

Fabio Bravo

**SULL'OBBLIGO DI COPERTURA
ASSICURATIVA A CARICO
DEI SOGGETTI CHE "EROGANO"
SOLUZIONI DI FIRMA
ELETTRONICA AVANZATA**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

FABIO BRAVO

SULL'OBBLIGO DI COPERTURA ASSICURATIVA A CARICO DEI SOGGETTI CHE "EROGANO" SOLUZIONI DI FIRMA ELETTRONICA AVANZATA

SOMMARIO: 1. L'impostazione del discorso. — 2. La validità degli atti muniti di firma elettronica avanzata (FEA). — 3. Gli "erogatori" e i "realizzatori" di firma elettronica avanzata. — 4. L'obbligo di copertura assicurativa per i soggetti "erogatori" di soluzioni di firma elettronica avanzata. — 4.1. L'espressa previsione di un obbligo di copertura assicurativa per gli erogatori di soluzioni di firma elettronica avanzata introdotto ex art. 57, comma 2, delle regole tecniche e dubbi di legittimità in rapporto alle fonti normative. — 4.2. Differenze con la previsione di una copertura assicurativa in materia di firme elettroniche qualificate ex art. 15, comma 1, lett. i), D.P.C.M. e incongruenze rispetto alla possibilità di controllo dei rischi oggetto di obbligo assicurativo in materia di firme elettroniche avanzate. — 4.3. Ulteriori criticità della previsione normativa sull'obbligo di copertura assicurativa a carico dei soggetti erogatori di firma elettronica avanzata (ex art. 57, comma 2, D.P.C.M. cit.) e possibili soluzioni *de jure condito* e *de jure condendo*.

1. L'IMPOSTAZIONE DEL DISCORSO.

Le tecnologie di firma elettronica avanzata (FEA), in particolare quelle che fanno uso di sistemi in grado di acquisire i dati biometrici del firmatario al momento in cui appone una sottoscrizione autografa su una tavoletta elettronica¹, sono in grado di accelerare i processi di digitalizzazione auspicati nell'Agenda Digitale Italiana, su cui ha competenza l'Agenzia per l'Italia

* Il presente lavoro è stato preventivamente sottoposto a referaggio anonimo affidato a un componente il Comitato Scientifico dei Referenti della Rivista secondo le prassi correnti nella comunità dei giuristi.

¹ Sulle firme elettroniche basate su tecnologia biometrica si veda, in particolare, G. FINOCCHIARO, *La metafora e il diritto nella normativa sulla cosiddetta "firma grafometrica"*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2013, 1, pp. 1 ss.;

nonché A. MASTROMATTEO-B. SANTACROCE, *Validità della firma elettronica: la firma biometrica come modello operativo avanzato*, in *Corriere tributario*, 2012, 3, pp. 183 ss. Più in generale sulle firme elettroniche (incluse le firme elettroniche avanzate), si veda l'ampia letteratura in materia, tra cui si segnalano: (i) quanto alla letteratura internazionale: S. MASON, *Electronic Signatures in Law*, University Cambridge Press, 2012 (ove viene prestata notevole attenzione alla

Digitale (AgID)². Si tratta infatti di tecnologie che potrebbero sostituire in molte attività l'uso di documenti cartacei, portando ad un'informatizzazione dei processi *paperless*, con notevole

casistica giurisprudenziale sia di *common law* che di *civil law*); C.M. LABORDE, *Electronic Signatures*, in *International Contracts*, Freiburg, 2008; D. CAMPBELL, *E-Commerce and the Law of Digital Signatures*, Oceana Publications, 2005; S.E. BLYTHE, *Digital Signature Law of the United Nations, European Union, United Kingdom and United States: Promotion of Growth in E-Commerce With Enhanced Security*, in *Richmond Journal of Law and Technology*, 2005, 11, 2, pp. 1-20; (ii) quanto alla letteratura nostrana, oltre ai contributi già citati in apertura di nota: F. DELFINI-G. FINOCCHIARO (a cura di), *Identificazione elettronica e servizi fiduciari per le transazioni elettroniche nel mercato interno. Commento al Regolamento UE 910/2014*, Torino, 2017; G. FINOCCHIARO, *Una prima lettura del reg. UE n. 910/2014 (c.d. eIDAS): identificazione on line, firme elettroniche e servizi fiduciari*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2015, 3, pp. 419 ss.; G. FINOCCHIARO, *Firma digitale e firme elettroniche*, Milano, 2003; G. FINOCCHIARO, *La firma digitale. Formazione, archiviazione e trasmissione di documenti con strumenti informatici e telematici*, Art. 2699-2720, Supplemento (d.p.r. 10 novembre 1997 n. 513), in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 2000; G. FINOCCHIARO, *Documento informatico, firma digitale e firme elettroniche*, in C. ROSSELLO-G. FINOCCHIARO-E. TOSI (a cura di), *Commercio elettronico*, Trattato di diritto privato, diretto da M. Bessone, vol. XXXII, Torino, 2007, pp. 319 ss.; G. FINOCCHIARO, *Firme elettroniche e firma digitale*, in G. FINOCCHIARO-F. DELFINI (a cura di), *Diritto dell'informatica*, Torino-Milano, 2014, pp. 309 ss.; G. BUONOMO-A. MERONE, *La scrittura privata informatica: firme elettroniche, valore probatorio e disconoscimento in giudizio (alla luce delle modifiche introdotte dalla l. 221/2012)*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2013, 2, pp. 255 ss.; G. NAVONE, *Il documento informatico con firma elettronica autenticata*, in *Contratti*, 2012, 10, pp. 839 ss.; D. GASSEN-U. BECHINI, *Firme elettroniche a valore legale internazionale: un nuovo approccio per migliorare l'interoperabilità*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2009, 2, pp. 349 ss.; F. DELFINI, *Contratto telematico e commercio elettronico*, Milano, 2002, pp. 31 ss.; F. DELFINI, *Documento informatico, forma analogica e forma elettronica: dalla scrittura privata autenticata all'atto pub-*

blico informatico, in G. FINOCCHIARO-F. DELFINI (a cura di), *Diritto dell'informatica*, cit., pp. 251 ss.; P. SIRENA, *La forma del documento informatico: atto pubblico e scrittura privata*, in *Studi e materiali*, 2008, 1, pp. 141 ss.; S. PATTI, *La sottoscrizione del documento informatico: la firma digitale*, in *Studi e materiali*, 2008, 1, pp. 127 ss.; A. GENTILI, voce « Documento informatico (diritto civile) », in *Enc. dir.*, Milano, 2012, Annali, V, pp. 629 ss.; A. GENTILI, *I documenti informatici: validità ed efficacia probatoria*, in *Diritto dell'Internet*, 2006, 3, pp. 297 ss.; P. ZANELLI, *Funzione notarile e firma digitale*, in *Contratto e impresa*, 2005, 2, pp. 449 ss.; F. RICCI, *Scritture private e firme elettroniche*, Milano, 2003; AA.VV., *Firme elettroniche. Questioni ed esperienze di diritto privato*, Milano, 2003; E. BASSOLI, *Aspetti tecnici della firma digitale*, in C. ROSSELLO-G. FINOCCHIARO-E. TOSI (a cura di), *Commercio elettronico*, cit., pp. 341 ss.; G. BUONOMO-A. MERONE, *La scrittura privata informatica: firme elettroniche, valore probatorio e disconoscimento in giudizio (alla luce delle modifiche introdotte dalla l. 221/2012)*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2013, 2, pp. 255 ss.; E. BATTELLI, *Il valore legale dei documenti informatici*, Napoli, 2012; G. NAVONE, *Instrumentum digitale: teoria e disciplina del documento informatico*, Milano, 2012; M. MARTONI, *Firme elettroniche. Profili informatico giuridici*, Roma, 2000; V. RIZZO (a cura di), *Documento informatico, firma digitale e commercio elettronico*, Napoli, 2000; R. ZAGAMI, *La firma digitale tra soggetti privati nel regolamento concernente « atti, documenti e contratti in forma elettronica »*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1997, 6, pp. 903 ss.; F. BRAVO, *Le convenzioni con gli enti certificatori di firma digitale*, in *Contratti*, 2003, 5, pp. 527 ss.

² Nell'ambito della strategia "Europa 2020" sono state delineate sette iniziative "faro", tra le quali riveste notevole importanza quella denominata "Agenda Digitale Europea", con cui sono stati definiti nel dettaglio gli obiettivi per sviluppare l'economia e la cultura digitale nell'Unione europea. L'Italia, nell'ambito dell'Agenda Digitale Europea, ha elaborato a sua volta una propria strategia nazionale, denominata "Agenda Digitale Italiana", che rappresenta l'insieme di azioni e norme ritenute necessarie per incrementare lo sviluppo delle tecnologie, dell'innovazione e dell'economia digitale nel nostro Paese, in aderenza con le

incremento di efficienza e progressivo contenimento dei costi, garantendo al contempo anche l'assolvimento dei requisiti formali richiesti, prima ancora che per ragioni di ordine probatorio, soprattutto per la validità degli atti per i quali la forma scritta sia richiesta *ad substantiam*.

Si tratta inoltre di tecnologie che possono vantare una straordinaria capacità di penetrazione nell'ambiente sociale ed economico, in quanto al firmatario viene richiesto di effettuare l'apposizione della propria sottoscrizione autografa con modalità del tutto corrispondenti alla firma apposta sui documenti cartacei, della quale comprende la rilevanza ed il significato a fini giuridici.

Diversamente da quanto avviene per l'apposizione di firme elettroniche qualificate, incluso la firma digitale, nella firma elettronica avanzata non è richiesto un aggravio di dotazioni tecnologiche a carico del firmatario, di cui invece si fanno carico i soggetti che si trovano più a monte nella catena di fornitura del servizio di firma. Ciò consente di individuare nelle soluzioni di firma elettronica avanzata quel sicuro volano in grado di accelerare i processi di digitalizzazione del nostro Paese, con un'operatività transfrontaliera in tutta l'area dell'Unione europea, oggi garantita dal reg. (UE) n. 910/2014 in materia di identificazione elettronica e servizi fiduciari per le transazioni elettroniche nel mercato interno (c.d. reg. eIDAS)³.

Le potenzialità sopra richiamate, tuttavia, paiono attualmente compromesse dall'effetto frenante esercitato, sulla diffusione delle soluzioni di FEA, da alcune previsioni normative attualmente contenute nelle regole tecniche di cui al D.P.C.M. 22 febbraio 2013, ancora vigenti⁴. Ci si intende riferire, in particolare, alla previsione con cui è stato introdotto l'obbligo di copertura assicurativa per i danni cagionati da inadeguate soluzioni tecniche, posto a carico dei soggetti "erogatori" di soluzioni di firma elettronica avanzata ai sensi dell'art. 57, comma 2, D.P.C.M. cit., oltre che alla previsione relativa alle limitazioni d'uso, di cui all'art. 60 del medesimo decreto. Quest'ultima disposizione, per esigenze di economia del discorso, sarà trattata in altra sede, a cui

strategie euromunitarie. In tale contesto, l'Agenzia per l'Italia Digitale (AgID) ha il compito di garantire la realizzazione degli obiettivi fissati nell'Agenda Digitale Italiana, rispondenti a quelli dell'Agenda Europea. Si veda *amplius*, sul sito istituzionale dell'AgID, la pagina Internet dedicata a tali argomenti, disponibile al seguente link: www.agid.gov.it/agenda-digitale/agenda-digitale-italiana (consultato da ultimo in data 31 ottobre 2017).

³ Per un'analisi di tale provvedimento normativo si rinvia a F. DELFINI-G. FINOCCHIARO (a cura di), *Identificazione elettro-*

nica e servizi fiduciari per le transazioni elettroniche nel mercato interno. Commento al Regolamento UE 910/2014, cit., *passim*.

⁴ D.P.C.M. 22 febbraio 2013, avente ad oggetto « Regole tecniche in materia di generazione, apposizione e verifica delle firme elettroniche avanzate, qualificate e digitali, ai sensi degli articoli 20, comma 3, 24, comma 4, 28, comma 3, 32, comma 3, lettera b), 35, comma 2, 36, comma 2, e 71 » (pubblicate in G.U. 21 maggio 2013, serie generale, n. 117).

fin d'ora si rimanda, anche se in queste pagine non si rinuncerà a tratteggiare comunque alcune riflessioni critiche *en passant*. Si intende invece soffermare l'attenzione, di seguito, sulla prima delle disposizioni dianzi citate, quella relativa all'obbligo di copertura assicurativa per i soggetti che erogano soluzioni di firma elettronica avanzata, al fine di approdare, con adeguate scelte interpretative *de jure condito* o con proposte di modifica *de jure condendo*, ad una più razionale ed efficiente applicazione di tale obbligo, assicurando contemporaneamente (i) le esigenze di protezione dei firmatari e dei terzi dai rischi connessi alle soluzioni tecnologiche in parola, (ii) un più efficiente assetto dei rapporti giuridici ed economici tra i soggetti coinvolti nella catena di fornitura del servizio di firma e, in ultima analisi, (iii) l'eliminazione di barriere che di fatto ostacolano la diffusione di tale tecnologia presso i soggetti "erogatori" del servizio di FEA e rallentano inevitabilmente i processi di digitalizzazione auspicati nell'Agenda per l'Italia Digitale.

Dopo una necessaria trattazione, ai fini del presente discorso, sull'utilizzo delle soluzioni di firma elettronica avanzata in riferimento agli atti per i quali è richiesta la forma scritta *ad substantiam* e sulla distinzione delle categorie soggettive considerate nelle predette regole tecniche e riscontrabili nella prassi, il presente lavoro intende analizzare le criticità che solleva l'obbligo di copertura assicurativa di cui all'art. 57, comma 2, cit., per come è stato formulato, giungendo ad avanzare proposte di soluzioni esperibili in via interpretativa o in sede di riforma.

2. LA VALIDITÀ DEGLI ATTI MUNITI DI FIRMA ELETTRONICA AVANZATA (FEA).

Tra gli equivalenti della sottoscrizione il nostro ordinamento, com'è noto, annovera soluzioni diverse, alcune di creazione giurisprudenziale (come la produzione in giudizio di una scrittura privata non sottoscritta per la quale sia richiesta la forma scritta *ad substantiam*)⁵, altre di fonte legislativa⁶: per tale ultime ipotesi allo storico telegramma s'è aggiunta, nella normazione attenta all'avvento delle più moderne tecnologie, la travagliata

⁵ L'indirizzo è ormai risalente e consolidato. Ci si limita qui a ricordare la giurisprudenza più recente, tra cui v. Cass. Civ., sez. I, 3 gennaio 2017, n. 36, in *Gius. Civ. mass.*, 2017, nella quale si trova affermato che « la produzione in giudizio della scrittura da parte del contraente che non l'ha sottoscritta realizza un equivalente della sottoscrizione e, quindi, il perfezionamento del contratto, ma con effetto *ex nunc* e non *ex tunc* ». In senso analogo cfr. anche Cass.

Civ., sez. I, 24 marzo 2016, n. 5919, in *Giust. Civ. mass.*, 2016, ed in *Diritto e giustizia*, 2016, 5 ottobre.

⁶ Si veda, in particolare, quanto previsto dall'art. 2705 c.c. in tema di telegramma, che ha l'efficacia probatoria della "scrittura privata" anche qualora l'originale sia stato consegnato o fatto consegnare dal mittente all'ufficio di partenza, anche *senza sottoscrizione* alcuna.

produzione normativa sulle firme elettroniche. Quest'ultima — dalla pionieristica disciplina delineata dal legislatore italiano con il D.P.R. n. 513 del 1997 sulla firma digitale alla normativa più recente emanata per impulso del legislatore europeo (si pensi, da ultimo, al Reg. UE n. 910/2014, c.d. eIDAS, ed alle norme di coordinamento, ex d.lgs. 179 del 2016, con il Codice dell'amministrazione digitale, in cui è confluita la disciplina domestica sul documento informatico e sulle firme elettroniche) — ha visto un moltiplicarsi di soluzioni e sottocategorie destinate ad aumentare la complessità del sistema, non sempre di agevole comprensione per l'interprete.

Il ventaglio delle firme elettroniche si è arricchito: all'originaria firma digitale, basata su peculiari tecnologie crittografiche, sono state affiancate la firma elettronica qualificata (nell'ambito della quale la prima trova la sua collocazione in un rapporto di *species* a *genus*), la firma elettronica avanzata e la firma elettronica semplice o debole, che hanno tra loro validità giuridica ed efficacia probatoria diverse. Rinviano alla dottrina di settore per i necessari approfondimenti che non è possibile ripercorrere in questa sede⁷, ai fini del presente discorso ci pare sufficiente rammentare che, per il combinato disposto di cui agli artt. 21, comma 2 *bis*, d.lgs. n. 82 del 2005 (Codice dell'amministrazione digitale) e 1350 c.c., non tutte le sottoscrizioni elettroniche sono idonee ad assolvere al requisito della forma scritta *ad substantiam*, dando luogo nel nostro ordinamento ad un fenomeno di "gradazione" della validità della scrittura privata elettronica: vi sono scritture private elettroniche che, pur provviste di sottoscrizione (elettronica), non sono state ritenute idonee ad integrare il requisito formale minimo richiesto dall'art. 1350 c.c., là dove si fa riferimento alle scritture private che devono necessariamente farsi per iscritto a pena di nullità⁸. Ci si intende riferire alle scritture private elettroniche munite di firma elettronica semplice (o debole), per le quali, a prescindere da ogni considerazione in ordine ai profili di carattere probatorio, non v'è possibilità alcuna di far ritenere validamente sottoscritto l'atto per il quale sia richiesta la forma scritta a pena di nullità.

Tra le altre firme, all'opposto, quella elettronica qualificata e quella digitale, basate entrambe su un certificato qualificato rilasciato da un'autorità di certificazione *ad hoc*, sono considerate sempre idonee a soddisfare il requisito formale richiesto *ad*

⁷ Si veda i riferimenti dottrinali citati *supra*, alla nota n. 1.

⁸ Sul fenomeno di "gradazione" delle scritture private elettroniche cfr., in particolare, F. BRAVO, *Validazione temporale elettronica*, in F. DELFINI-G. FINOCCHIARO (a cura di), *Identificazione elettronica e servizi fi-*

ducari per le transazioni elettroniche nel mercato interno. Commento al Regolamento UE 910/2014, cit., pp. 318 ss., nonché Id., *Diritto di proprietà in Internet*, in AA.VV., *Fra individuo e collettività. La proprietà nel secolo XXI*, Milano, 2013, pp. 171 ss.

substantiam dal nostro ordinamento, purché vi sia il rispetto di determinate regole tecniche, emanate con decreti, e la validità del certificato di firma, periodicamente rinnovabile ⁹.

Più delicate questioni solleva la firma elettronica avanzata (FEA), che è idonea a soddisfare il requisito della forma scritta *ad substantiam* non per tutti gli atti previsti dall'art. 1350 c.c., ma solo per quelli *ivi* contemplati al n. 13: ossia per tutti gli atti per i quali la legge preveda la forma scritta a pena di nullità e diversi da quelli espressamente contemplati nell'elenco di cui ai nn. da 1 a 12 della predetta disposizione civilcodicistica ¹⁰. Si pensi, a tal riguardo, alla raccolta in forma scritta del consenso in materia di protezione dei dati personali, quantomeno fino al 25 maggio 2018 — data di applicabilità del nuovo regolamento europeo in materia di protezione e libera circolazione dei dati personali (Reg. UE n. 679/2016) — oppure alla sottoscrizione del c.d. consenso informato da parte del medico al paziente nei casi previsti dalla legge (ad es.: art. 6, comma 3, l. n. 40 del 2004), nonché alla sottoscrizione delle clausole vessatorie *ex art.* 1341 e 1342 c.c., oltre che alla stipulazione di contratti diversi da quelli relativi a beni immobili per i quali l'ordinamento richiede la forma scritta *ad substantiam* (come ad es. per i contratti bancari e finanziari).

Il fenomeno di *gradazione* della scrittura privata elettronica, sul piano della *validità* dell'atto, non trova corrispondenze nella scrittura privata di tipo tradizionale, e ciò porta senz'altro a difficoltà di penetrazione di siffatte tecnologie di firma nella prassi. La perentorietà e il carattere di specialità della disposizione contenuta nel comma 2 *bis* cit. porta ad escludere la firma elettronica semplice dal novero delle firme elettroniche utilizzabili per assolvere ai requisiti formali di cui all'art. 1350 c.c.: espressamente viene richiesto, a pena di nullità, l'uso della firma elettronica qualificata o digitale per i contratti di cui ai nn. 1-12 e la firma elettronica qualificata, digitale o avanzata per gli atti di

⁹ La scelta di assicurare una equivalenza tra firma tradizionale e firme elettroniche qualificate (inclusa quella digitale) viene ribadita anche nel Reg. (UE) n. 910/2014, il quale, all'art. 25, stabilisce che « una firma elettronica qualificata ha effetti giuridici equivalenti a quelli di una firma autografa », con riconoscimento di tali effetti in tutti gli Stati membri dell'Unione europea. Per un commento sulla disciplina degli effetti giuridici delle firme elettroniche e sui requisiti di una firma elettronica avanzata ai sensi del regolamento europeo da ultimo citato cfr. G. FINOCCHIARO, *Comm. sub art. 25 e sub art. 26 del Reg. eIDAS*, in F. DELFINI-G. FINOCCHIARO (a cura di), *Identificazione elettronica e servizi fiduciari per*

le transazioni elettroniche nel mercato interno. Commento al Regolamento UE 910/2014, cit., pp. 213 ss.

¹⁰ Testualmente l'art. 21, comma 2 *bis*, d.lgs. n. 82 del 2005 prevede che, « Salvo il caso di sottoscrizione autenticata, le scritture private di cui all'articolo 1350, primo comma, numeri da 1 a 12, del codice civile, se fatte con documento informatico, sono sottoscritte, a pena di nullità, con firma elettronica qualificata o con firma digitale. Gli atti di cui all'articolo 1350, numero 13), del codice civile redatti su documento informatico o formati attraverso procedimenti informatici sono sottoscritti, a pena di nullità, con firma elettronica avanzata, qualificata o digitale ».

cui al n. 13 dell'art. 1350 c.c., sterilizzando la portata dell'affermazione generale di cui al primo comma dell'art. 21 d.lgs. 82 del 2005, per il quale il documento informatico munito di « firma elettronica » (senza altro specificare) « soddisfa il requisito della forma scritta e sul piano probatorio è liberamente valutabile in giudizio, tenuto conto delle sue caratteristiche oggettive di qualità, sicurezza, integrità e immodificabilità ». Qui si tratta di un richiamo alla forma scritta che semmai potrà valere per finalità diverse rispetto a quella che attiene alla validità degli atti: l'interpretazione corretta del citato comma 1 è dunque quella volta a recuperare il precetto considerandolo applicabile ai casi in cui la forma scritta sia richiesta *ad probationem* (o, ancora, per i casi in cui la forma scritta sia richiesta ai fini informativi, come nelle prescrizioni in materia di protezione dei consumatori), non potendosi avallare l'interpretazione di chi, tenendo conto della necessità di maggior speditezza richiesta nella prassi, ha tentato di dare spazi di operatività alla firma elettronica semplice anche per i casi di forma scritta *ad substantiam*, rimettendo la valutazione nelle mani del giudice, come suggerirebbe la formula del medesimo comma 1 sul piano dell'efficacia probatoria¹¹. Infatti, basterebbe analizzare il comma 2 *bis* per rendersi conto che per i contratti di cui all'art. 1350 n. 1-12 non solo non è possibile ammettere, ai fini della validità dell'atto, la firma elettronica semplice, ma anche quella elettronica avanzata (FEA), consentita invece in maniera residuale solamente per le altre ipotesi a cui fa rinvio il successivo n. 13. Mi sembra dunque corretto sostenere che il legislatore abbia voluto allargare le maglie dell'uso delle firme elettroniche anche semplici per quanto concerne la rilevanza probatoria, restringendo invece il campo di applicazione per ciò che attiene alla validità degli atti, qualora dunque il requisito formale sia richiesto *ad substantiam*: qui il fenomeno di gradazione permane e occorre prestare attenzione alla tipologia di firma elettronica utilizzata per la sottoscrizione dell'atto, in quanto, diversamente dalle scritture private tradizionali, non basta più sottoscrivere un documento per avere una scrittura privata idonea ad integrare gli estremi della forma scritta *ex art. 1350 c.c.*, ma occorre valutare di volta in volta se, nella fattispecie concreta, occorra una firma elettronica qualificata, incluso quella digitale, oppure se sia sufficiente ricorrere alla firma elettronica avanzata, in alternativa di quella qualificata o digitale. Ai fini della validità dell'atto *ex art. 1350 c.c.*, la scrittura privata

¹¹ In questa direzione sembra muoversi, ad es., E. Tosi, *Le asimmetrie e le forme della contrattazione telematica nel commercio elettronico: il contratto virtuale con i consumatori*, in E. Tosi (a cura di), *La*

tutela dei consumatori in Internet e nel commercio elettronico. Contratti. Responsabilità. Rimedi, Milano, 2012, I, pp. 186 ss..

elettronica formata da un documento sottoscritto con firma elettronica semplice ricade sotto la scure della nullità: si tratta di conclusione non sempre adeguatamente percepita nella prassi, a causa dell'ambigua formulazione dell'art. 21, comma 1, d.lgs. n. 82 del 2005. Per tale tipologia di firma la libera valutazione del giudice è collocata sul piano probatorio ed il requisito di forma scritta menzionato da tale ultima disposizione è, chiaramente, quello richiesto a tali fini, come ad esempio in tema di contratti di assicurazione, ove la forma scritta è richiesta *ad probationem* e non *ad substantiam* ¹².

In forza del rinvio operato dall'art. 1350, n. 13, c.c. agli « altri atti specialmente indicati dalla legge », quale categoria residuale ed aperta rispetto a quella concernente i contratti tassativamente indicati nell'elenco presente ai n. 1-12 del medesimo articolo, l'uso delle firme elettroniche avanzate per adempiere agli obblighi formali rimane pur sempre la soluzione tecnologica preferibile per accelerare i processi di digitalizzazione nelle situazioni più diffuse, non richiedendo per il firmatario pregressi oneri di carattere burocratico (come l'acquisizione di un valido certificato di firma), né pregresse acquisizioni strumentali per l'apposizione della sottoscrizione (facendosene di ciò carico gli altri soggetti della catena di fornitura del servizio di firma).

3. GLI “EROGATORI” E I “REALIZZATORI” DI FIRMA ELETTRONICA AVANZATA.

La disciplina primaria va integrata con quella di carattere secondario contenuta nel D.P.C.M. 22 febbraio 2013 (« *Regole tecniche in materia di generazione, apposizione e verifica delle firme elettroniche avanzate, qualificate e digitali* »), che dedica alla firma elettronica avanzata l'intero Titolo V, composto dagli artt. 55-61. Oltre alla individuazione delle caratteristiche tecniche di tale tipologia di firma, che finiscono per sostanzarsi in veri e propri requisiti legali minimi necessari per la stessa attività di sussunzione della fattispecie nell'ambito del dettato normativo ¹³, il regolamento sulle regole tecniche incentra la propria attenzione

¹² La firma elettronica semplice può essere usata anche per assolvere ai requisiti formali richiesti a tutela del contraente debole, ad esempio in materia di assolvimento di obblighi informativi a favore del consumatore (oltre che, ovviamente, in tutti i casi per i quali opera il principio di libertà di forma).

¹³ Nel senso che, in difetto di tali caratteristiche, la soluzione tecnologica non può integrare il concetto normativo di firma elettronica avanzata, con conseguente inapplicabilità delle disposizioni normative ad

essa riferibili, incluso quella sulla validità degli atti per i quali è richiesta la forma scritta *ad substantiam* ex art. 1350, n. 13, c.c. Le caratteristiche delle soluzioni di firma elettronica avanzata sono elencate all'art. 56 delle predette regole tecniche, ove si richiede che tale tipologia di sottoscrizione elettronica sia in grado di garantire: (a) l'identificazione del firmatario del documento e (b) la connessione univoca della firma al firmatario; (c) il controllo esclusivo, da parte del firmatario, del sistema di generazione della firma, ivi inclusi i dati

sulla distinzione tra soggetti che “realizzano” e soggetti che “erogano” soluzioni di firma elettronica avanzata ¹⁴.

Il dettato normativo, con riguardo a tale distinzione, non brilla per chiarezza e finisce per essere alquanto tautologico: l'art. 55, co. 2, del D.P.C.M. ult. cit. si adopera a stabilire che « I soggetti che erogano o realizzano soluzioni di firma elettronica avanzata si distinguono in:

a) coloro che erogano soluzioni di firma elettronica avanzata al fine di utilizzarle nei rapporti intrattenuti con i soggetti terzi per motivi istituzionali, societari o commerciali, realizzandole in proprio o anche avvalendosi di soluzioni realizzate dai soggetti di cui alla lettera b);

b) coloro che, quale oggetto dell'attività di impresa, realizzano soluzioni di firma elettronica avanzata a favore dei soggetti di cui alla lettera a) ».

Abbiamo dunque due macrocategorie soggettive individuate dalle regole tecniche: gli “erogatori” di FEA e i “realizzatori” di FEA. Si tratta però di categorie dai confini non chiari, in quanto, a parte l'ineleganza delle scelte lessicali, i termini usati nell'impianto normativo si prestano ad inevitabili ambiguità semantiche e sovrapposizioni concettuali, che richiedono uno sforzo interpretativo volto a delinearne con maggior precisione i confini.

Si potrebbe pensare, di primo acchito, che i “realizzatori” coincidano con i “produttori” di soluzioni tecnologiche integranti un sistema di firma elettronica avanzata e, al contempo, con i “primi fornitori” del servizio di firma e che gli “erogatori” coincidano invece con i soggetti che, destinatari dei servizi di firma elettronica offerti dai “realizzatori”, provvedano ad utilizzarla nei confronti dei terzi, nell'ambito dei rapporti con i medesimi

biometrici eventualmente utilizzati per la generazione della firma medesima; (d) la possibilità di verificare che il documento informativo sottoscritto non abbia subito modifiche a seguito dell'apposizione della firma; (e) la possibilità per il firmatario di ottenere evidenza di quanto sottoscritto; (f) l'individuazione del soggetto che eroga la soluzione di firma; (g) l'assenza di qualunque elemento nell'oggetto della sottoscrizione atto a modificarne gli atti, fatti o dati nello stesso rappresentati; (h) la connessione univoca della firma al documento sottoscritto. Va però precisato che la Posta Elettronica Certificata, sostituisce, nei confronti della pubblica amministrazione, la firma elettronica avanzata ai sensi delle predette regole tecniche (ex art. 61, comma 1), con possibilità di applicazione analogica anche nei rapporti tra privati (ma si veda anche il comma 2, che estende la previsione

anche alla Carta d'Identità Elettronica, la Carta Nazionale dei Servizi, il Passaporto elettronico, così come il documento di identità dei pubblici dipendenti e altri strumenti conformi, limitatamente ai servizi e alle attività di cui agli artt. 64 e 65 del codice dell'amministrazione digitale. In materia è intervenuto anche il legislatore europeo che, nell'art. 26 del reg. (UE) n. 910 del 2014 ha fissato i requisiti che una firma elettronica avanzata deve soddisfare: a) connessione univoca al firmatario; b) idoneità ad identificare il firmatario; c) generazione mediante dati per la creazione di una firma elettronica che il firmatario può, con elevato livello di sicurezza, utilizzare sotto il proprio esclusivo controllo; e d) collegamento ai dati sottoscritti, in modo da consentire l'identificazione di ogni successiva modifica di tali dati.

¹⁴ Cfr. art. 55, comma 2, delle regole tecniche cit.

intrattenuti per motivi istituzionali, societari o commerciali. Tuttavia, a ben guardare, tale prospettiva sarebbe frutto di un approccio semplicistico: basti pensare che, *ex art.* 55, comma 2, lett. a), D.P.C.M. cit., gli “erogatori” possono realizzare in proprio la soluzione di firma elettronica anche senza avvalersi dei “realizzatori” e che, *ex art.* 57, comma 4, è contemplata la possibilità che un soggetto possa erogare soluzioni di firma elettronica avanzata non per conto proprio ma per conto di un altro soggetto.

Cosicché i soggetti che realizzano ed erogano soluzioni di firma elettronica avanzata potrebbero essere ricollocati, interpretativamente, in categorie diverse e più articolate di quelle a cui fa riferimento il legislatore, quali:

(A) i soggetti che “*producono*” le soluzioni tecnologiche utilizzare per la firma elettronica avanzata;

(B) i soggetti che, collocati a monte del processo di fornitura dei servizi di firma, mettono a sistema le soluzioni tecnologiche di firma elettronica avanzata per erogare, quali “*primi fornitori*”, i servizi di firma elettronica avanzata;

(C) i soggetti che “*distribuiscono*” i prodotti di firma elettronica avanzata forniti dai “produttori” e/o dai “primi fornitori”, anche mediante una rielaborazione del servizio, ad esempio integrando la soluzione del “primo fornitore” con soluzioni proprie;

(D) i soggetti “destinatari” del servizio di firma elettronica avanzata, che hanno rapporti contrattuali con i “primi fornitori” o con i “distributori” di firma elettronica avanzata, e che intendano acquisire la disponibilità di tali soluzioni di firma al fine di farle utilizzare ai soggetti terzi nei cui confronti hanno rapporti giuridici per finalità istituzionali, societarie o commerciali e che appongono la propria firma mediante la soluzione messaggi così a disposizione (utenti, soggetti che compongono organi societari, fornitori o clienti finali, destinatari di corrispondenza nelle consegne, pazienti nelle cliniche pubbliche o private e nelle strutture ospedaliere, etc.). Si tratta di soggetti che si trovano nel mezzo della catena di fornitura del servizio di firma elettronica avanzata, in quanto sono “*primi destinatari*” della soluzione offerta dai “primi fornitori” di FEA e, al contempo, assumono il ruolo di “*fornitori di secondo livello*” della soluzione di firma nei confronti dei soggetti “*firmatari*”, collocati a valle, che sono i “*destinatari finali*” del servizio di firma.

Dunque, se immaginiamo il processo di fornitura del servizio di firma elettronica avanzata, dal “produttore” e/o “primo fornitore” al “firmatario”, il panorama presenta un’articolazione ben diversa da quella cristallizzata nel dettato normativo: si noti che è un’articolazione che riflette la situazione sussistente nella prassi, sicché, a fronte della maggiore complessità che la realtà degli affari presenta rispetto alla previsione regolamentare, ci si chiede

chi siano i soggetti destinatari degli obblighi rivolti ora ai realizzatori ora agli erogatori di soluzioni di firma elettronica avanzata.

In particolare, i soggetti “*realizzatori*” delle soluzioni di firma, ex art. 55, comma 2, lett. b), D.P.C.M. cit., dovrebbero essere individuati, segnatamente, nei soggetti “*produttori*” e “*primi fornitori*” di soluzioni firma elettronica avanzata, i quali, ove forniscano le proprie soluzioni alle pubbliche amministrazioni, sono tenuti ad ottenere una certificazione di conformità del proprio sistema di gestione per la sicurezza delle informazioni secondo la norma ISO/IEC 27001, oltre che della certificazione di conformità del proprio sistema di qualità alla norma ISO 9001 (art. 58, commi 1 e 2, D.P.C.M. cit.)¹⁵.

Gli “*erogatori*” di soluzioni di firma elettronica avanzata ex art. 55, comma 2, lett. a), invece, sono quei soggetti che forniscono il sistema di firma ai “*destinatari finali*”, ossia ai soggetti che appongono la firma con l’uso della soluzione messaggi a disposizione dall’erogatore medesimo. Gli “*erogatori*” sono senz’altro quelli a cui ho fatto *infra* riferimento come “*primi destinatari*” del servizio ovvero come “*fornitori di secondo livello*” (cfr., *supra*, lett. « D »): ricevono la soluzione di firma elettronica avanzata predisposta dai “*realizzatori*” per poi metterla a propria volta a disposizione dei destinatari finali, con cui intessono relazioni giuridiche. Siamo di fronte ad “*erogatori-fornitori*”.

Nella previsione normativa tuttavia, poiché viene contemplato il caso in cui gli erogatori forniscano soluzioni di firma realizzate in proprio, possiamo individuare anche l’ulteriore categoria degli “*erogatori-realizzatori*”, che fa riferimento all’ipotesi in cui il soggetto “*realizzatore*” provveda ad erogare la propria soluzione di “*firma elettronica avanzata*” (FEA) direttamente ai destinatari finali, per i rapporti giuridici con il medesimo intercorrenti. In tal caso il “*realizzatore*” sarà tenuto a rispettare le medesime prescrizioni vigenti per gli “*erogatori*”.

Nell’impianto normativo non pare trovare adeguata collocazione la residuale categoria di soggetti “*distributori*” (o “*rivenditori*”) di soluzioni di firma elettronica, che si interpongono tra i “*realizzatori*” e gli “*erogatori-fornitori*” (cfr. *supra*, lett. « C »). Non ci si intende riferire a soggetti che assolvono alla mera funzione di rappresentanti, agenti o mediatori del realizzatore, ma a quei soggetti, operanti nel settore informatico, che elaborano soluzioni tecnologiche proprie (ad esempio *software* gestionali forniti in *cloud computing* improntati alla dematerializzazione dei processi, *workflow*, etc.) nelle quali vengono incorporate soluzioni di firma elettronica avanzata a favore dei propri clienti che,

¹⁵ Le certificazioni non sono richieste invece nel caso in cui i soggetti “*realizzatori*” siano persone giuridiche pubbliche che

rendono disponibili le soluzioni di firma elettronica avanzata a pubbliche amministrazioni (art. 58, comma 3, D.P.C.M. cit.).

ai fini delle regole tecniche sulle firme elettroniche, assumono il ruolo di erogatori-fornitori verso i destinatari finali del servizio di firma.

Abbiamo cioè: (I) un soggetto “*realizzatore*” di soluzione FEA; (II) un soggetto che rielabora la soluzione FEA del realizzatore nell’ambito di un proprio sistema e, nel contesto di un servizio più complesso, la “redistribuisce” alla propria clientela; (III) i clienti del distributore che, nell’ambito della soluzione complessa da quest’ultimo erogata e contemplante l’utilizzo della soluzione di firma elettronica del “realizzatore”, mettono a loro volta a disposizione la predetta soluzione nei rapporti intrattenuti con (IV) i soggetti terzi con cui si relazionano, per scopi istituzionali, commerciali o societari, i quali ultimi assumono la veste di “destinatari finali” del servizio di FEA (o firmatari).

Di fronte a tale contesto, gli obblighi previsti dalle regole tecniche per i soggetti che “erogano” soluzioni di firma elettronica avanzata, contemplati all’art. 57 del D.P.C.M. cit., dovrebbero comunque applicarsi ai clienti del distributore (cfr. *infra*, sub « III »), che gestiscono la relazione con i destinatari finali della soluzione di firma elettronica avanzata, in quanto in grado di governare i relativi adempimenti: si pensi, in particolare, a quanto previsto al comma 1 della disposizione da ultimo citata, che richiede ai soggetti “erogatori” di cui all’art. 55, comma 2, lett. a), D.P.C.M. cit. (“*erogatori-fornitori*” ed “*erogatori-realizzatori*”) di (i) identificare in modo certo il firmatario tramite un valido documento di riconoscimento, informandolo sui termini e condizioni relative all’uso del servizio di firma elettronica, subordinando l’attivazione del servizio alla sottoscrizione di una dichiarazione di accettazione delle condizioni di servizio da parte dell’utente, (ii) conservare per almeno venti anni copia del documento di riconoscimento e la dichiarazione di accettazione delle condizioni del servizio, oltre ad ulteriori obblighi informativi, da assolvere anche mediante pubblicazione di informazioni sul sito Internet, e (iii) predisporre, ove possibile, sia un servizio di revoca del consenso all’utilizzo della firma elettronica avanzata, sia un servizio di assistenza¹⁶. Al fine di favorire la diffusione delle soluzioni di firma elettronica avanzata in determinati contesti, ragioni di speditezza e di semplificazione hanno indotto a

¹⁶ L’art. 57, comma 2, D.P.C.M. cit. stabilisce testualmente che « I soggetti di cui all’art. 55, comma 2, lettera a) devono: identificare in modo certo l’utente tramite un valido documento di riconoscimento, informarlo in merito agli esatti termini e condizioni relative all’uso del servizio, compresa ogni eventuale limitazione dell’uso, subordinare l’attivazione del servizio alla

sottoscrizione di una dichiarazione di accettazione delle condizioni del servizio da parte dell’utente; b) conservare per almeno venti anni copia del documento di riconoscimento e la dichiarazione di cui alla lettera a) ed ogni altra informazione atta a dimostrare l’ottemperanza a quanto previsto all’art. 56, comma 1, garantendone la disponibilità, integrità, leggibilità e autenticità; c) fornire

snellire gli adempimenti da parte del soggetto erogatore qualora questi operi nell'ambito delle pubblica amministrazione e nell'ambito sanitario: in tal caso, « limitatamente alla categoria di utenti rappresentata dai cittadini fruitori di prestazioni sanitarie, la dichiarazione di accettazione delle condizioni del servizio prevista al comma 1, lettera a) può essere fornita oralmente dall'utente al funzionario pubblico o all'esercente la professione sanitaria, il quale la raccoglie in un documento informatico che sottoscrive con firma elettronica qualificata o firma digitale »¹⁷.

Il “distributore” sarà invece tenuto ad assolvere ai medesimi obblighi qualora, nel riproporre le soluzioni di firma elettronica avanzata del “realizzatore”, provveda egli stesso a far utilizzare lo strumento di firma nei confronti dei soggetti con cui si relaziona per scopi istituzionali, societari o commerciali, finendo per assumere in proprio, almeno limitatamente a tali casi, il ruolo di soggetto “erogatore”.

E del resto l'art. 60 delle regole tecniche, disciplinante le limitazioni d'uso della firma elettronica avanzata, che fornisce un ausilio su come possa essere individuato il soggetto “erogatore” della soluzione di firma nell'ambito delle fattispecie complesse, in quanto chiarisce che « La firma elettronica avanzata realizzata in conformità con le disposizioni delle presenti regole tecniche, è utilizzabile limitatamente ai rapporti giuridici intercorrenti tra il sottoscrittore e il soggetto di cui all'art. 55, comma 2, lettera a) », ossia con l'*erogatore-fornitore* o con l'*erogatore-realizzatore*. Sicché, nella prospettiva delineata dalla normativa secondaria (e che per inciso non ci sembra condivisibile in quanto eccessivamente riduttiva rispetto al dato normativo risultante dal Codice dell'amministrazione digitale e dal Regolamento eIDAS, ove una siffatta limitazione non è contemplata ed ha l'effetto di limitare arbitrariamente la diffusione di tale tecnologia con effetti distortivi anche delle dinamiche concorrenziali nel mercato europeo), il soggetto “erogatore” di cui all'art. 55, lett. a), cit., va individuato nel soggetto legato da un rapporto giuridico intercorrente con il sottoscrittore, nell'ambito del quale la firma elettronica avanzata viene raccolta e gestita¹⁸.

liberamente e gratuitamente copia della dichiarazione e le informazioni di cui alla lettera b) al firmatario, su richiesta di questo; d) rendere note le modalità con cui effettuare la richiesta di cui al punto c), pubblicandole anche sul proprio sito internet; e) rendere note le caratteristiche del sistema realizzato atte a garantire quanto prescritto dall'art. 56, comma 1; f) specificare le caratteristiche delle tecnologie utilizzate e come queste consentono di ottemperare a quanto prescritto; g) pubblicare le

caratteristiche di cui alle lettere e) ed f) sul proprio sito internet; h) assicurare, ove possibile, la disponibilità di un servizio di revoca del consenso all'utilizzo della soluzione di firma elettronica avanzata e un servizio di assistenza ».

¹⁷ Così recita l'art. 57, comma 5, D.P.C.M. cit.

¹⁸ In ciò si vede un'altra profonda differenza rispetto alle firme elettroniche qualificate ed alla firma digitale: la firma elettronica avanzata ha un'operatività cir-

4. L'OBBLIGO DI COPERTURA ASSICURATIVA PER I SOGGETTI "EROGATORI" DI SOLUZIONI DI FIRMA ELETTRONICA AVANZATA.

4.1. *L'espressa previsione di un obbligo di copertura assicurativa per gli erogatori di soluzioni di firma elettronica avanzata introdotto ex art. 57, comma 2, delle regole tecniche e dubbi di legittimità in rapporto alle fonti normative.*

Le regole tecniche gravano tuttavia il soggetto "erogatore" di una soluzione di firma elettronica avanzata anche di un ulteriore obbligo, delineato all'art. 57, comma 2: quello di dotarsi « di una copertura assicurativa per la responsabilità civile rilasciata da una società di assicurazione abilitata ad esercitare nel campo dei rischi industriali per un ammontare non inferiore ad euro cinquecentomila » e ciò al dichiarato « fine di proteggere i titolari della firma elettronica avanzata » (ossia i "firmatari", destinatari finali della soluzione di FEA messa in circolazione dal soggetto "realizzatore") e i terzi « da eventuali danni cagionati da inadeguate soluzioni tecniche »¹⁹.

Anche in questo caso le disposizioni dettate in sede di "regole tecniche" paiono andare ingiustificatamente ben oltre a quanto previsto dalla norma primaria nazionale ed europea, tenendo anche conto che, come ben si evince anche dal titolo, il provvedimento normativo in cui l'obbligo di copertura assicurativa è contemplato è volto a delineare le "regole tecniche" in materia di *generazione, apposizione e verifica* delle firme elettroniche avanzate, qualificate e digitali a norma degli artt. 20, comma 3, 24, comma 4, 28, comma 2, 32, comma 2, lett. b), 35, comma 2, 36, comma 2, e 71 del Codice dell'amministrazione digitale, nei quali tuttavia non si riscontra alcun riferimento alla possibilità di stabilire obblighi assicurativi²⁰. La facoltà di fissare obblighi di copertura assicurativa per i soggetti erogatori di firme elettroni-

coscritta ai soli rapporti con il soggetto erogatore, sicché non può essere utilizzata per la sottoscrizione di atti relativi a rapporti giuridici intercorrenti con soggetti diversi. Ciò che non è chiaro, tuttavia, è la conseguenza della violazione a siffatta norma, racchiusa nell'art. 60 delle regole tecniche. Il quesito, che qui ci si limita a sollevare e che non può essere trattato per esigenze di economia del discorso, richiede un approfondimento che ci si riserva fin d'ora di ripercorrere in altra sede.

¹⁹ L'articolo *de quo* prosegue imponendo di pubblicare sul proprio sito Internet le « modalità scelte per ottemperare » a suddetto obbligo, per rendere adeguatamente edotti i soggetti interessati (firmatari e terzi), ma esentando dall'obbligo di do-

tarsi delle coperture assicurative « le persone giuridiche pubbliche che erogano soluzioni di firma elettronica avanzata per conto di pubbliche amministrazioni » (cfr., rispettivamente, l'art. 57, commi 3 e 4, D.P.C.M. cit.).

²⁰ Segnatamente, all'art. 20, comma 3, del codice dell'amministrazione digitale — nella sua formulazione vigente al momento di emanazione del D.P.C.M. cit. — veniva stabilito che « le regole tecniche (...) in materia di generazione, apposizione e verifica di qualsiasi tipo di firma elettronica avanzata, sono stabilite ai sensi dell'articolo 71 », ove la potestà normativa pare confinata all'emanazione di disposizioni di carattere squisitamente tecnico, senza fissare obblighi, divieti e limitazioni che si sarebbero

che avanzate, oltre alle restrizioni in ordine all'uso delle soluzioni di firma limitatamente ai rapporti tra firmatari ed erogatori, non pare cioè trovare una sua adeguata fonte di legittimazione. Si sarebbe dovuto trattare, nell'impianto del Codice, di norme di esclusivo carattere tecnico, più simili ai provvedimenti amministrativi generali a contenuto non normativo, a cui demandare la sola specificazione dell'operatività di norme, di rango primario, già presenti nell'ordinamento, con l'introduzione di valutazioni di carattere tecnico non consone alla sede legislativa. La natura formalmente non regolamentare delle norme tecniche, si noti, pare confermata dalla mancata menzione, nella premessa dell'atto, della l. n. 400 del 1988 e dal mancato riferimento alla richiesta di parere del Consiglio di Stato *ex art.* 17 l. n. 400 cit.: nella sostanza, tuttavia, la norma finisce per avere contenuto regolamentare, quantomeno con riguardo alla previsione di obblighi di copertura assicurativa, *ex art.* 57, comma 2, D.P.C.M. cit. e di limitazione d'uso, *ex art.* 60, DPCM cit., scavalcando discutibilmente il rapporto tra le fonti, con conseguenti dubbi sulla legittimità di tali ultime disposizioni e con delicate questioni concernenti gli strumenti e le sedi di controllo della validità delle norme da essi poste ²¹.

dovuti invece affidare, al più, alle scelte del legislatore nazionale. Infatti l'art. 71 del Codice dell'amministrazione digitale, al momento di emanazione del DPCM cit., stabiliva espressamente che « Le regole tecniche previste nel presente codice sono dettate, con decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri o del Ministro delegato per la pubblica amministrazione e l'innovazione, di concerto con i Ministri competenti, sentita la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, ed il Garante per la protezione dei dati personali nelle materie di competenza, previa acquisizione obbligatoria del parere tecnico di DigitPA », con l'ulteriore precisazione che « Le regole tecniche di cui al presente codice sono dettate in conformità ai requisiti tecnici di accessibilità di cui all'articolo 11 della legge 9 gennaio 2004, n. 4, alle discipline risultanti dal processo di standardizzazione tecnologica a livello internazionale ed alle normative dell'Unione europea ». Ed ancora, l'articolo *de quo* termina con la disposizione finale secondo cui « Le regole tecniche vigenti nelle materie del presente codice restano in vigore fino all'adozione delle regole tecniche adottate ai sensi del presente articolo ».

²¹ Sul punto cfr. le pregevoli osservazioni di A. MOSCARINI, *Sui decreti del governo "di natura non regolamentare" che producono effetti normativi*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2008, n. 6, pp. 5075 ss., ove s'è rilevato che ai « decreti governativi e ministeriali "a contenuto non regolamentare" (...) il Governo affida, con sempre maggiore frequenza, la disciplina di intere materie con valenza squisitamente normativa ». Si tratta di « fonti atipiche, "anomale" », con riguardo alle quali occorre domandarsi « se i confini della normatività debbano essere spostati a favore di atti atipici e privi della necessaria corrispondenza tra forma e contenuto » e « quali debbano essere gli strumenti e le sedi di controllo della validità delle norme da essi poste ». S'è parlato, al riguardo, di « fuga dal regolamento », di cui sono state indicate — con argomentazioni a tratti anche dure — due cause diverse, tra cui la « (...) volontà di non soggiacere ai vincoli normativi e procedurali posti dalla l. n. 400 del 1988, che ha connotato l'attività normativa del Governo all'indomani dell'entrata in vigore della legge » (l'altra causa, più recente, è connessa al nuovo riparto di competenze normative, sia di grado primario sia di rango

4.2. *Differenze con la previsione di una copertura assicurativa in materia di firme elettroniche qualificate ex art. 15, comma 1, lett. i), D.P.C.M. cit. e incongruenze rispetto alla possibilità di controllo dei rischi oggetto di obbligo assicurativo in materia di firme elettroniche avanzate.*

Invero, una copertura assicurativa è prevista anche in caso di firme elettroniche qualificate, come si evince dall'art. 15, comma 1, lett. i), D.P.C.M. cit., là dove viene prevista, a carico dei « certificatori che rilasciano al pubblico certificati qualificati ai sensi del Codice » (art. 15, comma 1, cit.), la comunicazione, all'Agenzia per l'Italia Digitale (AgID), della « copia di una polizza assicurativa a copertura dei rischi derivanti dall'attività e dei danni causati a terzi ». A differenza di quanto previsto per le firme elettroniche avanzate, qui l'obbligo è posto a carico dei soggetti che realizzano e gestiscono le tecnologie usate per la firma e che, quindi, sono in grado di gestire e controllare i rischi immessi sul mercato ²².

L'art. 57, comma 2, invece, prevede l'obbligo della copertura assicurativa per i « danni cagionati da inadeguate soluzioni tecniche », ponendolo a carico dei soggetti che “erogano” soluzioni di firme elettroniche avanzate (FEA), come sopra individuati. C'è però un'incongruenza di fondo, dato che l'obbligo in questione grava irrazionalmente sui soggetti che non governano la realizzazione delle soluzioni tecniche, né i rischi connessi all'*inadegua-*

secondario, disposto dal nuovo titolo V della Costituzione ». L'A. cit. ha messo in evidenza, con riguardo al tema in questione, come « Un eterogeneo, complesso insieme di ragioni [abbia] condotto il Governo ad esercitare le proprie funzioni normative in frode alla Costituzione, in forme non rispondenti cioè alla legalità costituzionale, ora per non soggiacere ai penetranti controlli di legittimità sanciti dalla legge n. 400 del 1988, ora per assicurare allo Stato una perdurante legittimazione normativa su materie in realtà sottratte, dal nuovo testo dell'art. 117 Cost., sia alla sua potestà legislativa primaria sia alla sua competenza regolamentare », precisando al contempo « che la “fuga dal regolamento” non è dipesa soltanto dalla responsabilità del Governo, impegnato a realizzare, sotto il blando vincolo della legge, grandi riforme istituzionali, ma anche dal Parlamento e dalla crescente indeterminazione degli atti legislativi su cui si fondano gli atti del Governo. Invero l'atipicità è stata decisamente favorita dal legislatore il quale, dopo il 1997, ha espressamente autorizzato la fuga dal regolamento, rinviando, per l'esecuzione ed attuazione delle

leggi, a decreti ministeriali “di natura non regolamentare” ed attivando il procedimento dell'art. 17 l. n. 400 del 1988 solo nei casi in cui si intendesse attribuire al Governo una maggiore sfera di discrezionalità ». Di fronte a siffatte « fonti atipiche o “anomale”, secondo la definizione della Corte costituzionale » — così come per le disposizioni di natura sostanzialmente normativa racchiusa in un corpo di regole tecniche aventi contenuto non normativo — si pongono due problemi principali: « da un lato quello, appunto della loro normatività e consiste nell'interrogativo se sia o meno legittimo affidare contenuti normativi ad atti formalmente amministrativi, di guisa da perdere di vista i confini stessi della normatività. Dall'altro vi è il problema della sede del controllo di validità di questi atti ».

²² Sull'importanza di un approccio orientato alla gestione del rischio in materia di firme elettroniche si veda il contributo di B. WRIGHT, *Eggs In Baskets: Distributing The Risks of Electronic Signatures*, in SSRN, disponibile online all'indirizzo <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.15090> (consultato da ultimo in data 31 ottobre 2017).

tezza delle soluzioni medesime, essendone i primi destinatari all'interno della catena di fornitura del servizio ²³.

L'incongruenza è a maggior ragione palese se si tiene a mente che è il soggetto “realizzatore” (e non il soggetto “erogatore”) di soluzioni di forma elettronica avanzata ad essere destinatario dell'obbligo di avere un sistema di gestione della sicurezza delle informazioni certificato secondo la norma ISO 27001 (*ex art. 58 D.P.C.M. cit.*), in quanto è lui che gestisce e controlla i processi di realizzazione della relativa tecnologia. Si ha difficoltà dunque a comprendere perché l'obbligo di copertura assicurativa per i danni da *inadeguate soluzioni tecniche* (e non da inadeguato uso delle stesse) sia stato invece posto a carico di un soggetto che non è in grado di controllare e gestire le scelte con cui le soluzioni tecniche vengono approntate per la fornitura del servizio di firma ²⁴.

4.3. *Ulteriori criticità della previsione normativa sull'obbligo di copertura assicurativa a carico dei soggetti erogatori di firma elettronica avanzata (ex art. 57, comma 2, D.P.C.M. cit.) e possibili soluzioni de jure condito e de jure condendo.*

Come già anticipato in apertura del presente contributo, la previsione dell'obbligo di copertura assicurativa in capo al soggetto “erogatore” di soluzioni di firma elettronica avanzata, anziché in capo al “realizzatore”, non appare congrua, né efficiente e, nel suo insieme, è mal congegnata, producendo effetti fortemente frenanti sull'uso di tale tecnologia nella prassi, compromettendo un più rapido sviluppo dei processi di digitalizzazione del nostro Paese auspicati nell'Agenda per l'Italia Digitale.

Ciò per una serie di ragioni.

Per un verso, lo si è già detto, pone irragionevolmente l'obbligo di copertura assicurativa ed i relativi costi a carico di un soggetto diverso rispetto a quello che effettivamente introduce e governa i rischi relativi all'eventuale inadeguatezza delle soluzioni tecniche adottate.

Sotto altro profilo, va evidenziato che, ove la copertura assicurativa fosse a carico non del soggetto “erogatore” ma del soggetto “realizzatore” di soluzioni di firma elettronica avanzata, quest'ultimo sarebbe in grado di: (a) avvalersi di economie di scala per

²³ L'art. 57, comma 2, DPCM cit., dunque, grava irrazionalmente del predetto obbligo di copertura assicurativa il destinatario di primo livello dei servizi di firma elettronica avanzata, anziché il soggetto che, realizzando e fornendo la soluzione tecnologica, ha modo di controllare i rischi ed intervenire per mitigarli.

²⁴ Logica imporrebbe che la copertura dei rischi gravi, principalmente, sul soggetto che quei rischi mette in circolazione ed è in grado di mitigarli scegliendo tecnologie appropriate e incrementando i livelli di sicurezza nei processi di loro gestione.

ammortizzarne i costi; (b) semplificare gli adempimenti a carico dei singoli soggetti erogatori, che sarebbero sollevati dall'attività di ricerca e negoziazione delle polizze per la copertura dei rischi *de quibus*, di volta in volta, con le compagnie assicuratrici (potendosi giovare della copertura assicurativa stipulata a monte dal soggetto "realizzatore", con benefici per tutti gli "erogatori" di soluzioni di firma elettronica a cui fornisce le proprie tecnologie); (c) offrire soluzioni di firma elettronica avanzata più appetibili e sicure per gli "erogatori", in quanto coperte da danni cagionati a soggetti terzi e derivanti da soluzioni tecniche che dovessero rivelarsi "inadeguate", su cui il soggetto "erogatore" non ha capacità di intervento.

Si pensi, a mero titolo esemplificativo, al caso di soluzioni di firma elettronica avanzata fornite da un soggetto "realizzatore" ad una clinica ospedaliera o ad un'associazione che intendano informatizzare i propri processi, ricorrendo alle c.d. "firme grafometriche" (ossia a firme elettroniche avanzate basate sull'acquisizione di dati biometrici comportamentali del firmatario, in occasione dell'apposizione della firma autografa su tavoletta elettronica, nel rispetto delle regole tecniche a cui si è più volte fatto riferimento *supra*).

Ove l'obbligo di dotarsi della copertura assicurativa per i danni da rischi derivanti da inadeguate soluzioni tecniche fosse traslato sul soggetto "realizzatore", la clinica o l'associazione — rimanendo nell'esempio proposto — potrebbero più speditamente introdurre le firme grafometriche nella propria organizzazione, nei rapporti con i soggetti con cui si relazionano (interni o esterni all'organizzazione medesima), ammortizzando i costi della polizza che, sommandosi a quelli di erogazione del servizio, renderebbe altrimenti lo stesso difficilmente sostenibile sotto il profilo economico, in particolar modo per realtà non grandi (soprattutto se si confrontano i relativi costi con quelli richiesti dalla tradizionale gestione dei processi su supporto cartaceo, che sicuramente non richiedono di dotarsi di una copertura assicurativa).

L'effetto frenante che si viene a generare e che impedisce la spinta verso la digitalizzazione dei processi auspicata nell'Agenda per l'Italia Digitale, pur muovendo da considerazioni di carattere prettamente economico, presenta una forte connessione con il discorso giuridico.

Possono infatti essere percorse soluzioni interpretative più efficienti e teleologicamente orientate, che rimuovono le predette barriere di matrice economica e "burocratica", facendo salva la *ratio* della norma che, dichiaratamente, è quella di « proteggere i titolari della firma elettronica avanzata e i terzi da eventuali danni cagionati da inadeguate soluzioni tecniche » (art. 57, comma 2, D.P.C.M. cit.).

In una prospettiva *de jure condendo*, sarebbe preferibile fissare il predetto obbligo in capo al *realizzatore* e non all'*erogatore* di

soluzioni di firma elettronica avanzata o, quantomeno, sarebbe auspicabile che venisse precisato, in sede normativa, che la traslazione dell'obbligo in questione in capo al "realizzatore" possa essere rimessa all'autonomia privata, nel senso dell'ammissibilità, da parte dei predetti soggetti, di accordi volti a far sì che la copertura possa essere stipulata direttamente dal "realizzatore", senza conseguenze alcune per l'erogatore, il quale finirebbe così per essere sgravato del relativo obbligo, avendovi già provveduto a monte il soggetto "realizzatore".

Una strada simile però potrebbe essere percorsa in via interpretativa, in sede di applicazione della norma (*de jure condito*). Infatti, il suddetto obbligo di dotarsi di un'adeguata copertura assicurativa per la responsabilità civile, per i soggetti (privati) "che erogano soluzioni di firma elettronica", non avrebbe ragion d'essere qualora alla medesima copertura assicurativa vi abbia già provveduto il soggetto "che realizza la soluzione di firma". Tenendo conto della *ratio legis* (in una prospettiva teleologica volta a privilegiare la "funzione" del diritto, secondo le direzioni impresse dal pensiero di Norberto Bobbio) e della necessità di non ostacolare lo sviluppo tecnologico e i benefici connessi con la diffusione delle soluzioni di firma elettronica avanzata (in una prospettiva di efficienza cara all'analisi economica del diritto), sarebbe cioè preferibile che l'obbligo in questione, fissato nell'attuale formula dell'art. 57, comma 2, D.P.C.M. cit., venisse interpretato nel senso che il "soggetto erogatore" sia tenuto a dotarsi della copertura assicurativa — avente ad oggetto la protezione dei "titolari della firma elettronica avanzata e dei terzi da eventuali danni cagionati da inadeguate soluzioni tecniche" — solamente qualora non vi abbia già provveduto, in tal senso, il soggetto "realizzatore"²⁵.

Per altro verso va tenuto presente che le fattispecie che si verificano nella prassi presentano un grado di complessità maggiore rispetto a quello ipotizzato dal legislatore. Infatti, come già rimarcato sopra, accade spesso nella prassi che vi siano: (A) un "produttore" (originario "realizzatore") della soluzione di FEA; (B) un "distributore" o "rivenditore" di FEA alla propria clien-

²⁵ Ove si propendesse per la soluzione interpretativa che si suggerisce, ne conseguirebbe che il soggetto erogatore non è da intendersi obbligato a dotarsi di una propria polizza assicurativa per gli eventuali danni arrecati ai titolari della firma elettronica avanzata e ai terzi quando la soluzione tecnica dallo stesso impiegata sia già ugualmente assicurata dal soggetto che realizza la soluzione di FEA. Accedendo all'interpretazione teleologica del dettato normativo, come sopra proposta, da un lato vengono

fatti salvi la finalità e gli obiettivi della norma (accordare una tutela assicurativa ai titolari delle soluzioni di FEA ed ai terzi per la copertura da eventuali danni derivanti dall'uso di soluzioni tecniche inadeguate) e, dall'altro lato, viene garantita l'esigenza di diffusione della FEA da parte degli erogatori, qualora al medesimo obbligo assicurativo abbia già assolto il produttore o il distributore della soluzione di firma elettronica avanzata.

tela (C), alla quale la soluzione di firma viene solitamente rielaborata in un contesto tecnologico più articolato, in quanto inglobata in servizi informatici ulteriori di gestione *paperless* dei processi; un (C) cliente del rivenditore, che, a propria volta, mette a disposizione la soluzione di firma elettronica avanzata in favore dei suoi utenti finali (D). In tale casistica, che vede la presenza di un numero di soggetti maggiore di quello ipotizzato dal legislatore nelle norme sopra riportate, ci si chiede se il soggetto obbligato alla predetta copertura assicurativa (ossia il soggetto “erogatore” della soluzione di firma elettronica avanzata) debba essere individuato nel “distributore” (o “rivenditore”) della soluzione di FEA (B), oppure se vada individuato nel “cliente” del distributore (o rivenditore) di soluzione FEA (C), che si limita a riproporre a propria volta la soluzione di FEA alla propria clientela finale. La dizione letterale della norma sembra collocare l’obbligo in capo a questi (C), ma non tiene conto della complessità della catena di erogazione del servizio di firma, riducendola a due sole figure o addirittura ad una sola di esse, quando l’erogatore è anche colui che realizza la firma elettronica (erogatore-realizzatore) ²⁶.

Anche per tale fattispecie complessa sarebbe opportuno, *de jure condendo* o in via di interpretazione teleologica *de jure condido*, che l’obbligo di copertura assicurativa possa essere considerato non dovuto, per un soggetto che si trova “a valle” della catena di fornitura di soluzioni di firma elettronica avanzata, qualora la medesima copertura assicurativa per la responsabilità civile venga stipulata dal soggetto che si trova “a monte”, nel rispetto del medesimo oggetto e del medesimo massimale contemplato all’art. 57, comma 2, cit.

Avendo a cuore più lo spirito che la lettera della norma ²⁷, anche in questo caso sarebbe dunque preferibile che l’obbligo in parola possa essere traslato pattiziamente dal soggetto “a valle” al soggetto “a monte” della catena di fornitura — ad es. dal cliente del “distributore” (o “rivenditore”) al “distributore (o “rivenditore”) medesimo; dal “distributore” (o “rivenditore”) al “produttore” (o primo “realizzatore”) di soluzioni FEA —, senza ovviamente

²⁶ Cfr., *supra*, par. 3.

²⁷ Il pensiero va qui a V. FROSINI, *La lettera e lo spirito della legge*, Milano, 1994, *passim*, il quale, sulla scia del pensiero di Emilio Betti, rimarca l’importanza di non fermarsi al dato letterale della norma, dovendosi riscoprire in essa il senso che l’interprete rinviene alla luce della dimensione sociale, dei suoi valori, della sua fattualità. Si notano interessanti punti di contatto con

le pagine di P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, *passim*, ed *ivi*, spt. pp. X-XI, pp. 33 ss. e pp. 84-85, nonché con quelle di F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, pp. 115 ss. e di P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 568 ss.

compromettere la sussistenza della copertura assicurativa in favore dei titolari della soluzione di FEA o di soggetti terzi ²⁸.

Si fa presente che le predette soluzioni giuridiche auspiccate in via interpretativa, facendo salva la *ratio* della norma, andrebbero ad incentivare l'uso delle FEA, attualmente non decollato con le dimensioni auspicabili (anche) a causa delle difficoltà interpretative che gli operatori incontrano con riguardo alla norma in esame. Basti pensare, ad es., che un noto ente certificatore di firma digitale, che fornisce anche soluzioni di firma elettronica avanzata di tipo grafometrico, ha diffuso *online* un documento con il quale propone un commento analitico delle regole tecniche di cui al D.P.C.M. 22 febbraio 2013 cit., ed *ivi*, in corrispondenza dell'art. 57, comma 2, cit., si trova riportata la seguente significativa considerazione: « Non è ancora chiaro il discorso della polizza a cosa si riferisce. L'inserimento di questa clausola serve a salvaguardare il mercato da soluzioni non affidabili. Infatti il soggetto di tipo a) [ossia il soggetto "erogatore", *n.d.a.*] deve pretendere che anche il soggetto di tipo b) [ossia il soggetto "realizzatore", *n.d.a.*] sia coperto da un'assicurazione analoga e ancora più cautelativa. Namirial ha una polizza come Autorità di Certificazione » ²⁹. Viene cioè letta la norma in questione premettendo l'esistenza di una difficoltà di interpretazione a causa dell'ambiguità della sua formulazione letterale, propendendo poi per una soluzione volta ad addossare l'obbligo di copertura assicurativa (anche) sul soggetto posto a monte del processo di fornitura della firma elettronica avanzata. A parte l'impossibilità di invocare automaticamente la copertura assicurativa degli enti di certificazione prevista all'art. 15 delle regole tecniche anche per la copertura dei diversi rischi indicati dall'art. 57, comma 2, per gli erogatori di soluzioni di firma elettronica avanzata, l'interpretazione proposta nel citato documento diffuso dal predetto ente (certificatore di firma digitale e realizzatore di soluzioni di firme elettroniche avanzate) sembra tuttavia connotata da una certa forzatura, in quanto lascerebbe intendere che il soggetto

²⁸ Per le classificazioni soggettive evincibili nella prassi e per il loro raffronto con quelle riportate in sede normativa all'art. 55 D.P.C.M. cit. si rinvia a quanto riportato, *infra*, al par. 3 del presente scritto.

²⁹ Il documento è disponibile all'indirizzo <http://www.firmaelettronica.org/nuove-regole-tecniche.asp> (consultato da ultimo in data 31 ottobre 2017). Nella prassi prevale tuttavia l'interpretazione letterale, secondo cui l'obbligo di copertura assicurativa grava sul soggetto "erogatore" di soluzioni di firma elettronica avanzata: *online* si trovano i documenti informativi ex art. 57, comma 3, D.P.C.M. cit., di Poste italiane,

nonché di diversi istituti di credito e compagnie di assicurazione, che si sono fatte carico della copertura assicurativa. Tuttavia, per altre categorie di soggetti (meno attrezzati per far fronte ai costi di attivazione della polizza, che si sommano a quelli necessari per ottenere la fornitura del servizio da parte dei soggetti "realizzatori") non si rinvencono altrettanti documenti informativi e ciò è sintomatico della difficoltà di una più ampia penetrazione di tale tecnologia nella prassi, constatabile anche dai dati tratti dall'esperienza pratica ed operativa.

“erogatore” sia titolare di una “pretesa” giuridicamente rilevante nei confronti del soggetto “realizzatore”, affinché quest’ultimo si doti di una propria copertura assicurativa (*ex art. 57 D.P.C.M cit.*). Benché tale scelta possa essere ritenuta auspicabile *de jure condendo*, attualmente la soluzione interpretativa correttamente percorribile mi pare sia quella di consentire l’esercizio dell’*autonomia privata* tra gli operatori (“realizzatore” ed “erogatore” di soluzioni di firma elettronica avanzata), per spostare l’obbligo di copertura assicurativa dal soggetto che “eroga” al soggetto che “realizza” le predette soluzioni di firma.

Visto l’impatto che la questione presenta con riguardo alla diffusione delle tecnologie digitali per la crescita economica e sociale del Paese e considerata la competenza dell’Agenzia per l’Italia Digitale (AgID) ad emanare pareri interpretativi sulle disposizioni del Codice dell’amministrazione digitale e sulle disposizioni in materia di ICT, nonché ad evidenziare in sede ministeriale eventuali esigenze di modifiche normative per disposizioni che appaiono ostacolare l’attuazione della Agenda Digitale Italiana, sarebbe auspicabile che sui temi sopra evidenziati intervenisse la predetta Autorità, con esternazioni volte a fornire un’interpretazione, anche teleologicamente orientata, della normativa nel dettaglio dianzi citata e con iniziative di riforma capaci di rendere percorribili, sotto il profilo economico e giuridico, soluzioni più efficienti per lo sviluppo del Paese.