

CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO

Commissione Informatica

Il regime delle responsabilità - Obblighi dei soggetti interessati e spunti per un inquadramento sistematico

Firme Elettroniche - Questioni ed esperienze di diritto privato, Milano, 2003

1. Premesse

Per poter affrontare i problemi riguardanti il regime delle responsabilità dei soggetti coinvolti nella procedura del documento elettronico ed in modo particolare di quello della firma elettronica qualificata **(1)** occorre ovviamente prendere le mosse dall'attuale quadro normativo.

La ricerca deve dunque confrontarsi in primis con la legislazione speciale definita dal Testo Unico D.P.R. 28 dicembre 2000 n. 445, nella stesura modificata dapprima dal D.lgs. 23 febbraio 2002 n. 10 ed ora dal D.P.R. 7 aprile 2003 n. 137, oltreché naturalmente con il sistema derivante dai principi generali e dalle norme del codice civile.

Vanno inoltre tenute presenti le regole tecniche emanate con il D.P.C.M. 8 febbraio 1999 ed in generale la direttiva n. 1999/93/CE.

In verità l'ambiguità e la disomogeneità delle norme testé riportate, segnatamente di quelle contenute nel D.P.R. 445/2000 rende oltremodo incerto qualsiasi studio sistematico sul tema delle responsabilità connesso al fenomeno del documento informatico.

In questo ambito tenteremo peraltro di dare qualche iniziale indicazione, limitando il campo di analisi al fenomeno del documento informatico munito di firma elettronica qualificata, con qualche spunto riguardante nello specifico la firma cd. digitale **(2)**.

I soggetti che risultano strettamente coinvolti in tale procedimento tecnologico sono essenzialmente il certificatore, il titolare del certificato - utente, il terzo interessato ed il terzo destinatario delle informazioni o delle modifiche che transitano attraverso il mezzo informatico.

2. Un quadro di riferimento differenziato per la figura del certificatore

Con riferimento alla figura del certificatore dobbiamo rilevare come il legislatore italiano sia intervenuto a breve distanza di tempo, ormai numerose volte per modificare la relativa disciplina, segno evidente dell'estrema incertezza che regna in tale campo.

Già con l'approvazione del testo unico sulla documentazione amministrativa venivano riprese, con alcune modifiche, le norme riguardanti gli obblighi dell'utente e del certificatore **(3)**.

Con la riforma attuata dal D.lgs. 23 gennaio 2002 n. 10, in attuazione della Direttiva 1999/93/CE, relativa ad un quadro comunitario per le firme elettroniche, il legislatore provvedeva ad introdurre un nuovo art. 28 bis al citato Testo Unico n. 445/2000 in tema di responsabilità del certificatore; infatti il Parlamento Comunitario si era reso ben conto che la materia era carente ed andava pertanto coordinata ed integrata con norme specifiche, tendenti ad identificare una serie di comportamenti necessari in capo all'autorità di certificazione, finalizzati a rendere più pregnante il controllo ed elevare la soglia di attenzione dei soggetti interessati al fine di limitare i rischi derivanti da tale nuova prassi negoziale.

Ma il legislatore italiano non ritenendo sufficientemente definito l'assetto responsabilistico così delineato è nuovamente intervenuto con il recente D.P.R. 7 aprile 2003 n. 137 che ha ulteriormente modificato alcune parti del martoriato Testo Unico n. 445/2000: le nuove regole tendono ad individuare una serie di comportamenti di riferimento necessari per chi svolge una attività di certificazione e la cui violazione comporta l'assunzione di una diretta responsabilità in capo all'autore.

Vengono inoltre definiti degli *standards* con riguardo alle caratteristiche essenziali dei certificati qualificati e vengono infine dettate le regole con riguardo alle procedure occorrenti per l'accreditamento stesso.

La novella del 2003 ha mantenuto le norme in tema di responsabilità del certificatore introdotte con la riforma del gennaio 2002, ma ha in parte modificato le regole in tema di obblighi del titolare e del certificatore, che ora risultano inserite in un nuovo art. 29 – *bis* in sostituzione del precedente art. 28.

Se da un lato è chiaro l'intento del legislatore comunitario che, nell'imporre norme comuni in materia di obblighi e di responsabilità del certificatore, ha inteso armonizzare il fenomeno al fine di evitare lo sviluppo di ordinamenti con differenti livelli di responsabilità **(4)**, è importante rilevare come le ultime disposizioni introdotte in Italia con la novella del 2003, hanno di fatto modificato tale livellamento: i nuovi obblighi imposti ai certificatori che hanno sede stabile in Italia sembrano infatti ora più gravosi rispetto a quelli di altre legislazioni europee.

Ma la cosa che sconcerta di più è che, appunto, i vincoli stabiliti dal Testo Unico n. 445/2000 così modificato, "non si applicano" ai certificatori qualificati ed ai certificatori accreditati che hanno sede stabile in altri Stati membri dell'Unione europea **(5)**: con la conseguenza che dovremo confrontarci in futuro con comportamenti costituenti fonte di responsabilità per quei certificatori che abbiano posto la sede legale nello Stato, mentre i

medesimi comportamenti potrebbero non essere sanzionabili, né costituire illecito per quelle realtà con sede in altri paesi della Comunità Europea **(6)**.

Dopo tale prima osservazione, cerchiamo ora di capire quale sia il quadro complessivo in materia di responsabilità a seguito della riforma dell'aprile 2003.

3. Le responsabilità comuni del certificatore e del titolare

Il primo comma dell'articolo 29 *bis* del D.P.R. 445/2000 pone l'obbligo per il titolare di un certificato di firma e per il certificatore che lo rilascia, di "adottare tutte le misure organizzative e tecniche idonee ad evitare danno ad altri".

In realtà tale norma non è completamente innovativa, rispetto a quella prevista nel precedente articolo 28 del testo unico n. 445/2000 che a propria volta riprendeva il tenore dell'articolo 9 dell'abrogato D.P.R. 513/97.

La regola impone infatti sia al titolare del dispositivo che al certificatore dei comportamenti attivi particolarmente onerosi, finalizzati ad impedire che i terzi abbiano a sopportare dei danni derivanti dall'attività di certificazione e dall'uso del certificato.

E' importante anzitutto osservare che la norma è rivolta ora anche ai certificatori di dispositivi di firma.

Annotiamo in proposito che la modifica, rispetto al testo precedente **(7)**, non è di poco conto: infatti la norma da un lato fa riferimento per la prima volta anche alla figura del certificatore, mentre prima riguardava solamente la figura dell'utilizzatore **(8)**.

In secondo luogo il I comma pone un differente trattamento fra "certificatore" e "certificatore qualificato" oggetto quest'ultimo di ulteriori e specifiche norme comportamentali ai sensi del successivo capoverso.

E pertanto è da ritenere che la norma generale del I comma investe indistintamente tutti i certificatori, qualificati o meno, mentre il comma successivo si riferisce solamente ai primi.

L'inclusione espressa della figura del certificatore accanto a quella dell'utente è in realtà il frutto del recepimento normativo delle osservazioni rivolte dalla dottrina al testo del precedente art. 9 del D.P.R. 10 novembre 1997 n. 513: in proposito era stato giustamente evidenziato che l'espressione della legge doveva intendersi già in passato riferita non solo alla figura dell'utente, bensì anche a quella del certificatore **(9)**.

Il principio posto dal I comma del nuovo articolo 29 bis, sembra assumere i connotati di principio generale: esso si pone infatti quale elemento caratterizzante il fenomeno moderno della firma elettronica e va visto quale criterio di qualificazione del regime responsabilistico ad esso collegato, investendo indistintamente i titolari – utenti, nonché tutti i certificatori, qualificati o meno.

In verità anche prima di tale recentissima novità normativa, non sembrava dubitabile che qualunque danno che fosse stato cagionato a terzi in dipendenza dell'utilizzo illegittimo o non corretto della firma elettronica, comportasse l'obbligo di ristoro dei danni in base al generale

principio dettato dall'art. 2043 cc.: "qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno."

Tuttavia, ai fini limitati della nostra indagine, assai complessa sarebbe stata la valutazione dell'elemento della colpa da parte dell'autore del fatto ingiusto; a differenza che nel caso di dolo, più evidente e facile da dimostrare, essa avrebbe infatti dovuto rapportarsi ad un criterio generale di comportamento senza che risultassero altrimenti definite le regole di diligenza, prudenza e perizia necessarie per la comparazione.

Invece la nuova norma pone un obbligo ben preciso in capo ad entrambi gli attori principali del fenomeno "firma elettronica": quello appunto di adottare le idonee misure organizzative e tecniche.

La disposizione sembrerebbe invero comportare, per i soggetti indicati, addirittura un'ipotesi di responsabilità aggravata, che troverebbe la sua giustificazione nella delicatezza del fenomeno e nella oggettiva difficoltà, per i terzi, di rilevarne anomalie e vizi: essa viene infatti dal legislatore quasi assimilata, nel lessico usato, a quella propria delle attività pericolose indicate nell'articolo 2050 c.c..

Purtuttavia il legislatore non si è voluto spingere sino a statuire l'inversione dell'onere della prova, come invece ha fatto nell'articolo 2050 e come, vedremo più avanti, ha previsto con riferimento ad alcune attività proprie del certificatore: infatti in questo caso la norma si limita ad indicare degli obblighi specifici di comportamento nell'utilizzo dei certificati di firma.

E pertanto viene da chiedersi quale sia il senso di tali espressioni e come esse debbano essere valutate dall'interprete.

Parte della dottrina aveva rilevato che il comportamento richiesto dalla norma del precedente art. 9 del D.P.R. 513/97 era diretto non tanto a stabilire l'assunzione di atteggiamenti valutativi in termini di diligenza, perizia e prudenza, bensì a richiedere unicamente l'adozione di accorgimenti tecnici ed organizzativi idonei ad evitare il prodursi di eventi dannosi; in secondo luogo si evidenziava come generalmente la determinazione di obblighi, produce nel soggetto tenuto al loro rispetto, altrettante fonti di responsabilità **(10)**.

Si affermava pertanto il convincimento che la normativa in esame avesse posto una nuova ipotesi di responsabilità oggettiva autonoma **(11)** ancorché coincidente nella sua disciplina con il regime di responsabilità indicato dall'art. 2050.

Né sembrava rilevante, a giudizio di tali commentatori, il fatto che la norma non prevedesse espressamente un'inversione dell'onere probatorio come invece disposto nel citato art. 2050: veniva in evidenza l'argomentazione secondo cui, mentre la prova dell'adozione delle misure idonee ad evitare il danno si traduce nella prova del fortuito **(12)**, quella inerente la mancata adozione di tali misure si sostanzia nella dimostrazione del nesso di causalità fra evento e danno, con esclusione del caso fortuito.

A noi sembra tuttavia che, soprattutto alla luce delle nuove disposizioni dettate dal I comma dell'art. 28 - *bis* (13), la norma del I comma dell'art. 29 - *bis* possa assumere una diversa connotazione che meglio consente di dare una strutturazione sistematicamente più

logica ed aderente alla diversa graduazione probatoria attribuita ai certificati di firma dal nuovo sistema delineato anche a seguito del recente D.P.R. 137/2003.

Riteniamo in proposito che l'espressione adottata sia idonea comunque ad identificare il fenomeno fra le attività pericolose con la conseguente necessità di adozione di un metro diverso e più rigoroso nella valutazione delle cautele necessarie per limitare i rischi da ciò derivanti.

La struttura del precetto riguarda infatti direttamente non tanto il risarcimento del danno, bensì gli obblighi del certificatore e del titolare; il fenomeno viene in esame principalmente per stabilire i criteri di colpevolezza nel comportamento e non in quanto la sua disciplina venga attratta in quella particolare indicata nell'art. 2050.

In sostanza il regime responsabilistico non appare potersi discostare e trovare quindi una collocazione diversa rispetto a quella prevista generalmente dall'art. 2043: tuttavia il comportamento doloso o colposo dell'utente del certificato andrà verificato e valutato sulla base del rispetto dei parametri stabiliti nell'art. 29 *bis* I comma.

Pertanto sulla base del sistema speciale come sopra codificato, non sarà sufficiente, per paralizzare la richiesta risarcitoria proveniente dai terzi danneggiati, dare dimostrazione di avere adottato misure di cautela proprie per una comune attività (quelle cioè della media diligenza), ma servirà dimostrare di aver posto in essere quelle misure note alla tecnica e richieste dalla peculiarità della situazione, per salvaguardare i terzi dal pericolo posto in essere.

Quindi dovremo aspettarci che nella futura applicazione pratica, la giurisprudenza valuterà i comportamenti del certificatore e del titolare in maniera più rigorosa, esigendo cioè dei comportamenti appropriati in chi esercita ed è consapevole di esercitare delle attività che assumono, nei confronti dei terzi, degli aspetti di pericolosità particolari. In questo caso naturalmente non si tratta di pericolosità equiparabili a quelle note **(14)**, ma il pericolo si estrinseca nel fatto che attraverso questo strumento possono essere creati ai terzi danni patrimoniali ed economici di rilevante entità.

Se quindi non ci sembra che la norma speciale consenta di includere la fattispecie direttamente nell'ambito del sistema, anche processualistico, delineato dall'art. 2050 con la conseguente inversione dell'onere probatorio, ci sentiamo di poter sostenere che viceversa la regola consente di determinare, nei confronti dei soggetti destinatari del precetto, un concetto più severo del normale obbligo di diligenza: da essi si richiede una perfetta aderenza fra la natura e la pericolosità del mezzo adoperato e le misure cautelari adottate. Alla normale diligenza del *bonus pater familias* si è aggiunto, nella volontà del legislatore, per coloro che compiono le attività indicate, un dovere di osservanza di particolari precauzioni, idonee a scongiurare la produzione di danni agli altri.

Il diverso ragionamento proposto dalla dottrina sopra richiamata, se aveva una propria condivisibile giustificazione nel sistema delineato dall'abrogato D.P.R. 513/97 che non conteneva norme di tenore paragonabile all'attuale art. 28 *bis* del D.P.R. 445/2000, appare

ora difficilmente sostenibile ove rapportato appunto alla previsione normativa di quest'ultima regola, introdotta con la novella del febbraio 2002 in attuazione dell'art. 6 della direttiva CE 1999/93.

Essa stabilisce infatti, per i soli certificatori qualificati e per quelli che garantiscono al pubblico l'affidabilità, un principio di responsabilità oggettiva, con inversione dell'onere probatorio, con riguardo ad alcuni particolari comportamenti.

A meno che non si voglia dare a quest'ultima norma una lettura del tutto particolare, volta a configurare dei nuovi comportamenti, avulsi e diversi da quelli genericamente previsti dall'art. 29 bis, sembra più coerente con il sistema dare a quest'ultima una collocazione sistematica nell'ambito dell'art. 2043: riteniamo infatti che i comportamenti descritti nell'art. 28 bis che determinano una forma di responsabilità aggravata ed oggettiva, potrebbero ben rientrare nell'ambito delle misure comportamentali richiamate dall'art. 29 bis. Ma se il regime probatorio di quest'ultima fosse quello proprio dell'art. 2050 cc. non si giustificerebbe più l'autonoma previsione dell'art. 28 bis che appunto stabilisce l'espresso obbligo della prova contraria in capo al certificatore.

Ritornando alla disamina della previsione normativa del nuovo art. 29 bis, occorre evidenziare come l'elemento colposo ivi indicato, appare assumere le caratteristiche della colpa per omissione **(15)**; se in linea generale si ritiene che l'articolo 2043 sia applicabile in prevalenza in caso di comportamenti attivi, non appare peraltro dubitabile il ricorso a tale principio anche nei casi in cui sia riscontrabile l'omissione di comportamenti espressamente richiesti dalla legge **(16)**.

L'applicabilità dell'art. 2043 cc determina in sostanza che il terzo, che risultasse danneggiato da comportamenti anche omissivi da parte del titolare o del certificatore, tali da non conformarsi al precetto imposto, sarà tuttavia obbligato a provare, oltreché l'esistenza del danno ed il nesso di causalità, anche la mancata adozione di quelle misure organizzative e tecniche pretese dalla norma.

Ma vediamo ora in che cosa possono consistere tali misure organizzative e tecniche.

E' bene anzitutto precisare come la regola esiga comportamenti differenti per le due categorie di soggetti indicati.

La norma non definisce direttamente tali comportamenti: va tuttavia osservato che, nel comma successivo, la legge effettua un elenco dettagliato di comportamenti per il solo certificatore qualificato.

Se quest'ultimo è, nell'ambito della categoria generale dei certificatori, un soggetto che deve fornire dei comportamenti ancora più accorti e con una soglia di attenzione più elevata, appare certo che le misure richieste nel primo comma vanno a collocarsi ad un livello intermedio, fra un comportamento di normale diligenza e quello di elevata attenzione indicato per i certificatori qualificati.

Potrebbero costituire esempi di misure organizzative che fanno capo ad ogni certificatore quelle riguardanti una serie di servizi necessari nei confronti del titolare e dei terzi, in modo

tale che venga attivato un idoneo *call center*, che sia assicurata una pronta assistenza in caso di problemi o di segnalazione di guasti o anomalie del certificato, che siano definite in modo efficace e celere le procedure per il blocco, la sospensione e revoca dei certificati, nonché sia data idonea pubblicità, visibile ai terzi, dei fatti che riguardano la vita e la validità dei certificati stessi.

Sotto un profilo tecnico occorrerà poi che, nel rilascio dei certificati, siano garantite misure di sicurezza proporzionate alla tipologia del certificato ed alla sua qualificazione giuridica, che vengano attivati dei collegamenti on line e telefonici con predisposizione di sistemi alternativi idonei a consentire, anche fuori orario d'ufficio o da ambienti non muniti di un diretto collegamento telefonico, l'attivazione di misure precauzionali e di sicurezza opportune.

Con riguardo poi alla persona del titolare sembra che la norma abbia in particolare voluto stabilire una più elevata soglia di attenzione nell'utilizzo di sistemi di apposizione della firma, che dovranno essere tali da impedire qualsiasi tentativo fraudolento di memorizzazione e copiatura del certificato, di eventuali codici o chiavi biometriche necessari per il loro riconoscimento da parte del sistema.

Inoltre la norma sembra individuare un generico obbligo di comportamento volto ad evitare un uso improprio del dispositivo.

Certamente rientrano fra gli obblighi sia del certificatore che del titolare quelli relativi alle modalità di conservazione delle chiavi secondo le previsioni del d.p.c.m. 8 febbraio 1999: e pertanto l'obbligo di conservazione della chiave privata e del dispositivo che la contiene in modo sicuro, al fine di garantirne l'integrità e la riservatezza, l'obbligo di conservare le informazioni di abilitazione della chiave in luogo diverso dalla chiave stessa, l'obbligo di procedere con celerità ed efficienza alla revoca del certificato ove il titolare ne abbia perduto il controllo.

4. Le responsabilità proprie del certificatore

All'interno della generale ipotesi prevista dall'art. 29 *bis* I comma il sistema ha posto delle ulteriori e più precise norme comportamentali per i certificatori qualificati.

Costoro infatti, ai sensi del novellato testo unico e delle altre norme di seguito richiamate, sono tenuti ad una serie di incombenze, fonti in caso di inadempimento di altrettante ipotesi di responsabilità, che rispondono appunto all'esigenza di rendere tale delicata attività quanto più possibile affidabile e certa, garantendo di conseguenza il definitivo decollo delle procedure negoziali e di commercio a distanza tramite le nuove tecnologie telematiche.

Le norme di seguito richiamate vanno lette nell'ambito del contesto complessivo del sistema, rientrando il certificatore qualificato, nel *genus* dei certificatori: il primo infatti è

dunque, al pari di ogni altro certificatore, tenuto ad adottare genericamente le misure organizzative e tecniche individuate nel I comma dell'art. 29 *bis* e già meglio sopra esaminate.

Ma il senso dell'elencazione di seguito riprodotta assume un proprio rilievo sistematico ove si ponga l'accento sul fatto che essa sembra dover essere comunque ricondotta nell'ambito del concetto di colpa secondo la previsione generale dell'art. 2043: se infatti riteniamo che la regolamentazione degli aspetti di responsabilità debba essere ricompresa nell'alveo della norma ultima citata, allora dovremo ritenere che l'elemento di colpevolezza e di diligenza qualificata applicabile all'attività del certificatore, vada rapportato a comportamenti in cui la valutazione della diligenza media si raffronta con quella più elevata e professionale pretesa nelle regole in commento.

Obblighi organizzativi per i certificatori qualificati

In base all'art. 27 del testo unico 445, i certificatori qualificati, i quali debbono fra l'altro essere in possesso dei requisiti di onorabilità indicati nell'art. 26, sono tenuti ad adottare i seguenti criteri organizzativi:

- dare dimostrazione di affidabilità, sia organizzativa, sia tecnica che finanziaria, per lo svolgimento della loro attività;
- dotarsi di personale tecnicamente idoneo e dotato di quelle conoscenze tecniche e di esperienza pretese dalla norma;
- applicare procedure e metodologie amministrative, gestionali e tecniche adeguate;
- utilizzare sistemi affidabili e prodotti di firma protetti da alterazioni che garantiscano la sicurezza tecnica e crittografica dei procedimenti in adeguamento alle norme interne ed internazionali;
- adottare idonee misure contro la contraffazione dei certificati che garantiscano riservatezza, integrità e sicurezza nella generazione delle chiavi.

Obblighi di identificazione ed informazione per tutti i certificatori

Il nuovo articolo 29 *bis* impone al certificatore una particolare diligenza con riguardo all'identificazione del soggetto utente.

Egli è infatti tenuto ad identificare con certezza la persona fisica che fa richiesta del certificato **(17)** nonchè ad inserire nello stesso, ove ne venga richiesto e con il consenso del terzo interessato, i poteri rappresentativi ed altri titoli relativi all'eventuale attività professionale o alle cariche rivestite.

Nell'effettuazione di detta attività il certificatore dovrà verificare la sussistenza dei requisiti pretesi: con l'obbligo pertanto di compiere ogni necessario ed opportuno accertamento circa l'effettiva esistenza delle funzioni rappresentative **(18)**, delle funzioni

professionali **(19)**, nonché di verificare la eventuale necessità di firme congiunte nei casi prescritti.

Per quanto attiene invece la mera attività di certificazione la normativa prescrive che il rilascio e la pubblicizzazione del certificato elettronico avvengano secondo le modalità e nel rispetto dalle regole tecniche di cui all'articolo 8 comma 2 della legge 31 dicembre 1996 n. 675, provvedendo alla pubblicazione del nominativo del titolare.

Il certificatore è inoltre obbligato:

- ad informare chiaramente e compiutamente coloro che ne facciano richiesta, in relazione alla procedura di certificazione, dei requisiti tecnici necessari per l'accesso, nonché delle caratteristiche e delle limitazioni d'uso dei certificati di firma emessi

- ad adottare le misure di sicurezza per il trattamento dei dati personali **(20)**;

- a non rendersi depositario di dati per la creazione della firma del titolare;

- a procedere alla pubblicazione della revoca e della sospensione dei certificati nei casi previsti dalla legge;

- a porre in essere gli strumenti idonei per consentire la pronta attivazione della procedura di revoca e sospensione su iniziativa oltre che del titolare (nel caso di furto, manomissione o perdita del possesso della chiave), anche del terzo interessato dal quale derivino i poteri del titolare (si pensi al caso di perdita o sospensione dalle funzioni, o nelle ipotesi di provvedimenti disciplinari per gli ordini professionali nei confronti dei professionisti). Inoltre per consentire analoga procedura nelle ipotesi di revoca e sospensione obbligatorie derivanti da provvedimenti dell'autorità giudiziaria o nel caso in cui il certificatore sia venuto a conoscenza di cause limitatrici della capacità di agire del titolare della chiave.

Il certificatore è ancora tenuto a garantire il funzionamento efficiente e puntuale dei servizi di pubblicazione, in particolare che il servizio di revoca e sospensione sia sicuro e tempestivo; onere quest'ultimo che impone la precisa determinazione della data e dell'ora di rilascio, della revoca e della sospensione dei certificati di firma.

Il nuovo articolo 29 *bis* impone poi al certificatore di osservare i seguenti ulteriori obblighi:

- di attenersi al rispetto delle altre regole tecniche previste dall'articolo 8 comma 2 del testo unico;

- di mantenere la registrazione di tutte le informazioni relative al certificato qualificato per almeno 10 anni al fine di fornire prova della certificazione in eventuali procedure giudiziali;

- di non copiare le chiavi private di firma del soggetto cui il certificatore ha fornito il servizio di certificazione;

- di consentire mediante l'utilizzo di mezzi di comunicazione che diano garanzie di durata, l'accesso ad ogni informazione utile per i soggetti che richiedono il servizio di certificazione, fra cui i termini e le condizioni relative all'uso del certificato, sue limitazioni,

l'eventuale esistenza di un sistema di accreditamento facoltativo ed informazioni circa le procedure di reclamo e di risoluzione delle controversie.

Il certificatore è infine tenuto ad utilizzare sistemi affidabili per la gestione del certificato ed ad aggiornare il registro dei certificati con modalità idonee ad impedire abusi, quali l'inserimento di modifiche da parte di persone non autorizzate; dovrà garantire l'autenticità delle informazioni e la loro verificabilità ed infine la trasparenza del sistema in modo tale che l'operatore possa rendersi conto di qualsiasi evento che possa compromettere i requisiti di sicurezza.

La violazione di alcuna delle norme comportamentali di cui sopra comporta pertanto l'assunzione di specifiche responsabilità per il certificatore che dovrà rispondere ai sensi dell'art. 2043 cc.

5. La responsabilità oggettiva

Come già sopra accennato, la legge ha attribuito al certificatore che abbia rilasciato dei certificati qualificati o che abbia garantito al pubblico l'affidabilità dei certificati stessi, obblighi particolarmente onerosi diretti ad elevare ulteriormente la soglia di attenzione, al fine di assicurare ai terzi forme di tutela adeguate al grado di affidamento posto.

Infatti la definizione di certificato qualificato o addirittura la garanzia espressa circa l'affidabilità dei dati resa dal certificatore, inducono i soggetti terzi a confidare legittimamente nella bontà dei dati e delle informazioni ricevute attraverso l'utilizzo del certificato di firma.

Tale affidamento è stato fatto oggetto, da parte del legislatore, di una protezione particolare, specie con riferimento a quei comportamenti riguardo ai quali la posizione del terzo diviene più fragile e vulnerabile.

In questi casi la norma ha voluto tutelare i terzi, attraverso la previsione di ipotesi specifiche di responsabilità aggravata in capo al certificatore che si risolvono in nuovi casi di responsabilità oggettiva con conseguente inversione dell'onere della prova.

In particolare, a norma dell'articolo 28 *bis* del testo unico 445/2000, il certificatore che rilascia al pubblico un certificato qualificato o che garantisce al pubblico l'affidabilità del certificato stesso è obbligato, in caso di danno subito da terzi in conseguenza del suo comportamento omissivo relativamente alle fattispecie ivi indicate, a dimostrare di aver agito senza colpa per evitare di dover procedere al risarcimento.

Si tratta, secondo noi, di una ipotesi di responsabilità cd. oggettiva, ben diversa ed autonoma rispetto a quella indicata nell'art. 2050 per le attività pericolose in generale.

In base alla nuova previsione dunque i certificatori (qualificati) risponderanno direttamente verso i terzi che abbiano fatto ragionevole affidamento:

- sull'esattezza delle informazioni contenute nel certificato alla data del suo rilascio e sulla loro completezza rispetto ai requisiti fissati dalla normativa in vigore per i certificati qualificati;

- sul fatto che al momento del rilascio del certificato il firmatario detenesse i dati per la creazione della firma, corrispondenti a quelli per la verifica della firma riportati o identificati nel certificato;

- sulla garanzia dei dati per la creazione e la verifica della firma e che i medesimi possono essere usati in modo complementare ove il certificatore abbia provveduto alla generazione di entrambi;

- per l'effetto della omissione della registrazione della revoca o della sospensione del certificato.

In tutti questi casi il certificatore potrà liberarsi solamente provando di aver agito senza colpa.

Occorre precisare peraltro come la responsabilità oggettiva del certificatore per i comportamenti indicati nella norma non si estende ai danni derivanti dall'uso di un certificato qualificato utilizzato per attività diverse da quelle espressamente indicate nello stesso, ed inoltre egli non sarà neppure tenuto a rispondere dei danni conseguenti il superamento del valore limite posto nel certificato medesimo **(21)**.

La frammentaria disciplina testé richiamata consente dunque di affermare che il legislatore ha riservato in capo ai certificatori una disciplina delle responsabilità non coerente, avendo in particolare previsto la coesistenza di ipotesi di responsabilità oggettive, comportanti l'inversione dell'onere della prova con riferimento ai certificatori qualificati ed a quelli che abbiano garantito l'affidabilità (art. 28 *bis*), unitamente ad ipotesi di responsabilità sottoposte alla normale disciplina dell'art. 2043 cc., cui soggiacciono invece tutti i certificatori, dove peraltro risulta in alcuni casi elevata la soglia di valutazione degli obblighi di diligenza con conseguente parametrizzazione dell'elemento della colpa secondo criteri più rigorosi.

6. Obblighi del terzo

Spostando l'attenzione sul soggetto finale destinatario del documento informatico sottoscritto con firma elettronica qualificata, va anzitutto rilevato come anch'egli, pur protetto, come visto, in maniera assai consistente dalla normativa esaminata, non sia esente da responsabilità essendo in ogni caso tenuto a comportarsi secondo buona fede.

In modo particolare il soggetto terzo è obbligato ad adottare quelle opportune cautele idonee a consentire l'attribuzione in suo capo di un comportamento "incolpevole".

Va al riguardo ricordato che le modalità particolarmente insidiose con cui si realizza il commercio elettronico e la particolare valenza probatoria assegnata al documento informatico munito di firma forte, comportano anche da parte dei terzi l'onere di attivare talune cautele.

Infatti va detto che l'articolo 28 *bis* del Testo Unico mira a tutelare in modo pregnante solo il comportamento del terzo che abbia fatto affidamento "ragionevole" sul certificato di firma.

La ragionevolezza del comportamento impone tuttavia un particolare onere di cautela in capo al destinatario del documento elettronico in tal modo sottoscritto: egli sarà tenuto anzitutto a verificare eventuali limitazioni o vincoli apposti sul certificato di firma, nonché, ove si tratti di certificati qualificati, alla consultazione immediata (ove ciò non costituisca un automatismo del sistema) dell'elenco dei certificati revocati o sospesi quale pubblicato dall'autorità di certificazione.

Il primo onere di verifica trova il proprio riferimento normativo nell'obbligo, imposto al certificatore, di rendere trasparenti, esatte e complete le informazioni palesate nel certificato **(22)**, connesse alla possibilità, prevista nel III comma dell'art. 28 *bis*, di indicare nello stesso i limiti d'uso o un valore limite per i negozi per i quali il certificato può essere utilizzato. Evidentemente tali informazioni costituendo una incombenza per il certificatore al fine di evitare proprie responsabilità omissive, determinano dall'altra parte un corrispondente dovere di valutazione e di disamina delle relative informazioni.

Il terzo dovrà pertanto preoccuparsi di consultare le caratteristiche proprie del certificato, verificandone i dati identificativi, eventuali particolarità, i suoi limiti temporali e di valore **(23)**.

Con riferimento poi all'onere di consultazione delle liste di revoca e sospensione esso discende direttamente dal quadro normativo quale delineato in base al combinato disposto degli articoli 23, V comma e 28 *bis*, II comma, del D.P.R. 445/2000; il primo stabilisce infatti che la revoca o la sospensione "comunque motivate, hanno effetto dal momento della pubblicazione salvo che il revocante, o chi richiede la sospensione, non dimostri che essa era già a conoscenza di tutte le parti interessate"; il secondo prevede che il Certificatore che non procede con tempestività alla revoca o sospensione "è responsabile, nei confronti dei terzi che facciano ragionevole affidamento sul certificato stesso, dei danni provocati per effetto della mancata registrazione della revoca o sospensione del certificato, salvo che provi di aver agito senza colpa".

Le indicate incombenze, che fanno capo al terzo, rientrano nel normale obbligo di diligenza che la legge pone nell'esecuzione di qualsiasi attività contrattuale.

Riteniamo quindi che ove il terzo omettesse l'adozione di queste elementari, ma necessarie cautele, tornerebbe applicabile il disposto dell'art. 1227 c.c., secondo il quale il risarcimento del danno non è dovuto o è dovuto in misura ridotta se il creditore avrebbe potuto evitarlo usando l'ordinaria diligenza.

Controversa in dottrina è poi la funzione del manuale operativo, con riferimento ad eventuali limiti di responsabilità ivi inseriti, nonché con riguardo ad eventuali limiti quantitativi (tetti massimi) di indennizzo dei danni provocati dal certificatore.

Ci si chiede in sostanza se tali limiti siano validi anche nei confronti dei terzi che abbiano avuto a subire un danno per la illecita o non corretta attività del certificatore, ovvero se essi rilevino solo nel rapporto fra certificatore e titolare della carta **(24)**.

Noi riteniamo che tali limitazioni non siano di norma opponibili ai terzi, volendosi preferire la tesi che ritiene che non si possa vedere instaurato un rapporto di natura

contrattuale fra certificatore ed il terzo che secondo alcuni sorgerebbe nel momento in cui viene fatta richiesta della verifica del certificato o vengono interrogate le liste di revoca o sospensione.

Infatti sembrerebbe eccessivamente oneroso imporre in capo al terzo contraente l'obbligo di dover consultare nel dettaglio i voluminosi manuali operativi delle singole autorità di certificazione, per scoprire le limitazioni di responsabilità e le altre clausole particolari in essi contenute.

La normativa europea sulla tutela del consumatore ed in particolare quella fatta propria dal nostro legislatore sono orientate a non consentire limitazioni di responsabilità unilaterali che non siano state espressamente oggetto di specifica trattativa con il consumatore o sulle quali non sia stata focalizzata espressamente l'attenzione del medesimo.

7. Responsabilità del titolare

Come abbiamo già avuto modo di rilevare il titolare della carta è tenuto in primo luogo, assieme al certificatore, ad adottare tutte le misure organizzative e tecniche idonee ad evitare danni a terzi (art. 29 *bis* del D.P.R. 445).

Ciò costituisce infatti un principio generale che impone per le attività indicate dei livelli di attenzione e di diligenza più elevati rispetto a quelli normali; ne discende, come detto, anche una valutazione della colpa in termini più rigorosi.

Il titolare del certificato sarà quindi tenuto ad adottare proprie misure di sicurezza al fine di evitare la sottrazione del certificato, la memorizzazione o copiatura del codice segreto o di eventuali chiavi biometriche, ed ogni altro accorgimento tecnico ed organizzativo finalizzato ad evitare un uso illegittimo o fraudolento del meccanismo di firma.

Tali obblighi trovano giustificazione nella rilevanza data dal legislatore alla firma elettronica certificata, che appunto fa "piena prova fino a querela di falso" **(25)**.

La dottrina si è già interrogata in merito alla portata di tale precetto, segnalando la particolarità della fattispecie rapportata alla firma digitale.

Così, si è giustamente osservato che si è ben al di fuori del fenomeno "firma elettronica" ogni volta che non vi sia la corrispondenza tra la chiave pubblica e quella privata **(26)**: in tali casi non sarà necessaria nessuna querela, ma basterà che il soggetto interessato rilevi che la firma non gli appartiene.

Diverso è il caso di utilizzo di un certificato non veritiero, consistente nell'emissione di un certificato a nome di persona diversa dal richiedente o a nome di soggetto inesistente; nel primo caso sarà sempre possibile la querela di falso da parte del soggetto che risulta apparentemente intestatario della carta, nel secondo caso non sarà necessario alcunché. Resta naturalmente salva la responsabilità da parte del certificatore negligente.

Ancora non servirà alcuna querela di falso ove il certificato venga utilizzato dal titolare o da terzi, dopo la pubblicazione della revoca o della sospensione, rispettivamente dopo la

scadenza di validità temporale dello stesso. Sarà sufficiente in questi casi che il titolare opponga il fatto della pubblicazione, nelle liste apposite, del provvedimento di sospensione o di revoca.

8. Uso del dispositivo da parte di terzi non autorizzati

Tralasciando dalla attuale analisi i casi estremi di falsificazione del certificato, frutto di sofisticate ed improbabili attività di riproduzione e/o ricostruzione delle chiavi private, vale la pena soffermare l'attenzione sull'utilizzo abusivo del dispositivo di firma da parte di un terzo.

Ciò può essere anzitutto frutto di un uso non consentito del certificato.

Gli esempi sono molteplici e spaziano dai casi di sottrazione del dispositivo con violenza, a quelli in cui un terzo sia in possesso della carta a causa della negligente custodia del titolare.

In questi casi l'utilizzo avviene contro la volontà del titolare che, in apparenza, non può tuttavia negare che sia stata usata la sua firma.

La dottrina ha pertanto giustamente osservato che il titolare del dispositivo non potrebbe neppure contestare la validità del documento affermando in ipotesi che l'utilizzo della chiave è avvenuto contro la propria volontà: infatti il documento appare valido ove sia effettuato conformemente alle prescrizioni di legge.

Ci si chiede tuttavia se in questi casi sia proponibile la querela di falso ed in caso affermativo se essa costituisca l'unico rimedio per evitare l'imputabilità degli effetti giuridici nella sfera del titolare.

Parte della dottrina **(27)** afferma che la tutela del titolare della firma deve fare i conti, fra l'altro, anche con l'incolpevole affidamento dei terzi che non può essere indistintamente sacrificato.

A tal fine viene invocato il principio della apparenza imputabile.

Con tale termine si indicano quelle fattispecie in cui, ancorché una certa situazione di fatto non corrisponda a quella di diritto, per le modalità e/o le circostanze particolari in cui esse si manifestano, viene ingenerata nei terzi la ragionevole convinzione che detta corrispondenza sussista.

Falzea definisce il fenomeno dell'apparenza come "una situazione di fatto che manifesta come reale una situazione giuridica non reale" **(28)**.

Già sotto la vigenza del codice abrogato questo principio era stato riconosciuto, tant'è che venivano fatti salvi i diritti acquisiti da terzi in buona fede ove effettuati nei confronti dell'erede apparente ed a titolo oneroso **(29)**.

La dottrina moderna si è espressa generalmente con favore all'estensione di tale fenomeno anche ad ipotesi diverse, nell'intento di tutelare i soggetti in buona fede rispetto a situazioni di fatto non corrispondenti alla realtà giuridica. Il principio si basa principalmente sulla necessità, sempre maggiore, di favorire la circolazione giuridica dei beni e conseguentemente di attribuire una tutela più forte a vantaggio dei terzi incolpevoli.

Il codice vigente ha infatti accolto in numerose sue norme questo principio; ne formano esempio fra gli altri, l'art. 534 in tema di acquisto dall'erede apparente, l'art. 1159 in tema di usucapione abbreviata, l'art. 1189 con riguardo al pagamento effettuato al creditore apparente, l'art. 1729 relativamente agli atti compiuti dal mandatario prima della conoscenza di una causa di estinzione del mandato e l'art. 1835 con riferimento ai rapporti bancari.

Tuttavia la dottrina si è a lungo interrogata circa la sussistenza di un principio generale che vede nell'apparenza un istituto appartenente ormai all'attuale mondo giuridico, come tale applicabile anche all'infuori dei casi espressamente previsti.

Parte di essa **(30)** si è espressa in maniera negativa sull'esistenza di un siffatto principio generale, mentre altra dottrina **(31)**, cui sembra avere aderito la giurisprudenza **(32)**, ha affermato con vigore l'esistenza dell'apparenza giuridica quale canone generale del diritto applicabile pertanto anche per *analogia iuris*.

Chi si è occupato del problema ha ritenuto costituire presupposti necessari per l'esistenza del fenomeno della apparenza imputabile la coesistenza dei seguenti elementi: essere in presenza di una situazione di fatto non corrispondente allo stato di diritto, l'emergenza di circostanze idonee a trarre in inganno il terzo, il ragionevole convincimento del terzo della conformità dello stato di fatto ad una realtà giuridica, ed infine l'esistenza di un errore scusabile da parte del terzo **(33)**.

Orbene, sembrerebbe che tali elementi si possano riscontrare, nella loro globalità, anche nelle fattispecie ricollegabili al fenomeno del documento informatico ed in modo particolare a quelli con apposizione della firma elettronica qualificata.

Secondo Bianca infatti il soggetto che accetta le regole del commercio elettronico, dotandosi di un valido certificato di firma, concorre a creare situazioni di apparenza talmente forti ed ingannevoli da essere considerate idonee a creare falsi affidamenti; la conseguenza che ne deriva è l'imputazione delle dichiarazioni effettuate al titolare del dispositivo abusivamente utilizzato da terzi, il quale deve rispondere secondo il principio dell'apparenza imputabile **(34)**.

In base al quadro sopra delineato ne deriva, quale logica conseguenza, che in caso di apposizione di firma apocrifa, da parte di un soggetto non legittimato, unico rimedio per il vero titolare che vuole evitare di dover subire comunque le conseguenze dell'abuso, è quello di presentare querela di falso, essendogli preclusa ogni possibilità di disconoscimento.

Ed inoltre, ad ulteriore tutela dei traffici giuridici, il titolare del certificato, vincitore nel procedimento di falso, sarebbe ugualmente costretto a subire gli effetti derivanti dall'illegittimo utilizzo della carta qualora il terzo dimostri la sussistenza degli elementi propri dell'istituto dell'apparenza imputabile **(35)**.

Sotto questo profilo il legislatore italiano, con scelta assai discutibile, ha voluto attribuire al documento informatico munito di firma elettronica qualificata una più pregnante tutela probatoria rispetto a quella prevista dal codice civile nel caso di firma autografa apposta in un documento cartaceo andando certamente al di là di quanto richiesto dalla direttiva europea

1999/93; il contrasto con la norma appare macroscopico in quanto quest'ultima ha semplicemente dato indicazioni per equiparare la firma avanzata a quella autografa.

L'eccesso di protezione per il documento informatico munito di firma qualificata adottato dalla normativa italiana, oltreché in contrasto con le richieste europee, appare eccessivamente proiettato a privilegiare la diffusione e l'utilizzo del documento informatico a scapito di un equilibrato contemperamento degli interessi.

L'assetto normativo attuale potrebbe in verità trovare maggiore giustificazione allorquando saranno praticabili, in quanto sufficientemente affidabili e collaudate da un punto di vista tecnologico, le modalità di abbinamento del certificato di firma alle chiavi biometriche idonee ad associare, senza possibilità quindi di sostituzione di persona, l'uso del dispositivo di firma con il suo reale titolare, scongiurando conseguentemente in massima parte la possibilità di un utilizzo abusivo **(36)**.

Ma negare, allo stato attuale della tecnica, la possibilità del disconoscimento della firma da parte del titolare del certificato, quantomeno nelle medesime ipotesi previste dall'ordinamento nel caso di apposizione della firma olografa, può trovare giustificazione solo considerando la difficoltà di predisporre adeguati strumenti normativi volti a definire circostanze e modalità per consentire una tale dimostrazione **(37)**.

9. Uso del dispositivo da parte di terzi autorizzati dal titolare

Cerchiamo ora di analizzare gli aspetti collegati all'utilizzo del dispositivo di firma da parte di soggetti diversi dal titolare, dietro consenso o autorizzazione di quest'ultimo.

Tale situazione assume significati ed a nostro avviso deve portare a conclusioni differenti, di guisa che il terzo venga o meno messo a conoscenza dell'esistenza di tale consenso.

Il primo caso sembra potersi rientrare nel fenomeno rappresentativo ed esso si manifesta allorquando venga palesata all'esterno la *contemplatio domini* da parte del rappresentante.

Ciò può estrinsecarsi essenzialmente secondo due differenti modalità.

Una prima ipotesi si verifica allorquando il potere rappresentativo risulta incorporato nello stesso certificato di firma; ciò è espressamente previsto nei nuovi articoli *27 bis*, *29 bis* e *29 septies* del D.P.R. 445/2000.

Il caso potrebbe configurarsi attraverso il rilascio di un certificato di firma ad un soggetto che agisce in nome e per conto di un terzo in forza di poteri rappresentativi che vengono appositamente segnalati nell'ambito delle informazioni inserite all'interno del certificato.

L'ipotesi, praticamente speculare rispetto a quanto avviene di norma nel mondo cartaceo, consente al terzo contraente di porre in essere tutti i medesimi controlli e verifiche circa l'effettività dei poteri, relativi limiti, scadenze e sostituzioni; infatti l'eventuale revoca, sospensione o limitazione dei poteri rappresentativi deve essere idoneamente segnalata dal

certificatore una volta che gli vengano comunicate dal titolare o dal terzo interessato le circostanze in base alle quali viene modificato o interrotto il potere rappresentativo. L'inerzia colpevole nell'effettuare la pubblicità dell'evento modificativo della validità del certificato è fonte di responsabilità extracontrattuale, nei riguardi dei terzi, per il certificatore, per il terzo interessato e per il titolare; è fonte altresì di responsabilità contrattuale all'interno dei soggetti sopra elencati.

Un'altra ipotesi si realizza allorché il rappresentante utilizza la propria chiave di firma dichiarando espressamente di agire in rappresentanza di altri.

Qui entrano in gioco tutte le normali regole sulla rappresentanza.

Così occorrerà che il rappresentante dimostri l'esistenza del proprio titolo rappresentativo (procura) che potrà essere a propria volta costituito da un documento cartaceo o informatico ed in quest'ultimo caso dovrà essere firmato digitalmente dal rappresentato.

La mancanza di un valido potere rappresentativo esporrà il rappresentante alle medesime regole di responsabilità stabilite per il "*falsus procurator*" (art. 1398) ed impedirà all'atto di produrre i suoi effetti nella sfera giuridica del rappresentato, salva naturalmente la facoltà di ratifica.

In questi casi non ci pare di poter cogliere nel fenomeno aspetti particolari che impongono la ricerca di soluzioni differenti rispetto a quelle del mondo cartaceo.

Più problematica appare invece la situazione allorché venga utilizzato da terzi un certificato di firma senza che sia in alcun modo palesato il consenso al suo utilizzo in forza di un potere rappresentativo o di un mandato.

E' evidente che in questi casi il destinatario del documento firmato in modo digitale, non è di norma in grado di conoscere, dalla semplice analisi del documento, se la firma è stata effettivamente apposta dal suo titolare o da terzi.

Qualche autore non ha contestato la liceità dell'operazione inquadrandola anch'essa nell'ambito della rappresentanza **(38)**. Con la differenza – si è detto - che in questo caso, viceversa che nel mondo cartaceo, il rappresentante non avrebbe la necessità di evidenziare l'esistenza dell'incarico da parte del titolare, in quanto lo stesso utilizzo della chiave di proprietà del mandante comporta la diretta imputazione degli effetti dell'atto in capo a quest'ultimo; si è anche affermato che ciò deriverebbe dal principio secondo cui l'imputazione dell'atto al titolare può risultare da qualsiasi circostanza e dalle modalità in cui la spendita del nome è compiuta. Ed essa, nell'ipotesi di specie, appare insita nel fatto dell'utilizzo consentito della chiave privata.

A noi sembra invece che, nell'ipotesi considerata, non si rientri più nell'ambito della rappresentanza in quanto manca la distinzione formale tra rappresentante e rappresentato. La dottrina ha già ampiamente in passato posto il lume tale differenza chiarendo che altra cosa è agire in nome altrui ed altra è agire sotto nome o veste altrui: nel primo caso si rientra nel campo della rappresentanza diretta, nel secondo no **(39)**.

Di norma infatti colui che avesse ricevuto un incarico, anche tacito, da parte di un altro soggetto, spende il nome di quest'ultimo; ma nel mondo informatico, se ciò non avviene il terzo rimane oggettivamente persuaso di contrarre direttamente con il soggetto in capo al quale sono indirizzati gli effetti dell'atto.

In sostanza il terzo contraente non sa, né può sapere, che chi appone la firma è persona diversa dal suo titolare e pertanto non è neppure tenuto ad effettuare quelle verifiche che la presenza di un potere di rappresentanza determinerebbero.

Non si può non cogliere in questo meccanismo degli aspetti di grande pericolosità sociale, correlati alla facilità di un utilizzo indiscriminato dello strumento, senza che a ciò sia associata una idonea protezione da parte del sistema.

In questa sede ci sentiamo pertanto di contestare la liceità di un utilizzo della *smart card* contenente un dispositivo di firma elettronica qualificata **(40)** da parte di soggetti terzi, ancorché ciò sia stato "consentito" direttamente dal suo titolare; ed ancora di ritenere che tale prassi non possa in alcun modo rientrare tout court nel fenomeno della rappresentanza.

Inoltre, se in linea di principio il conferimento dei poteri rappresentativi può essere effettuato anche tacitamente, mediante comportamenti concludenti **(41)**, ciò non potrà di certo ritenersi consentito nei casi in cui particolari regole di forma siano prescritte dalla legge per la validità del negozio sottostante, come ad esempio nei negozi aventi ad oggetto trasferimenti di diritti immobiliari: in questi casi occorrerà comunque il previo rilascio di una procura scritta o rilasciata con modalità a tale forma dalla legge equiparate **(42)**.

Altro argomento, a contestazione delle teorie sopra indicate, risiede nella considerazione che diversamente opinando verrebbero completamente superati tutti i limiti imposti dalla legge in tema di capacità del rappresentante e del rappresentato: poiché infatti non è conoscibile l'identità del soggetto che appone di fatto la firma elettronica al posto del titolare, diventa anche inutile o impossibile ogni indagine in merito alla capacità di agire, di intendere e di volere del rappresentante (art. 1389 cc). Come pure senza possibilità di applicazione risulterebbe la normativa dettata con riguardo ai vizi della volontà del rappresentante (art. 1390).

Ancora prive di pratica rilevanza sarebbero le norme in tema di buona o mala fede o di ignoranza di determinate circostanze con riguardo alla persona del rappresentante per gli effetti di quanto prescritto dall'art. 1391 cc.

Con la conseguenza che un minorenni o un incapace potrebbero, in quanto incaricati dal titolare, concludere in nome suo dei validi negozi giuridici usando il meccanismo di firma di quest'ultimo.

L'illiceità della prassi di un utilizzo "consentito" della firma elettronica appare ancora più palese se l'analisi del fenomeno si sposta sul campo dell'abbinamento della firma con particolari funzioni.

Ricordiamo infatti che l'art. 27 *bis* del D.P.R. 445/2000 prevede che i certificati qualificati possono contenere informazioni relative all'appartenenza ad ordini o collegi professionali,

l'iscrizione ad albi o il possesso di altre abilitazioni professionali, nonché poteri di rappresentanza **(43)**.

Alla norma si ricollega l'articolo 11 comma 3 del D.P.C.M. 8 febbraio 1999 che stabilisce che possono essere indicati nel certificato "eventuali poteri di rappresentanza ed abilitazioni professionali".

Nella pratica ciò è stato ad esempio attuato da parte del notariato che ha proceduto ad accreditarsi come autorità di certificazione per i soli notai iscritti a ruolo ed i certificati distribuiti contengono l'informazione circa la funzione notarile del titolare **(44)**.

Altri casi in cui il certificato di firma può contenere l'enunciazione del potere di rappresentanza in capo al suo titolare ai sensi dei già richiamati articoli 27 *bis*, 29 *bis*, e 29 *septies* del D.P.R. 445/2000 sono quelli riguardanti gli amministratori di società o enti, nonché i sindaci o i revisori contabili; l'utilizzo dello strumento elettronico può pertanto essere utilizzato da costoro nell'ambito dell'esercizio delle funzioni alle quali risultano investiti per consentire un invio telematico di documenti sottoscritti digitalmente nel rispetto delle prescrizioni di legge **(45)**.

Anche in questi casi il certificato di firma che contiene delle particolari indicazioni in relazione alle funzioni rivestite dal suo titolare, deve ottenere il previo controllo della pubblica autorità preposta alla verifica della funzione stessa ovvero dovrà essere autorizzato dall'autorità a cui il sistema assegna il compito di vigilanza.

Anche quegli autori che ritengono in generale non sanzionabile l'uso consentito del certificato di firma, sono costretti in queste ipotesi a cambiare radicalmente opinione, sostenendone viceversa il divieto.

Infatti – si dice – diversamente ragionando, si dovrebbe affermare che l'avvento del sistema della firma digitale ha stravolto i principi generali del diritto in materia di indelegabilità delle funzioni all'infuori dei casi espressamente previsti dalla legge. Con la conseguenza che dovrebbero ritenersi leciti comportamenti quali quelli di un magistrato che faccia firmare digitalmente un ordine di cattura da parte del cancelliere o del segretario (cui avesse consegnato il proprio dispositivo elettronico ed indicato altresì il proprio PIN segreto), quello di un amministratore di una società di capitali che faccia sottoscrivere i bilanci redatti in forma informatica da chi elabora le relative scritture contabili o da terzi ai quali venga a tal fine consegnato il dispositivo, quello dei sindaci di una società di capitali che consentano a terzi la sottoscrizione della relazione al bilancio di esercizio.

Se dunque in questi casi non può porsi alcun dubbio sul divieto di utilizzo del dispositivo da parte di soggetti estranei, sembra oltremodo difficile, in assenza di una espressa disposizione di legge al riguardo, la coesistenza all'interno dell'unico sistema normativo della firma elettronica qualificata, di un regime ibrido che consenta talvolta la delega dell'uso della firma propria ed altre volte ne stabilisca il divieto.

10. Rilevanza penale

Le conclusioni cui è sembrato di giungere in base alla ricostruzione sopra effettuata del fenomeno, non sembrano mutare ove l'indagine venga spostata sul piano della sua rilevanza penale.

A noi pari anzitutto che l'utilizzo, autorizzato o meno, di un dispositivo di firma elettronica qualificata da parte di un soggetto diverso dal titolare, sia comportamento analogo a quello di chi appone una firma apocrifa su invito o con il consenso dell'apparente titolare **(46)**.

La tesi qui sostenuta trova anzitutto un riferimento normativo nella stessa legge che equipara l'apposizione della firma digitale forte a quella autografa **(47)**.

Ove si condividesse tale linea ne discenderebbe la sostanziale non corrispondenza al vero di entrambe le fattispecie, nonché la loro estrinseca attitudine ingannatoria, al pari di qualsiasi altra manipolazione della realtà, preordinata ad ingannare il pubblico e/o ad ingenerare in esso convinzioni errate.

Discussa è tuttavia la loro rilevanza penale.

Con riferimento in particolare al cd. falso consentito **(48)**, la dottrina ha rilevato come la figura debba essere trattata al pari del falso innocuo che consiste nella falsificazione di documenti sforniti di efficacia probatoria legale **(49)**.

Più in particolare la soluzione circa i limiti di punibilità di tali fattispecie potenzialmente lesive degli interessi individuati dalla norma penale, va ricercata appunto nella verifica della effettiva lesione.

Appurato infatti che entrambe le situazioni non rientrano direttamente ed in modo esplicito nella previsione della norma penale **(50)**, ai fini della loro punibilità ci si è interrogati circa la potenziale offesa degli interessi tutelati.

L'indagine è stata mossa dapprima valutando se davvero l'oggetto di tutela dei reati di falso documentale sia esclusivamente la tutela della pubblica fede **(51)** ovvero se essa risulti protetta solamente se abbinata all'ulteriore interesse probatorio connesso alla funzione dell'atto falsificato ovvero agli interessi patrimoniali eventualmente collegati alla condotta falsificatoria **(52)**.

Secondo una più moderna ricostruzione la fattispecie delittuosa sarebbe più precisamente posta a salvaguardia della fede pubblica, intesa quale affidamento collettivo sulla genuinità del documento, sempreché sia ad essa ricollegato lo scopo di garantire l'idoneità probatoria del documento riguardo ad una determinata situazione giuridica o di fatto.

E pertanto si è detto che solo ove risulti aggredita la funzione probatoria tipica del documento, sia esso un atto pubblico o autenticato da pubblico ufficiale, ma anche nel caso di scrittura privata autentica **(53)**, risulta proporzionato l'intervento penalistico. In questa ottica il falso documentale diviene un fatto lesivo dell'efficacia probatoria propria di determinate scritture, dando vita ad una apparenza di paternità documentale; viceversa altre condotte

abusive che non ricadono su documenti provvisti di una tale efficacia probatoria vengono a gravitare in un ambito extrapenale **(54)**.

Con riferimento poi alla documentazione prodotta mediante le nuove tecnologie si è giustamente operata una distinzione fra le due diverse figure dell'autore apparente della firma e di colui che in concreto appone la sottoscrizione; evidenziandosi come il momento della apposizione della sottoscrizione attenga fundamentalmente proprio al tema (tutelato) della funzione probatoria degli atti.

Si è quindi messa in luce una nuova prospettiva in materia di falsità documentali che correttamente sembra attribuire significato pregnante alla tutela costituzionalmente garantita del buon andamento-funzionamento della pubblica amministrazione **(55)**: affermandosi che il potere documentale rilevante ai fini penalistici è quello inquadrabile nei poteri pubblicistici facenti capo alla pubblica amministrazione in senso ampio e comprensivo del potere strumentale alla formazione di atti forniti di prova legale.

Su questi presupposti si è dunque sostenuto che il falso documentale, anche quello cd. consentito e quello innocuo, ove determina un fatto lesivo del sistema probatorio c.d. legale, è idoneo a ledere gli interessi tutelati dalla legge penale.

Il privilegio di prova legale è stato assegnato dalle norme civilistiche (art. 2699), in primo luogo all'atto pubblico: qui l'efficacia probatoria riguarda sia la provenienza del documento che le dichiarazioni delle parti che il pubblico ufficiale attesta essere avvenute in sua presenza.

Ma anche la scrittura privata, ove autenticata o sia stata riconosciuta è destinata a far piena prova fino a querela di falso della provenienza delle dichiarazioni da parte di chi lo ha sottoscritto.

In entrambi questi casi si ritiene che la loro falsificazione possa e debba rientrare tra le ipotesi penalmente rilevanti.

Di contro tale effetto non esiste nelle scritture private non riconosciute: infatti qui manca la presunzione probatoria legale quale definita negli altri casi sopra prospettati; e pertanto la condotta falsificatrice avente ad oggetto materiale un documento privato non riconosciuto o non autenticato, non cade su un mezzo di prova legale, ma su un oggetto che come qualsiasi altro può essere liberamente utilizzato quale mezzo di prova, senza efficacia probatoria legale tipica documentale.

Se queste conclusioni sono esatte, allora non potremo che concludere, ancora una volta, che le medesime regole adottate nel caso di scrittura privata riconosciuta, debbono essere utilizzate anche nel caso del documento informatico sottoscritto con firma elettronica avanzata, atteso che ai sensi dell'art. 10, III comma del Testo Unico 445/2000 esso è equiparato alla scrittura autografa, facendo piena prova, fino a querela di falso, della provenienza delle dichiarazioni da chi l'ha sottoscritto.

Con l'aggravante, rispetto al caso della scrittura privata autentica in formato cartaceo, che non è neppure consentito il disconoscimento, in quanto il riconoscimento è avvenuto *ex lege* **(56)**.

E pertanto, come giustamente è stato da altri rilevato **(57)**, se il riconoscimento o il mancato disconoscimento del documento privato falso consentono la realizzazione dell'effetto tipico della dichiarazione di paternità documentale, ancorché essa costituisca espressione di un potere a contenuto dispositivo, non può di certo costituire materia disponibile l'attribuzione, con valore di prova legale, della paternità di un documento non proprio.

Le valutazioni sopra effettuate, consentono di ribadire che, quanto meno con riferimento ai dispositivi di firma "forte", cioè di quelli cui l'attuale normativa assegna la validità di scrittura privata con prova fino a querela di falso, esiste un divieto, insito nello sistema stesso e penalmente rilevante, che impedisce al titolare del dispositivo di firma di consentirne l'utilizzo ad altri.

11. Note conclusive

Qualche finale considerazione va posta anche con riguardo alla possibilità, ammessa dalla attuale normativa, di procedere alla apposizione della firma, non già mediante il semplice inserimento della carta nel lettore unitamente alla digitazione di un numero di PIN segreto, ma attraverso l'abbinamento della *smart card* con una chiave biometria (impronta digitale, iride ecc...) **(58)**.

La mancata diffusione di un tale sistema di firma elettronica, che va imputata allo stato ancora non sufficientemente avanzato della tecnologia e della sperimentazione, assume in prospettiva futura connotati di enorme interesse poiché esso sembra fornire garanzie di maggiore sicurezza e tutela nell'ambito del commercio elettronico.

Appare infatti ben chiaro come tale soluzione affrancherà l'attuale dibattito circa la compatibilità di utilizzo del dispositivo di firma da parte di soggetti diversi dal titolare (ancorché con il consenso di quest'ultimo), con grande vantaggio per la certezza dei rapporti giuridici e per una più marcata tutela di tutti i soggetti coinvolti nella transazione elettronica.

A noi sembra tuttavia che l'eventuale consolidamento di questa nuova tecnologia dovrà determinare il ripensamento del quadro normativo in vigore, quanto meno al fine di operare delle distinzioni in termini di rilevanza negoziale e/o probatoria, da assegnare in relazione all'utilizzo delle singole fattispecie di abbinamento delle chiavi di firma con tali ulteriori strumenti offerti dalla tecnologia: occorrerà infatti riconoscere che in questi casi ci si trova di fronte ad una ulteriore ipotesi di firma digitale (avanzatissima?), con valenza di prova ancora più forte di quella attuale, oppure, come crediamo, si dovrà riconsiderare il sistema delle prove proposto oggi dal nostro legislatore nei casi di utilizzo dei sistemi di firma elettronica qualificata.

-
- (1) Ai fini del presente studio quando si parla genericamente di firma elettronica qualificata, ci si riferisce sia alla cd. firma forte (firma digitale) rilasciata da uno dei certificatori qualificati inseriti nell'elenco tenuto dall'A.I.P.A., sia a quelli rilasciati da certificatori diversi ai sensi dell'art. 10, comma V, del D.P.R. 445/2000.
 - (2) Intendendosi per tale quella appunto rilasciata esclusivamente da certificatori qualificati ed inseriti nell'elenco ufficiale tenuto da AIPA.
 - (3) Si veda l'originario art. 28 del D.P.R. 445/2000.
 - (4) Così R. ZAGAMI in *"Firma digitale e sicurezza giuridica"*, Padova 2000, 132.
 - (5) Cfr. nuovo art. 26 del D.P.R. 445/2000.
 - (6) Infatti ai sensi del nuovo art. 26, comma III introdotto con l'art. 10 del D.P.R. 137/2003, ai certificatori qualificati ed a quelli accreditati aventi sede stabile in altri paesi della Comunità si applicano solamente le rispettive norme di recepimento della direttiva 1999/93/CE.
 - (7) Il precedente art. 28 del D.P.R. 445 così recitava: "Chiunque intenda utilizzare un sistema di chiavi asimmetriche o della firma digitale, è tenuto ad adottare tutte le misure organizzative e tecniche idonee ad evitare danno ad altri."
 - (8) Ora definito "titolare" nel testo del nuovo art. 29 - bis.
 - (9) Cfr. G. FINOCCHIARO, *La firma digitale*, Bologna 2000, 92.
 - (10) Così G. FINOCCHIARO, *La firma digitale*, Bologna 2000, 94.
 - (11) Cfr. M. MICCOLI, in *Documento e commercio telematico*, p. 78 segg.
 - (12) Così M. FRANZONI, in *Commentario del Codice Civile Scialoja – Branca*, sub art. 2050.
 - (13) Introdotto in base all'art. 7 del D.Lgs. 23 febbraio 2002 n. 10.
 - (14) Cioè di quelle attività pericolose che possono comportare danni diretti alle persone ed alla loro incolumità fisica
 - (15) Così G. ALPA – M. BESSONE: *I fatti illeciti*, in *Trattato di diritto privato diretto da Pietro Rescigno*, vol. 14, Torino, 1982, 294.
 - (16) Sulla colpa omissiva e sulla tipicità che si costruisce in quest'area dell'illecito: v. G. ALPA, *Il problema della atipicità dell'illecito*, Napoli, 1979.
 - (17) E' incerta la possibilità di rilasciare certificati di firma a persone giuridiche ... o altri soggetti di diritto diversi da persone fisiche.
 - (18) Quali ad es. quelle di legale rappresentante o di amministratore di un ente.
 - (19) Nel caso di rilascio di certificati a magistrati, notai o a liberi professionisti iscritti in albi o elenchi, la certificazione della funzione può avvenire esclusivamente attraverso l'intervento del soggetto istituzionalmente a ciò preposto (Presidente del Consiglio dell'Ordine professionale, Ministero ecc...) .
 - (20) Ai sensi dell'art. 15, comma II della legge 31 dicembre 1996 n. 675.
 - (21) L'art. 28 bis, III° comma del testo unico 445/2000, consente infatti di limitare l'utilizzo del certificato di firma a determinate attività o all'interno di determinati valori prestabiliti nello stesso.
 - (22) Cfr. art. 28 bis del D.P.R. 445/2000.
 - (23) In tal senso è da ritenere che il terzo sia tenuto altresì a consultare il manuale operativo con riferimento particolare alle informazioni attinenti gli eventuali vincoli o limitazioni che dovessero emergere dal certificato di firma.
 - (24) Secondo C.M. BIANCA, in *Diritto civile*, volume IV°, *La responsabilità*, Milano 1994, p. 70 ss., sarebbe ammissibile un atto di esonero di responsabilità extracontrattuale per colpa lieve, sempre che l'oggetto del patto sia sufficientemente determinato.
 - (25) Cfr. art. 10, III° comma del D.P.R. 445/2000.
 - (26) Così C.M. BIANCA in *Studium Iuris* n. 12/2002 *"La firma elettronica: si apre un nuovo capitolo"*, p. 1432.

- (27) Cfr. C. M. BIANCA in *Studium Iuris* 10/1998, 1035 ed in medesima rivista 12/2002, *cit.* p. 1432.
- (28) A. FALZEA, *Apparenza*, in *Enc. Dir.* II, Milano, 1958, 682 ss.
- (29) Cfr. art. 933 del codice civile abrogato.
- (30) Cfr. R. NICOLÒ, *La c.d. procura apparente*, in *Foro Lomb.* 1935, I, 599 ss.; G. STOLFI, *Note minime sull'apparenza del diritto*, in *Giur. It.* 1976, I, 1, 797.
- (31) A. FALZEA, *op. cit.*; con riferimento particolare all'apparenza rappresentativa M. BESSONE, *Apparenza del potere di rappresentanza e responsabilità verso i terzi*, in *Riv. Dir. Civ.* 1967, II, 376 ss.
- (32) Per tutte cfr. Cass. sez. II, 19-2-1993 n. 2020 in *Foro It.* 1994, I, 159 ss.
- (33) M. BESSONE – M. DI PAOLO, voce *Apparenza*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*.
- (34) C. M. BIANCA, *I contratti digitali*, in *Studium Iuris*, 10/1998, 1038. Si veda anche, ma non con riferimento al documento informatico, M. BESSONE, *Apparenza del potere di rappresentanza e responsabilità verso i terzi*, in *Riv. Dir. Civ.* 1967, II, 376; E. ROPPO, *Apparenza di procura e imputazione al dominus degli effetti del contratto stipulato dal mandataire apparent*, in *Foro It.* 1971, IV, 375.
- (35) Secondo R. CLARIZIA, *Il commercio elettronico: gli aspetti giuridici generali e le problematiche contrattuali*, in *Riv. Not.* 1999, 1437, la buona fede del terzo si presume.
- (36) Ma anche i sensori biometrici non sono di per sé immuni da rischi essendo possibili riproduzioni abusive dei caratteri di riconoscimento biometrici attraverso una replica informatica dei dati elettronici che riconoscono l'elemento biologico (impronta, iride, odore ...) contemplato.
- (37) Così M. NASTRI – E. SANTANGELO in *Firme elettroniche e sigilli informatici*, in *Vita Notarile* 2002, II parte, p. 1118.
- (38) Cfr. M. MICCOLI, *Documento e commercio telematico*, Milano 1998, 35 ss.; C.M. BIANCA, *I contratti digitali cit.*, 1038; R. ZAGAMI, *op. cit.*, 281 ss.; U. BECHINI e M. MICCOLI, *Attuazione della direttiva europea sulla firma elettronica, ovvero la forma "sine probatione"* in *Notariato* 3/2002, 327 ss.
- (39) Cfr. G. PIAZZA, *Negoziato sotto nome altrui*, in *Enc. del dir.*, vol. XXVIII, Milano 1978, 119 ss.
- (40) Che quindi si pone come equiparata alla firma autografa salvo la querela di falso.
- (41) Ma in tali casi, il conferimento della rappresentanza è come visto di norma palesato e manifestato e pertanto il terzo è ben consapevole della sua esistenza.
- (42) Ad es. con modalità informatiche.
- (43) Cfr. art. 27 *bis* comma 3, del D.P.R. 445/2000 introdotto con il D.P.R. 137/2003, comma 3.
- (44) Il Notariato ha dato vita ad una propria struttura tecnica ed informatica, ponendo in essere le condizioni richieste dalla legge, per essere autonomamente incluso nell'elenco ufficiale dei certificatori abilitati. Il Consiglio Nazionale del Notariato ha quindi proceduto alla distribuzione dei dispositivi di firma elettronica avanzata a tutti i notai in esercizio con il limite vincolante che tali dispositivi possono essere utilizzati esclusivamente nell'esercizio della funzione notarile; il richiamo alla particolare funzione notarile del titolare del certificato è espressamente indicato ed appare all'interno del dispositivo, come tale leggibile da qualunque destinatario finale del documento in tal modo sottoscritto.
- Ne consegue che la apposizione di tale firma elettronica da parte del notaio, determina l'abbinamento della firma propria di notaio e del sigillo notarile. In relazione a tali certificati, le procedure di rilascio, sospensione e revoca vengono naturalmente effettuate tenendo presente anche le speciali disposizioni in materia, previste dalla legge notarile del 16 febbraio 1913 n. 89.
- (45) Si pensi all'invio di dichiarazioni, certificazioni, documenti all'Ufficio del Registro delle Imprese, ad Uffici fiscali, ecc.
- (46) Sul punto dobbiamo segnalare peraltro che alcuni autori ritengono lecito tale utilizzo, ove la firma elettronica non sia associata a particolari funzioni del titolare: in tale ottica C. M. BIANCA, *I contratti digitali* in *Studium Iuris*, 1998, p. 1038; U. BECHINI e M. MICCOLI, *La forma sine probatione*, in *Notariato*, 2002, 332; R. ZAGAMI, *Firma digitale e sicurezza giuridica*, Padova 2000, p. 279.
- (47) Vedi art. 10 del D.P.R. 445/2000.
- (48) Cfr. F. BRICOLA, *Il problema del falso consentito*, in *Riv. It. Dir. Pen.* 1959, 272 ss.

- (49) Cfr. S. PREZIOSI, *Falso innocuo e falso consentito: spunti problematici sul bene protetto*, in *Le falsità documentali a cura di F. RAMACCI*, Padova 2001, p. 173.
- (50) Si è parlato in proposito di falso atipico; cfr. S. PREZIOSI, *Falso innocuo e falso consentito ... cit.*, 173.
- (51) Così anche da ultimo Cass. Pen. Sez. I, 29 gennaio 1996; così BALESTRIERI, in *Cass. Pen.*, 1997, 408 ss.
- (52) Così ZAZA, *L'oggetto giuridico del reato, Un'analisi giurisprudenziale*, 1999, 177.
- (53) Ma non anche autenticata da un pubblico ufficiale.
- (54) Cfr. R. RAMPONI, *Il problema del bene giuridico nelle falsità documentali*, in *Le falsità documentali a cura di F. RAMACCI*, Padova 2001, p. 139 e stesso autore in *La falsità ideologica nel sistema del falso documentale*, 1965, p. 226.
- (55) Così R. RAMPONI, *op. cit.*, 140.
- (56) Vedi in tal senso chiaramente G. FINOCCHIARO in *La firma digitale*, Bologna 2000, 69.
- (57) Cfr. S. PREZIOSI, *op. cit.*, 195; in verità l'autore sembra poi giungere, per il documento informatico, a conclusioni differenti rispetto a quelle da noi sostenute, in quanto all'epoca del saggio citato non era ancora stata emanato l'art. 6 del D.lgs. 23 febbraio 2002 n. 10 che in materia ha appunto sconvolto l'efficacia probatoria del documento informatico sottoscritto con firma digitale avanzata. Ora tale documento assume appunto piena prova fino a querela e non appare appunto disconoscibile dal titolare del certificato medesimo. Le nostre conclusioni sembrano pertanto coerenti con i principi generali in tema posti da Preziosi.
- (58) Cfr. R. ZAGAMI in *Firma digitale e sicurezza giuridica*, Padova 2000, nota a p. 272.

(Riproduzione riservata)