

# DIRITTO MERCATO TECNOLOGIA

FONDATA E DIRETTA DA

Alberto M. Gambino

COMITATO DI DIREZIONE

Valeria Falce, Giusella Finocchiaro, Oreste Pollicino,  
Giorgio Resta, Salvatore Sica

1° aprile 2021

---

Il procedimento atipico di formazione del consenso nella contrattazione  
*online*: profili evolutivi nella disciplina comunitaria e interna

Paola D'Elia

---

COMITATO SCIENTIFICO

Guido Alpa, Fernando Bocchini, Giovanni Comandè, Gianluca Contaldi,  
Vincenzo Di Cataldo, Giorgio Floridia, Gianpiero Gamaleri, Gustavo Ghidini,  
Andrea Guaccero, Mario Libertini, Francesco Macario, Roberto Mastroianni,  
Giorgio Meo, Cesare Mirabelli, Enrico Moscati, Alberto Musso, Luca Nivarra,  
Gustavo Olivieri, Cristoforo Osti, Roberto Pardolesi, Giuliana Scognamiglio,  
Giuseppe Sena, Vincenzo Zeno-Zencovich, Andrea Zoppini

E

Margarita Castilla Barea, Cristophe Geiger, Reto Hilty, Ian Kerr, Jay P. Kesan,  
David Lametti, Fiona MacMillan, Maximiliano Marzetti, Ana Ramalho,  
Maria Páz Garcia Rubio, Patrick Van Eecke, Hong Xue

La rivista è stata fondata nel 2009 da Alberto M. Gambino ed è oggi pubblicata dall'Accademia Italiana del Codice di Internet (IAIC) sotto gli auspici del Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo - Direzione generale biblioteche e istituti culturali (DGBIC) e dell'Università Europea di Roma con il Centro di Ricerca di Eccellenza del Diritto d'Autore (CREDA). Tutti i diritti sono dell'IAIC.

### **Comitato dei Valutazione Scientifica**

EMANUELA AREZZO (Un. Teramo), EMANUELE BILOTTI (Un. Europea di Roma), FERNANDO BOCCHINI (Un. Federico II), ROBERTO BOCCHINI (Un. Parthenope), ORESTE CALLIANO (Un. Torino), LOREDANA CARPENTIERI (Un. Parthenope), LUCIANA D'ACUNTO (Un. Federico II), VIRGILIO D'ANTONIO (Un. Salerno), FRANCESCO DI CIOMMO (Luiss), MARILENA FILIPPELLI (Un. Toscana), CESARE GALLI (Un. Parma), MARCO MAUGERI (Un. Europea di Roma), ENRICO MINERVINI (Seconda Un.), MARIA CECILIA PAGLIETTI (Un. Roma Tre), ANNA PAPA (Un. Parthenope), ANDREA RENDA (Un. Cattolica), ANNARITA RICCI (Un. Chieti), FRANCESCO RICCI (Un. LUM), GIOVANNI MARIA RICCIO (Un. Salerno), CRISTINA SCHEPISI (Un. Parthenope), BENEDETTA SIRGIOVANNI (Un. Tor Vergata), GIORGIO SPEDICATO (Un. Bologna), ANTONELLA TARTAGLIA POLCINI (Un. Sannio), RAFFAELE TREQUATTRINI (Un. Cassino), DANIELA VALENTINO (Un. Salerno), FILIPPO VARI (Un. Europea di Roma), ALESSIO ZACCARIA (Un. Verona).

### **Norme di autodisciplina**

1. La pubblicazione dei contributi sulla rivista "Diritto Mercato Tecnologia" è subordinata alla presentazione da parte di almeno un membro del Comitato di Direzione o del Comitato Scientifico e al giudizio positivo di almeno un membro del Comitato per la Valutazione Scientifica, scelto per rotazione all'interno del medesimo, tenuto conto dell'area tematica del contributo. I contributi in lingua diversa dall'italiano potranno essere affidati per il referaggio ai componenti del Comitato Scientifico Internazionale. In caso di pareri contrastanti il Comitato di Direzione assume la responsabilità circa la pubblicazione.
2. Il singolo contributo è inviato al valutatore senza notizia dell'identità dell'autore.
3. L'identità del valutatore è coperta da anonimato.
4. Nel caso che il valutatore esprima un giudizio positivo condizionato a revisione o modifica del contributo, il Comitato di Direzione autorizza la pubblicazione solo a seguito dell'adeguamento del saggio.

La Rivista adotta un Codice etico e di buone prassi della pubblicazione scientifica conforme agli standard elaborati dal Committee on Publication Ethics (COPE): Best Practice Guidelines for Journal Editors.

### **Comitato di Redazione – [www.dimt.it](http://www.dimt.it) – [dimt@unier.it](mailto:dimt@unier.it)**

ALESSANDRO ALBANESE GINAMMI, MARCO BASSINI, CHANTAL BOMPRESZI, FRANCESCA CORRADO, CATERINA ESPOSITO, GIORGIO GIANNONE CODIGLIONE, FERNANDA FAINI, MONICA LA PIETRA, SILVIA MARTINELLI, DAVIDE MULA (Coordinatore), ALESSIO PERSIANI, ROSARIA PETTI, MARTINA PROVENZANO (Vice-Coordinatore), MATILDE RATTI, CECILIA SERTOLI, SILVIA SCALZINI, ANDREA STAZI (Coordinatore)

### **Sede della Redazione**

Accademia Italiana del Codice di Internet, Via dei Tre Orologi 14/a, 00197 Roma, tel. 06.3083855, fax 06.3070483, [www.iaic.it](http://www.iaic.it), [info@iaic.it](mailto:info@iaic.it)

# IL PROCEDIMENTO ATIPICO DI FORMAZIONE DEL CONSENSO NELLA CONTRATTAZIONE *ONLINE*: PROFILI EVOLUTIVI NELLA DISCIPLINA COMUNITARIA E INTERNA

**Paola D'Elia**

*Università di Salerno*

**ABSTRACT:** *La digitalizzazione ha introdotto in ambito economico grandi trasformazioni, talvolta riducendo, se non addirittura eliminando, gli spazi e i tempi tipici del commercio tradizionale e creando un mercato sempre più globale, attraverso un processo elettronico riconosciuto come e-commerce.*

*Il presente contributo si propone, dunque, di analizzare taluni profili peculiari dei contratti telematici, con particolare riferimento alla disciplina codicistica, alla Direttiva sul commercio elettronico e alla materia consumeristica. Si porrà, infine, l'accento sulla generale disciplina relativa alla conoscibilità delle condizioni generali del contratto e alle clausole vessatorie e se la stessa sia in qualche misura idonea ad affrontare le sfide poste dall'era digitale.*

**SOMMARIO:** 1. Delimitazioni del campo d'indagine – 2. La contrattazione *online*: cornice normativa e comunitaria – 3. Le diverse modalità di conclusione del contratto *online*: incertezze dottrinali sulle norme applicabili – 4. I protagonisti della vicenda contrattuale. Asimmetrie informative e obblighi di informazione – 5. Il regime della vessatorietà delle clausole tra disciplina codicistica e nullità di protezione – 6. Brevi riflessioni conclusive

## **1. Delimitazione del campo d'indagine**

La digitalizzazione della società è ormai un processo inarrestabile. Nell'arco dell'ultimo decennio, internet<sup>1</sup> ha progressivamente sfaldato e

---

<sup>1</sup> Internet può essere definito come «la rete di elaboratori a estensione mondiale, mediante la quale le informazioni contenute in ciascun calcolatore possono essere messe a disposizione di altri utenti che possono accedere alla rete in qualsiasi località del mondo», cfr. R.

messo in crisi i vecchi paradigmi delle relazioni umane e ne ha creati di nuovi, installando la sensazione che qualsiasi rapporto umano e qualsiasi nucleo concettuale da esso espresso possa scivolare via dalle strettoie della realtà sensibile per poi ricomporsi in un altro “luogo”.

Questo nuovo contesto venutosi a creare in modo così repentino ha portato alla creazione di nuove figure prima sconosciute ed inesistenti.

Le moderne tecniche di comunicazione, gli strumenti informatici e la c.d. multimedialità hanno aperto un nuovo scenario che consente l'accesso di categorie sociali sempre più ampie al godimento e al consumo di beni (c.d. domanda di massa); per altro verso perché favoriscono l'irruzione di nuovi soggetti sul mercato (c.d. offerta di massa), nonché di nuovi riti o, come è stato detto, di nuovi ritmi ai quali le stesse tecniche di circolazione della ricchezza (e, segnatamente, il contratto) non possono restare estranee<sup>2</sup>.

Internet, infatti, rappresenta uno straordinario strumento di comunicazione capace ora di creare un nuovo modello di commercio, ora di incidere sulle modalità di contrattazione<sup>3</sup>.

È un luogo “non fisico” dove – traslando una celebre definizione di Zygmunt Bauman – il consumo sembra diventato più liquido, istantaneo e quasi irriflesso<sup>4</sup>.

Il fenomeno anzidetto ha portato, così, alla creazione di una nuova fattispecie, quella dell'*e-commerce*<sup>5</sup>, termine di derivazione anglosassone che designa il c.d. commercio elettronico; come la parola stessa suggerisce, esso si

---

BOCCHINI, *Il contratto di accesso a internet*, in D. VALENTINO (a cura di), *Manuale di diritto dell'informatica*, Napoli, 2016, p. 71.

<sup>2</sup> V. D. VALENTINO, *Manuale di diritto dell'informatica*, cit., p. 269.

<sup>3</sup> Per una prima rassegna, cfr. F. CAIRNCROSS, *The Death of Distance: How the Communication Revolution Will Change Our Lives*, Cambridge (Mass.), 1997; TN.K. KATYAL, *Disruptive Technologies and the Law*, in *Geo. L. J.*, 2014, 102, p. 1685; S. SICA-G. GIANNONE CODIGLIONE, *La libertà fragile. Pubblico e privato al tempo della rete*, Napoli, 2014, *passim*.

<sup>4</sup> Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, Bari, 2011, *passim*.

<sup>5</sup> Secondo la definizione contenuta nelle “Linee di politica industriale per il commercio elettronico”, adottate dal Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato il 30 luglio 1998, a seguito della comunicazione della Commissione europea COM (97) 157 “Un'iniziativa europea in materia di commercio elettronico”, il commercio elettronico consiste nello «svolgimento di attività commerciali e di transizioni per via elettronica e comprende attività diverse quali la commercializzazione di beni e servizi per via elettro-

concretizza nel complesso di acquisti e di vendite effettuate per il tramite di internet. In tal modo, si facilita l'accesso sempre più generalizzato al godimento ed al consumo di beni e servizi, nonché l'inserimento di nuovi soggetti nel mercato<sup>6</sup>.

Orbene, nonostante i numerosi autori che hanno affrontato l'annosa questione relativa alla conclusione del contratto tramite internet<sup>7</sup>, si avvertono, ancora, incertezze sia relativamente alla definizione stessa della nozione di contratto telematico, sia relativamente alle sue differenze rispetto al negozio informatico<sup>8</sup>.

Occorre, dunque, ordinare sistematicamente le emergenti forme di contrattazione telematica ed i relativi problemi afferenti alla disciplina all'uopo applicabile.

---

nica, la distribuzione *online* di contenuti digitali, l'effettuazione per via elettronica di operazioni finanziarie e di borsa, gli appalti pubblici per via elettronica ed altre procedure di tipo transattivo delle Pubbliche Amministrazioni. Il commercio elettronico non si esaurisce, quindi, nella semplice conduzione della transazione bensì può anche abbracciare le altre fasi che riguardano un rapporto commerciale: dalla fase di ricerca e di individuazione dell'interlocutore/*partner*, a quella di trattativa e negoziazione, da quella degli adempimenti e delle scritture formali, a quella dei pagamenti e della consegna fisica o elettronica del bene/servizio acquistato o venduto».

<sup>6</sup> Cfr. M.R. FERRARESE, *Diritto e mercato*, Torino, 1992; N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma, 1998. Si può osservare che il commercio telematico è finalizzato al soddisfacimento di interessi e bisogni concreti dei soggetti «che si inseriscono, dunque, non nella dimensione temporale astratta della rete, ma in quella concreta degli interessi di chi della rete si serve» Vedi C. SCOGNAMIGLIO, *L'adempimento dell'operazione economica telematica tra realtà virtuale ed interessi dei contraenti*, in V. RICCIUTO-N. ORZI, *Il contratto telematico*, in *Tratt. dir. comm.*, Padova, 2002, p. 159.

<sup>7</sup> Tra i tanti, v. L. FOLLIERI, *Il contratto concluso in Internet*, Napoli, 2005; F. DELFINI, *Contratto telematico e commercio elettronico*, Milano, 2002; S. GIOVA, *La conclusione del contratto via Internet*, Napoli, 2000; A.M. GAMBINO, *L'accordo telematico*, Milano, 1997, p. 141 ss.; V. FRANCESCELLI, *Computer e diritto*, Rimini, 1989.

<sup>8</sup> Sul punto, la dottrina, surrealisticamente, pone in essere una distinzione tra contratti conclusi "a mezzo di computer" e contratti conclusi "da computers". Più precisamente, nei primi, il computer è un mero mezzo di trasmissione della volontà; mentre, nei secondi, lo strumento elettronico assume a ruolo di controparte, tant'è che tale ultima ipotesi, viene considerata come una forma peculiare di contrattazione. Cfr. L. ALBERTINI, *Osservazioni sulla conclusione del contratto tramite computers e sull'accettazione di un'offerta in Internet*, in *Giust. civ.*, 1997, p. 21 ss.; cfr., altresì V. FRANCESCELLI, *Computer e diritto*, cit., p. 169 es.

La dottrina, sul punto, opera una netta distinzione tra contratti informatici<sup>9</sup> e contratti telematici. Più precisamente, nei primi, il tratto peculiare si identifica non tanto nella volontà, ma nel mezzo utilizzato per la trasmissione di questa: motivo per cui, gli stessi non sollevano alcun problema interpretativo asserente al procedimento formativo della volontà. Ancora, la modalità di conclusione, è quella delineata dal legislatore nel codice civile, al più, inevitabile divergenza, è certamente da identificare nella maggiore celerità della trasmissione e, di conseguenza, nei diversi tempi a disposizione delle parti per l'esercizio del potere di revoca. Diversamente, nei secondi, l'utilizzo dello strumento informatico influenza il processo di formazione dell'accordo<sup>10</sup>.

In questo quadro, appare pertanto utile delimitare il campo d'indagine sul contratto telematico, in cui, come si vedrà nel proseguo, la trasmissione di volontà non avviene mediante lo scambio di volontà, ma con la pressione del tasto negoziale virtuale<sup>11</sup>, quale ultimo atto di un complesso meccanismo di formazione della volontà, sintetizzabile nelle forme di negoziazione c.d. *point and click*. Da qui una modifica delle modalità di perfezionamento del contratto che incidono sui rapporti di forza fra contraenti<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> Tra le modalità di contrattazione comunemente definite informatiche è possibile annoverare, a titolo esemplificativo, quelle che utilizzano lo scambio di email quale mezzo di trasmissione delle proposte contrattuali. Sul punto, assume particolare rilevanza il contenuto dell'art. 10 della dir. 2000/31 CE, il quale prevede espressamente a tale tipologia contrattuale, non si applichi la disciplina ivi prevista. Ancora, è possibile inquadrare nella categoria dei contratti informatici le "aste virtuali", nelle quali lo strumento telematico assurge esclusivamente a ruolo di piattaforma di contrattazione che consente agli utenti di "incontrarsi" e di poter trattare il contenuto dell'accordo. Vedi, A. GENTILI, *L'inefficienza del contratto telematico*, in *Riv. dir. civ.*, 6, p. 747 ss.

<sup>10</sup> Altri autori, invece, propendono per una distinzione tra commercio elettronico in senso stretto e in senso lato a seconda che il pagamento avvenga o meno tramite lo strumento informatico. O, ancora, è la modalità di consegna del bene – se elettronica, o no – a segnare il *discrimen* tra commercio elettronico diretto e indiretto: G. PIZZOLANTE, *Contrattazione a distanza e tutela del consumatore in diritto comunitario*, in *Dir. comm. intern.*, 2000, 2, pp. 389-420; P. SANDULLI, *Analisi delle norme a tutela dell'impresa e del consumatore in materia di commercio elettronico*, in *Giust. civ.*, 2000, 5, p. 243. Sul contratto telematico e le sue distinzioni, vedi, G. PERLINGIERI, *Il contratto telematico*, in D. VALENTINO, *Manuale di diritto dell'informatica*, cit., p. 274 ss.

<sup>11</sup> Espressione coniata da V. FRANCESCHELLI, *Computer e diritto*, cit. p. 165 ss.

<sup>12</sup> In senso contrario vedi A. VALONGO, *La conclusione del contratto mediante esecuzione nella contrattazione informatica*, in *Vita not.*, 2004, p. 1285, secondo cui « il contratto

## 2. La contrattazione online: cornice normativa e comunitaria

Le note incertezze relative alla peculiare modalità di perfezionamento del contratto telematico<sup>13</sup> comportano che tra le questioni nodali legate a tale argomento vi sia quella relativa alla disciplina applicabile. Una prima, seppur

---

telematico non è caratterizzato da una formazione atipica, in quanto il principio consensualistico non risulta affatto superato. Le dichiarazioni informatiche si inquadrano nelle categorie conosciute dal codice civile (proposta, accettazione, rinuncia, revoca, ecc.) e la loro efficacia è quella propria di questi atti. La novità, dunque, non concerne la sostanza, ma soltanto la forma del negozio giuridico».

<sup>13</sup> All'uopo occorre precisare che il perfezionamento della fattispecie in esame avviene *inter absentes* e mediante un incontro di impulsi elettronici. Sul punto, è opportuno accennare alla distinzione – di origine dottrinale – tra i contratti conclusi *inter praesentes* ed i contratti *inter absentes*. Tale distinzione a livello comunitario per la prima volta è stata introdotta dalla direttiva 97/7/CE contenente “Norme sulla protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza” e recepita dal legislatore interno con d.lgs. 22 maggio 1999, n. 185. È necessario anzitutto operare un primo, importante, sforzo definitorio: si definiscono tradizionalmente *inter praesentes* quei contratti in cui le parti si trovano tutte nello stesso momento e tutte nello stesso luogo o comunque in grado, nonostante la lontananza geografica, di comunicare direttamente; al contrario, si definiscono contratti *inter absentes* quelli in cui non vi è simultaneità fra la dichiarazione di un contraente e la percezione della medesima da parte dell'altro. Per comprendere la *ratio* di una tale distinzione bisogna soffermarsi su una particolare categoria di contratti che, per certi versi, presenta alcune caratteristiche in comune con quelli conclusi in internet, ossia quei contratti conclusi per telefono. Questi, infatti, presentano la caratteristica di condurre al raggiungimento del consenso contestualmente allo scambio delle dichiarazioni prenegoziali, pur se i contraenti si trovino fisicamente lontani tra loro. In altre parole, le reciproche dichiarazioni negoziali vengono conosciute immediatamente, a prescindere dal dato di fatto per cui le manifestazioni di consenso siano trasmesse dall'apparecchio telefonico. Eppure, alla contrattazione telefonica è dedicata una specifica disciplina – d.lgs. 22 maggio 1999, n. 185 – ai sensi della quale la “lontananza fisica” dei soggetti contraenti viene individuata quale tratto caratterizzante di tali contrattazioni: come specificato difatti dall'art. 1, lett. d), del suddetto d.lgs, si definisce “tecnica di comunicazione a distanza” qualunque mezzo che “senza la presenza fisica e simultanea” delle parti, conduce alla conclusione del contratto. Ed invero, sembra proprio essere questa la qualificazione corretta da attribuire anche ai contratti conclusi in internet. E ciò per un duplice ordine di ragioni: l'una normativa, l'altra contrattuale. Dal punto di vista normativo, lo stesso d.lgs. 185/1999 non limita l'applicabilità della disciplina in esso contenuta soltanto ai contratti conclusi per telefono. Pur non essendo infatti il mezzo internet espressamente menzionato tra le “tecniche di comunicazione a distanza” di cui all'allegato I del decreto suddetto, è pacifico ritenere che l'elencazione ivi contenuta non presenti in alcun modo il carattere della tassatività. E sotto questo profilo, internet non appare che un mezzo che conduce alla conclusione del contratto “senza la presenza fisica e simultanea” delle parti, proprio come richiesto dall'art. 1 sopracitato. Da un punto di vista concettuale, infine, deve dirsi che, qualora si prescinda dal dato di

timida, forma di strutturazione organica (e giuridicamente vincolante) è stata data soltanto nel 2000, ad opera della direttiva 2000/31/CE. Più precisamente, è la terza sezione della direttiva – c.d. direttiva sul commercio elettronico – a fornire alcuni importanti indicazioni per quanto attiene alla materia contrattuale. Invero, tale sezione è dedicata specificamente alla “Disciplina dei contratti conclusi per via elettronica” e stabilisce alcuni obblighi per gli Stati membri e per il soggetto prestatore. L’idea fondativa dell’interesse al tema – che l’Europa ha da tempo dimostrato di avere – è tutta racchiusa nel secondo “considerando” di tale direttiva, ove si legge che il commercio elettronico «*faciliterà la crescita delle imprese europee, nonché gli investimenti nell’innovazione ed è tale da rafforzare la competitività dell’industria europea a condizione che Internet sia accessibile a tutti*»<sup>14</sup>.

---

fatto secondo cui perché possa parlarsi di contratto tra presenti occorra trovarsi nel medesimo luogo, verrebbe a perdere di senso la stessa tradizionale bipartizione dei contratti tra presenti o assenti: tutti i contratti andrebbero ritenuti *inter praesentes*, eccezion fatta per quelle ipotesi in cui le dichiarazioni prenegoziali vengano effettuate per mezzo della posta o del telegrafo; cfr. G. CARRARA, *La formazione dei contratti*, Milano, 1915, p. 185; L. FOLLIERI, *Il contratto concluso in internet*, cit., pp. 79-80.

<sup>14</sup> Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell’8 Giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell’informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno “Direttiva sul commercio elettronico”, pubblicata in *G.U.*, n. l. 178 del 17/07/2000, p. 1-16. È merito di essa avere anzitutto stilizzato una preliminare contrapposizione fra il “prestatore della società di informazione”, quale «soggetto che presta qualsiasi servizio alla società dell’informazione, vale a dire qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi», quale «persona fisica o giuridica che, a scopi professionali e non, utilizza un servizio della società dell’informazione, in particolare per ricercare o rendere accessibili le informazioni». Con notevole sforzo di sintesi, si tratta delle due figure principali entro cui il rapporto di commercio elettronico si svolge e della cui interazione può svilupparsi il fenomeno giuridicamente vincolante della “prestazione di servizi per via elettronica”. In aggiunta a quanto detto relativamente alla perimetrazione degli attori del rapporto telematico, la direttiva in parola disegna anche alcuni dei principi di carattere generale volti a orientare il Legislatore nazionale nella definizione delle regole di diritto interno da applicare alla fattispecie e, in particolare: *a)* ai sensi dell’art. 9, comma 1 «il richiamo ai singoli Stati membri a non implementare normative volte a scervare di efficacia e validità i contratti stipulati per via elettronica»; *b)* ai sensi dell’art. 9, comma 2, «l’individuazione di talune categorie di contratti riguardo alle quali si rimette all’autonomia negoziale la valutazione circa la suscettibilità o meno entro lo schema dei contratti non perfezionabili per via telematica»; *c)* ai sensi dell’art. 10 «la struttura di un complesso di obblighi di informativi in capo ai prestatori di servizi»; *d)* ai sensi

Seguono poi i “considerando” che esplicitano i criteri giuridici alla filigrana dei quali vengono precisate le dinamiche delle transazioni elettroniche. Tra questi, il sessantesimo “considerando” prevede che «*Per assicurare uno sviluppo senza ostacoli, il quadro giuridico deve essere chiaro e semplice, prevedibile e coerente con le regole vigenti a livello internazionale, in modo da non pregiudicare la competitività dell’industria europea e da non ostacolare l’innovazione nel settore*»<sup>15</sup>.

Chiarezza, semplicità, prevedibilità e coerenza, a ben vedere, sono i capisaldi cui, negli orizzonti europei, deve essere ancorato il commercio elettronico, unitamente alle preesistenti regole del commercio internazionale tradizionale.

I principi appena enunciati sono entrati all’interno dell’ordinamento italiano per il tramite del d.lgs. 70/2003<sup>16</sup>, il quale in attuazione della direttiva 2000/31/CE ne ha implementato il dettato, definendo in termini pressoché identici i precetti posti dalla direttiva ispiratrice<sup>17</sup>. Ciò per quanto riguarda la

---

dell’art. 11 «la determinazione di alcune modalità operative e di alcune tecnicità utili a salvaguardare la posizione del destinatario di servizi».

<sup>15</sup> Ibidem

<sup>16</sup> D.lgs. 9 aprile 2003, n. 70, *Attuazione della Direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell’informazione nel mercato interno, con particolare riferimento al commercio elettronico*, pubblicata in *G.U.*, serie generale, n. 87 del 14/04/2003 – suppl. ordinario n. 61.

<sup>17</sup> Ormai da tempo la giurisprudenza comunitaria ha riconosciuto il diritto dei singoli cittadini europei ad un corretto recepimento da parte dello Stato membro delle disposizioni di matrice comunitaria, prevedendo, all’uopo, una apposita tutela risarcitoria in caso di violazione del diritto comunitario da parte del legislatore nazionale. Pietra miliare, in tale senso, è costituita dalla storica sentenza della Corte di Giustizia dell’Unione Europea (sent. *Francovich e altri c. Repubblica Italiana*, Corte di Giustizia, 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 E C-9/1990), nella quale è stato stabilito, infatti, il principio secondo cui «sarebbe messa a repentaglio la piena efficacia delle norme comunitarie e sarebbe infirmata a tutela dei diritti da esse riconosciuti se i singoli non avessero la possibilità di ottenere un risarcimento ove i loro diritti siano lesi da una violazione del diritto comunitario imputabile ad uno Stato membro». La possibilità di risarcimento a carico di uno Stato membro, prosegue la Corte «è particolarmente indispensabile» qualora, come nella fattispecie, la piena ed efficacia delle norme comunitarie sia subordinata alla condizione di un’azione da parte dello Stato e, di conseguenza, i singoli, in mancanza di tale azione, non possono far valere dinanzi ai giudici nazionali i diritti loro riconosciuti dal diritto comunitario. Da ciò, ancora, secondo la Corte ne consegue che «il principio di responsabilità dello Stato per danni causato ai singoli da violazioni del diritto comunitario ad esso imputabili è inerente al sistema del Trattato». La fonte normativa all’interno della quale può rinvenirsi siffatto obbligo degli Stati membri di risarcire i danni derivanti dalla colpevole violazione

centralità delle figure del prestatore e del destinatario di servizi della società di informazione. Preme, inoltre, precisare come con l'espressione "servizio delle società di informazione" si intendano le attività economiche svolte in linea – online – nonché i servizi definiti dall'art. 1, comma 1, lett. b), della legge 21 giugno 1986, n. 317 e successive modificazioni<sup>18</sup>.

Secondo la normativa italiana, essenzialmente, ciò che rileva è: a) l'onerosità del servizio; b) la mancata presenza simultanea fra prestatore e destinatario dei servizi; c) l'uso del mezzo elettronico; d) l'avvio del processo di erogazione dei servizi per impulso di chi ne è destinatario.

Va osservato, in ultimo, che la materia del commercio elettronico, ad oggi, è organicamente disciplinata dal d.lgs. n. 21/2014, emanato, tra l'altro, sul presupposto della necessità di integrare le previsioni espresse dalla direttiva 2000/31/CE – dodicesimo considerando – e su quello di cercare di potenziare ulteriormente la protezione del consumatore mediante un ampliamento delle informazioni che gli devono essere rese<sup>19</sup>.

### **3. Le diverse modalità di conclusione del contratto *online*: incertezze dottrinali sulle norme applicabili**

Seppur sia intuitivo e pacifico che il contratto di commercio elettronico sia, anzitutto, caratterizzato dall'uso di una connessione internet quale strumento di

---

del diritto comunitario discenderebbe, a parere della medesima Corte di Giustizia, proprio nel Trattato dell'Unione Europea, e precisamente all'art. 5 dello stesso. In forza di tale disposizione, infatti, gli Stati membri sono tenuti ad adottare tutte le misure di carattere generale (o particolare) atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi ad essi derivanti dal diritto comunitario. Orbene, è proprio tra tali obblighi, che può trovarsi quello di «eliminare le conseguenze illecite di una violazione del diritto comunitario» vedi per quanto riguarda l'analogo disposto dell' art. 86 del Trattato CECA, la sentenza 16 dicembre 1960, *Humblot c. Belgio*, causa 6/60, Racc. p. 1093 in [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu).

<sup>18</sup> Il rinvio ad una ulteriore legge nazionale, a ben vedere, ha avuto la finalità di ampliare ulteriormente una definizione di per sé assai ampia, ricomprendendovi, finanche «qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi».

<sup>19</sup> D.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21, *Attuazione della Direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori, recante modifica delle Direttive 93/13/CEE e 1999/44/CE e che abroga le Direttive 85/577/CEE e 97/7/CE*, in *G.U.*, serie generale, n. 58 del 11/03/2014.

incontro tra domanda e risposta, non altrettanto univoco appare quale sia, invece, il momento di perfezionamento del vincolo contrattuale. Invero, nonostante la disciplina di attuazione del d.lgs. n. 70/2003 non lasci più alcun dubbio sulla applicazione delle norme codicistiche all'*e-commerce*<sup>20</sup>, nel formante legale risultano assenti riferimenti sicuri sul problema del momento di perfezionamento dell'accordo. Orbene, la molteplice varietà di procedimenti contrattuali evidenziati dalla prassi del commercio *online* ha dato vita ad una accesa discussione in dottrina relativamente alla definizione del procedimento formativo del contratto. Non è certo in questa sede necessario ripercorrere un dibattito noto, ma sembra proficuo segnalare brevemente le principali posizioni<sup>21</sup>. Obiettivo degli interpreti, è incasellare i singoli momenti del procedimento di contrattazione telematica nelle fasi classiche della formazione del contratto.

Ai sensi dell'art. 1326 c.c. «*Il contratto è concluso nel momento in cui chi ha fatto la proposta ha conoscenza dell'accettazione dell'altra parte*». La proposta – com'è noto – si definisce come una manifestazione di volontà indirizzata ad altra parte, espressa, se del caso, con le forme richieste dalla legge<sup>22</sup>.

L'accettazione, di contro, altro non è che un atto di natura recettizia che consiste nella incondizionata adesione della parte del c.d. oblatore<sup>23</sup>. Essenziale, dunque, è la coincidenza fra quanto richiesto e quanto effettivamente accettato; in caso contrario, infatti, si parlerà di “nuova proposta”<sup>24</sup>. Secondo tale

---

<sup>20</sup> La disposizione dell'art. 13 comma 1, dispone che «le norme sulla conclusione dei contratti si applicano anche nei casi in cui il destinatario di un bene o di un servizio della società di informazione inoltri il proprio ordine per via telematica». In proposito, cfr. F. DELFINI, *Il d.lgs. 70/2003 di attuazione della direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico*, in *Contratti*, 2003, p. 1062 ss.; V. RICCIUTO, *La formazione del contratto telematico e la tutela del consumatore*, in AA.VV., *Il contratto telematico e i pagamenti elettronici. L'esperienza italiana e spagnola a confronto*, Milano, 2004, p. 9 ss.

<sup>21</sup> È ormai indubbio, come ricorda anche il d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70, attuativo della Direttiva 2000/31/CE, art. 13 comma 1, che gli schemi della conclusione del contratto debbano essere ricondotti entro le regole civilistiche di diritto interno. Sul punto, invero, la dottrina è ormai concorde nell'indicare una esigenza di “adattamento” e non di superamento delle norme del codice civile in tema di formazione del contratto, vedi F. DELFINI, *Il D.lgs. 70/2003*, cit., p. 1062 ss.; V. RICCIUTO, *La formazione del contratto telematico e la tutela del consumatore*, cit. p. 9 ss.

<sup>22</sup> A. TORRENTE-P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2018, p. 521

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 522

<sup>24</sup> Art. 1326 comma 5, c.c.: «Un'accettazione non conforme alla proposta equivale a nuova proposta».

schema generale, l'incontro può seguire mediante *email* o per connessione diretta via *modem* o anche attraverso reti chiuse (ad es. intranet)<sup>25</sup>.

Comune denominatore a queste tre ipotesi di conclusione di accordo telematico è la presenza di una trattativa più o meno articolata fra soggetti interessati che, talvolta, può sfociare in un contratto preliminare o definitivo.

Orbene, problema principale è quello di stabilire il tempo ed il luogo di conclusione dell'accordo quando i soggetti sono lontani.

È bene precisare che il principio di cognizione accolto dall'art. 1326 c.c., va integrato con la previsione contenuta all'art. 1335 c.c., il quale dispone che «*La proposta, l'accettazione, la loro revoca e ogni altra dichiarazione diretta a una determinata persona si reputano conosciute nel momento in cui giungono all'indirizzo del destinatario, se questi non prova di essere stato, senza sua colpa, nell'impossibilità di averne notizia*»<sup>26</sup>. In questo senso, la combinazione delle due disposizioni sancisce la regola secondo la quale la dichiarazione vincola l'autore quando entra nella sfera di conoscibilità del destinatario<sup>27</sup>.

Il nostro ordinamento ha, quindi, accolto la tesi della c.d. "cognizione", affermando che un contratto può dirsi stipulato quando chi ha proposto ha conoscenza dell'accettazione.

---

<sup>25</sup> Circa le diverse modalità di formazione del contratto telematico, cfr. L. FURGIUELE, *Contratti a conclusione telematica*, in F. BOCCHINI (a cura di), *Diritto dei consumatori e nuove tecnologie. I. Gli scambi*, Torino, 2003, p- 172 ss.; S. GIOVA, *La conclusione del contratto via internet*, cit., 71 ss.

<sup>26</sup> Relativamente alla revoca, la giurisprudenza ha per molto tempo affermato che essa producesse il suo effetto dal momento della spedizione c.d. principio della spedizione o dell'emissione. Sul punto, infatti, la Cassazione ha affermato quanto segue «nella formazione del contratto tra persone lontane la revoca della proposta comunicata per lettera impedisce la conclusione del contratto quando la lettera sia stata spedita all'indirizzo dell'accettante prima che al proponente giungesse notizia dell'accettazione» (Cass. 9 luglio 1981, n. 4489). Tale statuizione, tuttavia, non è coerente con quanto formalmente previsto dall'art. 1335 c.c., il quale, invece, afferma che anche la revoca si reputa conosciuta nel momento in cui giunge all'indirizzo del destinatario. Soltanto qualche decennio dopo, negli anni 2000, con la sent. n. 6323, la Cassazione si è, però, discostata dalla precedente giurisprudenza, affermando che «la revoca della proposta contrattuale spiega i suoi effetti non dal momento della sua emissione, bensì dal momento in cui perviene all'indirizzo dell'oblatore». Tale soluzione, è certamente più aderente al c.d. principio dell'affidamento.

<sup>27</sup> Cfr. S. PAGLIANTINI, *La conclusione del contratto: proposta e accettazione*, in *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Torino, 2010, p. 267 ss.

Traslando tale modello al mondo telematico, se ne deduce che la proposta rivolta ad una parte determinata e la sua espressa accettazione evocano una interazione negoziale che può svolgersi tramite email, ovvero via *chat one to one* o comunque attraverso qualsivoglia strumento di comunicazione che valorizzi l'esclusività del messaggio *ad certam personam*<sup>28</sup>. In tali casi, dunque, l'accordo si perfeziona nel momento in cui l'accettazione viene registrata dal terminale del proponente<sup>29</sup>. Tuttavia, seppur la normativa di attuazione contenuta nell'art. 13 comma 1 D.lgs n. 70/2003, quanto al luogo di conclusione del contratto telematico, la individui mediante una logica che privilegi proprio gli strumenti informatici di trasmissione, resta l'eventualità di un difficile accertamento del luogo, come quello del *server* del *provider*, della memoria del computer in ipotesi di connessione diretta<sup>30</sup>.

Come si è potuto osservare, il modello della "proposta ed accettazione" ex art. 1326 c.c. difficilmente può coniugarsi con la particolare categoria di contratti di cui è trattazione. I contratti conclusi in internet, infatti, prescindono da una comunicazione diretta tra venditore e compratore e, pertanto, necessitano di essere assimilati sotto un altro schema differente che possa delimitarne

---

<sup>28</sup> Seguendo tale prospettiva, la conoscenza può dirsi integrata allorché la dichiarazione di accettazione dell'oblatore sia pervenuta all'indirizzo elettronico del proponente ovvero sulla piattaforma tecnologica (*communication suite*) congiuntamente utilizzata per comunicare. Inoltre, il contratto deve ritenersi concluso, anche se il proponente non si sia prodigato nel controllare i messaggi del proprio account di posta elettronica, considerato che a rilevare è la data di spedizione e non quella di "effettiva" lettura del messaggio. Ciò in ossequio alla previsione ex art. 1335 c.c., che introduce il c.d. principio della presunzione di conoscibilità della accettazione.

<sup>29</sup> Potrebbero sorgere ulteriori problemi in relazione alla capacità di memoria del computer del proponente di conservare messaggi fino alla conoscenza effettiva. Diversamente, troverà applicazione il principio di cognizione ex art. 1326 c.c.

<sup>30</sup> Va però rimarcato che il legislatore comunitario nella direttiva 2000/31/CE fra i "considerando" precisa che il luogo di stabilimento delle società che operano tramite internet è quello in cui esercitano l'attività economica e non il luogo in cui operano gli strumenti informatici. A ben vedere, questa soluzione potrebbe rivelarsi più funzionale – ma solo in linea teorica – perché l'individuazione del luogo di conclusione sarebbe vincolata a parametri più stabili e non soggetti alle incertezze dovute al carattere labile della tecnologia informatica. Resterebbe – come rilevano gli studiosi – la difficoltà di individuare preventivamente la località del *server* del *provider* che ospitano la dichiarazione di accettazione. Per questioni tecniche, è possibile che i dati vengano trasferiti in *server* diversi, come ad esempio nel caso di sovraccarico di dati.

correttamente i confini secondo la disciplina interna predisposta dal codice civile. L'ipotesi dei portali *web* che consentono l'acquisto di prodotti e servizi solo una volta immesso in un *forum* elettronico i dati della propria carta di credito (o altro mezzo di pagamento equipollente) parrebbe richiamare l'operatività dell'art. 1327 c.c.<sup>31</sup>, riconoscendo, così, efficacia solutoria all'invio dei numeri identificativi della carta di credito<sup>32</sup>.

Il problema qui è quello di verificare se l'invio della carta di credito possa integrare l'inizio dell'esecuzione, così come descritta nell'articolo *de quo*. Sul punto, vivace ed autorevole è stato il dibattito dottrinale<sup>33</sup>. Occorre precisare che vi è, inoltre, anche una linea di pensiero secondo cui la volontà di pagare non sempre si profila come volontà di concludere, perché l'invio degli estremi della carta di credito non necessariamente può avere significato di inizio dell'esecuzione di un contratto<sup>34</sup>. Una dottrina più recente, infine, propone una ricostruzione più complessa del fenomeno, in cui la conclusione dell'accordo

---

<sup>31</sup> L'art. 1327 c.c., rubricato "Esecuzione prima della risposta dell'accettante" recita «Qualora, su richiesta del proponente o per la natura dell'affare o secondo gli usi, la prestazione debba eseguirsi senza una preventiva risposta, il contratto è concluso nel tempo e nel luogo in cui ha avuto inizio l'esecuzione. L'accettante deve dare prontamente avviso all'altra parte della iniziata esecuzione e, in mancanza, è tenuto al risarcimento del danno». Orbene, tale secondo comma, va in ogni caso ritenuto inapplicabile alla fattispecie telematica, atteso che la conoscenza della conclusione del contratto da parte del professionista è immanente alla ricezione del pagamento in tempo reale.

<sup>32</sup> R. FAVALE, *La conclusione del contratto telematico*, in *Giur. merito*, 2013, p. 12. Molto frequentemente la prassi del commercio elettronico richiede che l'utente per concludere il contratto debba non solo cliccare il tasto negoziale virtuale, ma anche inviare gli estremi della carta di credito. Il problema è identificare se l'invio dei numeri identificativi della carta di credito possa integrare l'inizio dell'esecuzione di cui all'art. 1327 c.c., determinando diversamente tempo e luogo della conclusione del contratto.

<sup>33</sup> G. GIULIANO, *Il contratto*, Milano, 2011, p. 1041.

<sup>34</sup> Vedi G. DE NOVA, *Un contratto di consumo via internet*, in *Contratti*, 1999, 2, p. 113-114114; F. DELFINI, *Contratto telematico e commercio elettronico*, cit., p. 86; A.M. BENEDETTI, *La formazione del contratto tra legge e volontà delle parti*, Napoli, 2002, p. 75 ss., rileva che «in genere, la digitazione dei dati della carta di credito si accompagna, nel modulo informatico che il cliente compila in rete a vere e proprie dichiarazioni di accettazione (espresse attraverso "cliccate" sulle finestre: "ok", "accetto" e similari), con la peculiarità che, insieme all'accettazione giunge anche lo strumento di pagamento del bene o del servizio acquistato. L'esecuzione è, quindi, contestuale all'accettazione espressa formulata attraverso la compilazione elettronica del modulo d'ordine; manca così quell'esclusività dell'esecuzione che caratterizza il procedimento formativo ex art. 1327 c.c. perché l'esecuzione non sostituisce ma segue immediatamente all'accettazione».

costituisce «un fatto che, in combinazione con altri elementi – all’offerta al pubblico del prestatore segue l’inoltro dell’ordine dell’utente, la ricevuta dell’ordine emessa dal prestatore, il pagamento, la consegna materiale o digitale ed infine il mancato esercizio del diritto di recesso – produrrebbe definitivamente l’effetto dell’acquisto»<sup>35</sup>.

Insomma una fattispecie complessa in cui «si inserirebbe un contratto che assumerebbe una valenza meramente esterna e che andrebbe qualificato come fatto, cui andrebbero ad aggiungersi altri elementi, indispensabili perché si completi in modo compiuto l’iter di conclusione del contratto con accesso al sito»<sup>36</sup>.

A ben vedere, seppur tale tesi non sia persuasiva, ha tuttavia il pregio di mettere in luce il carattere complesso del fenomeno, che necessita di una attenta lettura al fine di salvaguardare le parti contraenti.

Ancora, può trovare attuazione nel commercio elettronico l’ulteriore schema semplificato di conclusione del contratto disciplinato ai sensi dell’art. 1333 c.c., in entrambe le letture: unilaterale<sup>37</sup> e contrattuale<sup>38</sup>, non essendo, per l’appunto, d’ostacolo alla contrattazione *online*.

Nella prima visione, nel momento in cui la proposta giunge a conoscenza del destinatario – a seguito del relativo scaricamento del messaggio nella memoria rigida del destinatario – diventa irrevocabile. Quanto alla seconda visione, questa modalità più leggera di conclusione del contratto riguarda una proposta con obbligazione del solo proponente inviata per *email* o con la tecnica di comunicazione diretta (ad es. via *modem*). Alla proposta - irrevocabile appena giunta a conoscenza dall’oblato ovvero conoscibile - si aggiunge un comportamento di astensione dell’oblato senza rifiuto telematico. Di talché è possibile identificare sia il tempo di conclusione del contratto al momento della scadenza di esercitare il rifiuto, sia il luogo di conclusione coincidente -

---

<sup>35</sup> R. FAVALE, *La conclusione del contratto telematico*, cit., p. 12 ss.

<sup>36</sup> L. FOLLIERI, *Il contratto concluso in Internet*, cit., p. 140

<sup>37</sup> Cfr. A. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1964, p. 122 ss.; R. CICALA, *L’adempimento indiretto del debito altrui. Disposizione “normativa” del credito ed estinzione dell’obbligazione nella teoria del negozio*, Napoli, 1968; C.M. BIANCA, *Diritto civile, III, Il contratto*, Milano, 2000, p. 157 ss.

<sup>38</sup> Cfr. M. SEGNI, *Autonomia privata e valutazione legale tipica*, Padova, 1972, p. 395.

in caso di comunicazione via internet - con il luogo in cui si trova il provider che riceve la proposta<sup>39</sup>.

Altra parte della dottrina ha posto l'attenzione sulle caratteristiche dell'offerta telematica facendo una distinzione – a seconda della completezza – tra proposta<sup>40</sup> ed invito ad offrire<sup>41</sup> e qualificandola, per la sua finalità di essere rivolta ad una massa indefinita di utenti, come offerta al pubblico.

Come noto, l'art. 1336 c.c. rende equivalente l'offerta rivolta al pubblico (quindi *ad incertam personam* e non ad un soggetto determinato) ad una proposta. Pare innegabile che tale schema contrattuale sia quello più frequente nel modello telematico.

Orbene, la riconducibilità del contratto concluso in internet all'art. 1336 c.c., deve rinvenirsi nella particolare natura dell'atto di esposizione di beni o servizi nel sito da parte del venditore. Infatti, come evidenziato, molti portali di vendita offrono prodotti o servizi rendendone accessibile l'acquisto a chiunque sia interessato, semplicemente tramite la semplice immissione nel sito dei propri dati personali<sup>42</sup>. Tali portali e le relative modalità di navigazione, per definizione, escludono una trattativa personalizzata con ciascuno dei potenziali acquirenti, ruotando attorno alla mera "possibilità" di un incontro tra l'offerente e una parte – laddove lo schema *ex art. 1326 c.c.* si struttura *ab origine* tra due parti, invero, il c.d. inoltro d'ordine, in altro non consisterebbe se non nell'accettazione espressa della proposta contrattuale *ad incertas personas* effettuata dal venditore attraverso l'atto di esposizione nel sito. Il limite posto ai sensi dell'art. 1336 c.c. è quello del contenuto degli estremi essenziali del contratto che, nel caso del contratto telematico, è comunque già tipizzato dal dettato dell'art. 13 del D.lgs. 70/2003<sup>43</sup> che definisce gli elementi strutturali di un

---

<sup>39</sup> Cfr. G. PERLINGIERI, *Il tempo e il luogo di perfezionamento del contratto telematico*, in D. VALENTINO, *Manuale di diritto dell'informatica*, cit., p. 54; M. PENNALISICO, *La conclusione dei contratti online tra continuità e innovazione*, cit., p. 825.

<sup>40</sup> G. DE NOVA, *Un contratto di consumo via internet*, cit., pp. 113-114; L. ALBERTINI, *Osservazioni sulla conclusione del contratto tramite computer*, cit., p. 45 ss.

<sup>41</sup> G. OPPO, *Disumanizzazione del contratto?*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, 5, pp. 525-533; T. BALLARINO, *Internet nel mondo della legge*, Padova, 1998, p. 120; O. TORRANI-S. PARISE, *Internet e diritto*, Milano, 1998, p. 87 ss.

<sup>42</sup> L. FOLLIERI, *Il contratto concluso in internet*, cit., p. 121.

<sup>43</sup> Art. 13 d.lgs. n. 70/2003 "inoltro dell'ordine" ai sensi del quale «Le norme sulla conclusione dei contratti si applicano anche nei casi il destinatario di un bene o di un servizio

ordine telematico. Sembrerebbe, dunque, questo, in definitiva, lo schema statisticamente più frequente nel modello telematico.

#### **4. I protagonisti della vicenda contrattuale. Asimmetrie informative e obblighi di informazione**

La disciplina del commercio elettronico, nonostante affondi le proprie radici nei classici istituti del diritto dei contratti nazionale – seppur entro i limiti predisposti dallo spazio comunitario – ne supera, stimolandone l'evoluzione, taluni limiti di nomenclatura.

È il caso della classificazione, relativamente al profilo soggettivo, che si caratterizza per una quadripartizione tra: *a) Contratti Business to Business*, ovvero contratti stipulati fra soli professionisti; *b) Contratti Business to Consumers*, ovvero contratti stipulati fra professionisti e consumatori; *c) Contratti Consumer to Consumer*, ovvero contratti stipulati fra consumatori; *d) Contratti Business to Administration*, ovvero contratti stipulati fra professionisti e Pubblica Amministrazione.

Il campo della nostra indagine è delimitata alla sola categoria dei contratti stipulati fra professionisti e consumatori, sui quali è opportuno fare talune precisazioni relative alle asimmetrie informative e obblighi di informazione<sup>44</sup>.

---

della società dell'informazione inoltri il proprio ordine per via telematica. Salvo differente accordo tra parti diverse dai consumatori, il prestatore deve, senza ingiustificato ritardo e per via telematica, accusare ricevuta dell'ordine del destinatario contenente un riepilogo delle condizioni generali e particolari applicabili al contratto, le informazioni relative alle caratteristiche essenziali del bene o del servizio e l'indicazione dettagliata del prezzo, dei mezzi di pagamento, del recesso, dei costi di consegna e dei tributi applicabili. L'ordine e la ricevuta si considerano pervenuti quando le parti alle quali sono indirizzati hanno possibilità di accedervi. Le disposizioni di cui ai commi 2 e 3 non si applicano ai contratti conclusi esclusivamente mediante scambio di messaggi di posta elettronica o comunicazioni individuali equivalenti».

<sup>44</sup> Già nel d.lgs. 50/1992, che recepiva la dir. 85/577/CE, relativa ai contratti negoziati fuori dai locali commerciali, la protezione del consumatore era affidata alla imposizione di obblighi informativi. La tendenza legislativa è stata poi ribadita con il d.lgs. 22 maggio 1999, n. 185, attuativo della dir. 97/7/CE in materia di contratti a distanza e, da ultimo dal d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70, attuativo della dir. 2000/31/CE. Per un confronto tra le prime due direttive cfr. M. CESTA, *Progresso tecnologico e diritto comunitario: la Comunità*

Oggi, l'equilibrio del contratto sia economico che normativo rappresenta una *leitmotiv* di preminente attenzione sia del legislatore, sia della giurisprudenza. Si è, difatti, passati dalla tendenziale irrilevanza del concetto di equilibrio del contratto, risultante dalla disciplina del codice civile del 1942, alla centralità dell'equilibrio prevista dalla disciplina consumeristica.

Quest'ultima, proprio alla luce della presupposta asimmetria informativa tra il professionista (c.d. parte forte) ed il consumatore (c.d. parte debole), rappresenta una disciplina garantistica<sup>45</sup>.

A fronte di tali asimmetrie informative, gli obblighi di informazione, nei contratti dei consumatori, investono l'intero *iter* procedimentale del contratto: dalla fase precedente alla stipula dello stesso, al perfezionamento dell'accordo e alla sua successiva esecuzione. Invero, l'intento del legislatore è quello di fare in modo che, attraverso l'offerta di informazioni dettagliate, il consumatore possa essere messo in grado di valutare le caratteristiche del contratto e le qualità del bene o del servizio che si accinge ad acquistare<sup>46</sup>.

Tuttavia, l'asimmetria informativa relativa alle operazioni negoziali svolte per via telematica, si concretizza nello squilibrio di conoscenze delle regole di formazione dell'accordo, atteso che il professionista, oltre a predisporre il re-

---

*europa emana una nuova disciplina per i contratti a distanza*, in *Dir. unione europea*, 1997, 4, pp. 753-771. La dottrina, peraltro, non avvertita del problema, si affanna a discutere intorno al ruolo da assegnare a detti obblighi e tende a relegarli nella fase delle trattative, svilendo così il sia pur insufficiente tentativo legislativo di ristabilire un equilibrio. Discorrere di obbligo informativo precontrattuale M. PENNALISICO, *La conclusione dei contratti online tra continuità e innovazione*, p. 805 ss.; Differente la posizione di C. SCOGNAMIGLIO, *La conclusione e l'esecuzione del contratto telematico*, cit. pp. 81 e 98 ss., il quale pur definendo gli obblighi informativi come precontrattuali riconosce l'inadeguatezza della tutela accordata all'aderente. In senso parzialmente diverso, cfr., altresì, V. RICCIUTO, *La formazione del contratto telematico e la tutela del consumatore*, cit. p. 6 e ss., che separa le informazioni che devono essere fornite prima dell'inoltro dell'ordine da quelle che possono essere inviate in un secondo momento. Per le prime individua un sistema di procedimentalizzazione delle trattative p. 15. Per una riflessione critica di imporre obblighi formativi v. F. AZZARI, *La conclusione dei contratti telematici nel diritto privato europeo*, in *Contratti*, 2010, 3, p. 301 ss.

<sup>45</sup> Cfr. R. ALESSI, *Doveri di informazione*, in C. CASTRONOVO-S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto europeo*, Milano, 2007, p. 391 ss.

<sup>46</sup> Cfr. M. BESSONE, *Istituzioni di diritto privato*, Torino, 2012, p. 595 ss.

golamento, è altresì autore del procedimento formativo – e non, come usualmente avviene, a causa dello squilibrio informativo tipico della predisposizione unilaterale delle condizioni generali<sup>47</sup>.

Per supplire a tale asimmetria informativa, è stato predisposto dal legislatore un articolato sistema di tutele, basato sulla previsione di puntuali obblighi informativi che gravano sul professionista. Invero, uno dei profili sui quali si innesta la maggiore tutela degli interessi economici dei consumatori è il riconoscimento – ribadito e consolidato – del loro diritto alla corretta informazione.

Tali obblighi di informazione precontrattuale e contrattuale nel rapporto di consumo e dunque anche in quello che si sviluppa telematicamente, sono inseriti nella innovata disciplina contenuta nel D.lgs. n. 21/2014, che ha elencato una fittissima serie di contenuti informativi da rendere al consumatore e che si integrano a quelli già previsti dal D.lgs. n. 70/2003.

Prima di entrare nel merito delle singole prescrizioni normative, occorre precisare che a cornice di ogni obbligo informativo restano sempre i principi di buona fede di cui agli artt. 1337 e 1375 c.c., di portata così ampia da ricomprendere – al di là delle informazioni individuate per espresso dalla legge – qualunque altra comunicazione potenzialmente idonea a condizionare una parte nella manifestazione del proprio consenso.

Ai nostri fini, assume rilievo, l'obbligo di dare informazioni sulla tecnica di comunicazione a distanza<sup>48</sup>. Specificamente, il legislatore impone al predisponente di descrivere le varie fasi tecniche che conducono alla conclusione del contratto. L'adempimento del quale si discute, non accresce la consapevolezza in merito al momento di perfezionamento dell'accordo, anche perché, raramente, è esplicitato sui siti in quale momento e in corrispondenza di quale *click* il contratto sarà concluso e quindi vincolante. Invero, tale adempimento informativo – perseguito tramite la definizione di fasi tecnologiche del procedimento contrattuale – unendo in un'unica procedura informatica momento formativo ed esecutivo che deve necessariamente essere portata a compimento, comporta che l'atto singolo della conclusione del contratto perda rilievo. Si spiega, così, l'attuale art. 49 cod. cons. il quale contiene un elenco

---

<sup>47</sup> Così, A. ADDANTE, *Tutela del consumatore nei contratti telematici e nuove frontiere del diritto europeo della vendita*, Padova, 2016, p. 3

<sup>48</sup> Art. 12, comma 1, d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70.

tassativo – in conformità all’art. 6 Direttiva 2011/83/UE in regime di armonizzazione completa - di ulteriori informazioni che il professionista deve fornire al consumatore prima che il consumatore sia vincolato da un contratto a distanza e o negoziato fuori dai locali commerciali. Più precisamente, si tratta di obblighi informativi dai contenuti ampi che riguardano lo *ius poenitendi*, ulteriori diritti e facoltà riconosciute al consumatore dalla legge (come, ad esempio, i diritti derivanti dalla garanzia legale di conformità) o dalle clausole negoziali e, altresì, i principali elementi dell’offerta proposta dal professionista. Tra le informazioni, ai sensi dell’art. 49, co. 1, lett. n, cod. cons, costituisce elemento innovativo la previsione dell’obbligo del professionista di fornire al consumatore «un promemoria – nella versione inglese “*a reminder*” – dell’esistenza della garanzia legale di conformità per i beni».

Orbene, seppur il legislatore non delinei il contenuto dell’informazione, in considerazione della *ratio* della disciplina, sembrerebbe che l’obbligo in questione non possa ritenersi assolto in presenza di un mero richiamo all’esistenza della garanzia legale ma richieda, piuttosto, una informativa che, in maniera “chiara e comprensibile” specifichi i contenuti essenziali dei diritti riconosciuti al consumatore in tale materia<sup>49</sup>. Tale previsione rappresenta una novità normativa, in quanto sino ad oggi, l’obbligo del professionista di informare il consumatore sulla esistenza dei diritti riconosciutigli dalla disciplina legale in conformità era circoscritta alla sola ipotesi dell’offerta da parte del professionista di una garanzia convenzionale<sup>50</sup>. Inoltre, i richiami dell’art. 50 cod. cons.

---

<sup>49</sup> La medesima informazione è richiesta anche per i contratti diversi dall’art. 48, lett. e, cod. cons.

<sup>50</sup> Ai sensi dell’art. 133, co. 2, cod. cons. deve avvenire a cura di chi la offre e deve indicare specificazione dei diritti dei quali, sulla base di tale garanzia, il consumatore è titolare. In passato, l’inesistenza di uno specifico obbligo in tal senso, ha condizionato anche l’accertamento di pratiche commerciali scorrette da parte dell’Autorità che, in materia di garanzia legale o di conformità, ha limitato il proprio intervento ai comportamenti commissivi (si pensi alla diffusione di informazioni false o incomplete durante la fase precontrattuale circa il soggetto tenuto a fornire l’assistenza in garanzia: v. AGCM, provv. 4 febbraio 2010, n. 20750, PS/5009, in *Boll.*, 5/2010; provv. 7 gennaio 2010, n. 20643, PS/289, in *Boll.*, 2/2010; provv. 30 giugno 2010, n. 21301, PS/4643, in *Boll.*, 26/2010) o aggressivi (si pensi ai comportamenti ostruzionistici tesi a limitare, restringere, impedire l’esercizio dei diritti previsti dalla legge da parte dei consumatori. Cfr. AGCM, provv. n. 17 novembre 2010, n. 21810, PS/5799, in *Boll.*, 45/2010), rilevando la sussistenza di una omissione informativa ingannevole in merito alla natura e all’estensione dei diritti derivanti dalla

co. 1 e 2 all'utilizzo di un «supporto cartaceo o, se il consumatore è d'accordo, su un altro mezzo durevole», pongono a carico del professionista un dovere non solo di informazione ma anche di documentazione, prevedendo espressamente adempimenti specifici non solo nel contesto precontrattuale, ma in quello relativo allo svolgimento del rapporto contrattuale, regolando i contenuti delle informazioni che devono essere rese al consumatore alla conclusione del contratto<sup>51</sup>. I suddetti obblighi d'informazione, definendo parte del contenuto del contratto «garantiscono al consumatore la conoscenza delle principali clausole eventualmente predisposte e praticate dal professionista nel contesto della contrattazione di massa (c.d. contenuto minimo di garanzia)»<sup>52</sup>. Più in generale, l'art. 49 cod. cons. stabilisce che il consumatore ha diritto a ricevere, prima di essere vincolato da un contratto, una serie articolata di informazioni relative al contratto. Orbene, dette informazioni sono *ex lege* necessarie per un corretto instaurarsi della trattativa con il cliente e possono assurgere a parametro di verifica della buona fede del professionista nella relazione prodromica al contratto.

Si può, dunque, asserire che in capo al venditore professionale si configurano a fianco di un generico obbligo informativo, anche un vero e proprio obbligo di documentazione<sup>53</sup>. Attraverso il riconoscimento di questi due diritti, rispettivamente di informazione e di documentazione, vengono realizzati due interessi “strumentali” del consumatore e cioè, da un lato, l'interesse ad essere compiutamente informato per scegliere, dall'altro, quello a continuare a disporre di quelle stesse informazioni anche dopo il momento in cui esse sono state fornite per la prima volta, al fine di meglio poter esercitare, ed eventualmente tutelare in un secondo momento, i propri diritti<sup>54</sup>. In definitiva, la forma

---

disciplina delle garanzie sui beni di consumo solo a fronte della contestuale promozione da parte del professionista di una garanzia convenzionale (Cfr. AGCM, provv. 6 ottobre 2010, n. 21660, PS/3225, in *Boll.*, 39/2010).

<sup>51</sup> Sull'argomento, si vedano P.L. CARBONE, *La vendita fuori dei locali commerciali*, in M. Bin, *La vendita*, I, Padova 1994; D. VALENTINO, *Obblighi di informazione e vendite a distanza*, in *Rass. dir. civ.*, 2, 1998, p. 375.

<sup>52</sup> F. RICCI, sub *Art. 52*, in *Codice del consumo. Commentario*, Napoli 2005, p. 389.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 392.

<sup>54</sup> Cfr. L.V. MOSCARINI, *Diritti ed obblighi di informazione e forma del contratto*, *Diritto privato e interessi pubblici*, Milano 2001; A.M. GAMBINO, *Commercio elettronico e tutela*

documentale richiamata dalle norme citate non è propriamente forma negoziale ma forma informativa «*ad informationem tantum*»<sup>55</sup>.

Ancora, la possibilità di confusione cresce ulteriormente dalla necessità di rendere conoscibili le condizioni generali del contratto<sup>56</sup> e di tutte le clausole del regolamento contrattuale. Anche qui, si assiste ad una commistione spaziale e temporale tra definizione del regolamento e perfezionamento in senso

---

*del consumatore*, in V. RIZZO (a cura di), *Documento informatico, firma digitale e commercio elettronico*, Napoli, 2000, p. 179.

<sup>55</sup> Tale definizione si deve a L.V. MOSCARINI, *Diritti ed obblighi di informazione e forma del contratto*, cit., 352.

<sup>56</sup> Sull'applicabilità dell'art. 1341 c.c., v. G.d.p. Partanna, 1 febbraio 2002, in *Contratti*, 2002, 10, p. 869-878, con nota di G. Cassano e I.P. Cimino, per cui «la conclusione di un contratto di vendita tramite Internet non comporta accettazione incondizionata delle clausole contenute nelle condizioni generali pubblicate sul web, poiché il d.P.R. 10 novembre 1997, n. 513, pur riconoscendo efficacia di scrittura privata al documento informatico, non comporta alcuna deroga alla disciplina delle clausole vessatorie di cui all'art. 1341, comma 2, cod. civ.»; Trib. Catanzaro, 18 aprile 2012, in *Dir. inf.*, 2012, p. 1174, con nota di G. Aranguena, in cui si è stabilito come ai fini della validità di una clausola vessatoria relativa alla fruizione dei servizi del portale di aste *on line* eBay, la sottoscrizione del testo contrattuale non sia sufficiente essendo necessaria la specifica sottoscrizione delle singole clausole, che deve essere assolta con la firma digitale; AGCM, 27 marzo 2013, n. 24289, in *Giust. civ.*, 2013, I, p. 1286, che afferma come «le clausole di un contratto di licenza di acquisto *on line* di contenuti in formato digitale (quali giochi, musica, video e e-book) fra cui anche opere cinematografiche (c.d. *net movie*), finalizzate a escludere o limitare gli obblighi e la responsabilità del professionista nei confronti dei consumatori che acquistano il servizio *net-movie* offerto dal professionista all'indirizzo del proprio sito internet, hanno natura abusiva»; conf. Cour d'appel de Pau, 1ère chambre, 23 marzo 2012, in *legalis.net*, in cui è stata reputata non valida l'approvazione di clausole di esonero della responsabilità apprestata attraverso la generica accettazione/registrazione delle condizioni generali d'uso della piattaforma di Facebook. In generale sulla validità delle manifestazioni di consenso in relazione alla conclusione dei contratti di prestazione di servizi in Internet si rimanda a C.M. BIANCA, *I contratti digitali*, in *Studium iuris*, 1998, p. 1035; F. BRAVO, *Le trattative dei contratti telematici*, in *Contratti*, 2003, p. 739 ss.; C. CAMARDI, *Contratto e rapporto nelle reti telematiche. Un nuovo modello di scambio*, in V. RICCIUTO e N. ZORZI (a cura di), *Il contratto telematico*, in *Tratt. dir. comm. dir. pubbl. econ.* Galgano, XXVII, Padova, 2002, p. 12 ss.; L. ALBERTINI, *Osservazioni sulla conclusione del contratto tramite computers e sull'accettazione di un'offerta in internet*, cit., p. 21 ss.; S. SICA, *Atti che devono farsi per iscritto. Art. 1350*, in *Il Codice civile. Commentario*, fond. da P. Schlesinger, Milano, 2003, p. 119 ss.; S. SICA-V. D'ANTONIO, *Documento informatico, firme elettroniche e attività di certificazione*, in S. SICA-V. ZENO ZENCOVICH, *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, Vª ed., Padova, 2019, p. 501 ss.

proprio o - volendo utilizzare le categorie classiche - tra trattative e procedimento formativo, poiché la presentazione delle clausole in schermate successive complica l'*iter* necessario per giungere alla conclusione del contratto<sup>57</sup>.

Ulteriore circostanza che accresce le difficoltà è la necessità di digitare gli estremi della carta di credito la cui comunicazione, peraltro, a volte è richiesta ai soli fini della garanzia<sup>58</sup>, tanto che, nel caso in cui un contraente che non abbia immesso gli estremi della propria carta, potrebbe credere che fino a quel momento non sia vincolato dall'accordo, trovandosi, invece, obbligato per effetto di un accordo già perfezionato<sup>59</sup>.

## **5. Il regime della vessatorietà delle clausole tra disciplina codicistica e nullità di protezione**

In generale, il tema delle clausole vessatorie afferisce a quelle ipotesi di indebolimento della posizione contrattuale di una parte, poiché la stessa viene appesantita con obblighi o oneri stabiliti dalla convenzione contrattuale prescelta o, ancora, poiché viene privata di prerogative – in termini di diritti o poteri specifici - che normalmente avrebbe<sup>60</sup>. La relativa disciplina, è rinvenibile su due piani: quella prevista agli artt. 1341, 1342 e 1370 c.c. e quella del Codice del consumo, agli artt. 33 - 38.

Ci si sofferma, in questa sede, in termini di disciplina generale applicabile, sull'art. 1341 c.c. – a tutela del soggetto contraente, sia esso qualificabile

---

<sup>57</sup> A.M. GAMBINO, *L'accordo telematico*, cit. p. 12. L'autore, nell'analisi del rapporto tra fase formativa e informazioni evidenzia che lo stesso atto di pressione del tasto negoziale virtuale può «tanto provocare un'ulteriore informazione sulla merce quanto consacrare l'accettazione dell'offerta telematica».

<sup>58</sup> Si pensi ai contratti di autonoleggio o alle prenotazioni alberghiere.

<sup>59</sup> Pertanto, in dottrina vi è chi non accoglie la tesi che attribuisce all'invio delle informazioni relative alla carta di credito il ruolo di «elemento determinante circa l'impegnatività dell'atto che l'utente sta per porre in essere»: A.M. GAMBINO, *L'accordo telematico*, cit., p. 114 ss. Peraltro, la dottrina non esclude l'applicazione della normativa sul dolo, quando l'incertezza sia causata dalla predisposizione di un percorso informatico intenzionalmente ingannevole. In tal senso, R. FRAU, *La formazione e l'invalidità del contratto telematico*, cit. p. 49 s.

<sup>60</sup> Cfr. A. ADDANTE, *Tutela del consumatore nei contratti telematici e nuove frontiere del diritto europeo della vendita*, cit., 7p. 9 ss.

come consumatore o meno – e sull’art. 33 ss. cod. cons., a tutela del consumatore.

È il caso, dunque, di verificare se la disciplina della conoscibilità delle condizioni generali del contratto e delle clausole vessatorie, sia in qualche misura idonea ad affrontare le sfide derivanti dall’avvento dell’era digitale.

Come sottolinea un’attenta dottrina, la questione assume particolare rilevanza, in quanto l’*e-commerce* è oggetto di una disciplina comunitaria «*fragmentaria ed asistemica, ma soprattutto non idonea a cogliere segnatamente la peculiarità della forma elettronica, in quanto gran parte ancorata ai principi dettati per il negozio giuridico tradizionale*»<sup>61</sup>, recepita dal d.lgs. n. 70/2003.

Più precisamente, l’art. 12, comma 3, del decreto in questione, seppur preveda l’obbligo in capo al prestatore di rendere conoscibili ai contraenti informatici le condizioni generali di contratto, al contempo, è lacunoso nel non disciplinare le modalità con le quali tali condizioni generali debbano essere manifestate al contraente *online*.

Orbene, partendo da tale assunto, può dirsi che le condizioni generali di contratto pubblicate all’interno di un sito *web* di *e-commerce* dovranno essere redatte in conformità sia delle disposizioni di cui all’art. 1341 c.c., sia alla luce di quanto previsto nel d.lgs. 70/2003.

In particolare, l’art. 1341 c.c. dispone che, affinché le condizioni generali di contratto siano efficaci nei confronti dell’acquirente, e segnatamente del contraente *online*, sia necessario che queste siano portate a conoscenza dell’altra parte, prima ancora dell’accettazione, attraverso un apposito forum *online*. Sul punto, occorre stabilire come e quando tali condizioni possano ritenersi conosciute o conoscibili dal contraente telematico e, conseguentemente, efficaci.

Secondo l’orientamento prevalente, tale presupposto è assolto qualora il predisponente – con l’impiego dell’ordinaria diligenza - abbia posto in essere un’attività idonea a consentire al destinatario di conoscere il testo contrattuale<sup>62</sup>. Orbene, con particolare riferimento alla contrattazione *online*, affinché le condizioni generali del contratto possano essere considerate efficaci, è necessario che siano riportate nel testo contrattuale *online* e che siano accessibili

---

<sup>61</sup> Vedi E. BATTELLI, *Riflessioni sui procedimenti di formazione dei contratti telematici e sulla sottoscrizione on line delle clausole vessatorie*, in *Rass. dir. civ.*, 4, 2014, p. 1068 ss.

<sup>62</sup> R. ALESSI, *La disciplina generale del contratto*, Torino, 2015, p. 262 ss.

mediante pagina *web*<sup>63</sup>, o siano comunque conoscibili *per relationem*<sup>64</sup>.

Tuttavia, quanto detto subirà una diversa declinazione nell'ipotesi in cui si tratti di clausole vessatorie, per le quali è necessaria una specifica approvazione per iscritto del contraente.

Ciò posto, occorre verificare se il “riempimento” di una *web form*, contenente diciture del tipo “accetto” o simili, sia o meno assimilabile a quanto richiesto dall'art. 1341, comma secondo, c.c., ossia ad una vera e propria sottoscrizione<sup>65</sup>. Ed ancora, data la peculiarità dell'area della contrattazione telematica, si pone il problema di come potrà ritenersi adempiuto il requisito della sottoscrizione delle clausole vessatorie, ex art. 1341, comma secondo, c.c.

Alcuni autori, asseriscono che basti la possibilità di qualificare un “doppio *click*” da parte dell'utente *online*, quale modalità sufficiente ad ottemperare quanto disposto ex art. 1341, secondo comma, c.c.<sup>66</sup>.

Tuttavia, la dottrina maggioritaria ha risposto negando una tale possibilità e ritenendo, invece, che l'accettazione delle clausole vessatorie contenute nei contratti telematici avvenisse mediante firma elettronica, segnatamente, digitale<sup>67</sup>.

---

<sup>63</sup> Cfr. E. BATTELLI, *Riflessioni sui procedimenti di formazione dei contratti telematici e sulla sottoscrizione online delle clausole vessatorie*, cit., p. 1071. Secondo l'autore, in tal modo il predisponente avrebbe assolto il proprio onere, tant'è che in caso di mancata presa visione da parte dell'aderente, quest'ultimo verserebbe in colpa grave.

<sup>64</sup> Così intendendosi quelle condizioni presenti in altre sezioni del sito o in altre pagine web. Cfr. E. TOSI, *Contratti informatici, telematici e virtuali*, Milano, 2010, cit., 282; A. ADDANTE, *Tutela del consumatore nei contratti telematici e nuove frontiere del diritto europeo della vendita*, cit., p. 83. Sul punto, non manca altra parte della dottrina la quale sottolinea che una clausola di rinvio ai contenuti di altre sezioni del sito, anche ove esse siano esattamente individuate, comporta pur sempre un *vulnus grave* in termini di chiarezza e trasparenza nella presentazione delle condizioni generali. Cfr. E. BATTELLI, *Riflessioni sui procedimenti di formazione dei contratti telematici e sulla sottoscrizione online delle clausole vessatorie*, cit., p. 1072.

<sup>65</sup> Vedi Cass. n. 6314/2206, in cui viene affermato il principio per cui, anche se non è stato usato un modulo, ovvero uno stampato da accettare in blocco riempiendo gli spazi bianchi, anche la riproduzione di un documento informatico o file, predisposto dal professionista e destinato ad essere utilizzato per un numero indeterminato di rapporti, costituisce uso di un formulario.

<sup>66</sup> A. ADDANTE, *Tutela del consumatore nei contratti telematici e nuove frontiere del diritto europeo della vendita*, cit., p. 81.

<sup>67</sup> Cfr. E. BATTELLI, *Riflessioni sui procedimenti di formazione dei contratti telematici e sulla sottoscrizione online delle clausole vessatorie*, cit., p. 1079.

Pertanto, se i documenti informatici risultano sottoscritti con firma elettronica qualificata e con firma digitale, si può ritenere soddisfatto il requisito della forma *ab substantiam*, ed altresì, possono ritenersi efficaci le clausole vessatorie contenute in un contratto telematico, purché sottoscritte dall'aderente con una di tali firme elettroniche<sup>68</sup>.

Inevitabile conseguenza di tale assunto è che le modalità tecniche di sottoscrizione che caratterizzano le negoziazioni *online* sono difficilmente compatibili con la disciplina consumeristica dettata dagli artt. 33 e 34 del codice del consumo.

Al fine di meglio comprendere l'effettivo impatto su tale disciplina, è opportuno soffermarsi sulla nullità di protezione<sup>69</sup>, quale rimedio posto a presidio del consumatore e volto a reagire all'introduzione di clausole abusive<sup>70</sup>. In generale, l'art. 36 cod. cons. afferma che «*le clausole considerate vessatorie ai sensi degli artt. 33 e 34 sono nulle, mentre il contratto rimane valido per il resto*», mentre, il comma 3 della medesima norma specifica che «*la nullità opera solo a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice*»<sup>71</sup>.

Ai sensi dell'art. 33 del codice del consumo si considera vessatoria la clausola che, malgrado la buona fede, determina a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto.

Orbene, tali clausole richiedono un apprezzamento da parte del giudice, il quale è chiamato a valutarne la vessatorietà, in relazione allo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto.

---

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 1076.

<sup>69</sup> Vedi F. CARINGELLA-L. BUFFONI, *Manuale di diritto civile*, Roma, 2018, p. 1106; S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2017, p. 257 ss.; M. BESSONE, *Istituzioni di diritto privato*, Torino, 2012, p. 602 ss.

<sup>70</sup> Va rilevato, inoltre, che il legislatore italiano – seppur il d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 riproduce più o meno fedelmente agli artt. 33 ss. la disciplina comunitaria in tema di clausole abusive - si è in realtà macchiato di quello che viene definito un autentico “tradimento linguistico”, ribattezzando le clausole abusive in clausole vessatorie: il risultato, com'è ovvio, è quello di una forte ambivalenza con la disciplina italiana contenuta nell'art. 1341, co. 2, c.c.

<sup>71</sup> E. TOSI, *Contratti informatici, telematici e virtuali*, cit., p. 278 ss.; A. ADDANTE, *Tutela del consumatore nei contratti telematici e nuove frontiere del diritto europeo della vendita*, cit., p. 72 ss.

Nello specifico, l'art. 33, comma 2, codice del consumo, contiene una elencazione di clausole c.d. lista grigia, la cui vessatorietà è presunta fino a prova contraria. Laddove, quindi, in un contratto sia inserita una di queste clausole, spetterà al professionista dimostrare che la clausola non ha carattere vessatorio. Più precisamente, il legislatore ha previsto due modalità grazie alle quali può essere superata la presunzione relativa di vessatorietà. In primo luogo, provando che la clausola riproduce il contenuto di disposizioni legislative o di una delle fonti indicate dall'art. 34, comma 3 cod. cons. In secondo luogo, provando che la stessa è stata oggetto di trattativa individuale. Tuttavia, ad escludere la vessatorietà in tal caso non basta la mera adesione formale – come la sottoscrizione ai sensi dell'art. 1341, comma 2, c.c. -, ma occorre una trattativa individuale, dovendosi intendere, con ciò, che al consumatore deve essere consentito di intervenire nella formulazione della clausola. Diversamente, l'art. 36 cod. cons. enuclea una serie di clausole, c.d. lista nera, che si presumono *iuris et de iure* vessatorie e, quindi, non ammettono la prova contraria.

Le clausole vessatorie sono, dunque, nulle e non hanno alcun effetto per il consumatore<sup>72</sup>. All'uopo, è opportuno precisare che esse rappresentano una categoria aperta, con la conseguenza che il consumatore – ai fini della disciplina consumeristica – potrà provare che una clausola seppur non legislativamente tipizzata, produca in concreto un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto e sia contraria a buona fede oggettiva<sup>73</sup>.

Orbene, la nullità di protezione – quale strumento delineato dal legislatore comunitario volto a reagire all'introduzione di tali clausole nel contratto – è una forma di invalidità che ha costretto la dottrina alla correzione e alla integrazione delle caratteristiche tradizionalmente riconosciute alla figura della nullità, poiché ne dismette i consueti caratteri dell'assolutezza, della legittimazione ad agire e dell'inefficacia totale del contratto.

Invero, tale tipo di nullità è una forma di nullità parziale e relativa, poiché è azionabile soltanto dal consumatore e rilevabile d'ufficio dal giudice ed è, inol-

---

<sup>72</sup> E. TOSI, *Contratti informatici, telematici e virtuali*, cit., p. 278 ss.; A. ADDANTE, *Tutela del consumatore nei contratti telematici e nuove frontiere del diritto europeo della vendita*, cit., p. 72 ss.

<sup>73</sup> In tal senso, vedi F. CARINGELLA-L. BUFFONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p.1103

tre, destinata a rendere inefficace esclusivamente la parte del regolamento contrattuale o la singola clausola *contra legem*<sup>74</sup>. Per tali motivi, rappresenta una deroga alla regola generale di cui all'art. 1419, poiché, appunto, ha inserito una nullità necessariamente parziale, che investe esclusivamente la singola clausola, al fine di riequilibrare il contratto nell'interesse del consumatore.

Ciò detto, si può asserire che il legislatore, nei casi di nullità di protezione, è come se elevasse il contraente debole ad *arbiter* delle sorti del contratto, tant'è che può scegliere se far valere la nullità o confermare la validità del negozio nello stato in cui è sorto, ossia viziato.

Pertanto, dell'applicazione di tale disciplina ai contratti conclusi con la modalità c.d. *point and click*, il problema riguarderebbe l'art. 34, comma 4, cod. cons., il quale prevede l'esclusione della vessatorietà di clausole, in ragione della avvenuta negoziazione attiva delle stesse con il consumatore<sup>75</sup>.

In conclusione, è possibile sostenere che *«nei contratti online potrà accadere che il contratto si perfezionerà attraverso il sistema del point and click e le clausole vessatorie, ex art. 1341, comma secondo, c.c., saranno efficaci solo se rese specificamente approvabili con la firma elettronica, ma nei contratti con i consumatori, persino l'utilizzo di una qualificata o digitale potrebbe rilevarsi inidonea a dimostrare l'avvenuta trattativa ai fini dell'approvazione delle clausole vessatorie»*<sup>76</sup>.

## 6. Brevi riflessioni conclusive

Come si è osservato, la contrattazione telematica, ricomprende quell'insieme di fenomeni negoziali che hanno come comune denominatore l'utilizzo dello spazio virtuale di Internet quale strumento peculiare di comunicazione della volontà dei contraenti, di formazione e conclusione del contratto. Fenomeni che hanno progressivamente sfaldato e messo in crisi i vecchi paradigmi

---

<sup>74</sup> In tal senso, S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit. p. 257.

<sup>75</sup> Così, E. BATTELLI, *Riflessioni sui procedimenti di formazione dei contratti telematici e sulla sottoscrizione online delle clausole vessatorie*, cit., p.1079.

<sup>76</sup> *Ibidem*, p.1080.

delle relazioni umane per crearne di nuovi e dai quali ne deriva inevitabilmente una modellazione dei tradizionali schemi contrattuali, oltre che degli aspetti speculari.

Scenari che hanno comportato, inevitabilmente, una rimodulazione degli schemi tradizionali del diritto privato, così come riconosciuto. L'avvento dell'*e-commerce* e la contrattazione telematica hanno, difatti, modificato il concetto di teoria generale del contratto. Basti pensare al procedimento di formazione del contratto online e segnatamente al contratto concluso online con modalità *point and click* e, ancora, alla stessa nullità di protezione come strumento volto alla tutela del contenuto minimo del contratto e a reagire all'introduzione delle clausole vessatorie. Anche in queste ipotesi, come già in altri casi affrontati dal legislatore comunitario, si assiste ad un superamento complessivo delle categorie classiche e si accede ad un sistema di tutela effettiva.

Ne consegue che l'era del contratto telematico ha portato ad una vivificazione dello stesso e non – come da alcuni sostenuto – alla sua decadenza; difatti, come è stato acutamente rilevato, *«solo il Codice civile – capace di attraversare con eccezionale vitalità, nonostante le ferite, le crisi istituzionali e l'indebolimento della Costituzione – mostra quella ricchezza di valori originari e quella straordinaria energia della durata indispensabile per reagire al tecnicismo dei fenomeni globali e alla crisi dell'unità territoriale»*<sup>77</sup>.

---

<sup>77</sup> Così E. TOSI, *Contratti informatici, telematici e virtuali, Nuove forme e procedimenti formativi*, cit., p. 32.

# DIRITTO MERCATO TECNOLOGIA

## Numeri Speciali

- 2016      **LO STATUTO ETICO GIURIDICO DEI CAMPIONI BIOLOGICI UMANI**  
a cura di Dario Farace
- 2017      **IL MERCATO UNICO DIGITALE**  
a cura di Gianluca Contaldi
- 2018      **LA RICERCA SU MATERIALI BIOLOGICI DI ORIGINE UMANA:  
GIURISTI E SCIENZIATI A CONFRONTO**  
a cura di Alberto M. Gambino, Carlo Petrini e Giorgio Resta
- 2019      **LA TASSAZIONE DELL'ECONOMIA DIGITALE TRA SVILUPPI RECENTI  
E PROSPETTIVE FUTURE.**  
a cura di Alessio Persiani

La rivista “Diritto Mercato Tecnologia” intende fornire un costante supporto di aggiornamento agli studiosi e agli operatori professionali nel nuovo scenario socio-economico originato dall’interrelazione tra diritto, mercato e tecnologia, in prospettiva interdisciplinare e comparatistica. A tal fine approfondisce, attraverso studi nei settori privatistici e comparatistici, tematiche afferenti in particolare alla proprietà intellettuale, al diritto antitrust e della concorrenza, alle pratiche commerciali e alla tutela dei consumatori, al biodiritto e alle biotecnologie, al diritto delle comunicazioni elettroniche, ai diritti della persona e alle responsabilità in rete.

