



UNIVERSITÀ POLITECNICA DELLE MARCHE
FACOLTÀ DI ECONOMIA “GIORGIO FUÀ”

Corso di Laurea triennale in

Economia e Commercio

**LE PROBLEMATICHE DEL CONTRATTO
ELETTRONICO E L'APPROVAZIONE
DELLE CLAUSOLE VESSATORIE**

**THE ISSUES OF DIGITAL CONTRACT
AND THE APPROVAL OF UNFAIR TERMS AND
CONDITIONS**

Relatore:

Prof. Putti Pietro Maria

Rapporto Finale di:

Mazzarini Elisa

Anno Accademico 2018/2019

INDICE

INTRODUZIONE	2
CAPITOLO I	
CONTRATTI TELEMATICI E L'APPOSIZIONE DI CLAUSOLE	4
1 DEFINIZIONE E PROBLEMATICHE	4
2 STRUMENTI DI APPOSIZIONE DELLE CLAUSOLE	8
CAPITOLO II	
CLAUSOLE VESSATORIE NELL'E-COMMERCE	14
1 APPLICAZIONE DELLE NORMATIVE	14
2 CONTRATTI FRA PROFESSIONISTI	17
3 CONTRATTI FRA PROFESSIONISTI E CONSUMATORI	21
CONCLUSIONI	26
BIBLIOGRAFIA	29
SITOGRAFIA	30

INTRODUZIONE

La capillare diffusione della tecnologia, e l'avanzamento di una società sempre più interconnessa ha comportato lo sviluppo di aspetti economico-sociali all'interno della rete Internet. Uno dei principali è il commercio elettronico, che riguarda quegli accordi raggiunti attraverso mezzi informatici permettendo lo scambio di beni o servizi. In poco tempo questa modalità di scambio ha raggiunto un grande bacino di utenti, incentivando le imprese di vari settori a sviluppare il proprio business anche su piattaforme digitali.

Con il commercio on-line, è stato sin da subito necessario sviluppare nuove forme di contratto, che prevedano quindi la possibilità di perfezionare quest'ultimo attraverso sistemi informatici. Il contratto digitale che è venuto a crearsi, presenta indubbi vantaggi in termini di velocità e di possibilità di scelta per il sottoscrittore che ne accetta le condizioni, ma implica un sacrificio sotto il profilo della nella formazione e partecipazione all'accordo. Bisogna considerare che le trattative e la parte materiale dello scambio non avvengono allo stesso momento della sottoscrizione, generando ostacoli all'informazione del contraente ed alle garanzie a lui destinate.

Dal punto di vista giurisprudenziale si è sentita la necessità di generare tipologie particolari per i contratti sottoscrivibili on-line, proprio perché a causa della mole di destinatari a cui si rivolgono, devono essere creati in forma standardizzata.

Mediante l'uniformazione delle condizioni contrattuali però, è sorta la necessità di disciplinare al meglio la tutela del contraente on-line.

A livello giuridico si è sentita la necessità di risolvere alcune perplessità ed alcune lacune sull'applicazione delle norme generali, inizialmente destinate a rapporti conclusi di persona.

La trattazione di seguito esposta ha l'intento di spiegare innanzi tutto le particolarità dei contratti telematici, rispetto alle contrattazioni sviluppate in luoghi fisici, sottolineando le problematiche collegate all'applicazione della disciplina giuridica da applicare. Vedremo quindi quali sono gli strumenti principali utilizzati dalle piattaforme e-commerce e dai siti internet, e come queste aiutano l'applicazione delle norme stabilite dal Codice Civile e dal Codice del Consumo. Successivamente è interessante approfondire come la disciplina delle clausole vessatorie apponibili in questi contratti elettronici, vada applicata e quali sono le modalità di consultazione ed accettazione che permettono queste applicazioni. La distinzione principale per l'apposizione delle clausole vessatorie, come vedremo, sarà in base ai soggetti che pongono in essere il contratto telematico. Le disposizioni sono diverse infatti a seconda che il rapporto negoziale avvenga fra professionisti, o fra professionisti e consumatori.

CAPITOLO I

I CONTRATTI TELEMATICI

E L'APPOSIZIONE DI CLAUSOLE

1. DEFINIZIONE E PROBLEMATICHE

L'ampia diffusione ed utilizzo del commercio elettronico e lo sviluppo di piattaforme di vendita on-line ha comportato la creazione e lo sviluppo di nuovi rapporti di tipo contrattuale.

Il legislatore non è potuto restare indifferente al ruolo che i contratti on-line hanno raggiunto ad oggi. Si è trovato quindi a dover regolamentare questo nuovo fenomeno economico-sociale, cercando di dare delle risposte il più possibile precise e puntuali alle problematiche insorte.

Dato il valore giuridico quindi del contratto telematico, al di là della forma telematica, si è dovuta creare una definizione per tale tipologia di accordi e verificare se i principi e le regole già esistenti nel nostro ordinamento giuridico potessero essere sufficienti a risolvere tali problematiche.

Ad una prima analisi i rapporti negoziali creati sulla rete Internet si potrebbero delineare come comuni accordi fra due o più parti, del tutto simili al contratto in generale regolamentato nel Codice Civile. Come vedremo però, hanno fatto sorgere dubbi a livello normativo riguardo le modalità di sottoscrizione delle condizioni contrattuali.

Questi contratti elettronici inizialmente vennero distinti per l'oggetto che trattavano, ovvero erano definiti come quei contratti aventi per oggetto un bene o 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. Successivamente, dati i cambiamenti delle tecnologie e l'ampliamento del numero di settori dei beni e servizi offerti in rete, si sviluppò una nuova categorizzazione normativa di questi contratti basata sulla modalità attraverso la quale essi sono posti in essere.

In definitiva questa espansione ha comportato la definizione attuale dei contratti telematici (detti anche digitali, informatici o virtuali). Vengono detti tali quei contratti stipulati mediante l'uso di computer; ovvero l'accordo tra soggetti che utilizzano strumenti informatici tra loro collegati e che dunque non sono presenti nello stesso luogo fisico².

La loro interfaccia diretta, nonché mezzo di interazione fra le parti è costituita unicamente dallo strumento informatico utilizzato, sia essa una piattaforma online come un sito e-commerce, o l'utilizzo della posta elettronica per la proposta contrattuale. Si tratta di contratti *paper-less*, cioè stipulati attraverso strumenti elettronici e non mediante l'apposizione di una firma su mezzo cartaceo.

Altra particolarità di questi rapporti, inoltre è che le parti che stipulano il contratto non si trovano contemporaneamente nello stesso luogo pertanto la manifestazione

¹ G. Finocchiaro, I contratti ad oggetto informatico, Padova 1993.

² E. Tosi, in Digesto delle discipline privatistiche, voce Contratto Virtuale, Torino 2003.

di volontà dei soggetti coinvolti si verifica in luoghi e tempi differenti. Non avviene quindi l'incontro fisico tra offerta e domanda, come invece si ha nel commercio fisico, al dettaglio o all'ingrosso.

La negoziazione avviene in via telematica, dunque attraverso l'utilizzo di siti web appositamente creati per il commercio elettronico, comportando per lo più la necessaria standardizzazione delle condizioni contrattuali offerte dal proponente. L'offerta è spesso proposta in modo unilaterale dall'imprenditore, che utilizza delle forme contrattuali di massa, detti *form*. Questi moduli vengono compilati ed approvati dal contraente, poi quest'ultimo può solo decidere se accettare sottoscrivendoli o meno. Il problema che ci si pone dunque, è come l'utilizzo di queste forme contrattuali vada ad influenzare l'applicabilità della normativa giuridica.

Come si può ben capire, per motivi pratici le clausole e le condizioni sono spesso apposte attraverso la standardizzazione di queste all'interno dei contratti virtuali. Vengono rese note in maniera virtuale, creando quindi controversie sull'attendibilità sia delle informazioni fornite al contribuente, sia sulla validità dei meccanismi digitali di accettazione delle condizioni.

L'oggetto di principale dibattito sono infatti, gli strumenti utilizzati per l'apposizione delle clausole vessatorie, ovvero quelle clausole lesive o restrittive della libertà contrattuale della parte che sottoscrive il contratto, considerata per questo più debole e bisognosa di tutele.

La distinzione eseguita dal legislatore in ambito normativo si manifesta soprattutto nei riguardi del contraente che accetta le condizioni. La legge è intervenuta quindi variando il sistema di tutela a seconda della modalità di sottoscrizione di volta in volta adoperata e dei soggetti considerati.

A monte la giurisprudenza si è posta il dubbio a proposito della normativa da applicare in un contratto concluso a distanza, e soprattutto se è effettivamente possibile l'applicazione nella realtà pratica, delle regole già destinate al contratto in generale, anche al contratto elettronico. Chiaramente, essendo quella dei contratti digitali una tipologia totalmente innovativa rispetto all'epoca in cui venne emanato il Codice Civile, non si può sperare in una mera applicazione delle norme contenute in esso, senza colmare delle lacune. Come vedremo più avanti, il legislatore ha infatti tentato di colmare alcune carenze, definendo in modo specifico i mezzi tecnologici validi che vanno utilizzati per la formazione di questi contratti.

Successivamente è andata a diversificare la normativa da applicare sulla base dei soggetti che sottoscrivono contratti telematici, ovvero se il destinatario del contratto sia un professionista o un consumatore. In particolare si è voluta tutelare la parte sottoscrittore, seppure in maniera diversa a seconda del ruolo che ricopre al momento della stipula del contratto, questo perché ritenuta oggettivamente svantaggiata nelle garanzie e nella possibilità di apprendimento delle condizioni.

2. STUMENTI DI APPOSIZIONE DELLE CLAUSOLE

Analizzate le problematiche giurisprudenziali rilevanti in materia di e-commerce, prima di andare ad evidenziare le norme specifiche che disciplinano l'apposizione di clausole nel contratto digitale; ci interessa chiarire le modalità con cui si concludono questi contratti, e come vengono esposte le condizioni contrattuali e le clausole attraverso i mezzi digitali. Proprio dagli strumenti infatti, scaturiscono le perplessità e le problematiche trattate.

A livello pratico il contratto digitale può essere perfezionato tramite piattaforma web, come un sito on-line predisposto alle transazioni, ma anche attraverso l'uso di una vetrina virtuale che permette poi di concludere i rapporti tramite e-mail.

Nel caso della posta elettronica risulta più attuabile tutta la disciplina contrattuale, anche quella riguardante la conclusione della trattativa, ma come vedremo è solo uno dei mezzi possibili di accettazione, e la giurisprudenza non lo ritiene uno dei più affidabili.

Per quanto concerne la vendita di beni o servizi tramite piattaforma e-commerce, l'accordo avviene mediante accesso al sito Internet del proponente che è abilitato alla ricezione degli ordini. La piattaforma on-line si configura quindi a tutti gli effetti come un'offerta al pubblico (art. 1336 Codice civile) e in tal caso la conclusione del contratto deriverà dall'utilizzo, da parte di chiunque, dell'apposita funzione presente sul sito stesso.

I contratti telematici che avvengono attraverso questa modalità sono simili ai contratti di massa, ovvero destinati ad un pubblico ampio, e presentano per tutti i contraenti le medesime condizioni generali. Di solito si perfezionano per adesione e si basano per la maggior parte, sull'offerta unilaterale di condizioni contrattuali al pubblico.

Il contratto elettronico può essere concluso all'interno del sito web, in due modalità differenti: attraverso la tecnica cosiddetta del *point and click* oppure mediante l'apposizione di una *firma digitale*.

Il meccanismo noto come *point and click*, consiste nella pratica in una selezione attraverso la pressione del tasto di accettazione. La conferma avviene attraverso la compilazione di un modulo online ed il click sul pulsante apposito dell'acquisto realizzando pertanto, un "comportamento concludente"³. Solitamente vengono sottoposte alla conferma dell'utente sia le condizioni generali di acquisto del bene o servizio, sia un modulo specifico contenente le clausole vessatorie. Ai fini della validità dell'accordo è indispensabile, infatti, che il venditore renda note all'acquirente, prima del click sul pulsante di inoltro dell'ordine, le clausole negoziali e le condizioni generali che regolano la vendita. Il problema si pone per le clausole vessatorie ovvero per quelle clausole che impongono particolari oneri al consumatore, escludono la responsabilità dell'impresa in certi casi o comprimono le facoltà ed i diritti riconosciuti dalla legge. Per queste clausole non

³ <https://www.brocardi.it/F/facta-concludentia.html>

è infatti così scontato che esse possano ritenersi operanti attraverso il meccanismo del “point and click”. E, normalmente, nei contratti per adesione ce ne sono un certo numero.

A parte il requisito della specifica approvazione di queste clausole e della doppia sottoscrizione, che presuppone che le clausole vessatorie vengano accettate separatamente dalle altre, come avviene anche per i contratti conclusi fuori dal web, il metodo *point and click* resta di dubbia validità soprattutto per il principio dell’approvazione in forma scritta richiesto dall’art. 1341 del Codice Civile.

La *firma digitale* è stata regolamentata dalla normativa recente allo scopo preciso di avere uno strumento probatorio, valido ed il più possibile certificato per permettere di garantire l’integrità, la disponibilità e la riservatezza delle informazioni contenute nel documento informatico sottoscritto.

Il valore giuridico della *firma digitale* è indubbio e previsto dal Codice dell’amministrazione digitale (D. Lgs. 7 marzo 2005, n. 82/2005). È stabilito che “l’utilizzo del dispositivo di firma elettronica qualificata o digitale si presume riconducibile al titolare di firma elettronica, salvo che questi dia prova contraria.”

Il decreto legislativo prevede che i tipi di firma elettronica siano quattro:

- a. **Firma elettronica:** l’insieme dei dati in forma elettronica, allegati oppure connessi tramite associazione logica ad altri dati elettronici, utilizzati come metodo di identificazione informatica.

Questo tipo di firma comporta una bassa protezione del documento e dà una minore garanzia e un minore grado di sicurezza circa la provenienza e la genuinità del documento elettronico collegato. Un esempio può essere un indirizzo e-mail tradizionale (considerata in giudizio firma elettronica), oppure l'accesso tramite log-in ad un sito e-commerce.

- b. **Firma Elettronica Avanzata (FEA):** l'insieme di dati in forma elettronica allegati oppure connessi a un documento informatico che consentono l'identificazione del firmatario del documento e garantiscono la connessione univoca al firmatario, creati con mezzi sui quali il firmatario può conservare un controllo esclusivo, collegati ai dati ai quali detta firma si riferisce in modo da consentire di rilevare se i dati stessi siano stati successivamente modificati.

La FEA è una firma riferita ad un documento specifico che permette dal documento di identificare in maniera certa il firmatario e di rilevare anche se il documento stesso è stato modificato dopo la firma.

- c. **Firma elettronica qualificata:** viene ottenuta attraverso una procedura informatica che garantisce la connessione univoca al firmatario. Deve essere basata su un certificato qualificato e realizzata mediante un dispositivo fisico sicuro utilizzato per la creazione della firma.

Questo tipo di firma è ottenibile mediante un soggetto terzo certificatore, dotato degli opportuni criteri di affidabilità di una persona fisica. Il punto è che non solo è macchinoso l'ottenimento della firma elettronica qualificata, ma anche il processo di sottoscrizione stesso attraverso un dispositivo non è agevole per chi sottoscrive contratti di compravendita online.

- d. **Firma digitale:** è un particolare tipo di firma elettronica qualificata basata su un sistema di chiavi crittografiche, una pubblica e una privata, correlate tra loro, 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. Un esempio è l'accesso ai siti e-commerce attraverso il cosiddetto *log-in*. L'identificazione avviene usando le credenziali, quali *username* e *password*.

In riferimento alle clausole vessatorie on line, secondo quanto detto sopra, la sottoscrizione del testo contrattuale non è sufficiente ed occorre la sottoscrizione delle singole clausole. Data la difficoltà evidente della firma elettronica qualificata, appare evidente che l'obbligo della specifica sottoscrizione può essere osservato solo 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). Il contratto si perfezionerà poi attraverso il

sistema del point and click (tasto negoziale virtuale) e le clausole vessatorie saranno efficaci solo se specificamente approvate con la firma virtuale.

CAPITOLO II

CLAUSOLE VESSATORIE NELL'E-COMMERCE

1. APPLICAZIONE DELLE NORMATIVE

I contratti di tipo telematico comportano necessariamente il fenomeno della standardizzazione contrattuale, in particolare per quei contratti stipulati mediante siti internet appositamente sviluppati, anche detti *marketplaces* telematici.

Il dubbio che quindi ci poniamo in questo capitolo è quello relativo alla disciplina da applicare riguardante l'apposizione delle clausole vessatorie.

Uno dei risvolti normativi alla base della nostra trattazione è il D.Lgs. 9.4.2003, n. 70 sul commercio elettronico, il quale all'art. 13 co.1 stabilisce 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 inoltri il proprio ordine per via telematica»⁴.

Il provvedimento è evidentemente scaturito dalla necessità di conformare i servizi, definiti della società dell'informazione, alle disposizioni nazionali applicabili nell'ambito regolamentato riguardante la conclusione di contratti, nel rispetto del generale principio di libera circolazione dei servizi.⁵

⁴ <https://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/03070dl.htm>

⁵ <https://www.altalex.com/documents/news/2010/04/06/servizi-della-societa-dell-informazione-e-commercio-elettronico>

Con questo decreto il legislatore ha voluto chiarire la questione delle regole da applicare al contratto stipulato in via telematica, ma non ha considerato i risvolti pratici del commercio elettronico. Data la disciplina italiana in ambito contrattuale, infatti, si riscontrano delle difficoltà tecnico-pratiche non banali ai fini della sua applicazione.

L'ordinamento non pone limiti all'autonomia negoziale, riconoscendo il principio generale della libertà delle forme per la manifestazione del consenso ma il tipo di contratto che si viene a formare usualmente on-line è, come dicevamo, standardizzato e costituito da condizioni unilaterali stabilite dal professionista che offre il bene o servizio. Inoltre attraverso l'uniformazione della normativa dei contratti in generale con quella dei contratti digitali, non è stata data sufficiente importanza alle epoche in cui si sono sviluppate le due forme di accordo.

A tutela della parte contrattuale considerata debole, ovvero il sottoscrittore, la legge in alcuni casi subordina la validità del consenso contrattuale al rispetto di determinati vincoli formali. Un caso sicuramente interessante è quello delle clausole vessatorie, che si distinguono dalle condizioni generali di contratto in quanto sono quelle clausole apposte ad un contratto che determinano a carico del consumatore un particolare squilibrio dei diritti e degli obblighi che ne derivano. La relativa disciplina generale è contenuta nell'articolo 1341 co.2 del Codice Civile che le definisce "le condizioni che stabiliscono, a favore di colui che le ha predisposte, limitazioni di responsabilità, facoltà di recedere dal contratto o di

sospenderne l'esecuzione, ovvero sanciscono a carico dell'altro contraente decadenze, limitazioni alla facoltà di opporre eccezioni, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti coi terzi, tacita proroga o rinnovazione del contratto, clausole compromissorie o deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria". Inoltre stabilisce che tali condizioni, poste a vantaggio del predisponente, non sono valide se non sono state "specificamente approvate per iscritto" dalla parte che accetta la proposta contrattuale. Oggi, una parte significativa del contenuto dei contratti predisposti in modalità telematica contengono condizioni qualificabili come clausole vessatorie secondo la norma sopra citata.

Data l'epoca in cui l'art. 1341 venne ideato, è comprensibile che queste modalità telematiche di stipula del contratto non erano state previste. Il dubbio cardine resta infatti quello riguardante l'uso di modalità tecniche per applicazione delle clausole vessatorie, ovvero quali sono quelle più sicure che permettono la corretta applicazione di tale normativa.

Oltre agli strumenti per la sottoscrizione delle clausole, occorre un'ulteriore specificazione circa la normativa da seguire, il legislatore ha infatti diversificato la tutela sulla base del soggetto aderente. I contratti telematici conclusi con i professionisti hanno una disciplina diversa rispetto ai contratti destinati ai consumatori. In presenza di condizioni unilaterali e clausole inseribili, i contratti con i consumatori hanno una disciplina a sé stante contenuta nel Codice del Consumo (D.Lgs. 6 settembre 2005, n.206).

2. CONTRATTI FRA PROFESSIONISTI

Il contratto telematico al quale si applica la disciplina del Codice Civile (art.1321 e ss.) è quello stipulato fra due professionisti, ovvero fra soggetti, i quali operano entrambi nell'esercizio della propria impresa. Il professionista viene quindi definito come «la persona fisica o giuridica che agisce nell'esercizio imprenditoriale commerciale, artigianale o professionale, ovvero un suo intermediario»⁶.

Nell'ambito della sottoscrizione di condizioni unilaterali vanno dunque applicate le condizioni generali dell'art. 1341 del Codice Civile. Il legislatore con questa norma ha tentato di risolvere il problema dei contratti cosiddetti di "massa", ovvero quelli sviluppati in format standard, destinati ad una pluralità di contraenti sottoposti alle stesse condizioni. Da un lato questo principio facilita l'accordo, proprio per questo motivo il commercio elettronico ne fa largo uso, ma dall'altro limita fortemente la negoziazione fra le parti, ponendo quella che non stabilisce le condizioni in una posizione sfavorevole.

Al primo comma, l'art.1341 del Codice Civile è stabilito che si ha efficacia per le condizioni contrattuali generali predisposte in modo unilaterale "solo se queste, al momento della conclusione, sono conosciute dal contraente o egli avrebbe dovuto conoscerle usando ordinaria diligenza".

⁶ <https://www.brocardi.it/dizionario/1820.html>

La disposizione dunque implica l'obbligo per il proponente di rendere note le condizioni e le clausole generali, le quali non sono sottoposte a sottoscrizione. Il primo principio è facilmente attuabile in ambito telematico.

Al secondo comma poi, troviamo la questione più problematica delle clausole vessatorie. Secondo quanto imposto nel secondo comma dell'art. 1341, infatti, le clausole vessatorie non hanno effetto a meno che non siano "specificatamente approvate per iscritto".

Nonostante questa norma sia considerata valida nei contratti telematici, è risultata difficile l'applicazione pratica, soprattutto ci si è chiesti se le soluzioni attualmente utilizzate siano sufficienti a garantire l'applicazione del principio legislativo. Come si diceva poco sopra, i siti e-commerce o i negozi online predispongono delle vetrine virtuali nelle quali i professionisti espongono i beni o i servizi che intendono fornire, con i relativi prezzi. Acquistando in queste piattaforme il contratto che si va a sottoscrivere consiste in un modulo, detto "form" che l'utente deve compilare. Il perfezionamento quindi, si effettua puntando il mouse su di un pulsante virtuale la cui pressione implica l'invio dell'ordine e l'accettazione delle condizioni. Il metodo di sottoscrizione è quello del *point and click*, anche per la parte relativa alle clausole vessatorie. Solitamente, al fine di indicare questo tipo di clausole separatamente, i contratti telematici sono costituiti da "due form appositi, uno destinato all'approvazione del complessivo regolamento negoziale attraverso la "pressione" del tasto di

accettazione (detto tasto negoziale virtuale), e un altro contenente le clausole vessatorie da approvare attraverso una seconda pressione di un'apposita icona di accettazione".⁷ Si prevede, così, un meccanismo basato su una "doppia sottoscrizione": con la prima, l'aderente manifesta la volontà di accettare il contenuto delle condizioni generali di contratto "non onerose", con la seconda, da apporsi in modo "specifico", approva il contenuto di quelle vessatorie.

La dottrina in merito⁸ sottolinea infatti che la norma a cui ci riferiamo è composta nel suo complesso da due disposizioni: la "specificata approvazione delle clausole" e la "forma scritta" di tale approvazione a pena di inefficacia. Secondo il metodo telematico descritto prima, la prima disposizione si può dire soddisfatta mentre la necessità di accettazione in forma scritta risulta complessa da incorporare nella procedura dei contratti elettronici. Nella realtà pratica "è sostanzialmente impensabile che in tali tipi di contrattazione possa richiedersi e ottenersi dall'aderente, l'uso di una firma digitale (o altrimenti qualificata) o di una firma avanzata. Sicché ove si dovesse concludere per la necessità, ad substantiam, di una di queste firme elettroniche, dette forti, diverrebbe concretamente impossibile

⁷G. Cerdonio Chiaromonte, "Specificata approvazione per iscritto delle clausole vessatorie e contratti on-line", in "La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata 3/2018", pp. 404 e ss.

⁸ R. Scognamiglio, I contratti per adesione e l'art.1341 del Codice Civile, 1954.

per i contraenti inserire clausole vessatorie in tale modalità di stipulazione on-line»⁹.

Una parte di essa ritiene che basti anche in questo caso il “point and click”, ma alcune recenti decisioni sembrano non considerare sufficiente questa operazione.

Tra le sentenze più recenti della giurisprudenza italiana si registra un’emblematica pronuncia del Tribunale di Catanzaro, la n. 18 del 30 aprile 2012. Il centro della vicenda concerne la validità o meno di una clausola, per l’appunto vessatoria, contenuta nelle condizioni generali del contratto (definita nel caso specifico “Accordo per gli utenti”) intercorrente tra la nota piattaforma informatica E-bay e un utente venditore di prodotti in rete, nella medesima piattaforma. In questo caso quindi ci si è trovati di fronte ad un contratto concluso tra “professionisti”.

La sentenza rammenta che «il contratto di adesione destinato a soddisfare le esigenze della contrattazione di massa, è caratterizzato da asimmetria di potere contrattuale tra le parti, poiché il regolamento è delineato da condizioni generali ed uniformi unilateralmente predisposte da uno dei contraenti, in assenza, quindi, di trattativa. Per le clausole vessatorie è prescritto l’elemento formale della doppia sottoscrizione per iscritto»¹⁰

⁹ G. Cerdonio Chiaromonte, “Specifica approvazione per iscritto delle clausole vessatorie e contratti on-line”.

¹⁰ <http://www.comellini.it/C4.htm>

Riguardo alle clausole vessatorie on line, l'opinione dottrinale alla quale il Tribunale si attiene è quella secondo cui non è sufficiente la sottoscrizione del testo contrattuale tramite *point and click*, ma sia necessaria la specifica sottoscrizione delle singole clausole, che deve essere assolta tramite firma digitale.

Dunque, alla luce di quanto deliberato in questo caso, nei contratti telematici a forma libera si ha perfezionamento del contratto mediante il tasto negoziale virtuale, ma le clausole vessatorie possono essere efficaci e vincolanti solo se specificamente approvate con firma digitale.

3. CONTRATTI FRA PROFESSIONISTI E CONSUMATORI

Ai contratti stipulati con il consumatore, anche in via telematica si devono applicare le disposizioni del Codice del Consumo (D.lgs. 6 settembre 2005, n.206). Tale normativa è stata introdotta al fine di garantire una tutela adeguata al consumatore finale, in quanto ritenuto la parte più debole e con informazioni ridotte rispetto all'impresa o al professionista. La definizione di consumatore è indicata all'art. 3 del Codice del Consumo come “la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta”.

Soprattutto in ambito digitale, dove i rapporti contrattuali vengono conclusi a distanza, si ha la necessità di particolare tutela per questa figura. Le clausole vessatorie, che ricordiamo sono condizioni per lo più onerose per il contraente, sono chiaramente disciplinate dal legislatore all'interno del decreto, e proprio per le loro criticità ad esse sono dedicati più articoli.

A differenza dei contratti fra professionisti, in questa normativa particolare si ha una definizione aperta delle clausole vessatorie che sono quindi nulle a prescindere dalla loro doppia sottoscrizione. La vessatorietà della clausola ha un senso più ampio, rispetto alle disposizioni del Codice Civile, viene infatti considerata tale la clausola che malgrado la buona fede, determina, a carico del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto, a meno che queste siano specifico oggetto di trattativa.

Per comportare vessatorietà lo squilibrio deve sussistere in concreto, ovvero nonostante la buona fede del professionista si considera nulla la clausola che comporta dei diritti o degli obblighi oggettivamente svantaggiosi per il consumatore, all'interno del rapporto contrattuale¹¹.

Una specificazione va fatta a riguardo dell'unica eccezione prevista alla nullità di queste clausole all'interno del contratto. Infatti la norma prevede la non vessatorietà delle clausole concordate in comune dalle parti, ma di fatto nella realtà, pare improbabile che una effettiva trattativa possa intervenire nei contratti

¹¹https://ecommerce.studiobma.com/news/159/le-clausole-vessatorie-nei-contratti-di-consumo-online#_ftn1

telematici conclusi mediante la tecnica del *point and click*. Oltretutto considerando la distanza fisica del consumatore si può affermare che le trattative stesse sarebbero causa di vari ostacoli, rendendo ancora più sfavorevole la sottoscrizione del contratto da parte del consumatore.

Oltre alla nozione generale di clausola vessatoria, il Codice del Consumo prevede due elenchi di clausole contrattuali: uno di clausole che si presumono vessatorie fino a prova contraria (in cui l'onere probatorio incombe sul professionista) ed un elenco di clausole che si considerano a prescindere vessatorie e che sono pertanto vietate.

La prima elencazione viene fatta dal legislatore nell'art. 33 del Codice, stabilendo i casi specifici in base all'oggetto o all'effetto delle clausole considerate vessatorie.

Secondo l'art. 36 le clausole sono vessatorie e quindi nulle, anche se hanno costituito oggetto di trattativa, se hanno per oggetto o per effetto di:

- a. escludere o limitare la responsabilità dell'impresa in caso di morte o danno alla persona del consumatore, risultante da un fatto o da un'omissione dell'impresa;
- b. escludere o limitare le azioni o i diritti del consumatore nei confronti dell'impresa o di un'altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte dell'impresa;

- c. prevedere l'estensione dell'adesione del consumatore a clausole che non ha avuto la possibilità di conoscere prima della conclusione del contratto.

Queste tre disposizioni, stabilite al secondo comma dell'art. 36 del Codice del Consumo, considerano nulle a priori le clausole vessatorie descritte, in quanto fortemente lesive dell'autonomia del consumatore e della sua istruzione preventiva alla stipula del contratto.

L'ultima ipotesi di clausola in particolare, è piuttosto frequente nei contratti online: molto spesso le condizioni generali sono riportate in finestre di dialogo diverse da quella in cui si dichiara di accettarle. La presa visione delle clausole tramite *link*, risulta quindi opzionale e potrebbe dunque anche essere successiva alla conclusione del contratto, comportando la nullità della clausola. Altre volte si rinviene un mero richiamo alle condizioni contrattuali senza che nemmeno compaia un link che permetta di accedervi, con onere quindi del consumatore di ricercare dette condizioni su tutto il sito web, talvolta senza successo.

Le clausole vessatorie esplicitamente definite tali dal Codice del Consumo sono soggette al principio della nullità di protezione, anche detta relativa, enunciata nel primo comma dell'art. 36. Ad effetto di questa disposizione si ha inefficacia solo nei confronti del consumatore, mentre continuerà a trovare applicazione verso il professionista qualora dalla medesima conseguano oneri particolari.

Nonostante quanto sin qui detto, spesso nella realtà dei contratti on line, le imprese, pur probabilmente consapevoli della nullità delle clausole di cui sopra, le impongano al consumatore, tuttavia le conseguenze possono essere assai gravose. Il professionista o l'impresa che commercia i propri beni o servizi per via elettronica con i consumatori deve, quindi, considerare che la previsione di clausole vessatorie nelle proprie condizioni contrattuali non solo rischia di essere inutile, in quanto tali clausole possono essere dichiarate invalide, ma la espone anche al rischio di subire un'azione giudiziale e l'applicazione di gravose sanzioni amministrative.

CONCLUSIONI

Con la presente trattazione si è voluto sviluppare un argomento alquanto discusso, data la capillare diffusione della rete Internet e degli sviluppi a livello giuridico che ha comportato. Nello specifico ci si è chiesti quali sono le problematiche scaturite dagli accordi contrattuali che si creano frequentemente on-line, e come vadano sottoscritti alla luce della normativa applicabile.

Lo sviluppo di tipologie di contratti telematici ha generato notevoli dubbi, soprattutto per quanto riguarda le condizioni da apporre in questi accordi. Innanzitutto si è sentita l'esigenza di definire giuridicamente i contratti telematici, non solo per completezza ed esigenza economico-sociale, ma soprattutto a causa delle perplessità che venivano riscontrate nella pratica.

Le problematiche si sono riscontrate sia nell'applicazione delle norme generali, inizialmente ideate per la classica tipologia di contrattazione e che evidentemente non avevano previsto una tale tipologia di accordi; sia per il soddisfacimento dei vincoli imposti nella pratica effettiva della sottoscrizione degli accordi, in particolare delle condizioni e clausole vessatorie presenti.

Proprio per soddisfare certe norme civilistiche sono stati sviluppati vari strumenti telematici al fine di identificare il sottoscrittore, in modo il più possibile univoco. Si è diffusa rapidamente la pratica di sottoscrizione dei contratti telematici detta *point and click*. Data infatti la forma più comune di contratto digitale quale

contratto di adesione, il metodo risultato più veloce e facile da utilizzare è stato quello di sottoscrizione mediante click diretto su un pulsante di adesione all'interno del sito. È apparso chiaro alla giurisprudenza però, che questo metodo non è da considerare sufficiente a garantire la presa visione completa e consapevole delle condizioni.

Dai vari casi pratici, è stato decretato che solo l'apposizione di una firma elettronica valida riteneva l'atto sottoscritto. Ne sono, dunque, nate varie tipologie quali: la firma elettronica, la firma elettronica avanzata, la firma qualificata e la firma digitale che si differenziano fra loro per il grado di garanzia che offrono riguardo l'identità del firmatario. Questo problema si è posto principalmente per la sottoscrizione delle clausole vessatorie, che essendo clausole che impongono particolari oneri gravosi per il consumatore, se non adeguatamente conosciute ponevano quest'ultimo in una posizione di svantaggio. Per le clausole vessatorie non è infatti scontato che possano ritenersi efficaci se sottoscritte tramite *point and click*.

Oltretutto sempre in questo ambito, essendo applicata al commercio elettronico la disciplina generale dei contratti, è stato necessario esplicitare le differenze che intercorrono tra la normativa relativa ai contratti stipulati fra imprese, e quella relativa ai contratti stipulati tra professionisti e consumatori.

La disciplina relativa al commercio on-line fra imprese denota più problematiche di tipo pratico, essendo necessaria la specifica sottoscrizione delle clausole

vessatorie, che secondo la prassi giurisprudenziale va effettuata tramite firma digitale. La disciplina del consumo è più esplicita nell'elencazione delle clausole vessatorie, in quanto va ad ampliare la tutela del consumatore, in quanto esso è considerato una parte particolarmente debole nelle trattative, soprattutto nei contratti on-line.

BIBLIOGRAFIA

“Specifica approvazione per iscritto delle clausole vessatorie e contratti on-line”, in “La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata 3/2018”, G. Cerdonio Chiaromonte, CEDAM 2018.

“I contratti ad oggetto informatico”, G. Finocchiaro, Padova 1993.

“La tutela dei consumatori in internet e nel commercio elettronico. Contratti, responsabilità, rimedi”, E. Tosi, Giuffrè Editore 2012.

“Commercio elettronico, documento informatico e firma digitale”, C. Rossello, G. Finocchiaro, E. Tosi, Editore Giappichelli 2000.

“La conclusione dei contratti online, i problemi giuridici di Intrnet” E. Tosi, Giuffrè Editore, Milano 2001

OPERE CITATE

“I contratti ad oggetto informatico”, G. Finocchiaro, Padova, 1993.

“Digesto delle discipline privatistiche”, voce “Contratto Virtuale”, E. Tosi, Torino, 2003.

“Specifica approvazione per iscritto delle clausole vessatorie e contratti on-line”, in “La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata 3/2018”, G. Cerdonio Chiaromonte, CEDAM, 2018.

“I contratti per adesione e l’art.1341 del Codice Civile”, R. Scognamiglio, 1954.

SITOGRAFIA

www.brocardi.it

www.camera.it

www.altalex.com

www.comellini.it

www.ecommerce.studiobma.com

www.legalmondo.com

www.diritto24.ilsole24ore.com

www.notaio-busani.it