

IL CONTRATTO TELEMATICO

di [Aldo Ceniccola](#)

Introduzione

La dottrina si è lungamente interrogata sulla collocazione sistematica dei contratti telematici.

Inizialmente prevalse l'idea di collocare i contratti telematici nella dogmatica dell'oggetto del contratto: i contratti telematici venivano identificati con i contratti aventi un oggetto informatico, ossia con i contratti aventi ad oggetto il trasferimento di un bene o l'esecuzione di un servizio volto a soddisfare un bisogno informatico (es. l'acquisto o la fornitura di un hardware, l'installazione o la manutenzione di un software)¹.

Si individuava in tal modo una speciale categoria contrattuale 'trasversale' rispetto ai normali schemi contrattuali, venendo in rilievo normali contratti tipici (vendita, fornitura, appalto, ecc.) ovvero atipici (es. leasing) peculiari solo in ragione dell'oggetto (un bene o un servizio telematico).

Muovendo da tale impostazione, altro orientamento inquadrò il fenomeno nella teoria della causa, sostenendo che il particolare oggetto che connotava il contratto finiva per conferire al programma negoziale una particolare connotazione causalistica, per cui per contratto telematico doveva intendersi qualsiasi contratto in cui lo scopo concretamente perseguito dalle parti veniva realizzato attraverso il mezzo informatico che, in un certo senso, ne facilitava la pratica attuazione.

Tale ricostruzione ha avuto il merito di ampliare la categoria dei contratti telematici: non più solo i contratti aventi un oggetto connesso all'informatica, ma qualsiasi contratto il cui scopo poteva essere attuato attraverso lo strumento dell'informatica.

Dottrina assai autorevole, sulla scia di tale impostazione, ha finito per ricondurre il fenomeno dei contratti telematici nella tematica della forma del contratto²: se i contratti telematici, si sostiene, sono quelli il cui scopo è attuato attraverso l'uso di tale tecnologia, ciò vuol dire che l'informatica è il mezzo attraverso il quale il contratto viene stipulato ossia lo strumento attraverso il quale l'accordo contrattuale viene esteriorizzato, e quindi, in definitiva, la forma del contratto.

La dottrina più recente ha infine giustamente ricondotto il fenomeno nell'area dell'autonomia negoziale: la conclusione di un contratto mediante computer va ricollegata ad uno dei principi cardine del sistema contrattuale, quello del pluralismo dei procedimenti di formazione del contratto, legato al fenomeno dell'autonomia dei privati³, per cui come i privati possono optare tra vari schemi di formazione del contratto (elaborazione comune del testo, conclusione del contratto mediante inizio dell'esecuzione, contratti reali, offerta al pubblico, scambio tradizionale proposta-accettazione), allo stesso modo possono decidere di utilizzare un procedimento formativo dell'accordo basato sul mezzo telematico, considerato dalle stesse come un luogo idoneo per la formazione ed eventualmente l'esecuzione del programma negoziale.

Ciò ha consentito di definire i contratti telematici (detti anche digitali, informatici o virtuali) come quei contratti stipulati mediante l'utilizzo di un sistema telematico⁴.

Parte della dottrina ha giustamente operato una precisazione terminologica, specificando che: per contratto digitale deve intendersi quel contratto stipulato in forma elettronica, con firma digitale, senza l'utilizzo di documenti cartacei (*paperless contract*); per contratto telematico deve intendersi il contratto concluso attraverso strumenti telematici senza che le parti siano contemporaneamente

presenti nello stesso luogo (contratti c.d. a distanza)⁵; per contratto informatico deve intendersi il contratto che ha per oggetto beni o servizi informatici (es. contratto per lo sviluppo di software⁶ o contratto di fornitura di sistema informatico⁷).

Solitamente il sistema telematico utilizzato è la rete internet con il duplice strumento: delle pagine web (spesso adoperate per consentire l'adesione a schemi contrattuali già formati dal predisponente)⁸, e della posta elettronica (che ben si presta a veicolare informazioni contrattuali o lo stesso consenso contrattuale).

I contratti telematici sono stati quindi inquadrati nel fenomeno del commercio in rete (o commercio elettronico) in cui, sotto l'aspetto programmatico le parti adoperano comuni schemi contrattuali tipici o atipici, sotto l'aspetto formale, si avvalgono della rete telematica.

Il problema che si pone è stabilire in che modo l'utilizzo della particolare forma contrattuale influenza l'applicabilità della disciplina generale dettata dal codice in ordine ai singoli elementi costitutivi del contratto (soggetti, accordo, forma, contenuto) e riguardo alla sua esecuzione, tenendo conto delle particolari disposizioni dettate dalle leggi speciali in materia.

I soggetti contraenti

Sotto il profilo soggettivo i protagonisti dei contratti telematici possono essere ricondotti a due categorie:

- professionisti, qualora il soggetto operi nel quadro della propria attività imprenditoriale o professionale;
- consumatori, qualora il soggetto operi su un terreno estraneo alla propria attività professionale o imprenditoriale eventualmente svolta.

Conseguentemente nella prassi dell'e-commerce potranno prospettarsi i seguenti tre modelli:

1. contratti conclusi tra soggetti che posseggano entrambi la qualifica di professionisti: in tal caso viene in rilievo una relazione commerciale tra due imprese di cui una è interessata ad acquisire i prodotti dell'altra (modello c.d. business to business B2B);
2. contratti conclusi tra un soggetto che possieda la qualifica di professionista e l'altro che operi in qualità di consumatore (modello c.d. business to consumer B2C)⁹;
3. contratti conclusi tra soggetti entrambi in veste di consumatori, operando ambedue i soggetti su un terreno estraneo alla propria attività professionale (dove il consumatore è protagonista sia dal lato dell'offerta, proponendo la vendita dei propri prodotti, che da quello della domanda -l'esempio più tipico cui fare riferimento è quello delle aste online-: modello c.d. consumer to consumer C2C).¹⁰

La rilevanza della distinzione fra i vari modelli si manifesta soprattutto in ordine ai livelli di protezione del contraente apprestati dall'ordinamento, variando il sistema di tutela a seconda del modello di volta in volta adoperato: nell'ipotesi di contratti tra professionisti e consumatori (B2C) troverà infatti applicazione la disciplina prevista dagli artt. 1469 bis ss. c.c.; negli altri casi troverà applicazione, in caso di clausole vessatorie, la sola tutela formale apprestata dall'art. 1341 c.c. (*cf. infra*).

LA FASE DELLE TRATTATIVE

La formazione dell'accordo contrattuale è normalmente preceduta dalla fase delle trattative.

tale fase ricorre specialmente nei contratti tra professionisti ove le parti si trovano ad operare su un piano paritetico; la fase delle trattative normalmente è assente nei contratti conclusi tra professionista e consumatore, laddove, invece, si ricorre allo schema del contratto per adesione.

Riguardo alla fase precontrattuale, occorre partire dal presupposto che il contratto telematico rientra tra i contratti a distanza con la conseguenza che troverà applicazione, nelle ipotesi di contratti conclusi tra professionisti e consumatori (B2C), il d. lgs. n. 185/99 che, in attuazione della direttiva 97/7/CE, relativa alla protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza.

Tale normativa prevede all'art. 3 una serie di obblighi informativi a carico del fornitore oltre al fatto che le informazioni preliminari vanno fornite in modo chiaro e comprensibile, osservando i principi di buona fede e lealtà in materia di transazioni commerciali¹¹.

Il riferimento al disposto dell'art. 1337 c.c. appare evidente con conseguente configurabilità della responsabilità extracontrattuale¹² per l'ipotesi di violazione di tali obblighi precontrattuali.

Più in particolare i rimedi esperibili in caso di violazione degli obblighi informativi sono sostanzialmente due: la richiesta di risarcimento del danno per responsabilità precontrattuale del fornitore e l'annullamento del contratto per dolo o per errore.

Oltre a tale normativa relativa ai contratti a distanza, poi, troverà applicazione quella più specifica prevista in materia di commercio elettronico dal d. lgs. n. 70/2003, il quale, all'art. 12, prevede l'obbligo da parte del prestatore di fornire le necessarie informazioni dirette alla conclusione del contratto¹³.

Anche l'omesso rispetto di tali obblighi informativi determina l'applicazione di una sanzione amministrativa, applicata ai sensi della legge n. 689 del 1981 e salvo che il fatto non costituisca reato (art. 21 d. lgs. n. 70/2003) oltre alle già viste conseguenze civilistiche in termini di responsabilità precontrattuale ed annullabilità per dolo o errore.

la formazione dell'accordo

La forma ordinaria di conclusione del contratto è quella dello scambio di proposta e accettazione, onde il contratto si considera concluso nel momento e nel luogo in cui il proponente ha avuto notizia dell'accettazione dell'altra parte (1326 c.c.).

A questo proposito –tuttavia– si pone un problema legato al carattere recettizio di tali dichiarazioni contrattuali, essendo necessario, per la loro efficacia, che vengano portati a conoscenza del destinatario.

Il carattere recettizio della proposta e dell'accettazione non pone problemi allorché i contraenti sono presenti o si avvalgono di mezzi comunicativi a percezione diretta (es. telefono); maggiori problemi sorgono nei contratti tra assenti, laddove il legislatore, in accoglimento della teoria della ricezione, considera sufficiente che l'atto sia pervenuto all'indirizzo del destinatario, salva la prova dell'impossibilità incolpevole della conoscenza (1335 c.c.).

Il legislatore, dunque, fa scattare una presunzione relativa di conoscenza allorché l'atto perviene all'indirizzo del destinatario: con specifico riferimento ai contratti telematici occorre allora verificare se la presunzione di conoscenza scatti anche con riferimento all'indirizzo di posta elettronica del destinatario.

La tesi prevalente¹⁴ sostiene la soluzione affermativa sulla base dei seguenti rilievi:

1. la corrispondenza elettronica è equiparata a tutti gli effetti a quella cartacea (si pensi ad es. all'equiparazione ai fini delle sanzioni penali in caso di violazione della corrispondenza);
2. anche l'indirizzo elettronico possiede tutti i requisiti che sono normalmente considerati idonei dalla giurisprudenza per individuare l'indirizzo idoneo a far scattare la presunzione relativa (occorrendo all'uopo un recapito che, in ragione di un collegamento ordinario o di una normale frequenza -es. dimora, domicilio, ufficio- o di una preventiva indicazione o pattuizione, rientri nella sfera di dominio o di controllo del destinatario stesso)¹⁵;
3. l'equiparazione tra indirizzo reale e virtuale costituisce un principio oramai acquisito anche a livello positivo (v. art. 14 co. 1 d.p.r. n. 445/2000)¹⁶.

Il contratto telematico, allora, si perfezionerà –nel modo ordinario di formazione dell'accordo– allorché l'accettazione dell'oblato pervenga all'indirizzo di posta elettronica del proponente¹⁷.

Secondo alcuni l'art. 1326 c.c. sarebbe inapplicabile al contratto telematico, giacché, attesa la velocità di trasmissione degli impulsi elettronici, il momento dell'arrivo dell'accettazione coincide con il suo invio, onde il contratto dovrebbe considerarsi perfezionato al momento dell'accettazione da parte dell'oblato¹⁸.

Altra tesi, invece, partendo dal presupposto che non vi è coincidenza temporale tra i due momenti, giacché l'*email* può essere smistata dal *provider* anche dopo un certo lasso di tempo, reputa perfettamente applicabile ai contratti telematici la regola ordinaria circa il tempo ed il luogo di conclusione del contratto¹⁹.

Per quanto riguarda il luogo di conclusione del contratto, perfezionato nelle forme ordinarie (scambio proposta accettazione mediante posta elettronica), sono state sostenute varie tesi.

Secondo una prima tesi, il contratto dovrebbe ritenersi concluso nel luogo in cui il proponente ha scaricato la posta elettronica contenente l'accettazione dell'oblato.

Tale tesi, tuttavia, è stata sottoposta a critiche perché foriera di incertezze (si pensi al proponente che scarica la posta da un computer portatile durante un viaggio in treno), onde ragioni di certezza impongono di considerare quale luogo di conclusione quello in cui è collocato il server del provider contenente la casella postale del proponente.

Secondo una terza tesi, infine, onde evitare le ulteriori difficoltà connesse all'accoglimento della tesi precedente, il luogo di conclusione del contratto andrebbe ravvisato nel luogo ove ha sede l'impresa o viene svolta l'attività professionale del destinatario dell'accettazione, indipendentemente dal luogo ove si trova il computer o il sito utilizzato²⁰.

Altro problema che si pone riguardo al modo di conclusione ordinario, concerne l'evenienza della revoca degli atti formativi del contratto.

Per quanto concerne la revoca della proposta, è noto che la revoca deve pervenire all'oblato prima che l'accettazione di questi pervenga al proponente, sicchè la revoca che perviene dopo tale momento (o contemporaneamente) è inefficace essendo ormai il contratto già concluso.

Di conseguenza, con riferimento al contratto telematico, la revoca della proposta dovrebbe essere possibile finchè il messaggio di accettazione non giunga all'indirizzo elettronico del proponente; poiché tuttavia tale momento coincide con quello dell'invio del messaggio di accettazione (i due momenti possono considerarsi contestuali, attesa la velocità di trasmissione del sistema), la revoca della proposta sarà in pratica possibile finchè l'accettante non abbia accettato (inviando il messaggio di accettazione)²¹.

Ciò comporta dubbi circa l'applicabilità dell'art. 1328 co. 1 c.c. al contratto telematico.

La norma, infatti, dispone che se l'accettante ha intrapreso in buona fede l'esecuzione prima di avere notizia della revoca, il proponente è tenuto ad un indennizzo (da atto lecito) per le spese e le perdite subite per l'intrapresa esecuzione del contratto.

Pertanto se per i contratti telematici la revoca della proposta è possibile fino al momento dell'accettazione, ciò significa che l'oblato assume sempre un onere prima di accettare, quello di controllare (check mail) l'eventuale revoca della proposta; qualora accetti senza operare il dovuto controllo ed intraprenda l'esecuzione, non potrà far valere la propria buona fede, dipendendo la sua ignoranza da colpa grave (1147 co. 2 c.c.).

Tuttavia se la revoca della proposta non è avvenuta in modo corretto, potrà prospettarsi una responsabilità precontrattuale a carico del proponente ex art. 1337 c.c.

Per quanto concerne la revoca dell'accettazione, l'art. 1328 co. 2 reputa necessario che la stessa giunga a conoscenza del proponente prima dell'accettazione; tuttavia, stante l'annullamento del lasso temporale intercorrente tra l'invio ed il ricevimento del messaggio, tipico dei contratti telematici, appare ben difficile ipotizzare un'efficace revoca dell'accettazione, a meno che non si riesca a dimostrare che il proponente (destinatario della revoca dell'accettazione) abbia prima conosciuto la revoca (ossia il messaggio successivo) e poi l'accettazione (ossia il messaggio precedente) -fattispecie difficilmente ipotizzabile²²-.

Altra forma di manifestazione della volontà contrattuale è l'inizio dell'esecuzione (1327 c.c.): riguardo a questa particolare forma si discute se l'invio dei numeri identificativi della carta di credito sia sufficiente ad integrare l'inizio dell'esecuzione di cui all'art. 1327 c.c.: appare preferibile la tesi positiva sostenuta sia in base all'assunto dell'efficacia solutoria di tale strumento di pagamento²³ sia tenendo conto del fatto che tali forme di pagamento spesso sono irreversibili e quindi si concretizzano in un forte indizio di definitività del consenso del consumatore²⁴.

Un'ulteriore distinzione, circa i modi formativi dell'accordo, attiene al numero dei destinatari della proposta, onde occorre distinguere:

1. casi nei quali la proposta è rivolta ad uno o più destinatari determinati, come nei casi di:
 - e-mail inviato a soggetti specifici (in tal caso, fermo restando lo schema perfezionativo ordinario, sopra descritto, potrebbero dover trovare applicazione le regole previste per la

- vendita per corrispondenza e, in particolare, quelle indicate dall'art. 18 del d. lgs. n. 118/98²⁵);
- ovvero di contrattazioni che si svolgono nell'ambito di siti ad accesso limitato tra utenti registrati;
2. casi nei quali la proposta contrattuale è rivolta ad un numero indeterminato di soggetti, dovendosi allora ulteriormente distinguere due evenienze²⁶:
- quando il sito web contiene tutti gli elementi essenziali della proposta contrattuale, lo schema adoperato è quello dell'offerta al pubblico (1336 c.c.) alla quale resta applicabile la regola generale che richiede la ricezione dell'accettazione da parte del proponente (1326 c.c.);
 - si tenga presente che in tal caso, allorché il programma negoziale sia stato unilateralmente predisposto dal solo offerente senza che alla controparte sia stato lasciato alcun margine di trattativa, viene in rilievo la fattispecie del contratto per adesione che pone un diverso problema di tutela dell'aderente (*cf. infra*);
 - nell'ipotesi di offerta incompleta, la proposta dovrà considerarsi un semplice invito ad offrire, onde l'acquirente assumerà la qualifica di proponente ed il fornitore si riserverà la veste di accettante.

In base alle forme di perfezionamento del contratto, merita particolare rilievo la distinzione tra contratti consensuali e contratti reali, ponendosi per questi ultimi seri dubbi circa l'ammissibilità della stipulazione in via telematica.

In quanto i contratti reali siano intesi secondo la tradizionale definizione, come quei contratti che si perfezionano con la consegna della cose che ne è oggetto (quali il mutuo, il comodato, il deposito, il pegno, il riporto), deve riconoscersi che senza la *traditio* il contratto non si intende formato, onde la via telematica dovrebbe considerarsi radicalmente esclusa.

Senonchè, come esattamente avvertito dalla dottrina più recente, la nozione di contratto reale appare in contrasto con un dato di esperienza che vede comunemente il costituirsi di vincoli contrattuali relativi ad operazioni di mutuo, deposito, ecc, senza la preventiva consegna della cosa²⁷, per cui deve certamente ammettersi, in forza del principio dell'autonomia contrattuale, che i tipici programmi negoziali che normalmente formano oggetto dei contratti reali, possano essere conclusi anche in forma consensuale (laddove ad es. la parte anzicchè consegnare la somma mutuata, si obblighi a consegnarla).

L'utilizzo del contratto telematico appare allora certamente compatibile con tale forma alternativa ai classici contratti reali (appare cioè compatibile con i contratti consensuali atipici aventi ad oggetto programmi negoziali reali), fermo restando che il contratto potrà perfezionarsi subito al momento dell'accordo, ma i tipici effetti restitutori, normalmente connessi a tali programmi negoziali, si produrranno solo in seguito all'effettiva consegna (il mutuatario assumerà l'obbligo di restituire la somma solo dopo che il mutuante ne abbia effettuato la consegna).

LA FORMA

La forma è in generale il mezzo attraverso il quale le parti manifestano il consenso contrattuale: le principali forme per il contratto sono l'atto pubblico, la scrittura privata, la forma verbale ed il comportamento concludente.

Il principio che regola la materia è quello della libertà di forma (corollario del principio di autonomia negoziale), nel senso che le parti possono optare liberamente per qualunque fra le suddette forme da dare all'atto.

Eccezionalmente la legge prevede in alcuni casi una determinata forma a pena di nullità (forma vincolata *ad substantiam*): pensiamo ad esempio agli atti dispositivi di diritti immobiliari per i quali, allo scopo di responsabilizzare il consenso e dare certezza all'atto²⁸, la legge richiede l'atto scritto, ossia il documento firmato dagli autori, cioè la scrittura privata; pensiamo alle donazioni, per le quali occorre l'atto pubblico, cioè il documento redatto con le richieste formalità da un notaio.

Pensiamo, poi, al campo delle forme volontarie, in cui l'onere della forma ha la sua fonte nella volontà delle parti (es. patto di forma).

In tale quadro si innesta la problematica della forma dei contratti telematici.

Preliminarmente va fatta una precisazione: *fuori dalla problematica in oggetto si pongono tutte le ipotesi in cui lo strumento informatico serva solo per redigere e stampare il documento*. In tal caso, infatti, non si è in presenza di un contratto telematico, ma di un normale contratto in cui, il documento rappresentativo del programma negoziale, è stato redatto attraverso il computer.

Il problema della forma si pone, quindi, solo per i contratti telematici in senso tecnico, ove il consenso contrattuale è espresso esclusivamente in via telematica. In tale prospettiva, occorre distinguere quattro ipotesi.

1. Nelle ipotesi in cui il contratto telematico debba avere ad oggetto un programma negoziale per il quale vige la regola della libertà di forma (e le parti nemmeno abbiano previsto l'onere della forma volontaria), l'uso del mezzo telematico non pone alcun problema, essendo l'ipotesi equiparabile al caso di contratto concluso a mezzo telefono o via fax; in tal caso, si sostiene, è sufficiente la pressione del tasto virtuale per manifestare la propria volontà contrattuale.

In definitiva i contratti a forma libera si stipulano in via telematica attraverso il sistema del "point and click" ossia del puntamento del mouse sul tasto virtuale di accettazione e della pressione del relativo tasto sinistro.

2. Problemi maggiori, invece, si pongono per i programmi negoziali per i quali la legge preveda la necessità della scrittura privata, richiedendo che il documento sia sottoscritto dagli autori.

In tal caso il legislatore ha fatto ricorso ad un espediente, ossia ad una procedura di validazione che consente al mittente di rendere manifesta ed al destinatario di verificare la riferibilità soggettiva del documento ad un determinato individuo: la c.d. firma digitale che contenuta all'interno di una *smart card* in possesso del titolare, imprimendo un codice sul documento (una sorta di *impronta digitale*) consente di ritenere *con certezza* che il documento appartiene al mittente firmatario.²⁹

L'Italia è stata tra i primi paesi dell'Unione Europea a dare piena validità giuridica alla firma digitale attraverso vari interventi normativi anche di contenuto tecnico tra i quali il più significativo è il D.P.R. 513 del 10 novembre 1997, confluito nel Testo Unico sulla documentazione amministrativa (D.P.R. 445 del 28 dicembre 2000) e il D.Lgs. n.10 del 15 febbraio 2002, che ha definito le norme primarie per l'attuazione della direttiva comunitaria 1999/93/CE. Il D.Lgs. n. 10/2002 ha introdotto una rilevante novità: l'introduzione di diverse tipologie di firme elettroniche aventi validità ed efficacia giuridiche diverse: la firma elettronica avanzata, c.d. forte, (la firma digitale del D.P.R. 513/1997 è l'esempio principale ma non unico di questa tipologia di firma), nei casi in cui la firma è basata su un certificato qualificato e creata con dispositivo sicuro; le firme elettroniche "deboli", ossia firme elettroniche che non rispettano i requisiti tecnici e organizzativi di sicurezza previsti per le firme elettroniche "forti": pensiamo ad esempio all'uso di un *username* o una *password* associata ad un documento informatico.

Sotto il profilo dell'assolvimento dell'onere formale, va subito specificato che entrambe le tipologie di firma soddisfano il requisito della forma scritta, nel senso che laddove il legislatore richiede che un determinato programma negoziale rivesta la forma scritta *ad substantiam*, i contraenti possono indifferentemente avvalersi di qualsiasi tipo di firma³⁰.

Il problema si è posto allorché si tratti di atti soggetti a trascrizione (2643 c.c.), laddove il titolo per la trascrizione è costituito dall'atto pubblico ovvero dalla scrittura privata con sottoscrizione autenticata dal pubblico ufficiale (2657 c.c.).

Tale problema è stato risolto con l'art. 24 del d.p.r. 445/2000 che, introducendo e disciplinando la figura della firma digitale autenticata, ha esteso la disciplina di cui all'art. 2703 c.c. (che considera riconosciuta la sottoscrizione autenticata) alla firma digitale, la cui apposizione sia stata autenticata dal notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato³¹.

A seguito dell'entrata in vigore del d. lgs. n. 10/2002 con l'introduzione della distinzione tra firme elettroniche deboli e forti, si è posto il problema se la disciplina della firma digitale autenticata possa trovare applicazione anche per la seconda categoria di firme; la tesi prevalente sostiene la soluzione positiva, proponendo l'applicazione analogica dell'art. 24 cit. alle firme elettroniche semplici³².

3. Nelle ipotesi in cui la legge richieda per un determinato programma negoziale la forma dell'atto pubblico (es. donazione, convenzioni matrimoniali) sono state formulate due tesi.

La tesi negativa, pure autorevolmente sostenuta in dottrina³³, sostiene che la firma digitale non può essere utilizzata gli atti pubblici, giacché in base all'art. 12 della legge 4.1.1968 n. 15, in materia di documentazione amministrativa e sull'autenticazione di firme, gli atti ricevuti dai notai e dagli altri pubblici ufficiali sono redatti a stampa o con scrittura a mano o a macchina; inoltre si sostiene che il decreto in materia di firma digitale non consente di ritenere superata tale previsione non facendo alcuna menzione della formazione dell'atto pubblico ma solo della scrittura privata elettronica con firma digitale.

Nell'ambito di coloro che accolgono la tesi favorevole³⁴:

- alcuni sostengono in proposito che l'attività di formalizzazione richiesta al notaio in sede di autenticazione si scrittura privata (sicuramente consentita in forma telematica) appare sostanzialmente analoga a quella tipica della redazione dell'atto pubblico per cui non si vede

perché si debba ammettere l'autenticazione telematica della scrittura privata dal pubblico ufficiale e negare la redazione dell'atto pubblico in via telematica³⁵;

- altri evidenziano che la figura dell'atto pubblico informatico trova il suo riconoscimento anche a livello normativo (cfr. ad es. l'art. 491 bis c.p. che applica al documento informatico pubblico le norme sul falso in atto pubblico; la legge 15.3.1997 n. 59 in materia di atto amministrativo in forma elettronica);
- altri ancora reputano che la stessa legge n. 15/1968, da alcuni richiamata a fondamento della tesi negativa, se estensivamente applicata consentirebbe di far rientrare nell'ampio concetto di stampa o di scrittura a macchina, l'utilizzo del computer.

~

La dottrina più recente ritiene che al problema non possa darsi una soluzione univoca, dipendendo la risposta dalla risoluzione di alcuni quesiti preliminari, dalla cui soluzione dipende l'ammissibilità o meno dell'atto pubblico telematico.

Nell'ambito di tali tesi, secondo alcuni la questione dell'ammissibilità dell'atto pubblico telematico andrebbe risolta alla luce della corretta interpretazione dell'art. 47 l. not. che prevede che l'atto notarile debba essere ricevuto dal notaio solo in presenza delle parti per cui: se al concetto di presenza si assegna un significato materiale (collocazione dei soggetti nello stesso contesto spaziale), l'uso del mezzo telematico sarebbe incompatibile con il rispetto di tale disposizione; se, invece, come appare più corretto, al termine presenza si attribuisce un significato più lato, come semplice contatto tra il notaio e le parti che consenta al primo di accertare l'identità e la capacità delle seconde, non vi è dubbio che il mezzo telematico consenta di realizzare tale fine, senza che scatti la sanzione di nullità che l'art. 51 l. not. ricollega al mancato rispetto di dette prescrizioni³⁶. Fuori dall'ambito della forma telematica resterebbero, allora, solo i casi in cui la legge richiede che la sottoscrizione sia apposta in modo autografo dall'autore dell'atto (es. testamento olografo);

Tale tesi tuttavia, non si sottrae ad un importante rilievo critico. E' stato infatti replicato che i compiti del notaio, nell'ambito dell'atto pubblico, non si risolvono unicamente nello svolgimento di un'attività identificativa (che l'uso della firma digitale permetterebbe pur sempre di svolgere), ma comportano anche, fra l'altro, l'interrogazione delle parti, l'accertamento dell'integrità delle loro volontà e quindi tutta una serie di funzioni che non potrebbero essere svolte in via telematica: di qui, in concreto, l'inammissibilità, ad esempio, di una donazione on-line³⁷.

4. Per ciò che concerne le forme volontarie, occorre distinguere varie ipotesi.

Nel caso in cui il patto di forma preveda l'utilizzo dell'atto pubblico, si pongono i medesimi problemi già visti in ordine all'ammissibilità dell'atto pubblico telematico.

Nel caso in cui le parti abbiano previsto l'utilizzo della scrittura privata (autenticata o meno), la prescrizione di forma può ritenersi soddisfatta anche attraverso l'utilizzo dello strumento informatico (stante il principio di assoluta equivalenza).

Più dubbio appare il caso in cui le parti prevedano l'utilizzo in via esclusiva dello strumento cartaceo (escludendo il mezzo informatico) ovvero di quello informatico (escludendo quello cartaceo), ponendosi il problema della derogabilità, da parte dei contraenti, del principio di equivalenza tra documento cartaceo e documento digitale: più corretta appare la soluzione affermativa che facendo leva sulla considerazione che il principio di equivalenza non comporta

anche un'assoluta indifferenza tra le due forme, ammette che gli interessati manifestino la loro preferenza per l'utilizzo di un determinato mezzo escludendo 'a priori' il ricorso all'altro³⁸.

Segue: L'efficacia probatoria

Connesso al problema della forma è il discorso concernente l'efficacia probatoria dei documenti sottoscritti con firma elettronica.

Su questo terreno, infatti, la valenza delle diverse firme elettroniche ammesse dalla legge subisce un'evidente scissione:

- i documenti informatici senza alcuna firma, elettronica o digitale, hanno l'efficacia probatoria prevista dall'art. 2712 c.c. in tema di riproduzioni meccaniche, per cui il documento informatico farà piena prova di ciò che in esso è rappresentato, salvo che l'interessato non ne disconosca la conformità ai fatti o alle cose rappresentate.
- i documenti sottoscritti con la firma elettronica debole, pur soddisfacendo il requisito della forma scritta (come sopra specificato) *producono un'efficacia probatoria attenuata*, liberamente valutabile dal giudice in base alle caratteristiche oggettive di qualità e sicurezza;
- i documenti sottoscritti con la firma elettronica avanzata (ivi compresa la firma digitale, costituente una *species* del *genus*), posseggono il massimo dell'efficacia probatoria, nel senso che *sono equiparati alla scrittura privata*, onde il documento fa piena prova della provenienza delle dichiarazioni dal sottoscrittore, fino a querela di falso³⁹.

Il problema che si è posto in relazione ai documenti sottoscritti con firme digitali o comunque con firme elettroniche forti concerne la possibilità di un disconoscimento della sottoscrizione da parte dell'interessato.

Normalmente la scrittura privata fa piena prova della provenienza dello scritto dal titolare della sottoscrizione e che quest'ultimo può contestare tale provenienza attraverso la procedura di disconoscimento (consistente nella negazione della propria scrittura o sottoscrizione, art. 214 c.p.c.), onde per effetto del disconoscimento la scrittura privata non spiegherà alcun rilievo probatorio se la parte che l'ha prodotta non domanda la verifica e ottiene il riconoscimento della scrittura (216 c.p.c.).

Il problema che si è posto riguarda l'utilizzabilità di tale procedura con riferimento al documento digitale, se il titolare della firma possa disconoscere la sottoscrizione digitale apposta in calce al documento (ad esempio nei casi in cui un terzo abbia copiato la chiave segreta ovvero abbia sottratto al titolare il supporto contenente la firma digitale).

Secondo una parte della dottrina in tali casi al titolare non resterebbe che fare ricorso alla procedura di disconoscimento prevista per la scrittura privata cartacea.

Tale soluzione, tuttavia, è stata giustamente criticata sul rilievo che la procedura di disconoscimento è poco compatibile con la firma elettronica atteso che le relative norme, in merito al deposito delle scritture di comparazione (218 e 219 c.p.c.) ed alla nomina del consulente tecnico (art. 217 c.p.c.), sarebbero del tutto inapplicabili al caso in esame. Inoltre si è sostenuto che lo stesso art. 10 t.u. (nella nuova versione) al co. 3 prevede che il documento sottoscritto con firma digitale o altre firme

forti fa piena prova della 'suitas' fino a querela di falso, senza prevedere alcuna possibilità di disconoscimento.

Ecco perché la dottrina prevalente, nega l'ammissibilità della procedura di disconoscimento e risolve i casi problematici (di utilizzo abusivo della firma digitale) attraverso l'applicazione dei principi dell'apparenza imputabile e dell'autoresponsabilità⁴⁰.

In particolare, il titolare della firma digitale non può disconoscere la firma perché quella è giuridicamente la sua firma (una sorta di impronta digitale incontestabile).

Nell'ipotesi in cui la chiave sia stata utilizzata da un terzo, tutto sta a verificare se tale utilizzo sia in qualche modo giuridicamente imputabile al titolare della chiave.

Qualora l'utilizzo della chiave da parte del terzo sia stato consentito dal titolare, si ricade nello schema della rappresentanza (c.d. mandato *ad scribendum*), per cui il documento sarà senz'altro imputabile al rappresentato, titolare della firma.

Qualora, invece, il terzo, pur autorizzato, ecceda dall'ambito dei propri poteri rappresentativi e confezioni un documento *contra pacta* (ossia difformemente da quanto convenuto con il titolare della firma), viene in rilievo una divergenza tra ciò che si voleva venisse dichiarato e ciò che concretamente è stato dichiarato, ipotesi che la giurisprudenza riconduce ai vizi della volontà ed in particolare alla figura del c.d. errore ostativo (relativamente al caso in cui la dichiarazione è stata inesattamente trasmessa dalla persona che ne era stata incaricata) equiparato all'errore vizio, in punto di disciplina, dall'art. 1433 c.c.⁴¹.

Qualora, infine, il terzo abbia utilizzato l'altrui firma digitale senza essere autorizzato (*absque pactis* o *sine pactis*), occorre ulteriormente distinguere:

- nell'ipotesi in cui l'uso da parte del terzo era evitabile con l'adozione delle ordinarie cautele da parte del titolare (ad es. smarrimento colposo del supporto, imprudente affidamento ad un terzo, negligente custodia, incauta rivelazione del codice a terzi), anche in tal caso il titolare dovrà subire il rischio dell'abusivo utilizzo da parte del terzo;
- nel caso in cui invece si dimostri che l'uso da parte del terzo sia avvenuto senza che alcun addebito in chiave di colpevolezza sia ascrivibile al titolare, l'abuso del terzo si risolve in una vera e propria contraffazione o alterazione del documento, il quale non potrà in alcun modo considerarsi autentico; venendo quindi in rilievo un falso, sarà possibile da parte del titolare avvalersi dello strumento della querela di falso (art. 221 ss. c.p.c.) al fine di contestare la provenienza delle dichiarazioni contenute nella scrittura rispetto al titolare della firma digitale.

IL CONTENUTO

La tematica del contenuto del contratto telematico assume connotazioni interessanti specialmente nello schema formativo B2C, ossia allorché parti del contratto siano il professionista ed il consumatore.

In tali casi il contraente debole si limita il più delle volte ad aderire al programma negoziale predisposto dal soggetto economicamente più forte (attraverso l'uso del linguaggio ipertestuale del *world wide web* –www- di internet), onde il primo si limita ad una mera adesione.

Il vero problema posto da tali contratti per adesione è ancora una volta quello della tutela dell'aderente che si trova in condizione di debolezza contrattuale, essendo normalmente privo di reali poteri di incidere sul programma negoziale unilateralmente predisposto

Un primo problema di tutela pongono le clausole contrattuali che realmente si presentino come condizioni generali di contratto (1341 co. 1 c.c.), laddove ai fini della qualificazione della clausola in questi termini ciò che conta, com'è noto, non è tanto la predisposizione unilaterale della parte, ma lo stabile utilizzo della clausola da parte di un solo contraente per regolare la propria contrattazione in un dato settore economico.

Con particolare riferimento alle condizioni generali *on line*, la loro efficacia è subordinata, in applicazione della regola codicistica, alla conoscibilità delle stesse da parte dell'aderente.

Pertanto nell'ipotesi in cui le stesse risultino dalla stessa pagina web contenente le restanti condizioni contrattuali, l'onere del predisponente può dirsi assolto e verserebbe in colpa grave l'aderente che omettesse di prenderne visione.

Invece nell'ipotesi in cui le condizioni generali risultassero richiamate per *relationem*, perché contenute in altre sezioni del sito, in altre pagine web, in più ipertesti aperti via via (pagine di secondo livello richiamabili con un *link*⁴²) o al limite in altri documenti scritti *aliunde* reperibili, secondo alcuni l'obbligo di esibizione può dirsi assolto ponendo con massimo risalto la circostanza che il testo richiamato è contenuto in altra postazione, della quale dev'essere fornito e deve risultare certamente funzionante il relativo collegamento elettronico (*link*).

Parte della dottrina, tuttavia, appare attestata su posizioni più intransigenti sostenendo che una clausola di rinvio ai contenuti di altre sezioni del sito, anche ove esse siano esattamente individuate, comporta pur sempre un grave *vulnus* in termini di chiarezza e trasparenza nella presentazione delle condizioni generali.

E' evidente che l'operatore può successivamente modificare le condizioni contrattuali contenute nelle condizioni generali di contratto, ma è evidente che il regolamento negoziale applicabile al singolo contratto è quello esposto sul sito al momento della conclusione, onde le eventuali nuove pattuizioni si applicheranno solo ai contratti formati successivamente alla loro pubblicazione *on line*.

La disciplina delle condizioni generali, tuttavia, muta nell'ipotesi in cui si tratti di clausole vessatorie, laddove mentre nel primo caso la regola dell'adesione copre solo il conosciuto ed il conoscibile (1341 co. 1 c.c.), nel secondo caso copre solo il sicuramente conosciuto (1341 co. 2 c.c.), venendo in rilievo clausole che avvantaggiano il predisponente o aggravano la posizione dell'aderente.

In tali casi, contemplando la legge uno specifico elenco di clausole aventi la caratteristica di palesare un pericolo presunto di vessatorietà, in deroga al principio di libertà di forma prevede uno specifico onere formale, facendo dipendere l'efficacia di esse dalla specifica approvazione per iscritto.

Con particolare riferimento alle clausole vessatorie *on line*, premesso che anche qui non basta la sottoscrizione del testo contrattuale ma occorre la sottoscrizione delle singole clausole essendo all'uopo sufficiente una sottoscrizione per un gruppo di clausole vessatorie nonché l'indicazione del numero d'ordine (purchè sia individuato con precisione l'oggetto ovvero il titolo della clausola), appare evidente che l'onere della specifica sottoscrizione non possa che essere assolto attraverso il meccanismo della firma digitale.

Potrà pertanto accadere, nei contratti a forma libera, che la firma digitale debba essere utilizzata solo allo scopo di approvare le clausole vessatorie (e non per formalizzare l'accordo contrattuale), onde il contratto si perfezionerà attraverso il sistema del *point and click* (tasto negoziale virtuale) e le clausole vessatorie saranno efficaci solo se specificamente approvate con la firma virtuale.

Ferma restando l'idoneità della firma digitale ad integrare il requisito della specifica approvazione scritta delle clausole vessatorie, si è posto il problema se analoga idoneità debba riconoscersi, in termini di sufficienza, per le altre forme di sottoscrizione previste dal d. lgs. n. 10/2002, ossia per le firme elettroniche.

Per ciò che concerne le firme elettroniche avanzate, tale idoneità deve sicuramente riconoscersi, attesa la loro equipollenza rispetto alla firma digitale (delle quali quest'ultima costituisce una *species*).

Più controversa è la questione con riferimento alle firme elettroniche deboli le quali, se equiparate quanto agli effetti formali alla forma scritta (art. 10 co. 2 del d.p.r. 445/2000 come modif. dal d. lgs. n. 10/2002), produce effetti attenuati sul terreno probatorio (sono liberamente valutabili dal giudice tenuto conto delle caratteristiche oggettive di qualità e di sicurezza di volta in volta riscontrate).

Secondo una prima ipotesi ricostruttiva, posto che le firme in questione non sono basate su un certificato qualificato e comunque non vengono apposte avvalendosi di un dispositivo per la creazione di una firma sicura, la soluzione dovrebbe essere negativa, giacchè essendo la tutela del contraente unicamente affidata all'assolvimento di un onere puramente formale, appare giusto pretendere tutte le garanzie possibili riguardo all'effettiva conoscenza da parte dell'aderente riguardo alle clausole vessatorie⁴³.

Secondo una diversa impostazione, la differenza tra firme forti e firme deboli si riflette solo sul piano dell'efficacia probatoria (essendo la seconda affidata al libero apprezzamento del giudice), fermo restando che entrambe assolvono al requisito legale della forma scritta, onde il problema non è se la firma debole soddisfi o meno il requisito della specifica approvazione scritta ma è quello di tutelare il consumatore dallo smarrimento incolpevole o dall'altrui abusivo utilizzo di una firma che si considera giuridicamente appartenente all'aderente.⁴⁴

La ritenuta inadeguatezza della tutela formale dell'aderente predisposta dell'art. 1341 co. 2 c.c. ha indotto il legislatore, in esecuzione della Direttiva n. 13/93, a disciplinare diversamente, con la legge n. 52/1996, le clausole vessatorie nei contratti conclusi tra professionisti e consumatori (art. 1469 bis ss. c.c.).

Com'è noto la disciplina predisposta si articola su una tripartizione:

- clausola generale (1469 bis co. 1 c.c.), per la quale sono vessatorie le clausole che, indipendentemente dall'erronea credenza circa la non vessatorietà della clausola, determinano oggettivamente un significativo squilibrio dell'equilibrio economico contrattuale;

- c.d. lista grigia, contenente un elenco di clausole assistite da una presunzione relativa di vessatorietà, superabile dalla prova contraria da parte del professionista o che all'interno del contratto vi sono altre clausole che controbilanciano lo squilibrio determinato dalla clausola, ovvero che la clausola utilizzata in realtà non rientra nella lista grigia (nei casi in cui il legislatore si sia avvalso di concetti elastici rinvenibili nell'uso di avverbi o aggettivi quali ad es. "eccessivamente" o "ragionevole");
- c.d. lista nera, caratterizzata dal fatto che alcune delle clausole (le nn. 1, 2, 10) contenute nella lista grigia, sono state riprodotte nell'art. 1469 quinquies e differenziate dalle precedenti: secondo alcuni semplicemente perché sottratte al principio per il quale la trattativa esclude la vessatorietà; secondo altri perché, oltre a tale aspetto, sarebbero altresì assistite da una presunzione assoluta di vessatorietà, nel senso che la sanzione dell'inefficacia non sarebbe superabile dalla prova contraria (consentita per la lista grigia).

Per quanto concerne la tematica dei contratti conclusi in forma telematica, due aspetti della richiamata disciplina destano interesse, quello della c.d. trattativa individuale 'sanante' e quello della forma delle clausole contrattuali.

Per ciò che concerne la trattativa individuale, premesso che le clausole rientranti nella regola generale (1469 bis co. 1) e nella lista grigia (1469 bis co. 3) non possono mai considerarsi vessatorie se sono state oggetto di trattativa individuale (1469 ter co. 4), va in proposito specificato che il professionista potrà assolvere all'onere probatorio a suo carico solo dimostrando che il contenuto della clausola in oggetto sia stato concretamente negoziato dalle parti, attraverso la produzione dei documenti rappresentativi della negoziazione o sottoscritti dalla controparte con firma digitale o altre firme elettroniche ovvero contenuti o allegati ad email scambiate prima della conclusione del contratto.

Per ciò che concerne la forma delle clausole contrattuali, l'art. 1469 quater prevede il divieto delle clausole oscure, nel senso che le stesse vanno redatte in modo chiaro e comprensibile.

Il problema si pone nelle ipotesi, già affrontate a proposito delle condizioni generali di contratto, in cui le clausole non siano contenute nella pagina web contenente il testo contrattuale, ma quest'ultimo operi un rinvio ad altre pagine di secondo livello ovvero richiamabili attraverso un *link*; in tal caso la soluzione non può essere formulata in via generale, dovendosi di volta in volta verificare se le modalità del rinvio effettuato consentano di soddisfare le esigenze di certezza e chiarezza poste a fondamento della norma (in base alla valutazione di parametri *standard* quali l'evidenza data alla *relatio*, il funzionamento del *link*, la facile reperibilità e leggibilità della pagina web richiamata, ecc.), onde l'unico problema che realmente si pone in tal caso concerne la sanzione da applicare nell'ipotesi in cui la valutazione di tali parametri si debba concludere in maniera negativa (con conseguente giudizio in termini di oscurità della clausola richiamata).

Va in proposito rimarcato che il legislatore non specifica le conseguenze del difetto di forma e pare limitarsi a distinguere il difetto di trasparenza dalla valutazione di vessatorietà⁴⁵, per cui mentre alcuni sostengono che la clausola oscura comporta la responsabilità precontrattuale del predisponente con conseguente possibilità di domandare un risarcimento in forma specifica, consistente nell'espunzione della clausola oscura, secondo la tesi che sembra preferibile, le clausole oscure equivalgono, in definitiva, alle clausole non conoscibili di cui all'art. 1341 c.c., con conseguente sanzione dell'inefficacia verso l'aderente.

L'ESECUZIONE

La fase esecutiva del contratto telematico pone per lo più il particolare problema relativo agli strumenti di pagamento⁴⁶.

Le esigenze del commercio elettronico richiedono un sistema di pagamento che consenta di soddisfare due interessi fondamentali⁴⁷: l'interesse dell'*accipiens* a conseguire in tempi rapidi il trasferimento della somma di denaro e l'interesse del *solvens* ad utilizzare un sistema di pagamento sicuro, al riparo da utilizzazioni o intrusioni abusive.

Le forme di pagamento utilizzate possono essere varie (carta di credito, bonifico bancario, vaglia postale ecc.) anche se il legislatore comunitario, con la raccomandazione n. 1997/489/CE ha colto un'importante distinzione tra gli strumenti di pagamento elettronico⁴⁸.

In primo luogo vengono in rilievo gli strumenti di pagamento tradizionali applicati alla rete: essi consentono di effettuare pagamenti a favore del beneficiario con forme ordinarie (bonifico bancario, c/c postale, contrassegno); tali strumenti garantiscono un elevato grado di sicurezza, ma non soddisfano l'interesse del venditore a conseguire velocemente la somma di denaro.

Accanto a tale prima fattispecie si configurano gli strumenti idonei a realizzare la c.d. moneta elettronica o virtuale: tale sistema è realizzato attraverso molteplici forme che consentono un collegamento immediato tra debitore e creditore, incorporando un credito acquistato contro contanti presso un istituto emittente. In tale seconda categoria vengono in rilievo:

- gli assegni elettronici: dopo aver stipulato una convenzione con un istituto di credito, il cliente emette un "assegno" sottoscritto con firma digitale, presentato dopo la firma alla banca per l'incasso;
- il portafoglio digitale: trattasi di una carta prepagata e ricaricabile (una *smart card*), caratterizzata da un sistema di pagamento a scalare che sottrae dall'ammontare originario quella effettivamente impiegata per la spesa;
- *E-cash* (moneta elettronica in senso stretto): il sistema usa un proprio denaro virtuale, rappresentato da monete fornite da banche associate, responsabili della certificazione dell'autenticità delle monete virtuali. Per poter utilizzare il sistema è necessario aprire un conto con una delle banche partecipanti per cui sarà poi possibile memorizzare sul proprio computer monete elettroniche; tali monete, al momento di un acquisto, verranno trasferite al venditore sfruttando tecniche di crittografia a chiave pubblica e di firma cieca.

LA RESPONSABILITÀ

La problematica della responsabilità copre vari profili.

Vi è in primo luogo la responsabilità delle parti contrattuali, che si specifica nel duplice aspetto della responsabilità contrattuale (da inadempimento) e precontrattuale (specie per violazione degli obblighi di informazione: cfr. ante).

Vi è poi la responsabilità dei terzi, con particolare riferimento a colui o coloro che hanno veicolato le informazioni contrattuali, rendendo possibile l'incontro telematico dei consensi ed il perfezionamento del contratto telematico.

Tale ultimo profilo risulta oggetto di una puntuale disciplina ad opera del d. lgs. n. 70/2003 emanato in attuazione della direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico.

I punti chiave di tale disciplina riguardano la responsabilità dell'ISP (*Internet Service Provider*), definito dall'art. 2 quale "prestatore di un servizio della società di informazione" (in base alle definizioni contenute nell'art. 2) e che può identificarsi con la società che fornisce servizi Internet, siano essi di accesso alla rete che di realizzazione e gestione di siti: trattasi, in definitiva, del fornitore di accesso e spazio su internet che attraverso le proprie pagine web rende possibile l'esecuzione del programma negoziale.

La disciplina in proposito dettata parte da un presupposto fondamentale e cioè che il prestatore del servizio (ISP) non è assoggettato ad alcun obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmette o memorizza: del contenuto di tali informazioni risponderà pertanto sempre l'utente del servizio (ossia colui che ha adoperato la pagina web per diffondere le informazioni).

Il prestatore neppure deve ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite (art. 17).

Tuttavia, riguardo alle informazioni illecite, il prestatore ha in tale senso solo due obblighi: quello di informare subito le competenti autorità (giudiziaria o amministrativa di vigilanza), non appena conosciuta l'attività o l'informazione illecita veicolata; quella di fornire all'autorità competente tutte le informazioni in proprio possesso per identificare gli utenti del servizio, allo scopo di prevenire attività illecite.

Pertanto, attesa l'esistenza di tali obblighi del prestatore nei riguardi delle attività illecite del terzo, la normativa in esame distingue tre diverse ipotesi di responsabilità civile dell'ISP, a seconda che svolga un'attività di semplice trasporto delle informazioni fornite dall'interessato, ovvero un'attività di memorizzazione temporanea ovvero di memorizzazione permanente.

Nella prima ipotesi, qualora il prestatore svolga un mero servizio di trasmissione delle informazioni fornite dall'interessato, non assume alcuna responsabilità in ordine alle informazioni trasmesse, purchè non le abbia in alcun modo modificate o manipolate ovvero selezionate: nel caso di attività di mera trasmissione, quindi, egli è un mero *nuncius* e quindi non risponde dell'illiceità delle informazioni; l'autorità giudiziaria o quella amministrativa di vigilanza possono tuttavia imporre al prestatore di cessare la trasmissione delle informazioni;

Nella seconda ipotesi, allorché venga svolta un'attività più incisiva di memorizzazione temporanea, l'ISP, appena a conoscenza che un'autorità giudiziaria o amministrativa ne ha disposto la rimozione, a cagione del carattere illecito dell'attività, deve attivarsi per la cancellazione delle informazioni, con la conseguenza che l'ISP sarà responsabile in due casi: se ha modificato o manipolato le informazioni; oppure se, venuta a conoscenza del provvedimento di rimozione, non si è attivata per la cancellazione (o comunque impedito l'accesso alle informazioni da parte dei terzi).

Nella terza ipotesi (memorizzazione permanente) il prestatore, non appena a conoscenza dell'illecito o di fatti che rendono manifesto il carattere illecito delle informazioni, deve attivarsi per la cancellazione delle informazioni, per cui sarà responsabile in tre ipotesi: se ha modificato o manipolato le informazioni; se, venuto a conoscenza del provvedimento di rimozione, non ha

provveduto alla rimozione (o comunque impedito l'accesso alle informazioni); oppure se, appreso il carattere illecito delle informazioni, non ha provveduto alla cancellazione (o comunque impedito l'accesso alle informazioni).

1 Su tale categoria contrattuale v. G. Finocchiaro, I contratti ad oggetto informatico, Padova 1993.

2 Cfr. ad es. Bianca, Diritto civile, III, Il contratto, Milano 2000.

3 F. Caringella, Studi di diritto civile, Milano 2003, p. 2308.

4 Cfr. in tal senso E. Tosi, in Digesto delle discipline privatistiche, voce Contratto Virtuale, Torino 2003.

5 G. Patanè, I contratti on-line stipulati con firma digitale secondo la vigente normativa italiana in www.diritto.it.

6 Sui contratti ad oggetto informatico v. Trib. Novara 20.11.2004 in Diritto dell'Internet, 2, 2005, 141 con nota di V. Viti.

7 Secondo Trib. Roma 11.8.2004 in Diritto dell'Internet, 2, 2005, 153 con nota di G. Scorza, al contratto di fornitura di sistema informatico è applicabile la disciplina del contratto di appalto o, in alternativa, quella relativa al contratto di vendita con la conseguenza che l'acquirente che chiede il risarcimento del danno sofferto per effetto della pretesa difformità del bene consegnato rispetto a quello ordinato deve assolvere il duplice onere probatorio di provare la sussistenza dei vizi lamentati e la tempestività della denuncia e dell'azione proposta.

8 Sulla pagina web vista come opera di ingegno e riguardo all'applicabilità della normativa sul diritto d'autore v. M. Iaselli in Diritto dell'Internet, n. 2, 2005, 19 s., in nota di commento a Cass. civile n. 12089/2004.

9 È la forma più nota, anche se non la più diffusa, di *e-commerce*, e indica sostanzialmente la fornitura di beni e servizi direttamente all'utente finale. In genere avviene tramite un sito web dove il *merchant* (chi vende) mette a disposizione del *buyer* (chi compra) un carrello della spesa virtuale in cui inserire tutti gli oggetti da acquistare, tutti "osservabili" da cataloghi appositi, più o meno sofisticati a seconda del sito e dei beni o servizi che l'impresa propone. Il compratore può aggiungere o eliminare i prodotti che vuole, modificarne le quantità, controllare tanto il valore complessivo quanto quello di dettaglio, visionare tutto il contenuto, ecc. L'atto finale della transazione consiste nella compilazione, da parte del compratore, di un form con i suoi dati e gli estremi della carta di credito (al problema, molto discusso, della sicurezza di queste transazioni abbiamo dedicato un articolo apposito). Se tutto è andato come doveva, l'operazione si conclude con l'arrivo, in tempi brevi, della merce ordinata direttamente a casa del *buyer*: cfr. in proposito G. Sciuilli, Modelli B2B e B2C, in www.Html.it.

10 Altro esempio possibile è il cosiddetto Business consumer to business (C2B), un modello ancora poco noto ma probabilmente destinato a vasta diffusione, consistente in una serie di iniziative commerciali (come quelle avviate da Priceline) dove è il consumatore a proporre il prezzo per il prodotto a cui è interessato, provocando così l'offerta dei diversi merchant coinvolti nel servizio: cfr. G. Sciuilli, Modelli, cit.

11 L'art. 3 del d. lgs. 185/99 dispone che: "In tempo utile, prima della conclusione di qualsiasi contratto a distanza, il consumatore deve ricevere le seguenti informazioni:

a) identità del fornitore e, in caso di contratti che prevedono il pagamento anticipato, l'indirizzo del fornitore; b) caratteristiche essenziali del bene o del servizio; c) prezzo del bene o del servizio, comprese tutte le tasse o le imposte;

d) spese di consegna; e) modalità del pagamento, della consegna del bene o della prestazione del servizio e di ogni altra forma di esecuzione del contratto; f) esistenza del diritto di recesso o di esclusione dello stesso ai sensi dell'articolo 5, comma 3; g) modalità e tempi di restituzione o di ritiro del bene in caso di esercizio del diritto di recesso; h) costo dell'utilizzo della tecnica di comunicazione a distanza, quando è calcolato su una base diversa dalla tariffa di base; i) durata della validità dell'offerta e del prezzo; l) durata minima del contratto in caso di contratti per la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi ad esecuzione continuata o periodica.

Le informazioni di cui al comma 1, il cui scopo commerciale deve essere inequivocabile, devono essere fornite in modo chiaro e comprensibile, con ogni mezzo adeguato alla tecnica di comunicazione a distanza impiegata, osservando in

particolare i principi di buona fede e di lealtà in materia di transazioni commerciali, valutati alla stregua delle esigenze di protezione delle categorie di consumatori particolarmente vulnerabili.

In caso di comunicazioni telefoniche, l'identità del fornitore e lo scopo commerciale della telefonata devono essere dichiarati in modo inequivocabile all'inizio della conversazione con il consumatore, a pena di nullità del contratto (...).

[12](#) Tale è la natura della responsabilità precontrattuale secondo la dottrina e giurisprudenza prevalenti.

[13](#) L'art. 12 cit. prevede una serie di informazioni che si aggiungono a quelle previste dalla normativa in materia di contratti a distanza e dispone che "oltre agli obblighi informativi previsti per specifici beni e servizi, nonché a quelli stabiliti dall'articolo 3 del decreto legislativo 22 maggio 1999, n. 185, il prestatore, salvo diverso accordo tra parti che non siano consumatori, deve fornire in modo chiaro, comprensibile ed inequivocabile, prima dell'inoltro dell'ordine da parte del destinatario del servizio, le seguenti informazioni: a) le varie fasi tecniche da seguire per la conclusione del contratto; b) il modo in cui il contratto concluso sarà archiviato e le relative modalità di accesso; c) i mezzi tecnici messi a disposizione del destinatario per individuare e correggere gli errori di inserimento dei dati prima di inoltrare l'ordine al prestatore; d) gli eventuali codici di condotta cui aderisce e come accedervi per via telematica; e) le lingue a disposizione per concludere il contratto oltre all'italiano; f) l'indicazione degli strumenti di composizione delle controversie. 2. Il comma 1 non è applicabile ai contratti conclusi esclusivamente mediante scambio di messaggi di posta elettronica o comunicazioni individuali equivalenti. 3. Le clausole e le condizioni generali del contratto proposte al destinatario devono essere messe a sua disposizione in modo che gli sia consentita la memorizzazione e la riproduzione."

[14](#) E. Tosi, Contratto virtuale, cit., p. 463

[15](#) Cass. civile n. 4083/1978 in Giust. Civ. 1978, I, 1377; v. anche, riguardo al concetto di domicilio effettivo, Cass. civile n. 2600/1982.

[16](#) Trattasi del Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa. Il richiamato art. 14 disciplina la trasmissione del documento informatico: "1. il documento informatico trasmesso per via telematica si intende inviato e pervenuto al destinatario, se trasmesso all'indirizzo elettronico da questi dichiarato. 2. la data e l'ora di formazione, di trasmissione o di ricezione di un documento informatico, redatto in conformità alle disposizioni del presente testo unico e alle regole tecniche di cui agli articoli 8, comma 2 e 9, comma 4, sono opponibili ai terzi. 3. la trasmissione del documento informatico per via telematica, con modalità che assicurino l'avvenuta consegna, equivale alla notificazione per mezzo della posta nei casi consentiti dalla legge".

[17](#) La soluzione non muta nelle ipotesi in cui il contratto telematico non si concluda attraverso lo scambio di email, bensì attraverso il sistema del tasto negoziale virtuale (*point and click*) o attraverso utilizzo delle firme elettroniche (semplici o digitali); tali sistemi attengono alla tematica della forma del contratto digitale e vengono perciò trattati in quella sede.

[18](#) Rileva Pasquino, in Dir. Inform., 1990, 770, che i contratti si perfezionano nel momento in cui si incontrano gli impulsi elettronici dei due videoterminali. Analogamente Bianca, diritto civile cit., p. 311 in nota, sostiene l'inapplicabilità dell'art. 1326 co. 1 c.c. ai contratti telematici.

[19](#) Così E. Tosi, cit. p. 465, secondo il quale se il contratto si conclude mediante proposta ed accettazione, esso si perfezionerà nel tempo e nel luogo in cui il proponente ha notizia dell'accettazione dell'oblato, scaricando il messaggio di posta elettronica.

Si tenga presente in proposito che tale soluzione sembra trovare conferma nel d. lgs. n. 70/2003 sul commercio elettronico il cui art. 13 prevede 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 dell'informazione inoltra il proprio ordine per via telematica" ed aggiunge che, ricevuto l'ordinativo, il prestatore dovrà senza indugio accusare ricevuta dell'ordine del destinatario e che l'ordine e la ricevuta "si considerano pervenuti quando le parti alle quali sono indirizzati hanno la possibilità di accedervi". Il comma 4 aggiunge però che tali disposizioni non si applicano ai contratti conclusi esclusivamente mediante scambio di messaggi di posta elettronica o comunicazioni individuali equivalenti.

[20](#) Tripodi, I contratti telematici: le principali regole applicabili, in Manuale del commercio elettronico, Tripodi, Santoro, Missineo, Milano, 2000, p. 268.

[21](#) Come nota esattamente Caringella, in Studi, cit., p. 2310, mentre in passato la contrattazione fra soggetti distanti lasciava un ineluttabile margine temporale tra proposta ed accettazione, oggi, invece, la trasmissione dell'impulso elettronico, intelligibile in tempo reale, elimina qualunque intervallo di tempo e comporta la sostanziale coincidenza fra il momento della spedizione e quello della ricezione, ponendo così in crisi la regola della ricezione accolta nel codice civile.

[22](#) L'ipotesi è riportata da N.M. de Angeli, cit., e potrebbe effettivamente verificarsi solo in casi di errori commessi dal *provider* o dall'ente gestore della posta elettronica.

[23](#) Gambino, L'accordo telematico, Milano 1997.

[24](#) A. Fraternali, I contratti a distanza, Milano 2002, p.28.

[25](#) Nirvana Martina de Angeli, I Contratti telematici, in www.diritto.it

[26](#) Cfr. Sul punto E. Tosi, Contratto virtuale, cit., p. 461.

[27](#) Così testualmente Bianca, Diritto civile, cit., p. 242.

[28](#) Bianca, Diritto civile, cit., p. 278.

[29](#) La firma digitale è il risultato di una procedura informatica, che consente al sottoscrittore di rendere manifesta l'autenticità del documento informatico e al destinatario di verificarne la provenienza e l'integrità. Tale strumento utilizza le potenzialità delle chiavi asimmetriche (crittografia a doppia chiave) e prevede che il titolare abbia due chiavi che gli vengono attribuite in modo univoco, una "privata", in possesso e conosciuta solo da lui, e una "pubblica", resa disponibile attraverso il certificato rilasciato dal certificatore emittente. Un documento elettronico firmato (cifrato) con una delle due chiavi può essere reso "chiaro" (decifrato e verificato) esclusivamente utilizzando l'altra.

La firma digitale si basa su certificati elettronici rilasciati da soggetti definiti "certificatori", i quali hanno il compito e la responsabilità di garantire l'associazione firma digitale - titolare, pubblicare sul proprio sito l'elenco dei certificati delle chiavi pubbliche dei titolari che si sono avvalsi dei loro servizi di certificazione, mantenere aggiornato l'elenco pubblico dei certificati sospesi o revocati.

[30](#) Per altro la scelta del legislatore di equiparare firme deboli e forma scritta è stata recentemente sottoposta a due ordini di critiche: in primo luogo si sostiene che le firme deboli sarebbero ontologicamente incapaci di garantire la sicura riconducibilità soggettiva del documento al firmatario; in secondo luogo è stata evidenziata l'incongruenza insita nella scelta di assegnare al documento contrassegnato con firma debole l'idoneità ad integrare il requisito della forma scritta *ad substantiam*, negandogli al contempo il valore probatorio della scrittura privata (essendone l'efficacia probatoria affidata al libero scrutinio del giudice).

Cfr. in proposito E. Tosi, Contratto virtuale, cit., p. 473.

[31](#) Per ragioni di comodità si riporta l'intero testo dell'art. 24 cit.: *"1. Si ha per riconosciuta, ai sensi dell'articolo 2703 del Codice civile, la firma digitale, la cui apposizione è autenticata dal notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato.*

2. L'autenticazione della firma digitale consiste nell'attestazione, da parte del pubblico ufficiale, che la firma digitale è stata apposta in sua presenza dal titolare, previo accertamento della sua identità personale, della validità della chiave utilizzata e del fatto che il documento sottoscritto risponde alla volontà della parte e non è in contrasto con l'ordinamento giuridico ai sensi dell'articolo 28, primo comma, n. 1 della legge 6 febbraio 1913, n. 89.

3. L'apposizione della firma digitale da parte del pubblico ufficiale integra e sostituisce ad ogni fine di legge la apposizione di sigilli, punzoni, timbri, contrassegni e marchi comunque previsti.

4. *Se al documento informatico autenticato deve essere allegato altro documento formato in originale su altro tipo di supporto, il pubblico ufficiale puo' allegare copia informatica autenticata dell'originale, secondo le disposizioni dell'articolo 20, comma 3.*

5. *Ai fini e per gli effetti della presentazione di istanze agli organi della pubblica amministrazione si considera apposta in presenza del dipendente addetto la firma digitale inserita nel documento informatico presentato o depositato presso pubbliche amministrazioni.*

6. *La presentazione o il deposito di un documento per via telematica o su supporto informatico ad una pubblica amministrazione sono validi a tutti gli effetti di legge se vi sono apposte la firma digitale e la validazione temporale a norma del presente testo unico”.*

[32](#) Bianca, Diritto civile, cit., p. 311 e p. 748.

[33](#) Bianca, Diritto civile, cit., p. 310; Piccoli-Zanolini, Il documento elettronico e la firma digitale, in I problemi giuridici di internet, Milano 1999, p. 97; Zagami, Firma digitale e sicurezza giuridica, Padova, 2000, 196.

[34](#) Andrini, Dal tabellone al sigillo elettronico, in Vita not., 1998, 1788; Miccoli, Documento e commercio telematico, Milano, 1998, 104; Petrelli, Documento informatico, contratto in forma elettronica e atto notarile, in notariato, 1997, 583 ss.

[35](#) In tal senso v. A. Bortoluzzi, Forma telematica, in Digesto delle discipline privatistiche, Torino 2003, p. 725, il quale aggiunge che del pari positiva dovrebbe essere la risposta per le attività di verbalizzazione svolte a vario titolo dal notaio tenendo presente che queste ultime si riducono a mera attività di documentazione; nel caso di verbalizzazione di un'assemblea societaria, si aggiunge, ben potrà darsi l'ipotesi di verbalizzazione di un'attività telematica effettuata con mezzi tradizionali dal notaio documentatore, ovvero della documentazione telematica di un'attività assembleare anch'essa telematica. Sulla verbalizzazione telematica si richiama Guidotti, Il consiglio di amministrazione e l'assemblea dei soci nell'era di internet, in Contratto e impresa, 2001, 840.

[36](#) D. Ricciardi, La c.d. firma digitale, in www.studiocelestano.it, il quale aggiunge che la stessa legge notarile prevede un'ipotesi in cui la contestualità fisica delle parti non è richiesta. L'art. 51, nel suo ampio contenuto, prevede che "se le parti od alcune di esse intervengono all'atto per mezzo di rappresentante, le precedenti indicazioni si osserveranno, non solo rispetto ad esse, ma anche rispetto al loro rappresentante". Questo significa che la parte può essere assente nella fase di documentazione purché vi sia un altro soggetto che lo rappresenti. La rappresentanza riguarda l'esser parte, ossia l'autore della dichiarazione negoziale onde ad un attento esame, tale norma non garantisce a pieno il rispetto delle finalità, già sottolineate, della legge. Infatti il notaio accerterà l'identità e la capacità del rappresentante, ma non sarà in grado di indagare la volontà della parte assente rappresentata. Si rileva, anzi, che lo strumento telematico garantisca con pienezza tali obiettivi positivi. Il soggetto, assente fisicamente alla redazione notarile, potrebbe essere rappresentato da sé medesimo, per mezzo dell'elaboratore.

[37](#) G. Piscitelli, Il contratto telematico, 2003, in www.diritto.it.

[38](#) Il patto di forma che, in deroga al principio di equivalenza, escluda il ricorso al documento cartaceo ovvero a quello digitale, rientra nella categoria dei contratti normativi e come tale deve perseguire un interesse meritevole di tutela. In altri termini i privati ben possono escludere 'a priori' l'utilizzo di una delle due forme, purché l'esclusione persegua un apprezzabile interesse.

[39](#) Si riporta di seguito per ragioni di comodità il testo del nuovo art. 10 del d.p.r. n. 445/2000 come sostituito dall'art. 6 del d. lgs. 10/2002 che, riguardo alla forma ed efficacia del documento informatico così dispone:

“1. Il documento informatico ha l'efficacia probatoria prevista dall'articolo 2712 del codice civile, riguardo ai fatti ed alle cose rappresentate.

2. Il documento informatico, sottoscritto con firma elettronica, soddisfa il requisito legale della forma scritta. Sul piano probatorio il documento stesso è liberamente valutabile, tenuto conto delle sue caratteristiche oggettive di qualità e sicurezza. Esso inoltre soddisfa l'obbligo previsto dagli articoli 2214 e seguenti del codice civile e da ogni altra analoga disposizione legislativa o regolamentare.

3. Il documento informatico, quando è sottoscritto con firma digitale o con un altro tipo di firma elettronica avanzata, e la firma è basata su di un certificato qualificato ed è generata mediante un dispositivo per la creazione di una firma sicura, fa inoltre piena prova, fino a querela di falso, della provenienza delle dichiarazioni da chi l'ha sottoscritto.

4. Al documento informatico, sottoscritto con firma elettronica, in ogni caso non può essere negata rilevanza giuridica né ammissibilità come mezzo di prova unicamente a causa del fatto che è sottoscritto in forma elettronica ovvero in quanto la firma non è basata su di un certificato qualificato oppure non è basata su di un certificato qualificato rilasciato da un certificatore accreditato o, infine, perché la firma non è stata apposta avvalendosi di un dispositivo per la creazione di una firma sicura.

5. Le disposizioni del presente articolo si applicano anche se la firma elettronica è basata su di un certificato qualificato rilasciato da un certificatore stabilito in uno Stato non facente parte dell'Unione europea, quando ricorre una delle seguenti condizioni: a) il certificatore possiede i requisiti di cui alla direttiva 1999/93/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 1999, ed è accreditato in uno Stato membro; b) il certificato qualificato è garantito da un certificatore stabilito nella Comunità europea, in possesso dei requisiti di cui alla medesima direttiva; c) il certificato qualificato, o il certificatore, è riconosciuto in forza di un accordo bilaterale o multilaterale tra la Comunità e Paesi terzi o organizzazioni internazionali.

6. Gli obblighi fiscali relativi ai documenti informatici ed alla loro riproduzione su diversi tipi di supporto sono assolti secondo le modalità definite con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze”.

[40](#) Vedi in tal senso fra gli altri: Bianca, I contratti digitali, in *Studium Iuris*, 1998, 1035 ss; Id., *Diritto civile*, cit., 306 s.

[41](#) La denuncia da parte del sottoscrittore dell'abusivo riempimento di foglio firmato in bianco (o parzialmente in bianco) lo obbliga alla proposizione della querela di falso, ai sensi dell'art. 2702 cod. civ., solo se assume che il riempimento è avvenuto senza la sua preventiva autorizzazione ("absque pactis o sine pactis"), perché l'abuso in questo caso incide sulla provenienza e riferibilità della dichiarazione al sottoscrittore, mentre la contestazione del riempimento in modo difforme da quello consentito dall'accordo (anche implicito) precedentemente convenuto ("contra pacta") si risolve nella denuncia di un vizio della volontà (di divergenza della volontà effettiva dalla dichiarazione espressa, del quale è consentita la prova nei limiti e secondo i profili di rilevanza che l'ordinamento riconosce, indipendentemente dalla querela stessa: v. in tal senso da ultimo Cass. civ. n. 308/2002.

[42](#) U. Minteci e A. Sciarrone Alibrandi, in *Digesto delle discipline privatistiche*, voce Documento elettronico e contratto telematico, Torino 2000.

[43](#) Aderisce alla tesi negativa M. Quadrelli, Le e-mail ed il loro valore probatorio, in *www.Diritto.it.*, sul rilievo che la valida sottoscrizione di clausole vessatorie attraverso una firma elettronica leggera potrebbe trovare l'ostacolo dell'art.11 dPR 445/2000, che indica nella firma elettronica qualificata il sistema di validazione richiesto con riferimento a dichiarazioni aventi un contenuto negoziale.

[44](#) Aderisce all'orientamento positivo A. Lisi, Il documento informatico "scritto", "firmato", ma non "sottoscritto" nel commercio elettronico internazionale: dall'e-mail all'accesso in un'area riservata del sito web (estratto dell'intervento durante il convegno svoltosi a Verona il 7 maggio 2004 – "*Documento Informatico - Problematiche di formazione e probatorie*"), reperibile su www.filodiritto.com.

[45](#) In un solo caso il difetto di trasparenza comporta di per sé la vessatorietà della clausola: si tratta dell'ipotesi disciplinata dall'art. 1469 ter co. 2 allorchè sia oscura la clausola che concerne l'oggetto o il corrispettivo, la quale normalmente non è considerata vessatoria a meno che non sia oscura; in tal caso la clausola è inefficace e se concerne il prezzo, esso sarà determinato dal giudice secondo equità.

[46](#) Sulle problematiche legate alla sicurezza dei sistemi di pagamento e alla tutela della *privacy* delle parti coinvolte, v. da ultimo P. Guarda, Sicurezza dei pagamenti e *privacy* nell'*e-commerce*, in *Diritto dell'internet*, 1, 2005, 16.

[47](#) G. Pica, *Commercio telematico*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Torino 2003, p. 289 s.

[48](#) Vedi sul punto G. Di Tomassi, *Contratto telematico e mezzi di pagamento via internet*, in www.interlex.it, 2000; C. Rotunno, *Sistemi di pagamento per il commercio elettronico*, in www.interlex.it, 2000.