



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA

**DIPARTIMENTO DI SCIENZE ECONOMICHE ED AZIENDALI
“M. FANNO”**

**DIPARTIMENTO DI SCIENZE POLITICHE, GIURIDICHE E STUDI
INTERNAZIONALI**

CORSO DI LAUREA IN ECONOMIA E MANAGEMENT

PROVA FINALE

“CONTRATTI VIRTUALI E FIRME ELETTRONICHE”

RELATORE:

CH.MA PROF.SSA ARIANNA FUSARO

LAUREANDO: GIUSEPPE PARISE

MATRICOLA N. 1066490

ANNO ACCADEMICO 2015 – 2016

Indice.

INTRODUZIONE	Dalla carta al digitale.....pag. 3
PARTE 1	Documento analogico e documento informatico..... pag. 5
Capitolo 1.1	- I concetti di prova e documento in senso giuridico
Capitolo 1.2	- Documento informatico vs Documento analogico
Capitolo 1.3	- I contratti virtuali
Capitolo 1.4	- La sottoscrizione elettronica del documento informatico: la firma elettronica, aspetti generali e normativa
Capitolo 1.5	- Classificazione delle firme elettroniche e aspetti tecnici
PARTE 2	Efficacia giuridica dei documenti elettronici.....pag. 20
Capitolo 2.1	- Il documento informatico privo di firma
Capitolo 2.2	- Il documento informatico sottoscritto con firma elettronica non avanzata
Capitolo 2.3	- Il documento informatico sottoscritto con firma elettronica avanzata, ma non qualificata
Capitolo 2.4	- Il documento informatico sottoscritto con firma digitale (firma elettronica qualificata)
Capitolo 2.5	- Il documento informatico con firma digitale autenticata
Capitolo 2.6	- L'atto pubblico informatico
PARTE 3	Rilevanza pratica della materia: analisi di una sentenza..... pag. 25
Capitolo 3.1	- Il caso: Clotec Elettronica contro eBay
Capitolo 3.2	- La conclusione del contratto online
Capitolo 3.3	- La conoscibilità delle clausole generali
Capitolo 3.4	- L'approvazione delle clausole vessatorie (clausola "Abuso di eBay")
CONCLUSIONE	Un mondo digitale..... pag. 35

INTRODUZIONE. Dalla carta al digitale.

Sarebbe impossibile pensare al mondo globale ed interconnesso di oggi senza attribuire centrale importanza agli strumenti informatici e telematici che la tecnologia ha messo a disposizione della società, per lo sviluppo delle relazioni sociali, economiche, giuridiche. L'utilizzo di Internet ha raggiunto ormai un livello senza precedenti non solo per recuperare informazioni sui prodotti che si è intenzionati ad acquistare, ma anche e soprattutto per effettuare concretamente l'acquisto finale di beni e servizi. Proprio sul web si concludono ormai la maggior parte dei contratti e delle transazioni commerciali, sia tramite siti Internet appositamente dedicati (il mondo dell'*e-commerce* e delle piattaforme online di scambio e compravendita), sia tramite una serie di ulteriori strumenti come per esempio le *email*. Insomma, la carta e i contratti tradizionali sembrano destinati ad un futuro da attori non protagonisti.

Questo lavoro di approfondimento si concentra sugli aspetti giuridici dei contratti conclusi online, delineando alcuni profili tecnici e legislativi in materia, concentrandosi in particolare sul tema delle firme elettroniche.

In particolare, nella **Parte 1**, dopo una breve illustrazione dei concetti di prova e documento "tradizionali" (su supporti cartacei), vengono presentate le principali differenze tra documento analogico e documento informatico, e le peculiarità di quest'ultimo. L'attenzione è poi rivolta alle differenti tipologie di contratti conclusi in ambito informatico e telematico, nonché ai contratti virtuali, la specie più utilizzata nella realtà. Negli ultimi due capitoli, invece, si analizza il metodo di sottoscrizione per eccellenza dei documenti informatici: la firma elettronica (e le sue sotto-specie, tra cui particolare rilievo legislativo assume la firma digitale). Vengono accennati anche alcuni aspetti tecnici, senza nessuna pretesa di esaustività.

Diverse tipologie di firme elettroniche caratterizzano diverse tipologie di documenti informatici: ad ognuno di questi tipi il legislatore ha associato un diverso "grado" di efficacia davanti alla legge. Nella **Parte 2**, dunque, si prosegue l'analisi dei vari documenti informatici focalizzando l'attenzione sugli effetti giuridici correlati a ciascuno di essi: effetti che si determinano nella validità *ad substantiam* dell'atto, e nell'efficacia probatoria del documento in sede di giudizio.

La **Parte 3** capovolge l'ottica della questione: si passa infatti ad un importante caso concreto di giurisprudenza, una sentenza del Tribunale di Catanzaro del 2012 che riguarda la conclusione di un contratto virtuale, *business to business*, tra eBay, nota piattaforma di compravendita e aste

online, e un operatore commerciale di Catanzaro. Con gli strumenti giuridici delineati nei capitoli precedenti, si procede ad un'analisi completa della sentenza e dei suoi effetti.

PARTE 1. Documento analogico e documento informatico

1.1 - I concetti di prova e documento in senso giuridico

Il “documento” in quanto tale non è oggetto nell’ordinamento giuridico italiano di una disciplina specifica. Non si rinviene, perciò, nelle fonti giuridiche esistenti, una “disciplina generale” o anche solo una definizione predisposta dal legislatore per comprendere cosa costituisca per legge un documento e cosa no. È però possibile reperire alcune informazioni utili, come verrà approfondito successivamente, in una articolata normativa che concerne il documento sotto diversi profili, come le norme che riguardano l’efficacia dei documenti come mezzi di prova (Rizzo F., 2004). Tra le norme penali, inoltre, si fa riferimento ai reati di falso e alla tutela della pubblica fede, ossia la fiducia di ciascuno nella genuinità, autenticità e veridicità dei documenti (Ciacci G., 2001).

E’ comunque possibile, affidandosi alla dottrina e agli studiosi, delineare una nozione di documento, utile nella successiva analisi per confrontarne le varie tipologie (in primis le differenze tra documento digitale e analogico). È necessario però, in questa prima fase di definizione, partire dal concetto di “prova” (lo “strumento che serve al giudice per il controllo delle domande e delle affermazioni rese dalle parti nel corso del processo” - Carnelutti F., 1986, pag. 423), e cioè quello strumento che rende possibile il collegamento tra ciò che le parti in un processo affermano di essere avvenuto e ciò che il giudice stabilisce di essere avvenuto.

Si distinguono (Navone G., 2012): la prova diretta o immediata (in cui l’oggetto di percezione da parte del giudice è il fatto stesso da provare, si pensi al corpo infortunato di una vittima di incidente) e la prova indiretta (quando l’esistenza o l’inesistenza del *factum probandum* è dedotta da un fatto intermedio che è mezzo per la conoscenza di esso, si pensi ad un banale contratto di affitto). Ovviamente, il campo operativo delle prove indirette è molto più vasto delle prove dirette poiché esse consentono di rappresentare fatti accaduti in passato, o comunque impossibili da essere percepiti direttamente dal giudice.

La dottrina si riferisce al documento come una cosa formata in presenza del fatto storico rappresentato allo scopo di fornirne una rappresentazione permanente, o, in altre parole (Rizzo F., 2004, pag. 57) si può definire come “*il prodotto dell’attività umana che serve a conservare ed eventualmente comunicare l’idea di un fatto*”. In questa frase si mettono in luce tutte le caratteristiche che distinguono un documento rilevante per l’ordinamento giuridico.

- **Artificialità.** Il documento deve essere il risultato di un lavoro umano, senza il quale non può esistere dato che in natura non sono di per sé presenti documenti. Il documento non è una “cosa”

e non è un “segno”, ma l’unione di queste due (si definisce anche infatti “*res signata*”, oggetto sul quale l’uomo ha agito).

- **Rappresentazione.** Fondamentale riconoscere che il documento *in sé* non origina alcuna rappresentazione di un fatto; è anche qui condizione necessaria l’intervento umano per riconoscere i segni contenuti nel documento che possono rievocare il fatto (fatto che viene rappresentato solamente nella mente del lettore). La rappresentazione è un elemento esterno al documento, e avviene solamente quando chi esamina il documento possiede il codice semantico che governa i segni che trattengono l’idea. È possibile distinguere tra documenti indiretti e documenti diretti: con i primi ci si riferisce a documenti che hanno come mezzo di rappresentazione la scrittura, i secondi invece documenti tramite i quali la rappresentazione si ottiene immediatamente (si pensi a un documento fotografico o sonoro).

- **L’idea del fatto.** Ogni fatto che si realizza si perde nel momento stesso in cui esso avviene; per questo il documento può solo veicolare l’idea del fatto avvenuto.

Nel documento è possibile individuare un elemento materiale (il più diffuso ancora oggi risulta essere il supporto cartaceo, anche se ciò non toglie che altri tipi di supporti possano costituire documento) e l’elemento immateriale (il fatto rappresentato dal documento). Legislatore e dottrina (Ciacci G., 2002, pag. 4) tendono a considerare quasi esclusivamente documenti scritti (quindi su supporto cartaceo) nella disciplina dell’efficacia costitutiva, probatoria o esecutiva, preferendolo a documentazioni diverse, come la prova orale o anche video-fotografica.

Da notare l’importanza della parola “*eventualmente*” nella definizione proposta in precedenza. La funzione del documento non è quella di rappresentare un fatto e neppure quella di prova in un processo, in quanto queste sono funzioni appunto eventuali ed accessorie, effetti esterni al documento. Il documento esiste anche in assenza della sua rappresentazione, conservando l’idea del fatto. È comunque la funzione privilegiata: il documento mira a sollecitare una risposta comportamentale nel destinatario; più precisamente, una risposta interpretativa, ampiamente condizionata dal documento stesso (Navone G., 2012, pag. 20).

L’idea del fatto contenuto nel documento deve riferirsi non ad un fatto qualsiasi, bensì ad un fatto giuridicamente rilevante. Come sottolineato in dottrina, nella realtà odierna anche il fatto più insignificante ha una sua giuridicità. Una semplice azione compiuta da un individuo, se rappresentata in un documento, può esplicitare un principio giuridico come ad esempio quelli costituzionali (diritto alla libertà personale – art. 13 Cost., diritto di espressione di pensiero – art. 16 Cost., eccetera).

La definizione ricavata e qui proposta appare piuttosto ampia. Ulteriori precisazioni sono obbligatorie: il fatto desumibile dal documento deve riferirsi a eventi che riguardino relazioni sociali, e il fatto deve essere conservato nella sua interezza (non solo l'azione svolta, ma anche chi l'ha compiuta).

Ci si sofferma ora brevemente sui diversi tipi di documenti disciplinati nell'ordinamento giuridico, cui il legislatore ha attribuito diversa validità di fronte alla legge in base al fatto che siano scritti e sottoscritti (e da chi):

- L'**atto pubblico** (art. 2699 c.c.) è "il documento redatto e sottoscritto, previo rispetto delle formalità previste dalla legge, da un notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato ad attribuire pubblica fede all'atto, ovvero fiducia della sua veridicità" (Tommasi F., 2002, pag. 17). L'atto pubblico fa piena prova della provenienza del documento e delle dichiarazioni avvenute in presenza del pubblico ufficiale o notaio.

- La **scrittura privata** (art. 2702 c.c.) è invece il documento sottoscritto dal privato. Elemento essenziale e imprescindibile è la sua sottoscrizione autografa. La scrittura privata, non autenticata da un notaio o da un pubblico ufficiale, non ha la stessa validità probatoria dell'atto pubblico e fa piena prova soltanto contro colui che ha sottoscritto il documento, e non a suo favore.

Per **documentazione** si intende "l'operazione attraverso cui l'atto, cioè il negozio rappresentato nel documento, viene reso manifesto, prescindendo quindi dal suo contenuto". Nelle attività private la legge distingue la documentazione richiesta per la validità dell'atto (forma richiesta *ad substantiam*) e la documentazione ai fini di prova (forma *ad probationem*). Nel primo caso la documentazione è necessaria e appartenente alla forma dell'atto, nel secondo caso la forma non pregiudica sostanzialmente la validità dell'atto e per questo la funzione probatoria prescinde dall'attività di documentazione (ci si riferisce al documento scritto, non all'attività dello scrivere, fondamentale invece nel primo caso per la validità dell'atto) (Ciacci G., 2002, pag. 7).

1.2 - Documento informatico vs Documento analogico

Quando si indaga il rapporto tra diritto e tecnologia, solitamente l'attenzione si concentra sui modi in cui il primo regola e disciplina la seconda. Ma questa relazione ha anche senso opposto: la tecnologia disponibile si serve del diritto al fine di perseguire determinati obiettivi (ad

esempio, la certezza delle relazioni giuridiche). Al cambio di tecnologia corrisponde un cambio delle regole (Pascuzzi G., 2002, pag. 71).

L'ordinamento si preoccupa in particolar modo della forma degli atti giuridici: è importante riferire una certa manifestazione di volontà a un determinato soggetto, si vuole la certezza del contenuto della manifestazione di volontà, e si vuole la certezza che la volontà del soggetto (o la sua rappresentazione) resti immutata nel tempo. Per esempio: Caio vuole vendere la sua automobile a Sempronio; entrambi esigono la certezza che lo scambio avvenga effettivamente tra le due parti, per quella precisa automobile che Caio vuole vendere, e le condizioni dello scambio dovranno essere verificabili in ogni momento futuro.

L'esigenza di certezza dei contenuti si ritrova in primis nell'art. 1350 c.c. che impone il ricorso alla forma scritta (atto pubblico o scrittura privata) per alcuni atti. Tutte queste regole sono state create con un elemento comune: fanno riferimento alla tecnologia disponibile nel momento in cui sono concepite. Prima di tutte, la carta: il segno indelebile sulla carta rende imm modificabile il messaggio, facilita la conservazione, la circolazione e agevola la sottoscrizione (la firma). Tutte queste peculiarità intrinseche al supporto cartaceo hanno portato alla creazione di un'equivalenza tra il concetto di documento e quello di "carta".

Con l'evoluzione della tecnica, nuovi e numerosi supporti e mezzi sono stati predisposti e messi a disposizione della società per conservare e far circolare testi. Nuovi supporti che richiedono puntualmente nuove regole giuridiche o aggiornamenti delle stesse, con lo scopo di raggiungere gli stessi obiettivi che assicura la carta tradizionale (e su cui si basa l'impianto giuridico nazionale).

Già nel 1997 il legislatore italiano ha raccolto la sfida (Pascuzzi G., 2002): l'art. 15 comma 2 della legge 15 marzo 1997 n. 59 stabiliva che "gli atti, dati e documenti formati dalla pubblica amministrazione e dai privati con strumenti informatici e telematici, i contratti stipulati nelle medesime forme, nonché la loro archiviazione e trasmissione con strumenti informatici sono validi e rilevanti a tutti gli effetti di legge". Con successivo d.p.r. 10 novembre 1997, n. 513 è stata regolamentata la formazione, l'archiviazione, la trasmissione di documenti con strumenti informatici e telematici. Il d.p.r. recita nel primo articolo: "Ai fini del presente regolamento, si intende per documento informatico, la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti". Ulteriori regole tecniche sono state definite dal d.p.c.m. 8 febbraio 1999, e, come si dirà ampiamente nel capitolo successivo, dalla direttiva 1999/93/CE relativa alle firme elettroniche (modalità di sottoscrizione del documento elettronico che garantisce prova della provenienza delle dichiarazioni del sottoscrittore).

Il testo normativo centrale è stato comunque il d.p.r. n. 445 del 28 dicembre 2000, pubblicato in G.U. n. 42 del 20 febbraio 2001, e cioè il “Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa”. Questo testo ha abrogato e inglobato il già menzionato d.p.r. 10 novembre 1997, n. 513, che come accennato riguardava la validità giuridica del documento informatico.

La questione da chiarire resta quella di definire che cosa intenda il legislatore per documento informatico. “La rappresentazione informatica (rectius: il documento informatico) consiste nel risultato della documentazione effettuata con l’ausilio di un computer, della macchina, cioè, che riproduce l’informazione in forma codificata binaria; il computer elabora infatti l’informazione mediante linguaggio binario, sì che la rappresentazione informatica consiste in una sequenza di segni di siffatto linguaggio, e cioè in una sequenza di bit¹” (Rizzo F., 2004, pag. 265). E’ solo attraverso l’uso di un computer, quindi, che l’informazione originaria è resa visualizzabile, conservabile ed è resa circolabile, proprio perché tradotta ed elaborata dal computer. L’apparato tecnico è indispensabile per rendere intellegibile il contenuto del supporto informatico altrimenti incomprensibile per l’uomo.

Differenza fondamentale tra documento informatico ed analogico sta nel requisito della materialità. Documento è infatti una *res*, una cosa, un oggetto materiale dotato di fisicità. E’ sempre stato un fattore imprescindibile: la *res* diviene “*res signata*” quando il supporto viene elaborato e sottoscritto. Discorso opposto per il documento informatico: esso non può essere toccato, non è “fisicamente tangibile” (Rizzo F., 2004, pag. 268). Si parla molto spesso infatti di documento “dematerializzato”.

La “smaterializzazione” non è un fenomeno nuovo in assoluto: si è assistito negli ultimi anni in particolar modo ad un progresso inarrestabile in quasi tutti i campi. Si pensi per esempio alle transazioni finanziarie: enormi quantità di denaro passano ogni giorno da una all’altra parte del mondo, senza che una sola banconota cartacea o moneta venga spostata di mano in mano (Rizzo V. (a cura di), 2000, pag. 95).

In realtà, il documento informatico non è fisicamente percepibile dai sensi umani, ma è percepito dal computer, che elabora il documento che comunque è sempre contenuto in un particolare supporto; il supporto deve sempre esistere, e anche se il documento non è direttamente “leggibile” dall’occhio umano da quella memoria che lo contiene (un cd, un hard

¹ Il termine bit deriva dalla crasi di *binary digit* (“cifra binaria”) ed è utilizzato per individuare l’unità minima di informazione che l’elaboratore è in grado di ricevere (CIACCI G., 2002, pag. 18)

disk, una pen drive), è essenziale: in assenza del supporto, infatti, si avrebbe un flusso elettrico o magnetico che si volatilizzerebbe all'istante.

La sottoscrizione di un documento informatico non può avvenire nello stesso modo di un documento cartaceo, ovviamente. “Il documento informatico non si lega in modo irreversibile al supporto; il documento cartaceo, al contrario, è conseguenza della fusione di due materiali, carta e inchiostro (...) la cui eventuale alterazione è accertabile grazie alla stabilità del documento” (Rizzo V. (a cura di), 2000).

Nel documento cartaceo viene certificato il supporto, non l'informazione contenuta in esso. Vengono utilizzati a questo proposito una serie di strumenti (le firme, i timbri, i sigilli, anche dispositivi di sicurezza come le barrette di filigrana speciale contenuti nelle banconote...) che autenticano il contenente, non il contenuto. Invece, nel documento informatico, “il contenuto digitale è perfettamente separabile dal contenitore” (Ciacci G., 2002, pag. 102), e cioè il supporto di cui si è parlato in precedenza: l'autenticazione riguarda direttamente l'informazione contenuta nel supporto.

Modificare un documento informatico è invece possibile, e addirittura anche in modo che della modifica non ve ne rimanga traccia. E' stato indispensabile quindi creare un sistema tecnologico che permettesse l'autenticazione e la sottoscrizione; data però la non sottoscrivibilità intrinseca dei documenti elettronici, sono stati analizzati dal legislatore diversi sistemi che permettessero di svolgere un'equivalente funzione della firma autografa.

Il legislatore italiano, il primo in Europa, ha appunto individuato nella firma elettronica (in particolare, come si vedrà avanti, la firma digitale) il mezzo giuridico di assunzione di paternità. La firma elettronica viene definita dalla legge come “l'insieme di dati in forma elettronica, allegati oppure connessi tramite associazione logica ad altri dati elettronici, utilizzati come metodo di autenticazione informatica” (Rizzo F., 2004, pag. 283). Con “firma elettronica” si intende quindi un genere, a cui appartengono diverse sotto-specie di metodi di autenticazione di un documento elettronico. Come verrà analizzato in un successivo paragrafo, si distingue dagli altri tipi di firma elettronica, la firma elettronica avanzata (“ottenuta attraverso una procedura informatica che garantisce la connessione univoca al firmatario e la sua univoca identificazione, creata con mezzi sui quali il firmatario può conservare un controllo esclusivo e collegata ai dati ai quali si riferisce in modo da consentire di rilevare se i dati stessi siano stati successivamente modificati”).

Scendendo ancor più nello specifico, una specie di firma elettronica avanzata è la firma digitale (“basata su un sistema di chiavi asimmetriche a coppia, una pubblica e una privata”), ma non viene considerata come ulteriore e diversa specie la firma elettronica qualificata (che si basa su un certificato qualificato). Quest’ultima è considerata una semplice qualificazione giuridica.

1.3 - I contratti virtuali

Dopo aver delineato, dal punto di vista giuridico e legislativo, gli aspetti essenziali della prova e del documento informatico, e delle sue caratteristiche che lo rendono differente dal documento “tradizionale” cartaceo, si vuole ora puntare l’attenzione sugli aspetti connessi alla materia della contrattazione telematica, che risulteranno fondamentali nel prosieguo della trattazione e nell’analisi della sentenza nella Parte 3. Al contratto è, in ogni caso, attribuita notevole importanza dal diritto dell’era digitale (Pascuzzi G., 2002); è al contratto infatti che si affida il compito di determinare le regole applicabili nei casi concreti come effetto anche dei fenomeni di dematerializzazione del diritto.

Gli strumenti che la Rete mette a disposizione vengono sempre più frequentemente impiegati per le attività commerciali, oltre che per soddisfare diversi fini: si pensi alle imprese che utilizzano Internet per meglio presentare, pubblicizzare e diffondere i propri prodotti e servizi, oltre che le informazioni generali sulle strutture e le attività; o ancora, per i consumatori intenzionati a conoscere meglio i prodotti che desiderano acquistare, per scegliere quello con il rapporto qualità-prezzo più elevato e magari procedere in maniera diretta all’acquisto del bene risparmiando sui costi relativi alla distribuzione. E’ quindi innegabile che nel mondo odierno sia aumentata la frequenza degli acquisti online, e quindi la conclusione di contratti attraverso il web.

Da sempre scienza, tecnologia, società, diritto ed economia sono mondi strettamente connessi e correlati tra loro: in particolare “la continua evoluzione delle tecnologie di comunicazione si riflette incessantemente sulle regole della contrattazione” (Tosi E., 2010, pag. 3). Negli anni in cui i sistemi informatici e di Internet diventavano sempre più complessi e raffinati, la dottrina ha elaborato diverse proposte di classificazione per cercare di inquadrare varie tipologie di contratti telematici e informatici, “nuovi” istituti negoziali che abbracciavano sia nell’oggetto, sia nella forma e formazione, i nuovi strumenti informatici nati dall’evoluzione della tecnologia e del *world wide web*.

All'inizio dello studio di questa tipologia di contratti si utilizzava il termine "contratti di informatica" per indicare quei contratti che avessero un oggetto informatico; successivamente, i termini "contratti informatici" o "contratti telematici" hanno iniziato ad essere usati indifferentemente, come sinonimi, sia per i contratti a oggetto informatico sia per i contratti a forma e formazione informatica.

Si prenderà come riferimento per la classificazione del fenomeno contrattuale riferito alle nuove tecnologie informatiche quello basato sui quattro criteri di classificazione (Tosi E., 2010, pag. 38):

- 1) *oggetto* del contratto;
- 2) *forma* del contratto;
- 3) *formazione* del contratto;
- 4) *esecuzione* del contratto.

Partendo dalla classificazione per **oggetto** del contratto, si distinguono:

- Contratti ad oggetto informatico e contratti ad oggetto telematico. Queste prime due tipologie comprendono le due sottospecie di (1) contratti di utilizzazione del computer (acquisizione da terzi di strumenti, hardware, software per soddisfare le proprie necessità di prestazioni informatiche) e (2) contratti di servizi informatici o telematici (acquisizione da terzi delle prestazioni informatiche per soddisfare le proprie necessità – esempio fruizione di banche dati, fruizione di risorse informatiche di terzi come il personale tecnico specialistico per la manutenzione hardware e software in outsourcing...).
- Contratti aventi ad oggetto i servizi di connessione ad Internet (alcuni esempi si trovano nei contratti di connessione ad Internet offerti dai provider, contratti di attivazione di posta elettronica, contratti di registrazione di *domain name* per siti Internet, contratti di pubblicità online...).
- Contratti ad oggetto virtuale o contratti di accesso (ad esempio, l'utilizzo di beni immateriali tramite licenza d'uso o vendita della singola riproduzione, come banche dati, software, musica, film, opere multimediali...).

Passando alla classificazione sotto il profilo della **forma** e **formazione** del contratto (due concetti strettamente relazionati in un'ottica di dematerializzazione, come si è visto), si distinguono:

- Contratti informatici o contratti a forma informatica (quando le parti si trovano nello stesso momento tutte nello stesso luogo – *inter praesentes*)
- Contratti telematici o contratti a forma telematica (quando una parte propone un’offerta e le altre parti, anche successivamente, concludono il contratto tramite l’accettazione – *inter absentes*)
- Contratti virtuali in senso lato (contratti stipulati utilizzando le tecnologie di comunicazione basate su Internet, a distanza)
- Contratti virtuali in senso stretto (contratti virtuali al pubblico e asimmetrici, conclusi utilizzando piattaforme di commercio elettronico basate sul web, e in particolare con il procedimento formativo del “tasto negoziale virtuale”)
- Contratti digitali (contratti stipulati mediante l’utilizzo della firma digitale)
- Contratti cibernetici (in cui l’elaboratore elettronico interferisce autonomamente nella fase di formazione del contratto)

Tra questi, il **contratto virtuale** è la tipologia che vede la maggiore applicazione nella pratica. Esso è una sottospecie del contratto a conclusione telematica, ne costituisce una evoluzione tecnologica e giuridica (in quanto non si riferisce solo all’utilizzo del *world wide web* per la sua conclusione, ma anche a tutti gli altri “spazi” di Internet, dalla posta elettronica alle app per smartphone). “Virtuale” non è quindi riferito, come si può erroneamente credere, ai soggetti contraenti, che sono a tutti gli effetti reali, e nemmeno all’oggetto, che può riferirsi sia ad un bene materiale che immateriale. Come si è già delineato nella classificazione, è importante distinguere tra *contratto virtuale in senso ampio* (contratto concluso tramite tecnologia di posta elettronica o altri dispositivi telematici similari, tramite i quali vi è la semplice trasmissione del messaggio a contenuto negoziale) e *in senso stretto*, quest’ultimo basato sul perfezionamento tramite pressione del “tasto negoziale virtuale” ed eventualmente anche un dispositivo di firma digitale o firma elettronica avanzata. Esso è caratterizzato anche dall’assenza di contrattazione tra le parti, essendo predisposto unilateralmente e offerto ad un pubblico indistinto. È preminente nella realtà rispetto al contratto virtuale in senso ampio (Clarizia R., 2007, pag. 82).

Si possono distinguere in funzione dello status delle parti contraenti, varie sottocategorie negoziali (sempre Clarizia R., 2007): contratti virtuali d’impresa (B2B, *business to business*), contratti virtuali con i consumatori (B2C, *business to consumer*), contratti virtuali tra consumatori (C2C, *consumer to consumer*), e contratti virtuali tra Pubblica Amministrazione e

imprese (c.d. *e-procurement*). “Impresa” si definisce come “soggetto economico professionale, ossia, normalmente, imprenditore o società commerciale”. Per “consumatore” si intende esclusivamente “persona fisica, soggetto economico non professionale che agisce per scopi estranei all’attività di impresa o della propria attività professionale”.

Per finire, sulla base dell’**esecuzione** del contratto si individua la sottocategoria dei contratti ad esecuzione informatica o telematica. Questi ultimi sono intesi quei contratti di servizi (conclusi in maniera non telematica, ma in modo tradizionale tra fornitore del servizio e cliente) che hanno ad oggetto una fruizione di servizi telematici puri (ad esempio, il contratto di attivazione del servizio Bancomat).

Per concludere questo breve excursus sugli istituti negoziali che riguardano (nella forma, nella formazione, nell’oggetto o nell’esecuzione) l’informatica e / o la telematica, si può ribadire che il contratto è quello strumento con il quale si manifesta in modo più emblematico l’autonomia privata, che è anche libertà delle forme. Perciò, in considerazione di ciò, “tutti i contratti per i quali non è prevista una particolare forma possono essere conclusi con mezzi informatici”, anche senza l’utilizzo di firma elettronica o altri dispositivi particolari; invece, per quei contratti per cui è espressamente richiesta dalla legge la forma scritta, “troveranno un loro equivalente digitale nella firma elettronica e nella firma elettronica avanzata” (Finocchiaro G., 2003, pag. 138).

Con ciò ci si collega e si prosegue l’approfondimento del tema analizzando la sottoscrizione elettronica del documento informatico (concetti applicabili ovviamente ai contratti virtuali, che sono dei documenti informatici).

1.4 - La sottoscrizione elettronica del documento informatico: la firma elettronica, aspetti generali e normativa

Basta un rapido sguardo all’estesa produzione normativa italiana riguardante la firma digitale e le firme elettroniche per rendersi conto della centralità che questi strumenti hanno nel panorama informatico e digitale. La *ratio* di queste norme (Finocchiaro G., 2003, pag. 11) è il riconoscimento del valore giuridico del documento informatico e, inoltre, la necessità di dichiarare equivalenti, sotto il profilo giuridico, firma digitale e firma elettronica alla sottoscrizione autografa.

Si può essere portati a pensare che questa normativa sia essenziale per il corretto funzionamento del commercio elettronico; ma bisogna sempre ricordare, come detto in precedenza, che il commercio elettronico altro non è che un insieme di contratti, e i contratti si caratterizzano per il principio della libertà delle forme, rendendo solo eventuale l'applicazione delle norme in particolari situazioni (si rimanda, ad esempio, al caso della sentenza riportata nella Parte 3, riguardante l'approvazione di clausole vessatorie). Il commercio elettronico, in sostanza, non richiede una legislazione che specificamente riconosca il valore giuridico delle firme elettroniche o della firma digitale, essendo in ogni caso comunque validi quei contratti conclusi attraverso il *click* di un pulsante su una pagina web, o perfezionati tramite posta elettronica, o comunicando il numero della carta di credito. Inoltre questa legislazione è per sua natura limitata territorialmente (si riferisce al territorio nazionale) e quindi inadeguata e incompatibile a regolare un fenomeno mondiale come quello di Internet (Finocchiaro G., 2003).

L'utilizzo e lo sviluppo della firma digitale e delle firme elettroniche possono invece avere effetti positivi per quanto riguarda lo stimolo della fiducia dei consumatori nel commercio elettronico. Anche se con gli anni le abitudini sono cambiate, ancora molte persone evitano la conclusione di contratti, anche quelli che riguardano importi limitati, sul web, e la causa principale è evidentemente la scarsa fiducia in questo mezzo di comunicazione. In quest'ottica, la direttiva europea e i numerosi provvedimenti sulla firma digitale possono porsi come obiettivo la rimozione degli ostacoli giuridici e l'accelerazione dello sviluppo del settore, con l'aumento della fiducia dei consumatori.

Analizzando questo complesso quadro normativo nazionale in materia, possiamo ricondurre le principali fonti normative su documento informatico, firme elettroniche e firma digitale nei seguenti testi legislativi (Finocchiaro G., 2003, pag. 20):

- Il primo fondamentale testo di riferimento è la **legge 15 marzo 1997, n. 59** (“Delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della Pubblica Amministrazione e per la semplificazione amministrativa”) – già citato a proposito del documento informatico (validità e rilevanza di atti, dati, contratti e documenti formati con strumenti informatici o telematici).

- Il **d.p.r. 28 dicembre 2000, n. 445** (“Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa”); decreto legislativo 23 gennaio 2002 n. 10 (“Attuazione della **direttiva 1999/93/CE** relativa ad un quadro comunitario per le firme elettroniche”) e infine il d.p.r. 7 aprile 2003, n. 137. Con il decreto legislativo 10/2002 il legislatore ha introdotto, a fianco della firma digitale, la disciplina delle firme elettroniche (a

loro volta distinte in firme elettroniche, firme elettroniche avanzate, firme elettroniche qualificate), portando così all'individuazione nell'ordinamento giuridico italiano di quattro tipi di firme informatiche, di cui si tratteranno le differenze nel successivo paragrafo. Ciò è avvenuto in conseguenza della direttiva europea sulle firme elettroniche, che come si vedrà è un genere più ampio della firma digitale e soprattutto non tecnologicamente definito.

- Infine, anche se la parola fine per quanto riguarda le norme in materia sembra non essere ancora stata scritta, fondamentale è stata l'emanazione del **decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 8217, il “Codice dell'amministrazione digitale”**. Al suo interno è confluita, non senza modificazioni, gran parte della disciplina racchiusa nel “Testo unico sulla documentazione amministrativa”. Ad oggi esso è il principale “contenitore” della regolamentazione giuridica del documento informatico e delle firme elettroniche (Navone G., 2012, pag. 90).

Alle norme sopra citate, si aggiunge tutta una serie di regolamenti tecnici, decreti, circolari, necessari per l'attuazione concreta delle disposizioni legislative (si ricordano, a titolo esemplificativo, la prima modifica del Codice dell'amministrazione digitale con il d. lgs. 4 aprile 2006, n. 159; e le “Regole tecniche in materia di generazione, apposizione e verifica delle firme digitali e validazione temporale dei documenti informatici”, d.P.C.M. 30 marzo 2009). Si può quindi parlare della normativa in materia come di una legislazione “multilivello” che si articola a livello comunitario con la direttiva europea e a livello nazionale con il Codice dell'amministrazione digitale e le numerose norme tecniche di attuazione, che sembrano quasi “rincorrere la tecnica”, segno più che eloquente “della resistenza opposta da questa materia a farsi ingabbiare nelle maglie del diritto” (Navone G., 2012).

È importante sottolineare che le norme in materia non nascono originariamente per disciplinare aspetti del commercio elettronico tra privati, ma bensì per l'esigenza delle Pubbliche amministrazioni di trasmettere documenti e atti giuridici tramite rete Internet. Con successive modifiche alle norme originarie, la normativa è stata estesa a “tutti gli atti elettronici, dati, documenti e contratti, conclusi, formati e trasmessi anche fra privati”.

1.5 - Classificazione delle firme elettroniche e aspetti tecnici

Firma elettronica e firma digitale, come già accennato, non sono sinonimi: la prima è in realtà una categoria generale, di cui la firma digitale è una sotto-specie. La differenza è anche terminologica: il termine “elettronico” si riferisce generalmente a “tutte le apparecchiature il cui funzionamento è fondato sul controllo dei flussi di elettroni attraverso transistor, valvole,

circuiti integrati e altri componenti del genere” (Cammarata M., 2003, pag. 47). Gli apparecchi elettronici si dividono in dispositivi “analogici” (televisore, radio, giradischi, ...) e dispositivi “digitali” (computer, smartphone, ...). Senza addentrarsi in eccessivi tecnicismi, la principale differenza sta nell’impiego, da parte dei secondi, di due soli livelli di segnale per la trasmissione di segnali elettrici (che verranno “tradotti” in messaggi): lo stato 0 e lo stato 1, i due valori del bit (*binary digit*, cioè cifra binaria).

L’utilizzo dell’espressione “firma elettronica” secondo alcuni sarebbe addirittura fuorviante ed inutile: non esistono esempi concreti di “firma elettronica analogica” (Cammarata M., 2003). La questione è comunque del tutto lessicale, come anche quella relativa ai termini “informatico” e “telematico”. Con il primo si intende tutto ciò che viene trattato da un computer, con il secondo i contenuti che sono trasmessi a distanza. Questa distinzione risulta eccessivamente minuziosa e inadeguata nel contesto attuale: tutto ciò che è informatico è anche telematico, perché qualsiasi contenuto informatico può essere trasmesso in qualsiasi momento.

Tuttavia, è necessario basarsi sulle nozioni utilizzate dal legislatore nazionale (e in senso più ampio anche quello comunitario, dato che le leggi italiane sono in molti casi recepimento di direttive europee), che utilizza l’espressione “firma elettronica” come un ampio genere, all’interno del quale ricadono una pluralità di specie e di sotto-specie. Più precisamente, nel quadro attuale, due sono le specie di firma elettronica: la “firma elettronica avanzata” e la “firma elettronica non avanzata” (o “semplice”). Nell’ambito della firma elettronica avanzata si trova la sotto-specie della “firma elettronica qualificata”, ed è solo sotto-specie di quest’ultima la “firma digitale” (Navone G., 2012, pag. 100). Si procederà nell’analisi partendo dal generale e via via addentrandosi nel particolare, ovvero arrivando all’analisi e alle caratteristiche della firma digitale.

> *Firma elettronica*

Definita dal Codice dell’amministrazione digitale (che riprende esattamente il testo della direttiva 1999/93/CE), art. 1 lettera q, come “l’insieme dei dati in forma elettronica, allegati oppure connessi tramite associazione logica ad altri dati elettronici, utilizzati come metodo di identificazione informatica”, questa definizione di **firma elettronica** è caratterizzata da un approccio aperto del legislatore. Ciò significa che la nozione proposta non individua tassativamente una particolare metodologia che consenta la verifica dell’identità dell’autore di un documento informatico, ma resta aperta alla rapida evoluzione tecnologica e al carattere globale di Internet. Ciò che delinea una firma elettronica è, in sostanza, la sua funzione di “imputazione della paternità di un documento informatico” (Navone G., 2012).

> *Firma elettronica avanzata e non avanzata*

Come anticipato in precedenza, si tratta delle due grandi classi di firme elettroniche. La “**firma elettronica avanzata**” è definita (art. 1, comma 1, lett. q-bis, del Codice dell’amministrazione digitale, così come modificato ed integrato dal d. lgs. n. 235 del 2010) come quella firma elettronica che soddisfi le seguenti caratteristiche: (a) idoneità a consentire l’identificazione del firmatario del documento; (b) garanzia di connessione univoca tra documento e firmatario; (c) essere creata con mezzi sui quali il firmatario ha controllo esclusivo; (d) collegamento ai dati ai quali la firma si riferisce in modo da permettere di verificare se gli stessi sono stati successivamente modificati (integrità del documento). Con una certa approssimazione, date queste caratteristiche funzionali, si può affermare che il legislatore abbia concepito la firma elettronica avanzata come l’equivalente informatico della sottoscrizione autografa.

Non trova invece nozione legale il concetto di “**firma elettronica non avanzata**”, che in via interpretativa si può comunque ricavare, riferendosi a ciò che rimane dalla definizione di firma elettronica dopo la sottrazione della categoria di firma elettronica avanzata. Dunque, quando è assente uno o più dei requisiti previsti dal Codice dell’amministrazione digitale, ma è sempre comunque possibile risalire all’identità del firmatario del documento elettronico, si parla della specie non avanzata di firme elettroniche.

> *Firma elettronica qualificata*

L’art. 1, lett. r, del Codice dell’amministrazione digitale, recita le due linee guida su cui si basa la distinzione tra **firma elettronica qualificata** e firma elettronica semplicemente avanzata: la prima è (a) realizzata mediante un dispositivo sicuro per la creazione della firma, e (b) basata su un certificato qualificato (cioè rilasciato da un apposito soggetto, il certificatore, che deve essere connotato da “particolari indici di affidabilità” – Navone G., 2012, pag. 115). Pur nel rispetto del principio di neutralità tecnologica ricordato in precedenza, si nota che il legislatore abbia quasi modellato la definizione di firma elettronica qualificata sulla base di quella che è la tecnologia particolare della firma digitale.

> *Firma digitale*

La **firma digitale** è “una tecnologia matematico-informatica che si propone di realizzare nel documento informatico le stesse funzioni tradizionalmente soddisfatte dalla sottoscrizione nel documento cartaceo” (Rizzo V. (a cura di), 2000, pag. 117). Dal punto di vista tecnologico, seppure non addentrandosi nei particolari che risulterebbero fuorvianti dalla trattazione dell’argomento in ottica del diritto applicato al sistema economico, la firma digitale è un codice

informatico, più o meno lungo (circa un centinaio di caratteri), che è il risultato di un procedimento di cifratura asimmetrico e di una chiave privata su di un documento informatico.

Firma digitale è quindi una coppia di chiavi di cifratura, una pubblica e una privata, che “consente al titolare tramite la chiave privata e al destinatario tramite la chiave pubblica, rispettivamente, di rendere manifesta e di verificare la provenienza e l’integrità di un documento informatico o di un insieme di documenti informatici”. Questa stessa definizione legale (contenuta nell’art. 1, comma 1, lett. s del Codice dell’amministrazione digitale) è quindi, a differenza delle altre viste in precedenza, orientata dal punto di vista tecnologico ad una determinata metodologia tecnica (quella a doppia chiave asimmetrica).

Le certezze che possono essere garantite (relativamente al grado di complessità e robustezza del sistema di cifratura) sono quella della corrispondenza della chiave privata a quella pubblica (e quindi che la firma è valida), e che il documento informatico non è stato modificato dal momento del calcolo e quindi dell’apposizione della firma stessa (e quindi l’integrità del documento).

Non è invece assolutamente certo che l’identità del soggetto sottoscrittore sia effettivamente quella di chi ha apposto la firma digitale: infatti il meccanismo di correlazione tra le chiavi, pubblica e privata, è del tutto matematico, a differenza della sottoscrizione autografa che stabilisce una corrispondenza immediata tra sottoscrittore e sottoscrizione. La firma “tradizionale” su carta rappresenta un dato “somatico e personale” (ogni persona ne possiede una diversa), quella digitale è invece potenzialmente utilizzabile allo stesso modo da tutti, per questo a volte ci si riferisce alla firma digitale come ad un “sigillo informatico” (Rizzo V. (a cura di), 2000, pag. 118).

PARTE 2. Efficacia giuridica dei documenti elettronici

Il documento informatico (come definito dal Codice dell'amministrazione digitale, art. 1 lett. p, "la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti") può indiscutibilmente essere sottoscritto elettronicamente, seppur con le dovute differenze con la sottoscrizione autografa, come ampiamente visto nella Parte 1.

Gli aspetti più rilevanti in pratica (Gentili in Clarizia R., 2007 pag. 130) sono relativi alle due funzioni giuridiche che il documento, anche su supporto cartaceo, assolve. Esse sono:

- La validità dell'atto, o la produzione di effetti giuridici. Il documento è infatti diretta espressione della volontà personale; nella legislazione, l'area interessata da questo aspetto è quello della *forma*.
- La dimostrazione dei rapporti giuridici. Il documento deve provvedere a soddisfare effetti di certezza legale connessi all'attività di documentazione, deve essere certo e dimostrabile il testo adottato; nella prospettiva normativa, si parla di *prova*.

Nel panorama tradizionale dei documenti, si distinguono (come già accennato), quattro tipi: il documento non sottoscritto, il documento con sottoscrizione presuntivamente autografa (scrittura privata), il documento con sottoscrizione autenticata, l'atto pubblico. Parlando di documenti informatici, la pluralità di firme elettroniche esistenti nel panorama attuale, rende indispensabile un'ulteriore distinzione delle cosiddette "scritture private informatiche" (mentre il documento non sottoscritto e l'atto pubblico non sembrano ammettere varianti).

Ci si focalizzerà quindi su ben sei tipologie di documento informatico, di cui si analizzerà sinteticamente l'efficacia probatoria e la validità giuridica allo stato delle norme attualmente in vigore: il documento informatico privo di firma, il documento informatico sottoscritto con firma elettronica non avanzata, il documento informatico sottoscritto con firma elettronica qualificata, il documento informatico sottoscritto con firma digitale (firma elettronica qualificata), il documento informatico con firma digitale autenticata, e infine l'atto pubblico informatico.

2.1 - Il documento informatico privo di firma

Il documento informatico non sottoscritto, come ogni altro documento non sottoscritto, di per sé "è rilevante a tutti gli effetti di legge soltanto ai fini probatori, non anche ai fini sostanziali"

(Clarizia, 2007). Infatti esso è un tipo di documento intrinsecamente insicuro (Navone G., 2012, pag. 140) in quanto non consente ex post la verifica dell'identità del suo autore e, inoltre, non permette neppure di appurare se i dati in esso contenuti siano stati modificati dopo la prima stesura.

Il legislatore ha ricondotto le riproduzioni informatiche alla stregua delle altre riproduzioni meccaniche (riproduzioni fotografiche, cinematografiche, fonografiche), novellando l'art. 2712 c.c. menzionando le "riproduzioni informatiche" a fianco degli altri tipi di riproduzione. L'articolo così riporta: "Le riproduzioni fotografiche, *informatiche* o cinematografiche, le registrazioni fonografiche e, in genere, ogni altra rappresentazione meccanica di fatti e di cose formano piena prova dei fatti e delle cose rappresentate, se colui contro il quale sono prodotte non ne disconosce la conformità ai fatti o alle cose medesime".

2.2 - Il documento informatico sottoscritto con firma elettronica non avanzata

Come ricordato in precedenza, il documento informatico sottoscritto con firma elettronica non avanzata, consente, con grado di attendibilità variabile, la verifica della corrispondenza tra firmatario reale e apparente; non offre invece particolari garanzie riguardo all'integrità del documento, cioè del fatto che lo stesso sia stato modificato o manipolato in un momento successivo.

A questa tipologia di documenti si riferisce l'art. 21, comma 1, del Codice dell'amministrazione digitale, secondo il quale "Il documento informatico, cui è apposta una firma elettronica (non avanzata), sul piano probatorio è liberamente valutabile in giudizio, tenuto conto delle sue caratteristiche oggettive di qualità, sicurezza, integrità e immutabilità".

La libera valutazione da parte del giudice si riferisce solo all'attitudine del documento a soddisfare il requisito legale della forma scritta *ad probationem*, e non quindi l'attitudine del documento come mezzo di prova in giudizio, che è data per assodata (Navone G., 2012, pag. 155).

2.3 - Il documento informatico sottoscritto con firma elettronica avanzata, ma non qualificata

Questo tipo di documento, oltre a consentire la verifica dell'identità del suo autore, permette di appurare se i suoi contenuti siano genuini o, al contrario, siano stati modificati; la firma non è,

comunque, apposta tramite un dispositivo sicuro e / o basata su un certificato qualificato (come invece accade per esempio con la firma digitale).

Per quanto concerne l'efficacia probatoria dello strumento in esame, l'art. 21, comma 2, del Codice dell'amministrazione digitale stabilisce che il "documento informatico sottoscritto con firma elettronica avanzata ha l'efficacia prevista dall'articolo 2702 c.c." riguardo alla scrittura privata, per poi ulteriormente disporre che "L'utilizzo del dispositivo di firma si presume riconducibile al titolare, salvo che questi dia prova contraria". La firma elettronica avanzata non potrà mai essere falsa, ma solo abusiva (Navone G., 2012, pag. 157): nel senso che non sarà possibile disconoscerne l'autenticità (il rapporto tra dispositivo di firma e titolare è certificato) ma potrà essere abusiva: oggetto della prova contraria prevista dall'articolo citato è quindi la dimostrazione del fatto che il dispositivo di firma è stato utilizzato da persona diversa dal legittimo titolare.

Per quanto invece riguarda l'efficacia sostanziale, la risposta normativa si trova dell'art. 21, comma 2-bis del Codice dell'amministrazione digitale: "le scritture private di cui all'articolo 1350, primo comma, numeri da 1 a 12, del codice civile, se fatte con documento informatico, sono sottoscritte, a pena di nullità, con firma elettronica qualificata o con firma digitale". Resta escluso dalla portata dell'articolo il numero 13 dell'articolo 1350 comma 1 (senza riportare l'elenco completo, si portano come esempi: la specifica approvazione di clausole vessatorie, la conclusione di locazioni abitative infranovennali, la stipulazione di patti di non concorrenza alla fine di un rapporto di lavoro dipendente), che viene quindi considerato in via interpretativa l'ambito applicativo in cui la firma elettronica non qualificata svolge il requisito della forma scritta *ad substantiam*.

2.4 - Il documento informatico sottoscritto con firma digitale (firma elettronica qualificata)

Di questa specie il Codice dell'amministrazione digitale detta "una minuziosa disciplina" (Clarizia R., 2007, pag. 148). Sono note le caratteristiche tecniche (procedura che garantisce connessione univoca al firmatario; creazione mediante utilizzo di dispositivo sicuro, sul quale il firmatario esercita controllo esclusivo; possibilità di rintracciare eventuali modifiche avvenute dopo la sottoscrizione) e la caratteristica giuridica (la firma si basa su un certificato qualificato) del tipo di firma elettronica in esame.

Come già riportato nel paragrafo precedente, l'art. 21 comma 2 del Codice equipara sostanzialmente il documento informatico sottoscritto con firma digitale ad una scrittura privata

informatica, anche se con alcune evidenti limitazioni rispetto alla tipologia tradizionale. Come prima differenza, c'è un fattore temporale: la firma digitale ha una scadenza, è infatti un servizio prestato dal certificatore, che per sua natura ha durata finita. Ciò determina una limitazione della sua efficacia sostanziale (ma anche probatoria). In secondo luogo, il certificato con cui viene attribuita efficacia sostanziale può contenere anche limiti di uso o limiti di valore. Con i primi si intende la “sottrazione alla firma del valore di sottoscrizione giuridicamente impegnativa”, con i secondi il certificato impone “restrizioni in relazione al valore economico degli atti unilaterali o dei contratti sottoscritti con la firma digitale” (Clarizia R., 2007, pag. 151).

L'efficacia probatoria è invece la stessa del documento munito di firma avanzata, ma non qualificata (Navone G., 2012).

2.5 - Il documento informatico con firma digitale autenticata

Questa specie di documento informatico (prevista dal legislatore nazionale ma ignorata dalla direttiva comunitaria) è quella del documento munito di firma elettronica autenticata dal notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato dalla legge ad attribuirgli pubblica fede.

L'art. 25 del Codice dell'amministrazione digitale, senza alcun dubbio, equipara in tutto e per tutto (effetti di validità e probatori) lo strumento digitale al tipo cartaceo corrispondente (la scrittura privata autenticata): “Si ha per riconosciuta, ai sensi dell'art. 2703 del codice civile, la firma elettronica [...] autenticata”.

2.6 - L'atto pubblico informatico

Ultima specie (anche in ordine di tempo) presa in considerazione dal legislatore è l'atto pubblico informatico, la cui efficacia è entrata a pieno titolo nella normativa nazionale con il d. lgs. 2 luglio 2010, n. 110 (recante “Disposizioni in materia di atto pubblico informatico redatto dal notaio”). Mancano in realtà all'appello alcuni decreti ministeriali di attuazione, che dovrebbero definire alcune regole tecniche con particolare attenzione alla struttura centralizzata) che sarà deputata all'archiviazione dei documenti notarili informatici (Navone G., 2012, pag. 185).

Con l'approvazione dei decreti attuativi, quindi, più nulla dovrebbe ostacolare l'impiego del documento informatico per la stipulazione di quei negozi che devono farsi per atto pubblico sotto pena di nullità (è il caso delle donazioni, dei patti di famiglia, delle convenzioni matrimoniali, degli atti costitutivi di società di capitali, eccetera).

PARTE 3. Rilevanza pratica della materia: analisi di una sentenza

3.1 - Il caso: Clotec Elettronica contro eBay

Con l'ordinanza 30 aprile 2012, il tribunale di Catanzaro si è espresso analizzando con notevole grado di approfondimento il mondo dell'*e-commerce*, riferendosi in particolare al noto sito di vendita e aste on-line eBay, portale online fondato nel 1995 (in Italia attivo dal 2001) e sicuramente tra i più rappresentativi nel panorama mondiale.

Il sito web offre ai propri utenti la possibilità di vendere e comprare oggetti sia nuovi sia usati, in qualsiasi momento, da qualunque postazione Internet e con diverse modalità, incluse le vendite a prezzo fisso e a prezzo dinamico (anche comunemente chiamate "aste online"). La vendita può essere promossa da venditori professionali e non; sia per l'acquisto che per la vendita, è indispensabile essere iscritti al sito².

Il provvedimento ha ad oggetto una questione riguardante la sospensione da parte di eBay, tramite il ricorso alla clausola "Abuso di eBay", dell'account di un negozio virtuale (De Leo F., 2013).

La suddetta clausola "Abuso di eBay" contenuta nell'"Accordo per gli utenti" (il documento disciplinante le condizioni generali di contratto) specifica che "se eBay ritiene che un utente abbia compiuto azioni che possano comportare problemi, responsabilità legali o che tali azioni siano contrarie alle proprie regole, potrà, a mero titolo esemplificativo, limitare, sospendere o interrompere i servizi e l'account dell'utente, vietare l'accesso al sito, ritardare o eliminare i contenuti salvati e prendere provvedimenti tecnici e legali per impedire a tale utente di accedere al sito" ("Accordo per gli utenti", sito www.ebay.it).

Nella fattispecie, il caso esaminato dal tribunale di Catanzaro è quello di Clotec Elettronica e Tecnologia D.C., presente su eBay per svolgere attività di commercializzazione tramite internet di prodotti di elettronica, informatica, modellismo, subacquea ed altro. L'operatore commerciale sosteneva che il gestore eBay aveva attuato una serie di ingiustificate restrizioni sino a giungere, nel mese di gennaio 2011, alla sospensione a tempo indeterminato dell'account dal quale la società operava online. Tale sospensione era equivalente negli effetti ad una risoluzione del contratto, ma avveniva senza preavviso e in assenza di un inadempimento grave

² www.ebay.it

della controparte, la quale, anzi, si considerava e si era dimostrata un venditore serio ed affidabile considerando l'alto grado di soddisfazione degli acquirenti.

Naturalmente il ricorrente richiede con provvedimento d'urgenza la riattivazione dell'account, che viene però negata in primo grado di giudizio (ordinanza del giudice del 23 agosto 2011). Il giudice dava essenzialmente ragione alle motivazioni della parte resistente (eBay Europe s.a.r.l., considerata unica legittimata passiva poiché le altre due società chiamate in causa, eBay International AG ed eBay Italia s.r.l. erano del tutto estranee al rapporto contrattuale). eBay sosteneva che la chiusura dell'account era avvenuta legittimamente, dopo una serie di gravi violazioni ad una pluralità di regole previste dal contratto, più precisamente relative "al gradimento degli utenti, alla performance del venditore, all'offerta di oggetti vietati, ai metodi di pagamento, all'utilizzo di link non consentiti e al divieto di inserzioni di siti web personali o aziendali" (citazione della sentenza del Tribunale di Catanzaro, sez. I, 30/04/2012).

La vicenda, dunque, si incentra sul rapporto negoziale tra un operatore professionale di commercio elettronico ed il portale di aste online più diffuso al mondo; è un contratto stipulato per adesione via Internet, con l'intento per il primo di utilizzare i servizi di *e-commerce* offerti dal secondo e raggiungere così un vasto numero di utenti e potenziali compratori. La fattispecie si inquadra quindi nel perimetro generale dei contratti tra professionisti, c.d. *business to business*³, e del contratto telematico predisposto unilateralmente su condizioni generali e moduli provenienti dal fornitore dei servizi (elettronici). La disciplina relativa al tipo di contratto per adesione si incontra nell'art. 1341 del codice civile. Il Tribunale quindi, in sede di secondo grado di giudizio, esclude in primis l'applicazione delle norme del Codice del consumo⁴ nonché delle disposizioni della l. 18 giugno 1998, n. 192, relative al contratto di subfornitura.

C'è da ricordare inoltre che la causa si inserisce nell'ambito dei rapporti contrattuali a forma libera che sono quindi resi validi anche da una semplice azione come può essere il *click* del mouse; l'assenza di forma del contratto permette cioè di perfezionare validamente il contratto

³ Secondo la classificazione che distingue i contratti di commercio elettronico in contratti: *business to business* o B2B; *business to consumer* o B2C; *consumer to consumer* o C2C; e *e-procurement* o *business to administration* o B2A, quale forma di commercio elettronico tra imprese e Pubblica Amministrazione)

⁴ Secondo la definizione di cui all'art. 3, D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, "consumatore" è solo una persona fisica.

anche in assenza di una sottoscrizione vera e propria, sostituita dalla manifestazione di volontà che viene comunque espressa in accordo tra le due parti.

Successivamente, sottoponendo il regolamento contrattuale denunciato (definito “Accordo per gli utenti”) alla disciplina degli artt. 1341 e 1342 c.c., il Tribunale conclude che “le clausole relative agli standard del venditore erano inefficaci perché non conoscibili e che la clausola “Abuso di eBay” (che attribuisce un potere unilaterale di sospensione dell’account in favore del portale) fosse da reputarsi vessatoria ex art. 1341, comma 2, c.c., e di conseguenza inefficace per mancanza della relativa approvazione per iscritto”. Inoltre, respinge tanto l’idea che essa integrasse gli estremi di una clausola risolutiva espressa quanto che costituisse il presupposto per l’esercizio del diritto di rifiutare l’adempimento della propria prestazione (art. 1460 c.c.) e che, come tale, fosse rilevabile d’ufficio (De Leo F., 2013).

Il Tribunale non ha mancato di rilevare che eBay assume nel mercato “una posizione oligopolista” per essere la piattaforma con il maggior numero di utenti; che la società ricorrente esercitava la propria attività unicamente nell’ambito del commercio online; e che, di conseguenza, la sospensione dell’account le avrebbe provocato un pregiudizio “grave e irreparabile”.

In sintesi, il Giudice dà ragione all’operatore commerciale, ritenendo esistente per tutta una serie di ragioni il *fumus boni iuris* (i presupposti per la pronuncia del provvedimento) e non sussistendo dubbi per il Tribunale nemmeno per la configurabilità del *periculum in mora* (il rischio di subire un danno grave e irreparabile), poiché l’esclusione da eBay del negozio virtuale del ricorrente potrebbe portare verosimilmente ad una situazione di insolvenza per l’impresa Clotec, operante esclusivamente nel commercio online. Il Giudice ordina quindi ad eBay Europe s.a.r.l. il ripristino dell’account dell’impresa Clotec e la compensazione delle spese del procedimento.

La sentenza si snoda lungo tre questioni principali, che verranno approfondite una ad una nei paragrafi che seguono: il perfezionamento del contratto, la conoscibilità delle condizioni generali di contratto e il requisito formale dell’approvazione specifica delle clausole vessatorie. Come si vedrà, le materie giuridiche prese in considerazione si snodano tra il diritto dei contratti e il diritto delle nuove tecnologie e dell’informatica, fino ad arrivare a toccare (anche se non in maniera alquanto approfondita) l’argomento delle firme elettroniche e digitali.

3.2 - La conclusione del contratto online

L'accesso alla piattaforma online e l'utilizzo della stessa richiedono la registrazione al sito eBay con la conseguente creazione di un account, sia per i venditori che per gli acquirenti. Come tutti i contratti telematici che determinano l'accesso ad un sito di *e-commerce*, anche in questo caso la procedura richiede la compilazione di un *form* online e l'accettazione, mediante il *click* del tasto di accettazione, delle condizioni generali di contratto inserite nell' "Accordo per gli utenti".

L'uso di internet per concludere il contratto non esclude il ricorso alla disciplina del contratto in generale. Manca infatti una regolamentazione specifica relativa al perfezionamento del contratto online in quanto il d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70⁵, si limita a stabilire una serie di obblighi pre-contrattuali, senza prevedere una disciplina speciale riguardo al perfezionamento del contratto.

Il Tribunale di Catanzaro assume una posizione netta sul punto, statuendo che: "è ormai pacifico che, vigendo nel nostro ordinamento il principio di libertà delle forme, la tecnica del "tasto virtuale"⁶ o c.d. *point and click*, utilizzata normalmente nella contrattazione telematica, è sufficiente a manifestare il consenso contrattuale e ritenere perfezionato il contratto, laddove si tratti di contratto a forma libera".

In realtà, la giurisprudenza odierna non assume una posizione unanime sul momento di conclusione del contratto e sulla idoneità della pressione sul tasto negoziale "Accetto", quale effettiva tecnica di manifestazione del consenso. Una parte della dottrina (De Leo F., 2013) qualifica quelli telematici come scambi senza accordo, perché il dialogo appare "un irrazionale sperpero di tempo" ovvero un mezzo inefficiente che può essere sostituito dall'impiego delle moderne tecnologie. In essi, il titolo dello scambio non risiederebbe nell'incontro delle volontà negoziali dei contraenti e quindi non sarebbe applicabile la disciplina del negozio giuridico.

Secondo un diverso orientamento, a cui invece appare conformarsi il Tribunale di Catanzaro, le disposizioni del Codice qualificano l'accordo quale elemento essenziale del contratto, ma "non è espressamente postulato il requisito della contrattazione" (sempre De Leo F., 2013). Il procedimento di dialogo, infatti, che trova realizzazione al momento dello scambio tra proposta e accettazione, non necessariamente presuppone un'effettiva trattativa, dal momento che nella maggior parte dei casi il contraente si limita a fornire una risposta affermativa. Ciò che rileva

⁵ Attuazione della direttiva 2000/31/CE, 8 giugno 2000, sul commercio elettronico.

⁶ L'espressione "tasto negoziale virtuale" è stata coniata da TOSI E., *La conclusione di contratti online*, in *I problemi giuridici di Internet*, Milano, 2003.

non è l'elaborazione di un contratto, partecipata da tutti i contraenti, ma che il regolamento negoziale venga volontariamente accettato dalle parti. Ne deriva che il testo contrattuale, pur se predisposto da una sola parte, viene proposto all'altro contraente perché lo faccia proprio con un atto di autonomia privata (l'accettazione). In altri termini si ritiene che, sulla base delle caratteristiche del contratto telematico, "il consenso non si formerà sulla base della laboriosa elaborazione creativa delle parti, ma sarà realizzato istantaneamente, scegliendo un modello contrattuale, tra i molti disponibili, che non verrà costruito".

Il provvedimento del Tribunale, quindi, affronta direttamente il primo problema applicativo (la formazione del consenso negoziale nei contratti elettronici), affermando con chiarezza, facendo leva sul principio della libertà di forma, che l'accettazione con la tecnica del "tasto virtuale di negoziazione", o c.d. *point and click*, utilizzata normalmente nella contrattazione elettronica, "è sufficiente a manifestare il consenso contrattuale e ritenere perfezionato il contratto, laddove si tratti di contratto a forma libera".

Con ciò, il Tribunale di Catanzaro aderisce ad una opinione ormai largamente dominante in dottrina, che ravvisa nel c.d. *point and click* (cioè nella pressione del tasto virtuale di negoziazione che affianca la schermata digitale con il documento contrattuale) una delle modalità più diffuse di espressione del consenso ad un programma contrattuale pubblicato sul web, purché nel rispetto dei vincoli che impongono determinati requisiti di forma (come ad esempio, appunto, per le clausole vessatorie, ovvero per i contratti per i quali è richiesta la forma scritta *ad substantiam* o *ad probationem*) (Taricco R., 2003, in Aranguena G., 2012).

3.3 - La conoscibilità delle clausole generali

Per quanto concerne l'aspetto relativo alla conoscenza delle condizioni generali di contratto la disciplina normativa speciale fornisce scarso ausilio. Le condizioni generali sono interamente predisposte da una parte sola (infatti, la specificità dei contratti per adesione consiste nella loro uniformità di disciplina che deriva dalla predisposizione unilaterale da parte delle imprese delle clausole, escludendo qualsiasi trattativa privata). La parte predisponente è quindi in grado di esercitare, nei confronti della generalità indistinta dei destinatari, il potere di fatto di imporre un regolamento contrattuale standard (Bianca C. M., 2000 in De Leo F., 2013).

L'ipotesi è, insomma, quella regolata dall'art. 1341 comma 1, c.c., nel quale il legislatore si fa carico della mancata conoscenza o impedita conoscibilità delle condizioni generali di contratto, a cui si collega l'onere a carico del predisponente di far conoscere le clausole formulate o quanto

meno di renderle conoscibili all'aderente, mediante un testo comprensibile ed intellegibile, sotto il profilo stilistico e linguistico, e non oscuro; fermo restando che nell'ipotesi in cui il testo risulti ambiguo trova applicazione l'art. 1370 c.c., in base al quale le clausole contenute nelle condizioni generali di contratto vanno interpretate in senso favorevole all'aderente.

All'aderente è infatti richiesto l'uso della diligenza media in merito alla conoscibilità delle condizioni generali di contratto controbilanciata dal diritto ad essere informato, almeno sui contenuti essenziali del negozio (Ricci F., 2007 in De Leo F., 2013).

In tema di commercio elettronico, in particolare, la tendenza all'aumento degli obblighi informativi a carico del predisponente è attestata dall'art. 12, comma 3, del d.lgs. n. 70/2003, in cui è stabilito l'obbligo di mettere a disposizione del destinatario clausole e condizioni generali del contratto redatte dal predisponente al fine di consentirne la memorizzazione e la riproduzione (Delfini F., in De Leo F., 2013). In realtà, la norma mira ad eliminare le asimmetrie informative, ma non si occupa di stabilire le modalità pratiche attraverso le quali le condizioni generali di contratto debbano essere elaborate dal predisponente.

All'aderente in ogni caso non è richiesto uno sforzo ulteriore a quello imposto dall'ordinaria diligenza consistente nella consultazione del contratto messo a disposizione nel contesto di comunicazione elettronica. Le condizioni generali possono tranquillamente non essere contenute nel testo contrattuale principale, ma in questo caso esse, seguendo i criteri sopra indicati, devono essere chiaramente evidenziate in altre schermate del sito o richiamate mediante appositi link. Il Collegio giudicante, pur dandone conto, non assume una posizione più intransigente, come quella secondo cui il sito web dovrebbe essere strutturato in modo che non dovrebbe essere possibile approvare il testo del contratto se non dopo essere passati da un'apposita pagina contenente le clausole contrattuali ed aver dato conferma di lettura delle stesse. Questo in favore di una riduzione dell'eccessivo formalismo e dei rigidi dettami della teoria generale dei contratti applicata ai nuovi mezzi tecnologici e ai contratti telematici.

Il Tribunale di Catanzaro si sofferma nel suo provvedimento su alcune imprescindibili caratteristiche idonee a garantire la conoscibilità delle condizioni generali del contratto concluso online: "facilità di consultazione, espresso richiamo nel testo contrattuale, chiarezza e intelligibilità".

Secondo il collegio giudicante, nel caso in analisi, le regole sugli standard del venditore non rispecchiano tali requisiti per vari motivi. In primo luogo, esse non sono contenute nel già citato "Accordo per gli utenti" (il regolamento contrattuale) che non riporta collegamenti diretti, link

o richiami di alcun genere. È possibile giungere alla visualizzazione delle stesse solo attraverso un tortuoso percorso virtuale che (la stessa eBay ammette) parte dalle sezioni “mappa del sito”, “aiuto” o da qualsiasi motore di ricerca mediante l’inserimento della parola chiave; ciò risulta in contrasto anche ad altre clausole contenute nell’”Accordo per gli utenti”, ad esempio quelle riguardanti gli “oggetti di cui è vietata la vendita” o “le regole relative al trattamento dei dati personali” che sono più facilmente consultabili e, anche graficamente, godono di maggior rilievo.

Ulteriore profilo negativo, secondo il Tribunale, è il requisito della chiarezza non pienamente soddisfatto. Le suddette regole sull’inadempimento del venditore e gli standard di soddisfazione dell’utente “non hanno una formulazione letterale di evidente contenuto precettivo”, risultando più come consigli, linee guida, esortazioni, che come “regole precise dotate di valore cogente”, data anche l’assenza di sanzioni connesse alle eventuali violazioni commesse.

Riportando testualmente, citando alcune Regole sugli standard e sugli obblighi del venditore fornite da eBay: vengono richiesti “l’obbligo di comportarsi in maniera amichevole e professionale; di rispondere con rapidità alle domande degli acquirenti; di rispettare le regole sulla restituzione”. Inoltre “la valutazione dei comportamenti inadempienti è rimessa al solo giudizio dell’acquirente con il quale potrebbe instaurarsi un’esperienza non piacevole e con la possibilità di subire restrizioni nel caso in cui i consigli di eBay non vengano attentamente seguiti”.

Le regole di cui si è portato un esempio testuale appaiono formulate in maniera alquanto generica e non è remoto il rischio che queste possano creare confusione anche in un soggetto di media diligenza. Pertanto non soddisfano la condizione di conoscibilità richiesta dall’art. 1341, comma 1, c.c. In altre parole, le stesse non sono idonee a regolare i rapporti tra gli stipulanti e non possono rientrare perciò nel contenuto del contratto.

Il Tribunale, sebbene non si riferisca esplicitamente alla sorte delle condizioni generali non conoscibili, sembra aderire alla tesi dell’inefficacia, secondo cui le suddette clausole non conoscibili non rientrano nel contenuto del contratto e pertanto potrebbero essere disapplicate dal giudice anche d’ufficio. Il provvedimento quindi scardina la tesi che ha portato il giudice di primo grado a dare ragione ad eBay: non è invocabile l’applicazione dell’art. 1460 c.c. (articolo che attribuisce al contraente la facoltà di rifiutare la prestazione a fronte dell’inadempimento della controparte), proprio perché nel caso concreto manca il presupposto fondamentale dell’art. 1460 c.c., cioè la conoscibilità delle regole sull’inadempimento del venditore che individuano i parametri per la valutazione degli standard del venditore.

3.4 - L'approvazione delle clausole vessatorie (clausola "Abuso di eBay")

Oltre al giudizio di inefficacia delle regole sugli standard del venditore, si affianca il giudizio sulla clausola denominata "Abuso di eBay" che, come le prime, presenta caratteri di indeterminatezza e genericità, ma in cui si ravvisa in più il connotato della vessatorietà (art. 1341, comma 2, c.c.). La clausola infatti stabilisce che, nel caso di "azioni contrarie alle proprie regole" (non meglio specificate), eBay "potrà, a mero titolo esemplificativo, limitare, sospendere o interrompere i servizi e l'account dell'utente, vietare l'accesso al sito, ritardare o eliminare i contenuti salvati e prendere provvedimenti tecnici e legali per impedire a tale utente di accedere al sito". La clausola risulta chiaramente attributiva di un potere di recesso in favore della piattaforma, poiché sono assenti regole chiare su come individuare l'inadempimento e sul come valutare la gravità dello stesso.

Il Giudice nel provvedimento non può che ritenere la clausola come vessatoria, e pure inefficace in quanto manca la specifica approvazione per iscritto richiesta dall'art. 1341, comma 2, c.c. Infatti nella sentenza viene affermato il principio in base al quale la conclusione di un contratto via Internet non comporta comunque l'accettazione *tout court* delle clausole contenute nelle condizioni generali pubblicate sul web, qualora le clausole vessatorie ex art. 1341 comma 2 c.c. eventualmente contenute, non siano state sottoscritte specificatamente tramite firma elettronica.

Secondo una parte della dottrina (Ferri G. B., 1977, e Bianca C. M., 1988, in De Leo F., 2013) le clausole vessatorie non specificamente approvate per iscritto sono inefficaci e restano estranee al contenuto del contratto in base al dato normativo che fa esclusivo riferimento agli effetti di tali clausole e poiché, ex art. 1350 c.c., solo la legge può chiedere un particolare onere di forma a pena di nullità.

Un altro orientamento sostiene che le clausole, prive di sottoscrizione, devono qualificarsi come nulle. In particolare, se si aderisse alla tesi della nullità assoluta per mancanza della forma scritta *ad substantiam* richiesta dalla legge, essa potrebbe essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse e sarebbe rilevabile d'ufficio dal giudice; senza escludere l'estensione della nullità all'intero contratto, in applicazione dell'art. 1419 c.c., qualora emerga che le parti non lo avrebbero concluso senza le clausole nulle.

Resta comunque il dubbio su come si garantisca l'approvazione di una clausola vessatoria laddove il contratto venga concluso telematicamente e senza un supporto cartaceo. Il Tribunale di Catanzaro non sembra aderire all'ipotesi della sufficienza del semplice *click*: infatti il provvedimento afferma espressamente che per riconoscere efficacia alle clausole vessatorie

“non è sufficiente l’approvazione del testo contrattuale mediante la pressione del tasto virtuale in calce al modulo di registrazione, occorrendo una autonoma visualizzazione delle stesse con specifica approvazione, o quanto meno una sottoscrizione per gruppo di clausole vessatorie, numericamente indicate”.

Il giudice, pur non addentrandosi per espressa scelta nella questione, impiega in senso poco tecnico l’espressione “firma digitale debole” (una contraddizione evidente). Nell’ordinanza non si fa riferimento all’espressione “firma digitale” in senso tecnico (la peculiare tipologia di firma elettronica “forte” generata mediante l’uso di chiavi crittografiche asimmetriche, basata su certificato qualificato e caratterizzata da ulteriori specifiche tecniche⁷), ma si usa “firma digitale” impropriamente come sinonimo di “firma elettronica”. Al fine di chiarire l’equivoco occorre fare riferimento al quadro legislativo che permette di comprendere sia quali tipologie di firme elettroniche esistano, sia di risolvere il dubbio relativo alla sottoscrizione delle clausole vessatorie.

Come noto, il legislatore italiano con il d.lgs. n. 82/2005, (c.d. Codice dell’amministrazione digitale) ha coerentemente sancito che la firma elettronica è rappresentata da “qualsiasi insieme di dati (in forma elettronica) che consenta l’identificazione informatica” (l’art. 1, lett. q, d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82). Ciò avveniva in seguito alla Direttiva 1999/93/CE che definiva la firma elettronica tale non in base alla tecnica di formulazione, ma in quanto “identificazione informatica”.

Tra le varie tecniche che consentono di perseguire tale funzione, sono previste due tipologie di firma elettronica: la “non avanzata” (“debole”) e la “avanzata” all’interno della quale rientrano, a loro volta, la firma elettronica “qualificata” e la firma digitale. Sulla portata ed efficacia di tali firme, l’art. 21 del Codice dell’amministrazione digitale, recentemente integrato dal comma 2-bis, fornisce una risposta chiara, prevedendo quanto segue:

- le scritture private di cui all’art. 1350, n. 1-12, redatte sotto forma di documento informatico, devono essere sottoscritte con firma elettronica qualificata o con firma digitale;
- gli atti, da farsi per iscritto a pena di nullità nei casi previsti dalla legge (art. 1350, n. 13), soddisfano tale requisito solo se sottoscritti con firma avanzata, qualificata o digitale.

Poiché l’approvazione di clausole vessatorie rientra specificatamente in quest’ultima categoria di atti, va da se che la firma digitale e quella qualificata vengono affiancate da un ulteriore

⁷ Come si è analizzato nella Parte 1, paragrafo “Classificazione delle firme elettroniche e aspetti tecnici”

strumento, la firma avanzata (non qualificata), che soddisfa il requisito della forma scritta *ad substantiam* e garantisce, al pari delle altre, efficacia alle clausole vessatorie.

Rimangono escluse pertanto dalla categoria di firme idonee alla sottoscrizione di clausole vessatorie tutte quelle elettroniche non avanzate o “semplici” che, ai sensi dell'art. 21, comma 1-bis, del d.lgs. n. 82/2005, sono “liberamente valutabili in giudizio, tenuto conto delle caratteristiche oggettive di qualità, sicurezza, integrità e immodificabilità”. Di conseguenza, l’approvazione delle clausole vessatorie effettuata con tale tipologia di firme non integra di per sé una sottoscrizione vera e propria (Finocchiaro G., 2003), come invece accade per le altre firme, ma potrebbe essere garantita efficacia alle stesse clausole solo qualora la firma presenti in concreto caratteristiche di qualità e sicurezza liberamente valutabili in giudizio.

Il problema centrale della questione (De Leo, 2013), solo minimamente affrontato dal Collegio giudicante nella sentenza in analisi, è proprio l’assenza di una disciplina specifica sull’approvazione delle clausole vessatorie, dato che queste sono oramai diffusissime in numerosi modelli di contratti telematici. La loro efficacia potrebbe essere garantita solo da “l’utilizzo di firme elettroniche “forti” o attraverso l’invio all’utente di una copia cartacea del documento contenente le stesse, al fine di agevolarne l’approvazione per iscritto”.

CONCLUSIONE. Un mondo digitale.

La società di oggi è, mai come prima, interconnessa su scala globale; le distanze e i limiti che un tempo sembravano insuperabili oggi sono raggiungibili molto più facilmente e gli strumenti dello sviluppo tecnologico sono a portata di (quasi) tutti. Il mondo sta cambiando, e molto più velocemente di quanto ci si aspettava.

La rapida e tumultosa diffusione delle reti telematiche, e in particolare quella per eccellenza, Internet, inevitabilmente ed inesorabilmente ha assegnato una posizione di assoluta centralità, in ambito economico, alle nuove forme di commercio elettronico e di contrattazione online. In questo contesto vanno sottolineate le nuove e interessanti potenzialità di sviluppo che si aprono a livello commerciale (con riferimento ai volumi di vendita), a livello imprenditoriale (sia nei riguardi della grande che della piccola impresa) e a livello occupazionale.

Se da un lato è importante segnalare i notevoli vantaggi che le nuove tecnologie portano a beneficio di consumatori e operatori commerciali (tra tutti, un più agevole accesso al mercato, più scelta, più informazioni, prezzi potenzialmente inferiori), non possono essere ignorati i rischi e i possibili effetti negativi che queste moderne tecnologie senza dubbio in molti casi accentuano (tra tutti, i problemi di sicurezza dei dati personali e della *privacy*, della certezza e trasparenza della contrattazione, della correttezza delle informazioni).

Ed è proprio su queste basi, per la tutela e la creazione di fiducia da parte di consumatori e imprese nei nuovi mezzi di comunicazione, che il legislatore nazionale si è mosso negli ultimi due decenni (a partire dalla fine degli anni '90), anche su spinta delle numerose direttive europee, per tentare di “rincorrere la tecnologia” e mettere ordine, con risultati più o meno efficaci, al complesso “mondo digitale” che stava cominciando a grandi passi a sostituire quello “reale”.

Per agevolare il commercio elettronico e creare un clima di fiducia tra gli operatori, sono stati introdotti meccanismi idonei a garantire la sicurezza degli scambi e delle transazioni: con ciò si spiegano le normative in materia del valore giuridico del documento informatico, dei contratti virtuali, della firma elettronica. La legislazione nazionale appare però, in questo frangente, non completamente sufficiente: la globalizzazione dell'economia abbatte i confini e permette di operare agevolmente a livello mondiale.

È quindi palese che la regolamentazione nazionale dei mercati virtuali dovrà essere progressivamente sostituita da una, nuova, legislazione internazionale. Insomma, per un diffuso e crescente impiego delle nuove forme di negoziazione nella società di oggi, è indispensabile e

fondamentale l'apporto giuridico e legislativo, che deve essere flessibile, coerente e adatto ad un mondo interconnesso e in continua evoluzione.

Bibliografia di riferimento.

ARANGUENA G., 2012. Sospensione di un account su Ebay: il contratto telematico B2B tra accettazione *point and click* e tutela dell'accesso al mercato del commercio elettronico. Diritto dell'Informazione e dell'Informatica (II), fasc. 6, pag. 1181.

CAMMARATA M., 2003. Firma digitale e firme elettroniche. Torino: UTET.

CARNELUTTI F., 1986. Lezioni di diritto processuale civile. Padova: CEDAM.

CIACCI G., 2002. La firma digitale. Il sistema della firma digitale e il commercio elettronico su Internet. Commento al DPR 445/2000 e sue applicazioni pratiche. Milano: Il Sole 24 Ore.

CLARIZIA R., 2007. I contratti informatici. Collana "Trattato dei contratti" vol. 6. Torino: UTET.

DE LEO F., 2013. Sospensione dell'account da parte di Ebay: tecniche di risoluzione, clausole vessatorie e abuso di dipendenza economica. Responsabilità Civile e Previdenza, fasc. 6, pag. 2020.

FINOCCHIARO G., 2003. Firma digitale e firme elettroniche. Profili privatistici. Milano: Giuffrè Editore.

NAVONE G., 2012. Instrumentum Digitale. Teoria e disciplina del documento informatico. Milano: Giuffrè Editore.

PASCUZZI G., 2002. Il diritto dell'era digitale. Tecnologie informatiche e regole privatistiche. Bologna: Società editrice il Mulino.

RIZZO F., 2004. Il documento informatico. "Paternità" e "falsità". Collana "Pubblicazioni della Scuola di specializzazione in diritto civile dell'Università di Camerino" vol. 102. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.

RIZZO V. (a cura di), 2000. Atti del convegno "Documento informatico, firma digitale e commercio elettronico" – Camerino, 29-30 ottobre 1999. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.

TOMMASI F., 2002. La firma digitale. Guida pratica all'uso della firma digitale. Rimini: Maggioli Editore.

TOSI E., 2010. Contratti informatici, telematici e virtuali. Nuove forme e procedimenti formativi. Milano: Giuffrè Editore.

Numero di parole (esclusa bibliografia): 11.900.