

AURELIO GENTILI

LE TIPOLOGIE DI DOCUMENTO INFORMATICO DOPO IL D.P.R. N. 137/03: EFFETTI SOSTANZIALI ED EFFETTI PROBATORI

SOMMARIO: 1. Il principio di equivalenza con i tipi di documento scritto dichiarati corrispondenti e i suoi limiti. — 2. I due scopi della documentazione: la forma e la prova. — 3. La vicenda legislativa e i cinque tipi di documento informatico. — 4. Il documento privo di firma. — 5. Il documento informatico con firma elettronica semplice. — 6. Il documento informatico con firma elettronica qualificata (e in specie digitale). — 7. Il documento informatico con firma autenticata. — 8. L'atto pubblico informatico. — 9. I regimi convenzionali.

1. IL PRINCIPIO DI EQUIVALENZA CON I TIPI DI DOCUMENTO SCRITTO DICHIARATI CORRISPONDENTI E I SUOI LIMITI.

I rapporti negoziali intrattenuti per via informatica a lungo hanno suggerito l'idea di quello stato di natura pregiudicato di cui favoleggiavano gli antichi giusnaturalisti, in cui senza regole né certezze gli individui realizzano empiricamente i loro scambi. Con tre successive ondate di legislazione il diritto sembra essere intervenuto a porvi fine¹. Ma quando il legislatore è goffo, la na-

* Il saggio è dedicato agli studi in onore del prof. Cesare Massimo Bianca.

¹ Primo in Europa a disciplinare in modo organico il documento informatico munito di firma digitale, il legislatore italiano, con la normativa delegata sulla base dei principi contenuti nell'art. 15, 2° comma, legge n. 59/1997, ed in particolare con il D.P.R. n. 513/1997, poi trasfuso nel D.P.R. 445/2000, ha in un primo tempo semplicemente equiparato il documento informatico munito di determinati requisiti al documento cartaceo scritto, riconoscendo al documento informatico munito di firma digitale validità giuridica equiparata a quella del documento scritto su supporto cartaceo. Poi ha riordinato l'intera materia con il testo unico adottato con il D.P.R. n. 445/2000, ed in particolare gli artt. 8 e 23. In ultimo, aggiuntasi la Direttiva 1999/

93/CEE, che ha ampliato il novero delle firme elettroniche cui è riconosciuta efficacia giuridica, modificando il quadro normativo del documento informatico il Decreto legislativo di recepimento, D.Lgs. 23 gennaio 2002, n. 10, ha ulteriormente modificato in modo rilevante il contesto normativo, ed il regime di efficacia sostanziale e probatoria del documento informatico. Esso è stato ora ulteriormente modificato proprio quanto ai tipi di firma elettronica ed alla loro efficacia dalle disposizioni del D.P.R. 7 aprile 2003, n. 137.

Vedi sull'argomento C.M. BIANCA, *I contratti digitali*, in *Studium juris*, 1998, p. 1035 ss. Cfr. inoltre F. DELFINI, *Il D.P.R. 513/97 e il contratto telematico*, in *I contratti*, 1998, p. 293; Id., *Contratto telematico e commercio elettronico*, Milano, 2002; G. GRISI, *La frontiera informatica*

tura delle cose² riprende il sopravvento.

Per imporre il proprio modello ai comportamenti infatti non basta l'autorità, ci vuole efficacia. Che per la legislazione significa anzitutto chiarezza e certezza del modello adottato, e poi corrispondenza allo scopo. Lo scopo era di inserire efficacemente nel sistema degli strumenti tradizionali di esercizio dell'autonomia privata i nuovi mezzi offerti dall'elettronica, dall'informatica, dalla telematica, e soprattutto dalla loro combinazione. Alle leggi si offrivano due vie.

Consapevole della novità del mezzo, e delle sue specificità, il legislatore avrebbe potuto anzitutto dettare esplicitamente per il documento informatico nuove regole³, sulla forma e sulla prova, pensate appositamente. Nuove regole pur sempre coerenti con l'impianto del codice; ma anche con le specialità dello strumento. Sarebbe stato per esempio possibile individuare nuove tipologie di efficacia probatoria, magari intermedie rispetto a quelle del codice, ma giustificate dalle particolarità del caso⁴.

L'oscillante disciplina della materia è stata invece sinora dominata dalla preoccupazione dell'equivalenza. Ha cioè seguito nelle sue successive redazioni, anche quando ha ripensato le soluzioni inizialmente adottate, un'altra via: istituire equivalenze tra le diverse tipologie di documento informatico e le tipologie di documento scritto ritenute corrispondenti. Ma resta appunto il sospetto

della contrattazione a distanza, in *Europa e diritto privato*, 1998, p. 885 ss.; G. COMANDE, S. SICA, *Il commercio elettronico*, Torino, 2001; C. VACCA, *Il commercio elettronico*, Milano, 1999; R. CLARIZIA, *Il commercio elettronico: gli aspetti giuridici generali e le problematiche contrattuali*, in *Riv. not.*, 1999, I, p. 1437 ss.; E.M. TIPODI, F. SANTORO, S. MESSINEO, *Manuale di commercio elettronico*, Milano, 2000; T. BALLARINO, *Internet nel mondo della legge*, Padova, 1998; P. PICCOLI, G. ZANOLINI, *Il documento elettronico e la firma digitale*, in *I problemi giuridici di Internet*, a cura di E. Tosi, Milano, 1999; T. PASQUINO, *La vendita attraverso reti telematiche: profili civilistici*, in *Dir. inf. Informatica*, 1990, p. 697 ss.; E. GIANNANTONIO, *Manuale di diritto dell'informatica*, Padova, 1997; A.M. GAMBINO, *L'accordo telematico*, Milano, 1997; G. FINOCCHIARO, *La firma digitale*, in *Comm. Cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Libro VI, *Tutela dei diritti*, artt. 2699-2720, Bologna-Roma, 2000; G. PASCUZZI, *Il diritto fra tomi e bit: generi letterari e ipertesti*, Padova, 1997; C.F. SARZANA DI SANT'IPPOLITO, *Profilo giuridici del commercio via internet*, Milano, 1999; nonché E. SANTANGELO, M. NASTRI, *Firme elettroniche e sigilli informatici*, in *Diritto dei consumatori e nuove tecnologie*,

a cura di F. Bocchini, II, Torino, 2003, p. 243 ss.; M.C. ANDRINI, *Forma contrattuale, formalismo negoziale e documentazione informatica*, in *Contratto e impresa*, 2001, p. 134 ss.; A. GENTILI, *Documento informatico e tutela dell'affidamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, II, p. 163; *Id.*, *L'inefficacia del contratto telematico*, *ivi*, 2000, I, p. 747.

² Per « natura delle cose » intendo non la natura dei concetti giuridici, che — oltretutto — in questo caso sono ancora da consolidare (e comunque non hanno altra natura che le opzioni dell'interprete), né tantomeno una (insostenibile) valenza normativa dei fatti (in tema, per tutti, M. BARBERIS, *Filosofia del diritto*, Bologna, 1993, p. 40 s.), ma, semplicemente, la piega che i comportamenti degli interessati tendono a prendere quando il diritto non sa fornire, o non sa imporre, modelli efficienti.

³ Regole, cioè, che indicassero espressamente, e non per *relationem* ai tipi documentali considerati nel codice, gli effetti dei tipi di documento informatico.

⁴ Il lettore constaterà dal procedere del discorso che questo *non* è quello che il legislatore ha inteso fare, come si spiega nel capoverso successivo del testo, ma potrebbe essere quello che ha fatto.

che la forza delle cose⁵, sempre in agguato dietro le lacune e ambiguità delle leggi, stia consumando la sua ribellione; e che dall'interpretazione di testi non sempre inequivoci, sia uscita in concreto una diversa soluzione. Una soluzione non del tutto fedele alla affermata equivalenza dei tipi informatici con i corrispondenti tipi convenzionali e non del tutto scevra da quella aderenza invece alle particolarità dello strumento, che sembrava scarsamente considerata dall'opera legislativa.

Non però una soluzione eversiva. Viene in mente a rovescio il celebre aneddoto sul triste risveglio di Luigi XVI la mattina del 15 luglio 1789. Se ci si chiede se contro l'improvvido legislatore si stia consumando una rivoluzione, si può rispondere che no, è solo una piccola rivolta. Che — tuttavia — l'ennesima riforma, quarta ondata nell'arco di pochi anni, contenuta nel D.P.R. n. 137 del 2003 non sembra aver represso, non avendo neppure essa realizzato l'effettiva corrispondenza di ciascun tipo di documento informatico a quello convenzionale di cui volta a volta si richiama la disciplina.

D'altronde, non è detto che l'esatta determinazione degli effetti sostanziali e probatori dei nuovi tipi documentali dovesse o potesse essere un diretto risultato dell'opera legislativa, e non piuttosto della giurisprudenza pratica e teorica. Verrebbe anzi da dire che il diritto è una cosa troppo seria per lasciarlo fare ai legislatori⁶. Tuttavia, poiché il parallelo fra documentazione convenzionale e documentazione informatica è appunto la via seguita dalla legge, esso sembra essere anche un buon metodo per impostare la verifica dell'intenzione legislativa e dei suoi concreti risultati. E perciò sarà qui seguito, individuando ed analizzando separatamente le singole diverse corrispondenze tra tipi di documento informatico e tipi convenzionali.

2. I DUE SCOPI DELLA DOCUMENTAZIONE: LA FORMA E LA PROVA.

Tradizionalmente sotto il nome di documentazione si individua l'attività che, attribuendo ad una cosa una capacità rappresentativa, ne fa un documento⁷. Come ogni attività, anche la documen-

⁵ In particolare la capacità del documento informatico sottoscritto con firma digitale di dare sicurezza circa la paternità della scrittura e la autenticità del contenuto poco si concilia con l'equivalenza alla scrittura privata — che eguale sicurezza non da — disposta dalle leggi (*amplius infra*).

⁶ La battuta scherzosa ha una base concettuale nella moderna teoria generale: il legislatore pone solo i testi delle disposi-

zioni; tocca agli interpreti ricavarne norme. E sono queste, non quelle, che si applicano.

⁷ La disciplina di diritto privato del documento è contenuta nelle norme del codice civile sulla prova documentale (artt. 2699-2720 c.c.). Su tutto ciò, in generale, V. DENTI, *Prova documentale (diritto processuale civile)*, in *Enc. del dir.*, XXVII, Milano, 1988, p. 579; L.P. COMOGLIO, *Le prove*, in *Trattato di dir. priv.*, diretto

tazione si caratterizza per il suo soggetto, per l'oggetto, e per lo scopo.

Del soggetto basterà qui ricordare che non si tratta sempre del protagonista del fatto rappresentato, e quindi della parte del rapporto. Autore del documento può infatti essere un terzo, ed in particolare un terzo che in ciò intervenga nell'esercizio di uno specifico ufficio, e quindi con particolari poteri di certazione. La specialità della documentazione informatica ci propone in questo campo un'assoluta novità. Nel documento informatico con firma elettronica che di fatto — come talvolta accadrà — sia confezionato da un terzo su istanza e conformemente alla volontà del dichiarante, si manifesta infatti una nuova figura, di «dichiarante materiale» distinto da chi dichiara giuridicamente. Una figura da non confondere con quelle note del rappresentante o del *nunciatus*, perché nel caso qui considerato non necessariamente si fa apparire l'alterità soggettiva del dichiarante in senso materiale rispetto al dichiarante in senso giuridico. Ma che potrà riproporre problemi analoghi nelle ipotesi patologiche⁸.

Con l'oggetto ci si riferisce, contemporaneamente, alla cosa sulla quale viene impressa la capacità significante ed al significato. Ma qui la «cosa» ha la caratteristica di essere effimera, perché priva di separata fruibilità e di durevolezza al di fuori del sistema della rete. Il che può rappresentare un motivo di *deminutio* della sua capacità documentale. Per converso, però, essa ha anche la carat-

da P. Rescigno, XIX, Torino, 1985, p. 261 ss.; E. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, II, Milano, 1984, p. 113 ss.; S. SATTA, C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova, 1996, p. 189 ss.; G. VERDE, *Prova documentale I) dir. proc. civ.*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma, 1991, p. 1 ss.

Per gli studi di diritto sostanziale v. D. DI SABATO, *Il documento contrattuale*, Milano, 1997; C. ANGELICI, *Documentazione e documento, I) dir. civ.*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989; N. IRTI, *Sul concetto giuridico di documento*, in *Studi sul formalismo negoziale*, cit., p. 159.

Tra le principali trattazioni generali che sono alla base dell'elaborazione dei concetti di documentazione e documento v. A. CANDIAN, *Documentazione e documento*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 579 ss.; P. GUIDI, *Teoria giuridica del documento*, Milano, 1950; L. CARRARO, *Il diritto sul documento*, Padova, 1941; e soprattutto i molteplici e decisivi interventi di F. CARNELUTTI, *La prova civile*, 2° ed., Roma, 1947, p. 180 ss.; Id., *Teoria del falso*, Padova, 1935, p. 138 ss.; Id., *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, p. 370 ss.; Id., *Documento e negozio giuridico*, in *Riv. dir.*

proc. civ., 1926, I, p. 181 ss.; Id., *Documento (Teoria moderna)*, in *Nss. D.I.*, VI, Torino, 1960, p. 85 ss.; nonché per qualche aspetto N. IRTI, *La ripetizione del negozio giuridico*, Milano, 1970, p. 74 ss.

Per quanto concerne il documento informatico: G. FINOCCHIARO, *Documento elettronico*, in *Contratto e impresa*, 1994, p. 433; F. RICCI, *Aspetti processuali della documentazione informatica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, p. 863; A. GENTILI, *Documento informatico e tutela dell'affidamento*, cit.

⁸ Che al caso andranno ragionate tenendo conto della loro realtà. Ma pare molto improbabile, in base ai principi vigenti, che il titolare della firma elettronica possa opporre al destinatario della dichiarazione divergenze di qualunque sorta che non fossero essenziali e riconoscibili. E mancando la *contemplatio domini*, anzi — meglio — l'evidenza e la conoscenza dell'alterità soggettiva del dichiarante materiale, da parte del destinatario — salva la prova della sua mala fede — mi pare andranno applicate più le regole sull'errore che quelle sull'abuso del rappresentante.

teristica di esulare dal fenomeno dell'*autografia*, che per le sue caratteristiche materiali non può riguardarla, e anche questo influisce — non necessariamente in senso negativo — sulla sua capacità documentale.

Ma la distinzione davvero rilevante ai fini del discorso è quella relativa allo scopo. L'attività di documentazione può dirigersi infatti a due distinti scopi giuridici. Rispetto ai quali valgono, per esigenze diverse, regole diverse.

Il primo è quello della costituzione dei rapporti giuridici; o anche — con un'espressione invalsa nell'uso — della produzione di effetti giuridici. Il documento è infatti anzitutto un mezzo di manifestazione della volontà, un modo efficace di rendere evidente e percettibile il testo delle regole di cui si vuole o si propone l'adozione. Si tratta dunque, nella prospettiva del documento, degli effetti costitutivi dell'attività di documentazione. E l'area fenomenologica interessata è quella della *forma*⁹.

Il secondo è quello della dimostrazione dei rapporti giuridici. Il documento rende infatti certo e durevole il testo regolamentare adottato, e consente perciò di dimostrarne l'adozione e il senso. Si tratta dunque, sempre nella prospettiva del documento, degli effetti di certezza legale connessi all'attività di documentazione. E l'area fenomenologica interessata è quella della *prova*¹⁰.

Rispetto ad entrambi questi scopi occorre distinguere però le opportunità pratiche di esternazione e dimostrazione dalle necessità giuridiche. Nell'orizzonte tradizionale, come si sa, la necessità del documento copre soltanto una parte sia dell'attività costitutiva che dell'attività probatoria. In molti casi i rapporti giuridici possono essere costituiti regolati o estinti anche con atti compiuti *re o verbis*, mentre il documento viene in considerazione soltanto per le attività compiute *litteris*. Allo stesso modo, la testimonianza, la

⁹ Si vedano in particolare per una sintesi sul formalismo negoziale: A. LISERRE, *Forma degli atti*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1999, p. 1 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di dir. priv.*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2001, p. 217 ss.; N. IRTI, *La rinascita del formalismo e altri temi*, in *Studi sul formalismo negoziale*, Padova, 1997; A. LISERRE, A. JARACH, *Forma*, in *Trattato di dir. priv.*, diretto da M. Besone, XIII, III, Torino, 1999, p. 395 ss.; A. PALAZZO, *Forme del negozio giuridico*, in *Dig. discip. priv.*, sez. civ., VIII, Torino, 1992, p. 442; G.B. FERRI, *Forma e autonomo ia negoziale*, in *Quadrimestre*, 1987, p. 313; A. ORMANI, *Forma del negozio giuridico*, in *Nov.mo Dig. it.*, VII, Torino, 1961, p. 555 ss.; M. GIORGIANNI, *Forma degli atti (dir. priv.)*, in *Enc. del dir.*,

XVII, Milano, 1968, p. 989 ss.; sull'incidenza del profilo formale nella qualificazione dell'atto vedi invece G. CIAN, *Forma solenne e interpretazione del negozio*, Padova, 1969. Per il campo qui in esame L.V. MOSCARINI, *Formalismo negoziale e documento informatico*, in *Studi Rescigno*, V, Milano, 1998, p. 1045.

¹⁰ S. SATTÀ, C. PUNZI, *op. cit.*, pp. 189 ss.; G. VERDE, *op. cit.*, *passim*; V. DENTI, *op. cit.*, p. 713; V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979, p. 685 ss.; Id., *Commento al codice di procedura civile*, II, Napoli, 1957, p. 679 ss.; F. CARNELUTTI, *Documento e negozio giuridico*, cit., p. 181 ss.; Id., *La prova civile*, rist., cit., *passim*; Id., *Sistema di diritto processuale civile*, II, Padova, 1936, p. 691 ss.

confessione, l'ispezione, il comportamento processuale sono validi mezzi di prova non documentali, contrapposti alle varie forme (riproduzioni meccaniche, telegrammi, carte e registri, tacche, scritture private, atti pubblici) di prove documentali.

Il codice concentra nella tipologia di ciascun documento l'individuazione dei suoi propri effetti sostanziali (quando vi sono) e probatori. Si definiscono così, principalmente, le nozioni di documento non sottoscritto, scrittura privata, atto pubblico¹¹. Sostrato comune, la scrittura; che assomma oggettività materiale e semantica, ed è per ciò capace di soddisfare tutte le esigenze irrinunciabili della documentazione: significare fatti o regole secondo un codice socialmente riconoscibile, attraverso strumenti durevoli.

Effimero, espresso in un linguaggio altamente tecnico (sebbene capace di simulare quello usuale), il documento informatico nonostante le sue vaste possibilità di impiego pratico di per sé non sembra poter assumere, neppure nei casi di libertà di forma, il ruolo giuridico dei documenti convenzionali. Non si rivela perciò alcuna diretta equivalenza tra le due specie. Sicché non sarebbe stata possibile — per esempio — una semplice (sebbene ampia) operazione di estensione analogica al tipo informatico delle disposizioni già in vigore sul tipo documentale scritto (che successivamente il legislatore ha dichiarato) corrispondente, per renderne operante l'efficacia giuridica, sostanziale e probatoria. Inoltre, in rapporto ai casi in cui l'effetto costitutivo, o la certezza legale, dipendono dall'adozione e dal rispetto di precise forme, imposte dalla legge, solo l'equiparazione *ex lege* può rendere una nuova tipologia formale (per esempio: il documento informatico con un certo genere di « firma » elettronica) capace di soddisfare anch'esso la prescrizione legale di forma e così produrre anch'esso gli effetti probatori o sostanziali che la legge ha riservato alla forma prescritta.

È dunque soltanto attraverso correttivi logici che certe sue inadeguatezze fisiche possono essere corrette. Ed è soltanto attraverso un'opzione del legislatore che la sua rilevanza giuridica può essere asseverata, e talora estesa agli ambiti del formalismo negoziale e probatorio. La tecnica ha fornito i correttivi. La scelta del legislatore europeo il principio di rilevanza¹².

¹¹ « Il legislatore del 1942 ha dato prevalentemente rilievo a due figure principali di documento — il documento pubblico e la scrittura privata —, prevedendo anche altre forme sicuramente meno significative. La prassi ha poi evidenziato non poche lacune nella disciplina positiva, quando ha posto l'accento sui documenti che, secondo il comune sentire o per ovvie esigenze di conve-

nienza o per l'influsso delle rapide ed imprevedibili innovazioni tecnologiche, non sembrano trovare idonea regolamentazione in alcuno degli istituti espressamente previsti dalla legge ». G. VERDE, *op. cit.*, p. 1.

¹² È noto che il legislatore europeo intende favorire lo sviluppo della « società dell'informazione » per il potenziamento del mercato unico europeo.

3. LA VICENDA LEGISLATIVA E I CINQUE TIPI DI DOCUMENTO INFORMATICO.

Sino a pochi mesi fa, la disciplina nazionale confluita nel D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445 (T.U. delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa) esprimeva l'adattamento all'ordinamento interno della scelta giuridica europea¹³ e delle regole tecniche per ora consolidate¹⁴. In base ad essa possono ricapitolarsi agli effetti sostanziali e probatori quattro tipi di documento informatico, per tale intendendo, secondo la definizione dell'art. 1, lett. b) del T.U., la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti: 1) il documento informatico sprovvisto di firma; 2) il documento informatico con firma elettronica (non qualificata, o come in seguito per brevità si dirà, semplice); 3) il documento informatico con firma elettronica qualificata, con particolare riguardo, dato lo sviluppo legale preesistente, al suo tipo digitale; 4) il documento informatico con firma digitale autenticata. Ragioni logiche inducono ad aggiungere un quinto tipo, astrattamente concepibile, ma non adottato dal legislatore: l'atto pubblico informatico.

Su questo quadro — non ancora chiaro, e già oggetto di dissensi interpretativi in dottrina; la giurisprudenza ovviamente non ha per ora avuto il tempo di pronunciarsi — sono intervenute ora le disposizioni del D.P.R. 7 aprile 2003, n. 137, *Regolamento recante disposizioni di coordinamento in materia di firme elettroniche a norma dell'art. 13 del decreto legislativo 23 gennaio 2002, n. 10*. I suoi diciassette articoli sono quasi interamente dedicati a modifiche delle disposizioni del citato T.U.

Da esse viene soprattutto integrata con l'inserzione dei diversi generi di firme elettroniche la disciplina previgente. Ma ne esce mutato in modo non marginale anche il sistema di attività negoziali e probatorie attraverso atti informatici. Si cerca perciò di darne qui conto, nei paragrafi seguenti, prendendone spunto per un primo riordino della mutevole materia attraverso la separata considerazione delle diverse tipologie documentali.

4. IL DOCUMENTO PRIVO DI FIRMA.

Il primo e più semplice tipo che si incontra nelle nostre leggi attuali è il documento informatico non sottoscritto¹⁵.

¹³ Ma non ancora quanto alla firma elettronica ed alle sue tipologie, che come detto (*supra*, nt. 2) hanno avuto regolamentazione posteriore.

¹⁴ G. COMANDÉ, S. SICA, *Il commercio*

elettronico, cit., p. 149 ss.; E. SANTANGELO, M. NASTRI, *op. cit.*, p. 254 ss.; F. DELFINI, *Contratto telematico e commercio elettronico*, cit., p. 51 ss.

¹⁵ Secondo Cass. 6 dicembre 2001,

Di esso occorre anzitutto escludere la rilevanza agli effetti costitutivi. E ciò in base ai principi ordinari applicati coerentemente al caso. L'impossibilità di imputazione all'autore — che è invece condizione dell'autonomia privata — e l'intangibilità del terzo (cui possa essere accidentalmente riferibile il senso) escludono infatti la produzione di effetti sostanziali. Sicché la validità e rilevanza a *tutti* gli effetti di legge, che si legge nel 1 comma dell'art. 8 del T.U.¹⁶, è una formula ridondante, intesa a dare un recepimento a parole alla prescrizione della direttiva 1999/93/CE relativa ad un quadro comunitario per le firme elettroniche, che nell'art. 5, secondo comma, proibisce di considerare invalida e irrilevante giuridicamente la semplice firma elettronica.

La formula del resto ridiviene concreta agli effetti probatori. Recependo un risultato acquisito della giurisprudenza¹⁷, e correggendo — nella revisione dell'originario art. 10 del T.U. resa necessaria dal recepimento della Direttiva 1999/93 sulle firme elettroniche — una previsione infelice previgente, l'attuale art. 10, 1 comma, T.U., così come riformulato dal D.Lgs. 23 gennaio 2002, n. 10¹⁸, riconosce al documento informatico consistente nella mera registrazione di dati su supporto elettronico l'efficacia probatoria delle registrazioni meccaniche (art. 2712 cod. civ.). Ciò significa la piena prova dei fatti rappresentati, se colui contro cui è prodotto il documento non ne disconosce la conformità¹⁹.

n. 11445 in *Rep. Foro it.*, 2001, *Lavoro (rapporto)*, 3890, n. 1377, (nonché in *Guida al dir.*, 2001, fasc. 49, p. 61, con nota di P. RICCHIUTO e S. RICCHIUTO): «I documenti informatici privi di firma digitale vanno ricondotti tra le riproduzioni fotografiche o cinematografiche, le registrazioni fonografiche e, in genere, ogni altra rappresentazione meccanica di fatti di cose, la cui efficacia probatoria è disciplinata dall'art. 2712 c.c., con la conseguenza che, anche per essi, il disconoscimento della loro conformità ai fatti rappresentati non ha gli stessi effetti del disconoscimento della scrittura privata, prevista dall'art. 215, comma 2, c.p.c. perché, mentre quest'ultimo, in mancanza di richiesta di verifica e di esito positivo di questa, preclude l'utilizzazione della scrittura, il primo non impedisce che il giudice possa accertare la conformità all'originale anche attraverso altri mezzi di prova, comprese le presunzioni». Sull'argomento vedi F. DELFINI, *op. cit.*, p. 58 ss.

¹⁶ Innovato dal D.P.R. n. 137, ma non su questo punto.

¹⁷ Sempre Cass. 6 dicembre 2001, n. 11445, *cit.*, stabilisce che «In tema di licenziamento per giusta causa, i dati forniti

da un sistema computerizzato di rilevazione e documentazione possono costituire, ai sensi dell'art. 2712 c.c. e dell'art. 5, 2° comma, D.P.R. 10 novembre 1997 n. 513, prova del fatto contestato, ove sia accertata la funzionalità del sistema informatico e le risultanze di esso possano assurgere a prova presuntiva congiuntamente a circostanze esterne ad esso, altrimenti provate». Sull'argomento F. DELFINI, *op. cit.*, p. 58 ss.

¹⁸ Questo è appunto il decreto di recepimento della direttiva appena citata nel testo. Di tale disposizione nessuna modifica è stata ora disposta da parte del D.P.R. n. 137.

¹⁹ La norma espressa nell'art. 2712 c.c. è suscettibile di interpretazione evolutiva (L.P. COMOGLIO, *Le prove, cit.*, 1985, p. 291). Così, nel tempo vi sono state ricomprese le registrazioni magnetofoniche (Cass. 10 ottobre 1967 n. 2386, in *Foro it.*, 1968, I, p. 468), anche di telefonate registrate all'insaputa dell'altro interlocutore (Cass. 11 dicembre 1993 n. 12206, in *Rep. Foro it.*, 1995, *Prova civile in genere*, 5300, n. 26). Il disconoscimento di tali riproduzioni si traduce in una contestazione della conformità della copia stessa all'ori-

Come si sa, il disconoscimento previsto dall'art. 2712 cod. civ., concernendo fatti e non regole, non preclude al giudice di utilizzare liberamente il documento, apprezzandone l'attendibilità, per formare il proprio convincimento²⁰. Altrettanto vale dunque — e qui la corrispondenza è perciò effettiva — per il documento informatico non firmato²¹.

Se ci si chiede, in un'ottica pragmatica, quale ambito di impiego il tipo presumibilmente avrà, si può presumerne l'idoneità per le carte e registri domestici (art. 2707 cod. civ.), o per le annotazioni liberatorie del creditore (art. 2708 cod. civ.), e più in generale ogni annotazione di fatti o dati non di carattere negoziale²².

5. IL DOCUMENTO INFORMATICO CON FIRMA ELETTRONICA SEMPLICE.

Il secondo tipo da considerare è il documento informatico con firma elettronica (semplice)²³.

ginale, equiparabile ad un'ordinaria eccezione, deducibile nel corso dell'intero giudizio di merito (in primo grado o in appello) e tale da escludere la possibilità della sua utilizzazione (Cass. 11 agosto 1987, n. 6881, in *Rep. Foro it.*, 1987, *Prova documentale*, 5310, n. 27; in dottrina E. LIEBMAN, *Manuale*, cit. II, p. 120).

²⁰ È opinione consolidata (cfr. U. NATOLI e R. FERRUCCI, *Della tutela dei diritti*, in *Comm. Del cod. civ.*, 2 ed., Torino, 1971, p. 368; V. ANDRIOLI, *Dir. proc. civ.*, cit., I, p. 695) che il disconoscimento della riproduzione non consenta di utilizzarla come prova legale, ma che il giudice possa liberamente apprezzarne l'efficacia rappresentativa: opinione solo di recente contrastata da chi ha ritenuto possibile assimilare la situazione della riproduzione meccanica disconosciuta a quella della scrittura privata disconosciuta, notoriamente priva di qualsiasi efficacia probatoria (L. MONTESSANO, *Sul documento informatico come rappresentazione meccanica nella prova civile e nella forma negoziale*, in *Riv. dir. proc.*, 1987, p. 1 ss., p. 8) ».

²¹ A differenza di quanto vale invece per il documento informatico con firma elettronica, equiparato — come tra poco vedremo — alla scrittura privata. Alla quale, come noto, sia il riconoscimento — espresso o tacito — che la verifica — in caso di disconoscimento — attribuiscono una efficacia probatoria contro il dichiarante enfaticamente equiparata dalla giurisprudenza a quella dell'atto pubblico. Mentre il disconoscimento non preclude in-

tegralmente la rilevanza. Nei confronti dei terzi invece si torna al libero apprezzamento giudiziale.

²² Nella categoria delle carte e dei registri domestici mancanti di sottoscrizione si fanno rientrare sia i carteggi contabili ed i registri di famiglia tenuti dai privati cittadini, sia le scritturazioni contabili degli enti privati che non esercitano attività commerciale (L.P. COMOGLIO, *Le prove*, cit., p. 285). Per quanto riguarda l'efficacia probatoria, le carte ed i registri domestici forniscono solo elementi di prova libera, purché ne venga accertata la provenienza, suscettibili di essere efficacemente contrastati da qualsiasi altra prova di opposto tenore (L.P. COMOGLIO, *Le prove*, cit., p. 286). Le annotazioni del creditore fatte in calce, a margine o a tergo di un documento in suo possesso costituiscono, una volta accertata la provenienza (Cass. 11 gen. 1968 n. 64, in *Giur. It.*, 1969, I, 1, p. 137), prova libera contro quest'ultimo (L.P. COMOGLIO, *op. cit.*, loc. ult. cit.); ma allorché su di una scrittura a stampa siano state apposte annotazioni manoscritte, colui che vuole servirsi del documento non può avvalersi delle sole parti a lui convenienti, respingendo le altre a lui pregiudizievoli.

²³ Vale a dire — secondo la definizione dell'art. 2 comma primo, lett. a), del D.Lgs. n. 10/2002, *l'insieme dei dati in forma elettronica, allegati oppure connessi tramite associazione logica ad altri dati elettronici, utilizzati come metodo di autenticazione informatica*.

Agli effetti costitutivi l'art. 10, 2 comma, prima parte, del T.U. dispone l'equiparazione alla forma scritta (...*soddisfa il requisito legale...*) tipica del documento convenzionale. Considerata quell'equiparazione in astratto, verrebbe spontaneo concludere che il tipo di documento in discorso sia allora da equiparare alla versione più semplice di documento tradizionale, riconoscibile nella scrittura privata (non autenticata). Se così fosse, salvi i limiti probatori (di cui poi si dirà), lo strumento sembrerebbe capace, se conforme alle regole tecniche²⁴ richiamate nell'art. 8, 2 comma, del T.U. (contenute nel D.P.C.M. 8 febbraio 1999, e succ. agg. e modif.: è prevista la revisione biennale) di dar vita a tutti i negozi giuridici, compresi quelli per i quali la legge pretende la forma scritta, salvo che sia richiesta quella solenne. La conclusione sarebbe invece frettolosa.

In realtà, per quanto concerne i negozi unilaterali e i contratti per i quali la forma scritta non è richiesta dalla legge *ad substantiam* ma che pure possono di fatto venir conclusi per iscritto, la dichiarazione informatica con firma elettronica (semplice) può effettivamente essere un mezzo. Il requisito di efficacia voluto dall'art. 1334 cod. civ. per gli atti unilaterali recettizi (pervenire alla conoscibilità da parte del destinatario) è infatti specificamente fornito dalle nuove leggi: l'art. 14, 1 comma, T.U. considera il documento informatico *pervenuto se trasmesso all'indirizzo elettronico dichiarato* (e, oggi, la riconosciuta validità della firma elettronica semplice consente finalmente di sottoscrivere così l'elezione di domicilio, che come si sa, per l'art. 47 cod. civ. deve farsi per iscritto; finora tale adempimento sulla rete avrebbe richiesto la firma digitale). In particolare, per quanto concerne atti e negozi unilaterali, va segnalato che la legge cita espressamente il caso dei libri dell'imprenditore²⁵. Ma si potrebbe tranquillamente aggiungere, con anche maggior rilievo, tutta la casistica di informazioni preventive per iscritto, che il moderno diritto europeo dei contratti dei consumatori, a distanza, e del commercio elettronico, impone al professionista e al fornitore di servizi della società dell'informazione²⁶. E naturalmente altri impieghi in altri casi di libertà di forma.

Diverso è invece il discorso per quanto riguarda i contratti che richiedono la forma scritta. Per questi è la stessa nuova normazione

²⁴ Per le regole tecniche valevoli per le pubbliche amministrazioni valgono ora le competenze stabilite dall'art. 3 del D.P.R. n. 137.

²⁵ Art. 10, secondo comma, parte finale, del T.U., come riformulato dall'art. 6 del D.Lgs. n. 10.

²⁶ La comunicazione con firma elettronica semplice sarà dunque il mezzo, per esempio, per dare, e al caso dimostrare

di aver dato, quelle informazioni preventive che l'art. 3 del D.Lgs. 22 maggio 1999, n. 185, impone al professionista di fornire al consumatore, e che sarebbe perlomeno pericoloso dare in modi che non lascino traccia e non consentano prova liberatoria, ma sarebbe ridondante dare nelle forme complesse del documento informatico con firma elettronica qualificata (in pratica digitale).

ad escludere gli effetti sostanziali del tipo di documento in discorso. Già l'art. 11, 1 comma, T.U. affermava la validità dei contratti informatici e telematici *stipulati mediante l'uso della firma digitale*. Ora in effetti quella disposizione è stata riformulata: l'art. 4 del D.P.R. n. 137/2003 sostituisce alla menzione della firma digitale quella della *firma elettronica qualificata*. Ma la correzione conferma la sostanza: il legislatore riserva ai documenti informatici resi « sicuri » dal tipo di « sottoscrizione » elettronica più complesso, la possibilità di produrre effetti negoziali, quando questi sono subordinati alla forma scritta. Infatti, se è ancora vero che *ubi voluit dixit*, e che *inclusio unius exclusio alterius*, ciò esclude proprio che, per questi contratti, sia dal documento informatico con firma elettronica (semplice) soddisfatto il requisito legale della forma scritta (come afferma invece, avventatamente, il citato art. 10, 2 comma).

Contro la conclusione si potrebbe solo invocare l'elevato tasso di illogicità di tutto l'art. 11 del T.U. Che nel secondo comma detta una norma comicamente inutile, disponendo l'applicazione ai contratti informatici e telematici delle disposizioni sui contratti negoziati fuori dai locali commerciali. Inutile, perché per loro natura quando stipulati con un imprenditore da un consumatore che, se si vale del mezzo, evidentemente non è nei locali commerciali, e comunque contratta a distanza, essi sono già destinati all'applicazione delle disposizioni sui contratti negoziati fuori dai locali commerciali e comunque dalle disposizioni sulla contrattazione a distanza, che inglobano quelle di cui si dispone l'applicazione. E comica, perché introducendo il libero recesso (tipico della legge richiamata) in tutti i contratti informatici e telematici, dei consumatori e tra imprese, e dunque anche in quelli tra due imprese, darebbe la stura a transazioni commerciali « ripensabili » *ad libitum* entro sette giorni anche dai due imprenditori stipulanti. Ma ciò non vale tanto a mettere in dubbio la conclusione, quanto la fede nel legislatore.

Agli effetti probatori, l'art. 10, 2 comma, secondo periodo, del T.U.²⁷, trascinato dal legislatore europeo, che nella Direttiva 1999/93 (art. 5, 2 comma) impone agli Stati membri di non considerare inefficace e irrilevante il documento informatico con firma elettronica semplice, ne statuisce il libero apprezzamento in giudizio (...è liberamente valutabile, tenuto conto delle sue caratteristiche oggettive di qualità e sicurezza)²⁸.

Con questa scelta le cose ai fini della logica dell'equiparazione si ingarbugliano. La scrittura privata convenzionale — cui il docu-

²⁷ Come riformulato dall'art. 6 del D.Lgs. 23 gennaio 2002, n. 10, e non toccato ora dal D.P.R. n. 137/2003 cit.

²⁸ E il comma 4 del cit. art. 10 T.U. ri-

formulato proibisce di disattendere a fini probatori solo perché la firma è elettronica ma non qualificata.

mento elettronico con firma elettronica semplice è di massima equiparato, ma finora con una *deminutio* agli effetti sostanziali — se disconosciuta perde la virtù probatoria, salvo verifica. Invece il documento informatico con firma elettronica semplice non trova un giudice misoneista, o circostanze avverse, può anche mantenerla. Così mentre la sua « equiparata » rilevanza è in realtà diminuita agli effetti sostanziali, è invece aumentata a quelli probatori.

Si pongono poi problemi di riempimento coerente delle lacune. In particolare: il giudice che può apprezzare positivamente, anche contro il disconoscimento della controparte, l'attendibilità di questo tipo di documento, può anche « liberamente valutando » disattenderlo quando la controparte non lo riconosca ma neppure lo disconosca? Si potrebbe supporre di sì, argomentando dal fatto che la legge vuole si tenga conto delle sue caratteristiche di qualità e sicurezza. Al giudice potrebbe sembrare, anche quando *questa* eccezione non sia sollevata dalla controparte, che il documento, necessario alla prova, non le abbia. Ma si potrebbe anche supporre di no, considerando che il principio dispositivo di massima proibisce al giudice di considerare eccezioni non sollevate e non rilevabili d'ufficio; e che se veramente si equipara la scrittura privata informatica a quella convenzionale questo è allora — per questo aspetto — l'esito corrispondente. Certo, se invece questa prova è liberamente apprezzabile, allora non si richiede eccezione sul punto per disattenderla. Ma se così è, vuol dire che il legislatore ha declamato di equipararla alla forma scritta, ma non l'ha fatto, perché questa scrittura privata informatica non necessita di disconoscimento di parte per essere disconosciuta dal giudice, come invece la sua pretesa omologa convenzionale.

6. IL DOCUMENTO INFORMATICO CON FIRMA ELETTRONICA QUALIFICATA (E IN SPECIE DIGITALE).

Il terzo tipo esistente, il più formalizzato, è il documento informatico con firma elettronica qualificata, di cui quella digitale è oggi una specie²⁹.

Agli effetti costitutivi la sua efficacia era resa inequivoca, sempre in termini di equiparazione dall'art. 23, 2 comma, e dal citato art. 11, 1 comma, del T.U. Il D.P.R. n. 137, riformulando l'art. 23 cit., non ha riprodotto tale secondo comma, e quindi la dichiarazione di equivalenza alla sottoscrizione prevista per i documenti cartacei. L'art. 11 invece, nella sostanza è rimasto immutato, la

²⁹ Cfr. ora l'art. 1, primo comma, lett. n), del D.P.R. n. 137.

modifica riducendosi a dire *firma elettronica qualificata* dove prima si diceva *firma digitale*.

Ne deriva che i contratti informatici e telematici con firma elettronica qualificata sono tuttora validi e rilevanti a tutti gli effetti di legge. Non si vede infatti quale altro senso dare alla normativa modificativa, se non quello stesso che si dava al testo modificato: il significato attuale degli artt. 11 e 23 del testo unico, come riformulati, è che il contratto telematico con firma elettronica qualificata è una nuova versione di « scrittura privata », utilizzabile per il traffico giuridico con gli stessi effetti e negli stessi limiti di quella convenzionale³⁰.

Ma il gran problema come si sa è un altro. E riguarda i suoi effetti probatori, che l'art. 10, 3 comma, T.U.³¹ individua nella piena prova, fino a querela di falso, della provenienza della dichiarazione da chi ha sottoscritto il documento. È il problema dell'ammissibilità e degli effetti del disconoscimento, che l'equiparazione alla scrittura privata suppone.

Altri argomenterà il contrario³². A chi scrive sembra che contro la reale equiparazione stessero già³³ e tuttora stiano tre principali argomenti.

Il primo è la natura delle cose; la natura del mezzo ammette l'abuso, ma non il falso: la firma digitale apposta da terzi *invito domino* non è men vera per essere abusiva³⁴. Si può eccepire l'abuso ma non disconoscerla³⁵.

³⁰ In questo stesso senso — se non fraintendo — F. DELFINI, *Il regolamento ex art. 13.1 D.Lgs. 10/2003 in I contratti*, n. 8-9, 2003, p. 831 ss., p. 832. La norma dell'abrogato secondo comma dell'art. 23 del T.U. aveva rilevanza più che altro ai fini probatori (di cui subito appresso nel testo).

³¹ Per aiutare il lettore interessato, chiamato a districarsi fra i ripetuti ripensamenti del volubile legislatore, ripeto che esso è stato interamente riformulato dal D.Lgs. n. 10/2002, ma non è stato toccato dal D.P.R. n. 137/2003.

³² La tesi secondo la quale il documento informatico con firma digitale equivale alla scrittura privata, e quindi deve essere riconosciuto per poter fare piena prova è sostenuta, tra altri, da F. DE SANTIS, *La disciplina del documento informatico. Il commento*, in *Comm. giur.*, 1998, p. 392 ss.; F. FERRARI, *La nuova disciplina del documento informatico*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, p. 144 ss.; L. ALBERTINI, *Sul documento informatico e sulla firma digitale (novità legislativa)*, in *Giust. civ.*, 1998, p. 288. In tal senso ora con ampio esame F. RICCI, *Scritture private e firme elettroniche*, Milano, 2004, p. 32 ss., p. 161 ss.

³³ Sin dal D.P.R. n. 513/1997.

³⁴ Si vorrà considerare che, mentre la sottoscrizione non autografa del documento cartaceo è falsa, la firma digitale apposta da terzi *invito domino* è esattamente la stessa che risulterebbe dalla apposizione da parte del *dominus*: infatti o la procedura di validazione è quella che dev'essere — sebbene effettuata illegittimamente — e allora da come risultato la firma digitale, o non ne risulta nulla.

³⁵ Non si disconosce — infatti — la firma, ma la legittimità dell'apposizione e la sua corrispondenza alla volontà del *dominus*. Si badi che non si tratta neppure di un vizio della volontà: la volontà non c'è affatto, quando c'è l'altrui abuso. Per trovare un caso equivalente nella casistica tradizionale bisogna immaginare un *dominus* che sottoscrive una dichiarazione negoziale (firma autentica, dunque) e — magari perché si riserva la finale decisione — affida il documento sottoscritto ad un fiduciario (o il documento gli viene da esso sottratto) che abusivamente lo fa pervenire, in mancanza o contro la volontà del sottoscrittore, al terzo destinatario.

Il secondo è l'argomentazione orientata alle conseguenze; che il titolare possa sottrarsi a impegni di cui il destinatario non aveva motivo di dubitare, semplicemente disconoscendo e rovesciando sull'altro la prova negativa diabolica del non abuso, è del tutto irrazionale e totalmente in controtendenza rispetto alla voluta rilevanza giuridica dello strumento³⁶.

Il terzo è sistematico: se il documento, come ora dice la legge, fa prova fino a querela di falso, poiché quest'ultima presuppone una scrittura riconosciuta, allora il documento informatico con firma digitale è legalmente considerato come riconosciuto (art. 2702, parte finale, cod. civ.), e quindi il disconoscimento è escluso³⁷.

A questi l'ultima riforma aggiunge un — tenue ma non irrilevante — argomento testuale negativo: quell'equiparazione alla scrittura privata, che faceva supporre possibile secondo la scelta legislativa il disconoscimento, già presente testualmente nel D.P.R. n. 513 del 1997, e che era stata conservata nel T.U., e specificamente nel secondo comma dell'art. 23, come detto ora è abrogata. Se si suppone un legislatore coerente e consapevole, anche questo è un segno a favore dell'idea qui patrocinata.

7. IL DOCUMENTO INFORMATICO CON FIRMA AUTENTICATA.

Un quarto tipo di documento informatico previsto nelle leggi è quello con firma digitale autenticata³⁸.

La sua virtù costitutiva è eguale a quella del tipo con firma qualificata non autenticata: non vi sono infatti nel sistema casi in cui la validità negoziale dell'atto richieda l'autenticazione della firma³⁹.

Dell'efficacia probatoria invece va detto qui subito che anch'essa sfugge ad una piena equiparazione con la scrittura privata autenticata. La sua efficacia è infatti più ampia.

La ragione sta nel fatto che il documento elettronico suscettibile di autenticazione di firma è solo quello con firma digitale. E questo

³⁶ Oltretutto bisognerebbe di fatto ammettere, contro le regole, la facoltà di dare prova per testimoni dell'abuso contro il documento informatico di cui si contesta la firma digitale: che vi sia un altro documento di tal senso è infatti ipotesi irrealistica. Chi ricorre alla firma digitale deve considerarne con i vantaggi i rischi. Una diversa disciplina sarebbe non un incentivo — come la società dell'informazione vuole essere — ma un ostacolo al traffico giuridico. *Contra* F. RICCI, *op. cit.*, p. 158.

³⁷ Alle stesse conclusioni giunge F. DELFINI, *op. ult. cit.*, p. 833. Si potrebbe aggiungere — quarto argomento — che la

tesi qui disattesa, che insistendo sull'idea di corrispondenza alla scrittura privata implica la possibilità di verifica del documento informatico con firma digitale riconosciuta, non è in grado di spiegare in che consisterebbe tale «verificazione»: potrebbe solo proporre un'istruttoria sulla volontà, non sulla firma, ma essa certo non corrisponde al concetto di verifica.

³⁸ Sul modo v. M. MICCOLI, *Così il notaio appone il « sigillo certificato » per autenticare i testi informatici*, in *Guida al diritto*, 1998, n. 13.

³⁹ Il campo di rilevanza dell'autenticazione è, a parte la prova e rimanendo ai profili sostanziali, l'opponibilità.

gli attribuisce, basilamente, la stessa capacità probatoria di tutti i documenti elettronici con firma digitale, a prescindere dall'autenticazione. Per convincersi di questo basta considerare che l'art. 24 del T.U. non ha ricevuto modifiche da parte del D.P.R. n. 137 del 2003. Perciò la previsione della possibilità di autenticazione continua a riferirsi alla sola firma digitale⁴⁰. Quest'ultima, come detto, indipendentemente dalla necessità di un riconoscimento da parte del titolare fa prova dell'autenticità dell'atto e della sua sottoscrizione da parte di colui cui la firma è attribuita, perché, sebbene non autenticata, non è soggetta a disconoscimento in quanto riconosciuta *ex lege*, in considerazione del suo meccanismo di funzionamento. Ne segue che anche il documento elettronico con firma digitale autenticata ha comunque questa capacità probatoria.

Questo è sembrato irrazionale: una sorta di *bis in idem* creato tra tipi diversi. Ciò ha fatto sorgere il dubbio che la corretta interpretazione del sistema normativo sia l'altra, qui scartata. Che cioè non si debba riconoscere al documento elettronico con firma digitale la capacità di provare l'autenticità della sottoscrizione e del contenuto, indipendentemente dalla necessità del riconoscimento dell'autore. E che quella capacità consegua soltanto all'autenticazione della firma digitale. Chi segue questa teoria argomenta infatti che altrimenti si creerebbe un'irrazionale sovrapposizione del documento elettronico con firma autenticata al documento elettronico con firma digitale.

La tesi però a chi scrive non sembra convincente, e l'argomento ora ricordato solo apparente. A prescindere qui dalle altre ragioni che non consentono di interpretare la disciplina della firma digitale così come la interpretano i seguaci di questa teoria, non è vero in realtà che, interpretando come qui si è interpretato, si determini un'irrazionale sovrapposizione tra documento elettronico con firma digitale e documento elettronico con firma (digitale) autenticata, almeno quanto agli effetti probatori. Vi sono infatti effetti probatori derivanti dall'autenticazione — di cui ora si dirà — che vanno oltre quelli cui perviene la firma digitale per se stessa. Se mai una certa sovrapposizione si determina, come ora si vedrà, con il tradizionale atto pubblico, di cui questo tipo recupera qualche caratteristica, realizzando così un'ulteriore tipologia intermedia accanto a quelle già esaminate.

⁴⁰ L'ostacolo tecnico ad una previsione legale della possibilità di autenticare firme elettroniche qualificate ma non digitali, e anche semplici, sta nella sostanziale difficoltà

per il notaio di attestare che la firma che egli constata essere stata apposta all'atto dal soggetto da lui identificato valga ad identificarlo inequivocamente agli occhi dei terzi.

In breve: lo stesso art. 24, 2 comma, T.U. indica lo specifico rilievo e la differenza dal tipo non autenticato: il controllo notarile di uso non abusivo e di legittimità del contenuto⁴¹.

Per queste ragioni, senza negare che ci sia nella scelta legale una certa debolezza dell'impianto sistematico delle tipologie documentali informatiche⁴², non sembra di dover, con un azzardato argomento *a contrariis*, trarre dalla mera previsione del tipo qui in discorso la conclusione che allora la firma digitale non autenticata sia suscettibile di disconoscimento. La differenza data dalla capacità dell'intervento notarile di escludere anche l'abuso — ferma in questo come nell'altro caso l'intrinseca « autenticità » della firma digitale, che non può che essere sé stessa e allora funzionare, o non funzionare affatto — previene la possibilità, altrimenti sussistente e certamente propria del caso di documento con sola firma digitale, di eccezione di abuso, opponibile al destinatario purché accompagnata dalla prova della sua mala fede. Inoltre il controllo di legittimità del contenuto aggiunge ulteriori certezze, estranee invece all'altro caso, che riecheggiano quanto concerne il tradizionale atto pubblico.

8. L'ATTO PUBBLICO INFORMATICO.

Il quinto tipo suscettibile di essere qui considerato è l'atto pubblico informatico. Di cui c'è però da constatare subito la mancata previsione da parte del legislatore.

In astratto non esistono impedimenti insuperabili alla previsione legale della possibilità di un atto pubblico informatico. Il problema perciò va esaminato sotto il profilo dell'opportunità, comprendendo le ragioni di politica legislativa che hanno consigliato il nostro legislatore ad escludere lo strumento documentale informatico dall'area degli atti per la cui validità è prescritta la forma solenne. Queste ragioni vengono indicate dalla dottrina⁴³ essenzialmente nelle due seguenti circostanze.

Anzitutto, che la stipulazione a mezzo di documento elettronico presuppone un intervento a distanza del pubblico ufficiale, laddove lo schema tradizionale dell'atto pubblico, anche notarile, presuppone la compresenza delle parti dinanzi a chi procede alla stesura del rogito. Non va infatti dimenticato che l'articolo 47 della legge notarile del 1913 esclude la stessa ricevibilità del-

⁴¹ Per l'applicabilità alla scrittura privata autenticata dell'art. 28 della legge notarile G. PETRELLI, *Atto pubblico e scrittura privata: funzione notarile e responsabilità*, in *Riv. not.*, 1994, p. 1422.

⁴² L'argomento è ora ampiamente e

acutamente trattato da F. DELFINI, *op. ult. cit.*, p. 835.

⁴³ Cfr. L.V. MOSCARINI, *Formalismo negoziale e documento informatico*, cit., p. 1066.

l'atto se le parti non sono presenti e se — ma questa è una regola derogabile — non sono presenti anche due testimoni.

Poi, che il dato letterale della normativa sull'intervento notarile è specificamente agganciato al documento cartaceo⁴⁴ e questo esclude il ricorso al mezzo elettronico.

Non sembrano però ragioni decisive.

Il principio generale, ormai sicuramente adottato dal nostro legislatore, dell'equivalenza del documento elettronico al documento cartaceo consente, secondo che scrive, di superare in via interpretativa l'idea che l'intervento notarile presupponga necessariamente la carta. Questo può essere stato storicamente vero della legislazione in materia, per l'epoca della sua promulgazione. Ma sarebbe inutile avere rielaborato l'idea dell'interpretazione evolutiva del diritto se ci si dovesse fermare a considerazioni di tipo storico piuttosto che di tipo razionale. E la razionalità del sistema è duplicemente a favore dell'espansione del mezzo informatico anche in questo campo: sia perché in generale il mezzo informatico sembra destinato ad espandersi, sia perché diversamente interpretando l'area dell'atto pubblico sarebbe l'unica sottratta alle nuove tecnologie con sostanziale immotivata discriminazione di casi equivalenti.

Per queste ragioni altra parte della dottrina⁴⁵, pur considerando le specificità della contrattazione a distanza attraverso strumenti informatici e telematici, appare ampiamente possibilista circa l'eventualità di atti pubblici informatici.

Resta però un dubbio sulla loro concreta utilità: l'atto pubblico è infatti necessario sulla base di una necessità indotta dal legislatore, che subordina alla forma solenne la validità del vincolo per particolari tipi di negoziazione. E questi tipi non sono certamente fra quelli di più facile riscontro nell'usuale contrattazione *on line*.

9. I REGIMI CONVENZIONALI.

Questa aggrovigliata sistemazione dell'equivalenza tra tipi di documento elettronico e tipi di documento tradizionale considerati dal legislatore corrispondenti, comunque non dice l'ultima parola in materia. Ciò perché la Direttiva sulle firme elettroniche nel sedicesimo considerando raccomanda il riconoscimento della facoltà delle parti operanti in sistemi convenzionali di accordarsi sulle condizioni di accettazione dei dati firmati in modo elettronico, ammettendo così che l'efficacia sostanziale e probatoria dei documenti informatici sottoscritti a mezzo dei diversi tipi di firme elet-

⁴⁴ N. IRTI, *La memoria dell'impresa (dai Quadernacci di Francesco Datini ai nastri magnetici)*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1991, p. 52.

⁴⁵ M.C. ANDRINI, *op. cit.*, p. 205.

troniche sia, nei rapporti tra le parti aderenti ai relativi accordi, determinata su base negoziale⁴⁶.

La previsione della possibilità di regimi convenzionali⁴⁷ apre, con molte opportunità, vari problemi.

Il primo riguarda i limiti di ordine pubblico al regime convenzionale. La facoltà che il legislatore comunitario accorda non è replicata nella legislazione di recepimento. Ma del resto la direttiva specifica testualmente che le firme elettroniche usate esclusivamente all'interno di sistemi basati su accordi volontari di diritto privato fra un numero determinato di partecipanti non esigono una disciplina legislativa comune. Questo però lascia residuare dubbi su ciò che le parti possono legittimamente fare. Anche se vale infatti il principio di autonomia, non sembra che questa possa derogare legittimamente alla rilevanza della firma elettronica semplice, alle regole sull'efficacia probatoria delle firme qualificate, e comunque alle regole di ordine pubblico sui requisiti formali di validità degli atti negoziali. Quel che le parti possono legittimamente fare, dunque, non è restringere ma semmai ampliare, nei rapporti fra loro, l'efficacia probatoria dei documenti elettronici, ivi compresi specialmente quelli sottoscritti con i vari tipi di firme elettroniche; ovvero in applicazione del principio dell'art. 1352 cod. civ. autoimporsi forme convenzionali con requisiti particolari per la stipula di successivi atti. In pratica, gli accordi serviranno nel primo caso ad escludere possibilità di contestazione del contenuto e della provenienza del documento informatico invece esistenti secondo le regole comuni, e nel secondo a realizzare *on line* ciò che potrebbe accadere anche negli scambi con mezzi documentali tradizionali.

Un secondo concerne la forma dei relativi accordi istitutivi dei regimi convenzionali. Accordi ai quali sembra difficile applicare le regole in essi convenute. Che, ove per esempio si discostino da quelle di legge espandendo l'efficacia della firma elettronica, potranno aver valore e vincolare le parti per gli atti successivi, ma non potranno impegnarle anche quanto all'efficacia dell'accordo istitutivo di tale regione convenzionale.

Può sembrare curioso e quasi ironico che l'ingresso nella contrattazione telematica a mezzo informatico su una base convenzionale debba ancora avvenire per le vie tradizionali; può sembrare sottilmente incoerente che la facoltà di derogare alle complicazioni e ai limiti imposti al ricorso alle nuove tecnologie debba essere esercitata con quelle complicazioni e in quei limiti. Ma, in definitiva la contrattazione informatica non è il barone di Munchausen, e non può come lui, precipitato nella trincea, afferrarsi per il collo e tirarsi su da sé.

⁴⁶ E quindi ammette certe deroghe *inter partes* alle regole legali di rilevanza.

⁴⁷ Un tema ben lumeggiato da F. DI

GIOVANNI, *Accordi sulla forma e accordi sulla documentazione del futuro negozio*, in *Studi Giorgianni*, Napoli, 1988, p. 91 ss.