

## LE TRATTATIVE NEI CONTRATTI TELEMATICI ♦

FABIO BRAVO \*

*Se, nell'ambito dei contratti telematici, sia possibile ravvisare l'instaurazione di trattative ricorrendo a tecniche di comunicazione diverse dall'«electronic-mailing» e quali siano le implicazioni di natura giuridica.*

### 1. Il tema controverso

È noto l'affascinante dibattito dottrinale instaurato con riguardo alla qualificazione delle operazioni giuridico-economiche poste in essere attraverso Internet, con tecniche di comunicazione differenti dall'*electronic-mailing* <sup>1</sup>. Rinviando alla lettura dei saggi richiamati in nota per le argomentazioni esposte dagli Autori, brevemente si ricorda come, da un lato, autorevolmente è stata sostenuta l'impossibilità di ravvisare gli estremi della «contrattazione» in ordine all'operazione posta in essere con strumenti telematici in ambiente «*world wide web*», con la conseguenza che l'asserito difetto di ogni possibilità di «dialogo» determinerebbe anche l'impossibilità di ricondurre l'operazione nell'alveo del concetto giuridico di contratto <sup>2</sup>. Si è parlato, a tal riguardo, di «scambi senza accordo», ovvero di più negozi giuridici unilaterali che vengono ad incontrarsi nell'unicità del bene oggetto dello scambio <sup>3</sup>. Dall'altro lato, a tale tesi si è contrapposta quella, altrettanto autorevole, che non considera il «dialogo» come presupposto necessario della nozione di contratto, giacché la fase della contrattazione è contemplata in maniera meramente eventuale dal nostro ordinamento giuridico, come risulta del resto dalla lettura dell'art. 1327 e 1333 c.c., dal che se ne è dedotta la natura contrattuale dell'operazione di

---

♦ ©2003-2007. Fabio Bravo. All Rights Reserved.

\* Avvocato ([www.studiolegalebravo.it](http://www.studiolegalebravo.it)) e Dottore di Ricerca in «Informatica giuridica e diritto dell'informatica» presso l'Università di Bologna, è Docente al Master in «Diritto Privato Europeo» alla Sapienza – Università di Roma.

<sup>1</sup> N. Irti, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, pp. 347 ss.; G. Oppo, *Disumanizzazione del contratto?*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, pp. 524 e ss.; N. Irti, «È vero ma...» (replica a Giorgio Oppo), in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, pp. 273.

<sup>2</sup> N. Irti, *Scambi senza accordo*, cit.; Id., «È vero ma...» (replica a Giorgio Oppo), cit.

<sup>3</sup> N. Irti, *Scambi senza accordo*, cit.

scambio anche laddove venga posta in essere con tecniche telematiche di comunicazione diverse dalla posta elettronica <sup>4</sup>.

Nell'ambito di tale dibattito, tuttavia, sembrerebbe essere stata esclusa a priori, o comune non contemplata, la possibilità di instaurazione delle *trattative* tra i soggetti che prendo parte all'affare. Ci si chiede, pertanto, se tali trattative siano possibili da configurare, tanto sotto il profilo tecnico quanto sotto il profilo giuridico, in ambiente c.d. «*world wide web*» e quali possano essere le implicazioni di natura giuridica <sup>5</sup>.

## 2. Considerazioni tecniche (cenni)

Il sopra riferito dibattito, al di là di ogni considerazione circa la classificazione o meno dei negozi giuridici *de quibus* nella categoria del «contratto», lascia trapelare come, ancor prima del dato giuridico, le maggiori difficoltà interpretative siano concernenti il dato reale, a causa del forte tecnicismo che lo connota.

Va chiarito che Internet rifugge da una considerazione unitaria, non potendo essere considerata *una* tecnica di comunicazione a distanza, bensì una infrastruttura di reti di telecomunicazioni capaci di interconnettere più *computer* tra loro, rendendo possibili *molteplici tecniche di comunicazione*, basate sui diversi «protocolli» che compongono la «famiglia di protocolli» TCP/IP, su cui Internet si basa <sup>6</sup>. Ciascuno di tali protocolli

---

<sup>4</sup> G. Oppo, *Disumanizzazione del contratto?*, cit.

<sup>5</sup> Il presente lavoro costituisce parte di un contributo più ampio che, per esigenze di sintesi, non è stato possibile riprodurre in questa sede per intero. Il discorso, pertanto, verrà riproposto nella sua forma più estesa e con una diversa e maggiore articolazione in altra sede, alla quale fin d'ora si rinvia.

<sup>6</sup> Al di là della semplificazione che si è voluta rendere nel testo, la realtà tecnica imporrebbe precisazioni ulteriori che, in questa sede, possono solamente essere accennate. Al riguardo ci si limita a riportare quanto è stato efficacemente osservato in recenti pagine, nelle quali si è ricordato che «(...) il protocollo TCP/IP è un protocollo di tipo *multilayer*, ovvero strutturato su più livelli, secondo un modello che viene definito 'ISO/OSI'. La caratteristica fondamentale di questa struttura è che ogni livello mette a disposizione dei livelli superiori i servizi che gli sono propri (...). In questo modo le applicazioni (...) riescono ad interfacciarsi con i protocolli e, così, a veicolare le informazioni. I *layer* – o 'strati' – del TCP/IP sono cinque, e precisamente: 1) il livello fisico (i mezzi trasmissivi veri e propri quali, ad esempio, le fibre ottiche, le comunicazioni *wireless*, ecc.); 2) il *network layer* (che contiene le informazioni per far connettere il protocollo alla rete di trasporto: ad esempio PPP); 3) l'*internetwork layer* (che gestisce l'indirizzamento dei pacchetti

consente modalità di comunicazione particolari, le quali assumono, per le loro specifiche caratteristiche tecniche, autonoma rilevanza sotto il profilo giuridico. Restringendo l'analisi a ciò che più rileva ai fini del presente discorso, occorre ricordare che le comunicazioni che avvengono in ambiente «*www*» sono per lo più consentite dall'utilizzo del protocollo «*http*».

Il «*world wide web*» (*www*) può essere rappresentato, con una necessaria semplificazione del discorso, come una serie di documenti (contenenti testo, immagini, suoni, ma anche programmi ed elementi di forte interattività con l'utente) collegati tra loro mediante i c.d. *link* (per «*ipertesto*» o per «*iperimmagini*») e consultabili con appositi programmi detti «*browsers*». In tale ambiente è dato rinvenire un fenomeno di forte sviluppo di tecniche e strumenti comunicativi, grazie sia all'implementazione di programmi di *utility* che possono essere ospitati sui *website* (si pensi, a titolo di esempio, ai «*motori di ricerca*», in grado di reperire informazioni, *file*, siti, *etc.*, presenti sul *web*), sia all'ideazione ed all'impiego di appositi «*linguaggi*»<sup>7</sup> con i quali si rende possibile l'inserimento di «*elementi di interattività*» nelle singole pagine *web*.

L'utilizzo di siti *web* per la contrattazione telematica ha portato la dottrina a riscontrare la presenza di automatismi tali da far parlare di «*tasto negoziale virtuale*»<sup>8</sup>, con riferimento al

---

mediante il protocollo IP ed il protocollo ICMP); 4) il *transport layer* (che si occupa della sincronizzazione, nella fase di ricezione e trasmissione dei pacchetti, mediante il protocollo TCP ed UDP); 5) l'*application layer* (che è il livello dedicato alle applicazioni, e su cui girano i protocolli che caratterizzano i servizi di Internet quali l'HTTP, l'SMTP, il NNTP, ecc.)». Cfr. S. Mosole – P. Perri, *Crittografia e sicurezza dei protocolli di rete*, in G. Ziccardi (a cura di), *Crittografia e diritto*, Torino, 2003, pp. 239 e 230, ove viene altresì precisato che «tutti i protocolli studiati per instaurare delle comunicazioni sicure si vanno a collocare in qualcuno dei *layer* sopra descritti e, a seconda del livello nel quale vengono collocati, presentano proprie caratteristiche e specificità».

<sup>7</sup> Si pensi ai linguaggi di *marcatore* (cfr., in particolare: l'«HTML», *Hypertext Markup Language*; il «DHTML», *Dynamic Hypertext Markup Language*; l'«XML», *eXtensive Markup Language*), nonché ai linguaggi di *scripting* (cfr. «*javascript*») e di *programmazione* (cfr. «*java*»).

<sup>8</sup> Cfr. E. Tosi, *La conclusione del contratto virtuale*, in V. Franceschelli (a cura di), *Commercio elettronico*, Milano, 2001, pp. 339 e ss., ove l'A. ha adattato ai rapporti telematici l'espressione originariamente utilizzata da Franceschelli in relazione alla discussa approvazione di quelle condizioni generali di contratto che si

meccanismo con cui viene resa possibile l'esternazione dell'eventuale consenso, da parte dell'utente, alla conclusione del contratto. In tal caso è dato intendere, dal ragionamento proposto in dottrina, che la manifestazione di volontà verrebbe espressa solamente con un «click» di adesione ad un contratto già rigidamente determinato in tutti i suoi contenuti (come per i contratti *standard*), senza alcuna possibilità di negoziazione delle clausole in esso racchiuse, con l'effetto di considerare precluso lo svolgimento delle trattative<sup>9</sup>.

Invero, diversamente da quanto *prima facie* possa apparire, va sottolineato che il livello tecnico raggiunto dai linguaggi con cui vengono approntate le pagine *web* è sicuramente tale da consentire un'attività di negoziazione che vada ben oltre la semplice manifestazione di un consenso per adesione<sup>10</sup>. Viceversa, anche solamente ricorrendo ad un semplice linguaggio di «marcatura», come l'HTML, possono essere allestiti strumenti interattivi che consentono di recuperare il senso della negoziazione nel *world wide web*. È infatti noto che le pagine presenti nei siti Internet possono ospitare non solo *link* ad *e-mail*<sup>11</sup>, ma anche i c.d. «form», utilizzati, più che per l'individuazione di contenuti predeterminati, per la comunicazione di dati e di informazioni da parte dell'utente, elevando il grado di

---

rendono conoscibili solamente in fase di installazione del *software*, che costituisce oggetto del negozio a cui le medesime si riferiscono.

<sup>9</sup> Cfr., *ex multis*, A.M. Gambino, *Clausole vessatorie e Internet*, in V. Ricciuto – N. Zorzi (a cura di), *op. cit.*, p. 187, il quale testualmente afferma: «Al quesito se sia possibile dare prova di una trattativa individuale risponderò a questo punto in senso negativo con riguardo alla tecnica dell'accesso al sito, della consultazione delle pagine *web*; mentre appare possibile nell'ambito della posta elettronica». Al di là dei discorsi di ordine probatorio, sotto un profilo sostanziale l'A. aggiunge immediatamente che «Dal quadro emerge che la pagina *web* propone tinte di analogia con la figura del c.d. contratto di adesione, in particolare per il rilievo, che potremmo definire fenomenologico, sottolineato dalla dottrina francese, che il consumatore non può sfuggire alla volontà – “*échappé*” è il termine utilizzato – del predisponente: o si dice sì, oppure si dice no dinanzi a quanto viene offerto».

<sup>10</sup> Quale, ad esempio, quello espresso tramite «click» del *mouse* (c.d. «*point and click*») sulla rappresentazione grafica di un pulsante nel quale vi è impressa una dichiarazione di accettazione di un contratto predisposto (es.: «*I agree*»).

<sup>11</sup> Tale risultato può essere ottenuto mediante l'inserimento dell'indirizzo di posta elettronica, preceduto dalle parole «mailto:», in luogo dell'URL o della denominazione del *file* da specificarsi all'interno dell'attributo HREF del tag <A>, noto con il nome tecnico di «*anchors*».

interattività relativo all'operazione negoziale. Si noti, proprio con riguardo ai «form», come gli stessi possano essere utilizzati non solamente per indicare, in apposite righe di testo, i propri dati personali, ma anche per effettuare scelte tra diverse opzioni ovvero per immettere stringhe testuali in forma libera. Siffatte modalità di interazione hanno un rilievo che non può essere affatto trascurato sotto il profilo giuridico, incidendo sia sulla qualificazione del negozio che ne deriva, sia, come si avrà modo di sottolineare in seguito, sulla disciplina applicabile.

Infatti, la *libera immissione di testo* nel «form» contenuto nelle pagine *web* di un sito commerciale, effettuata da parte dell'utente attraverso adeguati strumenti di *input* ivi appositamente previsti (quali quelli noti tecnicamente come «*text*» e «*textarea*», rispettivamente per l'immissione di testo «monoriga» e «multiriga»), potrebbe ben essere utilizzata per la comunicazione, attraverso il sito dell'impresa, di dichiarazioni di *contenuto negoziale*, fin anche ad immaginare una possibilità di conclusione del contratto a seguito di un «*dialogo*» liberamente intercorso tra le parti, ovvero a seguito di un procedimento di formazione anche automatizzato, a fronte del quale la *libera immissione di testo* da parte dell'utente-contraente possa essere valutata da specifici *software* in grado di riconoscere il contenuto e di reagire di conseguenza con una risposta negoziale, fino al raggiungimento dell'accordo.

L'altra soluzione tecnica, a cui si è fatto cenno *supra*, potrebbe comportare (in luogo dell'utilizzo di strumenti per la libera immissione di testo, da parte dell'utente, all'interno delle pagine negoziali dei siti Internet di un fornitore di beni o servizi) l'impiego di quegli ulteriori strumenti di *input* che, contenuti nei «form» in questione, conferiscono effettive possibilità di scelta in ordine ai contenuti di carattere sia *economico*<sup>12</sup> che *normativo*<sup>13</sup> del

---

<sup>12</sup> Un tipico e diffuso esempio di scelta economica concerne l'individuazione dei beni o dei servizi oggetto del contratto, mediante i cc.dd. «*carrelli virtuali*», con i quali l'utente, navigando sul sito di un fornitore, effettua una prima selezione dei prodotti che sono di proprio interesse, per poi perfezionare l'acquisto in un momento successivo, salvo ripensamento, similmente a quanto avviene in un supermercato di tipo tradizionale. In realtà, ove contemplata, la scelta potrebbe riguardare anche la determinazione dell'equilibrio economico tra le prestazioni.

contratto. Segnatamente, tra gli elementi di «*input*» ora in parola sono da indicare quelli che permettono all'utente la selezione alternativa o cumulativa di due o più voci all'interno di una data opzione. A tal riguardo, rimanendo sempre nell'ambito del linguaggio HTML, sono da menzionare gli strumenti «*checkbox*» («caselle di controllo») e «*radio*» («pulsanti di opzione»), con i quali è possibile conferire all'utente la scelta anche contemporanea tra più elementi di una opzione, nel primo caso, e la scelta di un unico elemento tra i diversi presenti nella medesima opzione, nel secondo caso<sup>14</sup>.

Dunque, utilizzando in maniera opportuna gli elementi di «*input*» di un modulo o formulario («*form*») presente sulle pagine *web* di un sito commerciale, è possibile far sì che, con riferimento al discorso di nostro interesse (relativo alle problematiche di natura negoziale), l'utente *non* si limiti ad una *mera adesione* ad un contratto predisposto, ma scelga tra un numero più o meno vasto di possibili contenuti in relazione a ciascuna clausola o a talune di esse. In altre parole, l'uso dei predetti elementi di interattività consentirebbe al contraente, anche di fronte ad un formulario compilato in linguaggio HTML o in altri linguaggi più evoluti (tra i quali, per esempio, XHTML, XML, *Javascript*, ASP, JSP, *Java*, etc.), di *interagire* con il proponente intervenendo direttamente sui contenuti normativi del contratto, procedendo a vere e proprie «*trattative*» contrattuali<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Le scelte concernenti il carattere normativo del contratto possono attenersi alla individuazione delle clausole contrattuali. Cfr., *amplius*, quanto affermato nel prosieguo.

<sup>14</sup> Al fine di consentire maggiori possibilità di riscontro alle affermazioni contenute nel testo, occorre evidenziare che, da un punto di vista strettamente tecnico, «*checkbox*» e «*radio*» sono alcuni dei possibili valori dell'attributo «*type*» dell'elemento «*input*» di un «*form*». Un frammento di un'istruzione in codice, letta dai *browser* con cui si naviga su Internet e contenente i valori in questione, potrebbe apparire (in linguaggio di marcatura <HTML>) come segue: <*input type*=«*checkbox*» (etc.) >; oppure: <*input type*=«*radio*» (etc.) >.

<sup>15</sup> Sulla portata semantica del lemma «*trattative*», la cui determinazione appare indispensabile ai fini del discorso che in questa sede si sta conducendo, ci si soffermerà più ampiamente nel prosieguo. Si rende comunque opportuno anticipare come non possa considerarsi sufficiente a ravvisare l'esistenza di una trattativa la mera possibilità di scelta tra diverse opzioni presenti all'interno del contratto. Infatti, al di là dell'aspetto meramente formale, occorre che la scelta verta su una effettiva valutazione dei contenuti dell'operazione giuridico-economica. Sul punto si veda quanto efficacemente argomentato da G. Alpa, *Il diritto dei consumatori*, cit., p. 220 e 221.

L'assunto, che presenta conseguenze giuridiche di particolare rilevanza, merita talune esemplificazioni. Nella pratica già si riscontra diffusamente l'impiego dei «*form*» per la determinazione, da parte del cliente, del contenuto afferente agli aspetti «*economici*» del contratto. Più timido appare, invece, l'uso dei medesimi per la precisazione del contenuto «*normativo*», sempre ad opera del contraente. Si pensi, a mero titolo di esempio, a quanto avviene con il collocamento *on-line* dei prodotti assicurativi, soprattutto in reazione al ramo «non vita». Il contenuto economico della polizza viene solitamente determinato, con riguardo all'entità dei premi, mediante un apposito *software*. Quest'ultimo opera sulla base di specifiche funzioni in grado di tener conto dei dati forniti dall'utente medesimo, in occasione dell'immissione di informazioni all'atto della compilazione di un formulario *on-line*, predisposto dalla compagnia assicuratrice mediante l'elemento «*form*» presente nelle pagine *web* del proprio sito Internet. In caso di RCA, per esempio, tali dati prendono in considerazione, com'è noto, una serie di elementi, tra i quali: l'età, il sesso ed il luogo di residenza del proprietario del veicolo e, solitamente, del conducente abituale; la precedente classe di rischio; l'eventuale installazione di un sistema di antifurto; il luogo in cui viene solitamente ricoverato il veicolo durante il periodo notturno; *etc.* Il contraente, in relazione alla determinazione del premio assicurativo conseguente alla valutazione delle predette informazioni, non pare abbia alcun potere di intervento sul contratto, se non modificando la realtà delle cose che sono a presupposto della valutazione predisposta dalla compagnia assicuratrice (ad esempio, fornendo di antifurto l'autovettura che ne era sprovvista). Per altro verso, in altre parti dei moduli solitamente presenti sui siti delle compagnie, il cliente può intervenire più direttamente sul contenuto del contratto, per esempio scegliendo se inserire o meno la copertura assicurativa per incendio e furto accanto alla RCA obbligatoria, ovvero scegliendo (nel caso in cui gli sia consentito) se ammettere o meno, nel contratto, la previsione della franchigia, con ovvie ripercussioni sulla ripartizione del rischio e sulla determinazione finale del premio da corrispondere. Si noti come non sia sempre agevole determinare con certezza se l'intervento del cliente, in forza delle possibilità di interazione offerte dagli strumenti

presenti sul sito Internet della compagnia, influisca solamente sul contenuto «economico» del contratto o anche su quello «normativo». Possono tuttavia immaginarsi ipotesi in cui l'intervento del contraente sui contenuti *normativi* sia del tutto inequivocabile, come nel caso in cui la clausola concerna il diritto di recesso ovvero la ripartizione dell'*onus probandi*.

### 3. Taluni esempi di trattativa telematica in ambiente «www»

Per rendere ancora più chiaro il discorso che si sta conducendo, di seguito si tratteranno taluni possibili esempi di interazione concernenti specifiche clausole contrattuali, assumendo che si trovino contenute nei moduli o formulari presenti sulle pagine *web* di siti Internet.

È stato già rimarcato come il cliente possa effettuare, attraverso l'elemento «*form*» di pagine *web*, non solo immissioni di dati, ma anche scelte tra due possibili soluzioni («*sì*» o «*no*»; «*adesione*» o «*rifiuto*») oppure tra soluzioni multiple in via eventualmente cumulativa («*A*» e/o «*B*» e/o «*C*» e/o «*D*» e/o *Etc.*) o in via alternativa («*A*» o «*B*» o «*C*» o «*D*» o *Etc.*).

Con riferimento al tema della contrattazione telematica in ambiente «*world wide web*», la dottrina prevalente sembra aver più volte rilevato, finora, solamente la possibilità di scelta alternativa tra l'adesione ed il rifiuto, riferendola esclusivamente alla possibilità di accettazione o di rifiuto dell'intero contratto, unilateralmente predisposto da una delle parti contraenti, senza soffermarsi, a quanto consta, sulle possibilità di estendere il discorso in ordine alle singole clausole, con le doverose articolazioni che si impongono avendo riguardo alla possibilità di utilizzo degli strumenti interattivi, in grado di rendere configurabile l'esistenza di vere e proprie trattative negoziali.

Se è vero che l'esprimere solamente il «*sì*» o il «*no*» in ordine al contenuto complessivo del contratto proposto vale ad escludere la presenza di trattative, configurando solamente la possibilità o meno di una conclusione del contratto per mera *adesione*, altrettanto non potrebbe dirsi, a priori, laddove le possibilità dell'affermazione o della negazione siano in ordine a più clausole del contratto, singolarmente considerate, ovvero laddove vi sia la possibilità di scelta tra soluzioni multiple. Nella fattispecie che si prospetta, si noti bene, le clausole selezionate

dal contraente verrebbero ad inserirsi in un *procedimento automatizzato* ove la conclusione del contratto non appare a fattispecie istantanea ma, per lo più, a formazione progressiva<sup>16</sup> o, come più frequentemente avviene sui siti delle società di assicurazione, a seguito della determinazione di preventivi personalizzati e non vincolanti sui quali il contraente conserva l'ultima parola, senza che si raggiungano accordi «parziali» sui singoli punti.

Soffermando l'attenzione sulle più ampie possibilità offerte dallo strumento tecnologico, l'esistenza delle trattative appare configurabile, in particolar modo, nelle ipotesi in cui la scelta del cliente in ordine alle singole clausole contrattuali<sup>17</sup> sia una scelta tra soluzioni *multiple*, purché siano soddisfatti determinati requisiti (completezza e trasparenza delle informazioni in ordine ai contenuti giuridici ed economici del contratto ed agli effetti

---

<sup>16</sup> La «formazione progressiva del contratto», in linea generale riconducibile al fenomeno delle «trattative» *lato sensu* intese, è legata a quest'ultime in un rapporto di *species a genus* ed, insieme ad esse, si contrappone concettualmente al «contratto» se osservato nel suo momento perfezionativo. Alla formazione progressiva del contratto è stata tuttavia riconosciuta una certa «autonomia concettuale» ed «una propria valenza giuridica», rispetto alle trattative, «sia pure nella prospettiva degli effetti negoziali finali». Cfr. V. Ricciuto, *La formazione progressiva del contratto*, in E. Gabrielli (a cura di), *I contratti in generale*, tomo I, del *Trattato dei contratti* diretto da P. Rescigno, Torino, 1999, pp. 150 e ss., al quale *amplius* si rinvia.

<sup>17</sup> Sulla nozione di «clausola» si sofferma lungamente P.M. Putti, *La nullità parziale*, Napoli, 2002, pp. 203 e ss., le cui riflessioni sono da tener presente in questa sede anche al rilievo, espresso dall'A., che il tema si presenta comune non solo agli «studiosi della nullità parziale», ma anche a «coloro che hanno riflettuto sui profili concernenti l'oggetto del contratto», con specifico riferimento, *ex multis*, a A. Cataudella, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966. V'è da precisare, peraltro, che l'A. per primo citato affronta in maniera specifica il tema delle nozioni di clausola in riferimento al tema della trattativa individuale nell'ambito del contratto con i consumatori. Cfr. P.M. Putti, *op. cit.*, pp. 29 e ss., ove si ricorda come «altrettanto aspro è stato il dibattito circa la questione se con il termine clausola si possa intendere un elemento negoziale che esprima la volontà di entrambe le parti o solo di una (ovviamente, quella che predispone in contratto). Il problema (...) è tornato di attualità con riguardo alla circostanza che, nella disciplina dei contratti con i consumatori, sono escluse dal giudizio di vessatorietà quelle clausole che risultano essere state oggetto di trattativa individuale. Sono state teorizzate, dunque, clausole che non esprimono la volontà di entrambe le parti; tale constatazione ha una notevole rilevanza nell'esegesi delle norme di derivazione comunitaria a tutela del consumatore».

relativi alle singole scelte, con conseguente possibilità di valutazione dell'operazione economica complessiva; ripartizione differenziata dei «pesi e contrappesi» presenti nell'operazione giuridico-economica, in relazione alle singole scelte effettuate dal contraente; etc.). Al riguardo, può immaginarsi che le singole clausole vengano inserite in un «form» presente sul sito di una compagnia, in modo tale da essere associate a determinate «caselle di controllo» («checkbox») o a determinati «pulsanti di opzione» («radio»), sì da consentire al contraente di intervenire nel contratto mediante l'interattività resa possibile dagli strumenti di «input» di cui ora si discute. Per fare un esempio riguardante la clausolazione relativa al «diritto di recesso» conseguente al verificarsi di eventi dannosi dedotti in una polizza assicurativa<sup>18</sup>, può ipotizzarsi che sul sito Internet di una compagnia al cliente venga data la possibilità di optare (attraverso l'uso degli strumenti tecnico-informatici di opzione, cc.dd. «radio») fra le tre seguenti possibili clausole, riassuntivamente espresse: a) recesso non consentito ad alcuna delle parti; b) recesso consentito ad entrambe le parti, a titolo gratuito; c) recesso consentito ad entrambe le parti, a titolo oneroso; d) recesso consentito solo alla compagnia, a titolo gratuito; e) recesso consentito solo al contraente, a titolo gratuito; f) recesso consentito solo alla compagnia, a titolo oneroso; g) recesso consentito solo al contraente, a titolo oneroso. Ciascuna delle predette opzioni, ovviamente, produce conseguenze in ordine all'equilibrio tra le

---

<sup>18</sup> Si tenga presente che in materia assicurativa il recesso è consentito all'assicuratore nelle ipotesi di cui agli artt. 1893 («Dichiarazioni inesatte e reticenze senza dolo o colpa grave») e 1898 («Aggravamento del rischio») c.c. Viceversa il «diritto di recesso» è contemplato in favore del contraente nella legislazione speciale solamente con riferimento al ramo «vita» ex art. 111 d.lgs. 174/95 e non per il ramo «non vita» di cui al d.lgs. 175/95. Tuttavia l'Isvap, con la Circolare n. 393/D del 17 gennaio 2000, ha ravvisato l'«opportunità» che, nell'ipotesi in cui il collocamento dei prodotti assicurativi avvenga tramite Internet, le compagnie estendano il diritto di recesso anche al ramo «danni». Una esplicita previsione normativa con portata precettiva verrà tuttavia introdotta, nei rapporti con il contraente-consumatore, a seguito del futuro recepimento della direttiva 2002/65/CE, emanata in tema di commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori, applicabile anche ai servizi assicurativi del ramo «vita» e «non vita», salvo talune limitate eccezioni. Sul punto cfr., *amplius*, F. Bravo, *Il collocamento dei prodotti assicurativi tramite Internet*, Milano, 2001; Id., *Commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori*, Milano, 2002.

posizioni contrattuali delle parti e, dunque, dovrebbe essere controbilanciata da una rideterminazione dei corrispettivi<sup>19</sup> o da una diversa ripartizione degli oneri contrattuali. Trattandosi di scelta che, per ipotesi, verrebbe permessa al contraente in ordine alla determinazione del contenuto della clausola (tra molteplici soluzioni possibili), non pare sia dato ravvisare gli estremi di una conclusione del contratto per mera *adesione*, poiché nell'adesione la scelta è solo tra il «sì» ed il «no» del contratto, considerato nel suo insieme. Viceversa, nell'esempio formulato sembra corretto poter ravvisare gli estremi della trattativa, in particolare laddove la scelta effettuata dal contraente sia ricollegabile alla valutazione del risultato conseguito in termini di vantaggio giuridico e/o economico rispetto a quello che complessivamente si sarebbe dovuto attendere qualora il contenuto negoziale fosse stato immutabile. Sono in tal senso da apprezzare le ipotesi in cui l'attività di contrattazione telematica procedimentalizzata sfoci nella predisposizione di un documento contrattuale contenente le clausole selezionate (condizioni «personalizzate» di contratto) e la definizione economica dell'intera operazione (preventivi «personalizzati»), sul quale il contraente potrà esprimere o rifiutare il suo definitivo consenso.

Altre possibilità tecniche di intervento offerte al cliente riguardano la *libera determinazione* del contenuto di una o più clausole contrattuali. Si pensi al caso in cui un «form» contenga l'elemento di «input» noto come «*textarea*», con il quale (ipotizzando un uso per finalità negoziali dello strumento ora in considerazione) potrebbe essere consentito l'eventuale inserimento in forma libera del testo di una clausola, ad esempio con riguardo alla previsione di garanzie (personali o reali), ovvero con riguardo alla localizzazione del foro competente a decidere le eventuali controversie. Tali clausole potrebbero essere oggetto

---

<sup>19</sup> A parte l'ipotesi del diritto di recesso a titolo oneroso, che è riconducibile a sistema nell'ambito della previsione di cui all'art. 1373 c.c., l'ipotesi di recesso a titolo gratuito operante a favore del professionista incontrerebbe un ostacolo nella previsione di cui all'art. 1469 *bis*, n. 7, c.c. ove la clausola non fosse ritenuta oggetto di trattativa. Sul punto cfr. quanto argomentato in seguito. Si noti, comunque, che la giurisprudenza ha ritenuto che «La vessatorietà non è esclusa dalla bilateralità del recesso ove essa realizzi un significativo squilibrio tra le parti» (Trib. Roma, sez. XIII, sent. del 28 ottobre 2000, con nota di A. Di Majo, *Clausole vessatorie e rischi assicurati: un difficile confine*, in *Corriere giuridico*, Milano, 2001, n. 3, pp. 380 e ss.).

di riserva di approvazione da parte del proponente, attraverso una valutazione effettuata «personalmente» o mediante un apposito procedimento automatico (*rectius*, informatico), ma verrebbero pur sempre ad inserirsi, attraverso un «*form*» predisposto sul sito *web* del fornitore di beni o servizi, nelle dinamiche negoziali volte alla determinazione del contenuto *normativo*. Può osservarsi che, anche in tale ultimo esempio, è palese come il mezzo tecnico, di per sé, non valga a comportare una oggettivazione dello scambio<sup>20</sup> tale da far arretrare l'istituto giuridico del contratto o, comunque, da espungere la ravvisabilità dell'accordo<sup>21</sup>. Al contrario, la tecnologia è tale che, anche in assenza di comunicazioni *e-mail*, Internet può prestarsi a far recuperare il senso delle *trattative*, le quali non sono affatto precluse dall'utilizzo di tecniche di comunicazioni a distanza come quelle realizzate in ambiente «*world wide web*»<sup>22</sup>.

#### **4. Nozione giuridica di «trattativa» e sua contestualizzazione con riguardo al «www»**

Dal discorso che si sta conducendo emerge come sia necessario che venga precisata, sotto il profilo giuridico, la portata semantica del lemma «*trattativa*», attese le conseguenze che ne possono derivare, illustrate nel paragrafo successivo.

---

<sup>20</sup> In tema di oggettivazione dello scambio si rimanda alle preziose pagine di F. Galgano, *Il negozio giuridico*, Milano, 2002, pp. 567 e ss. Si veda, inoltre, C. Camardi, *Contratto e rapporto nelle reti telematiche. Un nuovo modello di scambio*, in V. Ricciuto – N. Zorzi (a cura di), *op. cit.*, pp. 7 e ss., ove l'A., con riferimento ai «contratti in rete», muovendo dalle letture di Irti e di Oppo, conclude con il ravvisare una «definitiva oggettivazione dello scambio».

<sup>21</sup> Cfr., ancora una volta, N. Irti, *Scambi senza accordo*, cit.

<sup>22</sup> In tal senso, muovendo da considerazioni di carattere tecnico-informatico, si ritiene di poter rivalutare la «libertà di trattare» negata nelle fattispecie ad esame, ove, nel riassumere efficacemente il noto dibattito dottrinale sorto sul punto, si è detto che «Mentre lo scenario degli “scambi senza accordo” postula una nozione per così dire forte di libero accordo, evocando una sorta di primizia del vecchio dogma della volontà, rivisitato alla luce della concezione del contratto/consenso quale atto libero di autoregolamentazione degli interessi; la visione di Oppo, tutta protesa a salvaguardare comunque il contratto, finisce per postulare una nozione debole di accordo, legittimata già dal codice civile e pertanto disponibile *de plano* ad accogliere senza traumi i nuovi modelli di scambio, riportati ad un sistema che pretende, quale condizione minima di sopravvivenza, solo la libertà di scegliere, e non quella di trattare». Cfr. C. Camardi, *op. cit.*, p. 9.

Si noti come il legislatore italiano abbia omissis ogni definizione di *trattativa* o di *negoziato individuale*, soprattutto con riferimento alla disciplina di cui agli artt. 1469 *bis* e ss. c.c., nonostante l'espressa previsione contenuta nella direttiva 93/13/CEE, in forza del cui art. 3, paragrafo 2, «Si considera che una clausola non sia stata oggetto di negoziato individuale quando è stata redatta preventivamente in particolare nell'ambito di un contratto di adesione e il consumatore non ha di conseguenza potuto esercitare alcuna influenza sul suo contenuto». Ferma restando l'equivalenza tra «negoziato individuale» e «trattativa», dato che entrambe le espressioni si riferiscono all'«attività comune delle parti finalizzata ad incidere sulle pattuizioni negoziali»<sup>23</sup>, appare utile un impiego della definizione comunitaria per delimitare, in via interpretativa, i confini semantici della parola ora in esame e la sua portata giuridica<sup>24</sup>.

Dalla definizione comunitaria può notarsi come la formulazione sia espressa in termini «negativi», giacché non viene precisato quand'è che si è in presenza di trattativa, bensì quand'è che quest'ultima non possa ritenersi configurabile. Dalla lettura della disposizione poc'anzi trascritta emergono due elementi fondamentali: *a)* la preventiva ed unilaterale predisposizione della clausola da parte del professionista; *b)* l'impossibilità per il consumatore di esercitare alcuna influenza sul contenuto della clausola medesima. Si noti come tali requisiti debbano essere intesi in via cumulativa e non alternativa, dato che il secondo, nel dettato normativo comunitario, viene esplicitamente previsto quale *conseguenza* del primo.

Ebbene, negli esempi di interazione formulati nei paragrafi che precedono di cui al presente scritto, appare evidente come la determinazione finale del contenuto della clausola possa essere rimessa proprio al contraente, sia nell'ipotesi in cui si ricorra all'elemento «*textarea*», sia nelle ipotesi in cui si ricorra agli elementi «*checkbox*» o «*radio*». Nel primo caso («*textarea*»), ovviamente, *nulla quaestio*, giacché la precisazione dei contenuti viene ad essere *ab initio* effettuata a cura del contraente. Nel secondo caso («*checkbox*» o «*radio*»), invece, il discorso si presenta

---

<sup>23</sup> C. Chessa, *La trattativa nella disciplina delle clausole abusive*, Torino, 2001, p. 47.

<sup>24</sup> In tal senso si veda anche E. Poddighe, *I contratti con i consumatori*, Milano, 2000, p. 67.

più complesso, poiché a rigore si è in presenza di una preventiva ed unilaterale predisposizione delle possibili clausole presentate nell'opzione o nella scelta multipla. Tuttavia, tale predeterminazione dei contenuti delle clausole *astrattamente* ipotizzate non sembra produrre necessariamente la conseguenza di cui al secondo requisito sopra illustrato. Infatti, con la possibilità di scelta tra clausole eventuali, il consumatore finisce con l'incidere in maniera determinante sul contenuto *concreto* della pattuizione. Ciò è tanto più vero quante più ampie sono le possibilità di scelta presentate in relazione a ciascuna clausola<sup>25</sup>. In altre parole, la definizione normativa espressa dal legislatore comunitario nega la ravvisabilità di trattative non solamente quando vi sia la predisposizione unilaterale della clausola, ma quando vi sia anche una impossibilità di esercitare una qualche «influenza» sul contenuto<sup>26</sup>. Al riguardo sembra corretto ricordare quanto efficacemente è stato precisato in dottrina, ove si è sottolineato che «Decisivo rilievo assume (...) il *risultato* della detta trattativa, e non già quanto ne costituisca viceversa (...) il *dato iniziale*, sia esso costituito da un testo preventivamente redatto dal “professionista”, che si configuri o meno quale *ipotesi di accordo*, ovvero da una pluralità di testi alternativi, o, ancora, da moduli o formulari predisposti per disciplinare in maniera uniforme determinati rapporti contrattuali»<sup>27</sup>.

Spostando l'attenzione dal piano dell'individuazione dei *criteri negativi* (volti a ravvisare quando una clausola non possa ritenersi oggetto di trattativa) al piano dell'individuazioni di *criteri*

---

<sup>25</sup> Si può giungere ad ipotizzare, infatti, che al contraente vengano prospettate tutte le possibili soluzioni giuridiche *in astratto* configurabili relativamente alla singola clausola, di modo che la selezione effettuata in concreto possa avere un valore analogo a quello che assumerebbe una «libera immissione di testo» per la determinazione del contenuto della clausola che si considera.

<sup>26</sup> Osserva L.A. Scarano, *Comm. all'art. 1469 ter, co. 4., c.c.*, in G. Alpa – S. Patti (a cura di), *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, Milano, 2003, p. 968, che «La circostanza che, diversamente dalla direttiva, la legge di recepimento non fa espresso riferimento alla possibilità per il consumatore di “influire” sul contenuto della clausola, certamente non consente di sostenere invece che il legislatore italiano possa aver inteso riservare a tale aspetto una minore rilevanza, stante (...) [la] fondamentale importanza che ad esso deve riconoscersi ed attribuirsi» (il testo tra parentesi quadre è di chi scrive). L'A. corrobora l'affermazione riportando talune statuizioni giurisprudenziali, per la cui lettura ivi si rinvia.

<sup>27</sup> L.A. Scarano, *op. cit.*, p. 967.

*positivi* (con i quali, viceversa, si è proposto di determinare positivamente l'esistenza di una negoziazione individuale), in dottrina si è affermato che la pattuizione possa sottrarsi al sindacato di vessatorietà ai sensi dell'art. 1469 *ter*, co. 4, c.c., qualora la presunta trattativa abbia i caratteri (essenziali) dell'*individualità*<sup>28</sup>, della *serietà*<sup>29</sup> e dell'*effettività*<sup>30</sup>.

Corre l'obbligo di segnalare come il requisito di serietà della trattativa non sia stato ritenuto soddisfatto nell'ipotesi in cui il professionista manifesti la volontà di «addivenire alla conclusione del contratto solamente in caso di adozione di uno tra i plurimi testi già unilateralmente predisposti, anche qualora venga lasciata al contraente la relativa facoltà di scelta»<sup>31</sup>, ovvero nella diversa ipotesi in cui al consumatore sia attribuita la «possibilità di richiedere la sostituzione di una o più clausole con

---

<sup>28</sup> Cfr., *amplius*, L.A. Scarano, *op. cit.*, pp. 969 e ss. L'A. sottolinea come tale requisito, più che essere riferito ai *soggetti* che intervengono nella trattativa ed alle *modalità di formazione* del contratto (se individuale ovvero standardizzato, per adesione o collettivo), andrebbe riferito all'*oggetto* della trattativa, cioè «alle "clausole" (o agli "elementi di clausola") costituenti il contenuto dell'accordo, le quali debbono essere *singolarmente* prese in considerazione, formulate, anche per graduale e successiva approssimazione, e quindi definitivamente convenute nel loro tenore finale».

<sup>29</sup> Cfr., *amplius*, L.A. Scarano, *op. cit.*, pp. 976 e ss., per il quale la serietà impone che la trattativa sia «svolta dalle parti mediante l'adozione di un comportamento obiettivamente idoneo a raggiungere il risultato cui è diretta. La condotta delle parti nel corso delle trattative (...) deve quindi estrinsecarsi in atti e comportamenti che si rivelino inequivocabilmente e specificamente indirizzati al pervenimento ad un accordo frutto di reale codeterminazione. Tale è, ad esempio, l'atteggiamento di chi, nel prendere atto delle esigenze espresse dalla controparte, manifesti il reale intendimento di modificare le proprie richieste nella misura in cui ciò consenta di giungere all'accordo e non susciti falsi affidamenti in proposito».

<sup>30</sup> Cfr., *amplius*, L.A. Scarano, *op. cit.*, pp. 978 e ss., il quale delinea due significati concorrenti del requisito in argomento, il primo dei quali si riferirebbe alla trattativa come *fatto storicamente avvenuto* e chiaramente identificabile, mentre il secondo significato si riferisce ad una *valutazione in termini sostanziali* e non meramente formali della negoziazione intercorsa. In tale ultimo caso ritorna in formulazione positiva quel criterio negativo già espresso nel dettato dell'art. 3.2 della direttiva 93/13/CEE. Affinché vi sia trattativa, infatti, al consumatore deve essere data la possibilità di determinare liberamente il contenuto del contratto o, comunque, di influire sulla formulazione o sulla determinazione delle clausole.

<sup>31</sup> L.A. Scarano, *op. cit.*, p. 977, il quale ricorda, tuttavia, gli opposti orientamenti di De Nova e Frignani.

altra o altre clausole il cui tenore (corrispondente o meno) sia anch'esso unilateralmente predisposto dal "professionista"<sup>32</sup>. Al riguardo, però, deve notarsi che in ambito telematico le trattative condotte in ambiente *world wide web* mediante un procedimento automatico con elementi di interattività, anche a scelta multipla, assumono caratteri di forte peculiarità tali da imporre autonome e specifiche considerazioni.

Innanzitutto, come già più volte sottolineato, occorre ricordare che i «form» utilizzati a fini di negoziazione possono contenere anche strumenti di immissione di testo in forma libera, i quali potrebbero combinarsi con i pulsanti «radio» o con le «caselle di controllo» in modo tale da inserire, nella possibilità di scelta presentata, anche una voce per la formulazione *ex novo* della clausola, in alternativa a quelle indicate nell'opzione.

In secondo luogo, anche a voler considerare solamente l'ipotesi di scelta tra clausole previamente formulate dal professionista, potrebbe ben immaginarsi che possa essere effettuata una formulazione di alternative talmente ampia da esaurire, o quasi, le possibili alternative giuridicamente configurabili, di modo che l'unilateralità della predisposizione sarebbe da apprezzare in termini di maggior speditezza e semplificazione (in favore anche del consumatore) e non come abuso del maggior potere contrattuale. La scelta formulata dal consumatore in uno spettro ampio di possibilità, come già precisato *supra*, potrebbe avvicinarsi al significato giuridico della libera determinazione del testo negoziale. Le tecnologie informatiche e telematiche, utilizzate per finalità negoziali, sarebbero in tal caso di ausilio per la gestione delle trattative, consentendo una formulazione quantitativamente estesa delle possibili clausole selezionabili, che altrimenti sarebbe impensabile in un contesto di tipo tradizionale.

In terzo luogo, va considerato che le scelte negoziali effettuate telematicamente dal contraente in ordine alle singole clausole possono combinarsi in modo tale da richiedere una vera e propria *attività di elaborazione* da parte del *software* che gestisce i dati immessi dal contraente (nel «form» di interfaccia presente sul dito del fornitore), tale da restituire un *risultato* che non appare individuabile a priori in relazione al caso concreto. Ciò potrebbe far considerare il risultato definitivo dell'elaborazione, a rigore,

---

<sup>32</sup> L.A. Scarano, *op. cit.*, p. 978.

come *non preventivamente determinato*, ma, semmai, *determinabile* attraverso l'interazione del contraente e la contestuale o successiva elaborazione che dei dati viene effettuata dal sistema informatico a ciò predisposto.

In quarto luogo appare rilevante anche la circostanza che il risultato della predetta elaborazione possa essere un documento negoziale *precontrattuale*, formato con l'interazione del contraente, ma non ancora vincolante, giacché, nell'ipotesi che si è prospettata, verrebbe a costituire oggetto di successive valutazioni in ordine alla definitiva prestazione del consenso<sup>33</sup>. È l'attività di elaborazione che rende «*dinamico*» il procedimento volto non solo al perfezionamento dell'accordo, ma anche al *definitivo assetto* dei *contenuti contrattuali*, portando ad un equilibrio che viene a crearsi proprio a seguito delle scelte negoziali del contraente.

Pertanto sembra di poter concludere, sul punto, che il descritto uso della tecnologia possa correttamente far configurare l'esistenza di vere e proprie trattative. Ricordando i «criteri positivi» sopra evidenziati, potrebbe affermarsi che il carattere dell'*individualità oggettiva* è dato dalle possibilità di intervento in ordine alle singole clausole, mentre il carattere dell'*individualità soggettiva* è dato dall'instaurazione del procedimento automatizzato con il soggetto che viene ad essere individuato nel suo concreto relazionarsi con lo strumento tecnologico<sup>34</sup>. Il

---

<sup>33</sup> Le capacità di interazione e di elaborazione ed il loro impatto sull'attività di negoziazione crescono proporzionalmente al grado di evoluzione della tecnologia che si impiega in fase di formazione del contratto. Si pensi all'uso dei cc.dd. «*agenti software*», nonché, soprattutto in tema di proprietà intellettuale, ai sistemi di DRM («*Digital Rights Management*»), la caratteristica ontologica dei quali risiede proprio nella capacità di instaurare e condurre trattative individuali attraverso Internet.

<sup>34</sup> Nella formulata ipotesi di più clausole allestite in modo tale da lasciare al contraente la possibilità di scelta non solo sull'*an* della clausola, ma anche sui contenuti della stessa, potrebbe dubitarsi che si possa parlarsi, a rigore, di trattativa «*individuale*», dato che la presenza di un meccanismo automatico, rivolto *ad incertam personam*, potrebbe condurre, *prima facie*, ad escludere il carattere «*individuale*» della trattativa medesima. In verità che ciò che sembra *ad incertam personam* non è la *trattativa* (dato che la stessa viene ad essere concretamente condotta tra fornitore e cliente, secondo determinate scelte che tengono conto delle concrete posizioni negoziali assunte dalle parti), bensì il *pubblico invito a trattare* un'offerta di beni o di servizi, vale a dire l'*astratta possibilità* della trattativa, attraverso un meccanismo proceduralizzato a tal fine predisposto. Viceversa, una volta che un soggetto (il cliente)

carattere della *serietà* della trattativa, invece, appare fondato sulle capacità di elaborazione delle scelte effettuate dall'utente nella sua attività di interazione, nonché sulle possibilità di riesaminare la portata giuridica ed economica del risultato dell'elaborazione mediante la definitiva scelta in ordine alla prestazione del consenso. Infine, il carattere della *effettività*, nella sua duplice accezione, risulterebbe corroborato dalla dimostrazione dello svolgimento «storico» delle trattative mediante un «*log-file*» (ossia, un *file* di sistema in grado di conservare traccia dell'attività posta in essere mediante strumenti informatici o telematici), nonché dalle possibilità di *valutazione*, in termini giuridici ed economici, del documento che viene prodotto a seguito del sopra descritto procedimento automatizzato. Al riguardo si noti che tale valutazione verrebbe eventualmente ad essere espressa anche sulla base della possibile comparazione con i diversi risultati prodotti a seguito di differenti scelte contrattuali <sup>35</sup>. In tal caso sarebbe possibile apprezzare la portata economica della selezione di talune clausole anziché di altre, anche la rilievo che «si può ritenere avvenuta la trattativa se risulti che il consumatore abbia

---

concretamente si pone di fronte allo strumento tecnologico ed avvia il procedimento volto alla conclusione del contratto, questi inizia ad instaurare una vera e propria trattativa «*individuale*», poiché immette le proprie scelte, secondo i propri gusti, preferenze e valutazioni, ottenendo un risultato giuridico che può essere anche difforme da quello ottenuto da altri soggetti. In altre parole, nell'ipotesi ora in parola, non ci si trova di fronte ad un vero e proprio contratto predisposto a cui aderire, ma ad una dichiarazione negoziale integrabile mediante l'interazione con il cliente, attraverso un procedimento allestito *ad hoc* per l'instaurazione delle trattative, nei limiti delle possibilità (più o meno ampie) offerte dal fornitore o dal prestatore. Nell'ipotesi in argomento, dunque, ciò che risulta predisposto non è il contratto (il regolamento contrattuale), ma il procedimento con cui vengono poste in essere le trattative al fine della successiva determinazione dei contenuti (economici e normativi) del contratto.

<sup>35</sup> Nell'ipotesi formulata, dunque, il negozio verrebbe ad essere perfezionato non come mera adesione ad una proposta cristallizzata nei suoi contenuti, ma a seguito della valutazione del documento negoziale non vincolante (che esige un'autonoma prestazione del consenso da parte del contraente), venutosi a formare sulla base dei contenuti stabiliti mediante l'interazione che si è evidenziata. L'effetto è quello di avere un risultato contrattuale complessivo non rigidamente determinato in via unilaterale e che potrebbe essere ricondotto ad una valutazione effettuata dal contraente in ordine all'intera operazione giuridico-economica, mediante scelte negoziali che tengano conto di determinati vantaggi (ad es.: riduzioni del corrispettivo, più favorevole rideterminazione degli oneri, etc.).

accettato clausole vessatorie a fronte di riduzione del corrispettivo o di altri oneri che, in mancanza di trattativa, sarebbero stati posti a suo carico»<sup>36</sup>.

## 5. Conseguenze di carattere giuridico

Da quanto finora osservato, anche sulla base delle considerazioni di natura tecnico-informatica sopra rassegnate, emerge come, in risposta al quesito che ci si è proposti, non è da escludere a priori la possibilità della negoziazione dei contenuti contrattuali<sup>37</sup> nel caso in cui si ricorra a tecniche di comunicazione diverse rispetto all'*electronic-mailing*<sup>38</sup>. Ciò comporta talune conseguenze giuridiche di notevole entità.

La prima di esse concerne la *qualificazione giuridica* del negozio posto in essere attraverso un sito Internet, dato che le

---

<sup>36</sup> G. Alpa, *Il diritto dei consumatori*, cit., p. 221.

<sup>37</sup> Va rimarcato ancora una volta, infatti, che le tecnologie sono tali da consentire all'utente l'utilizzo di un sito Internet per proporre *contenuti* anche non predisposti come eventuali, facendo sì che questi possa contribuire in maniera anche decisiva alla determinazione degli equilibri negoziali. In tal modo può immaginarsi, da un lato, un meccanismo di conclusione del contratto che porti ad un procedimento automatico di formazione dell'accordo, ove le scelte tra le clausole possibili siano, sì, tra quelle annoverate dal predisponente, ma secondo la combinazione scelta di volta in volta dal contraente funzionalmente ai vantaggi o ai contrappesi che ne derivano, e, dall'altro lato, un diverso meccanismo che porti, invece, ad un processo di valutazione «automatica» dei contenuti (anche normativi), laddove essi siano inseriti *ex novo* dall'utente della rete attraverso strumenti di «*input*» che consentano la libera immissione di testo. Nell'ipotesi di contratti di assicurazione *on-line*, le opzioni presenti possono configurare vere e proprie trattative alla luce del fatto che il risultato dell'interazione con l'utente si sviluppa, prima dell'eventuale perfezionamento del contratto, nella elaborazione di un «preventivo personalizzato» o di «condizioni di contratto personalizzate», anche in ragione delle scelte giuridiche ed economiche effettuate con riferimento alle singole opzioni. Il risultato della negoziazione, inoltre, potrebbe rimanere solitamente nell'ambito della fase precontrattuale, dato che risulta funzionale alle possibilità di comparazione con altri diversi «preventivi» o «condizioni contrattuali» personalizzati, frutto di analoghe «trattative» condotte telematicamente con compagnie concorrenti. È successiva, invece, la formazione del consenso che porta alla conclusione del contratto.

<sup>38</sup> L'assunto, ovviamente, vale pur sempre nei limiti in cui la possibilità di trattativa sia stata prevista da parte di chi abbia predisposto tecnicamente il sito, mediante le adeguate ed opportune istruzioni del «codice» con cui si compongono le pagine *web* e gli strumenti di programmazione ivi presenti.

possibilità di negoziazione corroborano la tesi contrattualistica in ordine alle operazioni di scambio effettuate attraverso siti Internet, caldeggiando le riflessioni avanzate in dottrina in ordine alla ravvisabilità dell'accordo in riferimento ai contratti telematici

<sup>39</sup>

La seconda conseguenza giuridica è da valutare con riferimento ai «*contratti del consumatore*» di cui al Capo XIV *bis*, Titolo II, Libro IV del Codice civile. Ravvisare l'esistenza di trattative in ordine alle singole clausole, anche con riguardo ai contratti conclusi attraverso i siti *web* predisposti dal professionista, comporta una preclusione in ordine al sindacato di vessatorietà di cui all'art. 1469 *bis* e ss. c.c., con riferimento al significativo squilibrio «*normativo*» tra le opposte posizioni contrattuali. Tenendo a mente l'esempio innanzi formulato in relazione alla clausola concernente il «diritto di recesso», va rimarcato che, nel caso in cui il contraente scegliesse la formula sopra contrassegnata con la lett. *d*), questi, ancorché consumatore, non potrebbe dolersi della vessatorietà della stessa, né chiederne la dichiarazione di inefficacia *ex* artt. 1469 *bis*, n. 7), e 1469 *quinquies* c.c.<sup>40</sup>. Infatti, l'avvenuta *trattativa* in ordine alla clausola che, nella fattispecie concreta, viene ad essere scelta dal cliente, vale a sottrarre la medesima dal sindacato di vessatorietà di cui al citato Capo XIV *bis*, ancorché sia contemplata tra quelle enunciate nel dettato normativo come presuntivamente abusive. Per di più si osservi che, stando ad una nota interpretazione dottrinale, l'esistenza della trattativa non vale ad escludere solamente la *presunzione* di abusività della clausola, ma addirittura, come emergerebbe a chiare lettere dal dettato normativo, qualsivoglia *carattere vessatorio* della clausola ai sensi dei citati artt.

---

<sup>39</sup> Cfr. G. Oppo, *op. cit.*; nonché A.M. Gambino, *L'accordo telematico*, Milano, 1997.

<sup>40</sup> Può immaginarsi, nell'esempio prospettato, che la scelta del contraente in favore di detta clausola sia determinata da un vantaggio in ordine ad una più favorevole determinazione del premio assicurativo da corrispondere alla compagnia o, più felicemente, ad un vantaggio in ordine al riconoscimento di talune più favorevoli posizioni giuridiche soggettive attive. In tal caso la scelta, nonostante sia inserita in una opzione (a soluzioni multiple), può essere ritenuta espressione di «trattativa», proprio perché collegata alla valutazione del diverso equilibrio contrattuale.

1469 *bis* e ss. c.c.<sup>41</sup>. L'art. 1469 *ter*, co. 4, c.c., infatti, statuisce che «non sono vessatorie le clausole o gli elementi di clausola che siano stati oggetto di *trattativa* individuale». Per la verità il tema poc'anzi accennato è tuttora piuttosto discusso, dato che in dottrina è stata prospettata anche la tesi che, in ossequio all'originaria formulazione contenuta nel testo della direttiva 93/13/CEE, ravvisa nell'assenza della negoziazione individuale uno dei presupposti del giudizio di abusività, accanto al significativo squilibrio e alla non contrarietà alla buona fede<sup>42</sup>. Per altro verso, da altri si è proposto di valutare la presenza di trattativa individuale come presupposto oggettivo di esclusione dell'applicazione della disciplina in questione e, dunque, dell'accertamento giudiziale della vessatorietà anche qualora la clausola sia da ritenersi in concreto abusiva perché generante uno squilibrio significativo tra le parti, a svantaggio del consumatore<sup>43</sup>. Va tuttavia ricordato che l'art. 1469 *quinquies*, co. 2, c.c. considera in maniera diversa l'incidenza della trattativa in ordine al giudizio di vessatorietà delle clausole corrispondenti a quelle contrassegnate, nell'art. 1469 *bis* c.c., con i nn. 1), 2) e 10), affermando il principio della vessatorietà delle medesime «quantunque oggetto di trattativa»<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> Cfr. C.M. Bianca, *Diritto civile, III - Il contratto*, Milano, 2001, p. 379, nonché Benedetti, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Riv. trim.*, 1998, p. 26 e Mazzamuto, *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Europa e dir. priv.*, 1998, p. 49, così come cit. in L.A. Scarano, *op.cit.*, p. 943.

<sup>42</sup> Per tale tesi cfr. S. Faillace, *Contratti stipulati con i consumatori*, in *Contratto e impresa*, Padova, 1996, n. 1, pp. 370 e 371, al quale *amplius* si rimanda.

<sup>43</sup> L.A. Scarano, *op. cit.*, pp. 950 e 951.

<sup>44</sup> Com'è noto, infatti, l'art. 1469 *quinquies*, co. 2, c.c. statuisce che «sono inefficaci, *quantunque oggetto di trattativa*, le clausole che», inserite nei contratti dei consumatori, abbiano ad oggetto o per effetto di «1) escludere o limitare la responsabilità del professionista in caso di morte o danno alla persona del consumatore, risultante da un fatto o da un'omissione del professionista; 2) escludere o limitare le azioni del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista; 3) prevedere l'adesione del consumatore come estesa a clausole che non ha avuto, di fatto, la possibilità di conoscere prima della conclusione del contratto». L'inciso «*quantunque oggetto di trattativa*» ha posto ulteriori problemi interpretativi, tali da vedere contrapposte due teorie prevalenti. Di esse, una ha affermato che la disposizione ad esame avrebbe eccezionalmente contemplato una presunzione *juris et de jure* del carattere vessatorio delle tre clausole in questione (c.d. «*black list*»), diversamente dalla previsione generale contenuta nel dettato di cui all'art.

In terzo luogo, sempre con riguardo alla disciplina di cui agli artt. 1469 *bis* e ss. c.c., l'esistenza della trattativa vale ad escludere, anche per i contratti conclusi *on-line* attraverso siti *web*, quel sindacato di vessatorietà che, *ex art.* 1469 *ter*, co. 2, c.c., incide sull'equilibrio «economico» del contratto, laddove si sia in presenza di una formulazione che non consenta di determinare «in modo chiaro e comprensibile» l'«oggetto del contratto» o l'«adeguatezza del corrispettivo» previsto per i beni o i servizi dedotti in prestazione<sup>45</sup>. Infatti, a tal riguardo, il co. 4 dell'art. 1469 *ter* da ultimo citato prevede significativamente che, affinché sia escluso il carattere vessatorio, non occorre che oggetto della trattativa sia necessariamente l'intera clausola<sup>46</sup>, ma anche solo «gli elementi di clausola»<sup>47</sup>, con ciò riferendosi ad un *quid minoris* che può ben coincidere con le determinazioni di carattere economico

---

1469 *bis*, co. 3, c.c., nella quale viene contemplata una presunzione *juris tantum* di vessatorietà. La teoria che si oppone a quella poc'anzi enunciata, invece, reputa che la presunzione relativa sussiste anche per le tre clausole indicate nell'art. 1469 *quinquies*, co. 2, c.c., ma che l'inciso su cui si riflette («*quantunque oggetto di trattativa*») vale solamente ad escludere dal sindacato di vessatorietà qualsiasi valutazione in ordine all'eventuale esistenza di trattative, ferma restando la valutazione circa il *significativo squilibrio* e la *contrarietà alla buona fede*. In altre parole, con la prima prospettazione le clausole sarebbero valutate sempre come vessatorie, mentre con la seconda prospettazione il carattere «abusivo» della clausola rimarrebbe presunto fino a prova contraria, la quale potrà vertere solamente sull'assenza del significativo squilibrio e sulla non contrarietà alla buona fede, non invece sull'eventuale esistenza di una trattativa. Su tale dibattito cfr. C. Chessa, *op. cit.*, pp. 38 ss., nonché la bibliografia ivi richiamata.

<sup>45</sup> Si soffermano sul possibile sindacato di vessatorietà in ordine ai contenuti economici del contratto V. Roppo, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, Milano, pp. 53 ss.; S. Patti, *Le condizioni generali di contratto e i contratti del consumatore*, in E. Gabrielli (a cura di), *op. cit.*, pp. 350 ss.; G. De Nova, *Contratto: per una voce*, in *Riv. dir. priv.*, Milano, pp. 26 ss.; 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 diritti dei consumatori e degli utenti*, Napoli, 2000, pp. 311 e ss.

<sup>46</sup> Sul diverso modo di intendere la nozione di clausola (cfr., in particolare, le definizioni di «*clausola-preposizione*» e «*clausola-precetto*»), nonché sulle diverse teorie che in dottrina sono state avanzate al riguardo (in particolare, la teoria «atomistica», avallata dalla Giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione, che ha avuto modo di esprimersi anche a SS.UU., ma con riferimento alla nullità parziale di cui all'art. 1419 c.c.) cfr. P.M. Putti, *op. cit.*, pp. 204 ss., al quale *amplius* si rinvia anche per i richiami giurisprudenziali.

<sup>47</sup> Sul tema della c.d. «*trattativa parziale*» cfr. C. Chessa, *op. cit.*, pp. 55 ss.

contenute all'interno delle singole pattuizioni normative di cui il contratto si compone<sup>48</sup>.

In quarto luogo, l'esistenza di trattative in ordine al contratto o alle sue singole clausole può valere a far escludere anche il carattere vessatorio di cui agli artt. 1341 e 1342 c.c., dato che tali disposizioni hanno, quale loro presupposto, non solo l'impiego di moduli o formulari standardizzati per la contrattazione c.d. «di massa», ma anche l'*uniformità* della disciplina contrattuale e l'*unilateralità* nella predisposizione delle clausole, senza che vi sia alcuna interazione con l'«aderente»<sup>49</sup>. Nelle fattispecie che si stanno esaminando, invece, laddove i contratti conclusi mediante «*form*» presenti sui siti *web* di un fornitore di beni o di un prestatore di servizi siano predisposti in maniera tale da consentire l'instaurazione delle trattative, non pare possano ravvisarsi gli estremi normativamente previsti dal Codice civile ai citati articoli 1341 e 1342, se non con una forzatura che finirebbe per sostanziarsi in una applicazione analogica, la quale, per le norme ad esame, sarebbe inammissibile stante il loro carattere eccezionale, almeno con riferimento alle

---

<sup>48</sup> La distinzione tra squilibrio «economico» e squilibrio «normativo», tuttavia, non deve far pretermettere il c.d. «controllo contenutistico». Sul punto cfr. P. Sirena, *Comm. all'art. 1469 ter, co. 4., c.c.*, in G. Alpa – S. Patti (a cura di), *op. cit.*, pp. 858 e ss., ove l'A. sottolinea elegantemente che «Ai sensi del combinato disposto del 2° comma e 3° comma dell'art. 1469-ter c.c., in realtà, la controllabilità della clausola non dipende dalla sua intrinseca natura «economica» o «normativa», bensì dalla circostanza che essa integri o modifichi una norma giuridica: le stesse clausole che individuano i beni o i servizi forniti dal professionista ovvero l'ammontare del corrispettivo, di conseguenza, sono escluse dal giudizio di abusività se e in quanto, come generalmente accade, manchi una norma corrispondente». Annota l'A., inoltre, che per «controllo contenutistico» non deve intendersi il controllo giudiziale sulla sostanza economica dell'operazione contrattuale. L'espressione, infatti, «si riferisce (non già all'oggetto, bensì) alla specifica natura del giudizio di abusività, il quale realizza appunto un controllo contenutistico o sostanziale (*Inhaltskontrolle*) delle clausole contrattuali in contrapposizione al controllo formale o procedimentale (*Einbeziehungskontrolle*) dell'art. 1341 c.c.».

<sup>49</sup> Al riguardo, infatti, autorevole dottrina sottolinea come debba esser tenuta ben distinta la predisposizione unilaterale delle condizioni generali di contratto, quale presupposto dell'applicazione dell'art. 1341 c.c., dalla «mera attività di formulazione del regolamento contrattuale». Cfr. S. Patti, *op. cit.*, p. 298.

disposizioni racchiuse al co. 2 di entrambi gli articoli<sup>50</sup>. Deve essere tenuto ben presente, infatti, che le condizioni generali di cui all'art. 1341 c.c. (richiamato anche dall'art. 1342 c.c.) sono «quelle destinate a disciplinare una serie indefinita di rapporti contrattuali, mentre non ricorre la fattispecie in esame quando le clausole contrattuali vengono *elaborate specificamente* per singoli rapporti»<sup>51</sup>.

---

<sup>50</sup> L'applicazione della disciplina di cui all'art. 1341 e 1342 c.c. potrebbe erroneamente essere basata sull'apparente assimilazione di un «*form*» (con contenuti negoziali e dotato di strumenti di interattività, presente su un sito *web*) ad un modulo o un formulario, contemplato dal legislatore codicistico nelle previsioni in parola.

<sup>51</sup> S. Patti, *op. cit.*, p. 299, il quale, richiamando la giurisprudenza ivi riportata, precisa ulteriormente come la disposizione codicistica ora in commento non sia stata ritenuta applicabile nel caso in cui le condizioni del contratto erano state unilateralmente predisposte ma non per una pluralità di contratti. Nel caso che in questa sede si ipotizza, invece, la disciplina di cui all'articolo 1341 c.c. citato non troverebbe applicazione non perché mancherebbe il carattere della pluralità dei rapporti contrattuali (giacché la predisposizione di strumenti automatici di trattativa presenti su un sito Internet di un fornitore di beni o di un prestatore di servizi sono preordinati proprio ad una contrattazione di massa) ma, piuttosto, perché difetterebbe il requisito della uniformità delle condizioni generali per ciascun rapporto. I meccanismi con i quali si effettua una procedimentalizzazione automatizzata delle trattative, con possibilità di interazione da parte dell'utente, valgono a rendere non uniformi (non standardizzati) i contenuti contrattuali per rapporti di massa. Anche sul punto, tuttavia, possono trarsi argomentazioni da quanto osservato dall'autorevole dottrina citata, laddove la stessa ha avuto modo di rimarcare come l'eventuale «ricorrenza di condizioni generali di contratto quando le clausole contrattuali sono state negoziate dalle parti in singoli punti» sia «un problema strettamente connesso con quello definitorio o, più precisamente, con quello relativo alla delimitazione della fattispecie». L'A., pur a fronte dell'assenza di un'esplicita indicazione nel dettato normativo, sottolinea che, ad una prima riflessione, lo svolgimento di trattative vale a «condurre la fattispecie nell'alveo del contratto individuale, per cui verrebbero a mancare le ragioni di una tutela specifica, comunemente ravvisate proprio nell'impossibilità di effettuare delle contrattazioni e quindi di contribuire alla formazione del contenuto del contratto». Per altro verso, l'esistenza di trattative su talune clausole non fa venir meno il carattere di vessatorietà eventualmente ravvisabile per altre clausole non negoziate. Cfr., ancora una volta, S. Patti, *op. cit.*, p. 301. Infatti, ove non sia dato ravvisare l'esistenza di una trattativa, rimane ferma, ovviamente, la vessatorietà delle clausole contemplate *ex art.* 1341, co. 2, c.c. (applicabile anche alla previsione di cui all'art. 1342 c.c., stante l'esplicito richiamo in esso contenuto). È da ricordare, peraltro, come l'inefficacia della clausola derivante dal carattere vessatorio di cui ai citati artt. 1341 e 1342 c.c. possa essere superata, anche per i contratti telematici, dal requisito formale

In quinto luogo, l'esistenza delle trattative nei contratti telematici conclusi con tecniche di comunicazione a distanza diverse dall'*electronic-mailing* richiama immediatamente l'applicabilità della disciplina codicistica dettata in materia di responsabilità precontrattuale di cui all'art. 1337 c.c. ed, in ipotesi, anche dell'art. 1338 c.c., con le ulteriori conseguenze che ne derivano circa la risarcibilità del danno eventualmente sofferto, da determinarsi anche in via equitativa<sup>52</sup>.

In sesto luogo, l'argomento ha alcune incidenze nel settore dell'intermediazione finanziaria, con riferimento all'art. 30 e 32 del d.lgs. 58/1998 (T.U.I.F.), nonché all'art. 76 del Regolamento Consob 11522/1998. Infatti, nel caso di promozione e collocamento a distanza di prodotti finanziari e di servizi di investimento, la normativa di settore prescrive l'obbligo di ricorrere alla figura dei promotori finanziari nell'ipotesi in cui vengano impiegate «tecniche di comunicazione a distanza che consentono una comunicazione individualizzata ed una interazione immediata con l'investitore», salvo che la comunicazione non avvenga per iniziativa non sollecitata dell'investitore medesimo. Senza voler in questa sede approfondire tale argomento, che per le più volte dichiarate esigenze di economia di trattazione è solamente accennato<sup>53</sup>, si segnala che la Consob, con comunicazione del 7 luglio 1999, è intervenuta sul tema escludendo a priori la necessità del ricorso ai promotori finanziari nei casi in cui le comunicazioni con il cliente avvengano attraverso siti *web*, ritenendo (forse troppo affrettatamente) che, pur in presenza di strumenti di interazione

---

della specifica sottoscrizione delle clausole ivi annoverate, la quale dovrà essere apposta con firma digitale o con le altre firme elettroniche di cui al D.P.R. n. 445 del 2000 e ss. modificazioni. È noto, inoltre, che il predetto requisito formale non è sufficiente a far venir meno l'eventuale carattere vessatorio contemplato dalla introdotta disciplina a tutela del consumatore di cui agli artt. 1469 *bis* e ss. c.c., della quale sopra si è dato conto.

<sup>52</sup> Il tema della responsabilità precontrattuale, in questa sede solamente accennato in riferimento alla specifica ipotesi di instaurazione di trattative contrattuali in ambiente «*www*», riflette l'articolazione del discorso finora condotto. Per esigenze di economia della presente trattazione, si rinvia fin d'ora ad altra sede per una più diffusa disamina delle relative problematiche.

<sup>53</sup> Sul punto si rinvia a quanto più diffusamente argomentato in F. Bravo, *La tutela del risparmiatore nel mercato finanziario anche con riguardo alla vendita via Internet di servizi finanziari*, in G. Alpa – V. Levi, *I diritti dei consumatori e degli utenti*, Milano, 2001, pp. 442 e ss.

eventualmente attinenti a documenti e messaggi con contenuto promozionale o negoziale, difetta il presupposto dell'iniziativa della comunicazione da parte dell'intermediario finanziario<sup>54</sup>. Il tema, per la verità, andrebbe ulteriormente approfondito tenendo conto di diversi rilievi, tra i quali la possibilità di ravvisare, nel caso concreto, un'iniziativa dell'investitore *sollecitata* da messaggi a questi personalmente indirizzati (per es. mediante un messaggio di posta elettronica contenente un *link* specifico al sito dell'intermediario finanziario, nel quale vi è l'offerta del collocamento ovvero, più semplicemente, mediante l'inoltro, a mezzo del servizio postale tradizionale, di un *depliant* contenente l'indicazione dell'URL corrispondente al predetto *link*; etc.), ovvero in relazione a particolari forme di interazione, che possano far uso di specifici programmi a cui delegare l'attività di negoziazione e di contrattazione («*agenti software*»)<sup>55</sup>.

---

<sup>54</sup> La Consob, con Comunicazione del 7 luglio 1999 n. 99052838, infatti, ha ritenuto sufficiente ad escludere il ricorso ai promotori finanziari la circostanza che, pur essendo il sito classificabile come una tecnica di comunicazione a distanza rilevante ai sensi dell'art. 32 del T.U.I.F., lo stesso non può «essere utilizzato per contattare gli investitori, essendo piuttosto questi ultimi ad accedere eventualmente a un sito di propria iniziativa», facendone discendere che, «L'utilizzo dei promotori finanziari nella promozione e nel collocamento tramite un sito non è configurabile in ragione delle caratteristiche tecniche dello strumento».

<sup>55</sup> Dall'analisi giuridica che si è condotta è emersa, comunque, l'opportunità di una definizione normativa del concetto di «*trattativa*» o di «*negoziato individuale*», dovendosi provvedere in maniera decisiva alle esigenze di certezza giuridica. Appare altresì opportuno che vengano dettate nuove misure in grado di adeguare i principi di cui agli artt. 1341 e 1342 c.c., da un lato, e 1469 *bis* e ss. c.c., dall'altro lato, alle ipotesi di «confine», ove rimane dubbia la ravvisabilità dei criteri *negativi* e *positivi* di individuazione del «negoziato individuale» (delineati come sopra o da fissarsi *de jure condendo*). Di fronte alle nuove fattispecie che vengono a realizzarsi in riferimento all'impiego delle tecnologie telematiche, infatti, il rischio è quello di trovarsi di fronte ad incertezze applicative nell'ipotesi in cui si tenti di adattare alla nuova realtà socio-economica norme emanate per contesti di tipo tradizionale. Le conseguenze giuridiche, del resto, appaiono enormi laddove si pensi che, come già sottolineato, ravvisare gli estremi della «trattativa individuale» vale a sottrarre il rapporto giuridico dalla disciplina di protezione di cui agli artt. 1469 *bis* e ss. c.c.