

Studio legale Fogliani

Avv. Prof. ENZO FOGLIANI
Avv. CRISTINA DE MARZI
Avv. MARCO BASILE
Avv. SONIA DE ANGELIS
Avv. VALERIA ALFANO
Avv. CHIARA LUNA
Dott. DANIELA BENTROVATO
Dott. CARLA FIORILLO

Telefax: (+39) 0635453501
Tel.: (+39) 0635346935 - 0635346975
Via Prisciano 42, 00136 Roma
E-mail: fog@fog.it
URL: <http://www.fog.it>

Roma, 30 giugno 2010

Spett.
NOtarOK srl
Via Privata della torre, 9
20127 Milano (MI)

Parere legale sul servizio NOtarOK

Con riferimento alla Vostra cortese richiesta di parere *pro veritate* sulla valenza legale del servizio "NOtarOK" da voi fornito su internet, osservo quanto segue.

Il servizio NOtarOK.

Il servizio NOtarOK consiste nella conferma del contenuto dei contratti e delle transazioni svolte su internet, con registrazione e conservazione in file non modificabili contenenti i dati delle parti, il contenuto del contratto e la data della sua conclusione. Detti file non modificabili di archiviazione dei dati sono tenuti a disposizione delle parti che hanno stipulato i relativi contratti, che possono quindi avere, anche in tempi successivi alla data di conclusione dell'accordo, una documentazione elettronica del contratto concluso.

Scopo e funzionamento del servizio NOtarOK.

Il servizio viene attivato su richiesta di chi offra servizi commerciali su internet e, in relazione a tale offerta commerciale, intenda garantire (sia a se stesso che ai propri clienti) la sicurezza e la possibilità di dimostrare anche in tempi successivi alla formazione dell'accordo che sia effettivamente avvenuta la conclusione del contratto ed il contenuto delle pattuizioni contrattuali.

In sostanza, dunque, il servizio NOtarOK svolge la funzione - attraverso un insieme di programmi e sistemi elettronici - di attestazione e conservazione certa ed immodificabile di contratti, patti, convenzioni, compromessi e/o accordi tra due o più soggetti identificabili. In questo senso, NOtarOK funge quindi da "*terzo testimone super partes*".

Quanto alle modalità di funzionamento del servizio in termini tecnici, il proponente, definito il contenuto del contratto o dell'accordo con l'utente/cliente, trasmette elettronicamente gli estremi dell'accordo in dettaglio a NOTarOK indicando un numero di telefono cellulare dell'utente/cliente e l'e-mail per la sottoscrizione da parte di quest'ultimo.

Una volta ricevuto (via web o altra forma elettronica) il contratto da parte del proponente, NOTarOK invia all'utente/cliente un messaggio sms al numero cellulare precedentemente indicatogli dal proponente, comunicando un "codice univoco" ed un "link operativo" (inviando copia di quest'ultimo anche via e-mail all'indirizzo dell'utente).

L'utente/cliente richiama il link ricevuto attraverso un unico tentativo di utilizzo (a perdere entro un lasso di tempo predefinito), visualizza il contenuto del contratto o dell'accordo in una pagina web così come inviato a NOTarOK dal proponente e, dopo avere preso lettura del contratto, inserisce a fondo della pagina di NOTarOK il "codice univoco" ricevuto via sms (da valersi quale "firma").

Una volta verificata la validità del codice univoco inserito dall'utente/cliente in calce alla pagina del contenuto del contratto, viene proposta una seconda pagina web con indicazione particolare delle clausole specifiche per le quali viene richiesto di immettere nuovamente il codice univoco (già a conoscenza dell'utente/cliente ed immesso nella prima pagina) con contestuale immissione di un secondo nuovo codice generato dal sistema che, solo visivamente e solo in quell'istante, risulta essere disponibile all'utente/cliente.

NOTarOK informa sia il proponente che l'utente/cliente del buon esito del processo, riproducendo il contenuto del contratto o accordo completi di tutti gli estremi in orario ed IP utilizzati in ogni fase da entrambe le parti, per l'invio dei quali utilizza posta elettronica certificata.

Da ultimo NOTarOK memorizza il tutto su supporto durevole immutabile, firmando digitalmente tutti gli estremi tecnici e gli integrali contenuti al fine di garantirne l'integrità ed apponendo la marca temporale per assicurarne gli estremi orari.

Quadro normativo in materia di "documento elettronico"

La rilevanza e validità del c.d. documento elettronico (quale *rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti*) e degli stessi contratti telematici si può far risalire al 1997 con la **Legge Bassanini** (art. 15 secondo comma L. n. 59/97: *gli atti, dati e documenti formati dalla pubblica amministrazione e dai privati con strumenti informatici o telematici, i contratti stipulati nelle medesime forme, nonché la loro archiviazione e trasmissione con strumenti informatici, sono validi e rilevanti a tutti gli effetti di legge*), sino ad arrivare alle piene conferme del **D.P.R. 445/2000** (sostitutivo del D.P.R. 513/1997) e, quindi, alla parziale rivoluzione contenuta nel **Codice dell'Amministrazione Digitale** (D. Lgs. 82/2005, successivamente mod. dal D. Lgs. 159/2006, a sua volta ulteriormente riformato nel corso del 2010), tanto che oggi si parla della piena validità dei contratti conclusi con strumenti informatici e telematici.

Qualche problema ha suscitato, in passato, l'applicazione dell'art. 11 del D.P.R. n. 513/1997 (riprodotto dal T.U. 445/2000) allorquando sembrava voler garantire efficacia giuridica ai soli contratti conclusi con l'utilizzo della "firma digitale". Ma sia l'art. 1322 c.c. sia lo stesso art. 15 della Bassanini rendono certa la piena validità dell'incontro di volontà

informatiche, a prescindere se esso sia corredato della firma digitale. L'art. 11 del T.U. n. 445/2000 (ormai abrogato) andava correttamente interpretato nel senso che il legislatore con questa norma non aveva voluto assolutamente mettere in dubbio la validità del contratto telematico sprovvisto di firma digitale, ma aveva voluto soltanto sottolineare che laddove era prevista dalla legge la forma scritta *ad substantiam* si rendeva necessario l'utilizzo della firma digitale.

Anche sul valore formale e probatorio delle e-mail si è animato in Italia un lungo dibattito dottrinale, in seguito all'emissione da parte di una certa giurisprudenza di merito di decreti ingiuntivi basati sulla sola produzione di semplici e-mail. Dibattito dai più ritenuto ingiustificato considerato che una manifestazione di volontà ha un valore giuridico a prescindere dal supporto che la contiene e dalla forma con cui viene espressa e dunque non c'è ragione per cui un messaggio di posta elettronica dal contenuto rilevante non possa essere preso in considerazione in un procedimento giudiziario.

Considerazioni sulla valenza giuridica del servizio NOtarOK.

Sulla base di siffatti presupposti ed evoluzioni legislative, si può ritenere che l'attività di certificazione oggetto del servizio NOtarOK sia giuridicamente rilevante ai fini che, per il tramite di detto servizio, le parti di un contratto telematico tendono a perseguire: la certezza del contenuto dell'accordo nonché della data della sottoscrizione e della identificazione dei soggetti stipulanti.

In buona sostanza, infatti, NOtarOK si interpone - quale terzo estraneo al rapporto contrattuale - tra proponente e utente/cliente svolgendo una funzione di vero e proprio "testimone" circa contenuto, data e parti dell'accordo.

Particolarmente interessante si rivela il sistema di identificazione e certificazione dei soggetti stipulanti l'accordo basato sul c.d. metodo della "firma qualificata", ossia una procedura informatica che garantisce la connessione univoca al firmatario, creata con mezzi sui quali il firmatario può esercitare e conservare un controllo esclusivo (il "codice univoco" inviato da NOtarOK al numero di utenza telefonica dell'utente/cliente il quale lo inserirà nella pagina web cui accede attraverso il "link operativo" inviatogli via e-mail da NOtarOK e, quindi, previo inserimento di ID e Password - a lui soltanto note - per l'accesso alla propria casella di posta elettronica).

Infatti, ai sensi dell'art. 20, comma 1-*bis* CAD (Codice dell'Amministrazione digitale) "L'idoneità del documento informatico a soddisfare il requisito della forma scritta è liberamente valutabile in giudizio, tenuto conto delle sue caratteristiche oggettive di **qualità, sicurezza, integrità ed immutabilità** (...)"; caratteristiche che il servizio NOtarOK effettivamente assicura garantendo l'identificabilità dell'autore del documento e la oggettiva immutabilità del suo contenuto memorizzando il tutto su supporto durevole, firmando digitalmente tutti gli estremi tecnici e gli integrali contenuti ed apponendo la marca temporale a garanzia degli estremi orari. Tali accorgimenti di carattere tecnico si ritiene siano sufficienti, a mente della normativa attualmente in vigore, a conferire al documento informatico così formato, il requisito della "forma scritta".

Tali caratteristiche di "sicurezza", "integrità" ed "immutabilità" presenti nel servizio NOtarOK e idonee a conferire il requisito della "forma scritta" all'accordo concluso on line, risultano utili anche in relazione al problema delle eventuali clausole vessatorie contenute nel contratto, cioè quelle clausole che pongono degli svantaggi particolarmente

onerosi a carico della controparte (come, ad esempio, limitazioni della responsabilità del venditore o deroghe alla competenza territoriale del giudice competente) e che sarebbero inefficaci nei confronti dei consumatori ove non specificatamente approvate per iscritto.

Infatti, nei contratti conclusi via internet - ed in particolare attraverso la compilazione di form on-line - è diffusa la pratica di far approvare le clausole vessatorie selezionando l'opzione "accetto", o simili, in apposito modulo informatico nel quale, al pari degli analoghi documenti cartacei, è riportata la formula con il richiamo alle clausole vessatorie in calce o separatamente dal testo contrattuale. Questa tecnica, seppur molto utilizzata, è stata ritenuta inidonea a soddisfare il requisito della forma scritta richiesto dall'art. 1341 c.c. Una delle prime decisioni che ha accolto questa tesi è quella del Giudice di Pace di Partanna (n. 15 del 2002), che si è trovato a decidere sulla validità di una clausola di un contratto concluso on-line.

In quel caso la clausola prevedeva la deroga alla competenza del Giudice a decidere sulle controversie relative al contratto, ed è stata ritenuta nulla, in quanto non sottoscritta specificamente, né con i mezzi tradizionali, né con l'utilizzo della "firma digitale". La legge richiede infatti la specifica approvazione per iscritto della clausola che prevede deroghe alla competenza dell'Autorità Giudiziaria. Quindi l'unica soluzione per sottoscrivere validamente la clausola, impiegando *form* da compilare ed accettare on-line, è – secondo la pronuncia in commento - quella dell'utilizzo della "firma digitale" o della "firma elettronica" che, ai sensi della normativa sopra richiamata, può intendersi soddisfatta mediante il ricorso alle tecniche del servizio NOTarOK, che per le sue caratteristiche di "sicurezza", "integrità" ed "immodificabilità", appare adatto a conferire il requisito della forma scritta all'accordo concluso telematicamente.

Naturalmente, se per un verso per i contratti con i consumatori occorrerebbe comunque la doppia sottoscrizione per le clausole rientranti nell'elencazione di cui all'art. 1341, Il co., c.c., per altro verso laddove la previsione contrattuale rientrasse nel novero di quelle definite vessatorie dagli artt. 33 ss. del codice del consumo e fosse quindi radicalmente nulla, tale rimarrebbe anche in presenza della doppia sottoscrizione per iscritto (a meno che non si dimostri che la clausola sia il frutto di una effettiva contrattazione tra il professionista ed il consumatore). Ration per cui il sistema NOTarOK assicura il requisito della sottoscrizione specifica per iscritto ex art. 1341, Il c.c., ma – come peraltro si spiega nelle condizioni generali di utilizzo pubblicate sul sito internet della società – senza entrare nel merito dell'accordo e quindi senza possibilità di incidere sulla radicale nullità di una clausola vessatoria.

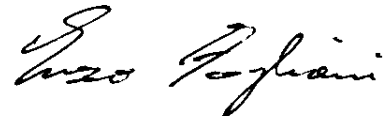
Le tecniche di sicurezza informatica e di conservazione sostitutiva di documenti caratterizzanti il servizio NOTarOK (codice univoco, invio sms all'utenza telefonica del cliente, link operativo, generazione di un secondo codice, memorizzazione del contratto su supporto durevole, apposizione di marche temporali) consentono altresì di superare la critica mossa dalla non remota sentenza numero 2912/2004 della Cassazione in merito all'acquisizione probatoria di documenti informatici pubblicati on-line secondo la quale "*le informazioni tratte da una rete telematica sono per natura volatili e suscettibili di continua trasformazione e [...] va esclusa la qualità di documento in una copia su supporto cartaceo che non risulti essere stata raccolta con garanzia di rispondenza all'originale e di riferibilità a un ben individuato momento*".

In ultima analisi possiamo affermare che in un settore ed in una situazione in cui l'utilizzo degli strumenti certificanti e legislativamente regolamentati stenta a decollare, soprattutto nel settore privato (vedi firma digitale), un sistema di certificazione sostanziale

e tecnica (e quindi non solo formale) dei processi di negoziazione on-line effettuata da terze parti fidate (come NOtarOK) può condurre a ritenere giuridicamente rilevante la validazione legale dell'intera procedura di e-commerce e, più in generale, delle manifestazioni di volontà espresse telematicamente.

NOtarOK agisce quindi in veste di ente certificatore del processo di negoziazione telematica offrendo un servizio dal punto di vista tecnico idoneo a validare i dati informatici scambiati nell'ambito di una contrattazione B2C (*Business to Consumer*) attraverso documenti informatici statici e quindi non modificabili da portare in conservazione sostitutiva automatica.

Nel confermarmi a disposizione per ogni chiarimento ritenuto opportuno, invio cordiali saluti.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Enzo Fogliani', written in a cursive style.

(Enzo Fogliani)