

I contratti on-line stipulati con firma digitale secondo la vigente normativa italiana

Autore: Redazione

In: Diritto civile e commerciale

di Giada Patané

I contratti telematici, cioè i contratti conclusi on-line, costituiscono una species del genus dei contratti elettronici o digitali.

Mentre i contratti digitali ricomprendono tutti i contratti conclusi in forma elettronica con l'ausilio di strumenti informatici o telematici, quindi senza l'uso o lo scambio di documenti cartacei e sono per questo denominati "paperless contract"; invece i contratti telematici si connotano in quanto il contratto è concluso con strumenti telematici senza che le parti siano presenti nello stesso luogo contemporaneamente, quindi l'incontro delle volontà contrattuali avviene attraverso tali strumenti.

Attualmente i contratti telematici diffusi sulla rete possono essere stipulati secondo due diverse modalità: col sistema del "point and click" o con firma digitale.

Queste differenti modalità di conclusione dei contratti telematici riflettono una importante distinzione nell'ambito del commercio elettronico, quella tra "**business to business**" e "**business to consumer**".

Mentre il business to business indica i rapporti commerciali telematici tra aziende e professionisti, invece il business to consumer indica i rapporti tra aziende e consumatori.

Questa distinzione, poiché riflette dei valori economici diversi, porta in molti casi ad utilizzare strumenti telematici diversificati.

In particolare nei contratti business to business è maggiormente avvertita l'esigenza della imputabilità della dichiarazione e della sua immodificabilità che sono garantite dal sistema della firma digitale; mentre nel business to consumer, poiché prevale l'esigenza della celerità e della speditezza della contrattazione, l'uso della firma digitale sarebbe un impaccio, motivo per cui si usa il sistema del "point & click".

Tuttavia anche nell'ambito del business to consumer si sta facendo strada l'esigenza dell'uso della firma digitale soprattutto in materia di clausole vessatorie.

Nel nostro ordinamento giuridico i vari tipi di contratti telematici sono ammessi e trovano il loro

fondamento nell'art. 1322 c.c. che consente di stipulare contratti che non sono previsti dalla legge purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela e nell'art. 1350 c.c. che sancisce il principio della libertà delle forme, in quanto è sufficiente che il consenso alla stipula del contratto sia manifestato con qualsiasi mezzo idoneo.

Tuttavia il profilo del valore giuridico della forma del contratto telematico costituisce uno degli aspetti più importanti e controversi della materia, perché occorre accertare l'efficacia giuridica e probatoria del documento informatico trasmesso per via telematica ed occorre altresì verificare se gli strumenti informatici e telematici, come la firma digitale, rappresentano un idoneo veicolo di manifestazione di volontà e se garantiscono l'imputabilità e non ripudiabilità di tali manifestazioni. Occorre anche verificare se i principi e le regole già esistenti nel nostro ordinamento giuridico sono sufficienti per risolvere tali problematiche.

Il legislatore non sfuggendo al suo ruolo che gli impone di regolamentare i nuovi fenomeni economico-sociali, ha cercato di dare delle risposte precise a tali problematiche, disciplinando in maniera specifica il documento informatico con firma digitale, in cui rientra anche il contratto telematico con firma digitale. E' necessario, infatti, prima di trattare del contratto telematico, soffermarsi sul documento elettronico, perché è l'unico disciplinato dal legislatore, che non ha ancora dettato una normativa ad hoc per i contratti on-line e perché consente di stabilire il valore probatorio della "forma telematica".

Il 23/01/2002 il Governo ha emanato il dlgs n°10, pubblicato nella G.U. del 15/02/2002, ha dato attuazione alla Direttiva comunitaria 1999/93/CE sulla firma elettronica. Questo dlgs, poiché costituisce l'epigono di una serie di interventi normativi del legislatore italiano in materia di firma digitale e di documento informatico, si è innestato su un ricco tessuto normativo, che è opportuno disaminare con un breve excursus, per cogliere appieno l'importanza della riforma, che ha stravolto il sistema del documento informatico con firma digitale prima esistente in Italia.

L'art. 15 l. 59/97 è la prima norma che nel nostro ordinamento riconosce il principio della piena validità e rilevanza del documento informatico, parificandolo a quello cartaceo e stabilendo che " gli atti e i documenti formati dalla P.A. e dai privati con strumenti informatici o telematici, i contratti stipulati nelle medesime forme nonché la loro archiviazione e trasmissione con strumenti informatici, sono validi e rilevanti a tutti gli effetti di legge". Il carattere estremamente tecnico della materia rimanda a dei regolamenti la determinazione e le modalità di applicazione di questo principio.

Infatti a questa norma sono seguiti vari provvedimenti: il DPR 513/97-DPCM808/02/1999-una circolare dell'Aipa del 26/07/1999 N° Aipa/CR/22 ed infine il Testo Unico 445/2000 che ha assorbito e perciò abrogato il DPR 513/97 e che costituisce la fonte di primaria importanza in materia di contratti telematici e firma digitale, recentemente modificato dal dlgs 10/2002.

Prima della riforma, il T.U. 445/00 riconosceva in Italia valore giuridico solo ad un tipo di firma, quella digitale, caratterizzata dal sistema di chiavi asimmetriche, una pubblica e l'altra privata, che garantisce la

immodificabilità del documento e perciò è idonea ad attestare la riferibilità dello stesso al titolare della firma, che prima della riforma, poteva essere rilasciata solo dai certificatori iscritti in un apposito elenco tenuto dall'AIPA.

L'art. 10 T.U. 445/00, che costituisce il punto centrale di tutto il sistema, perché regola l'efficacia probatoria del documento elettronico, prima della riforma del 2002, al I comma, riconosceva al documento informatico con firma digitale una efficacia probatoria ex art. 2712 c.c., mentre al III comma lo equiparava alla scrittura privata ex art. 2702 c.c., con una evidente contraddizione che gli interpreti difficilmente riuscivano a spiegare e che è stata eliminata solo dalla nuova formulazione della norma che dà un preciso valore probatorio al documento con firma digitale.

Il dlgs 10/2002 ha riformato completamente il precedente sistema fondato su un solo tipo di firma, quella digitale, introducendo accanto ad essa anche la **firma elettronica** "firma leggera".

Questo tipo di firma comporta una minore protezione del documento e dà una minore garanzia e un minore grado di sicurezza circa la provenienza e la genuinità del documento elettronico collegato. Dal punto di vista tecnico può trattarsi di un codice identificativo associato ad un documento informatico, come ad esempio un username o una password. La firma digitale, invece, continua ad essere fondata sul sistema di crittografia a chiave pubblica e dà maggiori garanzie sull'immodificabilità del documento e perciò sulla sua riferibilità al titolare della firma.

Il legislatore, alla luce di queste importanti novità, ha avvertito l'esigenza di modificare l'art. 10 del T.U. 445/2000, al fine di chiarire l'efficacia probatoria del documento a cui sia apposta la firma digitale e di quello a cui sia apposta la firma elettronica.

Il I comma statuisce che il documento informatico senza firma, elettronica o digitale, ha l'efficacia probatoria prevista dall'art. 2712 c.c., cioè fa piena prova dei fatti e delle cose rappresentate, se colui contro il quale sono prodotte non ne disconosce la conformità ai fatti o alle cose medesime. La Cassazione ha di recente condiviso questo principio nella sentenza 11445/2001.

Il documento elettronico sottoscritto con firma digitale, o firma elettronica avanzata, "fa piena prova, fino a querela di falso, della provenienza delle dichiarazioni da chi l'ha sottoscritto", quindi ha il valore della scrittura privata riconosciuta.

Il documento informatico a cui è apposta la firma elettronica o leggera, invece, "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 soddisfa l'obbligo previsto dagli artt. 2214 e ss. c.c.".

Questa norma opera una divisione tra validità ed efficacia probatoria del documento informatico con firma elettronica. Infatti il legislatore attribuisce al documento con firma digitale il valore giuridico e probatorio

della scrittura privata riconosciuta, mentre al documento con firma elettronica il valore della forma scritta, ma dal punto di vista dell'efficacia probatoria non dà un valore preciso, perché sarà il giudice di volta in volta, in base alle circostanze concrete, a valutare liberamente il documento ed ad attribuirgli un valore probatorio, quindi le parti non sapranno, al momento della formazione, che valore probatorio avrà tra loro quel documento. Questa norma svislisce il ruolo della firma elettronica e la colloca, già da ora, in un limbo da cui difficilmente potrà emergere.

Conferma di ciò è l'art 38 T.U. 445/00, il quale precisa che nei rapporti con la P.A. hanno validità solo i documenti, le istanze e le dichiarazioni sottoscritti con firma digitale, con esclusione di ogni rilievo alla firma elettronica.

L'altra importante novità introdotta dal dlgs 10/2002 riguarda i certificatori, cioè quegli enti che rilasciano la firma elettronica o digitale, perché stabilisce il libero accesso al mercato dei certificatori da parte di qualunque ente e non soltanto di quelli iscritti nella lista tenuta dall'AIPA.

E' evidente che la riforma, avendo chiarito il valore giuridico e probatorio del documento creato su supporto informatico ha inevitabilmente prodotto un importante effetto sui contratti on-line, che costituiscono un tipo di documento elettronico.

A conferma di ciò vi è l'art 11 T.U. 445/00 che statuisce "i contratti stipulati con strumenti informatici o per via telematica mediante l'uso della firma digitale secondo le disposizioni del presente T.U. sono validi e rilevanti a tutti gli effetti di legge"; alla luce dell'art 10 T.U. 445/00, questa norma consente di equiparare il contratto stipulato on-line con firma digitale ad un contratto formato con scrittura privata riconosciuta.

Ciò implica che i contratti telematici non possono essere stipulati quando la legge richiede la forma dell'atto pubblico ad substantiam, come accade per esempio per il contratto di donazione o per l'atto costitutivo di una S.P.A. e comporta altresì che anche i contratti informatici stipulati senza firma digitale sono validi quando la legge, in ossequio al principio della libertà delle forme, non richiede una forma specifica ad substantiam.

Bisogna mettere in rilievo che oggi i contratti telematici sono soprattutto contratti di scambio ed in particolare contratti per cui la legge non richiede una forma ad substantiam ed infatti, in ragione di ciò, l'uso del contratto telematico con firma digitale è limitato, come già evidenziato, ai rapporti commerciali business to business dove sono rilevanti gli interessi in gioco.

L'uso dello strumento informatico per la formazione del contratto, in quanto strumento di comunicazione inusuale, impone di disaminare le varie modalità di formazione dell'accordo nel contratto telematico sia al fine di verificare se le norme codicistiche in materia siano applicabili sia per disaminare le problematiche che ne conseguono.

La più diffusa tra queste modalità è lo schema dell'offerta al pubblico, la quale presuppone che le trattative intercorrano tra soggetti non identificati e ricorre quando nel sito vengono indicati tutti gli elementi essenziali del contratto; in tal caso l'inserimento dell'offerta sul sito soddisfa il requisito della pubblicizzazione della proposta e il contratto si conclude nel momento e nel luogo in cui la dichiarazione negoziale di accettazione perviene all'indirizzo virtuale del preponente.

Se invece nel sito web non sono indicati tutti gli elementi essenziali della proposta contrattuale ricorre lo schema dell'invito a proporre ed in tal caso il proponente è l'acquirente, mentre il fornitore di beni o servizi è l'accettante che si riserva di concludere il contratto.

Può anche ricorrere lo schema del comportamento concludente quando l'invio del numero della carta di credito integra l'ipotesi dell'art. 1327 c.c., di inizio di esecuzione prima della conclusione dell'accordo telematico ed in tal caso il contratto si conclude nel tempo e nel luogo in cui ha avuto inizio la sua esecuzione.

Infine, ma ricorre in ambiti limitati, il contratto telematico si conclude secondo lo schema ordinario dello scambio tra proposta e accettazione ex artt. 1326-1335 c.c.

In tutti questi casi di formazione dell'accordo contrattuale la sottoscrizione con firma digitale è necessaria quando la legge richiede la forma della scrittura privata ad substantiam o quando, a prescindere dalla previsione normativa, le parti vogliono garantire certezza al loro rapporto giuridico.

Infatti, con la firma digitale, il legislatore ha risolto il problema della sottoscrizione del documento informatico privo di supporto cartaceo in quanto la firma digitale assolve alla stessa funzione della sottoscrizione autografa, cioè garantisce la paternità del documento e quindi il documento sottoscritto con essa ha per legge il valore del documento sottoscritto dall'autore dell'atto. Tale similitudine però non va oltre perché il particolare meccanismo di funzionamento della firma digitale pone sotto una luce diversa le problematiche affrontate e risolte con riferimento alla sottoscrizione di un documento con una normale firma autografa.

In particolare assume connotazioni differenti il problema della imputabilità della dichiarazione negoziale trasmessa per via telematica; infatti come in tutti i tipi di contratti a distanza, anche nel caso dei contratti online è possibile la diffusione di dichiarazioni negoziali sotto nome altrui, cioè di dichiarazioni a cui è apposta una firma digitale altrui.

Secondo le comuni regole civilistiche, la dichiarazione resa dall'autore apparente non è vincolante per colui che ne sembra l'autore senza aver conferito alcun incarico al trasmittente, mentre potrà essere impegnativa per il dichiarante sotto il falso nome qualora per il tipo di contratto non sia rilevante l'identità del dichiarante.

Nell'ambito del commercio elettronico a questo problema sembra offrire uno spunto per una soluzione

diversa l'art. 8 T.U. 445/00 il quale statuisce che "il documento informatico da chiunque formato(...)" è valido e rilevante a tutti gli effetti di legge. In base a questa norma alcuni autori hanno ritenuto che nel settore dei contratti telematici con firma digitale vige a carico del titolare della firma una implicita assunzione di responsabilità per la custodia della sua firma. Il rischio di abusiva apposizione della firma al documento informatico resterà, per tale motivo, a carico del titolare della chiave privata.

Il documento formato con firma digitale altrui dovrebbe, secondo tale orientamento, considerarsi valido ed efficace in base al principio dell'apparenza imputabile che consiste in una particolare forma di autoresponsabilità del soggetto che col proprio comportamento dà causa all'affidamento dei terzi sulla riferibilità ad esso di atti e rapporti.

Nulla si dice del contratto sottoscritto con la firma elettronica, o leggera, che in base all'art. 10 T.U. 445/00 ha il valore di scrittura privata, anche se la sua efficacia probatoria dovrà essere liberamente valutata dal giudice, in base alle circostanze concrete e al grado di sicurezza che la firma elettronica usata dalle parti riesce a garantire. Ci si chiede quale spazio potrà esserci per i contratti con firma elettronica, nell'ambito del commercio elettronico, dove già esiste un sistema come quello del "point and click" che soddisfa esigenze di celerità e speditezza e dove, quando gli interessi sono rilevanti, si fa ricorso alla firma digitale, che ha un valore probatorio preciso, sancito dalla legge.

L'attuazione della direttiva comunitaria in materia di firma elettronica risolve alcune problematiche e ne solleva delle altre, che mettono in luce la complessità del fenomeno dei contratti telematici.

Complessità determinata dallo strumento tecnico usato, cioè Internet, che rende di difficile applicazione le categorie ed i principi giuridici già esistenti nell'ambito del diritto nazionale, sia perché non riescono a cogliere gli aspetti nuovi del fenomeno sia perché la "transnazionalità del medium tecnico usato", aspetto da cui non si può prescindere, impone la ricerca di soluzioni sovranazionali uniformi, che risulta difficile trovare, perché alcuni Stati hanno già dettato una disciplina in materia e perché altri preferiscono non regolamentare il mondo di Internet.

Dott.ssa Giada Patanè

BIBLIOGRAFIA

Di Cocco C.

2000 Manuale di diritto dell'informatica e delle nuove tecnologie, Clueb, Bologna.

Tosi E.

2001 La conclusione dei contratti online, in AA.VV.; I problemi giuridici di Internet, Giuffrè, Milano.

De Nova G.

2000 Il commercio elettronico: aspetti giuridici, in Internet Banking. Tecnologia, economia e diritto, Edibank.

Finocchiaro G.

2002 in guida al diritto n° 10

Bianca M.

1998 I contratti digitali, in Studium Juiris.

<https://www.diritto.it/contratti-line-stipulati-firma-digitale-secondo-la-vigente-normativa-italiana/>