Esistono diversi esempi di *dark patterns* citati nel sito di Brignull. Uno di questi è la *misdirection*. [direzione errata]. In questo caso, il design dell'interfaccia è strutturato in modo da focalizzare intenzionalmente l'attenzione dell'utente su un'area dell'interfaccia per distoglierla da un'altra area contenente informazioni per lui rilevanti. Un buon esempio è stato individuato da Brignull nel sito della compagnia aerea low cost australiana Jetstar. Il modo in cui la pagina presentava le opzioni di scelta del posto in cabina all'utente era ingannevole. Quando la pagina dedicata alla scelta del posto veniva caricata, l'utente trovava già un posto preselezionato, con un costo aggiuntivo di \$9 (\$4,50 per tratta). Questo risultava ingannevole per due ragioni. In primo luogo, l'utente non aveva né scelto né richiesto quel posto: la piattaforma lo aveva inserito automaticamente nel carrello. In secondo luogo, veniva addebitato un costo extra per un posto che non era stato scelto, e considerando che si pagava un supplemento per poter effettivamente scegliere il posto, l'utente stava pagando senza ricevere alcuna controprestazione. Una semplice distrazione poteva portare l'utente a pagare un sovrapprezzo involontariamente.

Anche se l'espressione '*dark pattern*' non ha una chiara definizione legislativa, le problematiche sollevate da queste tecniche di realizzazione delle

⁴⁴ J. Luguri e L. J. Strahilevitz, *Shining a Light on Dark Patterns*, in *Journal of Legal Analysis*, 2021, vol. 13, 43–109.

⁴⁵ Mathur, A., G. Acar, M. J. Friedman, E. Lucherini, J. Mayer, M. Chetty, and A. Narayanan, *Dark Patterns at Scale: Findings from a Crawl of 11K Shopping Websites*, in *Proceedings of the ACM on Human-Computer Interaction*, 2019, vol. 3, pp. 1–32.

⁴⁶ <https://www.deceptive.design/>

interfacce digitali stanno attirando l'attenzione dei giuristi in diversi ordinamenti liberali che, di fatto, in essi riconoscono forme di abuso⁴⁷ della libertà contrattuale.

In particolare, possiamo rilevare che sia nell'ambito dell'ordinamento statunitense⁴⁸ sia in quello europeo⁴⁹ si sta prendendo coscienza delle problematiche connesse a tali pratiche.

Anche a causa della mancanza di una terminologia condivisa tra gli operatori del diritto, solo recentemente i giuristi statunitensi sono stati in grado di inquadrare in una fattispecie comune numerose azioni dell'FTC (Federal Trade Commission) che di fatto contrastano i *dark patterns* senza nominarli⁵⁰.

Sempre nell'ambito dell'ordinamento statunitense Consumer Financial Protection Bureau (CFPB)⁵¹, ha adottato una definizione molto ampia di condotta abusiva, tale da ricomprendere i *dark patterns*. Una pratica abusiva, secondo 12 U.S.C. § 5531 è una pratica che: (1) interferisce materialmente con la capacità di un consumatore di comprendere un termine o una condizione di un prodotto o servizio finanziario; o (2) trae un vantaggio irragionevole da: (i) una mancanza di comprensione da parte del consumatore dei rischi materiali, dei costi o delle condizioni del prodotto o servizio; (ii) l'incapacità del consumatore di tutelare i propri interessi nella scelta o nell'utilizzo di un prodotto o servizio finanziario; o (iii) il ragionevole affidamento da parte del consumatore su una persona che

⁴⁷Invero, le pratiche che vengono fatte ricadere sotto la categoria dei *dark patterns* sembrano rispecchiare tutti gli elementi costitutivi dell'abuso del diritto, quali risultano da una analisi degli usi giurisprudenziali e dottrinali. In particolare faccio riferimento a quelli individuati da Giorgio Pino (*L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)* in G. Maniaci (ed.), *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, Giuffrè, 2006, p. 115–75) “a) la titolarità di un diritto soggettivo in capo ad un soggetto (non importa se persona fisica o giuridica); b) la possibilità che il concreto esercizio di quel diritto possa essere effettuato secondo una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate (in altre parole, è difficile immaginare la possibilità di un abuso di diritto, se le modalità di esercizio di quel diritto sono rigidamente predeterminate dall'ordinamento); c) la circostanza che l'esercizio concreto del diritto, anche se formalmente rispettoso della cornice legale attributiva di quel diritto, si sia svolto secondo modalità che risultano censurabili (“aberranti”, “deprecabili”, “abnormi”, ecc.) rispetto ad un certo criterio di valutazione, giuridico o extragiuridico. Ovviamente, la determinazione dello specifico criterio di valutazione alla luce del quale giudicare abusivo l'atto di esercizio del diritto è l'elemento che contrassegna le diverse teorie dell'abuso del diritto che si contendono il campo; d) la circostanza che, a causa del fatto che il diritto è stato esercitato secondo modalità censurabili (aberranti, deprecabili, abnormi, ecc.), si verifichi una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto e il sacrificio ricadente su una qualche “controparte””.

⁴⁸ J. Luguri e L.J. Strahilevitz, *Shining a Light on Dark Patterns*, 2021.

⁴⁹ M. L. Chiarella, *Digital Markets Act (DMA) and Digital Services Act (DSA): New Rules for the EU Digital Environment*, in *Athens Journal of Law*, 2022, vol. 9, p. 33–58.

⁵⁰ Luguri e L.J. Strahilevitz, *Shining a Light on Dark Patterns*, 2021, p. 84.

⁵¹ Il Consumer Financial Protection Bureau (CFPB) è un'agenzia del governo degli Stati Uniti responsabile della protezione dei consumatori nel settore finanziario

dovrebbe operare nel suo (del consumatore) interesse. Questa disposizione apparentemente individua una fattispecie che può ricomprendere lo sfruttamento dei pregiudizi cognitivi dei consumatori al fine di manipolarli affinché prendano una decisione che potrebbe non essere nel loro migliore interesse⁵².

Il *Bureau européen des unions de consommateurs* (BEUC) ha recentemente pubblicato una raccomandazione indirizzata al legislatore europeo sui *dark patterns*⁵³ dove evidenzia la rilevanza dell'*Unfair Commercial Practices Directive* (UCPD)⁵⁴ per la regolazione dei *dark patterns*. La direttiva, in particolare, fa riferimento (all'art. 5) ai concetti di "*honest market practice*", "*good faith*" and "*good market practice*", e secondo il BEUC questo significa che "*traders must prevent consumers from being misled or influenced by a user interface guiding them to take a certain decision without having the possibility to understand the consequences of such a decision*"⁵⁵. L'art. 9 della stessa direttiva vieta ai professionisti di imporre qualsiasi ostacolo non contrattuale, qualora un consumatore intenda esercitare diritti contrattuali, compresi il diritto di risolvere un contratto o quello di cambiare prodotto o rivolgersi ad un altro professionista.

Accanto all'*Unfair Commercial Practices Directive* (UCPD) il BEUC reputa rilevante per la disciplina dell'uso di interfacce interattive in pratiche commerciali la *Unfair Contract Terms Directive* (UCTD)⁵⁶; in particolare l'articolo 5 richiede che i termini non negoziati individualmente siano forniti "in un linguaggio semplice e comprensibile". La Commissione ha indicato, nel documento di orientamento sulla direttiva, che nel valutare la conformità a tale requisito occorre considerare il "modo in cui sono presentate le condizioni contrattuali", compresi aspetti quali "la chiarezza della presentazione visiva, la dimensione dei caratteri, la presenza di una struttura logica e la messa in evidenza delle clausole importanti, che devono avere il necessario risalto e non devono essere nascoste tra le altre disposizioni". Questa interpretazione rende l'UCTD uno strumento rilevante per esaminare se attraverso i *dark pattern* i contraenti non stiano abusando della libertà contrattuale ed in particolare della libertà della forma impedendo all'utente di compiere una scelta negoziale consapevole e informata.

Il legislatore europeo sembra avere acquisito sempre maggiore consapevolezza in relazione alle pratiche riconducibili ai *dark patterns* e alle loro possibili ripercussioni sul mercato e sulla concorrenza. Si pensi, ad esempio, alla recente approvazione del *Digital Market Act* e del *Digital Services act*⁵⁷. Entrambi i

⁵² Luguri e L.J. Strahilevitz, *Shining a Light on Dark Patterns*, 2021, p. 91.

⁵³ BEUC, "*Dark patterns*" and the EU Consumer Law Acquis', 2020.

⁵⁴ Direttiva 2005/29/CE.

⁵⁵ BEUC, "*Dark patterns*" and the EU Consumer Law Acquis', 2020, p. 6.

⁵⁶ Direttiva 1993/13/CEE

⁵⁷ Chiarella in un saggio sulla recente approvazione del Digital Markets Act (DMA) and Digital Services Act (DSA) connette esplicitamente l'uso dei *dark pattern* concetto di "abuso", nello specifico, fa riferimento alla figura dell'"abuso del potere contrattuale". M.

provvedimenti avranno un importante impatto sulla regolamentazione giuridica dello spazio digitale. Entrambi prendono in considerazione i *dark patterns*. Il *Digital Market Act* (DMA)⁵⁸ è un provvedimento indirizzato ai c.d. *gatekeepers*, ossia compagnie dotate di una posizione economica dominante attive in una pluralità di paesi europei, dotate di un forte potere di intermediazione e di una posizione stabile sul mercato. Dal nostro punto di vista è particolarmente interessante il fatto che in questo documento si stigmatizzi l'uso di "*interfaces*" create per manipolare le scelte dei contraenti. Tuttavia, il legislatore non entra nel dettaglio nell'individuare le diverse strategie di manipolazione lasciando ampio spazio all'interprete. Il *Digital Services Act* (DSA)⁵⁹, invece, disciplina gli obblighi dei fornitori di servizi digitali. Il DSA dedica l'art. 25 alla disciplina delle interfacce online e alla loro organizzazione, stabilendo che "*Providers of online platforms shall not design, organise or operate their online interfaces in a way that deceives or manipulates the recipients of their service or in a way that otherwise materially distorts or impairs the ability of the recipients of their service to make free and informed decisions*" per poi delegare alla Commissione il compito di stabilire delle linee guida per l'identificazione di tali pratiche.

In base agli sviluppi recenti della disciplina europea, è evidente che, oltre alle competenze tecniche giuridiche necessarie per regolamentare le transazioni commerciali, emergeranno nuove competenze che permetteranno di distinguere tra l'esercizio legittimo della libertà contrattuale e l'utilizzo abusivo di strategie semiotiche volte a influenzare in modo ingannevole la volontà delle parti coinvolte nel contratto. Tali competenze dovranno entrare a far parte del patrimonio culturale dei giuristi al fine di consentire loro di collaborare o interagire con altre figure professionali (ad esempio, *information designer* e *web designer*) con un adeguato grado di consapevolezza.

5. Conclusioni

Se da un lato l'intento connesso all'utilizzo di tecniche di traduzione intersemiotica in ambito contrattuale, supportato dai teorici del *legal design*, è dichiaratamente finalizzato ad agevolare la comprensione del testo contrattuale, dall'altro lato alcune nuove tecniche di *drafting* contrattuale possono essere fonte di fraintendimenti da parte del contraente firmatario che non ha redatto il contratto e che possono condurlo a conseguenze svantaggiose impreviste.

L. Chiarella, *Digital Markets Act (DMA) and Digital Services Act (DSA): New Rules for the EU Digital Environment*, in *Athens Journal of Law*, 2022, vol. 9, p. 33–58.

⁵⁸ Regolamento (UE) 2022/1925. Ad esempio, in base al considerando 37 "Gatekeepers should not design, organise or operate their online interfaces in a way that deceives, manipulates or otherwise materially distorts or impairs the ability of end users to freely give consent."

⁵⁹ Regolamento (UE) 2022.

L'uso di strumenti semiotici inadeguati nella redazione dei contratti può essere inteso come una forma di abuso della libertà contrattuale. Infatti, mentre normalmente, ovvero salvo non sia diversamente previsto dalla legge, la libera scelta degli strumenti semiotici rientra nei diritti del contraente che redige il contratto, in alcuni casi può rendere estremamente difficile (se non impossibile) per l'altro contraente essere adeguatamente informato sul contenuto dell'accordo. Più precisamente, l'esercizio della libertà contrattuale e della libertà della forma può essere inteso come abusivo quando confligge col diritto del contraente a ricevere una adeguata informazione sul contenuto dell'accordo, ossia un'informazione chiara, completa, veridica, fedele, univoca, non ingannevole.

In assenza di una norma che regoli il divieto di abuso si pone l'esigenza di attribuire ad esso un fondamento normativo, in questo senso il divieto di abuso del diritto è stato ritenuto una specificazione del principio di buona fede⁶⁰. Alcuni autori evidenziano che l'abuso del diritto è un concetto incompleto, che nel linguaggio giuridico viene riempito di significato con l'ausilio di concetti ancora più vaghi e indeterminati⁶¹, come il concetto di buona fede⁶². L'impressione è che il concetto di "abuso del diritto" possa essere una macrocategoria entro la quale sono riconducibili una serie eterogenea di comportamenti lesivi considerati, a vario titolo, una forma distorta di esercizio di un diritto soggettivo.

Quando ad un legislatore viene chiesto di interpretare in chiave giuridica un fenomeno sociale emergente e non ancora disciplinato in modo specifico, al fine di garantire una migliore tutela di interessi già riconosciuti nell'ordinamento,

⁶⁰ Scrive Sacco (*L'abuso della libertà contrattuale*, 1997, p. 230): "è mala fede l'aver causato la menomazione, o quantomeno l'aver messo a rischio l'integrità del volere della vittima. È malafede l' approfittamento del vizio del volere, ossia la scienza del fatto che dà luogo al vizio sommata, alternativamente alla sproporzione delle previsioni o alla percezione del nesso causale fra vizio e volontà della vittima". Inoltre, secondo Sacco "l'idea dell'abuso bene si attaglia" alle fattispecie nelle quali è insito un agire (sleale) o un approfittare.

⁶¹ Pare interessante in questo senso il § 307 abs. 1 del BGB. (La traduzione e il corsivo sono miei)

(1) Le clausole in termini e condizioni generali sono inefficaci se recano irragionevole svantaggio al partner contrattuale in contrasto con i requisiti di buona fede. Un *irragionevole svantaggio può derivare anche dal fatto che la disposizione non sia chiara e comprensibile*. [Inhaltskontrolle (1) Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist].

⁶² L'abuso del diritto così configurato si presenta come una sovrastruttura superflua, priva di utilità pratica nell'argomentazione giuridica. Si veda Sacco, *L'abuso del diritto*, op. cit. Sul tema si vedano anche J. I. Gonzalez Carvajal e S. Zorzetto, *Razonabilidad, abuso del derecho y argumentación jurídica*, in *Libro homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el centenario de su fundacion 1915-2015*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2015, p. 3555.

l'utilizzo del concetto di abuso può rappresentare una guida al fine di specificare meglio i confini tra il lecito esercizio di un diritto e la ingiustificata lesione di un interesse meritevole di tutela.

Tuttavia, tale macrocategoria può assumere, forse più proficuamente, carattere teorico metagiuridico, cioè, rappresentare una chiave di lettura di diversi istituti che sono esplicitamente previsti nel nostro ordinamento. In altri termini, il concetto di abuso del diritto può essere una chiave di lettura per norme (enunciati normativi) esplicitamente codificati dal legislatore, che possono (ma non devono necessariamente) contenere l'espressione 'abuso del diritto'.

Il concetto di "abuso del diritto" è stato in questa sede preso in considerazione come strumento teoretico, in altri termini, è stato utilizzato come chiave di lettura di alcune pratiche proprie del *drafting* contrattuale. Non intendo invece soffermarmi sulla sua effettiva utilità pratica, per molti alquanto dubbia, ad esempio, nell'ambito dell'argomentazione giudiziale. A tale proposito scrive Sacco "La norma sull'abuso è [...] superflua, perché la repressione dei comportamenti in questione può avvenire senza che la norma esista, o là dove essa esiste, senza che venga invocata"⁶³.

Bibliografia

Amare, N. e A. Manning, *A Unified Theory of Information Design: Visuals, Text and Ethics*, Routledge, 2013

Astone, A., *Il divieto di abuso del diritto. Diritto scritto e diritto vivente*, Giuffrè, 2017

Alpa, G., *L'interpretazione del contratto*, Giuffrè, 1983

Alpa, G., *Il diritto dei consumatori*, Laterza, 1999

Ávila, H., *Certainty in Law*, Springer, 2016

BEUC, *"Dark Patterns" and the EU Consumer Law Acquis*, 2020, accessed 6 September 2022

Blount, S., *Electronic Contracts*, 2nd ed., LexisNexis Butterworths, 2015

Breccia, U., *L'abuso del diritto*, in *Diritto privato*, 1998, vol. 3, p. 5–88

Burton, S. J., *Elements of Contract Interpretation*, Oxford University Press, 2009

⁶³ R. Sacco, *L'abuso del diritto*, in G. Alpa, M. Graziadei, A. Guarneri, U. Mattei, P.G. Montaneri, R. Sacco (ed.) *La parte generale del diritto civile 2. Il diritto soggettivo*, UTET, Torino, 2001, p. 318.

- Campbell, M. e R. Vidal (eds.), *Translating across Sensory and Linguistic Borders: Intersemiotic Journeys between Media*, Springer, 2019
- Caterina R., *La comunicazione non verbale nelle trattative e nel contratto*. Presentazione al convegno *Legal Design and Contractual Forms - Hybrid conference*, 22-23 giugno 2022
- Chiarella, M. L., *Digital Markets Act (DMA) and Digital Services Act (DSA): New Rules for the EU Digital Environment*, in *Athens Journal of Law*, 2022, vol. 9, p. 33–58
- Cicero, C., *Il problema dell'inosservanza del patto sulla forma*, in A. D'Angelo, V. Roppo (eds.), *Annuario del contratto*, Giappichelli, 2019, pp. 3–22
- Corrales Compagnucci, M., H. Haapio, e M. Fenwick, *The Many Layers and Dimensions of Contract Design*, in M. Compagnucci Corrales, H. Haapio (eds.), *Research Handbook on Contract Design*, Elgar, 2022
- Davidson A., *The Law of Electronic Commerce*, Cambridge University Press; 2009.
- Dusi, N., *Intersemiotic translation: Theories, problems, analysis*, in *Semiotica*, 2015, vol. 206, p. 181–205
- Eco, U., *Experiences in Translation*, University of Toronto Press, 2001
- Galgano, F., *Diritto civile e commerciale. Le obbligazioni e i contratti. Obbligazioni in generale, contratti in generale (Vol. 2)*, CEDAM, 1993.
- Gentili, A., *L'inefficacia del contratto telematico*, in *Rivista di diritto civile*, 2000, vol. 27, p. 747–73
- Glatt, C., *Comparative Issues in the Formation of Electronic Contracts*, *International Journal of Law and Information Technology*, 1998, vol. 6, p. 34–68
- Gometz, G., *La certezza giuridica come prevedibilità*, Giappichelli, Torino, 2005
- Gonzalez Carvajal, J. I. e S. Zorzetto, *Razonabilidad, abuso del derecho y argumentación jurídica*, in *Libro homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el centenario de su fundacion 1915-2015*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2015
- Haapio, H. e M. Hagan, *Design Patterns for Contracts Networks*, in *Proceedings of the 19th International Legal Informatics Symposium IRIS 2016*, Österreichische Computer Gesellschaft OCG, Wein, 2016
- Haapio, H. e S. Passera, *Contracts as Interfaces: Exploring Visual Representation Patterns in Contract Design* in D. M. Katz, R. Dolin, M. Bommarito (eds.), *Legal Informatics*, Cambridge University Press, Cambridge, UK, 2021, pp. 213–38
- Herdy R. *The Origin and Growth of Peirce's Ethics*, in *European Journal of Pragmatism and American Philosophy*, 2014, vol. 4, pp. 1–21
- Jakobson, R., 'On Linguistic Aspects of Translation' in R. A. Brower (ed.), *On Translation*, MIT Press, London, 1959, pp. 232–39

- Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, 2 ed., Deuticke, Wien, 1960. Trad. it. di M.G. Losano, *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1966
- Lorini, G. e S. Moroni, *Ruling without Rules. Regulation beyond Normativity*, in *The Global Jurist*, 2020, vol. 20, pp. 1–11
- Lorini, G. e S. Moroni, *Rule-free regulation: Exploring regulation “without rules” and apart from “deontic categories”*, in *Journal for the Theory of Social Behaviour*, 2022, vol. 52, p. 22–36
- Luguri, J. e L. J. Strahilevitz, *Shining a Light on Dark Patterns*, in *Journal of Legal Analysis*, 2021, vol. 13, 43–109
- Martínez, E., F. Mollica, E. Gibson, *Poor Writing, not Specialized Concepts, Drives Processing Difficulty in Legal Language*, in *Cognition*, 2022, vol. 224, pp. 1–7.
- Mathur, A., G. Acar, M. J. Friedman, E. Lucherini, J. Mayer, M. Chetty, A. Narayanan, *Dark Patterns at Scale: Findings from a Crawl of 11K Shopping Websites*, in *Proceedings of the ACM on Human-Computer Interaction*, 2019, vol. 3, p. 1–32
- Orlandi, M., *Contro l'abuso del diritto. In margine a Cass. 18 settembre 2009, n. 20106*, in S. Pagliantini (ed.), *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Giappichelli, 2010, pp. 99–114
- Peirce CS., *The Collected Papers of Charles Sanders Peirce*, Harvard University Press, 1931.
- Perlingieri, C., *Profili civilistici dei social networks*, ESI, 2014
- Perlingieri, P., *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, ESI, 1987
- Perlingieri, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, ESI, 2006.
- Pino, G., *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)* in G. Maniaci (ed.), *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, Giuffrè, 2006, pp. 115–75
- Planiol, M., *Traité élémentaire de droit civil conforme aux programme officiel des facultés de droit*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1922
- Porter, E. G., *Taking Images Seriously*, in *Columbia Law Review*, 2014, vol. 114, p. 1687–1782
- Rameezdeen, R. and C. Rajapakse, *Contract interpretation: the impact of readability*, in *Construction Management Economy*, 2007, vol. 25, p. 729–737
- Raz, J., *The authority of law: essays on law and morality*, Oxford University Press, 1979
- Restivo, C., *Contributo ad una teoria dell'abuso di diritto*, Giuffrè, 2007
- Rescigno, P., *L'abuso del diritto*, in *Rivista di diritto civile*, 1965, vol. 11, p. 205–90
- Sacco, R., Giorgio De Nova, *Il contratto*, UTET, 2016

Sacco, R., *L'abuso del diritto*, in G. Alpa, M. Graziadei, A. Guarneri, U. Mattei, P.G. Montaneri, R. Sacco (ed.) *La parte generale del diritto civile 2. Il diritto soggettivo*, UTET, 2001, p. 309-376

Sacco, R., *L'abuso della libertà contrattuale*, in *Diritto privato*, 1998, vol. 3, p. 217-234

Santoro Passarelli, F. *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, 2012

Scarpelli, U., *Il linguaggio giuridico: un ideale illuministico*, in P. Di Lucia (ed.), *Nomografia. Linguaggio e redazione delle leggi*, Giuffrè, 1995, pp. 6-29

Stazi, A., *Contract and Technology from Automatic to Telematic Contracts*, in A. Stazi (ed.), *Smart Contracts and Comparative Law: A Western Perspective*, Springer, 2021, pp. 3-28

Torrente A. *Emulazione (diritto civile)*, in *Novissimo digesto italiano*, 3a ediz, UTET, 1987.

Torresi, I., *Advertising: A Case for Intersemiotic Translation*, in *Meta*, 2008, vol. 53, pp. 62-75

Velluzzi, V., 'Introduzione' in V. Velluzzi (ed.), *L'abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, ETS, Pisa, 2012, pp. 11-18

Waller, R., *Contract Design for Humans*, in M. Compagnucci Corrales, H. Haapio (eds.), *Research Handbook on Contract Design*, Edward Elgar Publishing, Northampton, 2022