IANUS
Diritto e Finanza
UNIVERSITÀ DI SIENA 1240
Quaderni
https://www.rivistaianus.it
ISSN: 1974-9805
Quaderni - 2020

A CHI SERVE UNA METAMORFOSI EMERGENZIALE DEI CONTRATTI FINANZIARI?

Gian Luca Greco

A CHI SERVE UNA METAMORFOSI EMERGENZIALE DEI CONTRATTI FINANZIARI?

Gian Luca Greco

Ricercatore di Diritto dell'economia,
Università degli Studi di Milano

1. La forma nei contratti finanziari (cenni)

Il formalismo contrattuale è ormai da decenni tratto caratterizzante nell'ambito dei servizi bancari, di investimento, di pagamento. Insomma, nella prestazione dei servizi finanziari intesi in senso ampio[1].

Agli inizi degli anni Novanta il legislatore italiano introduce l'obbligo di forma scritta per i contratti (intendendosi per essi i contratti-quadro e non i successivi atti dispositivi)[2] relativi alle attività svolte dalle società di intermediazione mobiliare[3], nonché ai servizi ed operazioni esercitati dalle banche[4].

Le conseguenze dell'inosservanza del suddetto obbligo non erano state previste dalle ormai abrogate l. 1/1991 e l. 154/1992, ma la giurisprudenza senza troppe esitazioni si era poi andata orientando verso il riconoscimento di una fattispecie di nullità "virtuale" *ex* art. 1418, comma 1, c.c.[5].

---

[1] La dottrina che si è occupata del tema è ormai molto vasta. Si veda, tra gli altri, IRTI N., *Idola libertatis. Tre eccezioni sul formalismo giuridico*, Milano, 1985; LENER R., *Forma contrattuale e tutela del contraente non qualificato*, Milano, 1996; PERLINGIERI P., *Note critiche sul rapporto tra forma negoziale e autonomia*, in *La forma degli atti nel diritto civile. Studi in onore di Michele Giorgianni*, Napoli, 1988, p. 569 ss.; SARTORI F., *Le regole di condotta degli intermediari finanziari*, Milano, 2004, p. 230 ss..; ZENO-ZENCOVICH V., *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra diritto commerciale e diritto dei consumatori)*, in *Giur. it.*, 1993, p. 57 ss.

[2] In tal senso, per quel che concerne la prestazione dei servizi di investimento, si vedano tra le altre: Cass. 19759/2017; Cass. 16053/2016; Cass. 3950/2016; Cass. 384/2012; Cass. 28432/2011.

[3] Cfr. artt. 6, lett. c) e 8, lett. a) (per la gestione di patrimoni, in particolare), l. 1/1991. L'obbligo in parola è stato poi ribadito all'art. 18 del d.lgs. 415/1996 e, infine, agli artt. 23 e 24 (per la gestione di patrimoni) del d.lgs. 58/1998 (di seguito anche "TUF"), ove ad oggi è disciplinato.

[4] Cfr. dapprima art. 3, l. 154/1992 e art. 21, l. 142/1992 (per il credito al consumo). Oggi si veda: art. 117 (per servizi e operazioni bancarie); art. 120-*noviesdecies* (per credito immobiliare ai consumatori); art. 125-*bis* (per credito ai consumatori); art. 126-*quinquies* (per servizi di pagamento), d.lgs. 385/1993 (di seguito anche "TUB").

[5] Sulla distinzione tra i rimedi per violazioni di norma di validità del contratto e norme di comportamento delle parti si veda soprattutto Cass. 19024/2005 nonché le sentenze gemelle Cass. S.U. 26724/2007 e Cass. S.U. 26725/2007.

Nel passaggio al TUB e al TUF è invece espressamente introdotta la sanzione di nullità del contratto laddove esso non sia redatto per iscritto. Trattasi di un regime di nullità di protezione, poiché la nullità può essere fatta valere solo dal cliente e può operare solo a suo vantaggio[6].

Un recente arresto della Corte di Cassazione a sezioni unite pare possa incidere decisamente sul tradizionale orientamento rigoroso della giurisprudenza in merito ai vizi formali nei contratti finanziari, grazie alla valorizzazione del principio di proporzionalità e dei comportamenti concludenti delle parti[7].

2. Gli interventi del legislatore sul formalismo contrattuale in risposta all'emergenza Covid-19

La situazione di emergenza conseguente all'epidemia di Covid-19 ha comportato, nella fase più critica, il blocco di gran parte delle attività produttive e la pesante limitazione di alcune libertà fondamentali dei cittadini, tra le quali la libertà di circolazione.

In tale contesto i servizi bancari e finanziari sono stati riconosciuti quali servizi essenziali e, dunque, sono stati sottratti al temporaneo divieto di esercizio che in altri settori è stato imposto. Ciò nonostante, la vigorosa spinta al lavoro a distanza che le autorità hanno impresso e la necessità di osservare severe misure di distanziamento fisico hanno provocato un rallentamento significativo delle attività svolte nelle filiali bancarie e la sostanziale impossibilità di svolgere attività fuori sede.

---

[6] Cfr. art. 23, comma 3, TUF e art. 127, comma 2, TUB. Sul punto si consenta il rinvio a GRECO G.L., *Commento all'art. 127*, in F. Belli, M. Porzio, M. Rispoli, V. Santoro (a cura di), *Commentario al testo unico bancario, Addenda di aggiornamento al d.lgs. 141/2010 e 218/2010*, Milano, 110. In giurisprudenza si veda Corte di Giustizia, 4 giugno 2009, C-243/08, *Pannon* e Cass. S.U., 12 dicembre 2014, n. 26242 e n. 26243, con nota di DELLI PRISCOLI L., *Rilevabilità d'ufficio delle nullità di protezione, contraente debole e tutela del mercato*, in *Giur. comm.*, 2015, 976.

[7] La Corte di Cassazione si è inizialmente orientata, in via prevalente e a sezione semplice, per la nullità del contratto-quadro concluso con scambio di corrispondenza quando viene prodotto in giudizio il solo modulo sottoscritto dal cliente, sia per quel che concerne la prestazione di servizi di investimento (Cass. 3623/2016; 5919/2016; 7068/2016; 8395/2016; 8396/2016; 10331/2016), che con riguardo a servizi bancari (Cass. 36/2017; *contra* Cass. n. 4564/2012). Le Sezioni Unite (Cass. S.U. 898/2018; Cass. S.U. 1200/2018; Cass. S.U. 1201/2018; Cass. S.U. 1653/2018) hanno successivamente ribaltato tale interpretazione, ritenendo che «il requisito della forma scritta del contratto-quadro relativo ai servizi di investimento, disposto dall'art.23 del d.lgs. 24/2/1998, n. 58, è rispettato ove sia redatto il contratto per iscritto e ne venga consegnata una copia al cliente, ed è sufficiente la sola sottoscrizione dell'investitore, non necessitando la sottoscrizione anche dell'intermediario, il cui consenso ben si può desumere alla stregua di comportamenti concludenti dallo stesso tenuti». Sul recente arresto delle Sezioni Unite cfr., per tutti, NATOLI R., *Una decisione non formalistica sulla forma: per le Sezioni Unite il contratto quadro scritto, ma non sottoscritto da entrambe le parti, è valido*, in *Società*, n. 4, 2018, p. 491; MIRONE A., *Le Sezioni Unite e il contratto c.d. mono-firma*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, II, 2018, p. 275; PAGLIANTINI S., *Forma o modalità di un'informazione materializzata? Le SS.UU. ed una interpretazione normalizzatrice dell'art. 23 T.U.F.*, in *Contratti*, 2018, p. 143; DI MAJO A., *Contratto di investimento mobiliare: il "balletto" delle forme*, in *Giur. it.*, 2018, p. 569.

Per temperare tali difficoltà e assicurare la continuità nell'erogazione dei servizi finanziari e nell'offerta dei prodotti alla clientela da parte di banche e altri intermediari, il legislatore è intervenuto in due distinte occasioni sulle modalità di conclusione dei contratti finanziari, a distanza di poco più di un mese l'una dall'altra.

L'art. 4 del d.l. 8 aprile 2020, n. 23 (c.d. "Decreto Liquidità") detta disposizioni speciali semplificate per la sottoscrizione dei contratti e per le comunicazioni relative ai servizi bancari, finanziari e di pagamento disciplinati dal TUB.

Promosso dalle associazioni di categoria, che avevano tempestivamente evidenziato i limiti oggettivi del provvedimento sopra ricordato, il d.l. 19 maggio 2020, n. 34 (c.d. "Decreto Rilancio") ha poi esteso (art. 36) le modalità semplificate già previste dal Decreto Liquidità alle attività e ai servizi di investimento nonché al collocamento di prodotti finanziari e quote di organismi di investimento collettivo in valori mobiliari[8].

Sul piano generale, la semplificazione apportata dai decreti suddetti è rappresentata da un allargamento, pur temporaneo, delle modalità tecniche di sottoscrizione del documento informatico[9], al fine di definirne la validità ed efficacia probatoria.

In particolare, i decreti emergenziali sono indirettamente intervenuti sull'art. 20, comma 1, primo periodo, del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 (c.d. "Codice dell'amministrazione digitale" o "CAD"), ai sensi del quale il documento informatico soddisfa il requisito della forma scritta e ha l'efficacia prevista dall'art. 2702 c.c. quando vi è apposta una firma digitale, un altro tipo di firma elettronica qualificata o una firma elettronica avanzata o, comunque, è formato, previa identificazione informatica dell'autore della firma, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'Agenzia per l'Italia Digitale (di seguito anche "AgID") ai sensi dell'art 71 del CAD[10], in modo da garantirne la sicurezza, integrità e immodificabilità e, in maniera manifesta e inequivoca, la sua riconducibilità all'autore[11].

L'art. 4 del Decreto Liquidità e l'art. 36 del Decreto Rilancio equiparano alla

---

[8] Per quanto qui non se ne tratti, occorre ricordare che l'art. 36, comma 2, del Decreto Rilancio prevede che la disciplina prevista per i contratti bancari, finanziari, di pagamento e di prestazione dei servizi di investimento si applichi anche ai fini dell'art. 165 del d.lgs. 209/2005 e dell'art. 1888 c.c. per quel che riguarda i contratti di assicurazione, ove la forma scritta non è prescritta *ad substantiam* ma *ad probationem*. In dottrina si rinvia, tra gli altri, a CANDIAN A.D., *Forma e assicurazione*, Milano, 1988, *passim*; LANDINI S., *Formalità e procedimento contrattuale*, Milano, 2008, *passim*; LANDINI S., *Commento sub art. 1888*, in D. Valentino (a cura di), *Commentario del Codice Civile*, diretto da E. Gabrielli, vol. IV, 2011, p. 76 ss.

[9] Ossia, ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. p) del d.lgs. 82/2005, «il documento elettronico che contiene la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti».

[10] Ai sensi dell'art. 71 del CAD, l'AgID adotta, aggiorna o modifica le Linee guida contenenti le regole tecniche e di indirizzo per l'attuazione del CAD.

[11] L'art. 20, comma 1, del CAD prevede inoltre che, laddove non sia apposta una firma digitale, elettronica qualificata o avanzata o, ancora, conforme ai requisiti stabiliti dall'AgID, «l'idoneità 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, integrità e immodificabilità. La data e l'ora di formazione del documento informatico sono opponibili ai terzi se apposte in conformità alle Linee guida».

firma digitale, ad altra firma elettronica qualificata o avanzata e alla firma conforme ai requisiti fissati dall'AgID l'espressione del consenso prestato dal cliente mediante un inedito processo, che prevede fondamentalmente l'utilizzo di un indirizzo di posta elettronica non certificata e di un documento di riconoscimento del contraente.

In estrema sintesi, il soggetto che voglia concludere un contratto per accedere ai servizi bancari, finanziari, di pagamento e di investimento prestati dall'intermediario dovrà esprimere il proprio consenso mediante un messaggio inviato dal proprio indirizzo di posta elettronica ordinaria (ovvero con altro strumento idoneo). Il consenso dovrà fare riferimento ad un determinato contratto individuato in modo certo e dovrà essere accompagnato dalla copia di un documento di riconoscimento in corso di validità[12]. Infine, il messaggio di posta elettronica e i suddetti allegati dovranno essere conservati con modalità che assicurino sicurezza, integrità e immodificabilità.

I Decreti Liquidità e Rilancio prescrivono anche specifiche modalità di adempimento degli obblighi di consegna della copia del contratto e della documentazione informativa[13]: tali documenti dovranno essere messi a disposizione del cliente su supporto durevole (ad esempio, su file in formato .pdf) e, successivamente, consegnati in formato cartaceo alla prima occasione utile al termine dello stato di emergenza.

Infine, le modalità semplificate per la conclusione dei contratti possono essere utilizzate dal cliente anche per esercitare il diritto di recesso previsto dalla legge.

3. Luci ed ombre della miniriforma dei contratti finanziari

Il processo sopra sinteticamente descritto avrà presumibilmente vita breve, non potendo essere utilizzato, con l'efficacia di cui all'art. 20, comma 1, primo periodo, del CAD, oltre il 31 luglio 2020 (data nella quale terminerà, salvo ulteriori proroghe, il periodo di emergenza decretato dal Consiglio dei Ministri il 31 gennaio 2020). Per tale ragione non è detto che gli intermediari ne facciano largo uso, in considerazione del fatto, tra l'altro, che i costi necessari per consentirne l'adozione nell'organizzazione aziendale potrebbero superare i benefici ipotizzabili in termini di nuovi contratti aperti.

In secondo luogo, anche se nell'auspicio del legislatore il processo descritto nei decreti emergenziali dovrebbe semplificare la modalità di sottoscrizione del documento informatico rappresentato dal contratto relativo alla prestazione di servizi bancari, finanziari, di pagamento e di investimento, in concreto emergono profili di sostanziale incertezza, che potrebbero rivelarsi addirittura critici al

[12] Si può ipotizzare, ad esempio, che tanto il testo contrattuale quanto il documento di riconoscimento siano allegati al messaggio di posta elettronica con cui è stato espresso il consenso.

[13] Tra cui, ad esempio, il documento di sintesi, il modulo contenente le "Informazioni europee di base sul credito ai consumatori" o il prospetto informativo.

momento dell'eventuale produzione in giudizio del contratto così formato[14].

3.1. Le incertezze sull'ambito oggettivo

Come anticipato, tanto il Decreto Liquidità quanto il Decreto Rilancio hanno affrontato il tema dell'accesso "a distanza" ai servizi bancari, finanziari, di pagamento e di investimento, introducendo innanzi tutto una modalità alternativa di conclusione dei contratti in via telematica, rispetto a quanto previsto dal CAD, che si sostanzia nella produzione di un documento informatico che comunque soddisfi il requisito della forma scritta e abbia l'efficacia di scrittura privata ai sensi dell'art. 2702 c.c.[15].

Il legislatore ha quindi rinviato a tale modalità alternativa ai fini del rispetto di alcune norme speciali del TUB e del TUF in ordine all'obbligo di forma scritta del contratto.

In particolare, nell'art. 4 del Decreto Liquidità si fa espresso riferimento agli artt. 117, 125-*bis*, 126-*quinquies* e 126-*quinquiesdecies* del TUB, che rispettivamente disciplinano (perlopiù con rinvio all'art. 117) i contratti bancari e finanziari (tra cui, ad esempio, il conto corrente, il deposito, i finanziamenti nelle varie forme tecniche, i crediti di firma, le garanzie ricevute), il credito ai consumatori, i servizi di pagamento e, infine, il servizio di trasferimento dei conti di pagamento.

Occorre notare che, sorprendentemente, non vi è alcun riferimento all'art. 120-*noviedecies*, che prevede, tra l'altro, l'applicabilità dell'art. 117 ai contratti di

---

[14] Per consolidata giurisprudenza formatasi sulla questione della capitalizzazione degli interessi bancari, la prescrizione decennale delle operazioni a valere su di un conto corrente inizia a decorrere dalla estinzione del rapporto. Una posizione analoga si rinviene ormai anche per quel che riguarda le operazioni ed i contratti quadro per la prestazione di servizi di investimento su strumenti finanziari. Di conseguenza, è assai probabile che la "prova di resistenza" giudiziale dei contratti conclusi con le modalità semplificate di cui ai Decreti Liquidità e Rilancio sarà effettuata nei tribunali anche tra molti anni, quando i giudici potrebbero avere un lontano ricordo dei tempi del Covid-19 e delle difficoltà allora sperimentate, non trovando così ragione per discostarsi da un vaglio di conformità ispirato all'abituale rigore formalistico.

[15] È stato osservato, in proposito (Bonfanti B., *La stipulazione dei contratti bancari via e-mail. A proposito dell'art. 4 del «decreto liquidità»*, 7 maggio 2020, in dirittobancario.it), che «l'interpretazione sistematica della [suddetta] norma esclude l'attribuzione degli effetti disposti dall'art. 2702 c.c. all'indirizzo di posta elettronica non certificato», in quanto risulterebbe impossibile «procedere alla verificazione dell'*e-mail ex* art. 216 c.p.c., in assenza di scritture tra le quali poter effettuare una comparazione». Di conseguenza, l'Autore conclude per l'applicazione dell'art. 20, comma 1, secondo periodo (e non primo periodo, come recita l'art. 4 del Decreto Liquidità) del CAD, per cui il documento informatico formato secondo la norma in commento sarebbe, per quel che concerne il requisito della forma scritta e il valore probatorio, liberamente valutabile in giudizio, tenendo conto delle concrete caratteristiche di sicurezza, integrità e immodificabilità. Contro tale interpretazione depone anzitutto la lettera della norma (replicata nell'art. 36 del Decreto Rilancio), corroborata dal fatto che la comparazione *ex* art. 216 c.p.c. assume connotati peculiari, in generale, per tutti i documenti informatici, compresi quelli sottoscritti con firma elettronica qualificata o avanzata, per esempio, sui quali non si possono nutrire dubbi circa l'efficacia di scrittura privata *ex* art. 2702 c.c.

credito immobiliare ai consumatori.

Potrebbe in proposito ritenersi che l'omissione sia voluta, trattandosi di contratti che in larghissima parte sono stipulati con scrittura privata a sottoscrizione autenticata *ex* art. 2703 c.c. (se non con atto pubblico), al fine di ottemperare alle vigenti norme in materia di iscrizione ipotecaria[16]. Pare da escludersi, infatti, che un notaio possa autenticare la sottoscrizione nell'ipotesi in cui il consenso sia espresso mediante una semplice mail inviata dall'indirizzo di posta elettronica ordinaria del cliente.

Ciò detto, non risulta però che i contratti di credito immobiliare ai consumatori debbano essere immancabilmente assistititi da garanzia ipotecaria. A ben vedere, infatti, l'art. 120-*quinquies*, comma 1, lett. c) del TUB definisce come "contratto di credito" un contratto con il quale è concesso un credito sotto forma di dilazione di pagamento, di prestito o di altra facilitazione finanziaria non solo «quando il credito è garantito da un'ipoteca sul diritto di proprietà o su altro diritto reale avente a oggetto beni immobili residenziali» ma anche quando «è finalizzato all'acquisto o alla conservazione del diritto di proprietà su un terreno o su un immobile edificato o progettato».

Può dunque qualificarsi come credito immobiliare ai consumatori, ad esempio, anche un credito non garantito da ipoteca, quale un finanziamento chirografario o, magari, assistito da altra garanzia reale (come un pegno) o personale (ad esempio, una fideiussione o una garanzia bancaria), purché diretto a finanziare la compravendita (ma non la ristrutturazione, *ex* art. 120-*sexies*) di un immobile, anche da edificare, o di un terreno.

Per quel che concerne queste ipotesi non vi è alcun obbligo di autenticazione della firma sulla scrittura privata relativa al finanziamento e/o alla garanzia: di conseguenza, non vi sarebbero impedimenti giuridici all'utilizzo della modalità semplificata di espressione del consenso del cliente disciplinata dall'art. 4 del Decreto Liquidità[17].

Il dato formale dell'omessa indicazione dell'art. 120-*quinquies* nell'ambito della suddetta norma potrebbe dunque essere superato con una lettura sostanziale della disposizione, avvalorata dalla circostanza che, anche in questo caso, l'obbligo di forma scritta è prescritto mediante rinvio all'art. 117, con riferimento al quale non vi sono dubbi che la nuova modalità semplificata possa essere applicabile. D'altra parte, il tradizionale rigore con il quale si muove la giurisprudenza laddove si discuta di formalismo contrattuale nei servizi bancari e finanziari dovrebbe spingere a muoversi con prudenza e a prestare attenzione ad altre modalità di conclusione del contratto.

[16] Cfr. art. 2835 c.c.

[17] Semmai possono porsi dubbi circa l'opportunità di utilizzo della modalità semplificata in ragione del rischio legale o di non conformità che ne deriverebbe.

3.2. La geometria variabile del perimetro soggettivo

Circa il perimetro soggettivo delle nuove norme si osserva una sensibile differenza tra quanto previsto dal Decreto Liquidità per i contratti bancari, finanziari e di pagamento, e quanto, invece, dal Decreto Rilancio con riguardo alle attività e ai servizi di investimento nonché al collocamento di prodotti finanziari e quote di organismi di investimento collettivo in valori mobiliari.

L'art. 36 del Decreto Rilancio si riferisce al "cliente" senza alcuna specificazione, disponendo dunque, in accordo con le categorie del TUF e dei relativi provvedimenti secondari, che la nuova modalità semplificata possa essere adottata per la conclusione dei contratti con investitori al dettaglio (consumatori o meno) e investitori professionali (di diritto o a richiesta), comprese le controparti qualificate[18].

La scelta di includere la categoria degli investitori professionali è discutibile, dato che appare quanto meno singolare che essi non siano già in possesso di una firma digitale, qualificata o elettronica avanzata, con cui ottemperare in pieno agli obblighi formali previsti dal TUF sulla base di quanto previsto dall'art. 20, comma 1, primo periodo del CAD[19].

Per quel che riguarda i contratti bancari, finanziari e di pagamento, invece, il legislatore ha previsto che la nuova modalità semplificata sia applicabile nei soli rapporti con i clienti al dettaglio[20].

In assenza di una definizione dell'anzidetta categoria nel Decreto Liquidità, è d'uopo rifarsi alla nozione di "clientela al dettaglio" riportata nelle Disposizioni in materia di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari e di correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti, emanate da Banca d'Italia in data 29 luglio 2009 in attuazione del Titolo VI del TUB. Tra i clienti al dettaglio rientrano, in particolare, i consumatori, le persone fisiche che svolgono attività professionale o artigianale, gli enti senza finalità di lucro, le micro-imprese[21].

Il perimetro soggettivo della clientela che può accedere alle semplificazioni introdotte dal Decreto Liquidità è dunque definito secondo logiche più coerenti rispetto alla dichiarata finalità di favorire l'accesso ai servizi da parte di persone

---

[18] Cfr. Relazione Illustrativa, Decreto Rilancio, p. 70, ove si afferma esplicitamente che la disciplina in commento «si applica ai rapporti contrattuali relativi a tutte le categorie di clienti».

[19] Tanto è vero che la Relazione Illustrativa al Decreto Rilancio (*ibidem*) precisa che la disciplina in deroga «opera principalmente nell'interesse della clientela al dettaglio, potenzialmente più esposta alle limitazioni imposte dalla crisi nell'accesso ai servizi finanziari, in quanto non sempre in possesso delle dotazioni e strumentazioni informatiche e telematiche necessarie alla conclusione a distanza dei relativi contratti».

[20] Cfr. art. 4, Decreto Liquidità.

[21] Trattasi delle imprese che possiedono i requisiti previsti dalla raccomandazione della Commissione europea 2003/361/CE del 6 maggio 2003, ovvero i requisiti individuati con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze attuativo delle misure adottate dalla Commissione europea ai sensi dell'articolo 84, lettera b), della direttiva 2007/64/CE. Nello specifico, è ricompresa in tale categoria l'impresa che occupa meno di 10 persone e realizza un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiori a 2 milioni di euro.

«non sempre in possesso delle dotazioni e strumentazioni informatiche e telematiche necessarie alla conclusione del contratto a distanza»[22].

D'altra parte, è noto che tanto i professionisti iscritti agli albi ed elenchi istituiti con legge dello Stato, quanto le imprese costituite in forma societaria hanno da tempo l'obbligo, ai sensi del d.l. 185/2008, convertito in l. 2/2009, di dotarsi e rendere pubblico un indirizzo di posta elettronica certificata (PEC). Parimenti, molti ordini professionali e Camere di Commercio richiedono agli iscritti, anche in forma di imprese individuali, l'utilizzo di una firma digitale per accedere a servizi essenziali[23].

La categoria dei clienti al dettaglio è assai eterogenea per quel che concerne l'effettivo possesso di strumenti informatici idonei alla contrattazione a distanza, e di ciò il Decreto Liquidità non pare tenerne conto, allineando verso il basso il profilo tecnologico della potenziale clientela.

Certo, dal punto di vista degli intermediari è vero che la possibilità che la nuova modalità semplificata sia utilizzabile anche laddove i clienti possano avvalersi di modalità più avanzate di espressione del consenso (quale la firma digitale) o di servizi di trasmissione (come la posta certificata) potrebbe rappresentare un'opportunità aggiuntiva, piuttosto che un ostacolo.

Questa considerazione non tiene però conto del fatto che i processi aziendali per la contrattazione a distanza devono essere quanto più possibile standardizzati, richiedendo significativi investimenti, tanto per la costruzione quanto per la manutenzione: la molteplicità dei canali di operatività a distanza accresce dunque i costi ed i relativi rischi, disincentivandone l'adozione da parte degli intermediari.

Inoltre, non tutti i canali presentano i medesimi rischi legali e di non conformità e, come vedremo *infra*, la modalità di manifestazione del consenso introdotta dai decreti emergenziali mostra significative criticità aggiuntive rispetto a quelle previste dal CAD, che avrebbero potuto essere almeno in parte evitate laddove il legislatore avesse escluso le categorie sicuramente dotate di strumenti tecnologicamente più avanzati e sicuri (firma digitale e PEC).

3.3. Le criticità del nuovo processo di conclusione dei contratti a distanza

Il processo di espressione del consenso alla stipula del contratto (e all'eventuale recesso dallo stesso) introdotto dall'art. 4 del Decreto Liquidità e dall'art. 36 del Decreto Rilancio è assolutamente speculare, per cui sarà commentato unitariamente.

In primo luogo, si è dell'avviso che le modalità semplificate per la conclusione dei contratti rappresentino un'opportunità, e non un obbligo per gli intermediari, per favorire l'accesso ai servizi finanziari in presenza di norme eccezionali di distanziamento sociale e limitazione alla libertà di circolazione.

Non vi è infatti alcun elemento normativo che, anche implicitamente, porti a ritenere che l'intermediario sia soggetto ad un obbligo a contrarre, laddove il

[22] Cfr. Relazione Illustrativa, Decreto Liquidità, p. 5.
[23] Cfr. art. 3-*bis*, commi 01 e 1, del CAD.

cliente abbia inoltrato una proposta contrattuale secondo il processo introdotto dai recenti decreti-legge.

Nel contesto emergenziale di cui si discute, peraltro, la nuova relazione sarebbe instaurata necessariamente a distanza, apportando un ulteriore fattore di rischio (quanto meno in termini di identificazione e, più in generale, di adeguata verifica della clientela) che deve essere attentamente ponderato dall'intermediario e che potrebbe legittimare un rifiuto all'apertura del rapporto nel caso in cui sussista il sospetto, per esempio, di una possibile truffa (per furto d'identità, tipicamente) o si riscontri un alto rischio di riciclaggio[24].

Quest'ultima considerazione deve essere confermata, in ultima analisi, anche per il conto di pagamento di base, o "conto di base", nonostante in questo caso il TUB preveda che «tutti i consumatori soggiornanti legalmente nell'Unione europea, senza discriminazioni e a prescindere dal luogo di residenza» abbiano diritto all'apertura di un conto di base[25].

A fronte di tale diritto sussiste un obbligo di offerta del conto di base a carico di banche, Poste Italiane s.p.a. e di tutti gli altri prestatori di servizi di pagamento abilitati ad offrire servizi a valere su un conto di pagamento[26].

A ben vedere, infatti, il diritto al conto con caratteristiche di base non è assoluto, ma deve inserirsi nelle casistiche e modalità indicate dal TUB[27]. A tal proposito, l'intermediario può rifiutare l'apertura di tale tipologia di conto non solo quando il cliente non risulti consumatore o sia già titolare di un conto di pagamento, ma anche quando non può assicurarsi il rispetto degli obblighi previsti dalle disposizioni antiriciclaggio[28].

Va da sé, quindi, che anche laddove un consumatore utilizzi le modalità semplificate di conclusione del contratto previste dai decreti emergenziali per richiedere l'apertura di un conto di base, l'intermediario potrebbe trovarsi costretto a rifiutare la proposta per impedimenti connessi agli adempimenti antiriciclaggio.

Un ulteriore aspetto critico è individuabile nella genericità di alcune indicazioni inserite nei Decreti Liquidità e Rilancio.

Facciamo riferimento, in primo luogo, alla disposizione secondo cui il cliente può esprimere il consenso utilizzando il proprio indirizzo di posta elettronica «o con altro strumento idoneo», senza che la legge fornisca alcun elemento per la valutazione dell'idoneità di tale strumento.

Ricordando che la posta elettronica è sostanzialmente un sistema di

---

[24] La vigente disciplina di contrasto al riciclaggio del denaro e al finanziamento del terrorismo (d.lgs. 231/2007 e relative disposizioni attuative) prevede che i soggetti obbligato valutino l'applicazione di misure rafforzate di adeguata verifica della clientela connesse ad un rischio elevato di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo anche nel caso in cui sia richiesta l'apertura di rapporti continuativi non assistiti da procedure di identificazione elettronica sicure e regolamentate ovvero autorizzate o riconosciute dall'Agenzia per l'Italia digitale (art. 24, comma 2).

[25] Cfr. art. 126-*noviesdecies*, comma 2, TUB.

[26] Cfr. art. 126-*noviesdecies*, comma 1, TUB.

[27] Cfr. ancora art. 126-*noviesdecies*, comma 2, TUB.

[28] Così argomentando dall'art. 126-*vicies*, comma 1, TUB.

comunicazione informatico, si è dell'avviso che anche il portale web di un intermediario possa essere un'alternativa valida, laddove permetta al cliente di comunicare con l'intermediario mediante l'*upload* dei documenti richiesti (documento di riconoscimento e testo contrattuale) e la compilazione di un *format* semplificato per la manifestazione del consenso alla conclusione del contratto.

Se è vero che un siffatto portale web non consente di verificare che colui che procede all'inserimento dei dati e dei documenti sia effettivamente la persona che intende richiedere il nuovo servizio finanziario, altrettanto può dirsi per il messaggio inviato da un generico indirizzo di posta elettronica ordinaria, che non dà modo al destinatario di aver alcuna certezza sull'identità del mittente.

Questa considerazione introduce anche la questione dell'identificazione del nuovo cliente ai fini della disciplina antiriciclaggio. Quando il cliente non è già stato identificato di persona dall'intermediario in occasione dell'apertura di un precedente rapporto (per esempio, un deposito a risparmio), occorrerà procedere con un'identificazione a distanza, per la quale non è sufficiente il mero invio della copia del documento di riconoscimento e del tesserino sanitario (o codice fiscale): la vigente normativa prevede infatti che l'intermediario effettui riscontri ulteriori sui dati acquisiti rispetto all'accertamento dell'autenticità e della validità del documenti di identità, secondo modalità ritenute opportune in relazione al rischio specifico della relazione[29]. Tra le modalità suggerite da Banca d'Italia, pur a titolo esemplificativo, non è ricompreso l'invio di un messaggio da un indirizzo di posta elettronica ordinaria[30], per cui l'intermediario dovrebbe integrare il processo di conclusione del contratto con una fase ulteriore rispetto a quanto previsto dai decreti emergenziali, ovvero assumersi il rischio (anche sanzionatorio) che la procedura sia giudicata carente dal punto di vista della legislazione antiriciclaggio.

Anche per quel che concerne i profili civilistici della manifestazione del consenso vi sono molte incertezze.

Viene in rilievo, innanzi tutto, la questione dell'approvazione specifica delle clausole onerose *ex* artt. 1341 e 1342 c.c. e di ogni pattuizione contrattuale per la quale ciò è richiesto dalla disciplina speciale (come, ad esempio, per la clausola di *ius variandi ex* art. 118 TUB). Nell'aderire alla tesi per cui anche in un documento informatico è richiesta una forma di manifestazione del consenso che contempli la specifica approvazione di talune clausole (oltre che l'approvazione del regolamento

[29] Cfr. Banca d'Italia, *Disposizioni in materia di adeguata verifica della clientela e per il contrasto del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo*, 30 luglio 2019, Parte Seconda, Sez. VIII.

[30] *Ibidem*. In particolare, la Banca d'Italia prevede, a titolo esemplificativo, che i soggetti destinatari degli obblighi di adeguata verifica adottino le seguenti modalità: «contatto telefonico su utenza fissa (*welcome call*); invio di comunicazioni a un domicilio fisico con ricevuta di ritorno; bonifico effettuato dal cliente attraverso un intermediario bancario e finanziario con sede in Italia o in un paese comunitario; richiesta di invio di documentazione controfirmata; verifica su residenza, domicilio, attività svolta, tramite richieste di informazioni ai competenti uffici ovvero mediante incontri *in loco*, effettuati avvalendosi di personale proprio o di terzi».

contrattuale)[31], ci si chiede come sia possibile conciliare tale esigenza con la modalità semplificata rappresentata dal messaggio di posta elettronica[32].

Problematica risulta essere anche la conclusione di contratti a più di due parti (i c.d. rapporti cointestati o pluri-intestati). Dato che nella prassi ogni casella di posta elettronica è attribuita ad uno ed un solo soggetto, l'utilizzo della modalità semplificata richiederebbe la gestione di più consensi, che andrebbero espressi con tanti messaggi quanti sono le controparti dell'intermediario.

Infine, desta molte perplessità la circostanza che l'obbligo di consegna di copia del contratto, previsto all'art. 117, comma 1, TUB e dall'art. 23, comma 1, del TUF, e della documentazione informativa obbligatoria debba essere adempiuto non solo con la messa a disposizione mediante supporto durevole[33], ma anche procedendo ad un'ulteriore consegna dei medesimi documenti (in formato cartaceo, non essendo diversamente specificato dalla legge) non appena terminato lo stato di emergenza.

Tale disposizione è assai singolare e contrasta con quanto è normalmente previsto nel caso di conclusione dei contratti tramite strumenti informatici o telematici: in tale occasione, infatti, è previsto che la consegna possa avvenire attraverso lo strumento informatico o telematico impiegato per la conclusione del contratto, purché su supporto durevole. Anche l'attestazione di consegna – che è separata rispetto alla sottoscrizione del contratto – può essere acquisita mediante il medesimo strumento[34].

Tenuto conto del fatto che la conclusione del contratto con le modalità semplificate prescritte dai decreti emergenziali avviene senz'altro con l'utilizzo di strumenti informativi o telematici (quali messaggi e-mail), non si vede perché anche la consegna dei documenti contrattuali e informativi non debba avvenire a

---

[31] In argomento cfr., per tutti, FINOCCHIARO G., *Il contratto nell'era dell'intelligenza artificiale*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, n. 2, 2018, p. 441 ss. e, in giurisprudenza, Corte di Giustizia UE, 21 maggio 2015, causa C-322/14, secondo la quale la «procedura di accettazione mediante "clic" delle condizioni generali di un contratto di vendita [...] concluso elettronicamente, che contengano una clausola attributiva di competenza, costituisce una comunicazione elettronica che permette di registrare durevolmente tale clausola, ai sensi di tale disposizione, allorché consente di stampare e di salvare il testo di dette condizioni prima della conclusione del contratto».

[32] L'intermediario potrebbe forse adottare un sistema *point&click* all'interno di un messaggio di posta elettronica inviato al cliente che preveda molteplici *check box* in corrispondenza di ciascun consenso contrattuale richiesto, a cui il cliente deve rispondere (ancora mediante messaggio di posta elettronica che riporti, in allegato, copia del documento di riconoscimento e del testo contrattuale), manifestando la propria approvazione mediante la valorizzazione di tali *check box* con un *click* o un carattere speciale.

[33] Definito dalle Disposizioni di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari nonché di correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti, emanate da Banca d'Italia il 29 luglio 2009 e successivamente più volte modificate, nonché dall'art. 1, comma 6-*octiesdecies* del TUF, come qualsiasi strumento che permetta al cliente di memorizzare informazioni a lui personalmente dirette in modo che possano essere agevolmente recuperate durante un periodo di tempo adeguato ai fini cui sono destinate le informazioni stesse e che consenta la riproduzione immutata delle informazioni memorizzate.

[34] Cfr. Banca d'Italia, *Disposizioni di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti*, 29 luglio 2009, Sez. III, par. 2; sez. V, par. 2.2; sez. VI, par. 3.2, 4.1.1-*bis*, 5 e 6; sez. VI-bis, par. 5.2 e 7; sez. VII, par. 4.2, 5 e 6.

titolo definitivo su supporto durevole consegnato mediante lo stesso canale di comunicazione a distanza, che dovrebbe consentire anche l'acquisizione da parte dell'intermediario dell'attestazione di consegna.

L'introduzione dell'obbligo aggiuntivo della consegna della documentazione in formato cartaceo alla prima occasione utile comporta un aggravio procedurale significativo per gli intermediari e minaccia la certezza giuridica delle relazioni già concluse ed operative durante lo stato di emergenza.

4. Gestire l'emergenza (e non solo) con SPID

Quanto sin qui detto getta non pochi dubbi sull'efficacia delle nuove disposizioni, tese a superare le difficoltà operative imposte dall'epidemia e a consentire l'accesso a servizi finanziari essenziali a persone che ne sono sprovviste[35].

Alcuni degli ostacoli sopra ricordati avrebbero potuto però essere più facilmente superati ricorrendo a strumenti informatici già sperimentati, di utilizzo non eccessivamente complesso e, soprattutto, ben integrati nell'ordinamento vigente.

Per tale via potrebbero essere significativamente ridotti i rischi legali, di non conformità e reputazionali nei quali l'intermediario potrebbe incorrere avvalendosi di modalità che, seppur semplificate, presentano numerosi profili critici, che potrebbero anche favorire l'insorgere di liti giudiziali dall'esito incerto.

Ci si riferisce, in particolare, all'utilizzo della firma elettronica generata con processo avente i requisiti fissati dall'AgID, ai sensi dell'art. 20, comma 1-*bis*, primo periodo, del CAD. Il documento informatico formato attraverso tale processo, previa identificazione informatica del suo autore, soddisfa infatti, fuor di dubbio, il requisito della forma scritta indispensabile per la valida conclusione di un contratto finanziario.

Sul punto è perentoria la stessa AgID, confortata da un parere reso dal Consiglio di Stato[36]: le Linee Guida adottate dall'Agenzia, ai sensi dell'art. 71 del CAD, «hanno carattere vincolante e assumono valenza *erga omnes*»[37].

Nel marzo 2020 l'AgID ha emanato le Linee Guida che consentono di firmare documenti *online* con SPID (Sistema Pubblico di Identità Digitale)[38], in conformità

[35] Basti pensare ai lavoratori nel settore dell'agricoltura, abituati ad essere pagati in contanti, che hanno bisogno di un conto di pagamento per poter ricevere le indennità di disoccupazione o di cassa integrazione guadagni.

[36] Cfr. Consiglio di Stato, Parere reso sullo schema di decreto legislativo del correttivo al CAD, n. 2122/2017 del 10 ottobre 2017.

[37] Cfr. AgID, *Linee Guida contenenti le Regole Tecniche per la sottoscrizione elettronica di documenti ai sensi dell'art. 20 del CAD*, determinazione n. 157/2020 del 23 marzo 2020, p. 4.

[38] Ai sensi dell'art. 64, comma 2-*ter*, del CAD, «il sistema SPID è costituito come insieme aperto di soggetti pubblici e privati che, previo accreditamento da parte dell'AgID, secondo modalità definite con il decreto di cui al [art. 64] comma 2-*sexies* [del CAD], identificano gli utenti per consentire loro l'accesso ai servizi in rete». La "identità digitale" è definita nell'art. 1, comma u-*quater*, del CAD come «la rappresentazione informatica della corrispondenza tra un utente e i suoi

all'art. 20 del CAD: ai cittadini è stata quindi messo a disposizione in forma gratuita un ulteriore strumento digitale (oltra alla firma digitale, alla firma avanzata elettronica avanzata e a quella qualificata) con cui è possibile firmare atti e contratti aventi lo stesso valore giuridico e gli stessi effetti della firma autografa.

SPID può essere richiesto ad un Identity Provider (IdP)[39] da qualsiasi persona fisica che sia in possesso di un indirizzo e-mail (anche non PEC), di un telefono cellulare, di un documento di identità valido e della tessera sanitaria con il codice fiscale. Quasi tutti gli IdP prevedono la possibilità di riconoscimento da remoto mediante webcam, con l'utilizzo di un PC, di un tablet o di uno smartphone, con tempi dichiarati per il rilascio di SPID stimati complessivamente in circa 15/20 minuti. Alcuni IdP non prevedono alcun costo neanche con il riconoscimento da remoto, nel periodo di emergenza Covid-19.

Secondo le Linee Guida di AgID, SPID permette all'utente di sottoscrivere un documento anche in più punti, nell'ambito di un'unica sessione di autenticazione. Consente inoltre a utenti distinti di sottoscrivere il medesimo documento, in tempi e con sessioni di autenticazione SPID distinte[40]. È previsto inoltre che gli IdP possano offrire ai firmatari il servizio di conservazione dei documenti firmati.

Le modalità semplificate di cui ai decreti emergenziali si rivolgono evidentemente alle persone che non sono già in possesso di una firma elettronica "forte" ma hanno comunque disponibilità di una connessione internet e di un indirizzo di posta elettronica ordinaria. Quest'ultima circostanza induce a ritenere che siano anche in possesso di uno smartphone, oggi ormai diffusissimo in tutte le fasce di età, a cui è sempre associata una webcam.

Per tutta la popolazione dotata di tali apparecchiature digitali ottenere SPID è una soluzione fattibile e sicura, poco più complicata che gestire una mail con i relativi allegati. I portali degli IdP sono infatti piuttosto intuitivi e le attività richieste dal processo di rilascio non vanno oltre il caricamento di documenti fotografati e una videochiamata.

Dal punto di vista dell'intermediario, la gestione della conclusione di un contratto con SPID rappresenta certo un investimento non banale, soprattutto in termini organizzativi. D'altra parte, si tratta di un investimento che, a differenza di quello ipotizzabile per l'utilizzo della modalità semplificata, spiega la sua efficacia ben al di là del periodo di emergenza e con un grado di sicurezza assolutamente analogo a quello ottenibile con la firma digitale. Infatti, sebbene i decreti-legge emergenziali equiparino, sul piano giuridico, la "firma" ottenuta al

attributi identificativi, verificata attraverso l'insieme dei dati raccolti e registrati in forma digitale secondo le modalità fissate nel decreto attuativo dell'articolo 64 [del CAD]».

[39] Trattasi dei "gestori dell'identità digitale", di cui all'art. 64, comma 2-*sexies*, del CAD. Gli Identity Provider, una volta accreditati dall'AgID, hanno il compito di identificare gli utenti per consentire loro l'accesso in rete. Ad oggi, secondo quanto indicato nel sito internet dell'AgID, gli Identity Provider presso i quali i cittadini possono richiedere SPID sono nove: Aruba, Infocert, Intesa ID, Lepida, Namirial, Poste ID, Sielte ID, SpidItalia, Tim ID.

[40] Cfr. AgID, *Linee Guida*, cit., p. 5.

termine del processo che si basa sul messaggio di posta elettronica a SPID, quest'ultimo non presenta alcuna delle criticità poste in luce in relazione alla modalità semplificata introdotta dai Decreti Liquidità e Rilancio.

Per quel che riguarda la disciplina antiriciclaggio, SPID dovrebbe consentire di assolvere al requisito dell'identificazione anche senza la presenza fisica del cliente[41], in alternativa a quanto previsto per l'operatività a distanza. L'utilizzo di una procedura di identificazione elettronica riconosciuta dall'AgID evita altresì la sussistenza di un fattore di alto rischio di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo, facilitando l'instaurazione dei rapporti con la nuova clientela[42].

Anche sul piano civilistico grazie a SPID potrebbero dirsi superate le perplessità legate alla difficoltà di gestione dei consensi multipli, necessari, ad esempio, per assicurare il rispetto del requisito dell'approvazione specifica di disposizioni contrattuali onerose e per la conclusione di contratti multilaterali. Le Linee Guida dell'AgID prevedono infatti che SPID consenta di sottoscrivere il medesimo documento informatico in più punti nonché da più utenti.

Infine, il ricorso da parte di un intermediario al processo di sottoscrizione a mezzo SPID evita la consegna della copia del contratto in forma cartacea, che è sostituita in via permanente da quella su supporto durevole.

In conclusione, è certo apprezzabile lo sforzo del legislatore di facilitare la conclusione a distanza di contratti finanziari durante il periodo emergenziale con modalità ulteriori rispetto a quelle già esistenti.

D'altra parte, la soluzione adottata non è priva di incertezze e rischi, che potrebbero essere superabili solo con un'interpretazione giurisprudenziale dei requisiti di forma contrattuale attenta, come auspicabile, al principio di proporzionalità nella tutela degli interessi pubblici rilevanti.

In quest'ottica sarebbe stato preferibile promuovere la diffusione di un sistema di autenticazione tecnologicamente più avanzato, quale SPID, che viene rilasciato anche a distanza e può essere utilizzato per la sottoscrizione qualificata di documenti informatici.

Durante il periodo emergenziale, il blocco di gran parte delle attività produttive e la pesante limitazione della libertà di circolazione hanno costretto imprese e famiglie a compiere insperati progressi nella strada della digitalizzazione. Occorre essere audaci e cogliere l'occasione per incentivare l'utilizzo di strumenti – quali le identità digitali - che in futuro, anche al di là della crisi pandemica, possono rendere i rapporti contrattuali più rapidi e sicuri.

(16-06-2020)

[41] Cfr. Banca d'Italia, *Disposizioni in materia di adeguata verifica*, cit., Parte Seconda, Sez. III.
[42] Cfr. art. 24, comma 2, lett. b), n. 3, del d.lgs. 231/2007.