



Università degli Studi di Ferrara

DOTTORATO DI RICERCA IN
"COMPARAZIONE GIURIDICA E STORICO GIURIDICA"

CICLO XXI

COORDINATORE Prof. Gian Guido Balandi

"IL VALORE GIURIDICO DEL DOCUMENTO INFORMATICO"

Settore Scientifico Disciplinare IUS/01

Dottorando

Dott. SANDEI CLAUDIA

Tutore

Prof. DE CRISTOFARO GIOVANNI

Anni 2005/2008

ABSTRACT

Il crescente impiego degli strumenti digitali, computer ed Internet su tutti, ha completamente rivoluzionato il nostro modo di esprimerci e di comunicare con gli altri.

Tutto il nostro sistema giuridico, peraltro, è stato pensato in relazione alle tecniche di comunicazione e documentazione tradizionali, quelle scritte e orali, perciò si pone per il giurista il problema di stabilire quale sia la disciplina applicabile quando gli strumenti utilizzati operano attraverso la tecnologia digitale. Il presente lavoro prende le mosse dal concetto di scrittura e, passando attraverso le categorie classiche di atto e prova scritta, si propone di far luce su quello che è attualmente il valore giuridico del documento informatico, tracciando, all'interno di questo, alcuni distinguo basati sul contenuto, sul tipo di firma associata, o sull'eventuale intervento di un pubblico ufficiale.

Il confronto tra le tecniche di documentazione tradizionali e quelle informatiche si è rivelato particolarmente proficuo, portando all'emersione di un sottotipo di scrittura fino ad oggi trascurata, cioè la mera forma scritta.

Numerosi sono poi gli spunti di riflessione in merito alle possibili linee di sviluppo della documentazione giuridica.

ABSTRACT

The increasing use of digital instruments, computers and, above all, of the internet, has completely revolutioned our ways of expression and communication.

Our whole legal system, though, was meant for the traditional ways of communication and documentation, which were oral speech and written paper. Therefore, there is nowadays the problem for jurists to establish which is the applicable legal provision when the instruments employed work through digital technologies.

This work moves away from the concept of writing and, going through the traditional categories of written deed and written evidence, it intends to throw a light on what presently is the legal value of informatic documents, distinguishing, within it, different types of documents, according to their content, to the associated type of signature, or to the eventual intervention of a functionary.

The comparison between traditional documentation techniques and modern informatic techniques allowed also the emergence of a type of writing that has been so far neglected, which is the mere written form.

IL VALORE GIURIDICO DEL DOCUMENTO INFORMATICO

PREMESSAp. 1

CAPITOLO I - LA SCRITTURA COME FORMA E COME MEZZO DI PROVA.....p. 7

1. La scrittura
2. La scrittura nell'ordinamento giuridico
- 2.1. Le funzioni dell'atto scritto
3. Il concetto normativo di atto scritto
- 3.1. La scrittura privata
- 3.2. La mera forma scritta
4. La scrittura come mezzo di prova: la prova scritta ed il principio di prova per iscritto

CAPITOLO II - LA SCRITTURA ELETTRONICA E LA FIRMA ELETTRONICA.....p. 40

1. Il documento informatico: la scrittura elettronica ed il documento multimediale
2. L'attuale sistema delle firme elettroniche
3. La firma digitale e il problema della sua naturale temporaneità: la marcatura temporale

CAPITOLO III - LA SCRITTURA ELETTRONICA COME FORMA E COME PROVA..... p. 54

1. L'efficacia formale della scrittura elettronica: è forma scritta?
2. La scrittura elettronica come mezzo di prova
- 2.1. La scrittura elettronica con firma elettronica qualificata o digitale

CAPITOLO IV - I DOCUMENTI INFORMATICI MULTIMEDIALI, LE RIPRODUZIONI INFORMATICHE E LE COPIE.....p. 89

1. Il documento multimediale tra riproduzione informatica e scrittura ultraletterale
2. Le copie
- 2.1. Dal supporto cartaceo a quello informatico. L'archiviazione ottica
- 2.2. Dal supporto informatico a quello cartaceo. La stampata

CAPITOLO V - LA TRASMISSIONE DEL DOCUMENTO INFORMATICO. L'E-MAIL.....p. 112

1. La posta elettronica (*e-mail*)
 - 1.1. Come funziona la posta elettronica
2. I punti deboli della posta elettronica
 - 2.1. La posta elettronica quale canale di trasmissione volontario e la presunzione di conoscenza
 - 2.2. I riferimenti temporali dell'*e-mail*. La posta elettronica certificata (Pec)
3. Valore giuridico del messaggio trasmesso per posta elettronica
 - 3.1. La posta elettronica quale sistema di firma elettronica semplice?
 - 3.2. L'*e-mail* è atto scritto? E' prova scritta?
 - 3.3. Meglio l'*e-mail* o meglio il *fax*?
4. Quale futuro per l'*e-mail*?

CAPITOLO VI - DOCUMENTO INFORMATICO E ATTIVITA' NOTARILE.....p. 137

1. La firma digitale autenticata
2. L'atto pubblico informatico
 - 2.1. Ostacoli veri e presunti alla redazione di un atto pubblico informatico
3. Possibili linee evolutive
 - 3.1. La circolazione degli atti notarili informatici. Il tramonto dell'Apostille
 - 3.2. L'atto pubblico a distanza
 - 3.3. L'atto pubblico telematico
4. La conservazione degli atti notarili informatici
5. Nuove funzioni notarili

CONCLUSIONI.....p. 168

PREMESSA

Gli strumenti informatici, primo fra tutti il computer, ma anche il telefonino, la videocamera, la fotocamera, sono ormai divenuti indispensabili nella nostra vita quotidiana.

L'uso del supporto digitale, su cui si basano detti strumenti di documentazione e comunicazione, infatti, consente non solo di imprimere e memorizzare molti dati anche di natura diversa in un tempo ed in uno spazio imparagonabilmente inferiori rispetto ai supporti tradizionali quali la carta e le pellicole, ma anche di riprodurre e trasmettere con facilità i dati così impressi.

Proprio in ragione di queste caratteristiche, il supporto digitale si sta progressivamente affermando a discapito degli altri.

Anche il moderno mercato globalizzato guarda con interesse agli strumenti informatici per la loro attitudine a raggiungere con velocità e semplicità un numero sempre maggiore di soggetti.

Tuttavia, affinché possa effettivamente realizzarsi l'auspicata affermazione dei sistemi di documentazione informatica nel campo della contrattazione o, in senso più ampio, nel mondo del giuridicamente rilevante, con tutti i conseguenti vantaggi sopra ricordati, occorre che, tanto sotto il profilo tecnico, quanto sotto quello giuridico, siano garantite la sicurezza e la certezza di tali sistemi.

Già da tempo e a più riprese il legislatore italiano è intervenuto sul punto cercando di definire con sempre maggior rigore e consapevolezza l'efficacia giuridica, sia sul piano sostanziale che su quello probatorio, del documento informatico, cioè di quel documento formato o anche solo conservato su un supporto informatico.

La disciplina in materia è oggi dettata dal Codice dell'Amministrazione digitale (di seguito indicato anche più semplicemente come "Codice") – introdotto dal D.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, e poi modificato dal D.lgs. 4 aprile 2006, n. 159 – il cui art. 20, al primo comma, stabilisce che *“il documento informatico da chiunque formato, la registrazione su supporto informatico e la trasmissione con strumenti telematici conformi alle regole tecniche di cui all'art. 71 sono validi e rilevanti agli effetti di legge, ai sensi delle disposizioni del presente Codice”*.

Ma quali sono gli effetti cui fa riferimento la norma citata? Qual è cioè oggi il valore giuridico dei documenti informatici?

Come è noto, il documento può rilevare come forma o come prova.

Di regola nel nostro ordinamento i soggetti possono manifestare la loro volontà negoziale in qualsiasi forma e, sul piano probatorio, possono avvalersi di qualsiasi mezzo di prova.

Tuttavia vi sono alcuni casi, eccezionali¹, in cui questa libertà viene compressa dal legislatore che impone il ricorso ad una certa forma documentale ai fini della validità o della prova di un certo negozio.

Si parla a tale riguardo di forma *ad substantiam* o *ad probationem*².

Ancora, vi sono casi in cui il rispetto di certi requisiti formali, pur non valendo di per sé a dare la prova di un fatto, acquistano comunque un

¹ Il principio di libertà formale – quale aspetto del principio di autonomia negoziale – elaborato dalla dottrina tradizionale, per la verità, è stato oggetto di critica da parte di autorevole dottrina (IRTI, *Studi sul formalismo negoziale*, Padova, 1997, p. 138 ss.) secondo cui nel nostro ordinamento sarebbe possibile distinguere tra fattispecie a struttura forte e fattispecie a struttura debole, senza che tra le due categorie sia possibile individuare un rapporto di regola ad eccezione. Sul punto, anche per gli opportuni rinvii bibliografici, v. MESSINA, *“Libertà di forma” e nuove forme negoziali*, Torino, 2004, p. 67 ss., spec. p. 77 ss.

² La bipartizione forma *ad substantiam* e forma *ad probationem* si basa sul fatto che nella prima ipotesi lo scritto è richiesto per la validità dell'atto, di cui quindi è un elemento costitutivo, mentre nella seconda la scrittura non è necessaria per l'esistenza dell'atto ma per la prova dello stesso.

particolare valore probatorio, aprendo la porta ad altri mezzi di prova altrimenti esclusi.

Ci si riferisce al “principio di prova per iscritto” di cui all’art. 2724 n. 1) c.c.

Nelle leggi speciali, poi, numerosi sono i casi in cui il legislatore impone una determinata forma per fini ancora diversi, nella specie per l’assolvimento di determinati obblighi informativi (cosiddetta forma *ad informationem*)³.

Se tuttavia si considera il particolare contenuto di tali documenti, sembra doversi escludere che la mancata osservanza delle prescrizioni formali da ultimo ricordate possa riflettersi sulla validità o sulla prova del negozio in relazione al quale sono previste, sembrando invece più conforme alla loro *ratio*, oltre che più ragionevole, ritenere che tale circostanza abbia rilievo solo in termini di inadempimento⁴.

Se le finalità perseguite dalle prescrizioni formali sono tra loro assai differenti, non altrettanto può dirsi per il contenuto delle stesse, che al contrario ne costituisce una nota comune.

³ In questo senso si vedano ad esempio gli artt. 53 e 88 d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (Codice del consumo), pubblicato in *G.U.* n. 235 del giorno 8 ottobre 2005, s.o. n. 162 e gli artt. 12 e 13 del d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70 recante “Attuazione della direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell’informazione nel mercato interno, con particolare riferimento al commercio elettronico” pubblicato in *G.U.* n. 87 del 14 aprile 2003, s.o. n. 61, secondo cui le informazioni devono essere comunicate mediante un supporto duraturo e suscettibile di memorizzazione, nulla precisando invece circa la necessità di una eventuale sottoscrizione.

Sulle problematiche relative al commercio elettronico, si veda ROSSELLO-FINOCCHIARO-TOSI, *Commercio elettronico*, Torino, 2007.

⁴ In questo senso v., in relazione al caso di violazione degli obblighi informativi gravanti sugli intermediari finanziari, Cass. S.U. 19 dicembre 2007, nn. 26724-26725, secondo cui “in nessun caso, in difetto di previsione normativa in tal senso, la violazione dei suaccennati doveri di comportamento può però determinare la nullità del contratto di intermediazione, o dei singoli atti conseguenti, a norma dell’art. 1418, comma 1, c.c.” Sulle conseguenze determinate dalla violazione degli obblighi informativi, v. –di recente– Landini, *Formalità e procedimento contrattuale*, Milano, 2008, p. 154 ss.

In tutti i casi citati, infatti, il tipo di forma cui il legislatore impone di ricorrere è sempre la stessa: quella scritta.

Ma cosa intende il legislatore quando richiede che un atto sia redatto ovvero sia provato per iscritto? Intende riferirsi ad una scrittura privata – cioè uno scritto sottoscritto – ovvero ad un mero scritto anche non sottoscritto?

Se l'art. 1350 c.c. individua espressamente nella scrittura privata e nell'atto pubblico le *species* di atto scritto richieste, vi sono casi in cui il riferimento all'atto scritto o alla prova scritta resta molto più vago e quindi problematico.

Si pensi ad esempio alla richiesta scritta necessaria per la costituzione in mora del debitore (art. 1219 c.c.), ovvero alla prova scritta richiesta dall'art. 633 c.p.c. per la concessione di un decreto ingiuntivo o dagli artt. 1967 e 1888 c.c. per la prova dei contratti di transazione e di assicurazione, ovvero ancora alla forma scritta richiesta dagli artt. 47, 53, e 71 del Codice del consumo.

La mancanza nelle norme citate di qualsivoglia precisazione rende dubbio se anche nei casi citati si renda necessaria la sottoscrizione, ovvero se sia sufficiente un mero atto scritto non sottoscritto.

Se nell'“universo” cartaceo la problematica descritta può apparire un esercizio quasi esclusivamente teorico, in quello informatico essa assume un rilievo centrale.

L'apposizione della propria sottoscrizione autografa, infatti, costituisce un gesto semplice ed immediato che chiunque di noi è abituato a ripetere in modo quasi automatico di fronte a qualsiasi atto, anche quando non ce ne sarebbe alcun bisogno.

Nella documentazione informatica, invece, non è possibile apporre la propria firma autografa, né il suo equivalente – la firma digitale – è altrettanto semplice da utilizzare.

Il documento informatico, perciò, diversamente da quello cartaceo, è essenzialmente un documento non sottoscritto, ecco perché per stabilire quale sia il valore giuridico del documento informatico, è di fondamentale importanza definire preliminarmente quale spazio trovi oggi nel nostro ordinamento il documento non sottoscritto.

Solo chiarito ciò attraverso l'esame del concetto normativo di atto scritto, si potrà analizzare il documento informatico e, tramite l'esegesi delle disposizioni normative che ne definiscono l'efficacia formale e probatoria, cercare di individuare in che modo lo stesso si inserisce nel sistema delle forme documentali, e quali siano, dunque, le linee evolutive di tale sistema.

Si tratterà cioè di verificare se ed in che misura il documento informatico risulta in grado di soddisfare quelle prescrizioni documentali sopra genericamente ricordate.

Si pensi ad esempio ad un riconoscimento di debito o alla conferma dell'avvenuto acquisto *on line* di un biglietto aereo proveniente dal vettore aereo e trasmessi al destinatario tramite *e-mail*.

Qual è il valore giuridico di tali messaggi? Sono sufficienti per fondare l'emissione di un decreto ingiuntivo? E ancora, come possono essere prodotti in giudizio?

Si pensi poi al caso in cui la dichiarazione negoziale invece che "scritta" sia emessa oralmente e registrata su un supporto informatico mediante un registratore o una videocamera digitali: qual è il valore giuridico di tale

documento? Può dirsi che se questo è sottoscritto digitalmente dalla parte, per ciò solo è un atto fatto per iscritto ai sensi dell'art. 1350 c.c.?

E ancora, qual è l'efficacia di una copia informatica realizzata mediante il tanto auspicato procedimento di archiviazione ottica?

Da ultimo, poi, si prenderà in esame una particolare *species* di atto scritto, quello notarile, cercando di immaginare quelle che saranno le nuove prospettive dell'attività notarile e i vantaggi che l'affermazione in tale ambito del supporto informatico potrebbe arrecare, e in quella sede.

L'indagine che s'intende condurre, in altre parole, seppur precipuamente diretta allo studio delle nuove *species* documentali che tanto interessano il legislatore e tutti noi, giuristi e non, costituirà occasione e stimolo per condurre anche un approfondimento sulla categoria tradizionale dell'atto scritto e sulle disposizioni normative che a vario titolo lo prescrivono.

CAPITOLO I - LA SCRITTURA COME FORMA E COME MEZZO DI PROVA

Nonostante la forma elettronica sia oggetto di una disciplina specifica e dettagliata, essa non può ancora oggi dirsi dotata di autonoma rilevanza giuridica.

Il valore giuridico del documento informatico, infatti, è delineato dalla normativa vigente in materia, sempre e solo tramite rinvii alla forma scritta tradizionale⁵, sicché a ragione si deve considerare la forma elettronica una specie di scrittura, e non invece un sistema documentale a sé.

La struttura *per relationem* del vigente impianto normativo pone dunque l'interprete che si voglia occupare del documento informatico, di fronte all'imprescindibile preliminare esigenza di fare luce sul concetto di scrittura, a volte dato per scontato, al fine di individuarne le caratteristiche essenziali e, in seconda battuta, gli effetti giuridici.

1. LA SCRITTURA.

L'origine della scrittura e l'enucleazione delle diverse tipologie di tale forma espressiva, che nei vari contesti spazio-temporali via via si sono affermate, costituisce materia assai discussa tra gli esperti del settore, numerose essendo le possibili ricostruzioni del fenomeno.

⁵ Emblematico in questo senso è il disposto dell'art. 20 del Codice che al comma 1-bis stabilisce che "l'idoneità del documento informatico a soddisfare il requisito della *forma scritta* è liberamente valutabile..." e al secondo comma che "il documento informatico sottoscritto con firma elettronica qualificata o con firma digitale...soddisfa comunque il requisito della *forma scritta*, anche nei casi previsti, sotto pena di nullità, dall'art. 1350, primo comma, numeri da 1 a 12 del codice civile". Su quest'aspetto v. GENTILI, *Documento elettronico: validità ed efficacia probatoria*, in (a cura di) CLARIZIA, *I contratti informatici*, Torino, 2007, p. 123.

Sembra tuttavia da condividere l'opinione di chi sostiene che più che di storia della scrittura *tout court*, si debba e si possa parlare solo di storia delle scritture, al plurale, e precisamente di quelle sole scritture di cui si sono conservate le tracce⁶.

Un altro aspetto su cui sembra esserci una certa uniformità di visioni tra gli esperti, riguarda lo studio dei sistemi di comunicazione gestuali e la loro esclusione dal novero dei sistemi di scrittura.

Secondo la ricostruzione più accreditata, infatti, i sistemi di comunicazione possono essere divisi in due categorie generali: da un lato i sistemi gestuali (*gestualité*), per definizione fugaci, e dall'altro quelli pittoriali (*picturalité*), capaci di durare e di attraversare il tempo e lo spazio⁷.

Alla luce della distinzione tracciata, sono considerati sistemi gestuali ad esempio quelli impiegati dagli uomini primitivi e basati sull'uso di gesti fatti con le mani, sullo scambio o sull'uso di determinati oggetti (ad es. di sassolini quale sistema di numerazione), di fuochi, di fumate o di tamburi⁸.

Alcuni di questi sistemi si sono conservati anche al giorno d'oggi, basti pensare al linguaggio dei muti, da sempre basato sul ricorso a gesti delle mani, o al sistema gestuale per eccellenza, il più evoluto: la lingua orale, pure quella caratterizzata dalla volatilità dei suoni che la compongono.

Proprio la fugacità di tali sistemi ha lentamente portato gli uomini ad elaborare sistemi di comunicazione diversi, che fossero capaci di mettere in relazione anche persone tra loro distanti nel tempo e/o nello spazio,

⁶ CALVET, *Histoire de l'écriture*, Parigi, 1996, p. 23.

⁷ CALVET, *op. cit.*, p. 17.

⁸ FÉVRIER, *Storia della scrittura*, Genova, 1992, p. 21 (traduz. di *Histoire de l'écriture*, Parigi, 1984).

così come efficacemente espresso dalla massima latina “*verba volant, scripta manent*”⁹.

E’ così che nascono i sistemi pitturali e, in particolare, la scrittura.

Il verbo latino *scribere*, da cui deriva il verbo *scrivere* in italiano, *ecrire* in francese, *escribir* in spagnolo, *schreiben* in tedesco, etc., trova infatti la sua origine in una radice indo-europea “*ker/sker*”, che significa tagliare, incidere¹⁰.

L’etimologia della parola conferma dunque l’idea della scrittura come impressione di segni, nella specie tramite incisione, probabilmente in ragione del fatto che in origine i supporti più usati erano la pietra e il legno.

In senso lato, perciò, prendendo spunto dall’etimologia della parola scrittura, si potrebbe dire che tutti i sistemi pitturali, in quanto tali, sono forme di scrittura, essendo gli stessi tutti muniti per definizione di quel carattere di fissità tipico dell’incisione, e quindi della scrittura.

La necessità di distinguere la scrittura dagli altri sistemi di comunicazione pittorica, e di individuare le varie fasi della sua evoluzione, tuttavia, ha gradualmente portato ad un ridimensionamento del concetto di scrittura, di modo che oggi si ritiene che tutte le incisioni a scopo comunicativo siano sistemi pitturali, ma che non tutte, invece, siano anche espressione di un sistema di scrittura in senso stretto.

Per scrittura (in senso tecnico o stretto), infatti, s’intende quel particolare sistema di comunicazione pitturale, dotato quindi di resistenza spazio-temporale, che si basa sulla rappresentazione di segni linguistici.

Sono così ad esempio considerati estranei al concetto di scrittura – in quanto privi di contenuto linguistico – i cosiddetti “marchi”, consistenti

⁹ FÉVRIER, *op. cit.*, p. 25.

¹⁰ CALVET, *op. cit.*, p. 25.

in segni che gli uomini primitivi erano soliti apporre sugli oggetti quale segno di proprietà¹¹.

Altrettanto estranea al concetto in esame è considerata la pittografia, quale sistema basato sulla mera rappresentazione di immagini slegate dalla relativa parola.

La “scrittura” pittografica, cioè, è quella che ha per oggetto delle cose, le quali sono raffigurate attraverso la loro immagine, di modo che il segno impresso rimanda direttamente ad un concetto, senza passare per il tramite di una parola, senza instaurare alcuna corrispondenza con una categoria esatta della lingua parlata¹².

Si pensi ad esempio alla rappresentazione grafica di una casa.

Chiunque veda quel segno è in grado di intuire qual è il concetto che s'intendeva esprimere con esso, tuttavia non vi è certezza che chi lo vede possa avere inteso esattamente ciò che chi ha tracciato il segno voleva esprimere.

Ciò dipende essenzialmente dal fatto che quel segno in esame, come detto, non esprime una parola, e perciò persone di lingue diverse lo leggerebbero in modo diverso, ciascuno nella propria lingua, appunto, perciò l'inglese direbbe “*house*”, l'italiano “*casa*”, il francese “*maison*”, etc.

Il mancato legame con una categoria della lingua verbale, poi, rende assai difficile, se non impossibile, esprimere per tale via sia concetti precisi, sia concetti astratti o frasi complesse.

¹¹ COHEN, *Résumé de l'histoire de l'écriture*, reperibile al sito www.unesdoc.unesco.org, a cura dell'Unesco, Parigi, 1965, p. 1.

¹² GELB, *Teoria generale e storia della scrittura*, Milano, 1993, p. 9 ss., spec. p. 15 ove l'Autore chiarisce come l'arte pittorica sia indipendente dal linguaggio.

Tornando all'esempio di prima, come potrebbe capire, chi vedesse il disegno di una casa, se quella rappresentata è la mia casa, ovvero la casa di una certa altra persona, ovvero ancora una scuola,?

Proprio i difetti qui evidenziati, consistenti nella non univocità e nell'approssimazione della "scrittura" pittografica, hanno spinto gli uomini alla ricerca di nuove forme di *picturalité* e, per tale via, alla nascita attorno al 4000 a.C. – ad opera dei Sumeri – dei primi sistemi di scrittura in senso stretto¹³.

Lentamente, cioè, il segno assume un contenuto diverso: esso non rappresenta più un oggetto, ma il nome di quell'oggetto, rappresenta quindi una parola.

In principio all'individuazione della parola si giunge attraverso la combinazione di immagini e di segni, questi ultimi soltanto dotati di mero valore linguistico, proprio come si fa ancora oggi nei *rebus*. Gradualmente cioè si giunge ad assegnare un valore fonetico a dei segni in origine pittografici e per tale via a distinguere con precisione un cavallo da soma da un cavallo da combattimento¹⁴.

In questa prima fase, cioè, la scrittura ideografica – che come quella pittografica ha sempre ad oggetto cose, ma finalizzate alla rappresentazione di suoni, e non di concetti – si fonde con quella fonetica, che invece è formata da segni, e non da cose, rappresentanti solo ed esclusivamente un certo suono.

Successivamente, con il passare dei secoli, il fattore ideografico va lentamente riducendosi a favore di una scrittura esclusivamente fonetica, composta da un numero imparagonabilmente inferiore di segni, tutti

¹³ COHEN, *op. cit.*, p. 2.

¹⁴ L'esempio è tratto da COHEN, *op. cit.*, p. 10.

corrispondenti, sulla base di un codice convenzionale, a determinati suoni.

In principio i segni identificano delle sillabe, quindi dei suoni complessi, ma via via, in un processo evolutivo continuo, si assiste ad un'ulteriore decomposizione del significato fonetico dei segni, fino alla scrittura alfabetica in cui ogni segno identifica una lettera dell'alfabeto, cioè le unità minime di cui sono formate le parole.

Il primo alfabeto di cui si ha notizia è quello fenicio, composto di 22 lettere, tutte consonanti, la cui invenzione si fa risalire verso il 1300-1100 a.C. e che ha costituito la base per la costruzione del più evoluto alfabeto del mondo antico: quello greco, affermatosi attorno all'anno 1000 a.C.¹⁵. E' solo con l'alfabeto greco che compaiono le vocali e che si comincia a scrivere da sinistra a destra.

Nasce così la scrittura fonetica moderna nella quale, almeno in linea di principio, si può dire che ad ogni segno (alfabetico) corrisponde un suono¹⁶.

Per scrittura (in senso stretto), cioè, s'intende quel particolare sistema di pittorialità collegato, in un rapporto di subordinazione, ad un preciso sistema di gestualità, la lingua. E' scrittura in senso tecnico, cioè, qualsiasi tecnica che consenta di mantenere traccia di un linguaggio verbale, rinviando non a concetti ma ad espressioni linguistiche: *"l'écriture est de la pictorialité asservie à une gestualité (la langue)"*¹⁷.

¹⁵ Secondo COHEN (*op. cit.*, p. 16) un alfabeto per la verità era già conosciuto dagli egizi i quali però avevano un numero di segni molto maggiore, anche loro solo consonanti.

¹⁶ GELB, *op. cit.*, p. 19 s.

¹⁷ CALVET, *op. cit.*, p. 23.

I segni della scrittura, dunque, si caratterizzano e si distinguono da quelli degli altri sistemi pitturali, perché sono “simboli secondari per nozioni aventi valore linguistico”¹⁸.

Proprio il legame convenzionale intercorrente tra il segno e il suono che caratterizza la scrittura moderna, fa sì che la possibile lettura dei segni scritti sia una ed una sola per tutti a prescindere dalla lingua madre del lettore e consista in un suono.

Riprendendo la definizione di un famoso studioso di semiotica, secondo cui la scrittura è “un sistema di intercomunicazione umana per mezzo di segni convenzionali visibili”¹⁹, è possibile chiarire ulteriormente il concetto di scrittura al fine di distinguere, in vista dell’analisi che si svolgerà con riguardo ai documenti multimediali, un atto scritto da una registrazione audio.

La nozione di scrittura quale sistema di fissazione di un dato linguistico, infatti, potrebbe indurre a pensare che anche una registrazione audio, in quanto traccia di parole, sia da considerare rientrante nel novero delle forme di scrittura.

Più precisamente si tratterebbe di una forma di scrittura indiretta, visto che la sua decodificazione in parole presuppone necessariamente l’impiego di uno strumento (il registratore oppure, oggi, il lettore di dvd o di mp3).

Proprio la definizione sopra riportata, tuttavia, sembra escludere l’idea della registrazione audio come atto scritto, allorché si mette mente alla necessaria natura visibile dei segni formanti la scrittura.

Non qualsiasi fissazione statica della lingua parlata, dunque, è scrittura, ma solo quella che si basa sull’uso di segni visibili che, come tali,

¹⁸ GELB, *op. cit.*, p. 10.

¹⁹ GELB, *op. cit.*, p. 16.

possono anche tradursi nuovamente in parola esclusivamente nella mente di chi li legge. La percezione di una registrazione audio, invece, non si basa affatto sull'uso della vista, bensì al pari della forma orale, sull'udito²⁰.

Alla luce di quanto sin qui detto sul concetto di scrittura e sull'origine etimologica di tale concetto, è possibile ritenere che la registrazione audio, in quanto *incisa*, costituisce solo in senso lato atto scritto.

Perché se invece che alla natura corporale del documento audio, si guarda al suo oggetto, non si può che concludere per l'estraneità di tale forma documentale rispetto al concetto di scrittura in senso tecnico di cui sopra. La "lettura" di un disco, infatti, restituisce sì parole, cioè suoni aventi valore linguistico, ma la percezione di tali suoni non passa e non può passare per l'uso della vista, come invece accade per la scrittura.

La registrazione audio di una dichiarazione, in altre parole, non vale a mutare la natura della stessa che, anche se registrata, continua ad appartenere al mondo dell'oralità.

2. LA SCRITTURA NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO.

Quando il legislatore considera opportuno che un certo atto risulti documentato, per la forma, la prova, la regolarità, o quant'altro, ciò si risolve quasi sempre nell'imporre alle parti la redazione di un atto scritto. Numerosissimi sono i riferimenti al concetto di scrittura contenuti nel nostro *corpus* normativo, tanto che giustamente si è detto che se "nelle relazioni interpersonali l'oralità rappresenta ancora oggi la modalità di

²⁰ Proprio la sua incorporazione nel documento ha fatto sì che la scrittura si sia progressivamente affermata nella storia della civiltà a discapito dell'oralità, quale strumento capace di mettere in comunicazione anche persone distanti tra loro e di lasciare traccia di quanto accaduto (GELB, *op. cit.*, p. 4).

comunicazione principale ... nel diritto, invece, domina ancora la scrittura”²¹.

L’ampio ricorso alla scrittura quale sistema di documentazione munito di valore giuridico, trova senz’altro la sua radice primaria nell’esigenza di conservare una traccia di determinati atti o fatti, esigenza che, come detto, è stata alla base dell’affermarsi della scrittura quale sistema di comunicazione e di documentazione, a discapito tanto dei sistemi gestuali quanto degli altri sistemi pitturali. Non è questa, tuttavia, la sola ragione che sta a fondamento delle norme che impongono la formazione di uno scritto²².

2.1. LE FUNZIONI DELL’ATTO SCRITTO

La redazione di uno scritto, come detto, consente di fissare e mantenere traccia dell’atto documentato che diviene così idoneo ad attraversare il tempo e lo spazio.

Mentre la dichiarazione orale, o gestuale in genere, è percepibile solo *hic et nunc*, quella consacrata per iscritto è dotata di una resistenza maggiore. Essa non muore nel momento stesso in cui nasce, perché la sua percezione si rinnova ogni volta che il documento viene letto.

La rilevanza della documentazione scritta, dunque, non è confinata al solo ambito delle comunicazioni *inter absentes*, ma si estende anche all’ambito delle comunicazioni *inter praesentes*, ove svolge un ruolo più limitato ma non per questo di minor importanza.

Se le parti si trovano nello stesso luogo, infatti, esse sono in grado di comunicare tra loro anche oralmente. In questo caso, perciò, il ricorso

²¹ LANDINI, *Formalità e procedimento contrattuale*, Milano, 2008, p. 1.

²² Sulle funzioni delle prescrizioni formali, vedi, anche per i riferimenti bibliografici, MESSINA, *“Libertà di forma” e nuove forme negoziali*, Torino, 2004, p. 62.

alla scrittura non è necessario. Ciò tuttavia non toglie che possa comunque essere opportuno, ed è proprio in ragione di tale opportunità che il legislatore impone che determinati atti risultino per iscritto.

In mancanza di indicazioni specifiche, infatti, sembra illegittimo non ricomprendere all'interno del campo applicativo delle prescrizioni in tema di forma le contrattazioni *inter praesentes*, il che – a sua volta – porta ad escludere che la funzione di dette prescrizioni possa essere limitata alla sola predisposizione di un mezzo idoneo a consentire la comunicazione.

Secondo la teoria tradizionale le funzioni per le quali è imposta la documentazione scritta sono da ricollegare, da un lato, al fenomeno sostanziale in senso stretto – rilevante per le sole norme sulla forma – e, dall'altro, a quello probatorio – quest'ultimo rilevante sia per le norme sulla forma che per quelle sulla prova –.

Sotto il primo profilo, cioè, si ritiene che la forma scritta assolva un ruolo fondamentale nella formazione del negozio, richiamando l'attenzione delle parti su quanto stanno facendo.

La redazione dello scritto, si osserva, rende manifesto ed inequivoco – non solo ai terzi ma anche alle parti stesse – il passaggio dalla fase precontrattuale a quella della stipulazione del negozio.

Ciò produce l'effetto di richiamare l'attenzione delle parti, invitandole a valutare la portata del regolamento fissato e preservandole dall'avventatezza e dalla precipitazione, garantendo così di pari passo la serietà delle determinazioni negoziali²³.

²³ PIAZZA, *L'identificazione del soggetto nel negozio giuridico*, Napoli, 1968, p. 234. Secondo MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto*, Milano, 2008, p. 30 ss., invece, la funzione della forma solenne non sarebbe quella di richiamare alla serietà, o almeno non sarebbe l'unica. *Contra* LISERRE, *Formalismo negoziale e testamento*, Milano, 1966, p. 50 ss., il quale ritiene che la ponderatezza sia garantita solo dall'atto pubblico. Sembra tuttavia doversi

Sotto il secondo profilo, invece, il ricorso alla scrittura consente di predisporre un mezzo precostituito di prova con cui, anche a distanza di tempo, sarà possibile provare l'atto documentato.

Quella probatoria, come detto, non è l'unica funzione svolta dalla scrittura, tuttavia non sembra dubitabile che sia quella principale, rinvenendosi sia nelle forme *ad substantiam* che in quelle *ad probationem*: attraverso lo scritto è possibile provare non solo *se* un certo negozio è stato concluso, ma anche qual è il suo *contenuto*. La fissazione del regolamento negoziale in uno scritto, ne garantisce l'univocità del contenuto, della natura e del momento di conclusione, consentendo per tale via di eliminare ogni incertezza (soggettiva) al riguardo²⁴.

3. IL CONCETTO NORMATIVO DI ATTO SCRITTO

Lo studio delle *rationes* sottese alle prescrizioni formali trova fondamento e allo stesso tempo completamento nell'analisi del concetto normativo di atto scritto che, si avverte, non necessariamente il concetto normativo di scrittura deve coincidere con quello elaborato dalla semiotica e sopra riferito.

Stabilire quale sia la forma o la prova necessaria e sufficiente per certi atti, infatti, costituisce oggetto di una valutazione di politica legislativa, come tale rimessa alla scelta del legislatore, che perciò ben potrebbe, se lo ritenesse opportuno, adottare una nozione di forma o di prova scritta più elaborata rispetto al concetto generale di scrittura sopra considerato, imponendo il rispetto di requisiti ulteriori quali, ad esempio, la presenza

concordare con Piazza nell'affermare che anche prendere la penna in mano per firmare un testo, e creare quindi una scrittura privata, sia sufficiente a indurre la parte a riflettere, forse anche più intensamente, sull'importanza e sulle conseguenze giuridiche dell'atto.

²⁴ MODICA, *op. cit.*, p. 39.

nello scritto della sottoscrizione autografa o la redazione olografa del testo.

Quello che, invece, sembra da escludere è che il legislatore possa considerare scritto ciò che tale non è, e quindi, ad esempio, considerare atto scritto un disegno, una fotografia o una registrazione audio.

In questi casi, infatti, come in parte accennato sopra, il richiamo alla scrittura sarebbe del tutto fuori luogo in quanto mancherebbe l'essenza stessa dello scritto²⁵.

Ma su quest'ultimo punto si tornerà in seguito con riguardo ai cosiddetti documenti multimediali.

3.1. LA SCRITTURA PRIVATA

Scorrendo gli articoli del codice civile e delle principali leggi speciali, è possibile rilevare in linea di massima una certa precisione nelle prescrizioni formali: di regola, cioè, all'imposizione di una certa forma, si accompagna anche l'indicazione dell'esatta *species* documentale richiesta.

Basti pensare agli artt. 162 (convenzioni matrimoniali), 782 (donazione), 2328 (atto costitutivo di s.p.a.) del codice civile, che espressamente impongono il ricorso all'atto pubblico, o agli artt. 81 (promessa di matrimonio) e 348 (scelta del tutore) c.c. che, altrettanto espressamente, ammettono anche il ricorso alla scrittura privata autenticata.

²⁵ Più precisamente, in astratto il legislatore potrebbe anche adottare un concetto di scrittura diverso per difetto rispetto al concetto comunemente accolto, tuttavia ciò significherebbe accedere ad un concetto di atto scritto puramente convenzionale, e ciò presupporrebbe una precisazione espressa in tal senso. La mancanza, invece, di qualsiasi definizione generale di atto scritto, induce a ritenere che quel termine sia stato usato secondo il suo significato comune.

Parzialmente diversa, invece, è la tecnica normativa utilizzata nella fondamentale norma di cui all'art. 1350 c.c. la cui generica rubrica "*Atti che devono farsi per iscritto*" trova poi completezza nell'*incipit* del testo normativo, secondo cui "*Devono farsi per atto pubblico o per scrittura privata sotto pena di nullità...*"

Nell'art. 1350 c.c., dunque, il legislatore si richiama ad un concetto generale di scritto ma poi non lascia spazio ad incertezze su cosa sia tale, stabilendo in modo preciso quali sono le forme documentali che soddisfano questo requisito.

Affinchè gli atti ivi contemplati possano dirsi effettivamente "fatti per iscritto", cioè, è richiesta almeno la redazione di una scrittura privata.

Nel nostro ordinamento giuridico, peraltro, manca una definizione di scrittura privata, fattispecie di cui il legislatore si limita a disciplinare l'efficacia probatoria.

In mancanza di una nozione legale di scrittura privata, è quindi spettato agli interpreti – tramite l'analisi dell'art. 2702 c.c., secondo cui "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", nonché tramite il confronto con le altre fattispecie, specialmente con l'atto pubblico, la nozione di scrittura privata – ricavare la nozione di scrittura privata, individuandone le caratteristiche e gli elementi.

Nonostante la suesposta mancanza di prescrizioni legali abbia reso tale compito assai arduo, già diverso tempo fa la dottrina è giunta al sospirato risultato, definendo la scrittura privata come "una qualsiasi cosa

corporale su cui sono scritte parole sottoscritte da un privato nell'esercizio di una privata attività documentatrice²⁶.

Gli elementi strutturali, costitutivi, di una scrittura privata, dunque, sono tre: il corpo, il testo e la sottoscrizione²⁷.

Oltre al carattere dell'essenzialità e della corporalità, si ritiene questi elementi debbano possedere anche quello della permanenza.

La verifica circa l'esistenza dei tre elementi, infatti, deve potersi svolgere sia nel momento in cui il documento viene ad esistenza, sia nel momento in cui questo è chiamato ad esplicare i suoi effetti. Conseguentemente si ritiene necessario che questi elementi abbiano la capacità di durare per un certo tempo, sebbene la sorte del documento non incida come tale sull'esistenza del negozio in esso rappresentato.

Il primo elemento della scrittura privata è il corpo: esso può consistere in qualsiasi materia purché in concreto idonea a mantenere traccia degli altri elementi essenziali della scrittura privata che, come già si è detto, consistono in segni alfabetici.

Se è vero che la legge indica per alcune dichiarazioni giuridiche una determinata materia come corpo del loro documento²⁸, sembra tuttavia da condividere quell'approccio interpretativo elastico – proposto da parte della dottrina²⁹ – che considera conformi al modello legale anche i

²⁶ LASERRA, *La scrittura privata*, Napoli, 1959, p. 79.

²⁷ Oltre che da questi tre, la scrittura privata può essere costituita anche da altri elementi, prima fra tutti, dalla data cui è dedicato l'art. 2704 c.c., ma questi ulteriori elementi sono, diversamente dai primi, elementi accessori e quindi eventuali.

²⁸ Così per esempio, per quanto riguarda la scrittura privata contenente un testamento olografo l'art. 620, 3° comma, c.c. qualifica come carta la materia del suo corpo; mentre l'art. 104 r.d. 14 dicembre 1933, n. 1699, prescrive che la cambiale deve essere vergata su apposito foglietto bollato.

²⁹ In tema di testamento olografo è stato affermato che: "La scrittura...può essere fatta su qualunque materia idonea e con qualunque mezzo idoneo, quindi anche su pergamena, sulla tela, sulla seta, sul cuoio, e non soltanto coll'inchiostro ma anche col *lapis* o con un'altra materia colorante qualsiasi. La scrittura può anche esser fatta su un muro o su una tavola di legno con un pezzo di carbone, o con una materia colorante, ovvero col gesso su dei mattoni o

documenti ottenuti su supporti diversi da quelli espressamente indicati purché corporali, suscettibili di durare nel tempo e trasportabili.

Il secondo elemento costitutivo della scrittura privata è il testo, cioè il complesso dei segni impressi e lasciati scritti sul corpo della scrittura.

Il testo può essere impresso con qualsiasi mezzo e sostanza: sia a penna, sia a matita, sia con stampa sia con dattilografia, sia con inchiostro sia con qualsiasi altra sostanza capace di lasciare una traccia di una certa durata. Di regola non è necessario che il testo sia autografo³⁰, né che il mezzo o la sostanza adoperati producano un segno indelebile: la scrittura ha in ogni caso un testo con la stessa forza e dignità di qualsiasi altro testo e la sua eventuale precarietà rileva solo indirettamente, dato che il venir meno del testo fa sì che da quel momento in poi il documento non sia più una scrittura privata, versandosi così in una situazione analoga a quella di perdita del documento prevista dall'art. 2724 n. 3 c.c.

Per quanto riguarda i segni che costituiscono il testo, questi devono necessariamente documentare suoni e in particolare parole.

Sono perciò estranei alla nozione di scrittura privata, tanto un disegno, quanto uno spartito musicale: il primo perché non rappresenta un suono ma un'immagine, i secondi perché documentano suoni ma privi di contenuto semantico.

Tutto ciò discende sia dal concetto generale di scrittura sopra esposto, sia dalla disciplina della scrittura privata e, cioè, dal riferimento alle dichiarazioni documentate dalla scrittura privata contenuto nell'art. 2702 c.c. La dichiarazione, infatti, “si distingue dalla manifestazione (striato

su una lavagna, ovvero mediante incisione, con una punta acuminata, sul legno, sul marmo, o su un metallo”, v. GANGI, *La successione testamentaria*, I, Milano, 1964, p. 129-130.

³⁰ A questa regola fa eccezione ad esempio il testamento olografo che, come noto, deve essere redatto interamente in modo autografo.

sensu) per il dato morfologico, sicome necessariamente espressa in parola ... il linguaggio è la necessaria veste della dichiarazione”³¹.

Per rappresentare per iscritto una dichiarazione, cioè un insieme ordinato di parole, infatti, la scrittura privata non potrà che essere composta da un complesso di segni grafici riportabili ad un alfabeto, qualunque esso sia³².

Infatti, diversamente che per l’atto pubblico, per il quale è imposto l’uso della lingua italiana, la scrittura privata non incontra limiti al riguardo e perciò si deve ritenere ammissibile e pienamente valida ed efficace a prescindere dalla lingua in cui è redatta.

Il terzo elemento è la sottoscrizione: essa è considerata, a ragione, costituisce la chiave di volta dell’intero fenomeno, tanto che per i giuristi del seicento “*tota vis adprobationis est in subscriptione*”.

“La sottoscrizione è il punto di confine e al tempo stesso di unione e insomma il fulcro centrale di tutte le problematiche della scrittura privata”³³.

Da un punto di vista oggettivo, la sottoscrizione non è altro che il segno con cui si indica l’autore (morale) del documento.

Scrivendo in modo autografo il proprio nome e cognome in calce ad un certo documento, infatti, la parte dichiara di voler assumere la paternità della scrittura, e tramite quella della dichiarazione ivi documentata, lasciando contemporaneamente anche traccia di questa dichiarazione di paternità³⁴.

Le ragioni per cui alla sottoscrizione autografa si riconosce una funzione dichiarativa e perché quest’ultima, così come la connessa funzione

³¹ PROSPERI, *Forme complementari e atto recettizio*, in *Riv. dir. comm.*, 1976, I, p. 221.

³² G. CIAN, *Forma solenne e interpretazione del negozio*, Padova, 1969, p.175.

³³ LASERRA, *op. cit.*, p. 191.

³⁴ LASERRA, *op. cit.*, p. 26.

indicativa della persona, dipende dal modo di realizzazione della sottoscrizione e non invece dal suo contenuto, occorre rifarsi alle origini del fenomeno.

Nelle lettere romane il nome dell'autore era indicato nell'intestazione o nel contesto del documento e costituiva così la cosiddetta *inscriptio*.

La *subscriptio* invece, che serviva a fornire garanzia della verità di quest'indicazione, non era costituita dall'indicazione dell'autore bensì dalla scrittura di pugno dell'autore in chiusura al documento della formula "*vale*" o altra equivalente³⁵.

Se è vero quindi che oggi la sottoscrizione s'intende composta dal nome e cognome dell'autore, non si può però dimenticare che non sempre fu così: in origine alla presenza della sottoscrizione non poteva essere ricollegata altra funzione che quella dichiarativa, dato che questa non conteneva il nome del sottoscrittore.

L'apposizione della formula di saluto in calce al documento, infatti, esprimeva in via del tutto convenzionale la sola dichiarazione d'assunzione di paternità del documento.

Il fatto poi che la sottoscrizione fosse chirografa, e fosse quindi possibile accertarne l'autografia, faceva sì che essa potesse svolgere la funzione indicativa della persona del sottoscrittore e si potesse quindi attribuire la dichiarazione rappresentata dalla *subscriptio*.

Da sempre, infatti, l'attribuzione del documento si è basata sul dato comunemente noto ed accettato che ciascuna persona ha "una propria personalità grafica, un proprio stile grafico, in modo che i suoi segni scritti, e in particolare la sua sottoscrizione, hanno dei caratteri costanti

³⁵ MARMOCCI, *Scrittura privata*, in *Riv. Not.*, 1987, p. 971.

onde sono sempre riconoscibili come suoi³⁶.

In particolare, per il fatto che ogni scrittura contiene una serie d'idiotismi e di costanti grafiche di cui lo scrivente non può liberarsi quand'anche voglia contraffare la propria scrittura³⁷, è possibile sottoporre la sottoscrizione ad un'analisi grafologica e attraverso questa ricondurre uno scritto chirografo (nel nostro caso la sottoscrizione) al suo autore materiale.

Anticamente perciò alla *subscriptio* si accompagnava l'*inscriptio* e questi due elementi, diversi per funzione, collocazione e struttura, erano considerati complementari ed erano entrambi necessari.

Con il passare del tempo però la sottoscrizione mutò struttura e la formula di saluto fu sostituita dalla seguente: "*Ego N.N. subscripsi, vel feci, vel fieri rogavi*" cosicché ora chi sottoscriveva emetteva una dichiarazione espressa d'assunzione di paternità contenente anche il proprio nome.

Oggi la dichiarazione d'autore è stata abbreviata e semplificata e consiste non più nello scrivere parole che secondo le regole del linguaggio abbiano tale significato bensì nello scrivere solo il proprio nome.

La dichiarazione di paternità avviene, dunque, con la sottoscrizione del nome.

A tale proposito alcuni parlano di una dichiarazione "non sviluppata", ma forse è meglio definirla una "dichiarazione convenzionale"³⁸.

3.2. LA MERA FORMA SCRITTA

³⁶ LASERRA, *op. cit.*, p. 191.

³⁷ PIAZZA, *op. cit.*, p. 248.

³⁸ Del resto l'adozione di un segno convenzionale a questo scopo non costituisce per nulla una peculiarità della sottoscrizione nominale moderna e non deve quindi stupire, dal momento che alcune delle stesse formule antiche di sottoscrizione, diverse dalla semplice apposizione del nome, rispondevano ad un fenomeno identico.

Se in linea di massima le prescrizioni formali contengono un'espressa specificazione delle forme documentali richieste, consistenti per lo più nella redazione di uno scritto recante la firma autografa del dichiarante (scrittura privata), non mancano però casi nei quali una tale specificazione manca.

Talvolta, cioè, il legislatore si limita ad effettuare un generico richiamo al concetto di forma scritta, senza aver cura di precisare altro.

In quelle ipotesi, non è chiaro se il legislatore si sia voluto riferire, come nel caso dell'art. 1350 c.c., (almeno) alla scrittura privata, oppure ad un concetto diverso di atto scritto, cioè alla mera tecnica documentativa consistente nell'impressione su un supporto di caratteri alfabetici.

Si pensi ad esempio all'art. 1219 c.c. che, ai fini della costituzione in mora del debitore, prevede la necessità che a questi sia rivolta un'intimazione o una richiesta "per iscritto", o ancora, agli artt. 47 (elezione di domicilio), 1920 II co. (designazione del beneficiario dell'assicurazione sulla vita) e 1978 (cessione dei beni ai creditori) del codice civile, ove si richiede che la dichiarazione sia, con espressione generica, scritta.

Altre prescrizioni simili si trovano, poi, anche nelle leggi speciali, ad esempio all'art. 93 della L. 22 aprile 1941, n. 633 sul Diritto d'autore che obbliga al rispetto della volontà del defunto se questa risulti "da scritto" o, ancora, all'art. 53 del D.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 – contenente il Codice del Consumo – che impone il rilascio al consumatore di una conferma "per iscritto" di determinate informazioni.

In mancanza di qualsiasi precisazione, quali sono i requisiti formali che devono essere soddisfatti affinché queste prescrizioni possano dirsi soddisfatte? E' necessario che gli atti in esame siano (scritti e)

sottoscritti, ovvero basta che siano scritti, cioè realizzati tramite l'impressione su un supporto durevole di segni convenzionali visibili di linguaggio?

L'individuazione nel nostro ordinamento di un tipo di atto scritto ulteriore rispetto alla scrittura privata e all'atto pubblico risulta un tema pressoché sconosciuto alla nostra dottrina.

Il motivo di ciò sembra sia da ascrivere al ruolo dominante svolto fino a pochi anni fa dalla documentazione cartacea.

L'apposizione della sottoscrizione in calce ad uno scritto, tanto più se di contenuto giuridicamente rilevante, infatti, costituisce un gesto così semplice ed automatico, la consapevolezza della cui rilevanza è talmente radicata nella nostra cultura, da essere sempre ed immancabilmente eseguito.

In un universo cartaceo, quale quello esistente fino ad un po' di anni fa, perciò, la questione della configurabilità di un documento scritto e non sottoscritto si può definire puramente teorica, essendo invece di fatto impossibile che le parti, dopo aver redatto uno scritto (cartaceo) non lo corredino delle loro sottoscrizioni autografe.

Il problema dell'essenzialità o meno della sottoscrizione comincia ad avvertirsi con la diffusione del fax, con cui si può trasmettere in tempo reale un documento scritto. Più precisamente, ciò che il destinatario di un fax riceve non è l'originale, ma solo una copia fotografica di questo, cioè un atto rispetto al quale non è possibile svolgere alcun controllo in merito all'autografia.

Anche se l'originale è munito della firma autografa del dichiarante, perciò, il fax non è mai firmato, o almeno non lo è in modo autografo.

La dottrina, tuttavia, non sembra cogliere il problema dell'efficacia formale del fax, concentrandosi invece l'attenzione sul profilo dell'efficacia probatoria.

E' solo con riferimento ad alcune di quelle che vengono definite le "nuove forme"³⁹, cioè quelle prescritte da fonti di derivazione europea o comunque da leggi speciali recenti, che la dottrina ha ipotizzato la sufficienza di uno scritto anche mero e, quindi, la superfluità a tale scopo della presenza di una sottoscrizione autografa.

L'indagine condotta sulle "nuove forme", peraltro, risulta caratterizzata da un approccio casistico: l'idoneità della mera forma scritta, cioè, è valutata caso per caso, in relazione alla singola prescrizione formale considerata.

Il problema, perciò, è di non facile soluzione e consiste nel verificare quale sia la portata ed il campo applicativo dell'equazione fissata dall'unica norma del nostro codice civile che si preoccupa di precisare cosa debba intendersi per "atto scritto", l'art. 1350, per cui scrittura = (almeno a) scrittura privata.

La mancata considerazione della mera forma scritta da parte della dottrina tradizionale ha da sempre portato a ritenere, più o meno consciamente, che l'art. 1350 c.c. contenesse la definizione normativa di atto scritto, e che quindi l'equazione posta dalla norma citata fosse un principio generale del nostro ordinamento.

Conseguentemente tutte le norme che si limitassero a richiedere un atto scritto, senza altra specificazione, dovrebbero essere interpretate alla luce del più volte citato art. 1350 c.c.

³⁹ MODICA, *op. cit.*, p. 118.

Seguendo questa impostazione, peraltro mai espressamente affermata dalla dottrina tradizionale che, come detto, non sentiva la necessità di interrogarsi sul problema in esame, si arriverebbe all'individuazione, nel nostro ordinamento, di una nozione generale minima di forma scritta, coincidente con quella di scrittura privata.

La forma scritta, cioè, per essere tale e rilevante per il mondo del diritto, dovrebbe sempre essere sottoscritta: al di sotto della scrittura privata non si potrebbe parlare (giuridicamente) di scrittura.

Il legislatore, cioè, potrebbe sempre imporre in certi casi l'onere per le parti di rispettare dei requisiti ulteriori e, quindi, ad esempio, di ricorrere all'intervento di un pubblico ufficiale (nella fase redazionale o per la sola autenticazione delle firme) o l'olografia della scrittura, ma in mancanza di specifiche indicazioni in questo senso, il requisito della forma scritta dovrebbe intendersi sempre e solo soddisfatto da un atto scritto e sottoscritto dalle parti.

Questa tesi, tuttavia, almeno nella sua pretesa universalità, è stata respinta dalla dottrina più recente che, come detto, ha individuato un'area di operatività anche per la mera forma scritta, la quale è stata giudicata sufficiente ed idonea ad integrare la forma scritta *ad informationem*⁴⁰, cioè quella prescritta a fini informativi ad esempio dall'art. 53 del codice del consumo.

Solo di recente, dunque, la dottrina è giunta a riconoscere nella mera forma scritta una forma a sé, dotata di una propria autonoma rilevanza giuridica, la quale rilevanza, però, è stata limitata al solo ambito dei neoformalismi.

A ben vedere, peraltro, non pare che una tale limitazione sia giustificata.

⁴⁰ ROSSI CARLEO, *Il diritto all'informazione: dalla conoscibilità al documento informativo*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 368.

Il punto da cui partire sembra a tal fine costituito da quell'opinione, abbastanza diffusa in dottrina e in giurisprudenza, secondo cui il riferimento all'atto scritto contenuto nell'art. 1219 c.c. non sarebbe necessario da interpretare alla luce dell'art. 1350 c.c.⁴¹

Argomentando dalla natura non negoziale dell'atto di costituzione in mora, si è cioè affermata la non necessarietà della sottoscrizione dell'intimante e si è pertanto considerata sufficiente anche una richiesta inviata via *fax*⁴².

Il ragionamento condotto con specifico riguardo alla costituzione in mora, dunque, se da un lato conferma la necessità di circoscrivere il campo applicativo della definizione di atto scritto di cui all'art. 1350 c.c., dall'altro impone di approfondire l'indagine in merito alla mera forma scritta.

Se, infatti si concorda sull'individuazione – al fianco di quello di cui all'art. 1350 c.c. – anche di altri significati del concetto di atto scritto, e precisamente quello di mero scritto, occorre allora indagare se, al di là dei singoli casi di cui si è detto, non sia possibile enucleare un ambito più vasto e generale all'interno del quale riconoscere valore giuridico alla mera forma scritta.

⁴¹ In questo senso in dottrina, v. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni, Commentario al c.c. Scialoja Branca*, sub art. 1219, II ed., Bologna-Roma, 1979, p. 206; GIORGIANNI, voce *Forma degli atti (dir. priv.)*, *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 1001.

⁴² Si vedano ad es. Cass. 22 agosto 2003, n. 12339; Cass. 28 agosto 1997, n. 8154; Cass. 19 marzo 1994, n. 2628. Nelle sentenze in esame, per la verità, non si precisa se l'originale spedito via fax fosse o meno sottoscritto. Il silenzio sul punto fa pensare che la S.C. abbia preso in esame solo il messaggio ricevuto dal destinatario che, come detto, in quanto copia fotografica, è sempre non sottoscritto, valutando con riferimento solo a quel documento l'idoneità formale. Sembra dunque doversi ritenere che nel pensiero della S.C. se un atto solenne è recettizio, così come è la richiesta ex art. 1219 c.c., è necessario che il requisito formale sia presente nel documento inviato al destinatario. La forma, cioè, nel caso degli atti recettizi, non riguarderebbe solo la manifestazione della volontà ma anche la sua comunicazione. Sul problema degli atti recettizi, v. PROSPERI, *op. cit.*, p. 189 ss., spec. p. 231.

Uno spunto per tentare di dare una soluzione al problema di teoria generale qui proposto, ci è offerto proprio dalla tesi sopra ricordata in tema di costituzione in mora, secondo cui la sufficienza della mera forma scritta si giustificerebbe in ragione della natura non negoziale della richiesta con cui il creditore costituisce in mora il debitore.

Sembra in altri termini corretto ed essenziale, ai fini di cui ci si sta occupando, rintracciare nella natura dell'atto la chiave interpretativa attraverso cui guardare la prescrizione formale dettata in relazione a tale atto, distinguendo le dichiarazioni a contenuto negoziale da quelle prive di tale contenuto⁴³.

L'aspetto della paternità dell'atto, cui la sottoscrizione attiene, invero, appare svolgere un ruolo centrale solo con riguardo alla prima categoria e non anche a quella degli atti dichiarativi non negoziali.

Con ciò non s'intende dire che anche con riguardo agli atti giuridici in senso stretto non sia rilevante il profilo della provenienza dell'atto, basti pensare proprio all'intimazione di cui al citato art. 1219 c.c. che, avendo ad oggetto una richiesta di pagamento, non può che essere fatta da chi tale pagamento può legittimamente pretendere⁴⁴, bensì affermare la non necessità che tale circostanza risulti dal documento stesso.

Negli atti giuridici in senso stretto, infatti, anche quelli con contenuto dichiarativo come la costituzione in mora, l'elemento focale è quello oggettivo, nel senso che l'atto rileva più come evento che non come volontà.

⁴³ La natura non negoziale dell'intimazione è unanimemente riconosciuta. In dottrina MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato*, Napoli, 1955, p. 385; BENATTI, *La costituzione in mora del debitore*, Milano, 1968, p. 114 nota 2; RAVAZZONI, *La costituzione in mora del debitore*, Milano, 1957, p. 18 ss.; TRIMARCHI, *Atto giuridico e negozio giuridico*, Milano, 1940, p. 114. In giurisprudenza, più o meno esplicitamente, Cass. 15 luglio 1987, n. 6245; Cass. 22 febbraio 2001, n. 2600; Cass. 3 dicembre 2002, n. 17157.

⁴⁴ BENATTI, *op. cit.*, p. 115.

La nota distintiva degli atti non negoziali, cioè, risiederebbe nel profilo effettuale, in quanto questi avrebbero l'attitudine a produrre effetti diversi e minori rispetto ai negozi, dai quali dunque si distinguono per grado e quantità⁴⁵ degli effetti, appunto. Mentre il negozio opera una modificazione profonda dei rapporti giuridici, costituendo rapporti nuovi ovvero estinguendo o modificando rapporti esistenti, e per questo è detto "innovativo", gli atti non negoziali producono solo effetti "esecutivi"⁴⁶.

Compiendo un atto giuridico in senso stretto, cioè, il soggetto non consuma il proprio diritto, bensì lo attua, lo realizza, in questo senso – si dice in dottrina – non determina alcun mutamento *del* diritto, ma piuttosto un mutamento *nel* diritto: "l'intimazione, per esempio, rende più intensa ma non trasforma la situazione originaria di obbligo in cui il debitore versava prima"⁴⁷.

Gli effetti prodotti dagli atti non negoziali, del resto, a ben vedere, non sono diversi e minori solo sotto il profilo giuridico, ma anche sotto quello economico in quanto, almeno di regola, minore è il valore economico di questi atti sicché, anche in ragione di ciò, sembra giustificato ritenere che i formalismi prescritti per tali atti possano essere minori rispetto a quelli prescritti per gli atti negoziali e, precisamente, che solo per i secondi e non per i primi sia richiesta la sottoscrizione.

Concludendo, non solo sembra potersi condividere l'opinione sopra riferita con riguardo alla costituzione in mora, ma sembra altresì possibile fare un passo avanti e ritenere che con la redazione di un mero scritto tutti gli atti dichiarativi non negoziali siano da considerare fatti

⁴⁵ PANUCCIO, *Le dichiarazioni non negoziali di volontà*, Milano, 1966, p. 308.

⁴⁶ PUGLIATTI, *La trascrizione: la pubblicità in generale*, Milano, 1957, p. 414; SANTORO PASSARELLI, voce *Atto giuridico*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1958, p. 207; ROMANO S., *L'atto esecutivo*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, p. 694 ss.; SCHLESINGER, voce *Dichiarazione*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 373.

⁴⁷ PANUCCIO, *op. cit.*, p. 321.

per iscritto. Sembra in altre parole che il concetto normativo di atto scritto sia da concepire in termini diversi a seconda della natura dell'atto da farsi per iscritto: solo se si tratta di un atto negoziale, occorre che dallo scritto risulti anche il criterio di paternità, cioè la sottoscrizione, mentre se si tratta di un atto non negoziale, allora è sufficiente anche una mera scrittura non sottoscritta. In questo secondo caso, infatti, come detto, non pare necessario che il criterio di imputazione del documento risulti dallo stesso, dovendosi invece ammettere che possa risultare anche *aliunde*.

Certo l'assenza della sottoscrizione, criterio tradizionale di imputazione delle dichiarazioni scritte, solleverà un problema di imputazione della dichiarazione, ma questo, si badi bene, è un problema che si pone solo sul piano della prova e che – se si ammette la non essenzialità della sottoscrizione – potrà essere risolto facendo ricorso a criteri alternativi, ad esempio alla prova testimoniale, come potrebbe accadere nel caso in cui l'intimazione scritta (ma non sottoscritta), prevista dall'art. 1219 c.c., venga consegnata dal creditore alla presenza di altre persone, al suo debitore.

In quest'ottica, cioè, la mancanza della sottoscrizione potrà determinare problemi di prova relativi alla provenienza della dichiarazione (scritta), ma non preclude di per sé, per ciò solo, la realizzazione degli effetti per i quali la forma stessa è richiesta.

Per la dichiarazione negoziale, invece, una tale incertezza non è tollerabile, sicché la stessa può dirsi fatta per iscritto solo quando il documento contiene in sé anche un criterio di imputazione.

Se tutto ciò è vero, ne esce rafforzata l'idea che il nostro legislatore non abbia accolto sempre la stessa nozione di scritto, e che l'equivalenza

fissata dall'art. 1350 c.c. costituisca un principio generale valido nel campo degli atti negoziali.

1. LA SCRITTURA COME MEZZO DI PROVA: LA PROVA SCRITTA ED IL PRINCIPIO DI PROVA PER ISCRITTO

Così come per la forma, anche per la prova, come già accennato, vige un principio di libertà.

L'art. 2697 c.c., infatti, nel dettare la regola sull'onere della prova, non specifica quali sono i mezzi di cui le parti si devono avvalere per fornire la prova dei fatti che stanno a fondamento della propria domanda o della propria eccezione.

In generale, quindi, le parti possono avvalersi di tutti i mezzi di prova con il solo limite, secondo una certa tesi, della tipicità⁴⁸.

Così come il principio di libertà delle forme, però, anche quello di libertà dei mezzi di prova subisce alcune eccezioni ad opera del legislatore, che in certi casi subordina la prova di un certo fatto o atto alla produzione di un determinato mezzo di prova, solitamente di una prova scritta.

Se il mancato rispetto degli oneri di forma può avere conseguenze diverse, dalla nullità dell'atto alla responsabilità per difetto di informazioni, l'inosservanza dell'onere di prova scritta comporta sempre e solo una maggiore difficoltà probatoria.

Il principio sancito in via generale dal combinato disposto degli artt. 2725 e 2729 II co. c.c., infatti, è quello per cui la mancanza della prova scritta, quando richiesta per legge, esclude il ricorso alla prova testimoniale (con l'unica eccezione dell'art. 2724 n. 3) e a quella per presunzioni.

⁴⁸ V. PATTI, *Prove: disposizioni generali*, in *Commentario al cod. civ. Scialoja Branca, sub art. 2697-2698*, Bologna Roma, 1987; TARUFFO, voce *Prova (in generale)*, in *Dig. civ.*, 4° ed., XIV, Torino, 1997.

Nei casi in cui è richiesta una prova scritta, perciò, la regola di cui all'art. 2697 c.c. deve essere letta nel senso che colui sul quale, in base alla stessa, grava l'onere della prova può soddisfarlo solo mediante una prova scritta, ovvero mediante confessione o giuramento.

Ciò vale, ad esempio, per taluni negozi tipici quali, ad esempio, il contratto di assicurazione (art. 1888 c.c.), quello di transazione (art. 1967 c.c.), quello generale di riassicurazione (art. 1928 c.c.) o, ancora, per i negozi con cui si cede un'azienda (art. 2556 c.c.), si deroga alla competenza territoriale (art. 29 c.p.c.), si attua la trasmissione dei diritti di utilizzazione (art. 110 L. 22 aprile 1941, n. 633 sul Diritto d'autore), i quali tutti devono essere provati "per iscritto".

Ai sensi dell'art. 2725, comma 2°, c.c., anche gli atti per i quali è prevista una forma *ad substantiam* devono essere provati per iscritto, diverso è però in relazione a questi atti ciò che deve risultare dallo scritto.

Nei casi in cui la forma è richiesta solo per la prova, e non anche per la validità, infatti, è sufficiente che dall'atto scritto prodotto in giudizio si evinca che il contratto è stato comunque concluso, mentre per i contratti formali occorre che l'atto scritto abbia ad oggetto proprio il contratto che si vuole provare. "Pertanto, in sede processuale, la forma scritta *ad substantiam* implica prova del documento; la forma scritta *ad probationem* implica (più semplicemente) prova del contratto"⁴⁹.

Anche in relazione alla prova, così come già sopra visto con riguardo alla forma, il legislatore non precisa cosa deve intendersi per prova scritta. L'unica nozione di prova scritta di matrice legislativa è quella contenuta nell'art. 634 c.p.c. che vi ricomprende non solo le scritture private ma

⁴⁹ MESSINA, *op. cit.*, p. 76.

anche altre scritture tipicamente non sottoscritte quali i telegrammi, le polizze e le scritture contabili.

Nonostante la norma da ultimo citata abbia cura di precisare che quelle scritture sono da considerare prova scritta ai sensi del precedente art. 633 c.p.c., occorre verificare se dalla stessa non sia invece possibile ricavare una nozione generale di prova scritta.

Secondo parte della dottrina, in linea generale, sarebbe prova scritta solo quella fornita per il tramite (almeno) di una scrittura sottoscritta.

La più ampia nozione di cui all'art. 634 c.p.c., invece, avrebbe carattere eccezionale, e sarebbe per questo da considerare limitata al solo procedimento monitorio⁵⁰.

Se tuttavia si ripensa a quanto detto sopra con riguardo alla forma scritta, non sembra che l'impostazione riferita sia condivisibile quanto alla premessa, almeno non in termini assoluti.

Prendendo le mosse dall'idea per cui quando il legislatore prescrive la forma scritta, senza altra precisazione, si deve distinguere a seconda che l'atto in questione sia negoziale o meno, essendo essenziale la sottoscrizione solo nel primo caso, la stessa conclusione deve valere anche per la prova.

Se così non fosse, infatti, si arriverebbe alla paradossale conclusione per cui una certa forma (scritta), sufficiente per la validità e/o per l'efficacia dell'atto, non lo sarebbe altrettanto sul piano probatorio, con evidente frustrazione della *ratio* sottesa alle prescrizioni di forma che, come visto, si ritiene consistere, fra l'altro, nella precostituzione di un mezzo di prova.

⁵⁰ Così DE SANTIS, *Il documento non scritto come prova civile*, Napoli, 1988, *passim*, secondo cui documento scritto sarebbe sempre solo quello sottoscritto.

Sulla base di questa osservazione è necessario individuare come immanente al nostro ordinamento una sorta di principio di corrispondenza tra forma e prova, tale per cui quando la legge considera una certa forma sufficiente per la validità o per la rilevanza giuridica, lo stesso deve valere anche per la prova.

Ecco allora che anche il concetto di prova scritta dev'essere inteso in modo diverso a seconda che la limitazione probatoria sia disposta in relazione ad un atto negoziale o non negoziale: solo per i primi, infatti, si deve ritenere necessaria – in modo speculare sul piano probatorio rispetto a quello formale – una scrittura privata, bastando invece per i secondi anche una mera scrittura.

Il risultato raggiunto in merito alla prova degli atti scritti *ad substantiam* può dunque essere esteso anche a quelle fattispecie negoziali rispetto alle quali specifiche norme richiedono solo la prova, e non anche la forma, scritta.

In questo senso, del resto, sembra deporre il disposto dell'art. 1888 c.c. che, con riguardo al contratto di assicurazione, chiede che questo sia provato per iscritto, precisando poi, al secondo comma, che “l'assicuratore è obbligato a rilasciare al contraente la polizza o altro documento *da lui sottoscritto*”.

Chiarito dunque, seppur rapidamente, cosa s'intende per prova scritta, occorre ora fare un ulteriore passo avanti prendendo in esame quel *minus* rappresentato dal cosiddetto “principio di prova per iscritto”.

In via preliminare occorre precisare che il principio di prova per iscritto

- d) non costituisce di per sé un mezzo di prova, e tuttavia allo stesso è riconosciuta una certa efficacia sul piano probatorio;

e) non permette comunque l'ingresso di altri mezzi probatori quando è richiesta una certa forma per la prova o per la validità dell'atto che si vuole provare (art. 2725 c.c.);

f) non ha ad oggetto il fatto per il quale si chiede l'ingresso della prova testimoniale ma un altro fatto che rende verosimile il primo.

L'efficacia probatoria del principio di prova per iscritto consiste nel consentire l'ingresso di mezzi di prova altrimenti esclusi, quali la prova testimoniale e per presunzioni semplici (art. 2724 n. 1 c.c.)

Lo stesso, poi, se suffragato da altre risultanze, può anche costituire un argomento di prova rilevante ai sensi dell'art. 116, 2° co., c.p.c.

Ma cosa s'intende per "principio di prova per iscritto"?

A cosa si riferisce, cioè, il termine "principio"? Allo scritto o alla prova da questo fornita?

Secondo l'art. 2724 n. 1) c.c. "questo è costituito da qualsiasi scritto, proveniente dalla persona contro la quale è diretta la domanda o dal suo rappresentante, che faccia apparire verosimile il fatto allegato", e l'art. 2717 c.c. precisa che tali sono le copie rilasciate dai pubblici ufficiali fuori dei casi previsti.

Con riguardo, poi, alla specifica questione della prova della filiazione legittima, l'art. 242 c.c. considera principio di prova per iscritto quello che "risulta dai documenti di famiglia, dai registri e dalle carte private del padre o della madre, dagli atti pubblici e privati provenienti da una delle parti che sono impegnate nella controversia o da altra persona, che, se fosse in vita, avrebbe interesse nella controversia".

Nella definizione contenuta nella prima norma citata, l'art. 2724 n. 1) c.c., grande rilievo occupa il profilo della provenienza, tanto che può a ragione definirsi un atto di parte qualificata.

Ciò potrebbe indurre a ritenere che il principio di prova per iscritto, per essere tale, debba essere sempre sottoscritto dalla persona dalla quale la norma impone debba provenire.

Altri elementi, tuttavia, sembrano deporre in senso contrario.

Particolare rilievo in questa prospettiva assume ad esempio la precisazione per cui il principio di prova per iscritto è costituito da “qualsiasi” scritto.

Che senso potrebbe avere, infatti, l’impiego dell’aggettivo “qualsiasi” se non proprio quello di escludere la necessità che lo scritto in questione debba essere munito di sottoscrizione?

Che il principio di prova per iscritto non debba necessariamente integrare una scrittura privata, del resto, appare confermato anche dalle altre due disposizioni sopra ricordate.

Sia i documenti di famiglia di cui all’art. 242 c.c., sia le copie rilasciate dai pubblici ufficiali fuori dai casi consentiti, infatti, possono essere prive di sottoscrizione di parte.

Si pensi ad esempio al rilascio da parte di un notaio di una copia del verbale di assemblea di società per azioni redatto da un altro notaio, il cui originale è stato sottoscritto solo da quest’ultimo e depositato fra gli atti dello stesso.

In generale, dunque, il principio di prova per iscritto è sì uno scritto a provenienza qualificata – in quanto deve provenire dalla persona contro cui è diretta la domanda o dal suo rappresentante – tuttavia non è necessario che ciò risulti dallo scritto stesso, quindi dall’autografia della sottoscrizione, potendo invece risultare *aliunde*⁵¹.

⁵¹ Così Cass. 68/2212 e, in dottrina, COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, 2004, p. 272; MONTANARI, *Il principio di prova per iscritto*, Torino, 2005, p. 289.

E' sufficiente, cioè, la prova che la dichiarazione documentata nello scritto proviene da quella certa parte, mentre non occorre provare che anche lo scritto proviene dalla stessa.

L'elemento caratterizzante del principio di prova per iscritto, dunque, non sembra risiedere tanto nelle caratteristiche dello scritto, quanto nell'oggetto dello stesso. Il termine principio, cioè, deve essere riferito alla prova che lo scritto stesso fornisce, che non deve essere piena, bastando che "faccia apparire verosimile il fatto allegato" dalla controparte.

Alla mera scrittura, perciò, si potrà riconoscere valore probatorio in tutti quei casi in cui il fatto da provare consiste a) in un fatto non negoziale, b) in un negozio a forma e/o prova libera.

Tuttavia, stante la diversa concezione di atto e quindi di prova per iscritto accolta con riferimento agli atti negoziali e a quelli non negoziali, occorre rilevare come solo nel caso a), cioè rispetto ad un fatto o ad un atto non negoziale, il mero scritto sarà da considerare quale prova scritta (anche ai fini di cui all'art. 2725 c.c.), mentre rispetto agli atti negoziali, esso non potrà mai integrare una prova scritta ma potrà, semmai valere, qualora abbia oggetto circostanze diverse dal fatto da provare, come principio di prova per iscritto.

Le conclusioni cui si è giunti in merito al concetto normativo di scrittura portano ad una rivalutazione del mero scritto quale documento munito di rilevanza sia sul piano formale che su quello probatorio.

Tutto ciò ci permette di volgere lo sguardo al mondo della documentazione informatica nel quale, allo stato attuale, la firma digitale, unico equipollente di quella tradizionale autografa, stenta a decollare ed in cui, dunque, il documento non sottoscritto domina.

CAPITOLO II - LA SCRITTURA ELETTRONICA E LA FIRMA ELETTRONICA

1. IL DOCUMENTO INFORMATICO: LA SCRITTURA ELETTRONICA ED IL DOCUMENTO MULTIMEDIALE

La disciplina del documento informatico è oggi contenuta nel Codice dell'Amministrazione digitale e, precisamente, negli articoli 20 e 21 modificati dal D.lgs. 4 aprile 2006, n. 159. In base all'art. 1 lett. p) del Codice, il documento informatico è una “rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti”.

Sebbene sintetica, questa definizione risulta assai efficace, in quanto ben mette in luce la caratteristica fondamentale e distintiva del documento informatico, cioè la potenziale eterogeneità dei suoi contenuti.

In ragione del suo particolare supporto, quello informatico appunto, il documento informatico, infatti, si presenta come uno strumento assai duttile sotto il profilo contenutistico: mediante l'impressione di *bits*, invero, è possibile rappresentare uno scritto (cioè segni visibili di significato linguistico), un suono, una o più immagini, o anche più di questi elementi contemporaneamente.

Il documento informatico è dunque idoneo a conservare traccia di qualsiasi fatto, tuttavia, l'evidente diversità intercorrente tra i documenti informatici rappresentanti segni scritti (scritture elettroniche) e quelli rappresentanti suoni e/o immagini (documenti multimediali)⁵² suggerisce di condurre separatamente l'indagine relativa a questi due tipi documentali.

⁵² Tecnicamente per multimediale s'intende quella forma di comunicazione che utilizza ed integra tecniche e strumenti diversi, ad esempio immagini e suoni insieme. Comunemente, tuttavia, probabilmente in ragione del nome dei programmi utilizzati per leggere i formati diversi da *Word* (ad es. *Windows Multimedia*), vengono chiamati multimediali anche i *file* rappresentanti anche uno solo di questi fatti e, quindi, solo suoni, o solo immagini.

Un'ulteriore fondamentale considerazione suggerita dalla nozione di documento informatico sopra riportata, concerne la mancanza nella stessa di qualsiasi riferimento alla sottoscrizione (elettronica).

Anche nel campo della documentazione informatica, perciò, non considerando essenziale la presenza di una sottoscrizione (elettronica), il legislatore sembra lasciare spazio per il configurarsi di una mera scrittura (elettronica).

Se la non essenzialità della sottoscrizione apre le porte al riconoscimento di ulteriori criteri di imputazione della dichiarazione documentata, ciò non toglie che il legislatore mostri ancora una certa preferenza per quello fondato sulla sottoscrizione⁵³.

Al documento informatico è infatti attribuita un'efficacia sostanziale e probatoria diversa e crescente, a seconda che questo sia o non sia firmato (elettronicamente), e poi, in seconda battuta, a seconda del tipo di firma (elettronica) utilizzata⁵⁴.

La ragione di una tale scelta è da rintracciare nelle diverse caratteristiche tecniche dei due tipi di firma elettronica attualmente conosciuti dal nostro ordinamento, quella semplice, da un lato, e quella qualificata o digitale, dall'altro, cui corrispondono diversi e crescenti livelli di sicurezza circa l'autenticità della firma apposta su un certo documento informatico⁵⁵.

⁵³ Già prima dell'avvento del Codice si diceva che “il fulcro della normativa è quello di aver previsto anche il sistema della firma digitale per garantire la paternità del documento informatico al suo autore” VILLECCO BETTELLI, voce *Prove informatiche*, in *Digesto IV ed.*, *Disc. priv., Sez. civ.*, Torino, 2003, p. 1041.

⁵⁴ Come prescritto dalla legge delega, infatti, il legislatore ha cercato di “graduare la rilevanza giuridica e l'efficacia probatoria dei diversi tipi di firma elettronica in relazione al tipo di utilizzo e al grado di sicurezza della firma”. Così disponeva, infatti, l'art. 10 comma 1 lett. a) della l. 29 luglio 2003, n. 229.

⁵⁵ Già nel vigore della disciplina anteriore, si affermava che “la capacità rappresentativa del documento è modulata sulla tipologia delle firme opponibili, e si accresce con l'accrescersi del grado di complessità e sofisticazione delle firme utilizzate...la pluralità di firme elettroniche

2. L'ATTUALE SISTEMA DELLE FIRME ELETTRONICHE

Sebbene, come detto, la firma elettronica non sia un elemento costitutivo essenziale del documento informatico in quanto tale, né della scrittura elettronica, di cui qui ci si vuole occupare più approfonditamente, essa costituisce tuttora – anche nell'ambiente informatico – lo strumento di imputazione privilegiato dal legislatore, almeno quando questa è qualificata.

In ragione della particolare affidabilità riconosciuta alla firma elettronica qualificata, infatti, la legge attribuisce al documento informatico munito di una tale firma, un'efficacia maggiore rispetto a quella attribuita al documento informatico non sottoscritto o sottoscritto con firma elettronica semplice.

La particolare struttura del sistema normativo, dunque, impone di svolgere una preliminare riflessione sui tipi di firma elettronica attualmente riconosciuti dal nostro ordinamento⁵⁶.

Prima dell'entrata in vigore del Codice, i tipi di firma elettronica riconosciuti dal nostro ordinamento erano cinque. Oggi invece, i tipi di firma elettronica sono stati ridotti a tre: la firma elettronica semplice, la firma elettronica qualificata e la firma digitale.

implica una varia tipologia di documenti elettronici giuridicamente rilevanti". Così ORLANDI, *Il falso digitale*, Milano, 2003, p. 28.

⁵⁶ Il d.p.r. 10 novembre 1997, n. 513 ed il t.u. 445/00 prevedevano un solo tipo di firma elettronica, quella digitale. Successivamente, con il d.lgs. 23 gennaio 2002 n. 10, il legislatore ha abbandonato il sistema monistico a favore dell'approccio funzionale e tecnologicamente neutro suggerito dalla direttiva 93/1999/CE, giungendo così al riconoscimento anche di altri tipi di firme elettroniche. I tipi di firma allora previsti erano quattro: la firma elettronica semplice, la firma elettronica avanzata, la firma elettronica avanzata sicura e la firma digitale. Successivamente, con il d.p.r. 7 aprile 2003, n. 137, è stata introdotta anche la firma elettronica qualificata, ma questa, secondo la dottrina, non costituiva un nuovo tipo di firma elettronica, venendo in sostanza a coincidere con la già nota firma avanzata sicura (così SORRENTINO, *op. cit.*, p. 806). Analogo discorso valeva anche per la firma digitale: anche questa, infatti, non era un vero tipo a sé bensì una *species*, anzi, l'unica *species* al momento conosciuta, di firma avanzata sicura o qualificata.

Con il Codice, infatti, il legislatore, mirando all'obiettivo della semplificazione posto dalla relativa legge delega, ha eliminato la figura della firma elettronica avanzata non sicura e ha fatto confluire la firma elettronica avanzata sicura in quella qualificata.

Se poi si considera che la firma digitale altro non è se non una *species* di firma qualificata⁵⁷, ne risulta un sistema che, nonostante l'apparenza, può a ragione definirsi bipolare⁵⁸.

Al di là della riduzione dei tipi, scarsissime sono in verità le modifiche apportate al sistema delle firme elettroniche, le cui definizioni, ora contenute nell'art. 1 del Codice, rispettivamente alle lettere q), r) ed s), sostanzialmente ricalcano quelle già contenute nella disciplina anteriore⁵⁹.

La firma elettronica è definita come “l'insieme dei dati in forma elettronica, allegati oppure connessi tramite associazione logica ad altri dati elettronici, utilizzati come metodo di identificazione informatica” (art. 1 lett. q del Codice).

⁵⁷ Chiaro infatti in tal senso è l'*incipit* della definizione di firma digitale secondo cui questa è “*un particolare tipo di firma elettronica qualificata...*” (art. 1 lett. s del Codice).

⁵⁸ Vero è che la firma digitale trova tuttoggi ampio spazio nella normativa, ma ciò è dovuto al fatto che essa rappresenta da sempre l'unica firma qualificata esistente, dovendosi invece categoricamente escludere che la stessa sia un tipo autonomo di firma elettronica. Non pare dunque cogliere nel segno la critica al sistema delineato dal Codice mossa dal Consiglio di Stato che, nel parere rilasciato il 7 febbraio 2005, auspicava un completo assorbimento della figura della firma digitale all'interno della categoria della firma qualificata così da creare un sistema bipartito in linea con la normativa europea, fissata dalla direttiva 1999/93/CE, caratterizzata dalla contrapposizione tra firme elettroniche semplici (deboli) e firme elettroniche qualificate (forti), perché, appunto, il sistema si presenta già bipolare.

⁵⁹ Le definizioni prima contenute nel t.u. 445/00 sono state tutte abrogate dal Codice (art. 75), salvo la definizione di firma digitale contenuta nell'art. 1 lett. n). Le due definizioni tuttavia, così come già visto per il documento di informatico, sono sostanzialmente identiche. Modificata risulta invece la nozione di chiave privata, che oggi non più definita come quella destinata ad essere conosciuta solo dal titolare ma come quella utilizzata dal titolare per apporre la firma digitale. Quest'ultima definizione da un lato chiarisce meglio quale sia l'utilizzo pratico di detta chiave, dall'altro, però, risulta imprecisa laddove dice che la chiave privata è quella utilizzata “dal titolare”. La firma digitale, infatti, diversamente da quella autografa, non è collegata fisicamente al suo titolare, perciò, anche se la chiave privata è utilizzata da un altro soggetto, si crea la firma digitale del primo.

Con questa definizione si individuano le caratteristiche base di qualsiasi firma elettronica e, allo stesso tempo, anche uno specifico tipo di firma elettronica: la cosiddetta firma elettronica semplice⁶⁰.

In considerazione della mancanza nella definizione di firma elettronica semplice di qualsiasi riferimento a particolari tecnologie, si ha una firma elettronica semplice ogni qualvolta determinati dati informatici – costituenti la firma elettronica – sono suscettibili di essere associati (o allegati) ad un documento informatico e di dare indicazioni circa l'identità informatica del firmatario⁶¹. Si va dall'uso di parole chiave (*passwords*) all'uso di codici numerici, all'uso di tecnologie digitali⁶².

⁶⁰ Il d.lgs. 4 aprile 2006, n. 159, ha chiarito i rapporti intercorrenti tra la fattispecie della firma elettronica ed il concetto di identità informatica e di autenticazione informatica, apportando anche una piccola modifica al concetto di autenticazione informatica. Quest'ultimo è oggi definito all'art. 1 lett. b) del Codice come “la validazione dell'insieme di dati attribuiti in modo esclusivo ed univoco ad un soggetto, che ne distinguono l'identità nei sistemi informativi, effettuata attraverso opportune tecnologie anche al fine di garantire la sicurezza dell'accesso”. Con il d.lgs. 159 è stato introdotto quell'*anche* che rende eventuale il fine della sicurezza dell'accesso. Sempre il d.lgs. 4 aprile 2006, n. 159, ha introdotto poi nella definizione di firma elettronica il riferimento all' “identificazione”, mentre in origine il Codice vedeva nella firma elettronica un metodo di “autenticazione” informatica.

L'espressione “autenticazione informatica”, già presente nella disciplina anteriore al Codice, è stata sempre criticata dalla dottrina, secondo cui nel nostro ordinamento il termine “autenticazione” richiamerebbe un concetto del tutto diverso, cioè quello di cui all'art. 2703 c. c. Da più parti, pertanto, si suggeriva di abbandonare l'espressione “autenticazione”, frutto di un errore di traduzione del termine inglese *authentication* contenuto nella direttiva 1999/93/CE, in favore del più corretto “identificazione”. Con riguardo alla differenza tra identificazione ed autenticazione, si è detto che “l'identificazione è l'operazione a monte del messaggio o dell'invio” mentre “l'autenticazione è l'effetto: poiché l'inoltro è avvenuto da parte di persona identificata, esso è autentico” Così DUNI, *Le firme elettroniche nel diritto vigente (osservazioni sulla normativa italiana nel 2006)*, in *Dir. informaz. e informatica*, 2006, p. 513. La dottrina, dunque, leggeva già “autenticazione” come “identificazione”.

⁶¹ Il riferimento all'identificazione informatica richiama un concetto nuovo, quello di identità informatica. L'identità informatica del firmatario si acclara mediante il ricorso al procedimento di verifica della firma elettronica. Essa può non coincidere con l'identità personale, infatti è ben possibile che il titolare di un certo dispositivo di firma non coincida con il firmatario materiale. Ciò verrà chiarito meglio quando si affronterà il tema dell'efficacia probatoria del documento informatico sottoscritto con firma qualificata, e si vedranno le conseguenze per il caso di uso della chiave privata altrui.

⁶² I principi sui quali riposano le firme elettroniche sono condensati nelle formule: *something you know, something you are, something you have*. Essi indicano i requisiti capaci di identificare un utente di congegni informatici. Così GAMBINO, *op. cit.*, p. 2.

E' tuttavia discusso se possa dirsi firmato elettronicamente un documento informatico spedito tramite posta elettronica dall'*account* di un certo soggetto protetto da *id* (nome utente) e *password*. Si tratta evidentemente di una questione di grandissimo interesse, anche pratico, e su cui, anche in ragione di ciò, si tornerà approfonditamente in seguito.

La firma elettronica qualificata, invece, è definita dal Codice come “la firma elettronica ottenuta attraverso una procedura informatica che garantisce la connessione univoca al firmatario, creata con mezzi sui quali il firmatario può conservare un controllo esclusivo e collegata ai dati ai quali si riferisce in modo da consentire di rilevare se i dati stessi siano stati successivamente modificati, che sia basata su un certificato qualificato e realizzata mediante un dispositivo sicuro per la creazione della firma” (art. 1 lett. r del Codice).

Alla luce dell'inciso finale della definizione riportata, secondo cui la firma qualificata stessa deve essere “realizzata attraverso dispositivi per la creazione della firma sicura”, e considerato che trattasi dell'unico elemento di novità rispetto alla precedente definizione contenuta nel t.u. 445/00⁶³, si può ritenere che la “vecchia” firma avanzata, ora

⁶³ Nel testo originario della definizione di firma elettronica qualificata contenuta nel Codice, per la verità, si prevedeva anche che la firma elettronica qualificata dovesse garantire “la connessione univoca al firmatario e la sua univoca autenticazione informatica” e dovesse essere “realizzata mediante un dispositivo sicuro per la creazione della firma, quale l'apparato strumentale usato per la creazione della firma elettronica”. Entrambi gli incisi evidenziati in corsivo sono stati soppressi dal d.lgs. 4 aprile 2006, n. 159. Ciò non ha modificato il significato della norma, tuttavia la loro eliminazione è stata quanto meno assai opportuna. Il primo di essi, infatti, faceva riferimento, ancora una volta, all'autenticazione informatica mentre, come visto sopra, la firma elettronica può rilevare solo ai fini dell'identificazione informatica. L'abrogazione di tale riferimento, perciò, risulta opportuno e coerente con la nuova definizione di firma elettronica semplice. Il secondo inciso, invece, era “difficilmente intelleggibile se non addirittura radicalmente inesatto” (così SCORZA, *Definizioni*, in *Il Codice della pubblica amministrazione digitale*, a cura di G. Cassano e C. Giurdanella, Milano, 2005, p. 10). Mancando infatti qualsiasi riferimento al tipo di firma, sembrava possibile che una firma qualificata fosse generata dall'uso di un sistema utilizzato anche per la creazione di una firma debole. Il che, ovviamente, appariva contraddittorio, sicché anche l'abrogazione di questo secondo inciso merita apprezzamento.

formalmente scomparsa, sia in realtà confluita nell'attuale firma elettronica qualificata.

Una firma elettronica, dunque, può dirsi qualificata, quando il firmatario può accedere in modo riservato al dispositivo di firma e questo è in grado di garantire l'integrità del documento e la provenienza dello stesso, il tutto mediante il ricorso ad un certificato di firma emesso da soggetti che rispondono a determinati requisiti di affidabilità.

Sebbene la definizione riportata sia potenzialmente idonea ad abbracciare diverse fattispecie di firme, al momento solo il sistema delle chiavi asimmetriche è ritenuto capace di svolgere le funzioni caratteristiche della firma elettronica qualificata, perciò ad oggi possiamo dire che esiste un solo tipo di firma elettronica qualificata: la firma digitale.

La firma digitale è “un particolare tipo di firma elettronica qualificata basata su un sistema di chiavi crittografiche, una pubblica e una privata, correlate tra loro, che consente al titolare tramite la chiave privata e al destinatario 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” (art. 1 lett. s del Codice).

3. LA FIRMA DIGITALE E IL PROBLEMA DELLA SUA NATURALE TEMPORANEITA': LA MARCATURA TEMPORALE

Dando per noto il meccanismo dei sistemi di crittografia asimmetrica su cui si basa la firma digitale⁶⁴, oggi normativamente disciplinato dal

⁶⁴ Il meccanismo della firma digitale si basa su due chiavi crittografiche, una pubblica e una privata, che ogni titolare detiene. Ogni documento che sia cifrato con una delle due chiavi può essere decifrato solo con l'altra e la firma apposta con una chiave (privata) può essere verificata solo con l'altra (pubblica). Questo sistema è detto asimmetrico perché è un sistema

nel quale la conoscenza della chiave di cifratura non fornisce alcuna conoscenza della chiave di decifrazione. In particolare, in un sistema a chiave pubblica, come quello su cui si basa la firma digitale, è possibile imporre di rendere nota una delle due chiavi, quella pubblica, senza che ciò incrina la sicurezza del sistema, dato che la chiave pubblica non fornisce informazioni su quella privata. Le due chiavi, perciò, non sono solo diverse ma soprattutto sono complementari, perché se una è usata per cifrare, l'altra dev'essere usata per decifrare e viceversa. Esse sono inoltre indipendenti perché la conoscenza della chiave pubblica non permette di risalire a quella privata e ciò, evidentemente, consente il superamento del problema della trasmissione insicura della chiave simmetrica. Le chiavi sono quindi degli algoritmi, cioè degli insiemi di numeri e lettere che vengono generati dal *computer* attraverso un programma specifico per essere entrambi collegati al medesimo utente.

Chi vuole utilizzare il sistema deve anzitutto generare, attraverso l'apposito *software* le due chiavi e conservare, senza comunicarla a nessuno, la chiave privata (segreta), comunicando invece quella pubblica all'autorità competente (Autorità di Certificazione), la quale, dopo aver svolto i controlli opportuni, provvederà ad inserirla nell'apposito elenco pubblico e ad emettere il relativo certificato. Una volta espletate queste operazioni preliminari, l'utente è pronto per sottoscrivere digitalmente. A tal fine, dopo aver digitato il documento nella stesura definitiva, l'utente deve apporre la chiave segreta: in tal modo egli ha firmato e si è assunto la paternità del documento. Il destinatario, invece, per leggere il documento inviatogli tramite la rete telematica, deve consultare gli elenchi delle chiavi pubbliche e applicare quella corrispondente al nome del mittente. Se il messaggio è stato inviato da un soggetto diverso da quello contrassegnato dalla chiave pubblica, allora quest'ultima non varrà a decifrare la comunicazione, viceversa l'esito positivo dell'utilizzazione della chiave pubblica consentirà al destinatario di verificare l'autenticità del messaggio. Il sistema delle chiavi asimmetriche, accompagnato alla realizzazione di registri certificativi delle chiavi pubbliche disponibili via *internet*, consente perciò, anzitutto, di verificare in modo immediato e sufficientemente certo che il messaggio è stato trasmesso con un segno di identificazione di cui solo quel determinato soggetto aveva la disponibilità. Inoltre, poiché, come è già stato accennato, la firma digitale varia a seconda del documento firmato, è poi anche possibile verificare che il messaggio non ha subito alterazioni. A differenza della sottoscrizione autografa, non esiste un'unica firma digitale per ogni soggetto perché la firma digitale varia al variare del contenuto del documento ed è strettamente dipendente dal documento. La firma, perciò, risulta completamente diversa tanto se si usa una chiave diversa quanto se si modifica anche un solo carattere del testo.

Se, quindi, il testo è stato modificato da un soggetto non dotato della chiave privata, per cui la modifica non è stata a sua volta sottoscritta, ecco allora che il programma di validazione della firma digitale darà come risultato una firma invalida. E' bene precisare che spesso la firma digitale, per ragioni di rapidità, non è calcolata sull'intero documento, bensì su un estratto del documento stesso, una specie di sintesi, di riassunto che viene calcolato in maniera univoca e non invertibile, automaticamente ricavato dal documento originale applicando una funzione di *hash*. In quest'ipotesi, il destinatario codifica il messaggio con la stessa funzione *hash* usata dal mittente e poi decifra la firma digitale del mittente con la corrispondente chiave pubblica. Se i due *hash* corrispondono, il destinatario avrà la certezza che la paternità del messaggio è di chi appare essere il titolare della chiave privata usata per apporre la firma e che il messaggio non è stato alterato. Ma il sistema di firma digitale adottato dal legislatore non consente solo di assicurare la paternità e l'integrità del documento, ma anche la sua segretezza.

Se il mittente vuole, infatti, può firmare il documento con la sua chiave privata e cifrarlo con quella pubblica del destinatario, rendendo così il messaggio conoscibile solo dal destinatario e non invece da chiunque. Quest'ultimo, ricevuto il messaggio, farà l'operazione inversa, decifrandolo con la sua chiave privata e con la chiave pubblica del mittente. La riservatezza è così garantita dal fatto che solo il destinatario dispone della chiave privata corrispondente a quella pubblica usata dal mittente per cifrare il testo.

Codice e dalle regole tecniche del 2004⁶⁵, occorre invece, in relazione a quanto si dirà oltre, richiamarne ed evidenziarne le peculiarità, le quali, in estrema sintesi, possono così riassumersi:

- a) la firma digitale è sempre diversa in quanto dipende anche dal contenuto del documento così firmato.
- b) la firma digitale non può mai essere falsa. Essa, infatti, è collegata al suo titolare sulla base di un criterio oggettivo e non soggettivo per il tramite dell'attività di soggetti terzi, i Certificatori, di modo che se la verifica della firma digitale ha esito positivo, ciò significa che giuridicamente quella firma appartiene al titolare del certificato usato per creare la firma verificata;
- c) la verifica positiva della firma digitale garantisce non solo la paternità ma anche l'integrità e la segretezza del documento firmato, potendo al tempo stesso fornire anche indicazioni sulla qualifica del firmatario;
- d) la firma digitale può avere dei limiti di oggetto (per valore o materia);
- e) la firma digitale è sempre soggetta a scadenza e può anche essere sospesa o revocata.

L'esame delle caratteristiche qui enunciate, per opportunità rinviato alla trattazione che si svolgerà in merito all'efficacia probatoria del documento informatico firmato digitalmente, costituisce da sempre il terreno d'indagine degli studiosi che si sono occupati di documento informatico.

Tuttavia la ricerca sulle stesse non è stata affatto omogenea: l'attenzione della dottrina, infatti, si è concentrata quasi esclusivamente sul problema della (impossibile) falsità della firma digitale (vedi *supra* lett. b), mentre

⁶⁵ In attesa dell'emanazione delle regole tecniche di cui all'art. 71 del Codice, infatti, restano in vigore quelle contenute nel D.p.c.m. 13 gennaio 2004.

scarso è stato l'approfondimento di quello che sembra essere il vero punto debole del sistema della firma digitale, cioè, la sua naturale scadenza (vedi *supra* lett. e).

Si tratta di una questione fondamentale su cui si tornerà più diffusamente in seguito, ma della quale sembra opportuno già qui delineare i contorni.

Il punto di partenza è costituito dall'art. 28 comma 1 lett. f) del Codice che, prevedendo che i certificati qualificati devono contenere l'indicazione del proprio termine iniziale e finale di validità, di fatto afferma la naturale temporaneità della firma digitale.

La firma digitale, cioè, diversamente da quella tradizionale autografa è naturalmente soggetta a scadenza, e può perdere validità nel tempo anche prima della scadenza per il verificarsi di cause di revoca o sospensione del certificato⁶⁶.

La temporaneità della validità della chiave di firma costituisce una ineliminabile necessità dovuta alla particolare tecnologia sottesa a tale strumento.

Poiché infatti la firma digitale non è altro che una combinazione alfanumerica risultante dall'applicazione di una certa chiave informatica ad un certo documento, non è escluso che attraverso un elevato ma non infinito numero di tentativi si riesca a risalire dalla firma digitale alla chiave privata utilizzata per crearla.

Certo, si tratta di un'operazione non semplice né breve, ma possibile, soprattutto se si hanno a disposizione più firme digitali ottenute mediante l'uso della stessa chiave. In tale ipotesi, infatti, disponendo già di un

⁶⁶ Ciò è stato voluto per garantire periodicamente un cambio delle chiavi così da garantirne la sicurezza tecnica (vedi in tal senso art. 15 comma 4 D.p.c.m. 13 gennaio 2004; ZAGAMI, *La marcatura temporale*, in AA.VV., *Introduzione alla firma digitale dei notai*, a cura del Consiglio Nazionale del Notariato).

numero maggiore di elementi, sarà più agevole risalire alla combinazione costituente la chiave privata.

La scadenza della chiave privata di firma, dunque, vuole prevenire proprio questa eventualità, da un lato, concedendo un tempo limitato e breve per compiere questi tentativi e, dall'altro, consentendo la sostituzione delle chiavi con altre ottenute tramite l'uso di sistemi di combinazione aggiornati, al passo con gli strumenti utilizzabili da chi le voglia forzare.

Sebbene la scadenza delle chiavi miri ad un effetto positivo, garantire la sicurezza del sistema della firma digitale, essa finisce tuttavia per rappresentare il più grosso limite di tale sistema.

Per comprendere ciò, occorre esaminare il sistema della marcatura temporale.

La norma fondamentale al riguardo è fissata dall'art. 21, comma 3, del Codice, a mente del quale “l'apposizione ad un documento informatico di una firma digitale o di un altro tipo di firma elettronica basata su un certificato elettronico revocato, scaduto o sospeso, equivale a mancata sottoscrizione”, da cui discende il principio per cui la cessazione di validità della chiave (*rectius* del relativo certificato) si ripercuote direttamente sulle firme digitali.

L'efficacia giuridica – anche sul piano formale – della firma digitale, quindi, è subordinata anzitutto alla dimostrazione che la stessa è stata apposta in un momento anteriore alla cessazione di validità della relativa chiave. Il problema, dunque, si svolge essenzialmente sul piano probatorio, trattandosi cioè di individuare le modalità tecniche idonee ad assicurare la prova, anche a distanza di tempo, quando la firma è scaduta

o revocata, quando perciò la sua verifica – se fatta in quel momento – darebbe esito negativo, che la firma era valida quando è stata apposta.

Posto che una firma digitale, di per sé, non contiene alcuna connotazione di carattere temporale e che, pertanto, una firma apposta dopo la scadenza (o revoca o sospensione) della relativa coppia di chiavi non è tecnicamente distinguibile da una firma apposta validamente in un momento anteriore, il legislatore ha stabilito che “la validità di un documento informatico, i cui effetti si protraggano nel tempo oltre il limite della validità della chiave di sottoscrizione, può essere estesa mediante l’associazione di una marca temporale” (art. 52 D.p.c.m. 13 gennaio 2004) e, più in generale che “la data e l’ora di formazione del documento informatico sono opponibili ai terzi se apposte in conformità alle regole tecniche sulla validazione temporale” (art. 20 comma 3 del Codice)⁶⁷.

Dal punto di vista tecnico, la marcatura temporale, consiste in un’attestazione di data ed ora effettuata in automatico da un elaboratore e firmata digitalmente dal certificatore che ne assume la responsabilità con una specifica chiave di marcatura temporale appositamente certificata (art 44-52 D.p.c.m. 13 gennaio 2004).

La marcatura temporale, dunque, è a sua volta nient’altro che un sistema di firma digitale – verificabile allo stesso modo di tutte le firme digitali – con cui è possibile attribuire ad un documento data certa *erga omnes*.

⁶⁷ L’evidente portata generale dell’ultima norma citata, induce a ritenere che sotto questo profilo all’ipotesi espressamente disciplinata dalla normativa tecnica della scadenza del certificato di firma sia equiparabile l’ipotesi di revoca e sospensione dello stesso. Il principio citato riecheggia quello già sancito dalle regole tecniche precedenti, quelle emanate con il D.p.c.m. 8 febbraio 1999 ed oggi abrogate, secondo cui “la presenza di una marca temporale valida associata ad un documento informatico...garantisce la validità del documento anche in caso di compromissione della chiave di sottoscrizione, purché la marca temporale sia stata generata antecedentemente a tale evento” (art. 6 comma 3).

In modo del tutto analogo alle firme digitali, però, e qui sta il punto debole di tutta la costruzione, anche le marche temporali sono soggette a perdita di validità⁶⁸ per scadenza, revoca o sospensione ed il verificarsi di uno di tali eventi fa sì che venga meno l'effetto di attribuire ad uno o più documenti informatici una data ed un orario opponibili ai terzi (art. 1 lett. bb del Codice).

Per rendere possibile anche a distanza di anni la verifica della firma digitale e, quindi, il mantenimento dell'efficacia probatoria propria del documento informatico sottoscritto con firma digitale, non basta pertanto che esso sia digitalmente sottoscritto ma occorre anche che sia apposta una marca temporale e che questa sia periodicamente rinnovata⁶⁹.

Ciò evidentemente costituisce un grosso difetto e limite del sistema attuale perché obbliga chi voglia servirsi della stessa ad una continua attività di custodia attiva.

Non basta infatti, come si fa con un documento cartaceo, proteggere il documento stesso da eventuali fenomeni esterni che lo possano danneggiare o distruggere, ma occorre periodicamente attivarsi al fine di ottenere la rinnovazione della marca temporale: il pericolo di distruzione del documento non è solo all'esterno di esso, ma addirittura al suo interno⁷⁰.

⁶⁸ In questo senso v. anche BAUDIZZONE, *I dubbi sulla validità dei documenti informatici*, in www.interlex.it

⁶⁹ In questo senso, v. anche BAUDIZZONE, *op. cit.*, secondo cui, perché il documento informatico conservi il suo valore legale, non basta verificare che quando è stata apposta la firma digitale era valida, occorre, invece, "fotografare" tale validità, al fine di poter utilizzare tale validazione anche in tempi successivi.

⁷⁰ In mancanza di una tale attività il documento dovrà considerarsi essere andato perduto, né probabilmente, almeno con riguardo ai negozi formali, si potrà fare ricorso alla prova per testimoni, dal momento che dal combinato disposto degli artt. 2724 n. 3 e 2725 c.c. risulta che l'ammissione della prova testimoniale è subordinata al fatto che la perdita del documento sia avvenuta senza colpa e difficilmente il comportamento della parte che ometta di rinnovare la marca temporale potrà considerarsi incolpevole. (ZAGAMI, *op. cit.*).

Tutto ciò sembra ostacolare, o quanto meno rendere più ardua, la realizzazione di quella che si è visto essere la principale funzione sottesa alle prescrizioni formali, cioè la precostituzione di un mezzo di prova.

A causa della temporaneità delle firme digitali, infatti, le parti potrebbero trovarsi prive di un documento. La forma elettronica, in altre parole, appare priva di quel carattere di durevolezza proprio di qualsiasi documento.

La scadenza delle firme digitali e delle marche temporali, dunque, rappresenta oggi il più serio ostacolo all'uso diffuso delle firme digitali, sicché sullo stesso appare opportuno tornare in seguito, nel tentativo di prospettare una o più possibili soluzioni, in attesa che le emanande regole tecniche di cui all'art. 71 del Codice diano risposte concrete ed efficaci sul punto.

CAPITOLO III - LA SCRITTURA ELETTRONICA COME FORMA E COME PROVA

Come si è fatto rilevare nel precedente capitolo, la disciplina vigente – al pari di quella anteriore – riconosce al documento informatico effetti giuridici diversi ⁷¹ a seconda del tipo di firma elettronica associata⁷².

Ma oltre che dal tipo di firma associata, l'efficacia dei documenti informatici dipende anche dal contenuto di essi, diverso essendo – come si vedrà – il valore giuridico di una scrittura elettronica, rispetto a quello di un documento multimediale.

Tale ultimo rilievo suggerisce di svolgere separatamente l'indagine relativa alle due categorie documentali.

1. L'EFFICACIA FORMALE DELLA SCRITTURA ELETTRONICA

Prima dell'entrata in vigore del Codice, il valore formale del documento informatico era disciplinato dal secondo comma dell'art. 10 del t.u. 445/00, secondo cui “il documento informatico, sottoscritto con firma elettronica, soddisfa il requisito legale della forma scritta”.

La dottrina maggioritaria, sulla scia di quella teoria tradizionale che ignorava la distinzione tra mera forma scritta e scrittura privata, tendeva ad interpretare in modo estensivo la norma citata, riferendo al concetto di

⁷¹ La struttura del Codice differisce da quella dei provvedimenti anteriori perché in quelli gli effetti erano collegati direttamente alla firma elettronica, nel senso che ad ogni tipo di firma elettronica era dedicato un articolo in cui si stabilivano sia gli effetti sostanziali sia quelli probatori. Il Codice, invece, disciplina direttamente i documenti informatici, anche se poi li distingue sulla base del tipo di firma elettronica associata.

⁷² Vi è poi una particolare categoria di documenti informatici la cui efficacia privilegiata dipende dall'intervento nella loro fase genetica del pubblico ufficiale. Si tratta degli atti informatici notarili cui è dedicato l'ultimo capitolo. Su questi si veda CHIBBARO, *Le problematiche giuridiche delle prime applicazioni*, in AA.VV., *Firme elettroniche: questioni ed esperienze del diritto privato*, Milano, 2003, p. 101.

“requisito legale della forma scritta”, qualsiasi prescrizione legale richiedente la redazione di un atto scritto, compresa quella di cui all’art. 1350 c.c.

Secondo tale impostazione, seguita anche dalla giurisprudenza di merito⁷³, quindi, per il configurarsi di una scrittura privata elettronica, cioè di un documento informatico formalmente equivalente alla scrittura privata cartacea⁷⁴, doveva considerarsi sufficiente l’apposizione di una qualsiasi firma elettronica, anche semplice.

La superiorità della firma qualificata o digitale rispetto a quella semplice, dunque, era confinata al solo piano probatorio: solo la prima, infatti, conferiva al documento informatico sottoscritto il valore di prova legale. Sul piano sostanziale invece, si noti bene, i due tipi di firma erano considerati equivalenti: entrambi integravano il requisito della forma scritta, anche ai sensi dell’art. 1350 c.c.

E’ in questo contesto che interviene l’art. 20 del Codice (rubricato “Documento informatico”). Detta norma, nel suo testo anteriore all’emanazione del D.lgs. 4 aprile 2006, n. 159, disciplinava l’efficacia formale solo del documento informatico munito di firma elettronica

⁷³ Si fa riferimento a quelle pronunce giurisprudenziali che, considerando l’e-mail un documento informatico sottoscritto, hanno concesso su tale base un decreto ingiuntivo, problematica questa su cui si tornerà più specificamente nel capitolo quinto.

⁷⁴ In senso contrario si vedano però GENTILI, *I documenti informatici: validità ed efficacia probatoria*, in *Diritto dell’Internet*, 2006, p. 303; ID., *Le tipologie di documento informatico dopo il d.p.r. n. 137/03: effetti sostanziali ed effetti probatori*, in *Dir. informaz. e informatica*, 2005, p. 681; RUSSOLILLO VACIAGO, *La firma elettronica non qualificata e le norme di coordinamento*, in *Dir. e giust.*, 2004, n. 16, p. 73. Nel vigore della disciplina ante Codice, secondo questi ultimi Autori, solo la firma digitale valeva a costituire una scrittura privata, mentre la firma elettronica semplice poteva soddisfare solo il requisito della mera forma scritta. Questa idea trovava fondamento sia nel disposto dell’art. 11 del t.u. 445/00, sia nella necessità di una lettura coordinata del primo e del secondo periodo del comma secondo dell’art. 10 del t.u. 445/00. La libera valutabilità del documento informatico sottoscritto con firma elettronica semplice, infatti, pareva incompatibile con l’idea che la stessa potesse poi, sul piano formale, costituire una scrittura privata elettronica perché in quel caso la sua efficacia sul piano probatorio sarebbe dovuta essere quella di cui all’art. 2702 c.c. e non, invece, quella di prova semplice.

qualificata o digitale (comma 2°), riconoscendo ad esso l' idoneità a soddisfare il requisito della forma scritta.

Continuava però a mancare qualsiasi specificazione in merito al concetto di forma scritta cui s' intendeva fare riferimento.

Nulla più si diceva invece circa l' efficacia sul piano formale del documento informatico sottoscritto con firma elettronica semplice: tale silenzio, anche letto alla luce della disciplina dettata per la firma digitale, aveva indotto gli interpreti a ritenere che la firma elettronica semplice non fosse più sufficiente ad integrare il requisito della forma scritta, né nella forma della scrittura privata, né della mera forma scritta.

Il documento informatico con firma elettronica semplice perdeva così il valore di forma legale, diventando utilizzabile solo per la conclusione di negozi a forma libera⁷⁵ o in relazione ai quali la forma richiesta sia diversa da quella scritta.

Tutto ciò è stato fortemente criticato sia dal Consiglio di Stato, sia dalla dottrina, secondo cui la scelta del legislatore di negare la qualifica di scritto, almeno mero, al documento informatico non munito di firma digitale⁷⁶ era errata ed inopportuna.

⁷⁵ GENTILI, *I documenti informatici: validità ed efficacia probatoria*, in *Diritto dell'Internet*, 2006, p. 303.

⁷⁶ In sede di parere sullo schema del codice, infatti, il Consiglio di Stato aveva affermato che il legislatore avrebbe dovuto raccordare la disciplina del Codice all' art. 1350 del codice civile chiarendo quale fosse la forma informatica equivalente all' atto pubblico e alla scrittura privata ed introducendo la forma della scrittura telematica, munita o meno di una firma sicura, ritenendola idonea al perseguimento degli scopi di legge” Cons. di Stato, sez. cons. per gli atti normativi, Adunanza del 7 febbraio 2005, *Giur. it.*, 2005, I, c. 1163. Nello stesso parere, poi, il Consiglio di Stato aveva criticato il provvedimento anche dal punto di vista formale per la formula. Ad avviso del Consiglio infatti, dicendo che *il documento informatico* sottoscritto con firma digitale soddisfa il requisito della forma scritta, il legislatore aveva attribuito al documento una caratteristica (la forma scritta) dell' atto, confondendo così contenuto e contenente. Precisa il Consiglio di Stato: “non si può sottacere che una cosa è il documento, che è il contenente (che è un mezzo di prova), altra cosa è il contenuto o l' atto documentato (il negozio o atto giuridico voluto), altra cosa ancora è la forma, che è elemento essenziale dell' atto o negozio, se prescritta a pena di nullità (art. 1325 c.c.) e che può consistere nell' atto pubblico o nella scrittura privata, autenticata o non (v. art. 1350 c.c.). La affermazione,

La natura scritta di un documento, si faceva giustamente notare, non può essere fatta dipendere dalla presenza o meno di un requisito soggettivo, quale la sottoscrizione, perché al contrario discende solo dalle sue caratteristiche oggettive di inalterabilità⁷⁷.

Se, infatti, l'essenza dell'atto scritto, e la ragione per la quale si ricorre allo stesso, risiede nella sua attitudine a cristallizzare una certa rappresentazione nel tempo, allora l'attribuzione ad un certo documento della qualifica di "scritto", non può che dipendere da un requisito oggettivo, cioè dal grado di sicurezza circa l'integrità del contenuto.

Se un certo documento è o meno atto scritto, cioè, considerata anche la coincidenza tra il concetto normativo di (mero) scritto con quanto elaborato dalla semiotica, dipende solo dalla sua idoneità o inidoneità a mantenere nel tempo una traccia durevole e difficilmente alterabile di un fatto mediante segni linguistici, e non da altri elementi o qualità.

Il riconoscere valore esclusivamente alla firma digitale, dunque, appariva errato perché, si diceva, se ciò che conta è la capacità di fornire una fedele rappresentazione, non si può escludere che ciò possa essere realizzato mediante l'utilizzo di strumenti diversi dalla firma digitale, ad esempio mediante programmi di scrittura capaci di lasciare traccia delle modifiche subite.

La scelta del legislatore di negare al documento informatico privo di firma qualificata o digitale l'equiparazione alla scrittura *tout court*, poi, come detto, è stata criticata anche sotto il profilo dell'opportunità⁷⁸, a mente della crescente importanza di detta forma.

contenuta nello schema di codice, che sia il documento informatico (sottoscritto con firma digitale) a soddisfare il requisito della forma scritta sembra invece confondere il contenente con il contenuto".

⁷⁷ MINERVA, *Documento informatico e forma scritta*, in www.interlex.it

⁷⁸ GENTILI, *op. loc. citt.*

Riconoscere al solo documento informatico con firma qualificata o digitale un valore equivalente alla forma scritta di qualsiasi tipo, anche mera, avrebbe infatti finito per costituire un grosso limite alla conclusione dei contratti per via telematica, soprattutto con i consumatori.

Perché ad esempio, per adempiere a tutte quelle prescrizioni formali contenute nel Codice del Consumo che richiedono che certe informazioni siano fornite al consumatore “per iscritto”, sarebbe sempre stata necessaria l’apposizione di una firma qualificata o digitale.

Tutto ciò, giustamente, è parso incoerente ed eccessivo.

Incoerente perché non si vede per quale motivo lo scambio di documenti informatici sottoscritti elettronicamente non possa bastare a soddisfare il requisito della mera forma scritta, mentre un tale risultato sarebbe raggiungibile mediante lo scambio degli stessi documenti via *fax*, cioè tramite il ricorso ad uno strumento che, da un punto di vista tecnico, offre garanzie di integrità e paternità inferiori a quelle del documento elettronico sottoscritto con firma elettronica semplice⁷⁹.

Eccessivo perché avrebbe imposto a tutti i consumatori virtuali, cioè a quei consumatori che intendessero svolgere attività negoziale per via telematica, spesso non molto esperti di informatica, di procurarsi una firma digitale per manifestare la propria volontà negoziale, ad esempio per approvare specificamente le clausole di cui all’art. 1341 c.c., ovvero, sul fronte opposto, ad eseguire la non semplice procedura di verifica della firma digitale apposta dalla controparte sui documenti informativi.

⁷⁹ SCORZA, *Il documento informatico*, in *Il Codice della pubblica amministrazione digitale*, a cura di G. Cassano e C. Giurdanella, Milano, 2005, p. 185. In questo senso anche LISI-LAZARI, *Analisi del Parere Consiglio di Stato 11995/05 alla luce dell’evoluzione del concetto di documento informatico: verso il necessario superamento della sottoscrizione nella scrittura telematica tra privati*, in *Giur.it.*, 2005, I, c. 1165, i quali auspicavano la creazione di un sistema che attribuisse un’efficacia graduata alle varie *species* di scritture.

Si trattava, evidentemente, di una soluzione eccessivamente onerosa, che avrebbe finito per disincentivare l'utilizzo del documento informatico nelle contrattazioni *on-line* che per natura, invece, richiedono l'uso di strumenti semplici e celeri⁸⁰.

Tutte queste critiche sono state recepite dal legislatore che, con il d.lgs. 4 aprile 2006, n. 159, è intervenuto sul punto introducendo un nuovo comma all'art. 20 del Codice, il comma 1-bis, e modificando il secondo comma dello stesso articolo⁸¹.

Il nuovo comma 1-bis dell'art. 20 del Codice prevede oggi che “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 immodificabilità, fermo restando quanto disposto dal comma 2”.

Il comma 2°, a sua volta, prevede che “il documento informatico sottoscritto con firma elettronica qualificata o con firma digitale, formato nel rispetto delle regole tecniche stabilite ai sensi dell'articolo 71, che garantiscano l'identificabilità dell'autore, l'integrità e l'immodificabilità del documento, si presume riconducibile al titolare del dispositivo di firma ai sensi dell'articolo 21, comma 2°, e soddisfa comunque il requisito della forma scritta, anche nei casi previsti, sotto pena di nullità, dall'articolo 1350, comma 1°, numeri da 1 a 12 del codice civile”.

⁸⁰ Così SCORZA, *Il diritto dei consumatori e della concorrenza in Internet*, Padova, 2006, p. 154.

⁸¹ Le modifiche apportate al secondo comma dell'art. 20 del Codice, sono consistite nel raccordo con l'art. 1350 c.c., di cui si dirà, e nell'introduzione di un ulteriore criterio di valutazione, quello dell'immodificabilità e, infine, nell'espressa previsione di una presunzione di paternità del documento in capo al titolare del dispositivo di firma impiegato. Collegando alla firma digitale una presunzione di paternità, il legislatore ha esplicitato ciò che prima era implicito e cioè che la firma qualificata o digitale costituisce criterio di imputazione della dichiarazione contenuta nel documento informatico. Come si vedrà, il titolare del dispositivo di firma utilizzato potrà superare detta presunzione di paternità solo provandone l'uso abusivo.

Che la *ratio* delle integrazioni richiamate fosse quella di rimediare alle critiche sopra ricordate, ben emerge dalla relazione illustrativa al d.lgs. 4 aprile 2006, n. 159⁸², ove si mette in luce come l'intenzione del legislatore, fosse quella di creare un raccordo chiaro tra l'art. 20 del Codice e l'art. 1350 c.c. al fine di precisare

- a) che la forma informatica che integra la forma scritta *ad substantiam*, quando questa è richiesta dalla legge o dalle parti, è senz'altro soddisfatta dall'apposizione di una firma elettronica qualificata o digitale;
- b) quali siano le tipologie di documento informatico che soddisfano le disposizioni dell'ordinamento che impongono la mera forma scritta quale modalità specifica di assolvimento di obblighi di natura essenzialmente informativa.

Ora, se si confronta il comma 1-bis con il comma 2° dell'art. 20 del Codice alla luce della relazione illustrativa, sembra che il riferimento al requisito della "forma scritta", contenuto in entrambe le disposizioni citate, debba essere inteso in modo diverso.

Nel senso che mentre il comma 1-bis allude a quella che è stata chiamata la mera forma scritta, cioè a quei casi già esaminati in cui, per varie finalità, è richiesto un atto scritto, ma non anche sottoscritto, il comma 2° si riferisce a quei casi in cui la forma, prescritta (di regola *ad substantiam*), è la scrittura privata⁸³.

Solo nel secondo caso sarebbe sempre necessaria e sufficiente l'apposizione di una firma qualificata o digitale, mentre nel primo caso

⁸² La relazione è reperibile al sito www.cnipa.gov.it

⁸³ Nello stesso senso v. LANDINI, *Formalità e procedimento contrattuale*, Milano, 2008, p. 101 che però limita il campo di applicazione della mera forma scritta al solo ambito informativo, considerando la stessa sempre e solo una forma prescritta *ad informationem*. Così anche FINOCCHIARO, *Tecniche di imputazione della volontà negoziale: le firme elettroniche e la firma digitale*, in (a cura di) CLARIZIA, *I contratti informatici*, Milano, 2007, p. 217 ss.

potrebbe bastare anche un documento informatico privo di sottoscrizione o con firma elettronica semplice.

Il documento informatico non sottoscritto o munito di firma elettronica semplice, infatti, non solo non è mai equiparabile ad una scrittura privata, potendo integrare solo la mera forma scritta, ma non è nemmeno detto che sia così.

Mentre infatti il valore formale del documento informatico con firma qualificata o digitale è determinato a priori dal legislatore, che lo equipara ad una scrittura privata tradizionale, la determinazione del valore formale del documento informatico non sottoscritto o munito di firma elettronica semplice, è affidata al libero apprezzamento del giudice, il quale deve valutare se, in concreto, un certo documento è idoneo a integrare la forma scritta o meglio, per quanto detto, la mera forma scritta.

Dicendo che il documento informatico con firma qualificata o digitale “soddisfa *comunque* il requisito della forma scritta, *anche* nei casi previsti dall’art. 1350 c.c.” il legislatore preclude al giudice il compimento, in relazione a detto documento, di qualsiasi valutazione, stabilendo a priori che quella è forma scritta e, più precisamente, è una scrittura privata elettronica.

In questo caso, cioè, il documento è sottoscritto e la firma apposta, secondo un giudizio *ex ante* del legislatore, equivale a quella autografa.

Nell’ipotesi di cui al comma 1-bis dell’art. 20, invece, la valutazione circa l’idoneità del documento a soddisfare la forma scritta viene rimessa caso per caso al giudice. Il legislatore fissa solo i criteri di tale valutazione.

Il valore formale del documento informatico non sottoscritto o sottoscritto con firma elettronica semplice, infatti, non è definito a priori ma è liberamente valutabile dal giudice tenuto conto delle sue caratteristiche oggettive di qualità, sicurezza, integrità ed immodificabilità⁸⁴.

Il giudice però, come detto, non potrebbe spingersi tanto in là da considerare tale tipo di documento equivalente alla forma scritta *ex art.* 1350 c.c. ma solo, eventualmente, alla mera forma scritta.

Se infatti così non fosse, si dovrebbe ammettere l'esistenza – almeno in termini potenziali – di una scrittura privata (elettronica) priva di firma, il che, però, francamente non sembra accettabile considerata la struttura della scrittura privata di cui si è detto in precedenza⁸⁵.

Poiché, infatti, il comma 1-bis dell'art. 20 del Codice si occupa genericamente del “documento informatico”, si dovrebbe ritenere possibile che il giudice consideri scritto, anche ai sensi dell'art. 1350 c.c., non solo un documento informatico sottoscritto con firma elettronica semplice, ma anche uno non sottoscritto.

Sembra tuttavia assai difficile ammettere che il legislatore possa aver inteso equiparare, anche solo in via eventuale, un documento privo di sottoscrizione ad una scrittura privata, dal momento che questa si caratterizza proprio per la presenza della sottoscrizione, quale sistema di imputazione *in primis* del documento e, tramite quello, della stessa dichiarazione documentata.

⁸⁴ A priori infatti sembra solo escluso che esso possa bastare ai fini dell'art. 1350 c.c..

⁸⁵ Giunge invece a questa conclusione PELOSI, *op. cit.*, 261, il quale, non distinguendo tra mera forma scritta e scrittura privata, ritiene che il Codice abbia superato “la teoria carneluttiana che voleva l'insufficienza dello scritto olografo privo di sottoscrizione ove fosse previsto il requisito della forma scritta *ad substantiam*”.

Sebbene non sia possibile escludere che le condizioni di qualità, sicurezza, etc. siano soddisfatte anche tramite strumenti diversi dalla firma elettronica, ad esempio tramite il ricorso a determinati accorgimenti tecnici in sede di formazione del documento (ad es. tramite l'utilizzo di un particolare tipo di programma), ciò non può bastare per dar vita ad una scrittura privata, né a documenti ad essa equiparabili.

Questa, infatti, costituisce uno specifico tipo di atto scritto con peculiari caratteristiche, tra cui spicca, per importanza, la necessità che si tratti di uno scritto firmato, cioè contenente in sé un mezzo di imputazione affidabile.

Neppure sembra possibile aderire – almeno in questo contesto – ad una prospettiva funzionale della scrittura privata.

Il comma 1-bis dell'art. 20 del Codice, infatti, non prevede che il giudice debba tenere conto dell'identificabilità dell'autore, riferimento invece contenuto nel comma secondo dello stesso articolo. Nel caso in esame, cioè, il legislatore non pretende che il documento contenga alcun mezzo di imputazione e per questo non pretende nemmeno la presenza di una sottoscrizione. Tutto ciò conduce ad escludere che il documento in questione possa essere equiparato ad una scrittura privata, cioè ad una forma documentale in cui, invece, centrale è il ruolo della sottoscrizione quale strumento di imputazione, e porta invece a ritenere che la forma scritta cui fa riferimento il comma 1-bis dell'art. 20 del Codice sia la mera forma scritta e non la scrittura privata.

Anche il richiamo all'art. 1350 c.c., introdotto nel comma 2° dal d.lgs. 4 aprile 2006, n. 159, del resto, avvalorata la tesi qui proposta secondo cui solo la scrittura informatica munita di firma qualificata o digitale sarebbe equiparabile alla scrittura privata.

Con detto inciso, infatti, come si legge anche nella relazione illustrativa, il legislatore non intendeva tanto chiarire il senso del comma 2°, quanto quello del comma 1-bis, così negando implicitamente che la forma scritta cui si riferisce quest'ultimo comma sia quella dell'art. 1350 c.c..

La lettura a contrario del richiamo all'art. 1350 c.c., del resto, sembra l'unica capace di attribuire allo stesso un qualche significato, visto che sul piano formale l'equivalenza tra firma digitale e firma autografa costituiva un punto fermo sin dal primo intervento normativo in materia (d.p.r. 10 novembre 1997, n. 513), sicché ciò non avrebbe avuto bisogno di alcun chiarimento, costituendo già un dato pacifico, quasi scontato.

Un altro argomento a sostegno della tesi qui esposta, infine, si può rintracciare nel primo comma dell'art. 21 del Codice che disciplina il documento informatico sottoscritto con firma elettronica semplice sotto il profilo probatorio e, a tale riguardo, prevede che lo stesso è liberamente valutabile dal giudice, tenuto conto, ancora una volta, delle sue caratteristiche oggettive di qualità, sicurezza, integrità ed immodificabilità.

Dalla lettura congiunta dell'art. 20, comma 1-bis, e dell'art. 21, comma 1°, si ricava dunque l'obbligo per il giudice di compiere una doppia valutazione: una sul piano formale ed una sul piano probatorio.

Ora, se nel corso della prima fase il giudice potesse arrivare a ritenere che il documento informatico munito di firma elettronica semplice integra il requisito di cui all'art. 1350 c.c., implicitamente parificando detto documento ad una scrittura privata, ciò gli dovrebbe precludere la libera valutazione sul piano probatorio.

In quel caso, infatti, l'efficacia probatoria del documento informatico non potrebbe che essere quella della scrittura privata: il giudice, perciò,

non potrebbe svolgere alcuna valutazione in sede probatoria, il che sarebbe in chiaro contrasto con quanto previsto invece dal ricordato art. 21, comma 1°, del Codice.

Una tale lettura dell'art. 20 comma 1-bis, volta ad interpretare il riferimento alla forma scritta ivi contenuto sulla base dell'equazione fissata dall'art. 1350 c.c., perciò, non sembra accettabile perché escluderebbe l'applicazione del successivo art. 21⁸⁶.

Da ultimo, la lettura proposta dell'art. 20 e, più precisamente, del comma 1-bis, risulta coerente anche con il disposto di cui al successivo art. 45 del Codice, secondo cui “i documenti trasmessi da chiunque ad una pubblica amministrazione con qualsiasi mezzo telematico o informatico, ivi compreso il fax, idoneo ad accertarne la fonte di provenienza, *soddisfano il requisito della forma scritta* e la loro trasmissione non deve essere seguita da quella del documento originale”.

Prima dell'introduzione del comma 1-bis ad opera del d.lgs. 4 aprile 2006, n. 159, si riteneva che vi fosse un conflitto tra il disposto dell'art. 45 e l'art. 20 del Codice, dal momento che mentre il primo pareva affermare che il requisito della forma scritta potesse essere riconosciuto anche in assenza di una sottoscrizione digitale, l'art. 20, al comma 2°, sembrava affermare esattamente il contrario⁸⁷.

Ammettendo invece che il richiamo contenuto al comma 1-bis dell'art. 20 sia riferito alla mera forma scritta, e considerando la mancanza tanto in questa norma, quanto in quella di cui all'art. 45, di qualsiasi cenno alla firma elettronica, sembra possibile superare l'affermata distonia e

⁸⁶ Un ragionamento analogo era stato fatto anche in relazione alla disciplina *ante* Codice, negandosi che il documento informatico con firma elettronica semplice fosse una scrittura privata elettronica, proprio sulla base della libera valutabilità dello stesso sul piano probatorio.

⁸⁷ SCORZA, *Il documento informatico*, in *Il Codice della pubblica amministrazione digitale*, a cura di G. Cassano e C. Giurdanella, Milano, 2005, p. 187.

riconduurre ad armonia le due disposizioni ritenendo che il requisito della forma scritta cui fanno riferimento entrambe le norme sia lo stesso, cioè quello della mera forma scritta.

In conclusione, alla luce di tutte queste riflessioni, pare che il documento sottoscritto con firma elettronica qualificata o digitale abbia oggi un valore giuridico superiore rispetto a quello sottoscritto con firma elettronica semplice, e ciò non più – come si diceva un tempo – solo sul piano probatorio, aspetto questo di cui si dirà oltre, ma anche sul piano formale, dal momento che solo il primo integra *sempre* il requisito della forma scritta e, precisamente, della scrittura privata.

Nella disciplina vigente, dunque, solo la firma qualificata o digitale equivale alla firma autografa ed è pertanto elemento necessario e sufficiente per soddisfare quelle prescrizioni legali che impongono la redazione di una scrittura privata.

Ma il ricorso alla firma elettronica qualificata o digitale, anche se non necessario – si badi bene – può comunque rivelarsi utile anche al di fuori di tali casi, quando cioè la forma richiesta è una mera scrittura.

Firmando digitalmente il documento, infatti, le parti, da un lato, si assicurano il rispetto della forma prescritta e, dall'altro, confezionano un efficace strumento di prova.

Se invece le parti si avvalgono di un documento informatico privo di firma qualificata, esse non possono conoscere a priori qual è il valore, sotto il profilo della forma e della prova, di detto documento, dal momento che entrambi i profili sono liberamente valutabili dal giudice e che, in ogni caso, questo sarà inferiore a quello di un documento con firma elettronica qualificata e, quindi, di una scrittura privata.

2. LA SCRITTURA ELETTRONICA COME MEZZO DI PROVA

L'efficacia probatoria del documento informatico è oggi disciplinata dall'art. 21 del Codice, rubricato "Valore probatorio del documento informatico sottoscritto", che distingue a seconda che la firma associata allo stesso sia semplice (comma 1), ovvero qualificata (comma 2 e 3). Il Codice non dice invece nulla sul documento informatico non sottoscritto. La prima questione che si pone, perciò, riguarda proprio il valore probatorio riconosciuto al documento informatico non sottoscritto nel caso, qui in esame, in cui lo stesso sia uno "scritto", cioè sia un *file* di testo⁸⁸, che fornisce cioè la rappresentazione di segni visibili con significato fonetico.

Nella disciplina anteriore il documento informatico non sottoscritto era espressamente parificato ad una riproduzione meccanica. L'art. 10 comma 1 del t.u. 445/00, infatti, riconosceva espressamente allo stesso l'efficacia probatoria di cui all'art. 2712 c.c.

Con il Codice però, la situazione mutata perché non c'è più alcuna norma che si occupa dell'efficacia probatoria del documento informatico non sottoscritto, e l'efficacia di cui all'art. 2712 c.c. è attribuita alle "riproduzioni informatiche".

Tramite l'art. 23 del Codice, infatti, il legislatore ha modificato il dettato dell'art. 2712 c.c. inserendovi un ulteriore tipo di riproduzioni meccaniche, quelle informatiche appunto.

Ma qual è allora oggi il valore probatorio del documento informatico non sottoscritto?

⁸⁸ A tale proposito e, più in generale, sull'efficacia probatoria del documento informatico, si veda CECCARINI, *op. cit.*, p. 381.

Alcuni Autori, enfatizzando la mancata presenza di una norma specifica relativa all'efficacia probatoria del documento informatico non sottoscritto, ritengono che lo stesso sia da qualificare in termini di "riproduzione informatica"⁸⁹.

Detto documento, perciò, a prescindere dai suoi contenuti, avrebbe sempre e solo gli effetti di cui all'art. 2712 c.c. e, dunque, farebbe sempre piena prova di quanto rappresentato se colui contro il quale è prodotto non ne disconosce la conformità.

Questa impostazione, tuttavia, non pare tenere in debito conto quelli che sono i confini della nozione generale di riproduzione meccanica, di cui la riproduzione informatica rappresenta una *species*.

Occorre infatti considerare che, ai sensi dell'art. 2712 c.c., oggetto della riproduzioni meccaniche sono i fatti e le cose.

E, quindi, ad esempio, una cassetta può riprodurre una voce, una foto un'immagine, un video una serie di immagini, e così via.

La riproduzione, cioè, può riguardare solo eventi già materializzatisi nella realtà: essa presuppone sempre il verificarsi di una fase anteriore espressiva da riprodurre.

La redazione di un contratto per iscritto, invece, non dà origine ad una riproduzione ai sensi dell'art. 2712 c.c. perché in quel caso la volontà negoziale si esprime direttamente per il tramite della scrittura stessa⁹⁰.

⁸⁹ In tal senso, v. MINERVA, *op. loc. cit.*; GENTILI, *I documenti informatici: validità ed efficacia probatoria*, in *Diritto dell'Internet*, 2006, p. 305; CORSINI-ORBINI MICHELUCCI, *Sostituire il documento cartaceo con il documento informatico, firmarlo e trasmetterlo via rete*, in *Diritto dell'Internet*, 2006, p. 315.

⁹⁰ IRTI, *Studi sul formalismo negoziale*, Padova, 1997, p. 179, afferma che "il documento grafico si compie con il compiersi del fatto documentato, che è un'espressione del pensiero umano. Gli altri documenti (fonografico, fotografico, cinematografico) si riferiscono a fatti, che già appartennero al mondo esterno o che ancora vi permangono. (...) il fissamente grafico è tutt'uno con l'espressione".

Se ciò è vero per la scrittura tradizionale, lo stesso deve valere per quella elettronica, visto che – come efficacemente detto già molto tempo fa – i *bits* sono il nuovo inchiostro e le memorie elettroniche la nuova carta⁹¹.

Non sembra dunque possibile ritenere che un documento informatico, solo perché non sottoscritto, sia per ciò solo sempre riconducibile al *genus* delle riproduzioni informatiche, dovendosi invece distinguere sulla base del contenuto le scritture informatiche dalle riproduzioni informatiche⁹².

Tale distinzione, che sarà oggetto di maggiore approfondimento nel successivo capitolo, manifesta tutta la sua problematicità con riguardo alla rappresentazione di fatti dichiarativi, cioè con riguardo all'emissione di dichiarazioni negoziali.

Per ora basti dire che si ha una riproduzione informatica quando la dichiarazione è rappresentata mediante strumenti diversi dalla scrittura, intesa come complesso di segni alfabetici visibili impressi su un supporto durevole.

Così, ad esempio, è rappresentazione informatica il *file* contenente la registrazione audio di una dichiarazione negoziale. In tal caso la dichiarazione è emessa in forma orale e la documentazione della stessa restituisce parimenti una voce, il che colloca la stessa necessariamente al di fuori del concetto di atto scritto.

Se invece la dichiarazione è emessa scrivendo delle parole su un supporto informatico, così come si sta facendo per scrivere il presente lavoro, allora la dichiarazione è fatta per iscritto e la sua rappresentazione è una scrittura (elettronica).

⁹¹ BORRUSO, *Computer e diritto*, II, Milano, 1988, p. 218.

⁹² SCORZA, *op. cit.*, p. 193.

Lasciando per il momento da parte le riproduzioni informatiche, cioè quei documenti informatici che forniscono una rappresentazione per il tramite di uno strumento diverso dalla scrittura, ora invece si concentrerà l'attenzione sul valore probatorio⁹³ della scrittura informatica e, in prima battuta, su quella non sottoscritta⁹⁴.

Secondo parte della dottrina il silenzio del Codice sul punto sarebbe espressione dell'intenzione del legislatore di riconoscere valore alla sola riproduzione informatica, privando invece di qualsiasi rilevanza probatoria la scrittura informatica quando non sottoscritta.

Se tuttavia si prende in esame l'intero sistema del Codice e, in particolare, il comma 1° e 2° dell'art. 20, sembra possibile giungere ad una conclusione diversa.

Il primo comma dell'art. 20, come detto in precedenza, si limita a riconoscere al documento informatico non sottoscritto rilevanza giuridica ai sensi delle disposizioni del Codice, mentre il secondo comma prevede che esso possa essere idoneo a soddisfare la mera forma scritta.

Considerato il tenore di queste disposizioni, sembra doversi escludere che il silenzio del legislatore sull'efficacia probatoria della scrittura informatica non sottoscritta, costituisca tacita negazione di qualsiasi effetto su tale piano.

Pare, infatti, da escludere che la rilevanza giuridica di tale scrittura sia solo quella formale prevista dal secondo comma dell'art. 20 del Codice, e che il legislatore possa quindi attribuire ad una certa forma

⁹³ Sull'efficacia probatoria di un documento informatico rappresentante la riproduzione fotografica di un documento contrattuale redatto su supporto cartaceo, v. BORRUSO, *Il documento informatico, la firma elettronica e la firma digitale alla luce delle ultime norme*, in *Giust. Civ.*, 2004, II, p. 162.

⁹⁴ Sull'oggetto e le conseguenze del disconoscimento, si veda Cass. 11 maggio 2005 n. 9884, in *Diritto dell'Internet*, 2005, p. 563 (con nt. di G. FINOCCHIARO, *Ancora sull'efficacia probatoria del documento informatico non sottoscritto*, p. 566).

documentale, cioè quella di cui all'art. 20, comma 1-bis del Codice, rilievo solo sul piano della forma e non anche, allo stesso tempo, sul piano della prova.

Nel nostro ordinamento, infatti, come già ricordato, vige una sorta di principio di corrispondenza tra forma e prova tale per cui, quando il legislatore considera una certa forma sufficiente per la validità, lo stesso vale anche per la prova.

Ogni forma documentale prevista per legge, cioè, è di per sé anche un mezzo di prova: si tratta solo di giudicare del grado di efficacia di ciascuna, non essendo invece revocabile in dubbio l'astratta idoneità probatoria delle forme legali.

Ammesso tutto ciò, non si vede perché questo non debba valere anche in quei casi in cui la forma richiesta sia quella della scrittura mera e questa, in concreto, sia soddisfatta tramite il ricorso ad un documento informatico non sottoscritto ai sensi dell'art. 20 comma 1-bis del Codice.

Del resto, se lo "scritto" è un documento che per definizione conserva una traccia, dunque una prova, come potrebbe il giudice non contraddirsi affermando che un certo documento informatico prodotto in giudizio è uno scritto (*ex art. 20 comma 1-bis*) ma non anche un mezzo di prova?

Come potrebbe cioè il giudice sostenere, senza contraddirsi, che un documento ha una certa efficacia sul piano formale, e poi negare che lo stesso sia un mezzo di prova ammissibile?

Certo il giudice può ritenere che lo stesso non sia un mezzo di prova sufficiente o che non sia idoneo a provare alcunché, ma non può invece negarne l'innata natura di mezzo di prova.

Alla luce di queste osservazioni non sembra possibile escludere a priori ed in modo assoluto che la scrittura elettronica priva di sottoscrizione

possa avere un qualche valore giuridico probatorio, sembra invece più logico e coerente ritenere che, nel silenzio del legislatore, ad essa debbano essere applicati i principi generali, tra cui anche quello della libera valutazione delle prove sancito dall'art. 116 c.p.c.⁹⁵.

La previsione di cui al comma 1° dell'art. 21 del Codice, secondo cui il documento con firma elettronica semplice è liberamente valutabile sul piano probatorio, dunque, non deve leggersi in contrapposizione ad una mancante norma sul documento informatico non sottoscritto, bensì al comma 2° dello stesso art. 21.

Il legislatore, cioè, non intendeva affatto negare la libera valutabilità del documento informatico non sottoscritto, bensì chiarire che solo l'apposizione di una firma elettronica qualificata o digitale conferisce al documento informatico il valore di prova legale, mentre l'apposizione di una firma elettronica debole non conferisce alcuna efficacia probatoria privilegiata.

Concludendo, sembra plausibile ritenere che il documento informatico privo di firma elettronica qualificata o digitale sia sempre liberamente valutabile sul piano probatorio, tanto se non sottoscritto quanto se sottoscritto con firma elettronica debole.

Se poi il giudice, nella valutazione compiuta ai sensi dell'art. 20 comma 1-bis del Codice, dovesse riconoscere che, in concreto, un certo documento informatico non sottoscritto integra il requisito della (mera) forma scritta, allora il giudice potrebbe anche riconoscere a questo un diverso rilievo probatorio, individuando nel documento informatico

⁹⁵ Il primo comma dell'art. 116 c.p.c. stabilisce che: "il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento, salvo che la legge disponga altrimenti".

sottopostogli un principio di prova per iscritto rilevante *ex art. 2724 c.c.*⁹⁶.

Come detto, infatti, la natura scritta di un documento deve essere verificata sul piano formale, ma poi questa non può non riflettersi anche sul piano probatorio.

La qualificazione della mera scrittura elettronica in termini di principio di prova per iscritto, ovviamente, presuppone l'adesione a quell'opinione secondo cui è principio di prova per iscritto qualsiasi atto "proveniente" dalla persona contro cui è fatto valere, anche se detta provenienza non risulta da una sottoscrizione, che quindi può anche mancare⁹⁷.

Perché se invece si aderisse all'opposta teoria che vede nella sottoscrizione un elemento essenziale del "principio di prova per iscritto", allora si potrebbe considerare tale solo un documento informatico sottoscritto, salvo poi verificare se nel caso specifico non basti anche una firma elettronica debole.

La determinazione degli effetti giuridici del documento informatico privo di firma elettronica, dunque, è affidata *in toto* al giudice, sia per il profilo formale che per quello probatorio, a meno che non si tratti di riproduzione informatica, perché in quel caso il valore probatorio è quello di cui all'art. 2712 c.c.

Sul piano probatorio, in conclusione, all'interno della categoria dei documenti informatici non sottoscritti con firma elettronica qualificata o digitale pare necessario distinguere tra le scritture informatiche e i documenti multimediali: mentre le prime costituiscono prove semplici

⁹⁶ *Contra* SCORZA, *op. cit.*, p. 194.

⁹⁷ Così Cass. 68/2212 e, in dottrina, COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, 2004, p. 272; MONTANARI, *Il principio di prova per iscritto*, Torino, p. 289.

liberamente valutabili dal giudice, i secondi sono “riproduzioni informatiche” e come tali costituiscono prove legali.

Nel valutare le scritture informatiche però, per quanto detto, il giudice non è totalmente libero, non potendo in alcun caso riconoscere a tale tipo di documenti effetti equivalenti a quelli propri della scrittura privata o del documento informatico con firma elettronica qualificata ma, al massimo, effetti pari a quelli di un mero scritto.

1.1. LA SCRITTURA ELETTRONICA CON FIRMA ELETTRONICA QUALIFICATA O DIGITALE

Il secondo comma dell’art. 21 del Codice prevede che “Il documento informatico, sottoscritto con firma digitale o con un altro tipo di firma elettronica qualificata, ha l'efficacia prevista dall'articolo 2702 del codice civile. L'utilizzo del dispositivo di firma si presume riconducibile al titolare, salvo che questi dia prova contraria”⁹⁸.

La formulazione di questa disposizione segna, in parte, un ritorno alle origini e, in parte, una novità.

Il ritorno alle origini è costituito dal riferimento all’art. 2702 c.c., già presente nel testo del t.u. 445/00, mentre la novità consiste nella presunzione di utilizzo⁹⁹.

La disciplina previgente era contenuta nell’art. 10, comma 3°, del t.u. 445/00 che, così come modificato ed integrato dal d.lgs. 23 gennaio

⁹⁸ Il d.lgs. 4 aprile 2006, n. 159 ha inciso solo marginalmente sulla disposizione in esame, esplicitando ciò che gli interpreti già avevano colto, cioè, che l’onere di fornire la prova contraria in discorso grava solo sul titolare del dispositivo di firma. Prima del d.lgs. 4 aprile 2006, n. 159, infatti, l’ultima parte dell’art. 21, comma 2°, del Codice prevedeva genericamente che “L'utilizzo del dispositivo di firma si presume riconducibile al titolare, salvo che *sia data* prova contraria”. La finalità meramente chiarificatrice di detto intervento è confermata anche dalla relazione illustrativa al decreto.

⁹⁹ L’art. 10, comma 3, del t.u. 445/00 prevedeva infatti che “Il documento informatico, sottoscritto con firma digitale ai sensi dell'articolo 23, ha efficacia di scrittura privata ai sensi dell'articolo 2702 del Codice civile”.

2003, n. 10, stabiliva che “il documento informatico, quando è sottoscritto con firma digitale o con un altro tipo di firma elettronica avanzata ... fa inoltre piena prova, fino a querela di falso, della provenienza delle dichiarazioni da chi l’ha sottoscritto”.

La mancanza in detta disposizione di qualsiasi riferimento al riconoscimento della firma digitale, aveva indotto la dottrina a considerare la firma digitale una firma (già di per sé) riconosciuta e, conseguentemente, a criticare la scelta del legislatore di attribuire al documento informatico con firma digitale il valore di prova legale con effetti pari a quella della scrittura privata con firma riconosciuta o autenticata, senza però che ne ricorressero i requisiti.

In tal modo, si osservava, il legislatore aveva stravolto il sistema legale delle prove, perché vedendo nella firma digitale una firma di per sé riconosciuta, si escludeva alla radice la possibilità di disconoscerla.

Il titolare della firma digitale, cioè, per ripudiare la paternità del documento firmato digitalmente, non avrebbe potuto limitarsi ad un mero disconoscimento della firma stessa, ma avrebbe dovuto seguire il procedimento dettato per la querela di falso.

D’altra parte, ciò che il titolare del dispositivo di firma doveva provare nel procedimento di querela di falso, non era la falsità della firma digitale, che per le sue caratteristiche tecniche non può mai essere falsa, bensì il fatto della sua abusiva apposizione¹⁰⁰.

L’applicazione della querela di falso, perciò, risultava eccessiva ed imprecisa.

¹⁰⁰ Quando infatti la firma digitale è verificata con esito positivo, essa si collega con certezza matematica unicamente al titolare della chiave privata utilizzata per la sua apposizione, in forza del nesso oggettivo ed artificiale intercorrente tra le chiavi crittografiche ed il loro titolare perciò “il titolare della chiave privata non può disconoscere la firma digitale corrispondente alla propria chiave perché essa è giuridicamente la *sua* firma” (BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, Milano, 2006, p. 306)

Eccessiva perché finiva per mettere i titolari dei dispositivi di firma in una posizione troppo svantaggiosa, e imprecisa perché con il rito della querela di falso non si doveva provare la falsità della firma ma la sua abusiva apposizione, che è cosa ben diversa.

Riassumendo ancora una volta, nel sistema anteriore al Codice, se il titolare della chiave privata voleva respingere la paternità del documento informatico firmato digitalmente prodotto contro di lui, doveva avvalersi del procedimento di querela di falso ed in tale sede doveva provare non che la firma era falsa, ma che la sua chiave privata era stata usata abusivamente¹⁰¹.

Da più parti si auspicava perciò un intervento del legislatore volto a realizzare un maggiore bilanciamento degli interessi in gioco e, a tal fine, si suggeriva l'abbandono del richiamo alle procedure tradizionali, inscindibilmente legate alla natura cartacea del documento in relazione alla quale erano state pensate, e l'adozione di una disciplina semplificata¹⁰².

Quest'idea, come vedremo, ha finalmente trovato realizzazione con il Codice, ove al richiamo dell'art. 2702 c.c. si accompagna un'originale presunzione legale di utilizzo.

La necessità di dare dei due periodi una lettura coordinata, suggerisce di circoscrivere il richiamo all'art. 2702 c.c. alla sola parte in cui questo attribuisce alla scrittura privata l'efficacia di prova legale, lasciando invece fuori il ricorso alla querela di falso ed al disconoscimento,

¹⁰¹ A tale proposito, si veda GENTILI, *op. cit.*, p. 307, secondo cui “abuso e falso sono fattispecie diverse con discipline diverse...se l'inautenticità è esclusa dal meccanismo, non è necessario il riconoscimento...resta ovviamente l'impugnazione per abuso”.

¹⁰² BIANCA, *ibidem*.

entrambi sostituiti dalla presunzione legale di riconducibilità della firma digitale al suo titolare¹⁰³.

Il documento informatico con firma qualificata o digitale, dunque, farebbe piena prova della provenienza delle dichiarazioni in esso contenute da parte del titolare della corrispondente chiave privata, salva poi la possibilità che lo stesso provi che l'utilizzo di quest'ultima non è a lui riconducibile.

Ai fini della ripudiabilità del documento, cioè, non basta che l'apparente firmatario disconosca la sottoscrizione né, d'altra parte, è necessario che esperisca quel particolare *iter* costituito dalla querela di falso: occorre invece che fornisca, con qualsiasi mezzo, la prova positiva di non aver utilizzato lui il dispositivo di firma e che l'uso abusivo non è stato dovuto a sua colpa¹⁰⁴.

Ma questa soluzione è stata fortemente criticata dal Consiglio di Stato (nell'Adunanza del 30 gennaio 2006, n. 31), secondo cui il sistema delineato dal Codice sarebbe in contrasto con la normativa comunitaria e

¹⁰³ In questo senso DELFINI, *op. cit.*, p. 539; BIANCA, *op. cit.*, p. 307 e 309 secondo cui la presunzione legale di cui all'art. 21 del Codice avrebbe messo fuori causa il disconoscimento e la querela di falso. *Contra* GENTILI, *op. cit.*, p. 307 secondo cui la querela di falso troverebbe ancora spazio nell'ordinamento nel senso che sarebbe proprio quella la procedura da adottare per provare l'uso abusivo e vincere così la presunzione di utilizzo. In senso critico circa la possibilità di un coordinamento tra le due proposizioni del secondo comma dell'art. 21, v. CLARIZIA, *Il documento informatico sottoscritto: alcune note a margine del codice dell'amministrazione digitale*, in *Diritto dell'Internet*, 2005, p. 224.

¹⁰⁴ Sarà l'apparente firmatario a dover provare di aver tenuto un comportamento diligente e che dunque l'uso da parte di terzi della sua chiave privata è avvenuto abusivamente di modo che la paternità del documento informatico non è a lui imputabile nemmeno in applicazione del principio di autoresponsabilità. Questa affermazione è oggi confermata anche dal nuovo testo dell'art. 32 del Codice che impone al titolare del dispositivo di firma non solo l'obbligo di custodirlo ma anche l'obbligo di usarlo personalmente. Per vincere la presunzione di utilizzo, pertanto, non basta più che il firmatario provi l'altruità dell'utilizzo (come ritenuto nel vigore dell'originario art. 32 da SCORZA, *op. cit.*, p. 202) ma occorre altresì che provi di aver fatto il possibile per evitare tutto ciò.

In senso favorevole all'applicazione del principio dell'apparenza imputabile anche alla fase formativa del documento informatico di modo che "il rischio della dissociazione tra paternità del documento e paternità della dichiarazione grava sul titolare della chiave", v. BIANCA, *ibidem*.

porterebbe anche ad un inaccettabile stravolgimento nel sistema delle prove nel processo civile.

Per effetto della presunzione di utilizzo, infatti, al documento informatico con firma digitale sarebbe riconosciuta un'efficacia probatoria superiore rispetto a quella della scrittura privata tradizionale, il che – ad avviso del Consiglio di Stato – farebbe di tale documento “una sorta di *tertium genus* tra la scrittura privata e l'atto pubblico, avendo in giudizio la stessa efficacia probatoria di una scrittura privata munita di sottoscrizione legalmente riconosciuta”.

Per quanto autorevoli, le perplessità manifestate dal Consiglio di Stato non sembrano però del tutto condivisibili.

Allo stato attuale, infatti, in cui l'unica firma elettronica qualificata disponibile è quella digitale, cioè una firma tecnicamente molto diversa da quella autografa tradizionale, non pare possibile individuare un sistema probatorio unico, valido per entrambi i tipi di firma, considerato che le differenze strutturali tra le stesse non possono non riflettersi sui relativi giudizi di verifica.

Come detto, infatti, non sarebbe ragionevole prevedere l'esperibilità della querela di falso in relazione ad una firma digitale, e ciò sia da un punto di vista tecnico, perché per definizione la firma digitale non può mai essere falsa, sia da un punto di vista di politica legislativa, perché rendere troppo difficile il ripudio del documento firmato digitalmente significherebbe disincentivare l'uso della firma digitale.

Nemmeno però sarebbe ragionevole prevedere la possibilità per l'apparente firmatario di disconoscere la firma digitale perché la firma

digitale si ricollega in modo matematico al suo titolare che, quindi, non può disconoscerla¹⁰⁵.

Con riguardo alla firma digitale, perciò, si può parlare di disconoscimento solo in senso lato, perché ciò che si disconosce non è la firma digitale in sé, quanto il fatto della sua apposizione da parte del titolare della stessa.

Disconoscere una firma digitale, cioè, significa affermare che l'apposizione di quella firma non è riconducibile al suo titolare, e non invece, che quella firma non è la sua.

In questo senso, anche se il legislatore avesse previsto la disconoscibilità della firma digitale digitale, ciò non avrebbe comunque portato all'auspicata equiparazione tra scrittura privata digitale e scrittura privata tradizionale, né tanto meno sarebbe stata una scelta opportuna.

Nel caso della scrittura privata cartacea, infatti, la disconoscibilità della sottoscrizione autografa è controbilanciata dalla possibilità di verificare la stessa mediante il ricorso alle cosiddette scritture di comparazione. Si tratta, di regola, di una verifica piuttosto semplice, di modo che l'onere probatorio posto a carico di chi intende valersi di una scrittura privata di cui sia stata disconosciuta la sottoscrizione può dirsi agevolmente superabile.

La firma digitale, invece, non può essere verificata allo stesso modo di una firma cartacea perché solo la prima varia a seconda del contenuto del documento al quale è apposta. Essendo sempre diversa, essa non è confrontabile con altre firme dello stesso titolare¹⁰⁶, perciò la sua verifica

¹⁰⁵ BIANCA, *op. cit.*, p. 307.

¹⁰⁶ BIANCA, *op. cit.*, p. 306.

non si sostanzia in un'indagine comparativa ma in una storico-ricostruttiva.

Chi intendesse valersi di un documento informatico munito di firma digitale sconosciuta dovrebbe, in altre parole, provare che l'*apposizione* della firma digitale è riconducibile al titolare del certificato di firma.

Alla luce di ciò, sembra che la scelta del legislatore di non porre un tale onere probatorio a carico di chi si avvale di una scrittura firmata digitalmente, e di porre invece un onere probatorio uguale e contrario a carico del titolare della firma digitale stessa, sia stata opportuna.

Certamente, come rilevato dal Consiglio di Stato, provare che l'utilizzo della firma digitale non è imputabile al titolare di essa può essere molto difficile, almeno tanto quanto provare il contrario, tuttavia sembra che gravare di detto onere probatorio il titolare rappresenti la soluzione più coerente con il sistema tecnico oltre che più idonea a favorire l'affidamento nella firma digitale.

Per comprendere quale sia il contenuto dell'onere probatorio gravante sull'apparente firmatario, tuttavia, non è sufficiente considerare il disposto dell'art. 21 del Codice, dovendosi invece completare quest'ultimo con il successivo art. 32¹⁰⁷.

¹⁰⁷ Il primo comma dell'art. 32 del Codice prevede che "Il titolare del certificato di firma e' tenuto ad assicurare la custodia del dispositivo di firma e adottare tutte le misure organizzative e tecniche idonee ad evitare danno ad altri; è altresì tenuto ad utilizzare personalmente il dispositivo di firma".

Da tale norma "si ricava che i titolari del dispositivo di firma sono responsabili degli eventi dannosi che possono derivare dall'utilizzo del dispositivo da parte di altri soggetti, ai sensi dell'art. 2051 c.c., ma possono liberarsi provando che il dispositivo è stato utilizzato indebitamente, nonostante le adeguate misure di sicurezza adottate", CECCARINI, *op. cit.*, p. 373.

Imponendo al titolare del dispositivo di firma l'obbligo di custodire detto dispositivo e di usarlo personalmente il legislatore ha costruito una fattispecie legale di apparenza imputabile.

L'obbligo legale di conservazione che grava sul titolare del certificato di firma, infatti, porta a ritenere che l'apparente firmatario, per respingere la paternità del documento firmato digitalmente, non possa limitarsi a provare di non essere stato lui ad apporre la firma ma debba anche provare che tale apposizione è avvenuta abusivamente, cioè nonostante egli abbia svolto una diligente attività di conservazione.

L'onere probatorio gravante sul titolare del dispositivo di firma, dunque, è duplice: anche se questi fosse in grado di provare con certezza di non aver potuto apporre lui la firma, ciò non basterebbe ad evitare l'imputazione a lui del documento prodotto in giudizio qualora non fosse in grado di provare anche che tale evento non è dipeso dalla mancata diligente custodia del dispositivo.

La valutazione circa l'abusività dell'apposizione della firma digitale, dunque, è in parte rimessa al libero apprezzamento del giudice, al quale è affidato il compito di stabilire se nel caso specifico è stata usata l'opportuna diligenza.

A tale riguardo sembra che il giudice possa fare ricorso ai principi elaborati dalla giurisprudenza in tema di responsabilità civile con specifico riferimento al terzo comma dell'art. 2054 c.c.¹⁰⁸.

Anche in questa disposizione, infatti, come nella disciplina della firma digitale, si prevede che il titolare di un *instrumentum* (nel primo caso un autoveicolo, nel secondo una firma digitale) risponda per il fatto altrui,

¹⁰⁸ Art. 2054 c.c.: "(Circolazione di veicoli) ...Il proprietario del veicolo, o, in sua vece, l'usufruttuario o l'acquirente con patto di riservato dominio, è responsabile in solido col conducente, se non prova che la circolazione del veicolo è avvenuta contro la sua volontà".

salvo che non provi che l'uso abusivo non gli è in alcun modo imputabile.

L'art. 2054 c.c. riconosce l'esonero dalla responsabilità esclusivamente quando la circolazione avvenga *prohibente domino*.

Secondo l'interpretazione giurisprudenziale la volontà proibitiva del proprietario deve risultare non attraverso manifestazioni tacite o verbali di volontà, ma mediante un concreto ed idoneo comportamento ostativo¹⁰⁹.

Conseguentemente non sarebbe sufficiente provare che la circolazione è avvenuta *invito domino*, cioè all'insaputa e contro il presunto dissenso del proprietario, dato che tale concetto esprime una condotta passiva o un semplice atteggiamento psichico, essendo invece richiesta la prova rigorosa di aver esplicitato una volontà effettivamente contraria alla circolazione, volontà normalmente manifestantesi attraverso un'attività estrinseca e concreta con l'adozione di quegli accorgimenti e di quelle misure diretti ad impedire la circolazione ad opera di terzi.

Non è quindi ritenuta sufficiente la mera diffida a non usare l'autovettura, né la conservazione delle chiavi del veicolo in luogo da cui possano essere facilmente asportate.

Così pure neanche il furto è un fatto idoneo ad esonerare sempre il proprietario dalla responsabilità, giacché è richiesto che quest'ultimo predisponga tutte le cautele atte ad impedire il verificarsi di questo fatto¹¹⁰.

Più discussa, invece, è la soluzione da darsi nel caso in cui il proprietario affidi il veicolo all'altrui custodia, ad esempio depositandolo presso un parcheggio o un'officina.

¹⁰⁹ Cass. 3072/71; Cass. 300/68; Cass. 4260/74; Cass. 3299/75; Cass. 4136/75; Cass. 591/75.

¹¹⁰ Cass. 4260/74; Cass. 591/75.

Secondo una certa opinione¹¹¹, infatti, il deposito varrebbe ad escludere in radice la responsabilità del proprietario stante il divieto di utilizzo gravante sul depositario.

Secondo un'altra opinione¹¹², invece, il deposito non costituisce fatto di per sé idoneo ad escludere la responsabilità del proprietario del veicolo, il quale dovrà ritenersi comunque responsabile qualora risulti aver facilitato l'uso abusivo con un comportamento negligente o imprudente, ad esempio scegliendo un'autorimessa che offre una scarsa affidabilità.

Riportando tutto ciò al caso della firma digitale, senza dimenticare però le profonde differenze esistenti tra l'ipotesi considerata dall'art. 2054 c.c. e l'uso abusivo di firma digitale, sembra possibile far luce sui contenuti dell'obbligo di custodia gravante sul titolare del dispositivo di firma e, quindi, sulla prova che questi deve fornire per liberarsi da qualsiasi responsabilità dipendente da eventuali usi abusivi del dispositivo stesso.

Di certo, non potrà essere considerato diligente il titolare che abbia consegnato lui stesso la chiave al terzo o che, comunque, abbia reso possibile al terzo d'impadronirsi della chiave, ad esempio, non dotandosi delle adeguate cautele normalmente idonee ad evitare il verificarsi del reato di furto, limitandosi a vietare verbalmente l'uso della firma digitale. Per quanto riguarda poi il deposito della firma digitale, stante la possibilità di ricorrere ai pubblici depositari – possibilità già espressamente prevista dall'art. 7 del d.p.r. 513/97 e tuttora ammissibile in applicazione dei principi generali disciplinanti l'attività notarile – possibilità ovviamente esclusa per il caso degli autoveicoli, appare qui preferibile ritenere che il titolare possa sì scegliere di affidare la custodia della firma digitale ad un privato ma risponda di questa scelta e quindi

¹¹¹ Cass. 5 dicembre 1981, n. 6467; Cass. 27 maggio 1982, n. 3288.

¹¹² Cass. 29 ottobre 1981, n. 5709.

sia responsabile degli usi abusivi fatti dal terzo, anche qualora sia in grado di dimostrare che questi appariva ragionevolmente affidabile.

L'annullamento completo del nesso di paternità intercorrente tra il titolare della chiave privata ed il documento informatico firmato tramite questa, dunque, dipende dalla capacità del titolare stesso di provare la sua non colpevolezza, prova del resto non facile da offrire.

Per questi motivi, è preferibile che il titolare di una chiave privata, il quale ha motivo di temere che questa possa essere usata abusivamente, ad esempio perché l'ha smarrita o gli è stata sottratta, chieda immediatamente al certificatore la sospensione o la revoca della chiave.

Poiché infatti il documento sottoscritto con una chiave revocata o sospesa si considera non sottoscritto (art. 21, comma 3°, del Codice), ciò significa che di fronte alla produzione in giudizio di tale documento, il titolare della chiave stessa potrebbe limitarsi ad eccepire l'avvenuta revoca o sospensione della chiave, contestare così la stessa validità formale del documento, in quanto non conforme ai requisiti legali d'imputazione.

Sarà poi la parte che si avvale del documento a dover provare che il documento è conforme a quei requisiti, ad es. perché la data riportata nel documento è falsa, mentre in base a quella vera la chiave era ancora valida.

In conclusione la legge pone il rischio di usi abusivi della chiave privata a carico del titolare della stessa, offrendogli però, allo stesso tempo, la possibilità di cautelarsi efficacemente, o in via preventiva, tramite la revoca o la sospensione della chiave, o in via successiva e quale *extrema ratio*, vincendo la complessa presunzione di paternità.

Si noti, poi, che in quest'ultimo caso può darsi che l'apparente firmatario, oltre che la paternità della firma contesti anche quella del testo, a seconda che il testo sia stato predisposto da lui o dall'abusivo sottoscrittore.

Nel caso di firma digitale, infatti, non è possibile lamentare un'alterazione che investa solo il contenuto del documento e non anche la sottoscrizione, perché se un terzo mutasse solo il contenuto di un documento informatico firmato digitalmente senza apporre nuovamente la chiave privata corrispondente, la verifica della firma digitale darebbe esito negativo.

Il documento non sarebbe per ciò stesso imputabile al titolare della chiave, senza bisogno di fornire alcuna prova.

In sede di "verifica" della firma digitale da svolgersi secondo quanto previsto dall'art. 21 del Codice, pertanto, è possibile che il titolare del dispositivo di firma si trovi a dover provare non solo l'abusività della sottoscrizione – nel senso di cui si è detto – ma anche l'abusività del contenuto.

Quando l'abusività riguarda anche il contenuto, peraltro, diversamente da quanto si potrebbe pensare, la prova risulta più agevole, almeno quando il documento alterato è stato trasmesso per via telematica.

Se infatti il terzo interviene su un documento che è già stato firmato e spedito, mutandone il testo e sottoscrivendolo nuovamente, sarà piuttosto semplice per il mittente – titolare del dispositivo di firma – dimostrare l'abuso.

Poiché, infatti, la firma digitale cambia al variare del contenuto del documento, la nuova firma digitale risulterà diversa da quella precedente

dal punto di vista strutturale e sarà quindi sufficiente fare un confronto tra le due firme digitali per fornire la prova dell'abuso¹¹³.

Concludendo, colui che in base alla procedura di verifica appare quale firmatario di un documento digitale, non potrà limitarsi a disconoscere la firma né d'altra parte dovrà esperire la querela di falso, essendo invece necessario e sufficiente che provi

- a) che la firma è stata materialmente apposta da altri
- b) che ciò è avvenuto nonostante il titolare abbia svolto una diligente attività di custodia.

Il collegamento tra obbligo di custodia e paternità dell'atto, già presente nella disciplina anteriore e confermato dal Codice con l'unica variante dell'uscita di scena della querela di falso, appare senz'altro ragionevole e condivisibile.

Se infatti il titolare del dispositivo di firma non soddisfa l'obbligo di custodia su di lui gravante, permettendo così che il dispositivo venga usato da un terzo abusivamente, sembra giustificato che sia poi lui stesso il primo a risentire le conseguenze negative di tale circostanza.

Addossare la responsabilità dell'uso abusivo del dispositivo di firma a carico del titolare dello stesso, poi, sembra la scelta più adeguata anche sotto un profilo politico: riconoscere al documento informatico con firma digitale un'elevata forza probatoria significa accrescere la fiducia in tale strumento e, dunque, il suo impiego nelle contrattazioni.

D'altra parte non sembra che la posizione del titolare del dispositivo di firma sia troppo onerosa.

¹¹³ Il fatto che il documento originario sia già stato inviato, fa sì che questo sia ormai uscito dalla disponibilità del mittente e che la copia giunta nella casella di posta elettronica del destinatario sia perciò ormai intangibile anche per chi è a conoscenza della chiave privata usata per firmare.

Egli infatti non deve più ricorrere al procedimento della querela di falso, procedimento oneroso e non pertinente, visto che non si discute di una firma falsa ma abusiva.

In conclusione, la disposizione di cui al comma 2 dell'art. 21 del Codice segna un notevole passo avanti perché con essa il legislatore ha avvicinato il più possibile sotto il profilo probatorio la scrittura privata digitale a quella tradizionale, valorizzando però dal punto di vista procedurale le differenze strutturali intercorrenti tra firma autografa e firma digitale, sostituendo la querela di falso con un procedimento di "verificazione" *sui generis* più agevole e maggiormente adeguato alla realtà tecnica dei documenti firmati digitalmente.

La disciplina del Codice riflette la raggiunta consapevolezza del legislatore relativamente al fatto che la firma digitale può risultare vera nonostante non sia stata apposta dal suo legittimo titolare.

Giustamente, dunque, il rifiuto della paternità del documento è legato alla prova dell'illegittima utilizzazione del dispositivo di firma e non alla prova della falsità della firma¹¹⁴.

La presunzione legale di cui all'art. 21 del Codice, infatti, "non ha ad oggetto l'autenticità della firma, concetto estraneo ad una sottoscrizione consistente in un'espressione numerica, ma la sua riconducibilità al titolare, cioè l'imputabilità di essa al titolare della chiave"¹¹⁵.

Firma autografa e firma elettronica qualificata o digitale, dunque, possono considerarsi equivalenti solo sul piano sostanziale, mentre lo stesso non appare del tutto esatto sotto il profilo probatorio, ove peraltro

¹¹⁴ Come detto, ci può essere differenza tra il firmatario materiale e colui che la verifica della firma indica come titolare della firma digitale impiegata e ciò perché nel caso della firma digitale, la funzione indicativa non è svolta in via immediata e non riguarda l'identità personale ma l'identità informatica. Spetta all'apparente firmatario provare di non essere anche il firmatario materiale.

¹¹⁵ BIANCA, *op. cit.*, p. 307.

il diverso regime non è allo stato eliminabile, visto che dipende dalla diversa struttura dei due tipi di firma¹¹⁶.

¹¹⁶ Sotto questo profilo si ricordi che solo in relazione alla firma digitale si pone un problema di limiti di utilizzo (tanto di tipo temporale quanto di uso o di valore) perciò la verifica di questa deve abbracciare anche questi aspetti.

CAPITOLO IV - I DOCUMENTI INFORMATICI MULTIMEDIALI, LE RIPRODUZIONI INFORMATICHE E LE COPIE

1. IL DOCUMENTO MULTIMEDIALE TRA RIPRODUZIONE INFORMATICA E SCRITTURA ULTRALETTERALE

Come già accennato, il supporto informatico si distingue da tutti gli altri supporti tradizionali per la sua estrema flessibilità. Sullo stesso, infatti, è possibile memorizzare dati di natura molto diversa: scritti, disegni, immagini, suoni, filmati.

“La tecnica informatica eguaglia le modalità di documentazione e consente di convertire nel medesimo circuito “binario” ogni alterazione percepibile della realtà”¹¹⁷.

Questa caratteristica del documento informatico si manifesta anche con riguardo alle firme elettroniche, le quali, consistendo esse stesse in un complesso di *bits*, possono essere associate a qualsiasi tipo di documento informatico.

Si può perciò immaginare che vi siano documenti informatici sottoscritti tanto consistenti in *file* di scrittura (scritture elettroniche), quanto in *file* fotografici, o audio e/o video.

Delle scritture informatiche si è già trattato in modo diffuso nel capitolo precedente e, in quella sede, si è visto che il valore giuridico delle stesse dipende dal tipo di firma elettronica associata. Si tratta ora, invece, di prendere in esame la seconda categoria di documenti informatici, quelli che abbiamo chiamato documenti multimediali, e verificare, in particolare, quale sia il ruolo che la firma elettronica può svolgere con riguardo a tali documenti.

¹¹⁷ ORLANDI, *Il falso digitale*, Milano, 2003, p. 33; ID., *Iposcritture e iperscritture*, in (a cura di) CLARIZIA, *I contratti informatici*, Milano, 2007, p. 169 ss.

Per comprendere meglio i termini della questione, si pensi ad esempio al caso in cui le parti, dopo aver filmato su un supporto informatico lo scambio delle rispettive dichiarazioni negoziali, sottoscrivano digitalmente il documento informatico. Qual è il valore giuridico di tale documento? Possiamo dire che in quanto documento informatico firmato digitalmente, esso costituisce una scrittura privata elettronica, come tale sufficiente ai fini di cui all'art. 1350 c.c.?

Il Codice dell'Amministrazione digitale, e in particolare gli artt. 20 e 21, come detto, si occupano sempre e solo del documento informatico, senza altra distinzione.

Ora, se si considera che l'ampia definizione legislativa di documento informatico è idonea a ricomprendere anche i documenti multimediali qui in esame, sembrerebbe doversi rispondere positivamente.

Se così fosse, dunque, bisognerebbe ritenere che il valore giuridico dei documenti multimediali sia anch'esso disciplinato dagli artt. 20 e 21 del Codice, dipendendo quindi – al pari di quanto accade per le scritture elettroniche – solo dal tipo di firma elettronica associata.

Tornando all'esempio fatto in precedenza, perciò, il filmato – in quanto firmato digitalmente – integrerebbe una scrittura privata (elettronica), con tutti i relativi effetti sul piano formale e su quello sostanziale.

E' questa del resto la tesi sostenuta da alcuni autori in merito al problema del valore giuridico dei documenti multimediali, secondo cui nessun rilievo avrebbero le modalità attraverso cui è fornita la rappresentazione di un fatto, dovendo i documenti distinguersi solo in relazione al contenuto della rappresentazione stessa.

In particolare, si dice, occorrerebbe distinguere a seconda che oggetto della rappresentazione sia un fatto dichiarativo o un fatto diverso, perché “altro è firmare una scrittura, altro, firmare una fotografia”¹¹⁸.

“Mediante le tecniche di documentazione informatica, la dicotomia scritto/non scritto parrebbe spiegarsi e risolversi nell’altra: dichiarativo/non dichiarativo”¹¹⁹.

Solo con riguardo ai documenti dichiarativi infatti, si dice, l’apposizione della firma può svolgere la propria funzione tipica, valendo quale attestazione di conformità e quale assunzione di paternità delle dichiarazioni documentate¹²⁰.

Il documento non dichiarativo, invece, non porrebbe alcun problema di paternità ma solo un problema di conformità, perciò l’apposizione di una firma elettronica potrebbe servire solo al limitato scopo di rendere inalterabile la riproduzione.

Conseguentemente, nell’ipotesi sopra proposta, il filmato in questione sarebbe sufficiente ai fini dell’art. 1350 c.c. anche a documentare una vendita immobiliare, perché si tratterebbe di un documento (multimediale) dichiarativo opportunamente sottoscritto digitalmente¹²¹.

Seguendo questa impostazione, dunque, “la potenza rappresentativa del documento, suscettibile di sottoscrizione alla stregua della scrittura privata dell’art. 2702 cod. civ., varca i confini del segno scritto e si espande alla riproduzione integrale della realtà”¹²².

¹¹⁸ ORLANDI, *Il falso digitale*, cit., p. 27.

¹¹⁹ ORLANDI, *op. ult. cit.*, p. 22.

¹²⁰ ORLANDI, *op. ult. cit.*, p. 22.

¹²¹ Su questi temi si veda anche MASUCCI, *Il documento informatico. Profili ricostruttivi della nozione e della disciplina*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 770.

¹²² ORLANDI, *op. cit.*, p. 32.

Si parla a tale proposito di scrittura “ultraletterale” quale scrittura che, appunto, prescinde dall’impressione di lettere dell’alfabeto e, quindi, dall’uso della vista.

Altra parte della dottrina, invece, pur richiamandosi anch’essa alla bipartizione tra documenti dichiarativi e non dichiarativi, intende in modo differente la stessa, giungendo così a conclusioni diverse.

Secondo questa diversa ricostruzione il documento dichiarativo sarebbe solo “quello rappresentativo di quel particolare fatto che è una dichiarazione proveniente da chi ha formato il documento stesso emettendola”¹²³.

E ancora: “il documento informatico dichiarativo è quello formatosi con il compimento dell’atto dichiarativo reso in forma digitale che esso rappresenta interagendo con un elaboratore elettronico. Documenti informatici non dichiarativi sono tutti gli altri”¹²⁴.

Documento dichiarativo, dunque, sarebbe solo quello risultante dall’emissione in forma elettronica della dichiarazione.

Solo il documento dichiarativo sarebbe assimilabile alla scrittura privata.

Il documento multimediale, invece, anche se rappresentante una dichiarazione, non sarebbe mai un documento dichiarativo perché il supporto elettronico, in questo caso, non ne sarebbe mai il mezzo espressivo, essendo solo il mezzo di riproduzione di una volontà emessa altrimenti, nel caso proposto, in forma orale.

Il documento multimediale, perciò, anche se sottoscritto, non potrebbe mai essere assimilato ad una scrittura privata, bensì avrebbe solo il valore di riproduzione informatica.

¹²³ GRAZIOSI, *Premesse ad una teoria probatoria del documento informatico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 487.

¹²⁴ GRAZIOSI, *op. cit.*, p. 493.

La tesi da ultimo riportata appare ricca di spunti e senz'altro preferibile rispetto alla prima, tuttavia occorre approfondire meglio la questione per stabilire se la stessa possa valere a fornire una chiave di lettura soddisfacente delle disposizioni del Codice.

Nell'affrontare la questione in esame, infatti, non si può trascurare di rilevare che nel dettare la disciplina del documento informatico, almeno sul piano sostanziale, il legislatore ha preso quale termine di riferimento immancabile la scrittura.

Il fatto che il valore giuridico del documento informatico sia definito sempre mediante una *relatio* all'atto scritto su carta, infatti, sembra costituire un ostacolo insormontabile all'accoglimento della prima delle tesi ricordate, quella della scrittura elettronica ultraletterale, perché si finirebbe per dare rilievo esclusivamente all'elemento della sottoscrizione: qualsiasi dichiarazione sottoscritta digitalmente sarebbe idonea ad integrare una scrittura privata, a prescindere dalle modalità con cui questa dichiarazione è emessa o risulta documentata.

Ciò porterebbe ad una svalutazione totale del requisito del testo.

Affinché infatti un documento possa dirsi scritto, come già detto in precedenza, è necessario che la rappresentazione che lo stesso fornisce sia resa mediante segni alfabetici esprimenti parole.

Quello che impedisce, oggi come ieri, di considerare una registrazione in termini di scrittura privata, in altre parole, non è l'impossibilità, oggi superata, di firmare la stessa, quanto la mancanza di una scrittura.

Finché il legislatore continuerà a definire l'efficacia formale del documento informatico in relazione all'atto scritto, non si potrà prescindere dall'elemento della scrittura quale impressione di segni alfabetici.

Alla luce di queste considerazioni, sembra ragionevole ritenere che i riferimenti al documento informatico *tout court* contenuti negli art. 20 e 21 del Codice vadano in via interpretativa limitati alla sola scrittura elettronica, cioè solo a quel documento informatico capace di rappresentare un fatto dichiarativo, e di fare ciò tramite una serie di segni alfabetici visibili.

Solo un *file* di testo, in altre parole, può integrare un atto scritto e, se firmato digitalmente, una scrittura privata, con ogni conseguente effetto sul piano formale e probatorio.

Tutto ciò, peraltro, non deve portare a considerare che l'apposizione su un documento informatico multimediale di una firma elettronica, specie se digitale, sia irrilevante.

In primo luogo, infatti, l'apposizione della firma potrebbe servire a rendere segreto e/o incorruttibile il documento in questione.

In secondo luogo, l'apposizione della firma potrebbe valere quale assunzione di paternità del documento.

Se, infatti, è vero che il problema della paternità svolge un ruolo centrale con riguardo alle dichiarazioni negoziali, ciò non significa anche che questo sia l'unico ambito nel quale esso assume rilevanza.

Si pensi, ad esempio, al problema della paternità di un'opera informatica al fine del riconoscimento del diritto d'autore. Si pensi, cioè, ad esempio ad una fotografia o ad un *software* realizzati tramite l'uso della tecnologia informatica che siano firmati digitalmente.

Nel caso in cui sorga controversia circa la paternità di tali opere dell'ingegno, non avrebbe alcun senso considerare le stesse in termini di riproduzioni informatiche: non si tratta infatti di provare la conformità delle stesse all'originale, bensì di provare chi ne sia l'autore.

Ed in questa ricerca, così come accade per un quadro, il punto di partenza non può che essere costituito dalla sottoscrizione apposta sull'opera stessa.

L'esempio qui sviluppato sembra suggerire l'opportunità di distinguere i casi nei quali il documento multimediale

a) rappresenta una dichiarazione espressa in forma orale o a gesti: in tal caso la dichiarazione in questione si deve considerare sempre e comunque emessa in forma orale di cui il documento informatico costituisce una rappresentazione informatica rilevante ai sensi dell'art. 2712 c.c.;

b) rappresenta un fatto diverso da una dichiarazione (ad esempio un incidente automobilistico): mancando una dichiarazione negoziale, nessuna questione si può porre sul piano della forma, mentre su quello della prova, il documento sarà da considerare una rappresentazione informatica;

c) costituisce espressione di un'opera dell'ingegno (ad esempio una canzone o un documentario): in tal caso il documento non rappresenta alcuna dichiarazione né alcun altro fatto giuridicamente rilevante. Seppur per fini diversi, anche in questo caso può comunque sorgere il problema dell'imputazione del documento ed è possibile che a tale esigenza si possa rispondere mediante l'apposizione di una firma elettronica.

Tra le "forme d'uso" che ai sensi dell'art. 8 della L. 22 aprile 1941, n. 633 sul Diritto d'Autore fondano l'operatività della presunzione di paternità, infatti, va senz'altro ricompresa l'apposizione della firma

dell'autore sull'opera, firma che, nel caso di opere informatiche, non potrà che essere anch'essa, a sua volta, informatica¹²⁵.

2. LE COPIE

Nel codice civile si trova un'intera sezione, la VI del capo II del libro VI, dedicata alle copie degli atti.

La copia è la riproduzione integrale di un documento, un documento di secondo grado o, come è stato efficacemente detto, un “documento di documento”¹²⁶.

La copia può essere realizzata a mano o con mezzi meccanici.

Secondo l'opinione maggioritaria, la copia realizzata con mezzi meccanici si distinguerebbe dalla riproduzione meccanica di cui all'art. 2712 c.c. sotto il profilo dell'oggetto rappresentato, nel senso che la copia avrebbe sempre ad oggetto un documento, mentre la riproduzione meccanica avrebbe ad oggetto un fatto o una cosa non documentale¹²⁷.

Se la copia è conforme all'originale, allora alla stessa è riconosciuto lo stesso valore giuridico dell'originale (art. 2719 c.c.)

Tale conformità può dipendere da un accertamento formale compiuto da parte di un pubblico ufficiale (copia autentica) o da un fatto: il mancato disconoscimento della copia da parte di colui contro cui la stessa è prodotta (copia riconosciuta).

¹²⁵ Secondo l'art. 8, infatti, “è reputato autore dell'opera, salvo prova contraria, chi è in essa indicato come tale, nelle forme d'uso”.

¹²⁶ CARNELUTTI, *La prova civile: parte generale. Il concetto giuridico della prova*, Milano, 1992, p. 215.

¹²⁷ *Contra* NASTRI, *Copie autentiche e documento informatico* (studio 3-2006/IG), reperibile al sito www.notariato.it, secondo cui la copia di cui all'art. 2719 c.c. presuppone sempre un previo accertamento di conformità, conseguentemente la copia è per definizione quella autentica, mentre una semplice fotocopia di un documento la cui conformità non è accertata, sarebbe una riproduzione meccanica rilevante ai sensi dell'art. 2712 c.c.

L'art. 2719 c.c., si noti bene, parla di conformità e non di identità.

Ora, mentre la conformità attiene solo al contenuto, l'identità è un concetto assoluto che abbraccia ogni profilo, compreso quello materiale. Ciò significa che una copia è conforme, e può avere quindi lo stesso valore giuridico del documento originale, anche se differisce da quest'ultimo per meri aspetti materiali.

Se così non fosse, infatti, bisognerebbe considerare non conforme la copia di una scrittura olografa realizzata a mano dallo stesso autore, solo perché le lettere o la spaziatura o il colore della penna usati per la copia sono diversi da quelli dell'originale.

Il problema della conformità merita di essere ulteriormente approfondito con riguardo alle copie informatiche, perché in ambito informatico, come più volte osservato in dottrina, il concetto stesso di copia sembra scolorirsi.

Quest'ultimo, infatti, ben può essere riprodotto senza che sia possibile distinguere l'originale dalla copia¹²⁸.

Tutto ciò induce a ritenere, da un lato, che il supporto informatico non sia idoneo ad essere utilizzato per quegli atti che devono essere redatti in un unico originale (ad es. i titoli di credito o le copie in forma esecutiva)¹²⁹, e dall'altro che la copia informatica di un documento informatico sia più correttamente definibile in termini di duplicato che non di copia.

Ciò tuttavia non vale per il caso in cui l'originale e la sua copia siano redatti su supporti diversi, ad esempio il primo su supporto informatico ed il secondo su supporto cartaceo o viceversa.

¹²⁸ In questo senso v. NASTRI, *op. ult. cit.*; CHIBBARO, *Codice dell'Amministrazione digitale, firme elettroniche ed attività notarile* (Studio 2-2006/IG), reperibile al sito www.notariato.it

¹²⁹ ARCELLA-BECHINI-ZAGAMI, *Estratti notarili da libri contabili tenuti con mezzi informatici* (Studio 1-2006/IG), reperibile al sito www.notariato.it

In questi casi, infatti, il cambio di supporto vale a rendere distinguibili i due documenti, permettendo così di individuare con certezza qual è la copia e quale l'originale. Semmai il problema in questi casi consiste nel valutare se il cambio di supporto non escluda di per sé la conformità tra l'originale e la copia.

Si pensi ad esempio alla stampata di un *file* o, all'opposto, ad un *file* risultante dalla "scannerizzazione" di un documento cartaceo.

Il problema sta nel fatto che in questi particolari casi la conformità della copia, se c'è, si verifica con ciò che appare sul video e non, invece, col documento informatico in sé e per sé, quale insignificante insieme di *bits*.

A ben vedere, però, non pare che ciò valga ad escludere in radice la conformità delle copie ottenute da o impresse su un supporto informatico.

Il documento informatico, infatti, non è altro che un complesso di *bits* impressi su un supporto informatico per la cui lettura si rende indispensabile l'ausilio del computer: solo tramite il computer il documento informatico può svolgere la propria essenziale funzione rappresentativa restituendo un suono, uno scritto, un'immagine, etc.

Sotto questo profilo il documento informatico non è molto diverso da un documento scritto a caratteri microscopici: entrambi per essere letti abbisognano di uno strumento. Il primo di un computer ed il secondo di una lente d'ingrandimento.

Il computer, cioè, non è altro che uno strumento di lettura, perciò quello che il video restituisce è il documento informatico stesso.

Ecco perché non sembra affatto illegittimo ritenere necessario e sufficiente che la conformità di tali copie sussista rispetto a ciò che

risulta dal video, cioè dalla lettura del documento informatico, e che invece nessun rilievo vada assegnato alla mancata conformità della copia rispetto ai *bits*.

Per continuare nel paragone, le copie ottenute da un supporto informatico mediante la stampa, possono assimilarsi a delle fotocopie ingrandite di un originale microscopico, mentre le copie su supporto informatico di un documento cartaceo, a delle fotocopie rimpicciolite a caratteri microscopici di un originale a carattere normale.

Nessun valore, poi, può riconoscersi alla diversa natura del supporto su cui è impressa la copia, dal momento che, come già detto, gli aspetti materiali sono irrilevanti ai fini del giudizio di conformità.

Che il cambio di supporto non sia d'ostacolo di per sé alla conformità della copia, del resto, è principio ben noto anche al legislatore che, proprio con riferimento al documento informatico, ha stabilito che “i duplicati, le copie, gli estratti del documento informatico, anche se riprodotti su diversi tipi di supporto, sono validi a tutti gli effetti di legge, se conformi alle vigenti regole tecniche” (così l'art. 23, comma 2, del Codice, riprodotto dall'abrogato art. 20 del t.u. 445/00).

Il punto critico delle copie informatiche di originali cartacei, e viceversa, risiede invece nell'effetto che il cambio di supporto determina, effetto consistente nell'inevitabile “perdita” della firma apposta sull'originale.

Si pensi ad esempio al caso di un atto privato munito di sottoscrizione autografa che, mediante l'uso di uno *scanner*, sia copiato in formato elettronico.

Il risultato di una tale operazione è simile a quello che si otterrebbe facendo una fotocopia: sul video apparirà una scrittura all'apparenza

identica a quella originale, salvo per il carattere dell'autografia della firma che sarà andato perduto¹³⁰.

Come già accennato con riguardo al fax, nessun grafologo sarebbe in grado di verificare con certezza assoluta l'autenticità di una firma autografa scannerizzata o fotocopiata, perché questa manca della peculiare marcatura del tratto che caratterizza una firma originale rendendola unica ed inconfondibile.

La parte che intenda avvalersi della copia, perciò, anche se la copia è autentica, non potrà fare affidamento su questo solo documento.

Se infatti la controparte contestasse l'autenticità della firma apposta sulla copia stessa, stante l'impossibilità di procedere alla verifica della firma apposta sulla copia, si dovrà necessariamente "andare in cerca" della scrittura originale¹³¹.

Una situazione analoga si verifica poi anche nel caso inverso e, cioè, nel caso di creazione di una copia cartacea di un documento informatico munito di firma digitale.

Nel momento in cui il documento viene trasferito su carta, infatti, la firma digitale, quale rapporto matematico tra certificato di firma e documento firmato, si perde, tanto che si dice che "una volta stampato, il documento non è più firmato"¹³².

Una volta stampata la firma digitale non è più verificabile, e ciò in modo irreversibile, sicché ben può dirsi che la stampata non è firmata.

Anche in questo caso, previa verifica della firma digitale apposta sull'originale, la copia può essere certificata conforme da un pubblico

¹³⁰ NASTRI, *op. ult. cit.*;

¹³¹ Nel caso di copie di scritture private, infatti, il pubblico ufficiale è chiamato ad attestare solo la conformità della copia all'originale prodotto, non anche l'autenticità della firma apposta sull'originale.

¹³² BECHINI, *La firma digitale transfrontaliera dei notai: una realtà europea*, reperibile al sito www.bechini.net

ufficiale tuttavia nell'ipotesi – per la verità piuttosto remota – in cui sia messa in dubbio la verifica eseguita dal pubblico ufficiale, non sarà possibile ripetere la verifica sulla copia stampata. Ancora una volta perciò, non sembra possibile fare a meno dell'originale se non ci si vuole privare dell'unico strumento probatorio affidabile.

2.1. DAL SUPPORTO CARTACEO A QUELLO INFORMATICO. L'ARCHIVIAZIONE OTTICA

Già da tempo il legislatore, ben conscio dei vantaggi che ne deriverebbero, persegue con forza l'obiettivo della dematerializzazione della documentazione, soprattutto della P.A., ma anche dei privati.

Gli sforzi del legislatore in tal senso sono stati diretti non solo al futuro, ma anche al passato. Affinché infatti la digitalizzazione possa divenire completa, non è sufficiente sostituire i mezzi informatici a quelli tradizionali, occorre anche trovare il modo per digitalizzare tutta la documentazione cartacea pregressa.

Moltissime sono le attività per le quali il legislatore prevede l'obbligo di conservare, anche per lunghi periodi di tempo (in media 10 anni), i documenti originali, che, almeno fino ad ora, erano sempre realizzati su supporto cartaceo.

L'uso della tecnologia informatica permetterebbe di archiviare anche questa immensa mole di documentazione pregressa in uno spazio irrisorio, aumentando di pari passo anche l'accessibilità e la sicurezza dei dati stessi, portando gli stessi “a portata di click”.

Il sistema tecnico impiegato a tale fine è quello dell'archiviazione ottica. Attraverso l'uso di uno *scanner*, è possibile creare un'immagine, cioè una copia, in formato elettronico di un documento (originale) cartaceo.

Lo *scanner* opera in modo simile ad una comune fotocopiatrice, solo che la copia fotografica che si ottiene è impressa su un supporto diverso da quello dell'originale: da quello cartaceo si passa a quello informatico.

Allo stato attuale, tuttavia, la potenzialità di questo sistema è utilizzata solo in minima parte.

Sebbene infatti, già dal 2000, sia in vigore il principio per cui gli obblighi legali di conservazione ed esibizione di documenti s'intendono soddisfatti a tutti gli effetti di legge a mezzo di documenti informatici formati nel rispetto della normativa tecnica vigente (art. 20, comma 5, t.u. 445/00, oggi sostituito dall'art. 23, comma 7, del Codice), gli utenti continuano a guardare con molta diffidenza all'archiviazione ottica¹³³.

Ciò ha portato ad un mero spostamento della documentazione cartacea, e non invece all'auspicata eliminazione del cartaceo. Chi si è servito dell'archiviazione ottica, cioè, ha ritenuto assolti gli obblighi conservativi ma, per prudenza, ha continuato a conservare gli originali, spostandoli però in magazzini.

La "liberazione" dall'ingombro della carta, pertanto, almeno fino a questo momento, è stata più apparente che reale.

Il generico e non ben motivato sentimento di diffidenza manifestato dagli utenti verso la tecnologia dell'archiviazione ottica, tuttavia, non può che apparire giustificato se solo si considera quanto detto sopra circa

¹³³ Le Regole tecniche per la riproduzione e conservazione di documenti su supporto ottico sono state introdotte con Deliberaz. CNIPA n. 1/2004 del 19 febbraio 2004, reperibile al sito www.cnipa.gov.it

l'essenzialità dell'originale, e la minore efficacia della copia informatica rispetto all'originale cartaceo.

E' vero che tale minore efficacia si può e si deve cogliere solo sul piano probatorio, essendo invece le copie ovviamente prive di rilievo sul piano sostanziale, considerato che la forma è necessario e sufficiente sia rispettata nel momento genetico del negozio, tuttavia ciò pare comunque sufficiente per disincentivare il ricorso a queste tecniche.

Tali perplessità, poi, appaiono ancor più giustificate nello specifico caso delle copie informatiche di documenti originali formati in origine su supporti diversi da quello informatico e, principalmente, su supporto cartaceo, considerata l'attuale impossibilità tecnica di garantire la conservazione a tempo indeterminato dei documenti informatici.

Si è detto che la realizzazione di queste copie si realizza mediante uno *scanner* che fotografa in formato digitale il documento originale. A rigore, dunque, le copie in esame dovrebbero avere la stessa disciplina delle altre copie fotografiche, genericamente disciplinate dall'art. 2719 c.c., e cioè avere "la stessa efficacia delle autentiche, se la loro conformità con l'originale è attestata da pubblico ufficiale competente o non è espressamente disconosciuta".

L'art. 23 del Codice, invece, detta una disciplina speciale per le copie informatiche di documenti su supporti diversi, riconoscendo a queste hanno gli stessi effetti dei rispettivi originali se la loro conformità è attestata, a seconda dei casi, da un Notaio (commi 3 e 5) o dal responsabile della conservazione (comma 4), con apposizione sulla copia della loro firma digitale.

Diversamente da quanto previsto dall'art. 2719 c.c. per le copie fotografiche in genere, quindi, per le copie su supporto informatico non

sembra che un eventuale riconoscimento o disconoscimento di parte possa avere un qualche valore. Sembra cioè che l'unica condizione necessaria e sufficiente affinché la copia sia considerata conforme e, quindi, equivalente all'originale, sia la presenza di un'attestazione di conformità debitamente firmata dal soggetto abilitato.

Conseguentemente il valore giuridico della copia informatica è sempre certo a priori e coincidente con quello dell'originale.

La controparte che si veda produrre contro una copia certificata conforme, del resto, non potrà invocare eventuali manipolazioni delle copie, successive all'attestazione di conformità. Se, infatti, le copie fossero state alterate, la verifica della firma digitale apposta sulle stesse al momento dell'attestazione di conformità darebbe esito negativo, rendendo così palese l'alterazione compiuta e privando di valore la falsa copia.

Maggiormente problematico è invece il caso in cui la controparte intenda disconoscere la conformità della copia all'originale, specialmente nel caso in cui l'attestazione di conformità è resa da un soggetto che è incaricato di fare ciò dalla legge ma non riveste la qualifica di pubblico ufficiale.

Se infatti l'attestazione fosse resa da un notaio, la sua veridicità sarebbe senz'altro coperta da pubblica fede e potrebbe quindi essere vinta solo tramite la querela di falso. Quando invece l'accertamento della conformità viene compiuto da soggetti diversi dai pubblici ufficiali, essi non sono in grado di coprire lo stesso di pubblica fede, ciononostante – il fatto che si tratti di soggetti cui la legge stessa conferisce tale potere di certificazione – sembra giustificare il sorgere, almeno, di una

presunzione di conformità della copia rispetto all'originale, con conseguente inversione dell'onere probatorio.

Alla luce delle considerazioni qui svolte, sembra dunque che il valore giuridico delle copie realizzate mediante l'archiviazione ottica sia addirittura maggiore di quello delle copie tradizionali, fotografiche e non.

Apponendo la propria firma digitale, infatti, il soggetto incaricato realizza un effetto ulteriore rispetto alle copie su supporto cartaceo, cioè, cristallizza il contenuto della copia, rendendo sempre attuale il giudizio di conformità espresso dai soggetti incaricati.

Se una copia del genere fosse prodotta in giudizio, sarebbe sufficiente verificare la firma digitale del pubblico ufficiale o del responsabile certificante per essere certi che la copia – successivamente alla verifica della sua conformità all'originale – non ha subito alterazioni di sorta.

Se dunque la disciplina vigente pare incoraggiare il ricorso alle copie informatiche e, quindi, all'archiviazione ottica, non si possono però tacere quelli che sono i limiti tecnici di tale sistema, limiti che nemmeno il ricorso all'attestazione di conformità appare in grado di eliminare, e che, di fatto, precludono ancora oggi lo sviluppo di tale sistema.

Ancora una volta, infatti, la soluzione ai problemi in materia informatica è stata trovata nel ricorso alla firma digitale, quella dei soggetti incaricati di effettuare il giudizio di conformità.

Ciò riporta alla luce il problema, più volte evidenziato, della marcatura temporale.

Se infatti la forza della copia informatica dipende dal fatto che la sua conformità all'originale è attestata *ex ante* da un soggetto incaricato, è evidente che se la firma digitale apposta da detto soggetto sulla copia a

garanzia della provenienza dell'attestazione scade, ciò finisce per travolgere la copia stessa.

A ben vedere, perciò, deve concludersi riconoscendo che le copie informatiche hanno sì un valore giuridico elevato, ma precario. La copia informatica, infatti, di regola ha una forza probatoria maggiore di quella cartacea ma, in mancanza di una costante marcatura temporale, può anche perdere qualsiasi valore.

Ancora una volta, dunque, lo sviluppo della documentazione informatica e, nella specie, dell'archiviazione ottica, dipenderà dalla soluzione del problema della scadenza delle marche temporali. Finché questo problema non sarà risolto, così come il problema della perdita della firma, non si potrà dare torto a coloro che preferiscono conservare gli originali cartacei.

2.2. DAL SUPPORTO INFORMATICO A QUELLO CARTACEO. LA STAMPATA

Abbiamo visto che l'obiettivo del legislatore consiste nella digitalizzazione della documentazione e che ciò si svolge da un lato verso il passato, con l'archiviazione ottica, e dall'altro verso il futuro.

Quando questo fenomeno di digitalizzazione sarà completato si avrà un sistema *paperless*, nel quale cioè tutti i documenti sono creati e trasmessi in modo informatico e tutta la conoscenza passa per questo unico canale.

In un sistema del genere l'estrema accessibilità agli strumenti informatici e la diffusa fiducia negli stessi potrebbe portare alla sparizione del supporto cartaceo e quindi anche all'uso delle stampanti.

Al momento, però, uno scenario come quello descritto appare ancora molto lontano ed incerto.

Appare invece più probabile che l'uso della carta, e quindi della stampa, resista ancora per lunghissimo tempo.

Occorre però distinguere il caso in cui la stampata è in realtà l'originale, dal caso in cui la stampata è la copia di un documento formato in originale sul supporto informatico.

Il computer infatti può essere impiegato al pari di una macchina da scrivere per la creazione di un documento cartaceo, oppure può essere finalizzato alla creazione di un documento destinato a vivere e quindi ad esistere, almeno in via primaria, nel mondo informatico.

Per comprendere meglio questa distinzione, si pensi ad esempio al modo in cui vengono confezionati oggi gli atti pubblici negli studi notarili.

Gli atti vengono prima "battuti" a computer, ma poi ciò che il notaio legge e tutti gli intervenienti sottoscrivono in modo autografo è la stampa del *file* conservato nel *server* dello studio. Quello redatto sul supporto cartaceo, dunque, è l'unico atto pubblico, l'atto munito di pubblica fede. Solo quello è l'originale, mentre il corrispondente *file* memorizzato sul computer non ha alcun valore. Esso, in particolare, non è una copia perché è stato prodotto prima e non dopo l'originale di cui, infatti, non contiene alcuni elementi, le firme.

In questo caso, poiché l'originale è cartaceo, la creazione della copia informatica può avvenire solo con il sistema dell'archiviazione ottica.

In tal modo il *file* recherà anche l'impronta delle firme autografe.

Se invece che la stampata, ad essere sottoscritto fosse lo stesso documento informatico, mediante apposizione della firma digitale delle parti e del notaio, allora l'originale sarebbe costituito dallo stesso

documento informatico e la stampata dello stesso non sarebbe altro che una sua copia.

Per verificare, dunque, se la stampata sia l'originale cartaceo ovvero una copia cartacea di un originale su supporto informatico, occorre verificare con riferimento a quale supporto si è perfezionata la fase creativa del documento.

Nel caso degli atti scritti e sottoscritti pubblici o privati, occorre verificare quale sia il supporto che ha ricevuto la sottoscrizione.

Per gli atti non sottoscritti, invece, l'originale è quello con riferimento al quale si è conclusa la fase emissiva, ad esempio tramite la spedizione. Si pensi ad esempio ad un messaggio ricevuto per *e-mail*. La stampata di quello, evidentemente, è la copia, mentre l'originale è quello impresso sul supporto informatico.

Introdotta il problema della stampata, vediamo ora qual è il suo valore giuridico.

La questione si rivela molto interessante se si considera che allo stato attuale lo strumento informatico risulta ancora scarsamente utilizzato nelle aule giudiziarie sicché, qualora s'intenda produrre in giudizio un documento informatico, risulta senza dubbio più semplice produrne la copia su supporto cartaceo che non produrre l'originale.

L'art. 23 del Codice, al comma 2-bis stabilisce che “le copie su supporto cartaceo di documento informatico, anche sottoscritto con firma elettronica qualificata o digitale, sostituiscono ad ogni effetto di legge l'originale da cui sono tratte se la loro conformità all'originale in *tutte le sue componenti* è attestata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato”.

L'attenzione degli interpreti si è concentrata sulla locuzione “tutte le sue componenti”, affermando che la stessa starebbe a significare la necessità

che il pubblico ufficiale debba non solo verificare che la stampata abbia contenuto conforme al *file* da cui è tratta, ma debba anche verificare la validità delle firme digitali eventualmente apposte sullo stesso e dare conto di tutte le verifiche eseguite e dei programmi impiegati a tal fine¹³⁴.

Particolare attenzione, poi, dovrà essere prestata nel caso in cui il documento informatico da copiare sia un documento cosiddetto dinamico, come ad esempio una *pagina web* la quale è suscettibile di continui mutamenti ad opera dei suoi gestori o, anche, dell'intervento di *spam*.

Con riguardo a questo tipo di documenti può rivelarsi particolarmente utile e frequente la richiesta di fissare le informazioni veicolate attraverso il *web* in una copia avente valore legale, che possa utilmente fornire la prova di quale fosse il contenuto di una determinata pagina in un preciso momento storico¹³⁵.

Anche rispetto alle copie cartacee di documenti informatici, il valore giuridico della copia dipende da un'attestazione di conformità.

Ciò significa che i giudici dovrebbero considerare irrilevanti le stampe prodotte in giudizio carenti di questa attestazione perché la verifica di conformità è demandata in via esclusiva ai pubblici ufficiali e non può essere compiuta né dalle parti né dal giudice.

Questi, se vuole, può esaminare direttamente l'originale su supporto informatico, mentre non può fondare il proprio giudizio su una copia stampata se la conformità di questa non è stata accertata prima e fuori del giudizio da un pubblico ufficiale.

¹³⁴ NASTRI, *ult. op. cit.*

¹³⁵ BECHINI, *La copia conforme di una pagina WEB: natura giuridica e modalità operative* (Studio n. 7-2007/IG), reperibile al sito www.notariato.it

In questo senso, del resto si era già espressa la Corte di Cassazione che, argomentando dal fatto che “le informazioni tratte da una rete telematica sono per natura volatili e suscettibili di continua trasformazione”, aveva escluso che “la copia di pagina *web* su supporto cartaceo che non risulti essere stata raccolta con garanzia di rispondenza all’originale e di riferibilità ad un ben individuato momento” potesse valere quale “documento idoneo a fini probatori”¹³⁶.

Si pensi così, ad esempio, al caso in cui un soggetto veda violato il proprio diritto all’immagine in seguito alla pubblicazione illegittima di foto su un sito *Internet* e voglia far valere il proprio diritto in giudizio.

Per fare ciò egli dovrà anzitutto provare la lesione subita. Ma come fare quando la lesione avviene tramite *web*?

Una prima alternativa potrebbe consistere nel chiedere al giudice di disporre un esperimento giudiziale nel corso del quale il giudice possa prendere visione in prima persona delle immagini in oggetto.

La seconda, invece, consiste nel recarsi da un notaio o da un altro pubblico ufficiale affinché questi provveda a stampare la pagina *web* oggetto di contestazione e ad accertare che quanto stampato è conforme al contenuto di un determinato sito in quel preciso momento nel quale viene formata la copia.

Questa seconda via appare senza dubbio preferibile in quanto rende il procedimento più rapido e, soprattutto, mette al riparo la parte lesa da eventuali successive modifiche del sito *web*, offrendo così alla stessa una prova precostituita ed inattaccabile di quanto pubblicato *on-line*.

Alla luce della normativa in esame, dunque, sembra da condannare la prassi diffusa tra i giudici di considerare le copie semplici delle *e-mail* o

¹³⁶ Cass., sez. lav., 16 febbraio 2004, n. 2912 in *Giur. it.*, 2004, c. 1355 (con nota di BERNARDONI)

delle pagine *web*, ottenute tramite la stampa delle stesse, come equivalenti all'originale.

Il regime probatorio delle scritture informatiche, infatti, è diverso e di ciò non si può non tenerne conto.

La stampata dei *file* informatici, del resto, appare utile non solo in relazione ai documenti dinamici, ma anche in relazione a quelli statici se destinati ad una lunga conservazione.

Con la stampata certificata conforme, infatti, si elimina il problema della marcatura temporale e si rende possibile la conservazione a tempo illimitato dei documenti stessi.

Da un punto di vista funzionale, certamente questa soluzione non appare soddisfacente, dal momento che la garanzia dei documenti informatici si realizza attraverso un ritorno al cartaceo, cioè proprio a ciò da cui si era partiti, tuttavia al momento non sembra vi siano altre soluzioni tecniche capaci di risolvere il problema in esame.

CAPITOLO V - LA TRASMISSIONE DEL DOCUMENTO INFORMATICO. L'E-MAIL

1. LA POSTA ELETTRONICA (E-MAIL)

Se il commercio elettronico (in senso stretto), cioè quello concluso mediante il sistema del *point and click*, stenta a decollare a causa dei timori dei consumatori rispetto agli acquisti e, specialmente, ai pagamenti elettronici¹³⁷, procede invece inesorabile e rapida l'ascesa della posta elettronica.

Si calcola che ogni giorno siano oltre 500 milioni i messaggi di posta elettronica inviati in Italia.

La comunicazione con mezzi informatici e, in particolare tramite posta elettronica (*electronic mail*, abbreviato in *e-mail*), si va sempre più affermando a discapito dei tradizionali strumenti di comunicazione, perché consente di trasmettere messaggi e documenti di qualsiasi genere (allegati) anche ad una massa di destinatari (mediante un invio multiplo) in modo semplice, rapido, economico e non localizzabile.

Sia al mittente che al destinatario, infatti, è sufficiente una rapida connessione *internet* per entrare nella propria casella di posta elettronica (*mailbox*) ed inviare o ricevere in ogni momento ed in ogni luogo del mondo i propri messaggi a costi irrisori.

La delocalizzazione spazio-temporale dell'accesso al sistema della posta elettronica, poi, la rende preferibile rispetto ai sistemi di comunicazione cartacea anche sotto un altro profilo: quello della tutela della *privacy*, obiettivo oggi tanto inseguito dalla comunità.

¹³⁷ Si calcola che solo il 7% dei navigatori italiani attivi di Internet usi la rete per il commercio elettronico e che oggetto quasi esclusivo di tali acquisti fatti con tale sistema siano i biglietti aerei. Così almeno riferisce DE BIASE, *Gli italiani e internet, ancora poco (e male)*, in *Il sole 24ore.com* (24 aprile 2008).

Poiché infatti l'indirizzo *e-mail*, diversamente da quello cartaceo, non identifica alcuna porzione di mondo, ma solo uno spazio virtuale ad accesso riservato, la conoscenza di questo non fornisce alcuna informazione circa il luogo in cui si trova fisicamente il mittente o il destinatario.

Conseguentemente l'*e-mail* risulta un sistema di trasmissione meno invasivo rispetto a quello cartaceo e ciò è avvertito positivamente sia dal mittente che dal destinatario che, presumibilmente, preferiranno rendere noto il proprio indirizzo *e-mail* che non quello in cui hanno la propria residenza o il proprio domicilio.

1.1. COME FUNZIONA LA POSTA ELETTRONICA

Il sistema della posta elettronica è stato inventato negli Anni '70 da un ingegnere informatico americano per condividere i *file* di lavoro con le altre sedi Arpanet (l'antenato di *Internet*)¹³⁸.

Fu sempre il suo inventore a scegliere la @ (chiocciola) come simbolo standard per indicare gli indirizzi di posta elettronica e distinguerli così dagli altri indirizzi di *Internet*.

Il simbolo @, infatti, in inglese indica un'unità di prezzo (per esempio, 10 pezzi @ 1.95 dollari) e perciò rappresenta il fatto che un utente (*user*) sia "su" un certo *host* (*user@host*).

Al di là dell'elemento identificativo della @, da cui non si può prescindere, l'indirizzo *e-mail* può contenere qualsiasi carattere alfabetico e numerico e può anche contenere alcuni simboli, come il trattino basso (*underscore*) “_” o il punto “.”

¹³⁸ AA.VV., *Manuale breve di informatica per avvocati*, a cura di Celentano, Torino, 2007, p. 50.

L'accesso alla casella di posta elettronica (*mailbox*) è normalmente controllato da una *password*. Una volta che l'utente abbia avuto accesso alla propria casella di posta elettronica, tramite l'inserimento del proprio *user* e della propria *password*, scelti al momento della creazione della casella stessa, egli può inviare e/o ricevere messaggi.

Quando si preme il tasto invio, il messaggio viene spedito prima al *server* di posta in uscita (SMTP) del *provider* del mittente, che si occupa di inviarlo al *server* di posta in entrata (POP) del destinatario, dove rimarrà fino a quando quest'ultimo non andrà a scaricarlo.

A ben vedere non sembra che la procedura della posta elettronica sia poi molto diversa da quella della posta tradizionale.

Una volta imbucata, infatti, la lettera viene prelevata dagli addetti delle Poste e portata all'ufficio postale di competenza, dove poi viene presa in carico da un postino il quale provvede a depositarla nella buca delle lettere del destinatario.

2. I PUNTI DEBOLI DELLA POSTA ELETTRONICA

2.1. LA POSTA ELETTRONICA QUALE CANALE DI TRASMISSIONE VOLONTARIO E LA PRESUNZIONE DI CONOSCENZA

I vantaggi collegati all'utilizzo della posta elettronica rapidamente illustrati ne hanno fatto in pochi anni uno strumento di comunicazione indispensabile.

Ciononostante allo stato attuale non si può ancora dire che la posta elettronica abbia soppiantato i sistemi tradizionali quali il fax e la posta (cartacea).

Tale incapacità della posta elettronica di sostituirsi agli strumenti cartacei tradizionali sembra possa essere ascritta essenzialmente a tre circostanze:

- 1) l'assenza di un elenco pubblico degli indirizzi *e-mail*;
- 2) l'incertezza circa il valore giuridico dell'*e-mail* quale strumento di trasmissione;
- 3) l'incertezza circa il valore giuridico del messaggio inviato con tale sistema.

Gli strumenti di comunicazione maggiormente diffusi prima dell'avvento dell'*e-mail* erano sostanzialmente due: il telefono, ed il servizio postale tradizionale (cartaceo).

La prima tecnica di comunicazione, quella cioè basata sull'uso del telefono, presenta una elevata velocità e semplicità di utilizzo, tuttavia sconta due inconvenienti affatto di poco conto: la facoltatività dello strumento e l'oralità della comunicazione.

Il primo e forse principale difetto della comunicazione telefonica, consiste appunto nella facoltatività del collegamento telefonico che rende la stessa utilizzabile solo se così vogliono sia il "mittente", sia il destinatario. Nessuno infatti è obbligato a dotarsi di una linea telefonica, né tantomeno è obbligato a pubblicarne il numero sull'elenco, né infine a rispondere al telefono.

Il secondo inconveniente, poi, risiede nel fatto che la comunicazione avviene oralmente senza che del contenuto della stessa – salvo eventuali registrazioni – residui traccia alcuna.

Tutto ciò fa del telefono un mezzo di comunicazione di scarsissimo valore giuridico.

L'uso del servizio postale per l'invio delle lettere, invece, appare esente da questi difetti e infatti, non a caso, costituisce da sempre il canale privilegiato dal legislatore per le comunicazioni giuridicamente rilevanti.

Diversamente da quanto detto con riguardo al telefono, invero, ogni persona fisica ha una residenza o un domicilio e questi sono accessibili con certezza ai terzi mediante consultazione dei registri anagrafici.

Ai sensi dell'art. 44 c.c., infatti, non sono opponibili ai terzi di buona fede le variazioni di domicilio o residenza che non siano stati denunciati nei modi prescritti dalla legge. Il tutto, poi, è completato con la presunzione di conoscenza di cui all'art. 1335 c.c. che, addossando sul destinatario l'onere di prendere conoscenza di tutte le comunicazioni che giungono al suo indirizzo, riversa sullo stesso le conseguenze negative della sua eventuale inerzia, eliminando così la necessità di una sua collaborazione.

Sebbene da un punto di vista tecnico il sistema della posta elettronica assomigli di più a quello da ultimo descritto, in quanto permette una comunicazione scritta tra le parti, la disciplina della stessa ne fa uno strumento per certi versi molto vicino a quello telefonico.

Anche la posta elettronica, infatti, sconta lo stesso carattere facoltativo del collegamento telefonico.

Non solo il legislatore italiano, probabilmente convinto dell'analfabetismo informatico ancora diffuso, non ha previsto l'obbligo di dotarsi di una casella di posta elettronica, ma non ha nemmeno previsto l'obbligo, a carico di chi una casella ce l'ha, di renderne

pubblico l'indirizzo che, dunque, in mancanza di una volontà in tal senso del suo titolare, è destinato a restare segreto.

All'anagrafe, cioè, non vi è né l'obbligo né la possibilità di dichiarare il proprio indirizzo *e-mail*. L'unico modo per rendere noto ai terzi il proprio indirizzo *e-mail*, è quello di chiederne l'inserimento nell'elenco telefonico a fianco al proprio numero di telefono.

Tale possibilità però, al momento, risulta ancora poco impiegata. Probabilmente la ragione di ciò sta più nella mancata consapevolezza delle potenzialità comunicative della posta elettronica che non nella volontà di proteggere la propria *privacy* che, come detto sopra, sembra subire attacchi ben più forti dalla pubblicazione del proprio indirizzo e del proprio numero di telefono.

L'uso della posta elettronica, perciò, non può prescindere dalla volontà delle parti di dotarsi di una casella di posta elettronica e di rivelarne l'indirizzo.

Ma tutto ciò non basta ancora: chi mandasse un'*e-mail* all'indirizzo di posta elettronica indicato sull'elenco telefonico, infatti, non sarebbe assistito dalla presunzione di conoscenza. L'art. 45 del Codice, analogamente a quanto già disponeva l'art. 14 del t.u. 445/00, stabilisce che il messaggio di posta elettronica si considera ricevuto dal destinatario se lo stesso è *reso disponibile* allo specifico indirizzo di posta elettronica da questi *dichiarato* a tale fine¹³⁹.

Nel caso di dichiarazioni telematiche, cioè, la presunzione di conoscenza di cui all'art. 1335 c.c. opera solo se il destinatario ha *dichiarato* al mittente il proprio indirizzo *e-mail* così implicitamente dichiarando di

¹³⁹ Anche l'art. 2 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 dà rilievo all'indirizzo *e-mail*, solo se spontaneamente dichiarato. Una disciplina più diffusa su questi aspetti è dettata relativamente alla posta elettronica certificata (Pec) introdotta con il d.p.R. 11 febbraio 2005, n. 68 e di cui si tratterà in seguito.

volersi avvalere, per quella specifica comunicazione, dello strumento telematico.

La mera pubblicazione del proprio indirizzo *e-mail* sull'elenco telefonico, perciò, non basta a far sorgere in capo al dichiarante quell'obbligo di diligenza di cui si diceva, il quale, in modo del tutto analogo a quanto accade con il telefono, ben può non rispondere!

La disciplina fin qui illustrata trova ragionevole fondamento in quanto detto sopra circa la facoltatività della posta elettronica e circa la mancanza di un registro anagrafico pubblico degli indirizzi di posta elettronica.

Se infatti l'uso a fini recettizi di una certa casella di posta elettronica non può prescindere da una volontà in tal senso del suo titolare, ciò significa che la stessa di regola, in mancanza di una volontà diversa, sia di fatto una casella chiusa: il titolare della stessa che per ipotesi non avesse mai comunicato a nessuno il suo indirizzo, cioè, potrebbe a ragione ritenere di non aver mai ricevuto alcun messaggio il che, in termini giuridici, porta ad escludere che in capo al titolare di una casella di posta elettronica "chiusa" possa configurarsi alcun onere di verifica¹⁴⁰.

Diverso, invece, è il discorso se la casella di posta elettronica in questione è "aperta", cioè se il titolare ha dichiarato di volersi avvalere dell'*e-mail* rivelandone altresì a terzi l'indirizzo.

In questo caso, infatti, il titolare della casella di posta ("aperta") può e deve ragionevolmente aspettarsi di ricevere messaggi *e-mail* dalla

¹⁴⁰ L'art. 45 del Codice fa dipendere la presunzione di conoscenza da una "dichiarazione" del titolare della casella. Se dunque il mittente è venuto a conoscenza dell'indirizzo del destinatario tramite terzi o comunque non tramite il destinatario, la comunicazione inviata a quell'indirizzo non sarà assistita dalla presunzione di conoscenza. Ciò è ben espresso, sempre con riguardo alla Pec dall'art. 4, commi 2 e 3, del d.p.R. 11 febbraio 2005, n. 68 secondo cui "il solo indirizzo valido ad ogni effetto giuridico è quello espressamente dichiarato...la volontà espressa...non può comunque dedursi dalla mera indicazione dell'indirizzo di posta elettronica certificata nella corrispondenza o in altre comunicazioni o pubblicazioni del soggetto".

controparte e, dunque, sullo stesso grava un onere di diligenza simile a quello gravante su tutti noi in relazione al domicilio fisico.

Sotto il profilo della presunzione di conoscenza, quindi, la dichiarazione del proprio indirizzo *e-mail* prevista dall'art. 45 del Codice può essere avvicinata ad un'elezione tacita di domicilio.

A fianco al domicilio cartaceo, cioè, si pone il domicilio elettronico, e l'invio di una comunicazione all'uno o all'altro è sempre assistita dalla presunzione di conoscenza rispettivamente fissata dall'art. 1335 c.c. e dall'art. 45 del Codice.

La scelta circa l'utilizzo in concreto del canale di trasmissione telematico o di quello tradizionale resta affidato alla controparte la cui libertà in tal senso non può ritenersi compressa in virtù di una dichiarazione di parte¹⁴¹.

Il "domicilio elettronico", in altre parole, può considerarsi esclusivo solo in presenza di un accordo in tal senso tra le parti, dovendo altrimenti intendersi facoltativo o aggiuntivo.

Nonostante la disciplina della posta elettronica sin qui analizzata appaia coerente ed estremamente attenta nel tutelare gli inesperti cybernauti italiani, essa finisce d'altra parte per relegare l'*e-mail* in una posizione ampiamente secondaria rispetto al tradizionale servizio postale, in netta contraddizione rispetto a quelle che sono le aspirazioni della società moderna, ormai conscia degli enormi vantaggi connessi ad un uso generalizzato dell'*e-mail* quale sistema di comunicazione avente valore legale. dalla possibilità di usare con valore legale l'*e-mail* in modo generalizzato.

¹⁴¹ In questo senso si esprime anche l'art. 4 commi 2 e 4 ultimo periodo del d.p.R. 11 febbraio 2005, n. 68 con riferimento alla Pec, secondo cui "tale dichiarazione obbliga solo il dichiarante e può essere revocata nella stessa forma".

2.2. I RIFERIMENTI TEMPORALI DELL'E-MAIL. LA POSTA ELETTRONICA CERTIFICATA (PEC)

In base all'art. 45 del Codice, il messaggio di posta elettronica si presume conosciuto quando viene reso disponibile all'indirizzo all'uopo dichiarato dal destinatario. Ciò significa che se il mittente intende avvalersi di una dichiarazione comunicata per *e-mail*, egli deve provare solo che questa è stata resa disponibile all'indirizzo del destinatario, e non anche che quest'ultimo ne ha avuto effettiva conoscenza.

Ma quand'è che un messaggio può dirsi "reso disponibile" all'indirizzo *e-mail* del destinatario. E, soprattutto, come si può provare tale circostanza?

Nel sistema di trasmissione cartaceo tradizionale, quello della lettera raccomandata AR, questa funzione è svolta dalla ricevuta di ritorno che il servizio postale restituisce al mittente con l'attestazione della data e dell'ora in cui la lettera è giunta all'indirizzo del destinatario, data ed ora che si considerano certe e, dunque, opponibili ai terzi.

Ora, se è vero che ogni messaggio di posta elettronica che riceviamo riporta, oltre all'indirizzo del mittente e di altri eventuali destinatari, la data e l'ora di invio e di ricezione del messaggio stesso, tuttavia è altrettanto vero che tali attestazioni non possono considerarsi certe¹⁴².

¹⁴² Per procurarsi una prova dell'avvenuto ricevimento il mittente può richiedere al destinatario di confermare la ricezione, tuttavia il destinatario può sempre evitare di dare la conferma richiesta.

Esperti di informatica (anche giuridica), infatti, hanno dimostrato come sia possibile creare *e-mail* false con date, indirizzi e contenuto determinati *ad hoc*¹⁴³.

L'equiparazione e, in prospettiva, la sostituzione della posta elettronica alla raccomandata, pertanto, era subordinata al superamento di questo ostacolo: si doveva cioè trovare il modo per garantire l'autenticità dell'*e-mail* e il momento in cui la stessa è stata messa a disposizione del destinatario.

La soluzione è stata trovata nella Posta elettronica certificata (Pec) introdotta e disciplinata dal d.p.r. 11 febbraio 2005, n. 68, nonché dalle successive regole tecniche di cui al Decreto Min. Innov. Tecn. 2 novembre 2005¹⁴⁴.

L'art. 48 del Codice stabilisce ora che la data ed ora di trasmissione e ricezione di un documento informatico trasmesso mediante posta elettronica certificata sono opponibili ai terzi se conformi alla normativa in materia, parificando la Pec alla posta raccomandata anche al fine dell'esecuzione delle notifiche.

La Pec si distingue dalla posta elettronica semplice perché fornisce “al mittente documentazione elettronica attestante l'invio e la consegna di documenti informatici” (art. 1, lett. g, d.p.r. 11 febbraio 2005, n. 68).

“La validità della trasmissione e ricezione del messaggio di posta elettronica certificata è attestata rispettivamente dalla ricevuta di accettazione e dalla ricevuta di consegna” (art. 4, comma 6, d.p.r. 11 febbraio 2005, n. 68).

¹⁴³ Per un'interessante analisi di questi profili che, seppur estremamente tecnici, finiscono per incidere non poco su quelli giuridici, si veda CACCAVELLA, *Ricostruzione dell'identità del mittente di una e-mail anonima*, in *Dir. dell'Internet*, 2006, p. 419.

¹⁴⁴ BRESCIA, *La posta elettronica certificata*, in *Le Nuove Leggi civ. comm.*, 2006, p. 37 ss.; CAROBENE, *E-mail certificata, ecco come funziona*, in www.IlSole24ore.com (8 marzo 2006)

Entrambe le ricevute sono dei messaggi di posta elettronica, firmati digitalmente, che vengono rilasciati al mittente. La prima, quella di accettazione, viene rilasciata dal gestore di posta elettronica certificata del mittente e prova la ricezione da parte del gestore stesso del messaggio diretto al destinatario (art. 6, comma 1, d.p.r. 11 febbraio 2005, n. 68).

Quella di avvenuta consegna, invece, viene rilasciata dal gestore di posta elettronica certificata del destinatario e prova che il messaggio a quest'ultimo inviato è pervenuto all'indirizzo di Pec da lui dichiarato (art. 6, commi 2 e 3, d.p.r. 11 febbraio 2005, n. 68)¹⁴⁵. Nel caso in cui le parti si avvalgano di gestori di Pec diversi, il passaggio dall'un gestore all'altro è attestato dalla ricevuta di presa in carico (art. 7 d.p.r. 11 febbraio 2005, n. 68)¹⁴⁶.

Rispetto alla lettera raccomandata tradizionale, si può dire che la ricevuta di accettazione equivale alla stampigliatura che l'ufficio postale di partenza appone sul francobollo, mentre la ricevuta di consegna equivale alla ricevuta di ritorno.

Queste le linee essenziali del sistema. Occorre però addentrarsi ancora un po' per poter verificare se ed in che misura la Pec sia effettivamente in grado di rispondere a quell'esigenza di certezza di cui si diceva.

Quando il messaggio di posta elettronica certificata giunge al gestore del mittente, il gestore provvede a creare una busta elettronica di trasporto apponendo al messaggio ed ai suoi dati di certificazione (quali l'oggetto, l'indirizzo del mittente, e gli altri dati che normalmente troviamo

¹⁴⁵ Il sistema di Pec garantisce sempre il rilascio delle ricevute, anche nel caso di esito negativo. In tal caso le ricevute prendono il nome di avvisi: avviso di non accettazione e di mancata consegna (art. 1 Reg. tec.).

¹⁴⁶ Si noti bene che il sistema della Pec può operare solo se entrambe le parti si avvalgono di questo sistema, il che accentua il carattere volontaristico sopra evidenziato su cui si basa l'uso della posta elettronica.

riportati in altro alla schermata di un messaggio *e-mail*) la propria firma digitale.

Copia completa del messaggio così imbustato può, a richiesta del mittente, essere contenuta nella ricevuta di avvenuta consegna.

La ricevuta di avvenuta consegna, perciò, fornisce al mittente la prova della data ed ora in cui un certo messaggio, di cui è riportato il contenuto, inviato da un certo indirizzo di Pec, è stato consegnato all'indirizzo del destinatario. Ciò rappresenta certamente un vantaggio rispetto alla posta raccomandata tradizionale dove la busta impedisce di verificare il contenuto di quanto spedito e ricevuto. Alla luce della disciplina qui riportata, dunque, sembrerebbe che il problema della falsità dell'*e-mail* sia stato ampiamente risolto dalla Pec la quale garantirebbe l'autenticità dell'*e-mail* sia sotto il profilo contenutistico che temporale.

Se però si analizza in profondità il sistema, si vede che non è così.

Cominciamo con il problema della falsità dei contenuti del messaggio, cioè del testo e/o dell'identità del mittente.

Ora, è vero che il gestore di Pec del mittente provvede ad imbustare il messaggio con tutti i suoi dati e che, quindi, da quel momento in poi il messaggio, sotto i profili qui in esame, deve considerarsi sicuro, ma ciò non basta. Il messaggio, infatti, potrebbe essere stato corrotto prima di arrivare al "punto di accesso", cioè prima di giungere nella disponibilità del gestore di Pec del mittente e di essere imbustato. Per evitare tutto ciò il mittente potrebbe verificare la conformità del testo consegnato con quello spedito oppure, prima di inviare il messaggio, potrebbe apporvi la propria firma digitale.

In quest'ultimo modo non solo l'integrità, ma anche la provenienza del messaggio sarebbero garantiti.

Veniamo ora al problema dell'eventuale falsità della data e dell'ora di invio e ricezione del messaggio, problema che costituiva lo scopo precipuo dell'introduzione della Pec quale sistema alternativo alla posta raccomandata tradizionale e che, a ben vedere, non pare risolto. Non pare invero che il sistema delineato dal legislatore sia in grado di assicurare data certa al messaggio, o meglio, che sia in grado di assicurare al mittente la possibilità di provare con efficacia verso i terzi la data e l'ora in cui il messaggio è stato reso disponibile alla casella del destinatario.

Le perplessità al riguardo nascono dal fatto che l'efficacia probatoria della ricevuta di avvenuta consegna dipende dal suo essere rilasciata da un certo soggetto. Solo ai gestori qualificati di Pec, infatti, in ragione delle loro caratteristiche di affidabilità, il legislatore ha assegnato il potere di attribuire data certa al pari del servizio postale tradizionale.

Per garantire la provenienza della ricevuta di consegna e, dunque, l'efficacia probatoria della stessa, il legislatore ha previsto che la stessa debba essere sottoscritta digitalmente dal gestore che la rilascia.

E qui sta il punto debole di tutto il sistema della Pec.

Il legislatore sembra infatti aver trascurato un aspetto di fondamentale importanza, cioè il fatto che le firme digitali possono perdere efficacia nel tempo per scadenza, revoca o sospensione.

E' vero che prevede a carico dei gestori l'obbligo di conservare traccia (*log*) dei messaggi trasmessi per il loro tramite e di apporre quotidianamente una marca temporale su tali *log*, però quest'obbligo vale solo per i trenta mesi successivi alla trasmissione del messaggio.

Decorso questo termine, i gestori possono legittimamente smettere di apporre le marche temporali e possono anche decidere di cancellare i *log*. In questo caso il mittente non potrebbe più avvalersi dei *log*, e l'unico

mezzo di prova a sua disposizione sarebbe costituito dalla ricevuta di avvenuta consegna. Se però nel frattempo la firma digitale del gestore apposta sulla ricevuta fosse scaduta, anche la ricevuta vedrebbe caducata la propria efficacia probatoria.

Per evitare che la data certa, dunque, diventi incerta, è necessario che il mittente rinnovi periodicamente la marca temporale associata alla ricevuta di avvenuta consegna.

Ancora una volta il punto debole della disciplina in materia informatica appare costituito dal problema della scadenza delle firme digitali e, specialmente, di quelle utilizzate per la creazione delle marche temporali. Alla luce di tutte le considerazioni svolte, non pare dunque appropriata né condivisibile la definizione della Pec, ricorrente nei siti *web* dei gestori, quale raccomandata elettronica.

La Pec, infatti, non ha caratteristiche analoghe a quelle della posta raccomandata, e perciò non può costituirne l'equivalente elettronico.

Basti considerare che mentre è possibile spedire una lettera raccomandata AR a chiunque e la trasmissione della lettera avrà sempre gli stessi effetti, la trasmissione di un messaggio tramite la Pec risulta giuridicamente rilevante solo in presenza di un'attività di cooperazione del destinatario il quale, come detto, deve a) dotarsi di una casella di Pec, b) dichiarare di volersi avvalere di quello strumento, c) dichiararne l'indirizzo alla controparte.

In secondo luogo, mentre gli effetti probatori di una lettera raccomandata sono certi nel tempo, dovendo solo il mittente aver cura di non smarrire la ricevuta di ritorno, lo stesso non vale per la ricevuta di avvenuta consegna relativa a un messaggio spedito tramite Pec.

In questo caso, invero, per mantenere la prova, il mittente deve svolgere una continua positiva attività conservativa della ricevuta, attività consistente nell'apposizione periodica di marche temporali.

3. VALORE GIURIDICO DEL MESSAGGIO TRASMESSO PER POSTA ELETTRONICA

Dopo aver analizzato le caratteristiche della posta elettronica, anche certificata, come sistema di trasmissione, si tratta ora di esaminare quale sia il valore giuridico di un messaggio di posta elettronica¹⁴⁷.

Il problema, dunque, si sposta dalla busta al messaggio: dal valore giuridico che si riconoscerà al messaggio dipenderà la fortuna della posta elettronica.

Il messaggio di posta elettronica può consistere in qualsiasi documento informatico e, quindi, sia in una scrittura elettronica, come abbiamo chiamato i *file* di testo, sia in un documento multimediale, cioè un *file* audio e/o video.

Il crescente uso dell'*e-mail* anche a fini commerciali o professionali in senso ampio ha portato sempre più frequentemente le *e-mail* nelle aule giudiziarie. Sempre più spesso, infatti, i difensori producono in giudizio messaggi *e-mail* a sostegno della propria tesi, o meglio, producono le relative “stampate”.

La giurisprudenza, da parte sua, si è dimostrata particolarmente fiduciosa nei confronti del sistema della posta elettronica, infatti, non solo ha ammesso le *e-mail* semplici – quelle cioè trasmesse tramite gestori non

¹⁴⁷ Del problema della data certa si è già trattato nei paragrafi precedenti, in quanto problema collegato più al sistema della posta elettronica che non al messaggio in sé e per sé.

di Pec – quali mezzi di prova, ma le ha anche considerate sufficienti per l'emissione di un decreto ingiuntivo, ritenendo che il sistema della posta elettronica integri un sistema di firma elettronica semplice e che, quindi, il documento informatico spedito tramite posta elettronica sia sempre, già di per sé, sottoscritto.

Nel vigore della disciplina anteriore al Codice, invero, era diffusa l'opinione secondo cui per integrare il requisito dell'atto scritto fosse sufficiente l'apposizione di una firma elettronica anche semplice, da qui il passo è stato breve: l'e-mail è un documento informatico con firma elettronica, e quindi è prova scritta idonea a fondare l'emissione di un decreto ingiuntivo¹⁴⁸.

La giurisprudenza, dunque, ha sin qui mostrato di riporre ampia fiducia nel sistema della posta elettronica, fiducia che invece, alla luce di quanto detto sopra circa la falsificabilità dell'*e-mail*, specialmente di quella non certificata, non pare affatto giustificata.

Il notevole attuale interesse, anche pratico, che queste problematiche suscitano, suggeriscono di approfondire quale sia il ruolo che si deve riconoscere all'*e-mail* nel vigente sistema in materia di documento informatico e nel processo, specialmente di quelle e-mail che contengono un documento di testo, valendo invece per i documenti multimediali quanto già detto al riguardo.

3.1. LA POSTA ELETTRONICA QUALE SISTEMA DI FIRMA ELETTRONICA SEMPLICE?

¹⁴⁸ Trib. Cuneo, 15 dicembre 2003, n. 848, in *Dir. Internet*, 2005, p. 33 (con nota di ROGNETTA); Trib. Bari, 20 gennaio 2004; Trib. Mondovì 7 giugno 2004, n. 375; Trib. Lucca, sez. lav., 17 luglio 2004; Giud. pace Pesaro, 2 novembre 2004, in *Giur.it.*, 2005, I, c. 1024.

Sebbene la normativa vigente in punto di documento informatico, già analizzata nel dettaglio, abbia parificato sia sul piano sostanziale che su quello probatorio il documento informatico sottoscritto con firma elettronica semplice a quello non sottoscritto, sembra comunque opportuno in via preliminare definire quale sia la categoria documentale cui appartiene il messaggio di posta elettronica.

La prima questione che si pone con riguardo al messaggio *e-mail*, dunque, consiste nello stabilire se esso davvero, come ritiene la giurisprudenza di merito, possa considerarsi sottoscritto per il solo fatto di essere trasmesso mediante posta elettronica, cioè anche in mancanza di qualsiasi (altra) firma elettronica¹⁴⁹.

Si tratta cioè di stabilire se una normalissima *e-mail*, come quelle che siamo soliti inviare per comunicare con amici e colleghi, o per effettuare una prenotazione alberghiera, “sottoscritta” digitando in calce il nostro nome e cognome, sia un documento informatico sottoscritto con firma elettronica debole, oppure sia da considerare come non sottoscritto.

Secondo la tesi favorevole sostenuta dalla giurisprudenza di merito sopra ricordata, la firma elettronica (semplice) non andrebbe individuata nella scritta recante nome e cognome digitata in calce, la quale sarebbe irrilevante, bensì nel meccanismo di accesso riservato al sistema della posta elettronica. La segretezza di *username* e *password* necessari per accedere alla propria casella di posta elettronica, cioè, costituirebbe garanzia sufficiente del fatto che un certo messaggio proviene dal titolare

¹⁴⁹ Si tratta cioè di esaminare il valore di un’*e-mail* non sottoscritta, per tale intendendosi anche quella riportante in calce il nome e cognome del mittente. Che se invece, per avventura, ci si trovasse di fronte ad un’*e-mail* firmata digitalmente, essa non potrà che avere la stessa efficacia formale e probatoria di qualsiasi altro documento informatico munito di firma digitale, salvi i problemi relativi alla trasmissione e ricezione di cui si è già detto sopra, comuni a tutti i messaggi inviati tramite posta elettronica.

della casella di posta impiegata per l'invio. Il sistema della posta elettronica, perciò, sarebbe esso stesso un sistema di firma elettronica.

Seguendo questa impostazione tutti i messaggi *e-mail* inviati da una certa casella sarebbero di per sé documenti informatici firmati elettronicamente dal titolare della casella stessa al quale, dunque, potrebbero per ciò solo essere imputati, a prescindere dal fatto che sia stato lui effettivamente a digitarli o a inviarli¹⁵⁰.

A questa tesi se ne contrappone un'altra, sostenuta da parte della dottrina, che critica l'idea per cui il messaggio di posta elettronica sarebbe sempre di per sé firmato, ponendo l'accento sulla base della mancanza di associazione logica tra il dato validante e il dato validato, requisito invece richiesto dalla definizione di firma elettronica¹⁵¹.

Anche il Consiglio di Stato, nel parere rilasciato nella seduta del 30 gennaio 2006 in merito alla bozza di quello che sarebbe divenuto il D.lgs. 159/06, ha sottolineato questo aspetto, avvallando così di condividere la tesi che esclude che la firma elettronica dell'*e-mail* possa fondarsi sull'impiego dei dati riservati al fine di accedere al sistema di posta elettronica.

In quella sede, infatti, il Consiglio di Stato ha chiarito che “non vi può essere alcun rapporto tra la sottoscrizione di un documento e l'accesso ad un sistema informatico con relativa identificazione (in senso tecnico-informatico) dell'utente del medesimo sistema”. Ciò significa che la provenienza di un messaggio da una certa casella di posta elettronica non

¹⁵⁰ SCIALDONE, *L'e-mail soddisfa il requisito legale della forma scritta?*, in www.jei.it

¹⁵¹ Così fra gli altri JORIO, *L'efficacia probatoria dell'e-mail*, in *Giur.it.*, 2005, I, c. 1028; CAMMARATA-MACCARONE, *Un messaggio e-mail non è "prova scritta"*, in www.interlex.it; ROGNETTA, *Decreti ingiuntivi basati su e-mail: la configurabilità della firma elettronica ai fini della prova scritta*, in *Diritto dell'Internet*, 2005, p. 34. In questo senso, nel vigore della nuova disciplina introdotta dal Codice, si è espresso anche PELOSI *Il Codice dell'Amministrazione digitale modifica il valore giuridico della posta elettronica certificata*, in *I Contratti*, 2007, p. 261.

può valere di per sé quale criterio di imputazione giuridicamente rilevante del messaggio stesso al titolare della casella¹⁵². Anche nel caso in cui fosse possibile provare con assoluta certezza che solo il titolare della casella impiegata per l'invio di un certo messaggio *e-mail* poteva avere accesso alla stessa, come avverrebbe ad esempio se l'accesso fosse garantito dall'impiego di strumenti antropometrici, ciò non basterebbe a giustificare l'imputazione di detto messaggio al titolare della casella d'invio perché appunto, come detto, mancherebbe sempre il necessario collegamento tra accesso e messaggio inviato.

Poiché la firma elettronica deve collegarsi direttamente al documento informatico, un documento spedito per posta elettronica non può dirsi per ciò solo sottoscritto¹⁵³.

Del resto, se così non fosse, bisognerebbe escludere la possibilità che una stessa casella di posta venga utilizzata abitualmente o occasionalmente da più persone, anche nel caso in cui queste siano munite di una propria firma digitale¹⁵⁴.

Si pensi ad esempio ad uno studio legale che, per tenere sotto controllo il flusso delle *e-mail*, si dotasse di un'unica casella di posta elettronica, imponendo poi al personale di firmare con la propria firma digitale ogni

¹⁵² Altrimenti bisognerebbe imputare un fax o una telefonata al titolare della linea telefonica impiegata mentre invece con riguardo a questi mezzi di comunicazione si è soliti fare riferimento a dati soggettivi quali la firma riportata sul fax o il timbro della voce del chiamante.

¹⁵³ Né si potrebbe sostenere che la firma elettronica consiste nella stringa apposta sul messaggio ricevuto riportante l'indirizzo *e-mail* del mittente (es. *tiziotizi@università.it*). Certamente detta stringa accede al messaggio, tuttavia essa indica solo la casella di posta elettronica dalla quale proviene il messaggio il che, come detto, non è elemento sufficiente per imputare giuridicamente il messaggio al titolare della casella.

¹⁵⁴ E' ben possibile che colui che materialmente appone la firma elettronica possa essere persona diversa sia da colui che appare come firmatario (perché titolare del certificato utilizzato dal firmatario) sia da colui che appare aver trasmesso il documento firmato. Si pensi al caso in cui Tizio spedisca dall'*account* di *mail* di Caio un documento informatico sottoscritto con la firma digitale di Sempronio. In questo caso sembra ragionevole aderire alla tesi del Consiglio di Stato e ritenere che il documento riporti una sola firma, quella di Sempronio.

documento inviato da detta casella, così da garantire l'identificabilità del mittente.

In questo caso, infatti, se la provenienza da una certa casella di posta elettronica fosse davvero un sistema di firma, il destinatario si troverebbe di fronte ad un documento recante la firma di due soggetti diversi e sarebbe dunque assai difficile stabilire a chi imputare il documento, salvo ricorrere ad un presunto principio di gerarchia delle firme elettroniche.

Ritenere che l'*e-mail* sia di per sé un sistema di firma elettronica, dunque, non appare soddisfacente né da un punto di vista teorico, né da un punto di vista pratico, potendo portare all'assurda necessità di dover procedere all'invio di documenti informatici solo dalla propria casella di posta elettronica, e di non poter usare quella di altri soggetti nemmeno firmando digitalmente il messaggio inviato.

3.2. L'E-MAIL E' ATTO SCRITTO? E' PROVA SCRITTA?

Stabilito che l'*e-mail* è un documento informatico non sottoscritto, occorre ora approfondire il discorso circa il valore giuridico dello stesso, valore la cui determinazione è oggi interamente rimessa al prudente apprezzamento del giudice, che al massimo, secondo l'interpretazione proposta, potrebbe ritenere che lo stesso sia un mero atto scritto (artt. 20 e 21 del Codice)¹⁵⁵.

¹⁵⁵ Si tratta di una valutazione che il Codice rimette al giudice, anche per quanto riguarda le *e-mail* dirette alla P.A. cui è dedicato l'art. 45 del Codice secondo cui "i documenti trasmessi da chiunque ad una pubblica amministrazione con qualsiasi mezzo telematico o informatico, ivi compreso il fax, idoneo ad accertarne la fonte di provenienza, soddisfano il requisito della forma scritta...". In questo caso l'indagine del giudice, quindi, dovrà specificamente vertere sulla capacità o incapacità del sistema di posta elettronica usato ad accertare la provenienza del documento stesso. Sul punto si veda PELOSI, *op. cit.*, p. 261, secondo cui il combinato disposto degli articoli 45 e 47 del Codice individua il sistema della Pec come sistema idoneo ad accertare la provenienza del documento, documento che dunque integrerebbe sempre la forma scritta anche se non sottoscritto.

Alla luce però di quanto detto sopra con riguardo al sistema della posta elettronica, sembra da escludere che il giudice possa spingersi fino a questo punto.

Sia nella valutazione dell'efficacia formale, che dell'efficacia probatoria, infatti, il legislatore impone al giudice di considerare quelle che sono le "caratteristiche oggettive di qualità, sicurezza, integrità ed immutabilità", conseguentemente, il riconoscimento ad un documento informatico non sottoscritto del massimo valore giuridico possibile, cioè quello di mero atto scritto, presuppone che quello sia capace di garantire tutti questi aspetti.

Allo stato attuale però, se solo si considera quanto detto sopra circa la falsificabilità dei messaggi di posta elettronica, specialmente di quella non certificata, non pare ragionevole riconoscere all'*e-mail* possano essere ascritte queste qualità.

Perché il messaggio di posta elettronica possa essere considerato quale forma e prova scritta, perciò, occorre qualcosa di più, occorre che lo stesso sia sottoscritto con una firma elettronica capace di garantire la sicurezza almeno oggettiva dello stesso.

In caso di controversia, dunque, non pare che la semplice *e-mail* di conferma relativa ad una prenotazione alberghiera o aerea, ci possa essere utile.

Ancora una volta la soluzione potrebbe venire da una maggiore diffusione dell'uso della firma digitale e della Pec insieme. Se infatti il mittente, prima di spedire l'*e-mail* con la Pec, la firmasse con la sua firma digitale, si eliminerebbe il problema della falsificazione dell'*e-mail* prima dell'arrivo al punto d'accesso. Il gestore potrebbe verificare l'integrità del messaggio e solo allora trasmetterlo al destinatario.

Con questo sistema, che anticipa l'imbustamento elettronico alla fase di invio ad opera del mittente, si combinerebbero i vantaggi della Pec con quelli della firma digitale.

I risultati sarebbero i seguenti: il mittente avrebbe certezza circa la data e l'ora della ricezione, e il destinatario sull'autenticità del contenuto e la provenienza del messaggio.

In conclusione, sembra che solo la diffusione congiunta della firma digitale e della Pec, unitamente alla soluzione del problema della naturale temporaneità della firma digitale, possa portare la posta elettronica ad affermarsi quale mezzo di trasmissione privilegiato per le comunicazioni aventi valore giuridico.

3.3. MEGLIO L'*E-MAIL* O MEGLIO IL FAX?

Spesso di fronte all'offerta di mandare un'*e-mail* ad esempio al fine di confermare una prenotazione di una vacanza, ci si sente richiedere l'invio di un fax "che è più sicuro".

Che la posta elettronica non sia un sistema sicuro, è chiaro, ma davvero il fax le è superiore? E se sì, perché?

Come accennato in precedenza, il fax è un sistema elettronico con il quale è possibile trasmettere immagini a distanza attraverso la rete telefonica in tempo quasi reale.

La differenza con il sistema della posta elettronica è evidente: mentre l'*e-mail* si trasferisce, cioè "viaggia" dal mittente al destinatario, sicché quello che quest'ultimo riceve è l'originale (mentre quello che resta al mittente nella cartella "Inviati" è una copia di quello originale per l'appunto inviato), lo stesso non accade con il fax.

Con il fax, infatti, la trasmissione si realizza mediante la creazione presso il destinatario di una copia fotografica dell'originale che resta al mittente. Il fax del mittente trasforma le immagini in impulsi elettrici che poi trasmette al destinatario che li ritrasforma in immagini. Il messaggio di fax, dunque, diversamente dall'*e-mail*, non è altro che una copia fotografica di scrittura. Tale diversa natura comporta una diversa efficacia probatoria: mentre, il valore probatorio dell'*e-mail* è liberamente valutabile dal giudice, il fax ha valore di prova legale. In particolare, cioè, il fax rientra nella previsione di cui all'art. 2719 c.c.: esso ha la stessa efficacia probatoria dell'originale se la conformità a questa è attestata da un pubblico ufficiale o non è espressamente disconosciuta.

Ora, è vero che anche il fax – al pari dell'*e-mail* – essendo una sorta di fotocopia, è facilmente falsificabile ed alterabile, tuttavia esso appare garantire meglio la certezza dei rapporti.

Il mittente che si veda produrre contro un fax, infatti, non solo può disconoscere la conformità all'originale, ma dispone anche di un mezzo di prova della falsità del fax. Egli, infatti, può produrre l'originale e la ricevuta d'invio che sono in suo possesso. L'efficacia di prova legale, da un lato, e la conservazione dell'originale, dall'altro, costituiscono senza dubbio un vantaggio per il mittente.

E per il destinatario quale sarebbe il vantaggio nel ricevere un fax invece che un'*e-mail*?

Abbiamo detto che l'efficacia probatoria del fax dipende dalla sua conformità all'originale. Ma come potrebbe il destinatario di un fax, nel caso in cui questo sia disconosciuto dal mittente, provare che invece lo

stesso è conforme all'originale, visto che l'originale non lo possiede lui e probabilmente non c'è più?

La risposta sta nella firma.

Tutti noi, infatti, quando mandiamo un messaggio via fax, abbiamo l'abitudine inconsapevole di sottoscrivere lo stesso, quasi fosse una lettera. Così facendo trasformiamo l'originale in una scrittura privata e diamo al destinatario un documento che contiene in sé un criterio di imputazione.

Certo la firma del fax non è verificabile con assoluta precisione, tuttavia essa è sufficiente per fondare una ragionevole presunzione circa la provenienza del documento stesso da parte di colui che ne appare firmatario.

In conclusione, sembra che allo stato attuale l'uso del fax sia preferibile alla posta elettronica in primo luogo perché attribuisce al messaggio valore di prova legale, tutelando però anche il mittente al quale resta l'originale, ed in secondo luogo perché può essere immediatamente sottoscritto, mentre per firmare un'*e-mail* occorre possedere una firma digitale.

4. IL FUTURO DELL'*E-MAIL*

A conclusione del discorso sin qui condotto con riguardo alla posta elettronica, anche certificata, nel corso della quale sono stati evidenziati alcuni dei punti deboli di questo sistema, sembra opportuno qui brevemente delineare quelle che potrebbero essere le possibili linee di sviluppo di tale sistema, al fine di renderlo un canale di trasmissione privilegiato.

Per realizzare questo scopo, occorrerebbe anzitutto creare una cultura informatica diffusa.

Ciò significa, da un lato, insegnare ad usare la posta elettronica a chi non la conosce, e dall'altro creare in tutti una maggiore attenzione per la posta elettronica quale strumento di comunicazione non solo privato.

Affinché la posta elettronica diventi uno strumento di massa, si potrebbe fin d'ora prevedere l'obbligo a carico di coloro che questo strumento già conoscono ed utilizzano di dichiarare alle Autorità pubbliche il proprio indirizzo così da rendere possibile l'istituzione di un registro pubblico degli indirizzi *e-mail*.

Gli indirizzi riportati in tale registro potrebbero poi essere parificati al domicilio fisico.

In tal modo l'uso con valore legale del sistema della posta elettronica prescinderebbe da una specifica volontà di parte, con tutte le conseguenze sotto il profilo della presunzione di conoscenza.

Chiunque potrebbe conoscere ed utilizzare quegli indirizzi e le comunicazioni inviate agli stessi sarebbero sempre assistite dalla presunzione di conoscenza, a prescindere da un'espressa dichiarazione del titolare.

Di pari passo, però, bisognerebbe anche informare gli utenti dei rischi connessi all'uso della posta elettronica, accrescendo contemporaneamente, l'impiego della firma digitale.

Da ultimo, poi, in attesa che venga risolto il problema della scadenza delle firme digitali, e soprattutto di quelle utilizzate per la creazione delle marche temporali, si potrebbe estendere l'obbligo di conservazione dei *log* posto a carico dei gestori di Posta elettronica certificata ad esempio a vent'anni, invece che a soli trenta mesi, come attualmente previsto.

CAPITOLO VI - DOCUMENTO INFORMATICO E ATTIVITA' NOTARILE

Sin dall'avvento della firma digitale in Italia, negli anni Novanta, la categoria notarile ha mostrato forte interesse verso questo strumento, avvertendo l'esigenza di "trasformare la rivoluzione digitale da minaccia ad opportunità per il notariato"¹⁵⁶. La mancata apertura del notariato alle novità informatiche, invero, rischierebbe di rendere il notaio incapace di rispondere alle esigenze del mercato moderno e, dunque, inutile.

E' così che i notai – primi fra tutti i professionisti – non solo sono stati dotati di un dispositivo di firma digitale, ma hanno anche iniziato ad utilizzarlo quotidianamente nella loro attività, diventando così autori in prima persona di quella stessa rivoluzione tecnologica che li minacciava.

La firma digitale dei notai si caratterizza per essere una firma funzione, cioè un sistema di firma digitale la cui verifica permette di conoscere non solo l'identità del titolare del certificato di firma ma anche, e soprattutto, la sua qualifica e, quindi, i suoi poteri.

Quando, infatti, ci si trova di fronte ad un atto notarile, ciò che davvero interessa è che esso provenga effettivamente da un notaio, che poi si tratti del notaio Bianchi o del notaio Rossi, tutto sommato è secondario¹⁵⁷.

Nel mondo cartaceo la prova della qualifica e, quindi, delle funzioni, è fornita dall'apposizione del sigillo, segno inconfondibile della provenienza dell'atto da parte di un pubblico ufficiale.

¹⁵⁶ V. BECHINI, *La firma digitale transfrontaliera dei notai: una realtà europea*, reperibile all'indirizzo www.bechini.net

¹⁵⁷ BECHINI, *Documento informatico transnazionale: il tramonto dell'Apostille?*, Relazione al Comitato dei Notariati Lombardo e Ticinese (Milano, 12 novembre 2005), reperibile all'indirizzo www.bechini.net

Nel mondo informatico, invece, entrambi gli aspetti, cioè quello dell'identità personale e quello della qualifica, hanno trovato realizzazione in un unico sistema, quello della firma digitale.

Già l'art. 27 bis, comma 3, del t.u. 445/00 prevedeva la possibilità che il certificato di firma digitale contenesse informazioni non solo sull'identità, ma anche sulle funzioni del suo titolare. Oggi l'art. 28, comma 3, del Codice precisa questa previsione introducendo uno specifico riferimento alla possibilità che il certificato qualificato contenga indicazioni sulla *qualifica di pubblico ufficiale* del titolare.

Il rilascio di un certificato di firma notarile, perciò, è subordinato non solo alla verifica dell'identità del richiedente, ma anche della sua qualifica. Ciò spiega perché si è ritenuto opportuno affidare il compito di certificatore (qualificato) delle firme digitali dei notai allo stesso soggetto cui è demandato il controllo sulla categoria¹⁵⁸, cioè al Consiglio Nazionale del Notariato¹⁵⁹.

Il sistema della firma funzione spiega anche la previsione dell'art. 25, comma 3, del Codice, secondo cui l'apposizione della firma digitale o di altro tipo di firma elettronica qualificata da parte del pubblico ufficiale sostituisce l'apposizione del sigillo.

Proprio le peculiarità della firma-funzione dei notai, come si dirà, potrebbero agevolare notevolmente la circolazione degli atti notarili

¹⁵⁸ Sulla firma funzione, si vedano NASTRI, *Certificazione di firme elettroniche e pubblica funzione*, in AA.VV., *Introduzione alla firma digitale dei Notai italiani* (a cura del Consiglio Nazionale del Notariato), p. 26; ID., *Firme elettroniche ed enunciazione di funzioni, qualifiche, poteri – La firma funzione del Notaio*, in AA.VV., *Firme elettroniche. Questioni ed esperienze di diritto privato*, Milano, 2003; BECHINI, *Documento informatico transnazionale: il tramonto dell'Apostille?*, cit. ;

¹⁵⁹ Ciò è avvenuto non solo in Italia, ma anche in altri Paesi Europei, quali ad esempio la Francia o la Spagna.

(informatici), tuttavia al momento la redazione di atti notarili informatici costituisce solo un'ipotesi, e non, invece, una realtà¹⁶⁰.

Nonostante la diffusione delle firme digitali nell'ambiente notarile sia avvenuto in tempi assai precoci, nemmeno lì può dirsi che la firma digitale sia riuscita a sostituirsi a quella tradizionale autografa.

Al momento, infatti, l'uso della firma digitale da parte dei notai è ancora confinato alla fase *post stipula*, mentre gli atti, tanto le scritture private autenticate quanto gli atti pubblici, continuano ad essere redatti con le modalità tradizionali.

Oggi la digitalizzazione dell'attività notarile, dunque, riguarda solo i rapporti con gli uffici della P.A., e nemmeno tutti.

Il notaio, infatti, può “dialogare” in via informatica con l'Agenzia del Territorio e con l'ufficio del Registro, adempiendo agli oneri pubblicitari e fiscali, in via telematica e consultando, sempre per via telematica, i relativi pubblici registri¹⁶¹.

Lo stesso, però, non può essere fatto, ad esempio, con l'Ufficio anagrafe dei Comuni. E così per conoscere il regime patrimoniale di un certo soggetto, o procedere all'annotazione a margine dell'atto di matrimonio di una convenzione matrimoniale, il notaio non può servirsi di mezzi informatici ma deve ricorrere ai tradizionali lenti sistemi¹⁶².

¹⁶⁰ Il 28 ottobre 2008 a Parigi, il Ministro della Giustizia francese ha firmato il primo atto pubblico informatico, atto rogato con l'intervento del Presidente dei notai francesi.

¹⁶¹ Più precisamente, mentre gli adempimenti fiscali e di natura commerciale si realizzano interamente per via informatica, la pubblicità immobiliare (cioè la trascrizione o iscrizione nei RR.II.) è subordinata alla presentazione del titolo cartaceo, sebbene la nota debba essere presentata in formato elettronico.

¹⁶² Al momento risulta essere allo studio del Ministero dell'Interno un “progetto di circolarità anagrafica” che consentirebbe ai notai di verificare *on line* le informazioni di stato civile e anagrafiche. Su questo e sugli altri progetti, v. BARZELLOTTI, *Esperienze e prospettive dell'informatica notarile*, Relazione al Convegno organizzato dal Consiglio Nazionale del Notariato e svoltosi a Roma il 25 e 26 settembre 2008 sul tema “La sicurezza giuridica nella società dell'informazione”, reperibile all'indirizzo www.notariato.it

Se questa è la situazione attuale, non ci si può non chiedere come mai la firma digitale, il cui funzionamento i notai dimostrano di aver già compreso, non sia da loro utilizzata anche per sottoscrivere gli atti pubblici: quali sono le ragioni per cui anche negli studi notarili l'uso del supporto informatico e degli strumenti telematici stenta a decollare?

Che gli atti notarili possano essere redatti anche su supporto informatico, non sembra dubitabile, il problema è come ciò possa e debba avvenire.

I dubbi, cioè, concernono più che altro le modalità di redazione e conservazione degli atti notarili informatici che non, invece, la loro astratta ammissibilità la quale invece risulta chiara se si considera quanto detto sopra con riguardo alla firma digitale dei notai, nonché il combinato disposto dell'art. 7 t.u. 445/00 e dell'art. 25 del Codice.

Il primo afferma che “i decreti, *gli atti ricevuti dai notai*, tutti gli altri atti pubblici, e le certificazioni sono redatti, anche promiscuamente, con qualsiasi mezzo idoneo, atto a garantirne la conservazione nel tempo”, ed il secondo prevede e disciplina l'autentica notarile della firma digitale.

Secondo la dottrina notarile, le cause della mancata diffusione dell'atto notarile informatico sarebbero diverse, prima fra tutte la mancata diffusione del sistema della firma digitale tra i privati che renderebbe di fatto impossibile procedere alla redazione di atti pubblici e di scritture informatiche in genere.

I privati, infatti, non avvertono l'esigenza di possedere una firma digitale, con tutti i costi e gli oneri che ciò presuppone ed implica, considerando sufficiente a rendere sicure le loro (eventuali) contrattazioni *on-line*, il ricorso al protocollo di connessione sicura SSL.

Si tratta di un sistema che garantisce la sicurezza del pagamento effettuato *on-line*, e che chiunque può utilizzare con un click, senza bisogno di alcun dispositivo.

Il sistema SSL non dà alcuna garanzia né informazione sull'identità delle parti del contratto, perciò è senz'altro meno sicuro di quello della firma digitale, però è più semplice, e tanto basta ai “naviganti” per preferirlo¹⁶³. Certamente la mancata diffusione della firma digitale tra i privati costituisce un ostacolo alla diffusione della documentazione informatica, tuttavia sembra un ostacolo ovviabile, almeno nel tempo.

A ben vedere, invece, l'ostacolo maggiore sembra un altro, e cioè l'impossibilità tecnica (allo stato attuale) di garantire la conservazione dei documenti firmati digitalmente a tempo indeterminato.

Come abbiamo visto, infatti, le firme digitali sono soggette a naturale scadenza e lo stesso vale anche per le marche temporali. Il rischio, dunque è che si possa assistere alla “morte” del documento firmato digitalmente con il conseguente venir meno della sua efficacia giuridica.

Un ulteriore ostacolo poi, secondo parte della dottrina, sarebbe costituito – specialmente per l'atto pubblico – dalla stessa legge Notarile (L. 16 febbraio 1916, n. 89), il cui adeguamento con le nuove tecnologie appare quantomeno difficile, se non impossibile.

Al momento sono allo studio diversi progetti volti a permettere lo sviluppo dell'informatica notarile. In particolare il Consiglio Nazionale del Notariato sta elaborando un sistema di conservazione degli atti

¹⁶³ In questo senso si esprime BECHINI, *La firma digitale transfrontaliera dei notai: una realtà europea*, in www.bechini.net

notarili a norma, mentre in Parlamento si sta discutendo dell'introduzione dell'atto pubblico informatico¹⁶⁴.

In attesa che questi progetti siano portati a compimento, occorre valutare se ed in che limiti la normativa attuale consente la digitalizzazione dell'attività notarile e quali potrebbero essere le soluzioni e le linee evolutive più adeguate ed opportune.

1. LA FIRMA DIGITALE AUTENTICATA

L'autenticazione di una firma digitale, già prevista dal t.u. 445/00, è attualmente disciplinata dall'art. 25 del Codice che ne determina sia il procedimento, sia l'efficacia giuridica¹⁶⁵.

Sotto il primo profilo la norma chiarisce che in quello specifico caso il compito affidato al pubblico ufficiale autenticante si arricchisce di ulteriori controlli, prevedendo che il notaio debba verificare non solo, come in ogni altro caso di autenticazione di firma, l'identità personale del firmatario e la non contrarietà del contenuto dell'atto con l'ordinamento giuridico, ma anche che il firmatario risulti intestatario del certificato di firma impiegato e che quest'ultimo sia valido.

Dal punto di vista pratico l'autenticazione consisterà nell'attestazione – firmata digitalmente dal Notaio – dell'avvenuta verifica di tutte queste circostanze, nonché del fatto che la firma digitale è stata apposta in sua presenza.

¹⁶⁴ Al riguardo, v. NASTRI, *La dematerializzazione e la conservazione a lungo termine dei documenti informatici*, Relazione al Convegno organizzato dal Consiglio Nazionale del Notariato e svoltosi a Roma il 25 e 26 settembre 2008 sul tema "La sicurezza giuridica nella società dell'informazione", reperibile all'indirizzo www.notariato.it

¹⁶⁵ Sul punto v. GENTILI, *Le tipologie di documento informatico dopo il d.p.r. n. 137/03: effetti sostanziali ed effetti probatori*, in *Dir. inf.*, 2005, p. 684.

La firma digitale così autenticata si ha per riconosciuta ai sensi dell'art. 2703 c.c. Se dunque l'intestatario del certificato di firma impiegato vuole contestare l'"autenticità" della firma digitale, affermando che l'utilizzo della firma non è a lui riconducibile, non può limitarsi a dare la prova contraria di cui all'art. 21, comma 2, del Codice, ma deve esperire la querela di falso.

Dall'equiparazione sotto il profilo degli effetti probatori della scrittura privata digitale autenticata a quella tradizionale, si capisce che il legislatore ha considerato equivalenti le due forme documentali¹⁶⁶. Ogniqualvolta, perciò, per la validità, la prova, o la pubblicità di un negozio, non è richiesta la forma dell'atto pubblico ma è sufficiente una scrittura privata autenticata, questa potrà essere anche redatta su supporto digitale.

Ciò si rivela particolarmente vantaggioso nel caso in cui si voglia procedere alla stipula di un negozio tra soggetti tra loro distanti mediante la tecnica delle autentiche separate.

Per fare ciò, attualmente, è necessario che, una volta autenticata la firma autografa di una delle parti, ad opera del (primo) notaio, la scrittura così autenticata giunga ad un (secondo) notaio il quale provvede ad autenticare la firma della seconda parte, e così via per quanti sono i contraenti.

L'impiego del supporto digitale abbatte i tempi di trasmissione e perciò permette che tali negozi siano conclusi in tempo reale, anche nel caso in cui le parti sono più d'una e sono lontane fra loro.

¹⁶⁶ Il legislatore prevede l'autenticazione notarile della sola firma digitale, cosa che appare coerente con il sistema, considerato che solo la firma digitale equivale a quella autografa, per la quale l'autenticazione è prevista dall'art. 2703 c.c.

E' sufficiente che il notaio che autentica la firma digitale di una delle parti trasmetta immediatamente, per via telematica, il relativo documento informatico all'altro notaio, innanzi al quale si trova la controparte, affinché questi proceda all'autenticazione della seconda firma digitale, perfezionando così il contratto.

In questo modo le parti negoziali, pur non essendo insieme, riescono, dialogando telematicamente tra loro e con i rispettivi notai, a concludere il negozio solenne nel giro di pochi secondi.

Ma dall'autenticazione non scaturisce solo quest'effetto, sicuramente molto importante, della validità formale di alcuni negozi solenni, ma anche quello della regolarità di tutti quei negozi soggetti a pubblicità legale¹⁶⁷.

L'art. 2657 c.c. prevede che la scrittura privata costituisce titolo per la trascrizione solo quando la sua sottoscrizione è autenticata o accertata giudizialmente.

Come si può vedere tale norma non distingue tra la scrittura privata elettronica e quella tradizionale, perciò si deve ritenere che per entrambi i tipi di scrittura – stante la loro equivalenza – l'acquisto della qualità di titolo per la trascrizione sia subordinato alle condizioni espresse dall'art. 2657 c.c.¹⁶⁸

L'autenticazione della firma digitale ha dunque una speciale rilevanza nel caso di stipulazione di negozi soggetti a trascrizione.

¹⁶⁷ A questo principio sembra fare eccezione solo l'atto di cessione di quote di s.r.l. in relazione al quale il comma 1-bis dell'art. 36 del d.l. 112/08 convertito dalla l. 6 agosto 2008, n. 133 sembra aver subordinato l'iscrivibilità nel registro delle imprese alla sola presenza delle firme digitali delle parti, le quali quindi, pare, potrebbero anche non essere autenticate.

¹⁶⁸ In questo senso, sotto il vigore della disciplina anteriore al Codice, si erano già espressi MINUSSI, *Documento elettronico, firma digitale: crepuscolo o rinascimento del Notariato?*, in *Riv. not.*, 2002, p. 1451; PETRELLI, *Documento informatico, contratto in forma elettronica e atto notarile*, in *Notariato*, 1997, p. 581.

Una volta eseguita l'autenticazione, infatti, non solo è possibile adempiere a tale onere pubblicitario, ma è anche possibile farlo in via esclusivamente telematica, con un risparmio di tempo e di denaro notevole¹⁶⁹.

Infine, il ricorso all'autenticazione della firma digitale appare auspicabile, perché utile, anche al di fuori dei casi in cui è la legge ad imporlo.

L'autenticazione della firma digitale, infatti, fa sì che l'apposizione di quest'ultima acquisti data certa senza bisogno di ricorrere alla marcatura temporale¹⁷⁰. I documenti informatici con firma digitale autenticata, infatti, in quanto provenienti da pubblico ufficiale, contengono già di per sé un'attestazione temporale avente efficacia giuridica *erga omnes*, senza che sia necessaria la validazione temporale. Una firma digitale autenticata, pertanto, mantiene la sua efficacia fino a che è valida la firma del notaio o del pubblico ufficiale autenticante.

Se ad esempio una scrittura privata viene autenticata il 12 dicembre 2005, la certezza che la firma digitale è stata apposta in quel momento, nel 2005 appunto, dipende dall'attestazione notarile.

Successivamente, dunque, sarà sufficiente verificare la firma digitale del notaio: se questa darà esito positivo, si avrà la certezza opponibile *erga omnes* circa il fatto che le firme delle parti sono state apposte nel luogo giorno ed ora attestato dal notaio¹⁷¹.

In questo modo, cioè, le firme delle parti durano finché dura quella del notaio senza bisogno di apporre marche temporali.

¹⁶⁹ PETRELLI, *Commento al D.P.R. 513/97*, in *Notariato*, 1998, p. 295.

¹⁷⁰ Così si esprime anche lo studio n. 2-2006/IG della Commissione studi di Informatica giuridica del CNN.

¹⁷¹ ZAGAMI, *La marcatura temporale*, in AA.VV., *Introduzione alla firma digitale dei Notai*, cit., p. 61.

Ciò non toglie però che se la firma digitale del notaio perde efficacia per scadenza o revoca, ciò travolge anche le firme digitali delle parti, se nel frattempo sono scadute anch'esse.

L'attestazione notarile, perciò, deve essere a sua volta munita di data certa per evitare che la stessa perda valore in seguito alla scadenza, revoca o sospensione della firma del notaio.

Con l'autenticazione della firma digitale, pertanto, il problema della marcatura temporale e della sua scadenza non è eliminato ma, almeno in parte limitato, bastando che sia valida la firma digitale del notaio.

In questo caso, l'apposizione di una marca temporale (ed il suo rinnovo) è volta a garantire il mantenimento dell'efficacia probatoria della firma del pubblico ufficiale, ma è comunque sempre necessaria se non si vuole che la scadenza della firma digitale notarile travolga l'efficacia probatoria privilegiata del documento informatico.

Per evitare che con il passare del tempo, nonostante il ricorso al notaio, le parti vedano compromesso il valore probatorio del documento informatico, alcuni Autori hanno proposto un ritorno al sicuro mondo cartaceo suggerendo la creazione di una copia cartacea autentica della scrittura privata autenticata digitale.

Autenticata la firma digitale, cioè, il notaio dovrebbe provvedere a creare una copia cartacea della scrittura privata autenticata in cui attesta di aver verificato con esito positivo le firme digitali originali e la conformità della copia all'originale¹⁷².

Ora, è vero che così si potrebbe realizzare sia l'esigenza di una rapida trasmissione del documento nella fase genetica dello stesso, sia

¹⁷² In alternativa, sempre per evitare la scadenza della firma digitale, si potrebbe pensare all'autenticazione della sola firma digitale stampata. Ma questa sarebbe cosa diversa da quella immaginata nel testo, sarebbe una copia autentica di scrittura privata non autenticata e perciò al massimo potrà avere la stessa efficacia dell'originale, quindi di una scrittura privata.

l'esigenza di disporre di uno strumento probatorio molto efficace e soprattutto tendenzialmente perpetuo¹⁷³, in quanto non soggetto a scadenza, tuttavia è evidente che si tratta più di un accorgimento tecnico correttivo che non di una vera soluzione.

Se infatti lo scopo della normativa in esame consiste nella creazione di un sistema *paperless*, risulta contraddittorio proporre il ritorno al cartaceo, dovendosi invece ricercare sul piano tecnico un rimedio capace di evitare la scadenza delle firme digitali, almeno di quelle con cui sono formate le marche temporali.

2. L'ATTO PUBBLICO INFORMATICO

Diversamente da quanto avvenuto con riguardo alla scrittura privata autenticata, la quale è stata accuratamente disciplinata, il legislatore italiano non ha praticamente detto nulla dell'atto pubblico informatico, limitandosi ad affermarne l'ammissibilità, senza però disciplinarne le modalità.

E' spettato così alla dottrina, specialmente quella notarile, verificare la compatibilità del supporto informatico con le regole che presiedono la redazione degli atti pubblici¹⁷⁴.

¹⁷³ Anche questo, infatti, come tutti i documenti cartacei, potrebbe essere smarrito o distrutto ma questi restano fatti eccezionali e non normali come, invece, la scadenza per i documenti informatici.

¹⁷⁴ Sul punto v. GENTILI, *Le tipologie di documento informatico dopo il d.p.r. n. 137/03: effetti sostanziali ed effetti probatori*, in *Dir. inf.*, 2005, p. 686, secondo cui la mancata disciplina dell'atto pubblico informatico sarebbe espressione della volontà legislativa, dall'Autore peraltro non condivisa, di escludere la validità dello stesso. Tesi questa, tuttavia, che pare contraddetta dall'art. 7 del t.u. 445/00 e dalla quale, dunque, si ritiene di dissentire aderendo invece alla tesi della Commissione Studi di Informatica giuridica del Consiglio Nazionale del Notariato, secondo cui il silenzio del legislatore non va interpretato in termini di divieto ed occorre "valutare non soltanto la configurabilità teorica dell'istituto, bensì le reali possibilità di realizzazione pratica" (studio n. 2-2006/IG, *Codice dell'amministrazione digitale. Firme elettroniche e attività notarile*, reperibile al sito www.notariato.it) Sul punto v. anche ANDRINI,

Sebbene nel corso degli anni la dottrina abbia adottato posizioni sempre più possibiliste, escogitando tecniche capaci di superare quelli che in origine apparivano degli ostacoli insuperabili, ad oggi ancora troppe sono le incertezze sul punto, il che spiega perché in Italia nessun notaio si è ancora “azzardato” a redigere un atto pubblico informatico.

La redazione su supporto informatico degli atti pubblici, è peraltro auspicabile, se solo si considera che l’impiego della firma-funzione digitale consentirebbe a chiunque, anche a distanza di tempo, di verificare con certezza l’integrità dell’atto, ma anche l’identità del firmatario ed i suoi poteri.

Ciò potrebbe rivelarsi ancora più vantaggioso in quei casi in cui l’atto pubblico deve “viaggiare”.

Si pensi, ad esempio, al caso in cui un soggetto residente a Milano intenda vendere la propria abitazione al mare sita in Sardegna ad un soggetto residente in Sicilia.

In questo caso, qualora non s’intenda procedere con la tecnica delle autentiche separate sopra illustrata, bensì redigere l’atto in forma pubblica, il venditore potrebbe rilasciare una procura pubblica informatica. Detta procura, poi, potrebbe essere inviata tramite la posta elettronica certificata del notaio al collega incaricato di rogare l’atto.

In questo modo la procura sarà immediatamente disponibile e il notaio rogante potrà accertare che la procura proviene dal collega mediante una semplice verifica della firma funzione dallo stesso apposta.

I vantaggi, poi, sono ancora maggiori se gli atti devono “viaggiare” oltre i confini italiani.

Forma contrattuale, formalismo negoziale e documentazione informatica, in Contr. e Impr., 2001, p. 134 ss.

La possibilità di verificare da sé l'autenticità della firma del notaio (di partenza) e i poteri di quest'ultimo, infatti, potrebbe portare all'eliminazione dell'Apostille anche verso quei Paesi per i quali tale formalità è ancora oggi necessaria¹⁷⁵.

La tecnologia informatica, poi, potrebbe stravolgere la situazione attuale aprendo le porte alla stipulazione di atti pubblici *inter absentes*, a distanza o in via telematica.

Ma su questi aspetti si tornerà in seguito, quando si affronterà il problema della circolazione telematica degli atti.

2.1. OSTACOLI VERI E PRESUNTI ALLA REDAZIONE DI UN ATTO PUBBLICO INFORMATICO.

Parte della dottrina, come accennato, ritiene che la redazione di un atto pubblico elettronico non sia ammissibile, e ciò perché il supporto informatico non permetterebbe di rispettare le prescrizioni formali dettate dalla legge notarile.

In particolare l'ostacolo principale viene individuato nella necessità, prescritta a pena di nullità, che l'atto pubblico contenga la sottoscrizione delle parti, dei fidefacienti, dell'interprete, dei testimoni, e del notaio (art. 51 n. 10 l. n.). La firma del notaio, poi, dev'essere munita dell'impronta del suo sigillo (art. 52 l. n.)

Ora, mentre il Codice stabilisce espressamente che l'apposizione della firma digitale da parte del pubblico ufficiale integra e sostituisce ad ogni

¹⁷⁵ L'Apostille è una forma semplificata di legalizzazione applicabile agli atti provenienti dagli Stati membri della Convenzione de l'Aja del 5 ottobre 1961, tra cui vi è anche l'Italia. L'Apostille consiste in una formula unificata a contenuto fisso apposta in calce all'atto o in allegato con cui la competente Autorità del Paese in cui l'atto è rogato, attesta la veridicità della firma, la qualità del firmatario e l'autenticità del sigillo. Vi sono poi Paesi i quali sono esenti da qualsiasi forma di certificazione preventiva, in forza della Convenzione di Bruxelles del 25 maggio 1987 o di convenzioni bilaterali. Sul problema della circolazione degli atti esteri, vedi infra.

effetto di legge l'apposizione, fra l'altro, del sigillo (art. 25, comma 3), nulla si dice invece in merito all'equivalenza tra firma autografa e firme elettroniche¹⁷⁶.

Tuttavia il silenzio in esame risulta, a ben vedere, più apparente che reale.

L'equiparazione sotto il profilo formale e, in gran parte anche sotto quello probatorio, fissata dal Codice, questa sì in modo esplicito, tra scrittura privata e scrittura elettronica firmata digitalmente, infatti, non può che presupporre a monte l'equiparazione tra firma autografa e firma digitale o altra firma elettronica qualificata.

Nessun ostacolo, sembra dunque porsi alla sostituzione dell'autografia con il sistema delle chiavi crittografiche.

Certamente la firma digitale, in quanto combinazione di numeri e lettere risultante dall'applicazione di una certa chiave ad un certo testo, non può dirsi fatta "col nome e cognome", come invece richiesto dalla legge notarile.

Tuttavia anche da una firma digitale è possibile, seppure in via indiretta, risalire al nome e cognome del titolare della stessa, sicché anche sotto questo aspetto la tecnologia digitale appare in grado di soddisfare le esigenze sottese alle prescrizioni della legge notarile, comprese quelle di cui all'art. 53 in merito all'immodificabilità dell'atto.

Le caratteristiche intrinseche della firma digitale, infatti, rendono praticamente impossibile qualsiasi manipolazione dell'atto così firmato,

¹⁷⁶ Sebbene la legge notarile si limiti a richiedere la sottoscrizione senza precisare altro, è evidente che il riferimento è alla firma autografa, sicché la possibilità di rispettare quella disposizione dipende dall'individuazione di una firma elettronica che sia equivalente a quella autografa.

anche da chi abbia totale accesso allo stesso e, quindi, anche da parte del notaio¹⁷⁷.

Parte della dottrina, tuttavia, probabilmente mossa dalla volontà di favorire già da ora la stipulazione di atti pubblici informatici, superando l'ostacolo della scarsa diffusione delle firme digitali tra il pubblico, ritiene che le parti possano sottoscrivere l'atto con qualsiasi tipo di firma elettronica perché l'uso della firma digitale sarebbe necessario solo per il notaio.

Secondo questa impostazione, l'atto pubblico sarebbe atto del notaio: l'unica sottoscrizione essenziale, perciò, sarebbe quella del pubblico ufficiale rogante, e solo quella, perciò, dovrebbe necessariamente essere una firma digitale o qualificata¹⁷⁸. Le sottoscrizioni delle parti e degli altri intervenienti, invece, così come possono anche mancare, potrebbero anche essere delle firme elettroniche semplici.

Sul fatto che la firma del notaio debba essere qualificata o digitale *nulla quaestio*.

E' ovvio, infatti, che se non fosse così si avrebbe l'assurda conseguenza di un atto pubblico privo della propria tipica efficacia formale e probatoria.

Se sottoscritto con firma elettronica semplice, invero, l'atto non potrebbe che avere gli effetti di cui agli art. 20, comma 1-bis, e 21, comma 1, del Codice e perciò sarebbe inidoneo a soddisfare le prescrizioni formali di cui all'art. 1350 c.c. e, invece che costituire prova legale, sarebbe liberamente valutabile dal giudice.

¹⁷⁷ Così BECHINI, *L'utilizzo del sistema*, in *Introduzione alla firma digitale dei Notai italiani*, cit., p. 53.

¹⁷⁸ Questa del resto è la soluzione adottata in Francia, ove le parti appongono una firma elettronica leggera, mentre il notaio una firma-funzione digitale.

Questo profilo, tuttavia, riguarda solo la natura pubblica dell'atto, la possibilità cioè di qualificare lo stesso come atto pubblico, ma nulla dice circa la validità dell'atto così qualificato, per la quale, infatti, la Legge notarile richiede la sottoscrizione completa ed autografa di tutti gli intervenienti.

Il fatto che in certe ipotesi queste sottoscrizioni possano anche mancare, ad esempio per l'impossibilità a sottoscrivere in cui versa la parte, non deve condurre a ritenere che le stesse siano in realtà superflue, anzi.

Le ipotesi in cui la legge ammette che la sottoscrizione di parte possa mancare, infatti, trovano tutte fondamento in circostanze straordinarie ed eccezionali, al di fuori delle quali, dunque, si deve ritenere che la sottoscrizione autografa sia necessaria a pena di nullità. Diverso poi è il caso dei verbali di società di capitali redatti da notaio, che si considerano atti senza parte, e che quindi ben possono non essere firmati dal presidente dell'assemblea.

Solo la firma del presidente dell'assemblea, in quanto normalmente non necessaria, dunque, può essere sostituita da una qualsiasi firma elettronica.

Al di fuori dei verbali di assemblea, invece, sembra preferibile ritenere che tutte le firme elettroniche, non solo quella del notaio, debbano essere qualificate o digitali.

Prima di apporre la propria firma digitale e la marca temporale sull'atto pubblico, perciò, il notaio deve, in modo analogo a quanto prescritto per l'autenticazione di firme digitali, verificare la validità dei certificati di firma usati dalle parti e dagli altri intervenuti.

Di tale circostanza appare quantomeno opportuno che il notaio faccia menzione coprendo così di fede pubblica il fatto che al momento della sottoscrizione i certificati di firma erano validi.

Alla luce di quanto detto, sembra dunque possibile proporre un'interpretazione evolutiva della legge notarile e, per tale via, superare le obiezioni mosse all'ammissibilità dell'atto pubblico informatico fondate su pretese incompatibilità con la legge notarile.

Detto questo occorre ora analizzare quelle obiezioni che fanno leva sull'insicurezza del sistema di documentazione elettronica, anche di quello basato sulla firma digitale.

Secondo qualche Autore, infatti, poiché tutte le firme digitali, comprese quelle dei notai, sono il risultato dell'uso combinato di una *smart card* e del relativo *pin*, cioè di due elementi entrambi slegati dalla persona fisica che ne è titolare, non si può escludere che la firma di un notaio sia apposta da un soggetto diverso. Il rischio della redazione di un atto pubblico falso, perché redatto da un soggetto diverso dal notaio che ne appare firmatario, e tuttavia formalmente indistinguibile da uno autentico, costituirebbe, secondo questa impostazione, elemento sufficiente per escludere l'ammissibilità di un atto pubblico informatico¹⁷⁹.

Ora, se il rischio che una tale circostanza si verifichi è innegabile, non pare peraltro che questo riguardi il solo sistema digitale, potendo invece un rischio simile proporsi anche, seppur in forma diversa, nel sistema tradizionale cartaceo.

Si pensi ad esempio al notaio che, non potendo stampare l'atto a causa di un guasto momentaneo del sistema informatico e dovendo però

¹⁷⁹ BECHINI, *L'utilizzo del sistema*, in *Introduzione alla firma digitale dei Notai italiani*, cit., p. 51.

allontanarsi con urgenza dallo studio, apponga la propria firma autografa ed il proprio sigillo su un atto in bianco, per esempio un verbale tardivo senza parti di un'assemblea di s.p.a., delegando una propria impiegata alla trascrizione del testo già da lui predisposto.

Anche in questo caso, se l'impiegata, invece che trascrivere il testo assegnatole compilasse l'atto con un contenuto diverso, ci si troverebbe di fronte ad un atto formalmente autentico ma sostanzialmente falso, perché non *redatto* nei suoi contenuti dal notaio.

In entrambi i casi, l'atto che ne risulta, una volta provatane la falsità, non potrà godere dell'efficacia privilegiata che gli sarebbe propria.

Il potere di attribuire fede pubblica, infatti, spetta al notaio come individuo e non alla sua firma, che è solo il mezzo attraverso cui si esercita verso l'esterno.

Se la falsità, poi, come nei casi ipotizzati, è imputabile al notaio, che ha indebitamente rivelato il *pin* o firmato in bianco, ciò rileverà sotto il profilo della responsabilità.

Se invece si dimostrasse che il *pin* e la *smart card* del notaio gli sono stati sottratti incolpevolmente, allora non solo l'atto non avrà alcuna fede privilegiata, ma non sarà nemmeno fonte di responsabilità alcuna per il notaio.

A ben vedere, dunque, non sembra che la firma digitale del notaio sia suscettibile di particolari usi abusivi che la rendono meno sicura di quella tradizionale¹⁸⁰.

¹⁸⁰ Nel caso di smarrimento o furto della *smart card*, per non incorrere in responsabilità, il Notaio, in modo simile a quanto previsto per il caso di smarrimento del sigillo (art. 23 L.N.) dovrà dare immediata notizia al Consiglio Notarile di appartenenza, il quale provvederà a darne notizia al Consiglio Nazionale del Notariato affinché quest'ultimo sospenda il certificato di firma del Notaio stesso, impedendone successive utilizzazioni fraudolente.

Nessuna soluzione sembra invece al momento prospettabile a fronte di quello che ad oggi pare costituire il vero ostacolo all'impiego del supporto informatico per la redazione di atti pubblici e cioè, ancora una volta, l'impossibilità di conservare con certezza gli stessi a tempo indeterminato.

Che senso avrebbe, infatti, fuori da quei pochi casi in cui l'atto pubblico è richiesto *ad substantiam*, dotarsi di un atto pubblico se poi questo potesse perdere la propria efficacia probatoria privilegiata?

3. POSSIBILI LINEE EVOLUTIVE

3.1. LA CIRCOLAZIONE DEGLI ATTI NOTARILI SU SUPPORTO INFORMATICO. IL TRAMONTO DELL'APOSTILLE

Ferma restando al momento l'impossibilità di fatto di redigere un atto pubblico elettronico, dovuta essenzialmente – come detto – alla mancanza di un sistema capace di garantire la conservazione a norma degli atti di notaio, oltre che alla scarsa diffusione della firma digitale fra i privati, vediamo ora quali sarebbero i vantaggi che l'introduzione della tecnologia digitale nella contrattazione per atto di notaio potrebbe portare.

Un primo vantaggio, di cui in parte si è già detto, consisterebbe nella possibilità di trasmettere gli atti originali per via telematica, con tempi e costi irrisori, cosa che favorirebbe sia l'espletamento degli adempimenti pubblicitari, sia la circolazione degli atti per fini diversi.

I vantaggi connessi all'uso della tecnologia digitale sotto il profilo della circolazione degli atti, poi, sarebbero ancora maggiori nel caso di circolazione transnazionale, obiettivo questo a cui il notariato europeo già sta lavorando.

E' infatti in corso di studio e di sperimentazione un sistema di Apostille elettronico (*e-APP*) attraverso cui dovrebbe essere possibile, rispettivamente per il pubblico ufficiale “di partenza” e per quello “di arrivo”, apporre e verificare in via informatica l'Apostille dialogando comodamente dal proprio ufficio in via telematica con gli uffici appositi¹⁸¹.

Il progetto, che dovrebbe divenire operativo dal 2010, prevede che il pubblico ufficiale rogante trasmette l'atto in via telematica all'ufficio addetto¹⁸² richiedendo l'apposizione dell'Apostille.

Ricevuto l'atto, l'ufficio provvede a verificare la firma del notaio e ad apporre l'Apostille firmando digitalmente la formula e, successivamente, trasmette l'atto così completato al notaio richiedente.

Di tutte le operazioni compiute l'ufficio conserva traccia in un Registro elettronico.

Successivamente il notaio richiedente trasmette telematicamente l'atto munito di *e-Apostille* al notaio straniero, il quale, può verificare l'autenticità dell'*e-Apostille* interrogando *on-line* il Registro elettronico.

Dal progetto sembra di capire che l'atto notarile da “apostillare” e redatto in forma informatica sia l'originale. Nulla però esclude che l'*e-Apostille* sia apposta su una copia informatica, invece che sull'originale (cartaceo).

Il notaio, cioè, potrebbe redigere l'atto originale in formato cartaceo e poi creare una copia autentica su supporto informatico e far apporre su questa l'*e-Apostille*.

¹⁸¹ Con riguardo a questo progetto, si veda www.hcch.net (sezione Apostille).

¹⁸² In Italia la competenza per l'apposizione dell'Apostille coincide con quella per la legalizzazione. In particolare per gli atti notarili, la competenza è dei Procuratori della Repubblica presso i Tribunali nella cui giurisdizione territoriale gli atti sono formati (D.M. 10 luglio 1971).

L'e-Apostille, perciò, potrebbe portare anche prima e indipendentemente dall'introduzione dell'atto notarile elettronico, ad una velocizzazione e semplificazione nella circolazione degli atti notarili¹⁸³.

Anzi, a ben vedere, pare che sia proprio quello e solo quello lo spazio applicativo di tale sistema.

Nonostante questo progetto sia senza dubbio apprezzabile, mostrando come la tecnologia informatica sia funzionale all'efficienza del mercato, anche di quello transnazionale, occorre tuttavia rilevare come esso sarebbe reso inutile dall'eventuale affermazione della firma digitale che potrebbe portare a superare definitivamente il problema dell'Apostille e, quindi, anche dell'e-Apostille.

Se infatti l'atto destinato alla circolazione, che sia l'originale o una sua copia, fosse munito della firma-funzione digitale del notaio rogante, ciò permetterebbe al pubblico ufficiale straniero, cui l'atto è trasmesso, di verificare da sé se la firma è autentica e se, effettivamente, è quella di un notaio in esercizio.

Il pubblico ufficiale straniero, cioè, sarebbe in grado di controllare autonomamente in tempo reale ciò che l'Apostille certifica, di modo che “la verifica informatica della firma digitale si presenta insomma come l'erede naturale dell'Apostille”¹⁸⁴.

Il sistema qui da ultimo delineato è già operativo in Italia.

Collegandosi al sito *www.ca.notariato.it*, infatti, è possibile verificare

¹⁸³ L'e-Apostille sembra in grado di stabilire un giusto equilibrio tra l'esigenza di circolazione degli atti e quella di certezza della loro provenienza, il che ne potrebbe consigliare l'utilizzo anche in quei Paesi rispetto ai quali non è necessaria alcuna certificazione. Così MARCOZ, *Il deposito degli atti esteri, la legalizzazione e l'apostille*, in AA.VV., *Gli atti provenienti dall'estero*, Quaderno 2/2007 Fondazione Italiana per il Notariato, p. 70.

¹⁸⁴ Così BECHINI, *Documento informatico transnazionale: il tramonto dell'Apostille*, cit.

- a) la firma digitale di un notaio italiano: il sito confermerà non solo la validità del certificato di firma, ma anche che lo stesso appartiene ad un notaio italiano in esercizio e nel pieno delle sue funzioni.
- b) le firme digitali dei notai stranieri: il sito interpellierà quelli degli altri Consigli Nazionali rendendo poi le stesse informazioni anche sui colleghi stranieri¹⁸⁵.

Lo sviluppo di queste tecnologie dovrebbe portare alla definitiva eliminazione del sistema dell'Apostille perchè "ogni Notaio potrà collegarsi al proprio sito nazionale trovando, nella propria lingua e senza bisogno di fare affidamento su siti esteri ... il servizio di verifica di ogni firma straniera che gli sia pervenuta"¹⁸⁶.

Al momento, per la verità, gli unici paesi nei quali i notai sono stati dotati di una firma-funzione digitale, oltre all'Italia, sono la Francia, la Spagna e l'Austria, cioè Paesi rispetto ai quali la circolazione degli atti è libera.

Il fatto che l'Apostille non sia necessaria, peraltro, non esclude che sia comunque utile ed opportuno per il notaio di arrivo eseguire una verifica sui poteri del notaio di partenza.

3.2. L'ATTO PUBBLICO A DISTANZA

L'uso della tecnologia digitale nella redazione degli atti notarili, poi, potrebbe andare anche oltre la semplificazione della trasmissione degli stessi, potrebbe cioè addirittura rendere superflua la stessa trasmissione.

¹⁸⁵ Quest'ultimo rappresenta un servizio sperimentale cui si può accedere dal sito www.ca.notariato.it/internazionale

¹⁸⁶ BECHINI, *Documento informatico transnazionale: il tramonto dell'Apostille*, cit.

Si riprenda in esame il caso sopra illustrato del milanese che voglia vendere la propria abitazione al mare sita in Sardegna ad un siciliano, e voglia farlo ricorrendo all'atto pubblico.

Qualora le parti non intendano, per ragioni di comodità, trovarsi fisicamente innanzi allo stesso notaio, il venditore potrebbe rilasciare procura ad un suo amico siciliano e trasmettere la stessa al notaio incaricato di curare la vendita.

La procura potrebbe anche essere redatta su supporto informatico e in tal caso la stessa giungerebbe a destinazione nel giro di qualche secondo.

Ma se le cose stanno così, perché non si può ammettere la stipulazione a distanza? Perché, cioè, invece che far “viaggiare” la procura, non si fa “viaggiare” il consenso del venditore?

L'ostacolo è rappresentato dall'art. 47 comma 1 della legge notarile secondo cui “L'atto notarile non può essere ricevuto dal notaio se non in *presenza* delle parti” (o di chi le rappresenta).

Una prima possibilità per cercare di cogliere le potenzialità dello strumento informatico, ma allo stesso tempo di rispettare il dettato normativo, potrebbe consistere nella stipulazione di un atto pubblico informatico a distanza “a più mani”.

Si potrebbe immaginare, cioè, che le diverse parti possano essere presenti anche di fronte a diversi notai i quali, collegati tra loro tramite posta elettronica, potrebbero collaborare alla redazione dell'atto che sarebbe così sottoscritto in un unico originale informatico dalle parti e dai notai.

Per quanto possa apparire strana questa soluzione da ultimo riferita, essa rappresenta quella scelta dal legislatore francese.

L'art. 20 del Décret n. 71-941 del 26 novembre 1971 sugli atti notarili, così come modificato dal Décret n. 2005-973 del 10 agosto 2005, infatti

prevede, al terzo comma, che *“Chacun des notaires recueille le consentement et la signature de la partie ou de la personne concourant à l’acte puis y appose sa propre signature”*.

Sebbene l’idea di un atto pubblico a distanza trovi l’appoggio di parte della dottrina italiana, non pare tuttavia che la stessa sia compatibile con l’attuale normativa italiana, né pare auspicabile che il legislatore italiano segua la via tracciata da quello francese.

In primo luogo, infatti, in un tale sistema ciascun notaio può dialogare solo con le parti presenti avanti a lui e, perciò, è in grado di indagare solo la volontà di queste, e non di tutte, come invece prescritto dall’art. 47, comma 2, l.n.

In secondo luogo, sembra inconcepibile l’idea che l’atto pubblico possa essere redatto a due mani, visto che sempre l’art. 47, comma 2, della l.n. stabilisce che il notaio deve curare la redazione dell’atto sotto la propria direzione e responsabilità, poteri questi che hanno natura personale e non possono essere spartiti con altri, nemmeno se si tratta di altri notai.

3.3. L’ATTO PUBBLICO TELEMATICO

Alla luce di quanto detto, ben si spiega lo sfavore manifestato verso la soluzione dell’atto a distanza, soluzione che richiederebbe importanti modifiche al sistema normativo vigente, e che porterebbe ad una riduzione di tutela per le parti.

Sembra perciò preferibile proporre un’altra soluzione e, precisamente, quella della stipulazione per via telematica.

Si potrebbe cioè immaginare che una o più parti intervengano alla stipula dell'atto in videoconferenza¹⁸⁷.

In questo caso il requisito della presenza avanti al notaio di cui al citato art. 47 l.n. sarebbe rispettato, seppur in modo virtuale.

Certamente la “presenza” cui voleva alludere il legislatore, non conoscendone altre forme nel 1913, è quella fisica, tuttavia non sembra che vi sia alcun ostacolo all'accedere ad un'interpretazione evolutiva della norma stessa, a condizione però che la presenza virtuale sia funzionalmente equiparabile a quella fisica, reale.

Le finalità che la necessaria presenza fisica delle parti avanti al notaio si propone di realizzare pare siano essenzialmente riconducibili a queste tre: consentire l'accertamento dell'identità personale delle parti, consentire il dialogo tra le parti e tra queste e il notaio di modo che questi sia in grado di indagare la volontà delle parti, e, da ultimo, consentire l'apposizione delle firme.

A ben vedere si tratta di finalità che ben possono essere realizzate mediante l'impiego del sistema della videoconferenza quale sistema che, combinando immagini e suoni, permette alle persone collegate fra loro di vedersi, ascoltarsi e parlarsi in tempo reale allo stesso modo che se fossero realmente tutte nella stessa stanza¹⁸⁸.

Il notaio, dunque, potrebbe verificare l'identità delle parti in modo identico a quanto fa normalmente, facendosi mostrare tramite la *webcam* la carta d'identità e osservando il volto della parte oppure, quando sarà

¹⁸⁷ La videoconferenza risulta attualmente ammessa dalla legge solo nelle assemblee di società di capitali. Ora, non si può negare che il verbale di assemblea sia un atto senza parti e che, quindi, la presenza solo virtuale dei soci non possa rappresentare un argomento in favore dell'uso diffuso di tale sistema, tuttavia rappresenta almeno una prima apertura dell'ordinamento verso le tecnologie di comunicazione a distanza.

¹⁸⁸ In questo senso v. RICCIARDI, *L'atto pubblico in forma elettronica*, reperibile al sito www.diritto.it

disponibile la carta d'identità elettronica, leggendo digitalmente a distanza quest'ultima.

Compiuta questa preliminare operazione, le parti e il notaio potrebbero dialogare tra loro in tempo reale fino ad arrivare alla definizione del contenuto dell'atto che il notaio potrebbe poi redigere con l'ausilio del proprio computer.

Fatta questa operazione, guardando lo schermo del proprio computer, il notaio darà lettura dell'atto alle parti che lo ascoltano in modo diretto o per via telematica. Segue l'apposizione della firma digitale della parte che fisicamente è presente avanti al notaio. Così firmato, e quindi protetto da eventuali manomissioni, l'atto viene spedito tramite la Pec del notaio alla parte collegata in videoconferenza la quale, sotto l'occhio virtuale del notaio, vi appone la propria firma digitale per poi rispedire il *file* al notaio che, verificata la validità delle firme impiegate dalle parti, firma a sua volta digitalmente l'atto chiudendolo, e da ultimo vi appone la marca temporale.

Fin qui sembra che il meccanismo della videoconferenza funzioni. Vediamo ora se è possibile fare un ulteriore passo avanti e ammettere l'eventualità che anche tutte le parti, e non solo alcune, siano presenti solo virtualmente.

Per rispondere a questo quesito, occorre tenere presente che il testo dell'atto dev'essere anzitutto disponibile sul computer del notaio, il quale, dopo averlo confezionato, ne deve dare lettura e trasmetterlo ad una delle parti perché questa lo firmi.

Il problema però sta proprio in quest'ultimo passaggio.

Mentre infatti una volta che questa ha firmato digitalmente l'atto, questo risulta blindato e può essere trasmesso alle altre parti in tutta sicurezza,

perché la firma digitale impedisce che al testo siano apportate modifiche occulte, come è possibile garantire che ciò accada anche nel passaggio dal notaio al primo firmatario?

Al riguardo si potrebbe pensare ad una doppia firma notarile: la prima da apporre subito dopo la lettura dell'atto al solo scopo di proteggere il documento da eventuali manomissioni, e la seconda, da apporre dopo tutte le altre firme, per chiudere l'atto.

Allo stato attuale, tuttavia, non sembra che una tale soluzione sia praticabile.

Se infatti le postille, cioè gli interventi correttivi sull'atto sono possibili solo fino a quando il notaio non ha sottoscritto l'atto (art. 53 l.n.), ciò significa che il legislatore attribuisce alla firma del notaio il potere di chiudere l'atto. In mancanza di una disposizione *ad hoc*, dunque, non sembra che la strada della doppia firma notarile sia praticabile perché l'apposizione della prima firma determinerebbe l'irrimediabile chiusura dell'atto prima che questo sia sottoscritto dalle parti!

In conclusione, allo stato attuale sembra che la stipula di un atto pubblico per via telematica sia ammissibile solo a patto che almeno una delle parti sia personalmente presente avanti al notaio per firmare l'atto per prima, rendendo così possibile la trasmissione alle parti solo virtualmente presenti.

4. LA CONSERVAZIONE DEGLI ATTI NOTARILI INFORMATICI

Ammessa la configurabilità degli atti notarili informatici e viste le modalità di redazione degli stessi, vediamo ora di esaminare da ultimo il problema della conservazione di tali atti.

Come è noto, la legge notarile affida al notaio il compito di conservare gli originali degli atti notarili, rendendo eccezionale il rilascio degli stessi alle parti.

L'art. 61 della l.n., poi, impone al notaio di custodire con esattezza ed in luogo sicuro con i relativi allegati, gli atti da lui ricevuti o presso di lui depositati. E l'art. 62 l.n. impone allo stesso di fare annotazione quotidianamente nei repertori degli atti ricevuti rispettivamente tra vivi e di ultima volontà. I repertori devono essere firmati in ogni foglio dal notaio.

L'art. 39 del Codice stabilisce che i libri e le scritture, compresi quelli previsti dalla legge notarile e quelli degli archivi notarili di cui si obbligatoria la tenuta, possono essere formati e conservati su supporti informatici. Il legislatore, dunque, sembra ammettere la possibilità che gli atti notarili, una volta redatti su supporto informatico, siano anche conservati sullo stesso supporto.

Se con riguardo al repertorio informatico non sembrano porsi grossi problemi, diverso è il caso della raccolta informatica.

In primo luogo, infatti, la conservazione degli atti notarili deve fare i conti con il problema già più volte affrontato della marcatura temporale, sicché la tenuta della raccolta informatica appare assai complessa per la necessità del continuo rinnovo delle marche temporali apposte sui singoli atti, le quali possono scadere in momenti diversi l'una dall'altra.

In secondo luogo, stante l'assoluta riproducibilità degli atti informatici, bisogna accettare l'idea che dell'atto notarile informatico possano esservi molti duplicati, e che perciò non può imporsi al notaio di conservare l'originale, ma solo *un* originale.

Nessun problema invece sembra porsi con riguardo alla tenuta della raccolta e del repertorio degli atti di ultima volontà.

Normalmente, infatti, ancora oggi gli atti di ultima volontà vengono redatti a mano dal notaio e sia il repertorio che la raccolta di tali atti vengono conservati in luoghi segreti e difficilmente accessibili, di solito in cassaforte.

Il notaio, infatti, deve mantenere il massimo riserbo con riguardo a tali atti. Non sembra però che l'uso della tecnologia informatica sia incompatibile con queste esigenze di certezza, anzi.

Per tenere segreto il contenuto del singolo testamento e del repertorio degli atti di ultima volontà, infatti, il notaio potrebbe utilizzare la propria firma digitale "al contrario".

Egli, cioè, dopo avere dato lettura dell'atto, ma prima che l'atto venga sottoscritto, potrebbe criptare lo stesso mediante la propria chiave pubblica. In tal modo il contenuto dell'atto sarebbe intelleggibile ai terzi e solo il notaio depositario, se richiesto della pubblicazione, potrebbe decriptarlo mediante la propria chiave privata.

Un'operazione analoga, poi, il notaio potrebbe eseguirla anche con riguardo alle singole annotazioni del repertorio degli atti di ultima volontà.

5. NUOVE FUNZIONI NOTARILI

Fin qui si è cercato di analizzare quelle che potrebbero essere le possibili evoluzioni dell'atto notarile.

Tuttavia a ben vedere si potrebbe immaginare che l'avvento della tecnologia informatica, oltre che ad una trasformazione nelle modalità di

svolgimento delle funzioni tipiche del notaio, possa portare anche all'attribuzione a quest'ultimo di nuove funzioni.

Il notaio, infatti, per la sua qualità di terzo totalmente al di sopra delle parti e per le garanzie di legittimità, pubblica fede e riservatezza che offre, appare il soggetto ideale a svolgere il ruolo di Certificatore qualificato.

La normativa vigente affida ai Certificatore il compito di identificare colui che richiede il rilascio di una firma digitale, tuttavia sarebbe preferibile che questo compito fosse affidato al notaio, cioè a colui che per definizione è incaricato dell'accertamento dell'identità personale.

Sempre in quest'ottica, si potrebbe immaginare che il notaio sia chiamato a svolgere il ruolo di pubblico depositario delle chiavi private.

Si tratterebbe di una funzione estremamente utile perché ridurrebbe di molto il rischio dell'utilizzo abusivo delle firme digitali.

Se infatti il titolare di una certa firma digitale, che ha provveduto al deposito presso un notaio della relativa chiave privata, si vede produrre contro un documento firmato con la sua firma digitale, egli potrà dare con facilità la prova contraria di cui all'art. 21 del Codice.

Basterà infatti che lo stesso provi che la chiave privata era stata depositata presso un notaio, per provare di aver diligentemente ottemperato all'obbligo di custodia su di lui gravante ai sensi dell'art. 32 del Codice e provare quindi che l'utilizzo del dispositivo di firma non è a lui riconducibile.

In conclusione, sembra che gli iniziali timori del notariato nei confronti della tecnologia informatica siano del tutto ingiustificati e che lo stesso sia invece chiamato a svolgere una funzione importante, seppur in parte rinnovata, anche nella società dell'informatica.

La speranza è che la firma digitale continui nella sua ascesa e che si possa assistere, non solo in Italia, ma in tutta Europa, alla digitalizzazione della documentazione notarile.

In questo modo gli atti potrebbero essere stipulati anche a distanza e potrebbero circolare liberamente e velocemente in tutto l'ambito europeo, svolgendo un ruolo fondamentale verso l'auspicata creazione di un unico mercato europeo.

CONCLUSIONI

Lo studio condotto ha portato a riflettere attentamente sul concetto di atto scritto, nozione questa che il legislatore ed i giuristi, contemporanei e non, hanno sempre dato per scontata e che invece si è rivelata ricca di spunti se osservata con gli occhi dell'uomo dell'era digitale.

Proprio il confronto con i sistemi di documentazione informatica, caratterizzati dall'eterogeneità dei loro contenuti e dall'esistenza di una pluralità di tecniche di firma, dotate di diversa forza giuridica l'una dall'altra, invero, ha permesso di fare luce su alcuni aspetti della forma scritta troppo spesso trascurati.

Si intende anzitutto alludere alla categoria della mera forma scritta, addirittura ignorata dai più, secondo cui l'equazione fissata dall'art. 1350 c.c. tra atto scritto e scrittura privata sarebbe di applicazione generalizzata, mentre così non è, e in secondo luogo alla nascita di un nuovo concetto di forma, quella liberamente valutabile, che impone – almeno in certi casi – di abbandonare l'idea strutturale di forma cui siamo abituati, per abbracciare un criterio funzionale.

Alla prova liberamente valutabile, dunque, si aggiunge ora la forma liberamente valutabile: la nozione di scrittura non è più ancorata solo a criteri strutturali predeterminati dal legislatore, ma talvolta anche a criteri funzionali, la cui verifica è di competenza del giudice. Spetta infatti al giudice valutare se in concreto un certo documento informatico privo di firma elettronica qualificata sia un documento “scritto”.

Lo sviluppo dei sistemi informatici di documentazione costituisce senza dubbio un'opportunità per la nostra società, ed una sfida per i giuristi ai quali spetta il compito di inquadrare giuridicamente questi fenomeni che, per le loro caratteristiche, mal si adattano alle categorie tradizionali.

Il legislatore peraltro, come si è cercato di evidenziare, ha raccolto già da tempo la "sfida del digitale" provvedendo a disciplinare vari aspetti di questo fenomeno, da ultimo introducendo la possibilità di confezionare atti digitali di cessione di quote di s.r.l. (d.l. 25 giugno 2008, n. 112) o di tenere i libri contabili in formato elettronico (l. 28 gennaio 2009, n. 2).

La normativa, tuttavia, non risulta sempre adeguata perché il legislatore si mostra ancora troppo legato ai principi tradizionali oppure perché, altre volte, mostra di non conoscere la realtà tecnica su cui si basano gli strumenti digitali.

In particolare, con riguardo al tema del documento, sarebbe opportuno che il legislatore prendesse atto delle diversità strutturali e tecniche dei sistemi di documentazione informatica e costruisse per questi una categoria di forma e di prova autonoma, slegata da quel costante rinvio alla scrittura che rende la normativa attuale di difficile comprensione.

Pare cioè ormai ineludibile la costruzione di un sistema concettuologico nuovo, fondato su principi e *regulae iuris* diverse e specifiche per la forma e la prova informatiche.

Solo così si potrà delineare un quadro normativo certo dei fenomeni digitali e contribuire realmente, sul piano della scienza giuridica, al compimento della rivoluzione digitale.