

## GRUPPO DI INIZIATIVA FORENSE

Verona 7 maggio 2004

### DOCUMENTO INFORMATICO

Problematiche  
di formazione e probatorie

#### **Il documento informatico “scritto”, “firmato”, ma non “sottoscritto” nel commercio elettronico internazionale: dall’e-mail all’accesso in un’area riservata del sito web.**

(Il presente saggio, arricchito di note e paragrafi, entrerà a far parte del Volume *“Diritto e società dell’informazione - Riflessioni su informatica giuridica e diritto dell’informatica”*, AA VV, Myberg Editore, Milano, 2004, in corso di pubblicazione ad opera del CIRCOLO DEI GIURISTI TELEMATICI)

di Andrea Lisi (\*)

\*\*\*\*\*

Fa bene a volte rileggere alcuni passi della letteratura e provare a reinterpretarli alla luce delle innovazioni tecnologiche che travolgono tutte le nostre certezze sociali, economiche, giuridiche. E così alcune suggestive parole di BALDASSARRE CASTIGLIONE <sup>(1)</sup> sul significato dello “scritto” assumono sfumature nuove, innovative e impensate per il periodo in cui sono state elaborate dall’autore: *“lo scrivere non è altro che una forma di parlare, che resta ancor poi che l’uomo ha parlato; e quasi un’immagine, o più presto vita delle parole; e però nel parlare, il qual, subito uscita che è la voce, si disperde, son forse tollerabili alcune cose che non sono nello scrivere”*... voler ancora ritenere che la manifestazione di volontà contenuta in un messaggio di posta elettronica possa non essere ricondotta giuridicamente alla “forma scritta” fa sorridere un po’ se si riflette sulla forza evocativa e poetica di certe parole...

In verità, il recente animato dibattito sul valore formale dell’e-mail quale documento “scritto” ai sensi del novellato art. 10 DPR 445/2000 <sup>(2)</sup>, andrebbe più correttamente analizzato alla luce

---

(\*) Avvocato in Lecce, Studio Legale Lisi ([www.studiolegalelisi.it](http://www.studiolegalelisi.it)). Titolare, con il dr. Davide Diurisi, dello Studio associato D.&L. ([www.studioldl.it](http://www.studioldl.it)), consulenza ICT&International Trade. Curatore del portale [www.scint.it](http://www.scint.it). Autore di numerose pubblicazioni in materia di diritto del commercio internazionale e diritto delle nuove tecnologie. Direttore Scientifico del Corso di Alta Formazione in Diritto & Economia del Commercio Elettronico Internazionale ([www.scint.it/altaformazione](http://www.scint.it/altaformazione)) e docente in Master universitari dedicati al diritto delle nuove tecnologie.

<sup>(1)</sup> Baldassarre Castiglione (Casatico 1478, Toledo 1529), intellettuale della media nobiltà dell’epoca e autore de *Il Cortegiano*.

<sup>(2)</sup> Il dibattito ha preso il via dalla pubblicazione sul web del decreto ingiuntivo n. 848/03 emesso dal Tribunale di Cuneo sulla base della sola produzione di uno scambio di e.mail dalle quali si deduceva un riconoscimento di debito (e successivamente analogo decreto - decreto ingiuntivo n. 89/04 – è stato emesso dal Tribunale di Bari). E’ seguito un animato dibattito tra chi sosteneva che l’e-mail dovesse ritenersi documento “scritto” idoneo a soddisfare i requisiti di cui agli artt. 633-634 c.p.c. e chi, invece, negava allo stesso documento qualsiasi valenza probatoria e formale. Si ricordano, da una parte, i contributi dottrinali di: V. AMENDOLAGINE, sempre a commento del decreto del Tribunale di Cuneo, dal titolo *“Il valore probatorio dell’e-mail nel ricorso per ingiunzione di pagamento”* apparso di recente su *Diritto e Giustizia on line*, Giuffrè editore, 2004, e dello stesso autore *“Dopo il Tribunale di Cuneo, anche quello di Bari si pronuncia a favore dell’accoglimento di un ricorso per ingiunzione di pagamento proposto sulla base di una ricognizione di debito trasmessa da una parte (creditore) all’altra (debitore) attraverso la posta elettronica”*, su *Diritto e Giustizia on line*, Giuffrè Editore, 2004; S. CAMERINI, *“Provider e e-mail probatorie”*, pubblicato dal *Consulente Legale Informatico* alla pagina <http://www.consulentelegaleinformatico.it/approfondimentidett.asp?id=61>; D. SCIALDONE, *“L’e-mail soddisfa il requisito legale della forma scritta?”*, pubblicato su *JeI – Jus e Internet* alla pagina [http://www.jei.it/infogiuridica/notizia.php?ID\\_articoli=306](http://www.jei.it/infogiuridica/notizia.php?ID_articoli=306); F. SARZANA DI SANT’IPPOLITO, *“Firma elettronica e documenti contabili”*, su *Punto Informatico* alla pagina <http://punto-informatico.it/p.asp?i=46951>; M. CUNIBERTI, *“E-mail e requisito di forma scritta”*, pubblicato su *SCiNT* alla pagina [http://www.scint.it/news\\_new.php?id=409](http://www.scint.it/news_new.php?id=409); e ancora A. LISI, *“In giudizio una e-mail è valida?”*, su *Punto Informatico* alla pagina

dell'evoluzione e crisi della sottoscrizione autografa nel commercio internazionale e nel commercio internazionale elettronico.

Le contrattazioni moderne, infatti, da tempo utilizzano in maniera sempre più consueta *documenti dichiarativi non sottoscritti*, frutto delle innovazioni in campo “meccanico” o “telematico” (dal telegramma al telex, fino al telefax e alla *electronic mail*)<sup>(3)</sup>. Questo fenomeno globale imposto dagli scambi commerciali internazionali è stato più volte definito in dottrina come “crisi della sottoscrizione” e “aformalismo della macroeconomia”<sup>(4)</sup>.

Con la “virtualizzazione” dell'accordo telematico il sistema tradizionale legato alla visione del documento - quale *res rappresentativa di un fatto* <sup>(5)</sup>, imputabile giuridicamente attraverso la sottoscrizione - è entrato irrimediabilmente in crisi e si è pertanto reso indispensabile trovare nuove nozioni più elastiche di documento che tenessero conto delle innovazioni della prassi e rendessero giuridicamente ammissibili le moderne tecniche di attribuzione della paternità dello “scritto”, prescindendo dai meccanismi tipici legati alla sottoscrizione. Si è arrivati, così, alle suggestive e “futuribili” conclusioni di chi si è spinto ad affermare che “il flusso degli elettroni nel computer è il nuovo inchiostro, i bits il nuovo alfabeto e la memoria della macchina la nuova carta”<sup>(6)</sup> o ancora che “la scrittura è un concetto ampio comprendente qualsiasi dichiarazione incorporata in un supporto materiale destinato a durare nel tempo. Non contano né il tipo di alfabeto né il tipo di supporto.”<sup>(7)</sup>

In questo modo, il *documento informatico* diventa *documento scritto*, a prescindere dal supporto che lo contiene.<sup>(8)</sup>

---

[informatico.it/p.asp?i=46663](http://www.informatico.it/p.asp?i=46663); A. LISI, “L'e-mail è forma scritta?”, su *Altalex* alla pagina <http://www.altalex.it/index.php?idnot=250>; A. LISI “Essere o non essere: i moderni dubbi amletici di una e-mail anonima”, pubblicato su *Diritto&Diritti* alla pagina [http://www.diritto.it/articoli/dir\\_tecnologie/lisi3.html](http://www.diritto.it/articoli/dir_tecnologie/lisi3.html). Dall'altra parte si ricordano i due scritti molto polemici di M. CAMMARATA e E. MACCARONE, “Un messaggio e-mail non è prova scritta”, su *Interlex* alla pagina <http://www.interlex.it/docdigit/provascritta.htm> e “Il diritto come guida, la tecnica come supporto”, sempre su *Interlex* alla pagina <http://www.interlex.it/docdigit/provascritt2.htm>. Meritano di essere ricordate le posizioni “intermedie” di coloro che attribuiscono un qualche valore di “documento informatico” all'e-mail, ma non di “documento firmato elettronicamente”: L. DE GRAZIA, “Firma Elettronica Non Avanzata. Una personale opinione sulla c.d. firma elettronica debole”, pubblicato su *Diritto&Diritti* alla pagina [http://www.diritto.it/articoli/dir\\_tecnologie/firma\\_elettronica.pdf](http://www.diritto.it/articoli/dir_tecnologie/firma_elettronica.pdf); G. ROGNETTA, “E-mail e prova scritta secondo l'art. 10 Tuda”, pubblicato su *Diritto&Diritti* alla pagina [http://www.diritto.it/articoli/dir\\_tecnologie/rognetta2.html](http://www.diritto.it/articoli/dir_tecnologie/rognetta2.html).

<sup>(3)</sup> Così D. RICCIARDI, Tesi di laurea, *Introduzione a “La cd. Firma Digitale”* pubblicata su *StudioCelentano*, alla pagina [http://www.studiocelentano.it/publications\\_and\\_thesis/Ricciardi/index.htm](http://www.studiocelentano.it/publications_and_thesis/Ricciardi/index.htm).

<sup>(4)</sup> N. IRTI, “*Idola libertatis*”, Milano, 1985, 24 ss;

<sup>(5)</sup> La definizione, come è noto, si deve a F. CARNELUTTI, “*La prova civile*”, Padova, 1915, p. 184. Tale nozione è stata poi specificata in “cosa rappresentativa di un fatto giuridicamente rilevante”, da L. CARRARO, “*Diritto sul documento*”, Padova, 1941. In verità, il genio di CARNELUTTI si era già spinto oltre, arrivando ad ipotizzare l'irrelevanza della materia che costituisce il documento: “*qualunque materia, atta a formare una cosa rappresentativa può entrare nel documento: tela, cera, metallo, pietra e via dicendo*” (F. CARNELUTTI, in “*Novissimo dig. It.*”, voce *Documento (teoria moderna)*, p. 86. Adesso la teoria deve fare un passo oltre e, nell'abisso del vuoto immateriale fatto di *bit*, deve ipotizzare un documento informatico che prescinda dal suo supporto. Alcune norme ancora questo passo non l'hanno fatto (si veda, ad esempio, l'art. 491 bis del c.p.: “per documento informatico si intende qualunque supporto informatico contenente dati o informazioni aventi efficacia probatoria o programmi specificamente destinati ad elaborarli”), mentre altre normative l'hanno fatto sino ad un certo punto, legando troppo lo sviluppo del documento informatico alle certezze del documento amministrativo (ovviamente si fa riferimento al D.P.R. 445/2000).

<sup>(6)</sup> R. BORRUSO, “*Computer e diritto*”, II, Milano, 1988, 218 ss.

<sup>(7)</sup> E. GIANNANTONIO, “*Manuale di diritto dell'informatica*”, Padova, 1997, 385.

<sup>(8)</sup> Così, *diventano documenti scritti, secondo una nozione più ampia ed aggiornata di scrittura, non solo i documenti informatici in senso ampio, ma anche quelli in senso stretto. I secondi sono quelli conservati nella memoria dell'elaboratore e non possono essere resi manifesti se non attraverso la stessa macchina mostrando a video il testo o l'immagine o facendo ascoltare il suono riprodotto. Mentre i primi sono quelli formati dall'elaboratore attraverso i suoi dispositivi di output: stampante, video ecc.. Questi ultimi possono dunque essere resi su un supporto materiale - che può essere la carta della stampante, un microfilm ecc. - e, una volta formati, possono essere utilizzati senza l'ausilio della macchina.* Così G. RANA, “Il valore probatorio del documento elettronico”, pubblicato su *Diritto&Diritti* alla pagina [http://www.diritto.it/articoli/dir\\_tecnologie/rana.html#\\_ftn12](http://www.diritto.it/articoli/dir_tecnologie/rana.html#_ftn12).

“La parola dell'uomo deve viaggiare presto e lontano, e non può portare a lungo con sé il fardello della sottoscrizione autografa. La tecnologia fornisce mezzi sempre più semplici ed economici per realizzare questo fine: dapprima il telefax, poi i testi elaborati in forma digitale attraverso programmi che girano su personal computer e viaggiano con la posta elettronica ed Internet”.<sup>(9)</sup>

Ovviamente la parificazione di un documento informatico, come l'e-mail, alla “forma scritta” pone problemi innegabili e simili a quelli già noti relativi alla rilevanza formale e probatoria di telefax e telegramma o telex (profili probatori di avvenuta trasmissione e ricezione per il primo, mancanza di sottoscrizione per i secondi).<sup>(10)</sup>

Problematiche queste che riguardano, quindi, i *profili probatori* di tali documenti e non la loro *natura formale* di “documento scritto” e che vengono a cadere e ad *evaporare* pressate dalle esigenze della pratica contrattuale internazionale e dell'aformalismo nella negoziazione tra privati. Problematiche che vanno risolte probabilmente in maniera diversa rispetto alle certezze dogmatiche della “tradizione” e cercando di tenere separati gli ambiti legati alle esigenze di “certificazione”, tipici dei rapporti della P.A., da quelli dell'e-commerce internazionale.<sup>(11)</sup> L'orientamento comunitario e internazionale, infatti, è quello di liberare e svincolare il commercio elettronico e, quindi, i contraenti telematici dalle rigidità della firma digitale.<sup>(12)</sup>

---

<sup>(9)</sup> G. RANA, “Il valore probatorio del documento elettronico”, pubblicato su *Diritto&Diritti* alla pagina già cit. . Così anche T. E. FROSINI, “Telematica ed informatica giuridica”, in *Enc.del Dir.*, XLIV, Milano, 1992, 60.

<sup>(10)</sup> Così G. PASCUZZI, “Il diritto nell'era digitale”, Bologna, 2002, p.79. Per un approfondimento si consiglia dello stesso PASCUZZI, “Telex e telefax”, in *Digesto civ.*, vol. XII, Torino, 1999.

<sup>(11)</sup> Come già spiegato in altre occasioni, (A. LISI, “In giudizio una e-mail è valida?”, già cit.) “ciò che ha un senso nei rapporti tra Pubbliche Amministrazioni e tra Pubbliche Amministrazioni e privati non necessariamente deve avere un senso nei rapporti ‘più liberi’ tra privati...” e ancora (sempre A. LISI, “L'e-mail è forma scritta?”, su *Altalex*, già cit.) “occorre sempre ricordare che le esigenze del commercio, e soprattutto del commercio internazionale, sono certamente diverse dalle esigenze sottese ai rapporti che legano P.A. e cittadini. E infatti :

a) Tutte le norme che prevedono l'invio obbligatorio di e.mail con firma digitale riguardano particolari rapporti tra privati e pubbliche amministrazioni e, quindi, mirano a garantire maggiori esigenze di certezza dell'imputabilità e sicurezza del traffico telematico (dal 3 novembre 2003 la firma digitale è obbligatoria: per l'invio telematico degli atti societari ai registri camerali - DL 236/02 - DM 20/3/2003; dal 1.gennaio 2004 per l'invio della fattura ‘europea’ via e-mail - direttiva 2001/115/CE, art. 2; per le notificazioni dei trattamenti di dati personali al Garante – D.Lgv. 196/03, art. 38 ...).

b) Il T.U. 445/2000 è stato pensato per ricomprendere tutte le disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa: anche se contiene principi poi applicabili a privati ha questo ‘vizio d'origine’.

c) La direttiva 1999/93/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 1999 sulle firme elettroniche è, invece, una direttiva che non pensava ad un unico quadro unitario per privati e pubbliche amministrazioni nell'utilizzo di sistemi che garantissero in qualche modo l'autenticazione e la sicurezza dei dati informatici trasmessi attraverso le reti telematiche (e, infatti, qui ritroviamo l'ampia definizione di firma elettronica leggera attuata dal nostro legislatore con il d.lgs. n. 10/2003 e mod. del 445/2000).

d) Nel d.lgs. n. 70/2003 (attuativo della direttiva 2000/31/CE), pensato, invece, per il solo commercio elettronico tra privati (e solo in via ‘sussidiaria’ per le P.A.), non si parla mai di firme elettroniche per la conclusione dei contratti e non si nega la validità di contratti conclusi e ricevuti via e.mail (basta leggere e confrontare - anche con ragionamento a contrario - gli articoli 12-13 del decreto).

Da ciò si deduce che manca in Italia un coordinamento tra le norme che regolano i rapporti tra PA e cittadino e le norme che regolano il mero commercio elettronico tra privati. Per il commercio elettronico tra privati non è necessario imporre sistemi di validazione e sicurezza identici a quelli indispensabili per i rapporti che si consumano con la PA.”

Da ultimo, si segnala come nello stesso “Codice della privacy” (D.Lgs. 196/2003) si opera una importante differenza nella regolamentazione dei rapporti tra privati e rapporti cittadino-ente pubblico: infatti, mentre l'art. 9 specifica che la richiesta per l'esercizio dei propri diritti rivolta dall'interessato al trattamento di dati personali al titolare può essere effettuata “mediante lettera raccomandata, telefax o posta elettronica”, invece la notificazione del titolare al Garante nei casi di cui all'art. 37 dello stesso Codice è validamente effettuata solo se trasmessa telematicamente, con firma digitale (ai sensi dell'art. 38). Si ricorda ancora che nel gennaio scorso è stata pubblicata sulla G.U. la Direttiva 27 novembre 2003 per l'utilizzo della posta elettronica nelle pubbliche amministrazioni, emanata dal Ministro per l'innovazione tecnologica di concerto con il Ministro per la funzione pubblica. Anche in questo caso, nei rapporti “interni” (che ci azzardiamo a definire “privatistici”) della P.A. si consiglia l'utilizzo della posta elettronica, quale valido mezzo di trasmissione di documenti informatici, a prescindere da dissertazioni su firma elettronica o digitale.

<sup>(12)</sup> Così G. ROGNETTA, “Il consumatore tra point and click e firma digitale”, in *Commercio Elettronico e Tutela del Consumatore*, AA.VV., a cura di G. CASSANO, Milano, 2003, p. 203.

Una conferma a questo ragionamento la si ritrova nelle più sofisticate e importanti elaborazioni dottrinali in materia di contrattualistica comunitaria e internazionale: *The Principles Of European Contract Law 2002* <sup>(13)</sup> e *The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* <sup>(14)</sup>. I Principi UNIDROIT pubblicati nel 1994 e i Principi di diritto europeo dei contratti (PECL) possono essere considerati come il più prestigioso e riuscito “esperimento di codificazione” di un emergente regime giuridico sovranazionale e comunitario delle “transazioni” internazionali <sup>(15)</sup>.

L’obiettivo è stato quello di individuare i principi comuni alla maggior parte dei sistemi giuridici esistenti e di elaborare una normativa *anazionale* applicabile ai contratti internazionali e comunitari “che potesse semplificare i rapporti giuridici che coinvolgono, per loro natura, più ordinamenti che spesso sono molto diversi fra loro”. <sup>(16)</sup>

I PECL e i Principi UNIDROIT sono stati elaborati quasi contemporaneamente da membri delle due commissioni di redazione in parte identici (in seno all’Unione Europea <sup>(17)</sup> e nell’ambito dell’UNIDROIT – *International Institute for the Unification of Private Law*) e le norme di cui gli uni e gli altri sono costituiti sono risultate in buona parte uguali nella sostanza: l’unica rilevante differenza è che mentre Principi Unidroit mirano a creare un quadro comune nella prassi commerciale internazionale (e sono molto utilizzati nella contrattazione internazionale e, quindi, ben conosciuti nei lodi arbitrali internazionali), i Principi PECL, invece, si rivolgono più genericamente ai contratti “civili”. <sup>(18)</sup>

Fatte queste dovute premesse sui PECL e sui Principi UNIDROIT, verifichiamo come questi prestigiosi regimi giuridici “anazionali” hanno risolto la particolare problematica della “forma scritta” nelle dichiarazioni contrattuali.

Nell’art. 1.10 *Definitions* dei Principi UNIDROIT si legge testualmente: *in these Principles “writing” means any mode of communication that preserves a record of the information contained therein and is capable of being reproduced in tangible form.* Quindi per “forma scritta” si intende *qualsiasi forma di comunicazione che conservi la documentazione delle informazioni contenute e*

---

<sup>(13)</sup> Trattasi delle Parti I, II e III dei “THE PRINCIPLES OF EUROPEAN CONTRACT LAW 2002” (acquisibili sul web all’indirizzo <http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/toc>). Per una traduzione in italiano effettuata con grande passione, accuratezza e precisione da C. CASTRONOVO si veda [http://host.uniroma3.it/facolta/giur/materiale\\_didattico/elenco%20dispense/PRINCIPI.htm](http://host.uniroma3.it/facolta/giur/materiale_didattico/elenco%20dispense/PRINCIPI.htm). Per approfondimenti si consiglia sempre di C. CASTRONOVO, “Il contratto e l’idea di codificazione nei Principi di diritto europeo dei contratti” in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti* (a cura di G. VETTORI), Padova 1999, p.854-872 (*Italian version of Contract and the Idea of Codification in the Principles of European Contract Law*, in *Festschrift til Ole Lando*, Copenhagen 1997, p. 109-124) e “I Principi di diritto europeo dei contratti e l’idea di codice” in *Rivista del diritto commerciale e delle obbligazioni*, 1995, I, p. 21-38.

<sup>(14)</sup> Acquisibili alla pagina web <http://www.unidroit.org/english/principles/pr-main.htm>. Per una traduzione in italiano si consiglia quella contenuta sul “Manuale di diritto commerciale internazionale” di F. BORTOLOTTI, Vol. 1, Padova, 2001, p. 909 e ss. E’ scaricabile, inoltre, una traduzione in italiano dei Principi UNIDROIT all’indirizzo <http://www.unidroit.org/english/principles/pr-main.htm>. Per un breve approfondimento sui Principi Unidroit e sulla loro funzione nella prassi del diritto commerciale internazionale si consiglia la lettura di V. MASSARI, “L’efficacia dei Principi Unidroit nella contrattualistica internazionale” pubblicato su *Diritto & Diritti* cartaceo n. 10 Marzo 2002 e acquisibile alla pagina <http://www.lapraticeforense.it/articolo.php?idart=100>.

<sup>(15)</sup> In verità, “I Principi non tendono ad essere applicati soltanto ai contratti internazionali. Gli articoli che li compongono sono principi generali del diritto dei contratti” (O. LANDO, “*Principles of European Contract Law. A First Step towards a European civil Code?*”, in *Rev. dr. aff. int.* 1997, p. 196).

<sup>(16)</sup> V. MASSARI, *op. cit.*

<sup>(17)</sup> All’inizio degli anni ottanta una commissione, costituita su sollecitazione della Comunità europea e per iniziativa di OLE LANDO, professore alla Business School di Copenhagen, formata da insigni giuristi e professori dei vari Paesi della Comunità, ora Unione, europea, ha cominciato ad elaborare i *Principi di diritto europeo dei contratti e delle obbligazioni*.

<sup>(18)</sup> “Benché con M.J. BONELL, *An International Restatement of Contracts Law*, Irvington, N.Y. 1994, p. 32, deve essere rilevato che per i Principi UNIDROIT la limitazione ai contratti commerciali non è intesa ad assumere la distinzione tradizionale in alcuni ordinamenti giuridici tra contraenti o contratti ‘civili’ e ‘commerciali’; l’idea è, piuttosto, quella di escludere dall’ambito di applicazione dei Principi UNIDROIT i contratti dei consumatori” così C. CASTRONOVO, *Il contratto e l’idea di codificazione nei Principi di diritto europeo dei contratti*, cit., nota 15, p. 11.

*sia riproducibile in forma tangibile.* <sup>(19)</sup> Non si fa alcun cenno, quindi, alla sottoscrizione, in piena adesione a principi internazionali ormai universalmente riconosciuti e resi evidenti nella CONVENZIONE DI VIENNA SULLA VENDITA INTERNAZIONALE DI MERCI (Convenzione delle Nazioni Unite dell'11 aprile 1980), nella quale si includono nella nozione dello "scritto" tutte le comunicazioni, anche quelle a mezzo telegrafo e fax (art. 13 della Convenzione). Nel commento "ufficiale"<sup>(20)</sup> ai Principi Unidrot, infatti, si legge "*a writing includes not only a telegram and a telex, but also any other mode of communication that preserves a record and can be reproduced in tangible form*". <sup>(21)</sup>

Altrettanto espliciti sono i PECL, i quali all'art 1.301 (ex art. 1.105) - Meaning of Terms punto 6) espressamente affermano che "*written statements include communications made by telegram, telex, telefax and electronic mail and other means of communication capable of providing a readable record of the statement on both sides*"; anche in questo caso, la forma "scritta" si intende riferita ai telegrammi, telex, telefax, posta elettronica e ogni altro strumento di comunicazione in grado di produrre un documento suscettibile di lettura dall'una e dall'altra parte. <sup>(22)</sup>

Ma come si possono piegare alle esigenze della prassi commerciale le tradizioni giuridiche basate sul documento cartaceo che "appartiene" da sempre ad un soggetto solo se da questi sottoscritto? Come già spiegato in altre occasioni <sup>(23)</sup>, l'*appartenenza* del documento, cartaceo o informatico che sia, è stata individuata attraverso altri meccanismi, legati maggiormente all'innovazione tecnologica, a quel *senso di appartenenza nuovo* che si trova nel *potere di gestione dello strumento di trasmissione* ed è assolutamente slegato dalle ragioni di sicurezza e, quindi, di "evidenza probatoria" di quel documento (necessariamente affidata, quest'ultima al libero apprezzamento del giudice caso per caso).

Ci riportiamo ancora una volta alle parole di R. SACCO <sup>(24)</sup>, per spiegare questo concetto: "l'elaborazione del valore giuridico del messaggio trasmesso per telex è agli inizi. Il telex memorizza un messaggio, senza identificare il mittente. Il messaggio però identifica l'apparecchio trasmittente. In altre parole: il telex non dice con sicurezza chi ha inviato il messaggio, ma dice chi è l'utente (più esattamente: chi ha titolo per l'uso) e, quindi, chi è responsabile dell'apparecchio trasmittente [...]. **La dichiarazione per telex individua il soggetto di un potere giuridico cui si accompagna di norma un potere di fatto**" <sup>(25)</sup>.

Quindi, telegramma, telex, telefax, e-mail sono accumulati dal fatto di poter creare, in maniera, più o meno sicura, un *nuovo tipo di appartenenza* del documento al soggetto che l'ha redatto; in

---

<sup>(19)</sup> Traduzione di F. BORTOLOTTI, *cit.*, p. 910

<sup>(20)</sup> Acquisibile alla pagina web <http://www.unidroit.org/english/principles/chapter-1.htm> .

<sup>(21)</sup> Occorre riferire che dottrina e giurisprudenza sono già arrivate ad applicazioni elastiche e innovative del concetto di "forma scritta" associato all'evoluzione del documento informatico nel commercio elettronico B2C. Infatti, un'applicazione rigida delle normative a tutela del consumatore per i siti web B2C avrebbe in alcuni casi impedito la diffusione di questa nuova forma di commercio, rendendola illegittima. In particolare, si fa riferimento all'onere della "forma scritta" previsto per l'informativa di cui all'art. 5 del D. Lgs. 50/1992. Obbligo che renderebbe illegittima l'informativa semplicemente pubblicata in una pagina web. La legislazione successiva, avallando in parte gli orientamenti dottrinali (per tutti si cita G. SCORZA, *La tutela del consumatore in Internet*, Napoli, 2000, p.46) ha chiarito che "il consumatore deve ricevere conferma per iscritto o, a sua scelta, su altro supporto duraturo a sua disposizione ed a lui accessibile di tutte le informazioni" (art. 4 D.Lgs. 185/1999). Il passo logico successivo sarà quello di considerare pienamente legittima un'informativa fornita in maniera stabile e duratura in aree riservate e protette del sito web, previa autenticazione con *id* e *pw* del consumatore (poiché tale metodo di autenticazione può essere certamente considerato una forma di "firma elettronica leggera", equivalente della forma scritta).

<sup>(22)</sup> Come da traduzione di C. CASTRONOVO, *cit.*

<sup>(23)</sup> Ci si riporta per un approfondimento a quanto già scritto in "*Essere o non essere: i moderni dubbi amletici di una e-mail anonima*", *cit.* in nota 2.

<sup>(24)</sup> Autore già citato in "*Essere o non essere: i moderni dubbi amletici di una e-mail anonima*", *cit.*

<sup>(25)</sup> Dall'opera *Trattato di Diritto Privato* - diretto da P. RESCIGNO – Vol. II *Obbligazioni e Contratti* – ed. Utet 1982 p. 242.

qualche modo essi individuano il soggetto che aveva un potere di fatto, un controllo sullo strumento di trasmissione. <sup>(26)</sup>

In questo senso tali documenti possono rientrare senz'altro nella categoria giuridica della "forma scritta", creando con l'autore dello "scritto", un legame nuovo, dettato da *nuove regole* scaturite dall'innovazione tecnologica e che, quindi, portano a "firmare" i documenti prescindendo, in particolari casi, dalla loro sottoscrizione.

### **Segue: L'e-mail è, quindi, "forma scritta"?**

"Nel lessico usuale si fa una certa confusione tra firma e sottoscrizione talché, a prima vista, non è dato con chiarezza scindere i concetti afferenti ai due vocaboli. Giuridicamente, invece, le differenze sono anche sostanziali, sicché si potrebbe affermare che la sottoscrizione sta alla firma come la *species* al *genus*, come la parte al tutto [...] sottoscrivere vuol dire scrivere sotto, ossia letteralmente scrivere sotto uno scritto, un documento, un foglio, una qualsiasi scrittura quasi a sigillare i medesimi con l'impronta dei segni alfabetici formanti il nome, inteso nella sua più ampia accezione" (Dott. A. MORELLO, Voce *Sottoscrizione*, *Nuovissimo Digesto Italiano*, Torino, 1957)...la modernità di queste parole pur "*scritte*" ormai cinquant'anni fa è evidente, soprattutto perché attraverso le stesse si possono cogliere perfettamente anche le differenze tra *forma scritta* e *scrittura privata con sottoscrizione autografa*, tra *firma elettronica* e *firma digitale*, che tanto stanno facendo discutere in questi giorni...

La sottoscrizione conferisce la paternità al documento cartaceo, è il *suggello* della sua appartenenza ad un soggetto: su di essa si è sviluppata la tradizione giuridica dal diritto romano sino a qualche anno fa. Per alcuni atti e contratti la "forma scritta" viene richiesta *ad substantiam*, per altri *ad probationem*, per altri ancora, più importanti, è necessario l'atto pubblico (e, cioè, è necessario *suggellare* l'atto in presenza di un notaio) che attesti incontrovertibilmente la sua provenienza e riconoscibilità.

La semplice sottoscrizione cartacea per il nostro ordinamento (basato sull'*aformalismo* contrattuale) è, quindi, essenziale solo per alcuni atti e contratti (art. 1350 c.c. e altre fattispecie speciali previste dalla legge); essa, giova ricordarlo, non può ovviamente assicurare che il documento scritto e sottoscritto non sia stato modificato, alterato, o comunque che non provenga da colui che appare il suo sottoscrittore, salvo che ciò non sia riconosciuto in giudizio (o con un mancato disconoscimento o attraverso un esito positivo del procedimento di verifica) (27). Occorre, quindi, ben differenziare gli aspetti probatori della "forma scritta", da quelli più "formali", previsti per la validità ed esistenza dell'atto.

Addirittura, già molti anni fa, il precedentemente citato MORELLO affermava "la dottrina sembra concorde nel ritenere che il documento esista anche se la sottoscrizione non sia conforme letteralmente alla norma (art. 6 cod. civ.) e sarebbe sempre possibile produrre in giudizio il contenuto di questa scrittura anche se priva di sottoscrizione, se attraverso un mezzo o una prova qualsiasi, si potesse accertarne la paternità, purché la stessa scrittura non sia richiesta *ad substantiam* per l'atto documentato"

Con queste essenziali premesse occorre rileggere le norme contenute nella direttiva 1999/93/CE - relativa ad un quadro comunitario per le firme elettroniche - e nel D.P.R. 445/2000 - Testo unico

---

<sup>(26)</sup> Secondo una autorevole corrente dottrinale, il telefax dovrebbe coincidere solo e soltanto con una sorta di copia fotografica di un'altra scrittura, la quale potrebbe essere munita di sottoscrizione o meno e, quindi, esso avrebbe la stessa efficacia dell'originale, se la sua conformità non è disconosciuta o attestata da pubblico ufficiale (così S. PATTI, *Prova documentale*, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, artt. 2699-2720, Bologna-Roma, 1996, pp. 151 s.). Ad avviso di chi scrive, invece, il telefax assume una sua autonomia funzionale nel momento in cui viene trasmesso, creando comunque quella "appartenenza" del documento, intrinseca nel potere di fatto che l'autore del documento ha con lo strumento di trasmissione utilizzato.

(27) Nel nostro ordinamento (artt. 2702 c.c. e ss) è, infatti, prevista la possibilità di poter disconoscere in giudizio la propria sottoscrizione negandone la paternità (quindi, eventualmente instaurare un procedimento per la verifica della stessa...vd. artt. 214-215 c.p.c.)

delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa - (come modificato in attuazione della stessa direttiva).

La “firma elettronica” (e anche la stessa “firma digitale”) e la “sottoscrizione cartacea” sono ontologicamente diverse. Se la sottoscrizione cartacea assumeva sino a poco tempo fa valore determinante ed indispensabile per ricercare la paternità del documento ed assicurarne, in maniera più o meno sicura, la provenienza “incorporandosi” materialmente con lo stesso (senza comunque – lo ripetiamo ancora- assicurare con assoluta certezza la paternità e l’immodificabilità dello stesso), oggi la firma elettronica assolve funzioni simili in maniera ovviamente diversa.

La firma elettronica comporta necessariamente una “spersonalizzazione” del documento, prima legato fisicamente ad un soggetto attraverso la sottoscrizione (<sup>28</sup>): in passato era la *grafia* il criterio di collegamento, oggi è un *meccanismo informatico*! E i “meccanismi informatici” che legano in qualche modo il documento ad un soggetto possono essere tanti (dall’associazione di “id” e “pw” alla chiave biometrica): tutti più o meno sicuri nell’attribuire la paternità e la non modificabilità a quel documento (<sup>29</sup>). L’importante, quindi, non è assumere e verificare la sicurezza nella trasmissione con rigidi parametri informatici, ma semplicemente “parafrasare” e “aggiornare” un classico del diritto (R. SACCO, *cit.*) con le nuove scoperte tecnologiche: l’e-mail (prima era il telex) non dice con sicurezza chi ha inviato il messaggio, ma dice chi è l’utente...l’e-mail memorizza un messaggio, senza identificare (con certezza) il mittente. Il messaggio, però, identifica l’apparecchio trasmittente... La dichiarazione per e-mail individua il soggetto di un potere giuridico cui si accompagna di norma un potere di fatto e, più esattamente: *chi ha titolo per l’uso di questo strumento!*

Giustamente il legislatore comunitario ha, quindi, considerato - per quanto riguarda nello specifico il documento informatico - la categoria “firma elettronica cd. leggera” prescindendo dalla “tecnica” utilizzata per creare l’associazione del documento al suo titolare e questo con l’ovvia intenzione di lasciare libertà ai privati nel commercio elettronico (in modo che si possano trovare nel tempo anche nuove soluzioni tecnologiche più appropriate alle esigenze della prassi commerciale). In questo modo possono rientrare tra i documenti firmati elettronicamente tutti quei documenti che permettano, in maniera più o meno sicura, l’associazione del documento ad un soggetto: tra questi può certamente rientrare l’e-mail!

La firma elettronica *leggera* ha così una sua autonoma rilevanza rispetto alla firma digitale e non va confusa con la stessa: essa, pur non assicurando normalmente, con sicurezza paragonabile a quella della firma digitale (<sup>30</sup>), l’immodificabilità e la provenienza del documento, comunque permette di

---

(<sup>28</sup>) Per un approfondimento si consiglia F. SARZANA DI SANT’IPPOLITO, *Il legislatore italiano e le firme elettroniche: la crisi del principio di unitarietà della sottoscrizione*, da “*Il Corriere Giuridico*” n.10/2003 - pg. 1375 ss. IPSOA e G. FINOCCHIARO, *Firma digitale e Firme elettroniche*, Milano, 2003, pg. 39 e ss.

(<sup>29</sup>) Cfr. Commissione delle Comunità Europee, Proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa a regole comuni sulle firme elettroniche, COM (1998) 297 def., par. I: “Esistono svariati metodi per firmare documenti in modo elettronico: da quelli molto semplici (ad esempio l’inserimento, in un documento realizzato con un programma di trattamento testi, dell’immagine ottenuta per scansione di una firma autografa) a quelli estremamente avanzati (ad esempio, le firme digitali che utilizzano la ‘crittografia a chiave pubblica’)”. D’altronde, questa tesi (secondo la quale anche ID e PW possono in qualche modo rappresentare una forma di *autenticazione informatica* e, quindi, costituire una “firma elettronica”) è stata già avallata da recente autorevole dottrina. Si veda, ad esempio, la posizione di A. GRAZIOSI, AA. VV. *Il documento informatico e la sua efficacia probatoria nel processo civile*, in un recente testo edito dalla Giappichelli, Torino, dal titolo *Commercio Elettronico Documento Informatico e Firma Digitale* a cura di C. ROSELLO, G. FINOCCHIARO e E. TOSI 2003 pg. 543; o ancora G. FINOCCHIARO, in *Firma digitale e Firme elettroniche, profili privatistici*, Milano, 2003, pg. 35 e ss. o il recente articolo di V. AMENDOLAGINE, sempre a commento del decreto del Tribunale di Cuneo, dal titolo “*Il valore probatorio dell’e-mail nel ricorso per ingiunzione di pagamento*” apparso di recente su *Diritto e Giustizia*, Giuffrè editore) o ancora G. VANGONE, “*Firme elettroniche*”, *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata* 4/2003, pubblicato anche alla pagina [http://www.scint.it/appr\\_new.php?id=96](http://www.scint.it/appr_new.php?id=96) e, infine, da ultimo F. SARZANA DI SANT’IPPOLITO, *Firma elettronica e documenti contabili*, su Punto Informatico alla pagina <http://punto-informatico.it/p.asp?i=46951>.

(<sup>30</sup>) Rimane da sottolineare, ancora una volta, che firma digitale e elettronica sono per loro natura diverse dalla sottoscrizione: “l’utilizzo del termine ‘firma digitale’, come pedissequa traduzione dell’inglese ‘digital signature’, appare potenzialmente foriero di pericolosi fraintendimenti, poiché dal punto di vista sistematico si tratta più di un

“associare” (o meglio attribuire) un documento ad un soggetto (nè più nè meno di un comune telefax o telex). In questo modo possono rientrare tra i *documenti firmati elettronicamente* tutti quei documenti che permettano, in maniera più o meno sicura, l’associazione del documento ad un soggetto: tra questi rientra certamente l’e-mail! E a questa fattispecie molto ampia di “firma elettronica leggera” (nella quale rientrerebbe anche l’e-mail) il legislatore ha voluto giustamente garantire un minimo di rilevanza giuridica (validità di “forma scritta” anche se liberamente valutabile dal giudice dal punto di vista probatorio) <sup>(31)</sup>.

Insomma il necessario superamento del rigido formalismo previsto nella “forma scritta e sottoscritta” già si era verificato un bel po’ di anni fa nella dottrina e giurisprudenza per strumenti nuovi quali telex, telefax, telegrammi e ora il problema si pone allo stesso modo per l’e-mail! E questo ragionamento è valido in tutti i casi in cui la “forma scritta e sottoscritta” non è prevista rigidamente per l’esistenza e validità dell’atto: con tale criterio logico l’e-mail, quale documento “firmato” (ma non sottoscritto), potrebbe (per fortuna) essere liberamente utilizzata nel commercio elettronico nazionale e internazionale, sia per tutti gli atti e contratti “a forma libera”, sia anche in tutti quei casi dove si parla di “forma scritta” o “prova scritta”, senza rigidamente collegarsi alla “forma scritta (e sottoscritta) per la validità ed esistenza dell’atto”.

Si è già detto in precedenti articoli <sup>(32)</sup> dei vari casi in cui nel commercio elettronico (soprattutto B2B) è necessario e indispensabile (per ragioni pratiche e giuridiche) superare il rigido formalismo e dualismo “forma scritta”/“firma digitale”. Si ricordano, a titolo di esempio: il caso di richiesta “prova scritta” in un procedimento sommario <sup>(33)</sup>; il caso di “documentazione scritta o di consenso

---

‘sigillo’ che di una ‘firma’” (così M CAMMARATA E E. MACCARONE, *“La firma digitale sicura”*, Milano, 2003, p. 70). Il fatto di ritenere – giustamente - la firma digitale un “sigillo” ci fa percepire ancora di più il senso della nostra discussione, avvicinando questo strumento alla “certificazione pubblica” piuttosto che ai normali strumenti utilizzati negli scambi commerciali tra privati. Tutti i dubbi e le critiche feroci sollevati in merito al secondo comma dell’art. 10 del D.P.R. 445/2000 (come modificato dal D. Lgs. n. 10/2002) vengono meno se si considera che il legislatore, in questo caso, ha ritenuto di dover tenere separati il piano formale dal piano probatorio. Infatti, il legislatore attribuisce semplicemente al documento con firma elettronica *leggera* (o semplice) il valore della “forma scritta”, ma non conferisce un valore preciso allo stesso dal punto di vista dell’efficacia probatoria (dovrà essere il giudice di volta in volta e in base alle circostanze concrete a valutare liberamente quel documento). Come già riferito, infatti, nel caso di documento cartaceo la presenza della sottoscrizione in calce al documento prova semplicemente la provenienza della dichiarazione, ma non la sua integrità e soprattutto autenticità e, cioè, la corrispondenza tra chi appare sottoscrittore e chi effettivamente l’ha sottoscritto (e, quindi, in pratica la corrispondenza tra colui che appare come autore della dichiarazione e chi effettivamente ne è stato l’autore). La prova dell’autenticità, potrà formarsi fuori dal processo tramite “autenticazione” ex art. 2703 c.c., o all’interno del processo tramite riconoscimento espresso o tacito della sottoscrizione (si ringrazia in proposito R. FERORELLI, per quest’ultima riflessione maturata in una vivace discussione in seno alla *Mailing List* del Centro Studi di Informatica Giuridica di Bari). La firma digitale, in verità, assicura un grado di sicurezza sulla provenienza e sulla non modificabilità del documento ben superiore rispetto ad una semplice sottoscrizione autografa. Sotto questo punto di vista è spiegabile (anche se pur sempre suscettibile di critica) la sua efficacia probatoria basata sulla “*piena prova, fino a querela di falso, della provenienza delle dichiarazioni da chi l’ha sottoscritto*”, come previsto nell’articolo 10, 3° comma, del T.U.D.A.. Infine, la caratteristica della firma digitale di “incorporarsi” e, quindi, “appartenere” al documento (attraverso la cd. impronta di *hash*) legittima la sua possibile equiparazione alla scrittura privata con sottoscrizione autografa (come espressamente previsto, però, soltanto nel TUDA prima delle ultime modifiche normative).

<sup>(31)</sup> A prescindere dalla nota distinzione tra forma *ad substantiam* e forma *ad probationem*, ormai la dottrina tende a prendere in considerazione la forma - o quale “esternazione” dell’atto e, cioè, caratterizzante il momento in cui l’atto si manifesta (contrapponendolo così al suo contenuto); - oppure quale requisito occasionalmente imposto circa le modalità attraverso le quali l’atto deve essere compiuto o circa il mezzo espressivo dal quale esso deve <<risultare>> (F. DI GIOVANNI – *La forma – in I Contratti in generale*, AA. VV., a cura di E. GABRIELLI – Utet, Torino, 1999, p. 768). Solo nel primo caso, quindi, la forma rimanda al paradigma generale dell’atto giuridico e si ravvisa una sua essenzialità costitutiva per lo stesso. Tale analisi andrebbe compiuta oggi alla luce delle nuove esigenze del commercio elettronico internazionale B2B.

<sup>(32)</sup> “*In giudizio una e-mail è valida?*” su *Punto Informatico* alla pagina <http://punto-informatico.it/p.asp?i=46663>, “*L’e-mail in giudizio: approfondimento*” alla pagina <http://punto-informatico.it/p.asp?i=46769> e, infine, “*Legittima la registrazione alla Personal Zone?*” all’indirizzo <http://punto-informatico.it/p.asp?i=46020>.

<sup>(33)</sup> Dalla giurisprudenza dominante il telefax o il telegramma sono stati già riconosciuti valida “prova scritta” ai fini dell’emissione del decreto ingiuntivo: “tra i documenti considerati dall’art. 634 c.p.c. come prove “tipiche” rientrano le

scritto” per il trattamento dati personali; il caso della specifica approvazione per iscritto delle clausole vessatorie molto utilizzate nella contrattualistica internazionale, l’informativa “scritta” in favore del consumatore nel commercio elettronico B2C. In tutti questi casi, si deve operare una equiparazione del documento informatico con firma elettronica leggera (come l’e-mail) alla “forma scritta” (come già avvenuto nel caso del telefax, del telegramma, del telex), lasciando (necessariamente) massima libertà al giudice nella sostanziale valutazione probatoria di questo documento prodotto in giudizio.

La tecnologia galoppa e non possiamo certo pensare di bloccarla o di vincolarla soltanto all’utilizzo di alcuni strumenti (come la firma digitale), piuttosto che di altri.

Con questa legislazione italiana (ed europea) che commentiamo (da migliorare senz’altro) si è, quindi, cercato di contemperare le esigenze formali della P.A. con quelle più “pratiche” del commercio elettronico, e questo non è sempre facile o possibile...e <<in quest’ottica, mi pare vadano letti gli equilibrismi giuridici compiuti nel classificare come scatole cinesi i diversi sistemi di validazione informatica, partendo dalla firma elettronica pura e semplice, transitando per le figure intermedie della "firma elettronica avanzata" e della "firma elettronica qualificata", sino a giungere al modello italiano: la buona, vecchia "firma digitale">> (34).

### **Segue: Le altre conferme nella legislazione italiana e europea**

In verità - già prima delle contestate modifiche al DPR 445/2000 apportate con il Decreto legislativo 23 gennaio 2002, n. 10 (di attuazione della direttiva 1999/93/CE relativa ad un quadro comunitario per le firme elettroniche) - erano presenti nel nostro ordinamento normative penali che operavano una parificazione tra il documento informatico (quale l’e-mail) e il documento “scritto” (si pensi, ad esempio, ai già citati artt. 491 bis c.p. e 616 c.p.). Inoltre, da un punto di vista “contrattuale” (e, quindi, più vicino ai nostri scopi) nei rapporti di *subfornitura* (tipici rapporti B2B) una legge ha previsto espressamente questa parificazione (L. 192/1998 -"Disciplina della subfornitura nelle attività produttive" art. 2.1: “Il rapporto di subfornitura si instaura con il contratto, che deve essere stipulato in forma scritta a pena di nullità. Costituiscono forma scritta le comunicazioni degli atti di consenso alla conclusione o alla modificazione dei contratti effettuate per telefax o altra via telematica.”).

Inoltre, si ricorda il Regolamento comunitario n. 41/2001 del 22 dicembre 2000 che, all' art. 23, II comma (in materia di clausole attributive della competenza), recita testualmente: "la forma scritta comprende qualsiasi comunicazione con mezzi elettronici che permetta una registrazione durevole della clausola attributiva di competenza".

Appare molto interessante rileggere in proposito alcune dichiarazioni contenute in un documento di lavoro sulla modifica dell’articolo 174 del regolamento (presentazione delle petizioni per posta elettronica), elaborato l’11 gennaio 2001 dalla Commissione Affari Costituzionali in seno al Parlamento Europeo (Relatore: Olivier Dupuis): “ [...] Nella sostanza la posizione della Commissione per le petizioni è molto più “aperta” e garantisce a tutti i cittadini l’esercizio del diritto di petizione semplicemente attraverso l’invio di una e-mail (senza escludere le altre opzioni disponibili) o la compilazione del formulario presente nel sito internet del PE, e senza dover ricorrere al complesso meccanismo della firma elettronica avanzata. [...] Essa dovrebbe inoltre dare la possibilità ai cittadini di depositare petizioni e firme (e-mail dei petenti con dati richiesti) per via elettronica e in particolare di aderire a petizioni già depositate inviando un semplice e-mail attraverso un software predisposto dal PE che permetta di farlo in modo semplice (ad esempio cliccando un bottone che apra un formulario dove inserire i propri dati di petente). La Commissione per gli affari costituzionali è dell’avviso che qualsiasi firma elettronica (sia essa semplice, come l’e-mail, o avanzata) possa essere riconosciuta come autentica, e che quindi il semplice invio di una

---

promesse unilaterali per scrittura privata, i telegrammi ed ora anche i telex e i fax” (C. App. Napoli 17.3.89; T. Ascoli 7.8.80; C. App. Ancona 5.4.82) e anche "le copie fotostatiche" (Tribunale Milano 3.1.85)...

(34) M. PAPPALARDO, *Il recepimento della direttiva: in difesa del legislatore*, 03.07.03 su *Interlex* alla pagina <http://www.interlex.it/docdigit/pappalarDO.htm>.

petizione per via elettronica sia sufficiente al fine del suo deposito, senza la necessità di un ulteriore invio cartaceo”.

La tendenza legislativa e giurisprudenziale che accosta l'e-mail (e il documento informatico in genere) allo “scritto”, nell’ottica delle dinamiche del nuovo linguaggio (sempre più oggi fatto di *bit*) e della stessa evoluzione giuridica del concetto di documento <sup>(35)</sup>, appare addirittura ovvia ed inevitabile.

A volte, a rincorrere troppo la “tecnica informatica”, si rischia di perdere di vista il senso di alcune innovazioni normative e di vincolare giuridicamente la prassi a rigide regolamentazioni che non tengono conto dei reali problemi del commercio e delle stesse ragioni dell’innovazione...

L’equiparazione della “forma scritta” al telefax e alla posta elettronica la ritroviamo (inaspettatamente) anche nella recentissima Direttiva CE “relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi”, definitivamente approvata il 29.01.04 <sup>(36)</sup>, laddove negli artt. 1 (definizioni) e 42 (regole applicabili alle comunicazioni) sono contenuti i principi fondamentali della disciplina delle nuove modalità di comunicazione: in tali articoli, si precisa preliminarmente che i termini “scritto” o “per iscritto” designano *un insieme di parole o cifre che può essere letto, riprodotto e poi comunicato e che può includere informazioni trasmesse e archiviate con mezzi elettronici, ossia con mezzi che utilizzano apparecchiature elettroniche di elaborazione (compresa la compressione numerica) e di archiviazione dei dati, tramite diffusione, trasmissione e ricezione via filo, via radio, attraverso mezzi ottici o altri mezzi elettromagnetici*. A fronte di un siffatto quadro definitorio l’articolo 42 prosegue affermando che *“tutte le comunicazioni e tutti gli scambi di informazioni di cui al presente titolo possono avvenire, a scelta dell’amministrazione aggiudicatrice, per posta, mediante fax o per via elettronica”*.

Inoltre, come è noto, l'utilizzo della posta elettronica quale valido mezzo di trasmissione di documenti informatici era già previsto, in Italia, dall'art. 14 del Testo Unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa (D.P.R. 445/2000); ma soprattutto occorre ricordare che il 27 novembre 2003 il Ministro Stanca ha emanato una Direttiva che prevede un utilizzo degli strumenti di posta elettronica per diverse attività “interne” della Pubblica Amministrazione (richieste di ferie o permessi, convocazioni di riunioni, invio di comunicazioni di servizio ovvero notizie dirette al singolo dipendente in materia di buoni pasto, pagamento di competenze, diffusione di circolari o ordini di servizio) ed, inoltre, il supporto, la formazione e l’assistenza alle P.A. per le iniziative relative alla revisione dei sistemi di comunicazione. <sup>(37)</sup>.

Infine, a ulteriore conferma di quanto soprariferito, è di poche settimane fa la notizia che il Consiglio dei Ministri nella riunione del 25 marzo ha approvato uno schema di DPR <sup>(38)</sup>, su

---

<sup>(35)</sup> Il documento (da docere: insegnare, far conoscere) è, nel senso originario del termine, *qualche cosa che fa conoscere un fatto* (F. CARNELUTTI, *Definizione del Nuovissimo Digesto Italiano*, Torino, edizione 1957, diretta da A. AZARA e E. EULA p. 86), quindi è “qualche cosa” che rappresenta un fatto di rilievo giuridico. Con l’avvento dell’informatica quel legame indissolubile del documento con la cosa è venuto meno e, quindi, si è arrivati a definizioni più “moderne e tecnologiche” come quella di documento informatico contenuta nel tanto criticato Testo Unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa (Decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000 n. 445 come modificato dal D.Lgs. 23 gennaio 2002, n. 10, dalla legge 16 gennaio 2003, n. 3 e dal DPR 7 aprile 2003, n.137): il documento informatico è la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti. Alla luce di ciò l’e-mail - nel momento in cui rappresenta al suo interno atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti, come una qualsiasi lettera, telefax, telegramma, fotografia etc. - è certamente un documento!

<sup>(36)</sup> Direttiva C.E. 3 febbraio 2004 – (testo approvato dal Parlamento europeo il 29 gennaio 2004 e dal Consiglio il 3 febbraio 2004, non ancora pubblicato sulla GUCE – Dir. rif. 2000/0115 (COD), PE-CONS 3696/03). Testo acquisibile alla pagina [http://www.lexitalia.it/leggi/direttive\\_2004-02-03.htm](http://www.lexitalia.it/leggi/direttive_2004-02-03.htm).

<sup>(37)</sup> Così M. IASELLI, “L’e-mail assume valore legale? Non e’ proprio così”, su StudioCelentano alla pagina <http://www.studiocelentano.it/editorial/articolo.asp?id=899>.

<sup>(38)</sup> Schema di decreto del Presidente della Repubblica recante regolamento concernente disposizioni per l’utilizzo della posta elettronica certificata (approvato dal Consiglio dei ministri del 25 marzo 2004). Acquisibile sul sito [www.scint.it](http://www.scint.it) alla pagina [http://www.scint.it/news\\_new.php?id=436](http://www.scint.it/news_new.php?id=436). Per un primo commento dello schema di DPR si vedano gli

proposta di Lucio Stanca, Ministro per l'Innovazione e le Tecnologie, e Luigi Mazzella, Ministro per la Funzione Pubblica, che riconosce piena validità giuridica ai documenti trasmessi per posta elettronica: la posta elettronica può diventare "posta certificata", come una normale raccomandata con avviso di ricevimento, così che l'invio e la ricezione di documenti con strumenti informatici (e-mail) avrà "pieno valore legale". Inoltre, l'art. 16 dello schema di DPR prevede l'abrogazione del primo comma dell'art. 25 del DPR 445 del 2000, secondo il quale "in tutti i documenti informatici delle pubbliche amministrazioni la firma autografa o la firma, comunque prevista, è sostituita dalla firma digitale, in conformità alle norme del presente testo unico". Questa automatica sostituzione, pertanto, non sarebbe più prevista per legge e occorrerebbe fare una valutazione caso per caso circa lo strumento di comunicazione elettronica più opportuno da utilizzare per "digitalizzare" i documenti amministrativi... rimarrebbe in vigore soltanto il secondo comma dello stesso articolo secondo il quale "l'uso della firma digitale integra e sostituisce ad ogni fine di legge l'apposizione di sigilli, punzoni, timbri, contrassegni e marchi comunque previsti".<sup>(39)</sup>

Secondo lo schema di DPR, quindi, l'e-mail "certificata" potrà essere liberamente utilizzata nei rapporti "interni" e di natura "privatistica" della P.A. e naturalmente nelle comunicazioni tra privati. Ovviamente, quando per taluni rapporti emergeranno esigenze di certezza e di "autenticazione" tipiche della P.A., allora serviranno altri meccanismi di "sigillazione" che possano assicurare il rispetto di quelle esigenze (come l'utilizzo della firma digitale o di altre forme di firma elettronica "avanzata" apposte sul messaggio).

Tale schema di DPR sembrerebbe, quindi, conferire ulteriore certezza al fatto che il legislatore italiano voglia uniformarsi alla tendenza comunitaria e internazionale che mira ad accostare l'e-mail ad altre forme di "documentazione scritta non sottoscritta" quali telefax, telegrammi, telex e, così, rafforzare ancora una volta le considerazioni intervenute in materia di valore dell'e-mail quale "forma scritta" (anche in seguito ai decreti ingiuntivi emessi dal Tribunale di Cuneo e Bari sulla base della produzione di e-mail contenenti un riconoscimento di un debito).<sup>(40)</sup>

Il legislatore comunitario e quello italiano sembrano confermare, pertanto, (anche per alcuni rapporti di natura "privatistica" tra P.A. e cittadino e/o impresa) una piena equiparazione formale tra comunicazione elettronica e comunicazione scritta: equivalenza formale che si ritrova più volte

---

articoli "L'e-mail come una lettera raccomandata a.r." di A. LISI e M. IASELLI alla pagina [http://www.scint.it/news\\_new.php?id=433](http://www.scint.it/news_new.php?id=433) e "Se la posta certificata sarà lettera raccomandata a.r., l'e-mail sarà posta ordinaria?", di A. LISI alla pagina [http://www.scint.it/appr\\_new.php?id=118](http://www.scint.it/appr_new.php?id=118).

<sup>(39)</sup> Nella relazione illustrativa dello Schema di DPR si legge testualmente "L'articolo 16 dispone l'abrogazione dell'articolo 25, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2002, n. 445. La norma che si abroga ripropone, nel d.p.r. n. 445/2000, i contenuti dell'articolo 19 del d.p.r. 513 del 1997. Si tratta cioè di una disposizione introdotta in un momento in cui la firma digitale rappresentava l'unico strumento per la sottoscrizione informatica valido a tutti gli effetti di legge. La direttiva 1999/93/CE, recepita con il decreto legislativo 23 gennaio 2002, n. 10, ha invece previsto più tipologie di firme. In particolare l'articolo 10 del d.p.r. n. 445, nel quale sono confluite le modifiche di rango legislativo apportate con il citato decreto di recepimento, ha riconosciuto alla firma digitale valore analogo alla firma autografa (comma 2), ma ha anche riconosciuto che il documento informatico, sottoscritto con firma elettronica, soddisfa il requisito legale della forma scritta. Sul piano probatorio il documento stesso è liberamente valutabile, tenuto conto delle sue caratteristiche oggettive di qualità e sicurezza (comma 3).

In tal modo è stata prevista una modalità di sottoscrizione che seppur non assimilabile alla firma autografa, ad essa può essere riconosciuta validità ad probationem. Alla luce di tale previsione, peraltro conforme al dettato comunitario non appare più necessario prevedere che in tutti i documenti delle pubbliche amministrazioni debba essere utilizzata la firma digitale. Con l'abrogazione dell'articolo 25 le pubbliche amministrazioni si regoleranno analogamente a tutti i soggetti dell'ordinamento applicando l'articolo 10 del d.p.r. n. 445/2000".

<sup>(40)</sup> Ovviamente si deve attendere il testo definitivo del DPR per approfondire l'argomento e per verificarne il contenuto tecnico; in ogni caso da quanto riportato nel Comunicato Stampa del 22/03/2004 - pubblicato sul sito del Ministro per l'Innovazione e le Tecnologie alla pagina [http://www.innovazione.gov.it/ita/comunicati/2004\\_03\\_25.shtml](http://www.innovazione.gov.it/ita/comunicati/2004_03_25.shtml) - tale DPR mira evidentemente ad attribuire un minimo di rilevanza giuridica ad uno strumento utilitatissimo ed economico come l'e-mail! Dalla lettura del Comunicato, alla fin fine, non sembra che ci sia molta differenza "tecnica" tra la posta elettronica "certificata" e le "vecchie" e semplici e-mail e il tutto sembra essere un modo elegante per conferire rilevanza formale alla posta elettronica! I meccanismi tecnici di invio e ricezione sembrerebbero rimanere invariati, salvo le previste "ricevute di trasmissione".

ripetuta nell'ordinamento giuridico italiano, europeo, internazionale nel momento in cui si è voluta accostare l'e-mail al telefax, al telegramma, al telex...

### **Segue: E-mail, documento informatico e firme elettroniche leggere**

Dopo tutte queste lunghe premesse, si spera che possano essere più chiare alcune affermazioni che qui di seguito si specificano e ribadiscono.

Eviteremo di ripetere quanto già detto da altri autori circa la complessa "gradazione probatoria" in materia di firme elettroniche che il legislatore italiano ha previsto con la nuova normativa (per tutti si veda F. SARZANA DI SANT'IPPOLITO - Profili giuridici delle firme elettroniche - su Punto Informatico alla pagina <http://punto-informatico.it/p.asp?i=46847>). Come ampiamente riferito dall'autore testè citato (e in perfetta sintonia con quanto detto in questi giorni) <<l'impostazione di fondo della nuova disciplina è quella della liberalizzazione e semplificazione dell'uso delle firme elettroniche ed il riconoscimento della validità anche a firme "semplici", dotate cioè di uno standard tecnico più blando e che non sono perfettamente idonee, come avviene nel caso della firma digitale, a soddisfare le esigenze di integrità, segretezza, imputabilità e non ripudiabilità della sottoscrizione. A termini del nuovo regolamento non può essere, infatti, negata rilevanza giuridica né ammissibilità come mezzo di prova alle firme elettroniche semplici o deboli, le quali si differenziano da quelle avanzate o forti per un diverso livello di sicurezza correlato al meccanismo di formazione e certificazione, e per una diversa efficacia giuridica del documento su cui sono apposte. Le ragioni di una modifica così radicale, attuata per seguire i principi comunitari, risiedono a monte da un lato nella diversa "sensibilità" comunitaria rispetto al tema della espansione del commercio elettronico e dall'altro nella consapevolezza della Commissione Europea di dover utilizzare strumenti normativi tecnologicamente "neutri" [...] il Legislatore comunitario, come già avvenuto in passato nel settore della Società dell'Informazione, ha ritenuto di dover assumere un atteggiamento "neutrale" rispetto alle soluzioni tecnologiche, per non sviluppare logiche di mercato anticoncorrenziali e per lasciare aperta la porta ad una futura evoluzione tecnologica difforme>>.

La firma elettronica cd. "debole", è (come già più volte detto) definita, in maniera volutamente generica, come l'insieme dei dati in forma elettronica, allegati oppure connessi tramite associazione logica ad altri dati elettronici, utilizzati come metodo di autenticazione informatica (art. 2, lett. a, d.lgs. 10/2002). Per la firma elettronica leggera non sono previsti dal legislatore sistemi di validazione e di certificazione (necessari, invece, per le firme elettroniche avanzate)<sup>(41)</sup>. I cd. metodi di autenticazione informatica<sup>(42)</sup> sono invece genericamente tutto quell'insieme di strumenti elettronici e delle procedure per la verifica indiretta dell'identità, secondo la definizione fornita dal D.Lgs. 196/2003 all'art. 4 comma 3 lett. c) - quali ad esempio, l'uso di password o di codici di identificazione personale, così come qualsiasi altro metodo che permetta in maniera diretta (o indiretta) un'identificazione (a prescindere da qualsiasi valutazione sulla sicurezza di quella

---

<sup>(41)</sup> Così G. FINOCCHIARO già cit. p. 120.

<sup>(42)</sup> Si è sostenuto – senza dimostrarlo – che il termine *autenticazione* utilizzato dal nostro legislatore sarebbe il risultato di un'erronea traduzione dell'inglese, in quanto il termine *authentication* significherebbe *validazione*! È curioso che il legislatore quando parla di firma digitale *traduca* bene il termine "validazione" e quando parla di firma elettronica, no, e poi si sia sbagliato ad utilizzare questo termine anche in una legge successiva sul trattamento dei dati personali (D.Lgs 196/2003)! Si crede che il legislatore possa a volte sbagliare, ma che sia così "smemorato" sembra veramente inverosimile... In ogni caso, in mancanza di altri riferimenti concreti ci si deve ovviamente attenere al significato letterale delle parole (in italiano). Comunque chiediamo all'autore dell'articolo (M. CAMMARATA, *cit.*) di rivelare quale particolare dizionario inglese-italiano possiede visto che vari dizionari utilizzati riportano il termine *authentication* come sinonimo di *autenticazione* (Dizionario Inglese Italiano Ragazzini, 1967 ; Dizionario Inglese – Italiano Borelli – Chinol – Frank 1977; Dizionario Inglese – Italiano Collins 2000). In ogni caso, il significato "tecnico" e generalmente accettato di sistemi di *authentication* per le firme elettroniche è: "A technical definition of authentication is the process of establishing whether someone or something is who or what its identifier states it is. An authentication process may be enabled by:

- something you know, like a PIN or password;
- something you have, as with smartcards, challenge-response mechanisms, or public-key certificates;
- something you are, as with positive photo identification, fingerprints, and biometrics".

identificazione, perché tali valutazioni riguardano il profilo probatorio e sono, quindi, affidate al prudente apprezzamento del giudice).

Per una e-mail, quindi, l'inserimento "a monte" di identificativi quali ID e PW associati agli headers presenti nel messaggio associati alla stessa "firma" in calce al documento associata all'indirizzo e.mail conosciuto, certamente costituiscono una forma (sia pur leggera) di firma elettronica.

L'e-mail, si ripete ancora, pur non assicurando, con sicurezza paragonabile alla firma digitale, l'immodificabilità e la provenienza del documento, comunque permette di attribuire (e, quindi, "firmare") un documento ad un soggetto (né più né meno di un comune telefax o telex): l'autenticazione informatica non garantisce (perché la legge non lo richiede) l'immodificabilità e l'integrità del documento, né la sua sicura provenienza. Con tale normativa il legislatore mira, pertanto, a garantire un minimo di rilevanza giuridica formale a tutti questi "flussi documentali" (spesso internazionali) così diffusi nella prassi commerciale (a differenza della firma digitale che ancora stenta a decollare)<sup>(43)</sup>.

Un'ultima osservazione per concludere il nostro lungo discorso: voler considerare l'e-mail come una semplice "riproduzione meccanica" comporterebbe un evidente contrasto con la sua natura; infatti, l'e-mail ontologicamente non è la copia di qualcos'altro, ma è un originale<sup>(44)</sup>...

In verità, come ben espresso da T. BALLARINO (in *Introduzione al Trattato breve di diritto della Rete* diretto da A. SIROTTI GAUDENZI, Rimini, 2001) "nel commercio elettronico, i giuristi di oggi devono compiere in pochi anni e sotto la pressione delle esigenze quotidiane un'opera di revisione e riconversione dell'ordinamento giuridico nel suo insieme non dissimile da quella che fu fatta a suo tempo per adeguare il diritto romano e imperiale – statico per origine e vocazione – alle esigenze di un mondo che aveva "scoperto" gli strumenti per progredire. (...) Il compito del giurista, oggi, è di adattare il fenomeno Internet alle regolamentazioni statali che sopravvivono". E allora ogni "cybergiurista", se ha in mente realmente di risolvere le problematiche pratiche della prassi telematica, dovrebbe prima di tutto chiudere gli occhi e "dimenticare" le proprie certezze

---

<sup>(43)</sup> In questo saggio si evita di addentrarsi in difficili valutazioni tecniche circa la sicurezza dell'e-mail nel "procedimento di autenticazione". Si ripete comunque che tali valutazioni esulano dai compiti del giurista, il quale deve semplicemente *sussumere* (come hanno fatto i giudici con i decreti ingiuntivi emessi sulla base di un riconoscimento di debito via e-mail) *un caso concreto in una fattispecie astratta prevista dalla legge*, basandosi eventualmente su valutazioni legate alla prassi. In ogni caso, parlare di *autenticazione informatica* per sistemi di trasmissione molto diversi tra loro quali i sistemi di trasmissione delle e-mail (webmail o con client di posta o reti private) significa anche andare al di là di quelle che sono state le stesse intenzioni del legislatore, nel momento in cui ha voluto inserire nel nostro ordinamento un *genus* di firma che racchiudesse sistemi di autenticazione tra loro diversi (diversi anche dalle e.mail, come i sistemi di ID e PW per l'accesso all'area riservata di un e-marketplace), affidando così al giudice la valutazione caso per caso. E' stato eccepito, in proposito, che spesso (ma non sempre, e si sta comunque iniziando ad andare *tecnicamente* in senso contrario, come anche dimostrato dallo sviluppo e dalla regolamentazione di servizi di "posta elettronica certificata") il server *smtp* utilizzato per l'invio del messaggio non effettua un'autenticazione *in uscita*, mentre *in entrata* ovviamente questa autenticazione si ha sempre tramite (generalmente) POP3. Si sottolinea, comunque, che le trattative commerciali sono frutto di una lunga fase precontrattuale e, quindi, nei vari scambi forme di autenticazione *in entrata* ci sarebbero sempre. E' stato ancora eccepito che nell'e-mail l'autenticazione non è effettuata sul documento, ma semplicemente dal servizio che individua un pc...ciò è ininfluente perché la stessa problematica è insita nel telex o nel telefax o nel telegramma e, come già riferito, si parla di *firma* non di *sottoscrizione*. Ci si riporta ancora una volta alla dottrina tradizionale (R. Sacco citato) per ribadire che "il telex memorizza un messaggio, senza identificare il mittente. Il messaggio però identifica l'apparecchio trasmittente. In altre parole: il telex non dice con sicurezza chi ha inviato il messaggio, ma dice chi è l'utente (più esattamente: chi ha titolo per l'uso) e, quindi, chi è responsabile dell'apparecchio trasmittente [...]. La dichiarazione per telex individua il soggetto di un potere giuridico cui accompagna di norma un potere di fatto". Stessa cosa avviene con le e.mail dove generalmente tramite *headers* e *numero IP* si riesce a risalire facilmente al pc utilizzato da colui che ha sottoscritto un contratto con un ISP (e si "*autentica*" con un sistema di IP e PW...)...ma, ripetiamo, gli aspetti della sicurezza nell'autenticazione sono assolutamente ininfluenti e rimessi al prudente apprezzamento del giudice. Infine, occorre ricordare che la normativa in materia di trattamento dei dati personali comporterà sempre di più l'attento utilizzo del proprio sistema informatico "legato" al suo utilizzatore/titolare tramite un sicuro sistema di autenticazione.

<sup>(44)</sup> La versione stampata dell'e-mail, invece, coinciderebbe ovviamente con una "riproduzione meccanica" (cfr. C. M. BIANCA *Diritto Civile – Volume 3: Il Contratto* - Milano 2000 p. 309-310).

dogmatiche sedimentatesi sulla sottoscrizione cartacea e, quindi, procedere ad una lenta difficile revisione dei vecchi schemi mentali e ad una rivisitazione del diritto nell'ottica dello schermo del computer attraverso il quale in pochi attimi e con la pressione di pochi tasti negoziali virtuali sta appena acquistando un volume giuridico...

Con il presente saggio, quindi, si mira a sottolineare come sia necessario per il legislatore e per il giurista, conferire rilevanza alle prassi realmente in uso nel commercio elettronico, al fine di evitare di costringere alcuni protagonisti dell'e-commerce a continuare a far viaggiare i loro interessi in zone d'ombra non regolamentate o, meglio, non "legittimate" giuridicamente: dai semplici invii di auguri, alle proposte contrattuali e precontrattuali inviate via e-mail, sino alle transazioni commerciali nelle aree riservate di siti di *e-marketplaces*, miliardi di bit trasmettono una mole sconfinata di informazioni che rischiano di rimanere isolate nel limbo del "quasi giuridico".