



ATTUALITÀ

CONTRATTI

11/05/2021

Firma elettronica e forma scritta dei contratti finanziari e bancari

di Vittorio Pisapia, Partner fondatore, FiveLex Studio Legale

Sommario: 1. Premessa. – 2. Le firme elettroniche. – 3. Il quadro normativo applicabile al caso deciso dalla Cassazione. 4. – Firma elettronica/digitale e contratti finanziari e bancari. – 5. Conclusioni.

1. Premessa

L'ordinanza n. 9413 del 9 aprile 2021 della Cassazione offre spunti interessanti di analisi per il distinguo che opera tra le diverse tipologie di firme elettroniche e perché, in continuità con la giurisprudenza in tema di c.d. "contratti monofirma", in un passaggio incidentale applica alla categoria dei contratti conclusi in forma elettronica la distinzione tra forma scritta prevista dall'art. 1350 c.c. e quella prevista da altre normative.

A una prima lettura, essa potrebbe sembrare derogare ai principi in tema di **(a)** forma scritta dei contratti, anche ex art. 1350 c.c. e **(b)** valenza delle diverse tipologie di firma elettronica/digitale.

Infatti afferma che "la mera firma elettronica", cioè la "firma digitale leggera", apposta (...) per mezzo del point and click", soddisfa "il requisito della forma scritta allorché ne sia prescritta l'adozione ad substantiam".

Per cogliere il senso dell'ordinanza, occorre però inquadrare il contesto anche normativo nel quale essa si colloca.

2. Le firme elettroniche

E' anzitutto utile riepilogare qui, in sintesi, le diverse tipologie di firme elettroniche/digitali:

1. firma elettronica (semplice o leggera): è l'insieme di "dati in forma elettronica, acclusi oppure connessi tramite associazione logica ad altri dati elettronici e utilizzati dal firmatario per firmare": è il caso, ad esempio, della semplice e-mail ovvero del "point and click" (art. 3, comma 1, n. 10, Regolamento UE 910/2014 ("Reg.eIDAS")[1];
2. firma elettronica avanzata: è quella che "a) è connessa unicamente al firmatario; b) è idonea a identificare il firmatario; c) è creata mediante dati per la creazione di una firma elettronica che il firmatario può, con un elevato livello di sicurezza, utilizzare sotto il proprio esclusivo controllo; e d) è collegata ai dati sottoscritti in modo da consentire l'identificazione di ogni

successiva modifica di tali dati" (art. 26 Reg. eIDAS); è il caso, ad esempio, della firma grafometrica;

3. firma elettronica qualificata: è quella "creata da un dispositivo per la creazione di una firma elettronica qualificata e basata su un certificato qualificato per firme elettroniche" (Regolamento eIDAS, art. 2, comma 1, n. 12)
4. firma digitale: è "basata su un sistema di chiavi crittografiche, una pubblica e una privata, correlate tra loro, che consente al titolare di firma elettronica tramite la chiave privata e a un soggetto terzo tramite la chiave pubblica, rispettivamente, di rendere manifesta e di verificare la provenienza e l'integrità di un documento informatico o di un insieme di documenti informatici" è definita dall'art. 1, lettera s, D.Lgs n. 82/2005, Codice dell'Amministrazione Digitale ("**CAD**").

3. Il quadro normativo applicabile al caso deciso dalla Cassazione

3.1. Tanto premesso, è possibile ora inquadrare il ragionamento della Cassazione.

La vicenda risaliva a un periodo in cui era applicabile l'art. 10 d.P.R. n. 445/2000, come modificato dall'art. 6 d.lgs 23 gennaio 2002, n. 10[2].

La disposizione prevedeva che la firma elettronica (così genericamente indicata era idonea a soddisfare il requisito dei contratti per i quali era prevista la **forma scritta** (senza alcuna distinzione tra la forma scritta ex art. 1350 c.c. e quella prevista da altre normative); la differenza della firma elettronica semplice rispetto alla firma avanzata e qualificata stava in ciò: **soltanto** queste ultime due firme attribuivano (come ancora attribuiscono) al documento il valore di cui all'art. 2702 c.c.[3] (cfr. art. 10, comma 3, d.P.R. 445/2000).

Che cosa significa?

Significa che la distinzione opera su due piani diversi, sostanziale e processuale:

A) affermare che la firma elettronica semplice soddisfaceva il requisito della forma scritta significa che il documento contenente una tale firma era idoneo a integrare la forma scritta *ad substantiam* eventualmente richiesta dalla legge (anche ex art. 1350 c.c.).

Tale documento ovvero la relativa firma possono (potevano), però, sempre essere disconosciuti in giudizio ai sensi dell'art. 214 c.p.c. e/o 2712 c.c.

Ne segue che:

1. nel caso di disconoscimento della sottoscrizione ex art. 214 c.p.c., chi ha prodotto il documento ha l'onere di proporre istanza di verifica (in mancanza del quale il documento non può essere utilizzato in giudizio);
2. nel caso di disconoscimento ex art. 2712 c.c., la corrispondenza alla realtà del contenuto del documento può essere dimostrata con ogni mezzo di prova e il giudice può liberamente valutarne il documento.

B) Affermare, invece, che le firme avanzate e qualificate (o digitali) producono gli effetti dell'art. 2702 c.c. significa dire che il documento non può essere disconosciuto, ossia esso fa prova fino a querela di falso, e cioè – precisa la Cassazione – secondo la normativa in vigore nel 2002, è "inoppugnabile il principio che la firma elettronica leggera soddisfi il requisito legale della forma scritta" mentre "l'adozione della firma elettronica pesante si rende necessaria laddove si voglia conferire al contratto l'efficacia probatoria dell'art. 2702 cod. civ."

3.2. Dunque, è questo il senso dell'ordinanza, riferita alla fattispecie: nel vigore dell'art. 10 d.P.R. n. 445/2000, il requisito della forma scritta anche ex art. 1350 c.c. era assolto anche dalla sola firma elettronica semplice, mentre oggi, nel vigore del CAD, il principio è quello espresso dall'art. 21, comma 2-bis: *"Salvo il caso di sottoscrizione autenticata, le scritture private di cui all'articolo 1350, primo comma, numeri da 1 a 12, del codice civile, se fatte con documento informatico, sono sottoscritte, a pena di nullità, con firma elettronica qualificata o con firma digitale. Gli atti di cui all'articolo 1350, numero 13) del codice civile redatti su documento informatico o formati attraverso procedimenti informatici sono sottoscritti, a pena di nullità, con firma elettronica avanzata, qualificata o digitale ovvero sono formati con le ulteriori modalità di cui all'articolo 20, comma 1-bis, primo periodo"*[4].

4. Firma elettronica/digitale e contratti finanziari e bancari

Come si diceva, la decisione, sia pure in un passaggio incidentale, afferma – in coerenza con il CAD vigente – il principio che il CAD impone la firma qualificata o digitale solo per i contratti per i quali è richiesta la forma scritta ex art. 1350 c.c.

La Cassazione ne trae la conseguenza che tali tipologie di firme non sono richieste, a pena di nullità, per i contratti per i quali la forma scritta sia prevista da una disposizione diversa, come i contratti bancari e finanziari (cfr. artt. 20 e 21 CAD).

In altre parole, l'ordinanza sembra, quindi, affermare, per implicito, che per i contratti bancari e finanziari potrebbe essere sufficiente, ai fini della validità, anche la sola firma elettronica semplice.

Ciò sembra peraltro coerente con la giurisprudenza in tema di contratti monofirma.

Come noto, la forma scritta prevista per i contratti in materia finanziaria e bancaria (art. 23 TUF e 117 TUB) non ha la stessa natura di quella prevista dall'art. 1350 c.c. (ad esempio, contratti aventi per oggetto il trasferimento di beni immobili); infatti sia l'art. 23 del TUF che l'art. 117 TUB prescrivono che il contratto debba essere *"redatto"* e non già concluso *"per iscritto"* (mentre l'art. 1350 c.c. si riferisce agli *"atti che devono farsi per iscritto"*).

Da qui la giurisprudenza ha concluso che tale requisito di forma *"ha natura funzionale e non strutturale"*, ossia informare il cliente del contenuto del contratto, con l'ulteriore conseguenza che il requisito è *"assolto se il contratto è sottoscritto dal solo cliente cui una copia deve essere consegnata"* (cfr., tra le ultime, Cass., 2 aprile 2021, n. 9196, in tema di art. 117 TUB).

5. Conclusioni

Come si può immaginare, i temi fin qui sinteticamente illustrati hanno notevoli implicazioni pratiche, anche sotto il profilo processuale.

Infatti anzitutto, per i contratti conclusi nel vigore del CAD vigente, il principio che sembra affermare la Cassazione in merito alla sufficienza della firma elettronica semplice per i contratti bancari e finanziari potrebbe di per sé dar luogo a uno specifico contenzioso riguardante la validità dei contratti conclusi, ad esempio, a mezzo del *"point and click"*, con le connesse implicazioni anche di natura restitutoria ovvero relative alla necessità di verificare la conformità a buona fede di un'eventuale contestazione di nullità in questo senso.

Inoltre ulteriori implicazioni pratiche attengono in ogni caso al valore probatorio della firma leggera, che, come si è visto, può essere sempre disconosciuta in giudizio ovvero all'individuazione degli elementi che consentano comunque a un documento elettronico di essere qualificato come *"firma elettronica leggera"*.

Per quanto attiene al tema del disconoscimento, la situazione non è diversa rispetto a quello che accade per la firma analogica, che, ove non sia contenuta in una scrittura privata autenticata o in un atto pubblico, può sempre essere disconosciuta.

Tuttavia nel caso della firma elettronica leggera la dimostrazione, in questo caso da parte della banca o intermediario, potrebbe essere più difficoltosa e richiedere l'espletamento di una CTU, non grafologica, ma tecnico-informatica.

[1] Nel senso che la semplice e-mail integra una firma elettronica leggera: cfr. Trib. Termini Imerese, 22 maggio 2015, in www.dejure.it; Trib. Lecce, 25 giugno 2019, in www.dejure.it; App. Perugia, 25 gennaio 2010, in www.dejure.it; Trib. Pavia, 18 marzo 2017, in www.dejure.it.

[2] Riportiamo qui, per comodità, il contenuto dell'articolo vigente dal 2 marzo 2002 al 31 dicembre 2005:

"1. Il documento informatico ha l'efficacia probatoria prevista dall'articolo 2712 del codice civile, riguardo ai fatti ed alle cose rappresentate.

2. Il documento informatico, sottoscritto con firma elettronica, soddisfa il requisito legale della forma scritta. *Sul piano probatorio il documento stesso e' liberamente valutabile, tenuto conto delle sue caratteristiche oggettive di qualità e sicurezza. Esso inoltre soddisfa l'obbligo previsto dagli articoli 2214 e seguenti del codice civile e da ogni altra analoga disposizione legislativa o regolamentare.*

3. Il documento informatico, quando e' sottoscritto con firma digitale o con un altro tipo di firma elettronica avanzata, e la firma é basata su di un certificato qualificato ed é generata mediante un dispositivo per la creazione di una firma sicura, fa inoltre piena prova, fino a querela di falso, della provenienza delle dichiarazioni da chi l'ha sottoscritto.

4. Al documento informatico, sottoscritto con firma elettronica, in ogni caso non può essere negata rilevanza giuridica né ammissibilità come mezzo di prova unicamente a causa del fatto che è sottoscritto in forma elettronica ovvero in quanto la firma non è basata su di un certificato qualificato oppure non é basata su di un certificato qualificato rilasciato da un certificatore accreditato o, infine, perché la firma non è stata apposta avvalendosi di un dispositivo per la creazione di una firma sicura.

5. Le disposizioni del presente articolo si applicano anche se la firma elettronica è basata su di un certificato qualificato rilasciato da un certificatore stabilito in uno Stato non facente parte dell'Unione europea, quando ricorre una delle seguenti condizioni:

a) il certificatore possiede i requisiti di cui alla direttiva 1999/93/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 1999, ed e' accreditato in uno Stato membro;

b) il certificato qualificato é garantito da un certificatore stabilito nella Comunità europea, in possesso dei requisiti di cui alla medesima direttiva;

c) il certificato qualificato, o il certificatore, è riconosciuto in forza di un accordo bilaterale o multilaterale tra la Comunità e Paesi terzi o organizzazioni internazionali.

6. Gli obblighi fiscali relativi ai documenti informatici ed alla loro riproduzione su diversi tipi di

supporto sono assolti secondo le modalità definite con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze".

[3] *"Art. 2702 c.c. (Efficacia della scrittura privata) La scrittura privata fa piena prova, fino a querela di falso, della provenienza delle dichiarazioni da chi l'ha sottoscritta, se colui contro il quale la scrittura è prodotta ne riconosce la sottoscrizione, ovvero se questa è legalmente considerata come riconosciuta".*

"Art. 2703 codice civile (Sottoscrizione autenticata). Si ha per riconosciuta la sottoscrizione autenticata dal notaio o da altro pubblico ufficiale a ciò autorizzato.

L'autenticazione consiste nell'attestazione da parte del pubblico ufficiale che la sottoscrizione è stata apposta in sua presenza. Il pubblico ufficiale deve previamente accertare l'identità della persona che sottoscrive".

[4] Riportiamo per comodità il comma 1-bis dell'art. 20 del CAD: *"il documento informatico soddisfa il requisito della forma scritta e ha l'efficacia prevista dall'articolo 2702 del Codice civile quando vi è apposta una firma digitale, altro tipo di firma elettronica qualificata o una firma elettronica avanzata o, comunque, e' formato, previa identificazione informatica del suo autore, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'AgID ai sensi dell'articolo 71 con modalita' tali da garantire la sicurezza, integrita' e immodificabilita' del documento e, in maniera manifesta e inequivoca, la sua riconducibilita' all'autore. In tutti gli altri casi, l'idoneita' del documento informatico a soddisfare il requisito della forma scritta e il suo valore probatorio sono liberamente valutabili in giudizio, in relazione alle caratteristiche di sicurezza, integrita' e immodificabilita'. La data e l'ora di formazione del documento informatico sono opponibili ai terzi se apposte in conformita' alle Linee guida".*

Copyright Dirittobancario.it