

Renato Clarizia

Informatica e contratto: la identificazione dei contraenti

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Informatica e soggetti – 3. I nuovi requisiti caratterizzanti il negozio informatico – 4. Conclusioni.

1. *Premessa*

I temi della tutela del consumatore, della privacy, della responsabilità civile e dell'informatica (per citarne solo alcuni!) hanno formato oggetto della scrupolosa e approfondita ricerca giuridica e sociologica di Guido Alpa, sempre attento a percepire le innovazioni che interessano la società civile e le sue ricadute anche sul piano giuridico.

Fin dagli anni ottanta dello scorso secolo Guido Alpa, richiamando la dottrina e la giurisprudenza di *common law*, rappresentava le novità della *computer law* e denunciava, con quel metodo rigoroso e informato che lo distingue, l'arretratezza della dottrina e della politica italiane che si mostravano nel contempo "diffidenti" e "chiuse". Nel volume *I contratti di utilizzazione del computer*, pubblicato nel 1984 per i tipi della Giuffrè nella neonata Collana da lui diretta *Diritto dell'Informatica*, nel saggio introduttivo, Guido Alpa ammoniva che "la computer law attende di essere costruita, e il giurista, attento ai fatti istituzionali e a quelli economici, ben sa che ogni attimo di ritardo potrebbe rendere vano un intervento troppo dilazionato nel tempo."

Ancora *internet* non si era diffuso, ancora la rivoluzione *informatica* era agli albori, ma Guido capiva che il fenomeno non poteva e non doveva essere sottovalutato, ma si rendeva necessario un intervento legislativo che orientasse con certezza gli operatori nella loro attività senza però mortificare con inutili prescrizioni i profili innovativi.

Sono passati vari decenni da quel primo scritto di Guido Alpa e altri Suoi interventi hanno indicato quale fosse il cammino da seguire. Ormai l'informatica è presente in tutte le manifestazioni della vita sociale, anzi talune attività – soprattutto nel settore pubblico – possono ormai espletarsi

esclusivamente in via informatica. Ciò ha comportato in pochi anni una rivoluzione nei comportamenti e nelle abitudini sociali. Si pensi all'uso dei telefoni cellulari che ormai ci accompagnano in ogni momento della giornata e consentono di porre in essere atti aventi rilevanza giuridica e di concludere contratti. Il legislatore è intervenuto più volte a disciplinare il fenomeno nei suoi variegati profili, anche in via amministrativa. La giurisprudenza si è fatta carica – come al solito – di colmare i vuoti legislativi e ancor più di interpretare la normativa, talvolta non proprio chiara.

Ciò che è apparso evidente fin dai primi anni di utilizzo dell'informatica e mano a mano che si andava diffondendo, caratterizzando peculiarmente le relazioni interpersonali, è stato che la tecnica aveva il sopravvento sul diritto, nel senso che mal si prestava ad essere dominata e regolamentata da quest'ultimo e che qualsiasi intervento normativo avrebbe dovuto far affidamento per la propria reale efficacia sul suo spontaneo rispetto più che sulla coazione.

In queste pagine vorrei cercare di definire e valutare in concreto l'impatto dell'informatica sulla società civile e ancora più in particolare sul contratto che delle relazioni interpersonali costituisce la manifestazione giuridica di maggior rilievo. Vorrei quindi condividere con l'amico Guido la mia perplessità e preoccupazione – che espliciterò nel prosieguo – che non essendo sufficiente né la normativa generale in materia contrattuale né quella speciale già emanata in questi ultimi anni a disciplinare compiutamente la materia e a dare piena dignità giuridica al contratto informatico, si rischia una situazione di forte incertezza di disciplina con evidenti ricadute negative nelle relazioni interpersonali.

L'informatica è diventata così tanto parte irrinunciabile della nostra vita che ignoriamo consapevolmente i danni fisici (pensiamo alle onde dei telefoni cellulari) e sociali (la “dipendenza” da Internet da un lato e le relazioni personali virtuali attraverso i *social* dall'altro) che può provocare.

Infine, si è così radicalmente modificato con l'informatica e con internet, il modo di approcciarsi agli altri e il modo di affrontare ogni situazione, che abbiamo dimenticato “come eravamo” e come si viveva senza di loro. Eppure ci riferiamo a poco più di trenta anni fa!

Quali problemi ancora rimangono irrisolti (e forse sono irrisolvibili) o per quali problemi si evidenzia la necessità di un approccio che abbandoni gli strumenti giuridici tradizionali?

La dottrina ha ormai esplorato davvero ogni profilo del fenomeno informatico, la rivoluzione sociale provocata da internet è stata approfondita da ogni angolazione, politica, sociologica, giuridica. Si è più volte evocato,

e tutti concordano, che internet non è limitata da confini territoriali e temporali, e che si è creata una società “virtuale” parallela rispetto a quella “reale”. Fino a che punto il piano virtuale si interseca con quello reale? Fino a che punto si può consentire che la società reale si trasformi in virtuale? Fino a che punto le regole che hanno finora disciplinato la società civile reale riescono a controllare e a regolamentare anche quella reale?

2. Informatica e soggetti

In questa materia, uno dei problemi che ha maggiormente occupato la dottrina è quello della imputazione della dichiarazione negoziale, cioè della identificazione dei soggetti e della possibilità di controllarne la capacità di agire (soprattutto con riguardo alla minore età). La peculiarità del mezzo informatico e delle modalità di trasmissione delle dichiarazioni negoziali ha portato addirittura, in un interessante dibattito tra autorevoli giuristi, Oppo e Irti, a ritenere non sempre evidente la manifestazione della volontà negoziale e quindi la possibilità di conclusione di contratti “senza accordo”! Dico subito che, a mio parere, non è così. La volontà negoziale c’è sempre, anche se si palesa diversamente e talvolta può confondersi applicando il principio dell’autoresponsabilità.

Già in un mio primo lavoro in materia (*Informatica e conclusione del contratto*, Giuffrè, 1985 pubblicato nella Collana diretta da Guido Alpa) ammonivo sulla possibilità che la dichiarazione negoziale potesse essere trasmessa alla controparte automaticamente e secondo istruzioni a suo tempo inserite in un programma applicativo che opererà anche in assenza del dichiarante. Tutto ciò proprio al fine di poter concludere contratti senza limiti temporali, assumendosi il rischio che una variazione non prevista della situazione possa portare al perfezionamento di un contratto che, se presente, il dichiarante non avrebbe concluso o lo avrebbe fatto a condizioni diverse. Ovviamente, in ragione del principio di autoresponsabilità, il contratto sarà valido ed efficace. Nel contratto telematico l’accordo c’è sempre, anche se si caratterizza in maniera peculiare: è un incontro tra dichiarazioni in cui il profilo soggettivo si manifesta nelle forme peculiari del mezzo informatico: resta quasi in secondo piano e solo in determinati casi può assumere rilevanza ai fini della invalidità contrattuale. E’ vero che l’ordinamento giuridico intende dare rilevanza solo a dichiarazioni rese da soggetti pienamente capaci, è vero che la tutela del contraente

incapace è ancora più stringente quando si tratta di un consumatore, ma non può non darsi peso alla circostanza che ambedue le parti si affidano a quella modalità operativa per concludere il contratto, in cui non è sempre possibile ottenere una identificazione soggettiva certa del dichiarante. E ciò non è possibile neanche con la firma digitale, laddove il titolare della firma potrebbe consentire ad un terzo soggetto di utilizzare il certificato di firma e questi ne potrebbe “abusare”. In tale ultima ipotesi il contratto sarà valido ed efficace e il titolare del certificato potrà agire, per ottenere il risarcimento dei danni, esclusivamente nei confronti di chi lo ha “sostituito”, “abusando” o “eccedendo” rispetto alle istruzioni impartite.

Allo stesso modo se il contenuto contrattuale viene ad essere modificato nella trasmissione, senza che il mittente ne abbia consapevolezza e senza che il destinatario possa riconoscerne la difformità rispetto alla volontà effettiva del mittente, il contratto sarà valido ed efficace. Al più il mittente potrà, se ne ricorrano le condizioni, esperire azione per il risarcimento dei danni nei confronti di chi ha prodotto il programma di scrittura.

In ambedue i casi, troverà applicazione il principio di autoreponsabilità – l’utilizzo dello strumento informatico comporta anche l’assunzione dei rischi che ne possono conseguire – che supera (o ignora?) il profilo soggettivo. Viene presa in considerazione la dichiarazione proveniente da quel soggetto al quale, a seconda dei tipi di firma digitale o di tecnica identificativa (pin, carta di credito, ecc.), verrà imputata con maggiore o minore certezza la dichiarazione. Il profilo della capacità è assorbito nella identificazione soggettiva. Il certificato di firma digitale può essere rilasciato – dopo idonea identificazione fisica – solo a chi è maggiorenne. Quindi si presume che chi contraa utilizzando la firma digitale è sicuramente maggiorenne, e manifesta anche una piena capacità di intendere e di volere: l’utilizzo del mezzo informatico presuppone determinate conoscenze tecniche e l’esecuzione di specifiche procedure che solo chi è *compos sui* potrebbe porre in essere.

Allora ecco profilarsi, nella contrattazione informatica, due temi di grande rilievo giuridico: la sicurezza quanto alla corrispondenza del contenuto della dichiarazione all’effettiva volontà del dichiarante – sicurezza significa, dunque, adeguate tecniche che impediscano intrusioni ed intercettazioni dall’esterno – in modo che si tratti di una dichiarazione di volontà consapevole; certezza nella identificazione soggettiva, che significa, però, certezza virtuale ma non effettiva, perché la dichiarazione veicolata attraverso la firma digitale certifica solo che a quella firma corrisponde un determinato nominativo, così come si è registrato.

Se si vuole piena contezza della capacità del soggetto è necessario affidarsi all'atto pubblico informatico, dove è richiesta la presenza fisica delle parti, in modo da consentire al notaio di poter valutare di persona la capacità di intendere e di volere del soggetto, oltre che la sua identificazione già avvenuta attraverso la firma digitale.

In definitiva, se si vuole avere certezza che chi utilizza la firma digitale è il soggetto al quale è stato rilasciato il certificato sarà necessario affidarsi alla tecnica, che, attraverso processi biometrici, potrà assicurare che chi sta digitando sulla tastiera o chi è davanti al computer è l'effettivo titolare del certificato (riconoscimento facciale, iride dell'occhio, ecc.). Così come la richiesta di rispondere a determinate domande o di svolgere un certo procedimento che richiede una qualche attenzione potrà in qualche modo portare alla verifica della piena capacità di intendere e di volere. Ovviamente sempre che si abbia la certezza che il dichiarante corrisponde effettivamente in quel momento al titolare del certificato di firma digitale.

3. I nuovi requisiti caratterizzanti il negozio informatico

E siamo arrivati – attraverso un percorso rapido e semplificato – al punto che mi interessa evidenziare. Fin dai primi anni di diffusione del fenomeno informatico nella materia contrattuale, ci si è chiesto se si potesse continuare ad applicare la normativa ordinaria o fosse necessario emanare una normativa specifica. La scelta del legislatore è stata quella di adeguare la regolamentazione vigente alle peculiari esigenze emerse nella pratica operativa, con interventi mirati, anche se, in verità, estremamente limitati. Ed ecco così una legislazione attenta ad indicare come debba atteggiarsi il documento informatico per valere come scrittura privata o come atto pubblico. Una legislazione accompagnata da analitiche prescrizioni di carattere tecnico. Si pensi soprattutto alla più volte richiamata firma digitale.

Emerge allora che accanto ai requisiti essenziali tradizionali del negozio giuridico, quando si tratta del contratto informatico, subentrano taluni elementi di carattere tecnico che non possono essere considerati come meramente formali. Per intenderci, la peculiarità propria della forma elettronica rispetto a quella “scritta” tradizionale non esaurisce l'unico elemento “tecnico” nuovo di rilevanza giuridica che caratterizza il contratto.

Infatti, si vengono a manifestare nella pratica operativa due “livelli” di contrattazione con una diversa rilevanza giuridica. Uno più semplice e

maggiormente diffuso che effettivamente si caratterizza per un incontro di dichiarazioni e in cui l'imputazione soggettiva si risolve nella digitazione di un pin, una password, la carta di credito, il click sulla casella che appare a video e così via. I principi dell'affidamento e dell'autoresponsabilità bastano al "funzionamento" del contratto: le regole ordinarie dettate dal codice civile, dal codice del consumo e dalla disciplina dei contratti a distanza troveranno applicazione se e quando necessario.

Il secondo livello attiene al contratto informatico quando deve "garantire" che l'incontro delle volontà negoziali si realizzi senza il pericolo di interferenze ed intercettazioni esterne: ecco allora la firma digitale che cripta e quindi "blinda" l'intera dichiarazione negoziale. Nel contempo le parti devono poter contare sul legittimo "affidamento" che il contratto è stato "validamente" perfezionato e quindi non presenti vizi che ne possano inficiare la validità e conseguentemente l'efficacia.

Ed allora l'esposizione della disciplina giuridica del contratto informatico manifesta evidenti profili tecnici di novità che integrano sostanzialmente la struttura della dichiarazione negoziale stessa.

La forma elettronica caratterizza il contratto informatico, sicché il legislatore dei vari Stati europei (non tutti, in verità) è intervenuto per esplicitare a quali condizioni il documento informatico possa essere considerato equivalente alla scrittura privata, dal punto di vista sostanziale e probatorio, oltre che per regolamentare le firme elettroniche e quindi i vari criteri di imputazione della dichiarazione negoziale resa con strumenti informatici e telematici con differenti regimi sostanziali e probatori, pervenendo a soluzioni sostanzialmente analoghe nel rispetto dei principi posti dalle norme comunitarie in tema di firme elettroniche e di commercio elettronico.

Inoltre, la funzione elaborativa del programma (software), creatrice della volontà negoziale secondo parametri forniti in via generale dal contraente ma senza che questi possa pienamente e consapevolmente prevedere quale sarà il risultato di siffatta elaborazione che darà contenuto alla dichiarazione negoziale, costituisce l'ulteriore e altrettanto rilevante profilo di novità della disciplina del contratto informatico rispetto a quella generale del codice civile.

La tecnologia informatica entra in qualche modo nella struttura del contratto, tant'è che la sua "sicurezza" - attraverso la firma elettronica - sia nella fase di formazione che di trasmissione a distanza - ne viene a costituire un requisito essenziale. Infatti, lo stesso legislatore nella normativa speciale fa più volte riferimento a tale caratteristica, condizionandone l'equivalenza alla scrittura privata e all'atto pubblico. E' questo un primo profilo innovativo e caratteristico del contratto informatico, che ne rappresenta

l'elemento distintivo principale rispetto alla tradizionale disciplina generale del contratto disciplinato nel codice civile. Nello stesso tempo, la "sicurezza informatica" giustifica il ricorso al principio di autoresponsabilità, in misura ben maggiore rispetto a quanto generalmente avviene nella materia contrattuale. Infatti, in tal modo si supera quella diffidenza che *ex se* accompagna la figura del contratto informatico, in ragione dell'incorporalità propria del suo supporto.

Ma – come si è detto – l'utilizzazione della firma digitale – che associa univocamente e con certezza il titolare del certificato di firma digitale ad una persona fisica – non consente comunque di avere certezza che chi in quel momento firma digitalmente la dichiarazione sia effettivamente il titolare del certificato. Ancora una volta sarà una tecnologia più o meno sofisticata a rendere possibile una tale verifica che, sul piano giuridico, rafforzerà o svaluterà i principi dell'affidamento e dell'autoresponsabilità.

4. Conclusioni

A voler sintetizzare le conclusioni alle quali - conseguentemente al ragionamento fin qui condotto – necessariamente si perviene, può dirsi che esse si compendiano tutte nell'aggettivo "informatico". Voglio dire che per la validità ed efficacia del contratto informatico non è sufficiente verificare esclusivamente la sussistenza dei requisiti essenziali del negozio ai sensi della normativa del codice civile, ma è anche necessario che la dichiarazione resa informaticamente sia "sicura" e si possa identificare con adeguata certezza il soggetto dichiarante: soccorre in tal senso la firma digitale, ma con i limiti identificativi dianzi rilevati (e superabili solo con l'atto pubblico informatico).

Allora è necessario spingersi oltre la firma digitale e dare riconoscimento giuridico a quelle modalità tecniche che consentono l'identificazione certa del soggetto che in quel momento sta utilizzando la firma digitale o comunque sta esprimendo la dichiarazione informatica: tecniche biometriche di identificazione e processi valutativi della capacità di intendere e di volere. Il tutto sempre affiancato ai principi di affidamento e autoresponsabilità!

Se, infatti, l'informatica ha prodotto quella spersonalizzazione nei rapporti intersoggettivi che consente di celare la propria identità fisica dietro un "codice", un "numero" o una "password", nella piena e consapevole assunzione dei conseguenti rischi (principio di autoresponsabilità), quando poi si voglia pervenire ad una identificazione soggettiva "certa" del

dichiarante, le uniche tecniche alle quali si potrà fare ricorso e sulle quali si potrà fare legittimo affidamento sono quelle che provvedono ad un diretto e inconfondibile riconoscimento fisico (la voce, l'iride dell'occhio, l'impronta digitale): è importante che il legislatore intervenga prontamente, secondo l'ammonimento che già quarant'anni fa Guido Alpa esprimeva.