



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SALERNO
DIPARTIMENTO
DIRITTI DELLA PERSONA E COMPARAZIONE

DOTTORATO DI RICERCA
Comparazione e diritti della persona
X ciclo nuova serie

TESI DI DOTTORATO

ATTO NOTARILE E FORME DIGITALI

Coordinatore
Ch.mo Prof. Pasquale Stanzione

Tutor
Ch.mo Prof. Gelsomina Salito

Dottoranda
Manuela Milanese

Anno accademico 2010 - 2011

*A mio Padre
Dino*

Si ringraziano:

dott. M. Nastri Notaio in Ercolano

*dott.sa M. del Rocío Dieguez Oliva – Profesora Contractada de derecho Civil -
Universidad de Málaga*

*dott. E.A. Gaete Gonzalez – Profesor Titular de derecho internacional publico
- Universidad de Valparaiso y Notarial Argentina*

INDICE SOMMARIO

PrefazioneI

ResumenIX

Capitolo I

Introduzione e studio della materia

1.1 Cenni e rinvii 1

1.2 Documento cartaceo e documento informatico6

1.3 Firma elettronica e firma digitale10

1.4 Firma digitale e sottoscrizione18

Capitolo II

Il documento notarile informatico

2.1 L'atto pubblico notarile: l'evoluzione verso il supporto informatico26

2.2 Il ruolo del notaio31

 2.2.1 *La validità del documento informatico*40

2.3 Efficacia probatoria e garanzie del documento pubblico informatico42

 2.3.1 *La firma autenticata*54

INDICE SOMMARIO

<i>2.3.2 Uso illegittimo della chiave privata</i>	<i>59</i>
---	-----------

Capitolo III

Conservazione del documento

3.1 La conservazione del documento notarile informatico	62
3.2 Le copie degli atti informatici	71
3.3 Le copie esecutive: problematiche sottese	77

Capitolo IV

<i>Profili comparatistici</i>	<i>81</i>
-------------------------------------	-----------

Prefazione

La moderna società impone oggi rapidità e dinamicità negli scambi, de-localizzazione delle transazioni e de-materializzazione dei titoli e documenti. Così, in sintonia con l'evoluzione tecnologica, si sono diffusi nuovi strumenti di documentazione alternativi a quelli tradizionali che si caratterizzano per l'assenza della materialità; questo ha comportato notevoli cambiamenti e nuove opportunità nel campo delle attività negoziali tra i privati e nei rapporti con la P.A.

Il presente lavoro partendo dalle caratteristiche proprie del documento cartaceo, analizza l'evoluzione verso il documento informatico nella sua classica formulazione quale rappresentazione di atti, fatti e dati, ponendo in risalto la distinzione tra documento e forma, lì dove per documento s'intende l'entità materiale (il supporto) su cui l'impressione di segni grafici permette di rappresentare un fatto storico, mentre la forma attiene all'attività di documentazione attraverso cui si

manifesta il pensiero (elemento intrinseco espressivo della volontà). Il documento assolve la sua massima espressione nell'ambito del sistema delle prove civili e seppure associato da sempre al foglio cartaceo, qualsiasi supporto in grado di registrare la volontà espressa è astrattamente idoneo sul piano probatorio. Tra i documenti cartacei assume rilevanza l'atto notarile che, a fronte della immediatezza di formazione, offre garanzie di sicurezza non assolute ma nel complesso idonee per funzionare da mezzo di prova. Poiché nessuna norma impone che il supporto materiale del documento sia esclusivamente quello cartaceo, ne deriva che quanto basta a soddisfare il concetto di "scritto" è che si lasci una traccia duratura e, quindi, leggibile sia al momento della scrittura sia a distanza di tempo, a prescindere dal tipo di alfabeto e di supporto utilizzato.

Preme evidenziare che tutte le problematiche attinenti al documento informatico non riguardano quei casi in cui lo strumento informatico contribuisce alla formazione e/o alla trasmissione del documento

tradizionale, bensì quelle ipotesi in cui la dichiarazione negoziale viene formata e custodita attraverso il supporto elettronico. Per tale ragione, lo studio dell'intera materia avrà riguardo al solo documento informatico "nativo".

Sul piano definitorio, il documento digitale rappresenta un particolare tipo di supporto, mentre la «forma digitale» o «elettronica» è un possibile modo di esprimere la volontà negoziale. Più segnatamente, il documento elettronico si caratterizza per la carenza di una base materiale tangibile e, per la medesima ragione, di una firma materialmente riconoscibile. Il suo oggetto è un messaggio in un linguaggio convenzionale (*bit*) che viene scritto con sistema binario, cioè un sistema matematico basato su due cifre 1 e 0 – con una combinazione pressoché infinita – su supporto materiale mobile (floppy disk, hard disk, compact disk) e destinato a durare nel tempo. I documenti elettronici in quanto documenti formati su supporto magnetico, elettronico o ottico, presentano un contenuto totalmente svincolato dal supporto ed in

passato ci si è interrogati sulla possibilità di considerarli “atti scritti”. Attualmente è possibile affermare che il supporto cartaceo e il supporto digitale sono divenuti equivalenti: cosicché all'atto digitale possono essere allegati documenti formati digitalmente o documenti formati su carta e poi resi digitali; viceversa, all'atto cartaceo può essere allegata la stampa del documento formato digitalmente. Se dunque l'immaterialità, o meglio la dematerializzazione del documento informatico non costituisce più un problema, le difficoltà emergono con riferimento alla sua integrità ed imputabilità; si tratta cioè di garantire la provenienza e l'immutabilità, entrambe esigenze che nel documento tradizionale sono garantite dalla materialità del supporto (la carta) e dalla sottoscrizione autografa dell'atto. Invero, il documento elettronico non può evidentemente essere sottoscritto in modo tradizionale mediante l'apposizione autografa del nome e del cognome dell'autore, pertanto, la soluzione a tali ostacoli è offerta dalla firma digitale. In ambito notarile, molti professionisti dell'Unione internazionale del

notariato (UINL) si sono adattati ai progressi tecnologici per rispondere meglio ai cambiamenti della società civile. Già nel 1996 in Quebec, la Camera dei Notai costituì una entità indipendente, *Notarius*, con l'obiettivo principale di aiutare i professionisti nel loro ingresso al mondo virtuale e così in Francia con la Rete Elettronica Notarile (RÈAL), una filiale informatica del Consiglio Superiore del Notariato (CSN).

In Italia, in principio, nessuna norma considerava direttamente la possibilità di redigere un atto pubblico informatico nonostante l'ordinamento conoscesse tale categoria, la cui prima apparizione risale alla legge delega 15 marzo 1997 (c.d. legge Bassanini), che al comma 2 dell'art. 15, faceva espressamente riferimento agli atti, documenti e contratti, sia pubblici che privati, realizzati con strumenti telematici o informatici, riconoscendone pieno valore agli effetti di legge, rimandando a successivi decreti attuativi ogni problematica di natura tecnica. Era, pertanto, discussa l'ammissibilità di redigere un atto pubblico notarile informatico. Prima della novella del 2010, il Codice

dell'amministrazione digitale ha rappresentato il testo legislativo di riferimento in materia di documento informatico e firma digitale, conferendo al notaio un ruolo particolarmente importante al riguardo.

Con la successiva introduzione del d. lgs. 110/2010, il legislatore opera una scelta tecnica molto importante, perché inserisce nuove disposizioni direttamente nella legge notarile e in altri provvedimenti legislativi dell'ordinamento del notariato lasciando, però, immutato il quadro dei principi delineato dal Codice di amministrazione digitale. Al contrario, in altri settori dell'ordinamento, il documento informatico è stato inserito creando un corpo normativo autonomo e separato rispetto alla normativa generale di riferimento. Tale inserimento diretto è espressione di una precisa volontà legislativa di non separare il trattamento normativo dei vari tipi di documento notarile in base al supporto che ne costituisce la base fisica - sia esso cartaceo che digitale - ma da una parte anche di legittimare entrambe le tipologie documentali e di porre regole che tengano conto delle differenze

ontologiche. In tale contesto, nella dimensione propria degli atti giuridici, sulla base della disciplina introdotta dal d. lgs. 110/2010 il problema fondamentale è comprendere se siano fatte salve, in ogni caso, le cautele e le garanzie sull'imputazione e certezza dell'atto notarile, senza alcuno svuotamento del ruolo del notaio. Infatti, a mente dell'art. 47 della legge notarile, è fatto obbligo al notaio di indagare la volontà delle parti e dirigere personalmente la compilazione integrale dell'atto.

Dallo studio della disciplina si perverrà al risultato per cui l'introduzione della forma informatica non comporta nessun mutamento nel contenuto obiettivo della funzione notarile, ciò che cambia sono solo le modalità tecniche ed il contesto regolamentare operativo. Anzi, questa riforma ne arricchisce il ruolo di mediatore tra cittadino e mondo del diritto, offrendo più soluzioni operative di quelle attualmente disponibili. L'unico tassello rimasto irrisolto dal d. lgs. del 2010 riguarda l'efficacia probatoria dell'atto pubblico informatico, intorno al quale si sono formati

due orientamenti per la cui trattazione si rinvia ai capitoli che seguono.

Conclusivamente, di fronte alla dimensione dematerializzata dell'atto informatico gli interrogativi del giurista allora devono necessariamente adattarsi, fermo restando che la sostituzione del documento cartaceo con quello informatico, non incide sulla teoria giuridica del documento: la funzione rappresentativa del mezzo espressivo resta identica e costante a prescindere dalla virtualità o materialità del documento.

Resumen

La moderna sociedad impone hoy rapidez y dinamicidad entre los cambios, reubicación, transacciones y desmaterialización de los títulos y documentos. En sintonía con la evolución tecnológica, se han difundido nuevos instrumentos por la documentación alternativos con respecto a aquellos tradicionales. Así la utilización de las tecnologías de la información y de la comunicación se va extendiendo en la práctica moderna del notariado. El tema principal de la actuación a través de medios electrónicos concierne específicamente la utilización del documento electrónico, como forma. El presente trabajo empezando desde las características propias del documento en papel analiza la evolución hacia el documento informático en su tradicional acepción como representación de actos, hechos e datos, poniendo en evidencia sobre todo la distinción entre documento y forma, donde por documento se entiende la entidad material (el soporte) sobre el cual la impresión de los signos gráficos permite

de representar un hecho histórico, mientras la forma concierne la actividad de documentación a través del cual se expresa el pensamiento (elemento intrínseco expresivo de la voluntad). El documento absolve su máxima expresión en el ámbito del sistema de las pruebas civiles y aunque sea desde siempre asociado a la hoja de papel, cualquiera soporte sea capaz de grabar la voluntad expresa es abstractamente adecuada en términos de evidencia probatoria. Entre los documentos en papel asume relevancia el acto notarial el cual a frente de la inmediatez de formación ofrece garantías de seguridad no absolutas sino en su complejo idoneas para funcionar como medio de prueba. Dado que ninguna norma impone que el soporte material del documento sea exclusivamente aquel en papel, para satisfacer el concepto de “escrito” es suficiente que el documento deje huella duradera y, entonces, legible al momento de la escritura y a distancia de tiempo, prescindir del tipo de alfabeto y del soporte utilizado. El «documento digital» representa un particular tipo de soporte, mientras la «forma

digital» o «electrònica» es una posible manera de expresar la voluntad negocial. En particular el documento electrónico se caracteriza por su falta de una base material tangible y por la misma razón de una firma materialmente reconocible. El documento electrónico lleva un mensaje en lenguaje convencional (*bit*) escrito con sistema binario o sea un sistema matemático fundado sobre dos cifras 1 y 0 con una combinación casi infinita, sobre un soporte material móvil (floppy disk, hard disk, compact disk) y destinado a durar nel tiempo. Los documentos electrónicos, en cuanto documentos formatos sobre soporte magnético, electrónico u óptico, presentan un contenido totalmente desvinculado desde el soporte y en pasado se han interrogado sobre la posibilidad de considerarlos actos escritos. En otro sentido, el soporte en papel y el soporte digital son equivalentes: así que al acto digital puede anexarse documentos generados digitalmente u documentos formatos en papel y luego transformados en digitales; al revés, al acto en papel puede anexarse lo grabado del documento hecho

digital. Puesto que la dematerialización del documento informático no constituye más un problema, dificultades emergen con referencia a su integridad y imputabilidad (que nel documento en papel son garantizadas por la materialidad del soporte y por la suscripción autógrafa). El documento electrónico no puede evidentemente ser suscrito en manera tradicional por medio de la firma autógrafa del nombre y apellido de su autor, por lo tanto, la solución a estos obstáculos es la firma digital.

Ciertos notarios de la Unión Internacional del Notariado (UINL) ya se han adaptado a los progresos tecnológicos para reflejar mejor los cambios de la sociedad civil. En Quebec, por ejemplo, en 1996 la Cámara de Notarios constituyó una entidad independientes, *Notarius*, con el objetivo principal de ayudar a los notarios en su camino hacia un mundo virtual y así en Francia por la Red Electrónica Notarial (RÈAL), una filial informática del Consejo Superior del Notariado (CSN). In Italia, en principio, ninguna norma considerava directamente la posibilidad de redactar un

acto notarial informatico no obstante el ordenamiento conociera tal categoría, cuya primera aparición remonta a la ley 15 marzo 1997 (c.d. legge Bassanini), donde al art. 15, co.2, se refiera expresamente riferimiento a los actos, documentos y negocios, publicos u privados, realizados con instrumentos telematicos u informaticos, reconociendo pleno valor probatorio a los efectos de ley. Era, por lo tanto, discutida la posibilidad de redactar un acto notarial informatico. Antes de la ley de reforma del 2010, el Codice de Administraciòn digital ha representado el texto legislativo de riferimiento en materia de documento informatico y firma digital, conferiendo al notario un papel especialmente importante con respecto a los documentos informaticos. Con la introduciòn del d. lgs. 110/2010, el legislador realiza una scelta tecnica muy importante, porque introduce nuevas normas directamente en la ley notarial sino dejando intacto el cuadro de los principios delineado por el Codice de administraciòn digital. En facto, en otros sectores de ordenamiento el documento

informatico ha sido incluido creando un cuerpo normativo autonomo y separado respecto a la normativa general de referimiento.

En este contexto, en la dimensiòn propia de los actos juridicos, puesta la disciplina introducida por el d. lgs. 110/2010 la cuestiòn fundamental es entender si sean hecho salvos en cualquier caso las cautelas y las garantias sobre la imputaciòn y certeza del acto notarial sin algun vaciado de la funciòn del notario. En efecto, por lo art. 47 de ley notarial, el notario està obligado a indagar la voluntad de las partes y dirigir personalmente la compilaciòn integral del acto. Analizando la disciplina se concluirà que la introducciòn de la forma informatica no implica ningun cambio nel contenido obiectivo de la funciòn notarial, lo que cambia son unicamente las modalidades tecnicas y el contexto reglamentar operativo. El unico taco no resuelto es la eficacia probatoria del acto notarial informatico. En España algunos autores, para evitar toda confusiòn, precisan que el documento notarial electronico (DN-e) es un documento notarial cuyo

original està elaborado de forma inmaterial (fichero numerico o electronico) y firmado electrònicamente por las partes, los testigos y el notario autorizzante. Por eso, ni un documento notarial autorizado en soporte papel (DNP) firmado por las partes, los testigos y el notario y posteriormente escaneado y transferido en forma desmaterializada ni tampoco una versiòn desmaterializada de un DNP constituyen un DN-e. Sin embargo, la ley puede prever que las copias de los documentos notariales redactado en papel puedan ser entregadas y trasmitidas utilizzando medios electrònicos y que las copias tengan el mismo valor pruebatorio que la hechas en papel. En efecto, mientras el texto escrito en papel es, realmente, documento porque enseña lo que contiene y en èl hay identidad entre lo grabado y lo exteriorizado, por el contrario lo almacenado en soporte electrònico no se exterioriza, y si lo hace no hay identidad entre lo conservado y lo exteriorizado. Lo conservado constituye un archivo en sistema binario mientras lo exteriorizado adopta la forma de escritura con las letras de nuestro

alfabeto, pero son signos virtuales. A esa falta de reconocibilidad directa del texto en soporte electrónico, se suma otra diferencia respecto del texto documentado en papel, que es el sistema de asunción o imputación de su autoría, la firma. Ningún texto tiene valor de declaración mientras carece de autor. Con su firma, el declarante asume la autoría de la declaración. Hasta entonces, un texto sin firmar sólo es un borrador o una declaración en proyecto. La firma individualiza la declaración y, al aparecer manuscrita en el propio documento, permite reconocer a su autor. Por el contrario, el texto derivado de un soporte electrónico, al tener una formulación sólo virtual, sin base material tangible, carece por igual razón de firma reconocible materialmente. En España la denominada *firma electrónica avanzada* permite la posibilidad de relacionar ese dispositivo de manera fidedigna con determinado titular, pues está vinculado al firmante de una manera inequívoca, haciendo inalterable el contenido de su declaración, por medio de un mecanismo que el firmante mantiene bajo su exclusivo

control, de modo semejante al dispositivo que históricamente permitía sellar una declaración, imputándola al titular del sello. La firma electrónica avanzada alcanza entonces mayor grado de certidumbre, denominándose firma electrónica reconocida, que tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel (art. 3.4 de la Ley 59/2003, de Firma Electrónica, tras la modificación operada por la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Impulso de la Sociedad de la Información).

En cualquiera de las dos modalidades descritas, la firma electrónica es siempre un medio de identificación del firmante conforme con lo establecido en el art. 3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre. El documento notarial electrónico — por expresa prescripción legal — es siempre una copia o reproducción telemática del documento original elaborado y conservado en papel, hasta que los avances tecnológicos (dice una disposición transitoria) permitan sustituirlo por un

soporte electrónico. Por tanto, no hay matrices electrónicas sino sólo copias electrónicas de escrituras públicas que, por razones de seguridad, para mayor garantía de los ciudadanos, sólo pueden encontrarse a disposición de otro notario o funcionario público (judicial, administrativo o registral). A los particulares interesados en un documento notarial sólo cabe remitir por vía telemática, todo lo más, una copia simple, sin firma digital reconocida, por lo que dichos particulares no podrán ser nunca destinatarios ni estar en posesión de documentos notariales electrónicos.

Capitolo I

Introduzione e studio della materia

Sommario: 1.1 Cenni e rinvii. - 1.2 Documento cartaceo e documento informatico. - 1.3 Firma elettronica e firma digitale. - 1.4 Firma digitale e sottoscrizione.

1.1 Cenni e rinvii

Preliminare alla disamina del documento informatico è la trattazione del documento cartaceo. Nel sistema giuridico italiano manca una nozione generale di documento e l'impegno della dottrina nella ricerca di una definizione è risalente nel tempo.

Il documento costituisce una *res*, frutto di un'attività umana diretta a creare uno strumento attraverso il quale si realizza la rappresentazione, in grado di conservare permanentemente la memoria del fatto e di rappresentarlo a chiunque intenda percepirlo.

Affinché un atto giuridico sia immesso nella vita della intersoggettività giuridica, rendendosi conoscibile ad altri soggetti, è necessario che l'atto umano si

esteriorizzi attraverso la forma. Senza di essa la volontà umana resta un mero fenomeno psichico e non si traduce in atto¹. Attraverso lo strumento della forma si possono realizzare una pluralità di finalità: la forma *ad substantiam*, requisito essenziale del negozio giuridico, la forma *ad probationem*, e la forma come mezzo di pubblicità. Le parti possono ricorrere alla forma anche per dare certezza negoziale ai loro rapporti, certezza che trova la sua massima espressione nell'atto pubblico.

Nella dottrina tradizionale, l'atto notarile si qualifica come documento "cartaceo" perché la carta ne rappresenta l'elemento materiale che lo rende percepibile ai sensi ed è altresì "eterogeneo" giacché ne è artefice non il soggetto interessato alla sua formazione ma il notaio. La documentazione cartacea, sottoscritta o formata da un pubblico ufficiale, a fronte della immediatezza di formazione, offre garanzie di sicurezza non assolute ma nel complesso idonee per funzionare da mezzo di prova. Caratteristica essenziale

¹ Così E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. it.*, a cura di Vassalli, Torino, 1960, 125.

del documento cartaceo è il legame del supporto materiale con il contenuto del documento, tanto che qualunque copia richiederebbe l'intervento di un pubblico ufficiale ai fini del mantenimento dell'originaria efficacia probatoria.

La dottrina che studia il documento ne analizza il momento creativo, la conservazione e l'efficacia che esso assume nell'ambito delle prove², dove il documento realizza la sua massima espressione.

Va tuttavia segnalato l'attuale dilagarsi di mezzi di documentazione alternativi a quelli tradizionali, caratterizzati dalla rapidità della formazione e trasmissione che consentono un'accelerazione della loro circolazione. Difatti, l'evoluzione tecnologica ed il successivo fenomeno della metamorfosi della Pubblica Amministrazione in una amministrazione elettronica (*e-government*), hanno inciso profondamente sulla materialità del documento. Di qui l'introduzione degli istituti del documento informatico e della firma digitale. L'elaboratore elettronico ed il sistema di

² Così G. CASU, *L'atto notarile tra forma e sostanza*, Milano, 1996, 3.

archiviazione digitale consentono la documentazione attraverso la forma del documento informatico³. Con il termine «informatico» si intende un documento codificato in forma digitale, accessibile mediante computer o altro mezzo informatico e memorizzato su supporto informatico⁴, mentre con il termine «digitale» si fa più segnatamente riferimento alla rappresentazione dell'informazione in forma numerica. L'espressione «elettronico» rimanda più in generale alla codifica mediante una tecnologia accessibile con strumenti elettronici ad *hoc*⁵. Per soddisfare le stesse esigenze di sicurezza giuridica del documento cartaceo

³ Il documento informatico, espresso da una sequenza di *bit*, è totalmente indecifrabile ed incomprensibile. Affinché se ne possa conoscere il contenuto è necessario che le informazioni binarie siano tradotte, decodificate secondo il relativo formato: questa è la precipua funzione dei programmi di elaborazione.

⁴ Cfr. S. SICA, *Forma e documento informatico*, in *Comm. cod. civ.* P. Schlesinger, a cura di F. D. Busnelli, in *Atti che devono farsi per iscritto*, art. 1350, Milano, 2003, 128 ss., per il quale restano insuperabili le definizioni emerse al riguardo in dottrina, secondo cui la "telematica" è il metodo tecnologico di trasmissione del pensiero a distanza mediante l'impiego di un linguaggio computerizzato che veicola informazioni automatizzate e "l'informatica" designa un procedimento di memorizzazione artificiale dei dati per mezzo di impulsi elettromagnetici su un supporto fisico (nastro, disco, silicio) di elaborazione, cioè di confronto, analisi ed aggregazione dei dati così registrati, di decifrazione e comunicazione visiva su uno schermo ovvero su uno stampato delle informazioni così ottenute.

⁵ Così G. FINOCCHIARO, *La firma digitale*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Libro VI, Tutela dei diritti, artt. 2699-2720, Bologna-Roma, 1996, 35 ss. Contesta l'utilizzo di termini disomogenei P. DORIA, *Piove sugli archivi. L'alluvione della normativa dal 1990 al 1996*, in *Archivi e cittadino. Genesi e sviluppo degli attuali sistemi di gestione degli archivi*, Associazione nazionale archivista italiana, Sezione Veneto, 1997, 156 ss.

occorre che il documento informatico sia in grado di riprodurre fedelmente, senza alterazioni, l'accadimento da provare. Questa esigenza di sicurezza giuridica viene soddisfatta attraverso l'impiego di sistemi di cifratura dei dati che consentono l'apposizione di firme digitali equivalenti, nella sostanza, alla sottoscrizione cartacea. La firma digitale può definirsi come una tecnologia matematico-informatica che, in combinazione con una infrastruttura di certificazione, consente la creazione e la gestione di documenti informatici sicuri, dei quali cioè è possibile attribuirne la provenienza soggettiva e verificarne l'integrità del contenuto⁶. La tecnica di cifratura dei dati, oltre all'apposizione di firme digitali, offre la possibilità di rendere segreti i documenti a coloro che non posseggono la chiave cifrata⁷. La

⁶ Così R. ZAGAMI, *Il documento informatico*, in *Firma digitale e sicurezza giuridica*, Padova, 2000, 50.

⁷ Anche presso gli antichi romani era diffuso il sistema della cifratura, basti ricordare il famoso Codice Cesare basato su una semplice trasposizione di lettere dell'alfabeto. I cifrari moderni, invece, sono basati sul calcolo di complesse formule algebriche da parte dei computer e fondano la loro sicurezza nella difficoltà di risoluzione dei problemi matematici. La *ratio* della cifratura consiste, dunque, nel garantire la sicurezza e l'autenticazione dei dati trasmessi ed il sistema su cui si basa può essere di due tipi: simmetrico o asimmetrico.

creazione e gestione del documento informatico permettono una notevole semplificazione se solo si considera che richiede spazi ridotti per l'archiviazione, rende possibile una immediata duplicazione, nonché una rapida ricerca e trasferibilità del suo contenuto⁸. La sicurezza giuridica del documento informatico, derivante dall'apposizione della firma digitale, risiede su un complesso sistema di certificazione pubblica che richiede l'intervento di soggetti terzi ed imparziali con il compito di effettuare vari tipi di attestazioni. Soggetti questi che possono essere riconosciuti da pubblici poteri o agire in libertà senza alcun riconoscimento, ma con diversi effetti giuridici⁹.

⁸ Ciò è avvenuto nell'ambito della Pubblica Amministrazione nella gestione dei suoi rapporti coi cittadini, rafforzandone i principi di efficienza e trasparenza su cui si basa tutta la propria attività.

⁹ Il ruolo di Certificatore può essere svolto sia da un soggetto pubblico che privato i cui compiti consistono: nell'identificare con certezza il titolare della chiave segreta nonché eventuali suoi poteri o limiti di rappresentanza; nel rilasciare e rendere pubblico il relativo certificato; nel pubblicare e tenere aggiornato l'elenco delle chiavi pubbliche corrispondenti a quelle private; provvedere tempestivamente alla revoca o sospensione delle chiavi nei casi previsti dal regolamento. Il Consiglio Nazionale del Notariato è Autorità di Certificazione per la firma digitale ed è iscritto nell'elenco pubblico dei Certificatori gestito dal DIGITPA.

1.2. Documento cartaceo e documento informatico

Il documento è tradizionalmente definito come “qualcosa che fa conoscere qualcos’altro”¹⁰ e si contrappone al testimone che è una persona che narra¹¹. Più precisamente il documento è una cosa corporale semplice o composta idonea a ricevere, conservare e trasmettere la rappresentazione descrittiva o fonetica di un dato ente giuridicamente rilevante¹². Il documento cartaceo debitamente sottoscritto ha delle caratteristiche proprie che lo fanno reputare un atto certo e sicuro dal momento che è difficile alterare il contenuto. Elementi fondanti del documento cartaceo sono: a) la *forma*, scritta o orale, di cui quella scritta rappresenta un’attività di documentazione; b) l’*imputabilità*, ossia la paternità dell’atto che si realizza

¹⁰ Il concetto di “documento” come è noto è di fonte dottrinale e pertanto non univoca; secondo la definizione di N. IRTI viene a qualificarsi come *res signata*, non volatile, dotata di durezza tale da poter essere letta a distanza di tempo. Il documento si distingue dalla forma (o documentazione) che rappresenta il modo in cui si manifesta la volontà negoziale e può assumere sia i connotati della scrittura che dell’oralità. Cfr. C. ANGELICI, voce “Documentazione e documento”, in *Enc. Giur.* XI, Roma, 1989, 2.

¹¹ F. CARNELUTTI, *Documento – teoria moderna*, in *Nov. dig. it.*, vol. VI, Torino, 1957, 85 ss.

¹² Così A. CANDIAN, *Documentazione e documento – teoria generale*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, 579.

attraverso il meccanismo della sottoscrizione consentendone la riconducibilità ad un determinato soggetto; c) l'*integrità*, vale a dire la purezza dell'atto esente da alterazioni. La verifica della integrità è affidata alla materialità del supporto¹³ che fissa in maniera indelebile i segni grafici. Tale integrità è sempre verificabile *ex post*. Emerge, dunque, che il documento digitale è un particolare tipo di supporto, mentre la forma digitale o elettronica è un possibile modo di esprimere la volontà negoziale¹⁴.

In tema di forma, si distingue tra atto pubblico e scrittura privata. Il documento pubblico è definito dal codice civile (art. 2699) come il "documento redatto con le richieste formalità, da un notaio o da altro pubblico ufficiale¹⁵ autorizzato ad attribuirgli pubblica fede nel luogo dove l'atto è formato". La definizione della scrittura privata, invece, non è data dal legislatore che si limita solo a stabilirne l'efficacia (art. 2702 ss.), ed a

¹³ Tale supporto non è solo quello cartaceo ma anche quello rappresentato da pergamene, tavolette di cera, lapidi, etc., purché sia indelebile.

¹⁴ Così P. PELLICANÒ, *Commento all'art. 47-bis l. not.*, in *Atti e contratti nel diritto civile e commerciale*, Torino, 2011, 30.

¹⁵ Pubblici ufficiali sono, altresì, gli ufficiali di stato civile, i cancellieri, i segretari comunali, gli ufficiali giudiziari, i conservatori dei registri immobiliari, i magistrati, i consoli, etc..

ciò ha sopperito la dottrina definendola quale “documento sottoscritto da un privato senza la partecipazione nell’esercizio delle sue funzioni di un pubblico ufficiale abilitato a dare pubblica fede agli atti ed ai documenti”¹⁶. È bene precisare, tuttavia, che nessuna norma impone che la “forma scritta” sia esclusivamente quella su supporto cartaceo e che la scrittura non implichi l’unico supporto esistente è da sempre riconosciuto.

Con l’emanazione del D.P.R. 10 novembre 1997 n. 513¹⁷, poi trasfuso nel T.U. in materia di documentazione amministrativa 445/2000, al documento cartaceo si è affiancato il concetto di documento informatico¹⁸, il documento cioè prodotto

¹⁶ B. CARPINO, *Scrittura privata*, in *Enc. dir.*, vol. XLI, Milano, 1989, 805.

¹⁷ Il quale stabiliva che il documento informatico è “la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti”.

¹⁸ La normativa in materia di documento informatico e firma digitale era essenzialmente contenuta nel D.P.R. 445/2000 (Testo Unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa), che ha incorporato le disposizioni del D.P.R. 513/1997 (Regolamento recante criteri e modalità per la formazione, l’archiviazione e la trasmissione di documenti con strumenti telematici e informatici) e nel D.P.R. 23 gennaio 2002 n. 10, che ha attuato nel nostro Paese la Direttiva comunitaria 1999/93/CE, relativa ad un quadro comunitario per le firme elettroniche, il tutto così come modificato dal D.P.R. 7 aprile 2003 n. 137 recante disposizioni di coordinamento in materia di firme elettroniche.

dall'elaboratore elettronico¹⁹. Tale corpo normativo è stato ulteriormente abrogato dal nuovo Codice dell'Amministrazione Digitale²⁰ (in seguito denominato CAD) che, all'art. 1, lett. p), definisce il documento informatico come la rappresentazione di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti. In sintesi è un atto prodotto in forma elettronica per mezzo di sistemi informatici che in tale forma dispiega i suoi effetti. Il successivo art. 20 dispone che “Il documento informatico da chiunque formato, la registrazione su supporto informatico e la trasmissione con strumenti telematici sono validi e rilevanti a tutti gli effetti di legge, se conformi alle disposizioni del presente codice”.

Il documento informatico rappresenta, pertanto, qualunque tipo di informazione che sia digitalizzabile (es. testi, immagini, filmati, software) purché contenga

¹⁹ E. GIANNANTONIO-V. NOVELLI, *Manuale per la ricerca elettronica dei documenti giuridici*, Milano, 1982, 56. Nel diritto interno la prima definizione normativa di documento informatico è comparsa in materia penale e più precisamente nell'art. 491 bis c.p., a seguito della legge 23 dicembre 1993 n. 547, in virtù del quale è documento informatico “qualunque supporto informatico contenente dati o informazioni aventi efficacia probatoria o programmi specificatamente destinati ad elaborarli”.

²⁰ D. lgs. 5 marzo 2005 n. 82 pubblicato sulla G.U. n. 112 del 16 maggio 2005, emanato in forza di legge delega 29 luglio 2003 n. 229, corretto dal d. lgs. 4 aprile 2006 n. 159 e da ultimo modificato ed integrato dal d. lgs. 30 dicembre 2010 n. 235.

una rappresentazione di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti; per converso la digitalizzazione è la rappresentazione espressa in cifre numeriche, attraverso valori predefiniti, di un dato o di una informazione.

1.3 Firma elettronica e firma digitale

Affinché un documento sia imputabile ad un soggetto occorre che esso sia firmato. La sottoscrizione consiste nell'apposizione del proprio nome e cognome in calce al documento ed assolve tre funzioni tipiche: *indicativa* dell'autore del documento, *dichiarativa* di assunzione della paternità e *probatoria* dei due dati precedenti ²¹. È evidente che un documento informatico non può essere sottoscritto nel modo tradizionale, sicché ai fini dell'imputabilità dell'atto è necessaria l'apposizione della firma elettronica. Con l'espressione firma elettronica si intende qualunque metodo e tecnologia

²¹ Così S. CHIBBARO, *Codice dell'amministrazione digitale, firme elettroniche e attività notarile*, in *Studi e materiali del CNN 2-2006*, Milano, 1766; E. PROTETTI - C. DI ZENZO, *La legge notarile*, Milano, 1985, 241.

attraverso cui si può firmare un documento informatico.

La disciplina giuridica delle firme digitali in Europa è basata sulla Direttiva 1999/93/CE²² che detta la seguente nozione di *firma elettronica* (art. 1, comma 1): “dati in forma elettronica, allegati o connessi tramite associazione logica ad altri dati elettronici ed utilizzata come metodo di autenticazione”. La Direttiva definisce, altresì, la *firma elettronica avanzata* che soddisfa i seguenti requisiti: la sua connessione unica al firmatario, l’idoneità ad identificare il firmatario, la sua creazione con mezzi tali che consentano al firmatario di conservarne il controllo esclusivo e l’essere collegata ai dati cui si riferisce, in modo da consentire l’identificazione di ogni successiva modifica dei dati

²² Direttiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio «relativa ad un quadro comunitario per le firme elettroniche» con il quale il legislatore comunitario si è posto l’obiettivo di «agevolare l’uso delle firme elettroniche e di contribuire al loro riconoscimento giuridico». La disposizione comunitaria guarda allo sviluppo del commercio elettronico e alla realizzazione di una cornice giuridica uniforme atta a favorire gli scambi per via telematica. In questa ottica, dunque, la direttiva non si occupa del documento informatico, bensì del riconoscimento giuridico delle firme elettroniche e del correlativo servizio di certificazione delle firme escludendo espressamente gli altri aspetti «relativi alla conclusione e alla validità dei contratti o di altre formalità non contrattuali». Cfr. G. FINOCCHIARO, *Brevi note intorno alla proposta di direttiva sulla firma elettronica*, in *Contratto e Impresa*, 1998, 821.

stessi. L'attuazione della Direttiva nei vari Paesi europei ha introdotto un'ampia varietà di sfumature nazionali²³.

Per quanto riguarda l'Italia, l'art. 1 del CAD evidenzia diverse definizioni a seconda delle tipologie di firma e più precisamente:

a) *firma elettronica*: è l'insieme dei dati in forma elettronica, allegati oppure connessi tramite associazione logica ad altri dati elettronici, utilizzati come metodo di identificazione informatica²⁴;

b) *firma elettronica avanzata*: è l'insieme di dati in forma elettronica allegati oppure connessi a un documento informatico che consentono l'identificazione del firmatario del documento e garantiscono la connessione univoca al firmatario, creati con mezzi sui quali il firmatario può conservare un controllo esclusivo, collegati ai dati ai quali detta firma si riferisce in modo da consentire di rilevare se i dati stessi siano stati successivamente modificati;

²³ Così U. BECHINI – M. NASTRI, *Il notaio e la contrattazione elettronica*, in *Relazioni al XXIV Congresso internazionale del notaio latino. Città del Messico, 17-22 ottobre 2004*, Milano, 2004, <http://xoomer.alice.it/ubechini/demo>.

²⁴ Indica genericamente qualunque mezzo di identificazione.

c) *firma elettronica qualificata*: è un particolare tipo di firma elettronica avanzata basata su un certificato qualificato e realizzata mediante un dispositivo sicuro per la creazione della firma²⁵;

d) *firma digitale*: è un particolare tipo di firma elettronica avanzata basata su un certificato qualificato e 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, di rendere manifesta e di verificare la provenienza e l'integrità di un documento informatico o di un insieme di documenti informatici²⁶.

La firma digitale è pertanto una firma elettronica ma è basata su una cifratura asimmetrica²⁷ e su una

²⁵ Rappresenta un qualunque sistema o tecnologia di autenticazione della firma basato su una procedura che permette di identificare in modo univoco il titolare, attraverso strumenti di cui il firmatario deve detenere il controllo esclusivo e la cui titolarità è certificata da un soggetto terzo.

²⁶ Tale ultimo sistema, alla luce delle attuali conoscenze tecniche, offre le maggiori garanzie in termini di sicurezza. Proprio in virtù di tale presupposto, il Decreto legislativo n. 110/2010, introduce nella Legge notarile n. 89/1913, e precisamente in seno al Capo dedicato all'esercizio delle funzioni notarili, l'obbligo per i notai di munirsi per l'esercizio delle proprie funzioni di firma digitale che costituisce a tal fine l'unico strumento operativo da impiegare sia per la formazione sia per la trasmissione e conservazione dell'atto notarile in formato elettronico, in aderenza al disposto di cui all'art. 25 del Codice dell'Amministrazione digitale.

²⁷ La *cifratura* consiste nella traduzione, ad opera del mittente, del testo chiaro in linguaggio cifrato incomprensibile ed illeggibile a chi non possiede la chiave per la decifrazione. La cifratura si realizza mediante l'applicazione di

infrastruttura di certificazione. Sul piano definitorio la nozione di firma elettronica ha, dunque, un'accezione più vasta della nozione di firma digitale²⁸.

In mancanza di una firma digitale, le caratteristiche del documento informatico sono l'impossibilità di attribuzione della provenienza e l'impossibilità di verificarne l'integrità. Riguardo al primo punto, è evidente che il documento non può essere sottoscritto in modo tradizionale mediante l'apposizione autografa del nome e cognome dell'autore o di chi ne assume la paternità. Quanto al secondo punto, la

un algoritmo di cifratura (*cipher system*) e di una chiave. Il *sistema simmetrico* prevede l'esistenza di una sola chiave che deve essere utilizzata sia dal mittente che dal destinatario del documento, rispettivamente per codificarlo e per decodificarlo. Rispetto al sistema basato sulle chiavi asimmetriche questo sistema presenta numerosi svantaggi. Il *sistema asimmetrico* si basa su due chiavi, una privata (che serve per codificare il documento e deve rimanere segreta) conosciuta solo dal titolare e l'altra pubblica (utilizzata per decodificare il messaggio) conoscibile da chiunque in quanto pubblicata in apposito elenco tenuto dall'Autorità di Certificazione e consultabile da chiunque vi abbia interesse. La conoscenza della chiave di cifratura non fornisce alcuna informazione rispetto alla conoscenza della chiave di decifrazione. La sicurezza del sistema descritto sta nel fatto che se la chiave pubblica non corrisponde a quella segreta, ovvero se il messaggio è stato, anche in minima parte, modificato, il messaggio stesso diviene indecifrabile. Il *testo in chiaro* è il messaggio leggibile prima della cifratura o dopo l'operazione di decifrazione. La *crittologia*, poi, rappresenta la disciplina che codifica il messaggio chiaro facendolo divenire così illeggibile. Infine c'è la decifrazione che è compiuta dal destinatario mediante l'applicazione della chiave. La cifratura storicamente è stata inventata e si è sviluppata per consentire comunicazioni segrete in canali non sicuri.

²⁸ Per questo motivo, l'approccio scelto dal legislatore comunitario è stato definito *functional equivalent approach*; v. G. FINOCCHIARO, *Brevi note intorno alla proposta di direttiva sulla firma elettronica*, cit., 816 e ss..

rappresentazione del pensiero non viene fissata in maniera indelebile, ciò significa che il supporto (la memoria elettronica) non è esente da manipolazioni ed il vero problema investe la garanzia che non vi siano alterazioni o contraffazioni del testo non accertabili *ex post*²⁹.

Con riferimento all'idoneità del documento informatico, firmato, ad integrare la forma scritta, il nuovo comma 1-bis dell' art. 20 del CAD stabilisce 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 ed immutabilità, fermo restando quanto disposto dall'art. 21"³⁰.

Mentre l'art. 21, comma 2, del CAD, sancisce che "Il documento informatico sottoscritto con firma elettronica avanzata, qualificata o digitale formato nel rispetto delle regole tecniche di cui all'articolo 20,

²⁹ G. VERDE, *Per la chiarezza di idee in tema di documentazione informatica*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, 725.

³⁰ Il comma 2 dell'art. 20 del CAD, contenente la distinzione tra firma elettronica e firma elettronica qualificata o firma digitale è stato recentemente abrogato con d. lgs. 30 dicembre 2010 n. 235.

comma 3, che garantiscano l'identificabilità dell'autore, l'integrità e l'immodificabilità del documento, ha l'efficacia prevista dall'articolo 2702 del codice civile³¹. L'utilizzo del dispositivo di firma si presume riconducibile al titolare, salvo che questi dia prova contraria³².

Ai sensi del comma 2-bis, poi, "Salvo quanto previsto dall'articolo 25, le scritture private di cui all'articolo 1350, primo comma, numeri da 1 a 12, del codice civile, se fatte con documento informatico, sono sottoscritte, a pena di nullità, con firma elettronica qualificata o con firma digitale".

La norma di cui all'art. 21 è decisamente innovativa rispetto al passato, in quanto prende atto dei diversi tipi di firma elettronica ed attribuisce al documento un'efficacia commisurata al grado di sicurezza che il

³¹ Cioè costituisce prova della provenienza delle dichiarazioni dal titolare del dispositivo di firma fino a querela di falso.

³² L'art. 21, comma 2, CAD è la norma che secondo l'autore M.C. BIANCA ha introdotto una presunzione *iuris tantum*. Ma la presunzione di cui alla disposizione in commento riguarda solo l'utilizzo del dispositivo di firma, non la paternità del documento. Cfr. S. PATTI, *La sottoscrizione del documento informatico: la firma digitale*, Consiglio Nazionale del Notariato, Roma 25 - 26 settembre 2008.

tipo di firma elettronica utilizzato è in grado di offrire³³. Con il nuovo codice, la forma scritta non sarà più soddisfatta con la semplice apposizione della firma elettronica di qualunque genere, bensì dovrà essere sottoscritto con la firma avanzata, qualificata o digitale, e dovrà comunque essere in grado di garantire l'identificabilità dell'autore, l'integrità e l'immodificabilità del documento.

Sul piano probatorio il documento informatico a cui sia apposta una firma elettronica semplice sarà sempre rimesso alla libera valutazione da parte del giudice³⁴; mentre per quanto riguarda il documento informatico munito di firma elettronica avanzata, qualificata o digitale, il comma 3 dell' art. 21 fa riferimento all'art. 2702 c.c., riproponendo così la disciplina del vecchio D.P.R. 513/1997.

³³ L'art. 10 del TU 445/2000 prevedeva "Il documento informatico, sottoscritto con firma elettronica, soddisfa il requisito legale della forma scritta".

³⁴ Art. 21 del CAD: "Il documento informatico, cui è apposta una firma elettronica, sul piano probatorio è liberamente valutabile in giudizio, tenuto conto delle sue caratteristiche oggettive di qualità e sicurezza".

1.4 Firma digitale e sottoscrizione

Come anzidetto il documento informatico non può essere sottoscritto nel modo tradizionale e di conseguenza la sottoscrizione autografa è stata sostituita da un altro strumento idoneo ad assolvere le medesime funzioni indicativa e dichiarativa: la firma digitale³⁵. I notai di tipo latino sono stati i primi ad abbracciare queste nuove tecnologie, un po' ovunque in Europa. Questi hanno visto nella firma digitale uno strumento necessario per incrementare l'affidabilità del documento elettronico (attraverso l'uso di *smart card* ed altri dispositivi) prediligendo la tecnologia più affidabile cioè la "firma elettronica avanzata" basata su

³⁵ Nella pratica l'apposizione di una firma digitale avviene mediante l'utilizzo di un computer dotato dell'hardware per la lettura del dispositivo di firma (es. lettore *smart card*) e del software necessario per la gestione delle firme. Si seleziona il documento da firmare con l'apposito programma confermando la volontà di generare la firma; si inserisce il dispositivo della firma dove è contenuta la chiave privata abilitando il dispositivo che procederà al suo interno al calcolo della firma digitale, che verrà associata al documento. Il dispositivo di firma riceve l'impronta del documento, genera la firma digitale applicando la chiave privata con l'algoritmo di cifratura asimmetrica, restituisce all'esterno la firma così generata. Per converso, la verifica di una firma digitale si compie utilizzando un computer senza hardware aggiuntivo, sul quale gira un apposito programma. Una volta selezionato il documento da verificare, il programma verifica la firma in relazione al suo certificato. Il formato della firma non è tassativo purché sia conforme agli *standards* nazionali o internazionali. L'algoritmo utilizzato comunque deve essere indicato nel certificato della chiave pubblica.

un certificato qualificato, detta anche *firma digitale*³⁶ che si serve della crittografia³⁷ asimmetrica e di un'infrastruttura a chiave pubblica (PKI) gestita da un'organizzazione nota come Autorità di Certificazione. Il criterio di imputazione del documento munito di firma digitale è, quindi, la titolarità della chiave privata. La verifica di una firma digitale avviene mediante l'utilizzazione dei dati forniti in tempo reale dall'Autorità di Certificazione in modo tale da stabilire in maniera facile e sicura, chi sia l'autore del documento e se il documento abbia subito alterazioni dopo la sua formazione. Questo almeno in teoria³⁸, perché nella pratica la firma digitale non dimostra che il documento sia stato firmato proprio da Tizio, ma solo che la firma è stata apposta utilizzando un dispositivo

³⁶ La prima legislazione tedesca (Bundesgesetzblatt Teil 1, 1997, p.1870) ed italiana (D.P.R. 513/1997) discorrevano entrambe di *firme digitali* anziché *elettroniche*.

³⁷ Crittografia dal greco "scrittura nascosta".

³⁸ M. ORLANDI, *La paternità delle scritture*, in *Studi di diritto civile*, Milano, 1997, 100; S. PATTI, *Prova documentale*, in *Comm. cod. civ.*, Scajola-Branca, a cura di F. Galgano, Libro VI, Tutela dei diritti, artt. 2699-2720, Bologna-Roma, 1996, 68, il quale esclude che tale modalità di sottoscrizione possa integrare fattispecie di forma *ad substantiam* o *ad probationem*. La debolezza intrinseca del documento informatico alla radice della cautela è manifestata dalla dottrina d'oltralpe. V. F. LABARTHE, *La notion de document contactuel*, L.G.D.J., Paris, 1994, 72 ss..

(solitamente una *smart card*) consegnato ad una data persona identificata come Tizio³⁹. Per tale ragione, le firme digitali apposte dai privati sono considerate meno affidabili di un documento notarile.

Tornando al problema della sottoscrizione l'art. 23 del TU 445/2000, prima della sua abrogazione, prevedeva che l'apposizione della firma digitale al documento informatico *equivaleva* alla sottoscrizione prevista per atti e documenti in forma scritta su supporto cartaceo. Tale dichiarazione di equivalenza, soppressa dal successivo D.P.R. 137/2003, non è stata neppure riprodotta dal CAD e sul significato da attribuire a tale abrogazione si sono succedute diverse teorie. Prima della novella del 2010, una prima ricostruzione minoritaria negava l'equivalenza tra la sottoscrizione cartacea e quella elettronica, con la conseguente inidoneità della firma digitale ad integrare i requisiti della forma scritta *ad substantiam*⁴⁰. L'interpretazione

³⁹ U. BECHINI – D. GASSEN, *Firme elettroniche a valore legale internazionale: un nuovo approccio per migliorare l'interoperabilità*, in *Studi e materiali*, 4/2009, Milano, 1595.

⁴⁰ P. RUSSOLILLO, *Firma digitale, forma scritta e requisiti formali*, in *Interlex*, <http://www.interlex.it/docdigit/russolillo.htm>

maggioritaria però già induceva a ritenere che il documento informatico integrasse sì la forma scritta *ad substantiam*, ma che il legislatore avesse preso atto della non completa equiparazione tra firma autografa e firma digitale⁴¹ e ciò per due ordini di ragioni. *In primis*, perché l'apposizione della firma digitale è legata non tanto alla persona del titolare (come nel caso della firma autografa), quanto alla disponibilità del dispositivo di firma e del relativo PIN⁴², inducendo così taluni a parlare più che di firma digitale di “sigillo digitale”⁴³.

È allora evidente la difficoltà a qualificare, da un punto di vista giuridico, le conseguenze di un utilizzo del dispositivo di firma da parte di un soggetto diverso dal titolare, utilizzo che produce comunque una firma tecnicamente valida ed assolutamente indistinguibile da quella apposta dal vero titolare. In secondo luogo,

⁴¹ Così S. CHIBBARO, *op. cit.*, 1769.

⁴² E. SANTANGELO e M. NASTRI, *Firme elettroniche e sigilli informatici*, in *Vita notarile*, 2/2002, 1124; B. IZZI, *La firma elettronica negli strumenti di circolazione della ricchezza*, in *Riv. not.*, 4/2004, 881; U. BECHINI, *Efficacia, rilevanza formale e rilevanza probatoria*, in *Firme elettroniche - Questioni ed esperienze di diritto privato*, Milano, 2003, 24.

⁴³ D. GIANQUINTO – P. RAGOZZO, *Il sigillo informatico*, in *Notariato*, 1/97; L. NEIROTTI, *Firmare elettronicamente non sempre equivale a sottoscrivere*, in *Interlex*, <http://www.interlex.it/forum10/relazioni/28neirotti.htm>.

perché la firma elettronica perde il suo valore con il trascorrere del tempo, fenomeno sconosciuto dal documento cartaceo sottoscritto con firma autografa. Infatti, il documento informatico in tanto è valido ed efficace in quanto esso sia verificabile *ex post* attraverso un controllo che ne consenta di accertare la sua integrità e che il certificato di firma utilizzato non sia scaduto, revocato o sospeso. Non a caso l'art. 21, comma 3, del CAD stabilisce che "L'apposizione ad un documento informatico di una firma digitale o di un altro tipo di firma elettronica qualificata basata su un certificato elettronico revocato, scaduto o sospeso equivale a mancata sottoscrizione". Se la chiave pubblica perde validità, ne deriva la perdita della validità delle firme digitali verificabili con la stessa chiave, conseguenza paragonabile alla distruzione del documento cartaceo. Ulteriore conseguenza è che, poiché la scadenza della chiave pubblica è un fenomeno naturale per tutti i certificati di firma, la validità del documento informatico è destinata a venir meno nel tempo e non sarà neppure sufficiente

l'archiviazione del documento per conservarne l'efficacia giuridica. Per ovviare tale problema occorrerà dimostrare che il documento informatico è stato firmato prima della scadenza del certificato di firma. Una prima soluzione è data proprio dalla validazione temporale che, ai sensi dell'art. 1, lett. bb) del CAD, è il risultato di una procedura informatica, con cui si attribuiscono, ad uno o più documenti informatici, una data ed un orario opponibili ai terzi, consentendo così, con l'apposizione della data certa al documento, di dimostrare la sua anteriorità rispetto alla scadenza del certificato di firma⁴⁴.

S'inserisce in questo contesto anche la questione circa l'incertezza delle firme digitali apposte dai notai e la garanzia che il sottoscrittore sia davvero un notaio nel pieno esercizio delle sue funzioni⁴⁵. La prima risposta a questo problema è venuta dall'Italia con la *Flat Certification Authority* (FLA)⁴⁶, ossia un'Autorità di Certificazione posseduta dai Notai che accetta quali

⁴⁴ Sul punto v. R. ZAGAMI, *Il fattore tempo*, in *Firme elettroniche – Questioni ed esperienze di diritto privato*, Milano, 2001, 153.

⁴⁵ Così U. BECHINI – D. GASSEN, *op. cit.*, 1596.

⁴⁶ Si tratta di un'infrastruttura di firma digitale per notai.

clienti solo notai in carica⁴⁷. Negli altri Paesi, ad esempio in Francia, i notai posseggono un'Autorità di Certificazione la quale, però, rilascia certificati sia ai notai che ad altre figure professionali e la qualifica di ciascuno è indicata nel certificato stesso. In Italia come in Spagna, invece, la consegna viene personalmente eseguita dal Presidente che conosce personalmente ogni notaio del suo distretto.

⁴⁷ Dal 12 settembre 2002 il Consiglio Nazionale del Notariato è Autorità di Certificazione per la firma digitale ed iscritto nell'elenco pubblico dei certificatori gestito dal DIGITPA. Tutti i notai italiani sono, infatti, dotati di firma digitale, primo esempio di *e-government* nel settore. Il CNN è un ente pubblico non economico istituito con l. 3 agosto 1949 n. 577.

Capitolo II

Il documento notarile informatico

Sommario: 2.1 L'atto pubblico notarile: l'evoluzione verso il supporto informatico. – 2.2 Il ruolo del notaio. – 2.2.1. *La validità del documento informatico* - 2.3 Efficacia probatoria e garanzie del documento pubblico informatico. – 2.3.1 *Uso illegittimo della chiave privata.*

2.1 L'atto pubblico notarile: l'evoluzione verso il supporto informatico

L'atto pubblico è definito dall'art. 2699, c.c., come “il documento redatto con le richieste formalità, da un notaio o da un pubblico ufficiale autorizzato ad attribuirgli pubblica fede nel luogo dove l'atto è formato”. L'intervento del pubblico ufficiale connota di personalità l'atto, ma tale personalità è legata non alla dichiarazione negoziale bensì all'attività di documentazione fidefacente¹: il documento notarile

¹ G. GANDOLFI, *Alle origini del principio di c.d. “conversione” dell'atto pubblico*, in *Studi Giorgianni*, Napoli, 1988, 287 ss.

rappresenta immediatamente non l'atto delle parti ma la dichiarazione del notaio, che a sua volta rappresenta quell'atto, percepito dal notaio². Si evidenzia la peculiare formazione dello strumento pubblico che passa per due livelli di pensiero del fatto da documentare: quello del soggetto che lo concepisce e quello del notaio che lo documenta. Sul piano giuridico questo si traduce nella distinzione tra parte (persona cui riferire il documento in senso giuridico) e autore (notaio che riduce nel documento la volontà della parte)³.

Anteriormente all'entrata in vigore del decreto legislativo 110/2010, nessuna norma considerava direttamente la possibilità di redigere un atto pubblico informatico, nonostante l'ordinamento conoscesse tale

² Così E. MARMOCCHI, *Il documento notarile come luogo della memoria*, in *Riv. Not.*, Vol. LXIII, sett. – ott. 2009, 1114. L'autore parte dalla teoria giuridica che ascrive il documento grafico nella categoria dei documenti indiretti, in cui vi è identità tra genesi del documento e genesi del fatto documentato; tale identità non soffre eccezioni nel documento notarile.

³ Secondo M. ORLANDI "Nel sistema positivo delle prove il notaio si costituisce a medio elettivo tra virtuale e reale: la prova si fonda sull'attendibilità della rappresentazione storica del dicente ossia sulla conoscenza diretta che il notaio è capace di asseverare ed attestare", in *Documento e rete virtuale*, in *Quaderni Not.*, *Atti del Convegno Milano 28 maggio/Firenze 29 ottobre 2010*, 15.

categoria, la cui prima apparizione risale alla legge delega 15 marzo 1997 (c.d. legge Bassanini)⁴. La citata legge, al comma 2 dell' art. 15, faceva espressamente riferimento agli atti, documenti e contratti, sia pubblici che privati, realizzati con strumenti telematici o informatici, riconoscendone pieno valore agli effetti di legge, rimandando a successivi decreti attuativi ogni problematica di natura tecnica.

Era, pertanto, discussa l'ammissibilità di redigere un atto pubblico notarile informatico. Di qui due tesi. Secondo una prima impostazione l'immagine del foglio era dominante nella legge notarile (l. 16 febbraio 1913 n. 89)⁵, per cui l'uso di questa moderna tecnologia rischiava di far scemare l'efficacia probatoria privilegiata attribuita dal legislatore all'atto pubblico notarile ex art. 2700 c.c.⁶. Di contro, l'opinione

⁴ Così P. PELLICANÒ, *Documentazione in via informatica e normativa di settore*, in *Atti e contratti nel diritto civile e commerciale*, Torino, 2011, 29.

⁵ In particolare, apparivano di ostacolo le norme della legge notarile che riguardano l'obbligo di ricevere le dichiarazioni delle parti in loro presenza (art. 47) e di indagare la concorde volontà dei contraenti, di dare lettura dell'atto alla presenza dei testimoni (art. 51, n. 8), nonché le norme in materia di custodia e conservazione degli atti (art. 61, comma 2).

⁶ Art. 2700 c.c.: L'atto pubblico fa piena prova, fino a querela di falso, della provenienza del documento dal pubblico ufficiale che lo ha formato, nonché

secondo la quale le formalità richieste dalla legge notarile per la redazione dell'atto pubblico non sarebbero state incompatibili con la documentazione digitale⁷. Infatti, la legge notarile non disciplina le modalità tecniche di redazione degli atti pubblici e delle scritture private, a parte la prescrizione dell'uso di inchiostro indelebile. A testimonianza di ciò, venivano richiamate le norme introdotte successivamente alla legge notarile: l'art. 12 della l. 15/1968 che ha ammesso la redazione degli atti notarili a mano, a stampa ed a macchina e l'art. 7 del D.P.R. 445/2000 per il quale "I decreti, gli atti ricevuti dai notai, tutti gli altri atti pubblici e le certificazioni, sono redatti, anche promiscuamente, *con qualunque mezzo idoneo atto a garantire la conservazione nel tempo*". Si era anche sostenuto che le disposizioni del Testo Unico 445/2000 avrebbero parzialmente

delle dichiarazioni delle parti e degli altri fatti che il pubblico ufficiale attesta avvenuti in sua presenza o da lui compiuti".

⁷ M. MICCOLI, *Dei contratti stipulati con strumenti informatici o per via telematica*, in *Documento e commercio telematico*, Milano, 1998, 104 ss.; G. PETRELLI, *Documento informatico, contratto in forma elettronica e atto notarile*, in *Notariato*, 1998, 583.

abrogato le norme della legge notarile incompatibili con la documentazione informatica.

Quanto all'ulteriore obiezione concernente l'integrità del contenuto dell'atto, si ribadiva che l'art. 53 della legge notarile in realtà prescrive unicamente che gli originali degli atti notarili devono essere scritti senza lacune o spazi vuoti che non siano interlineati, senza abbreviature, correzioni, alterazioni o addizioni nel corpo dell'atto e senza raschiature, adoperando inchiostro indelebile (art. 67, comma 2, Regolamento notarile). Ma norme simili erano previste anche dalla legge sulla documentazione amministrativa (l. 4 gennaio 1968 n. 15⁸), applicabile, in quanto compatibile, anche agli atti notarili. Altro argomento a sostegno della tesi positiva risiedeva nell'art. 51, n. 10, legge notarile, in virtù del quale è data possibilità al notaio di confezionare un atto pubblico senza la

⁸ Norma abrogata ad opera dell'art. 77, D.P.R. 2000/445 (T.U.D.A) e sostituita dall'art. 7 (T.U.D.A.) che al comma 2 recita: “ *Il testo degli atti pubblici comunque redatti non deve contenere lacune, aggiunte, abbreviazioni, correzioni, alterazioni o abrasioni. Sono ammesse abbreviazioni, acronimo ed espressioni in lingua straniera di uso comune. Qualora risulti necessario apportare variazioni, si provvede in modo che la precedente stesura resti leggibile.*”

sottoscrizione della parte che non sappia o non possa sottoscrivere. Successivamente con l'entrata in vigore dell'art. 25 del CAD si consente al notaio di autenticare le firme digitali, a maggior ragione deve essergli allora consentito di ricorrere alla forma pubblica anche in forma digitale⁹. Attualmente il problema è stato superato dal d. lgs. 2 luglio 2010 n. 110, entrato in vigore il 3 agosto 2010 e recante "Disposizioni in materia di atto pubblico informatico redatto dal notaio ai sensi dell'art. 65 della legge 18 giugno 2009 n. 69" di cui si tratterà nel paragrafo che segue.

2.2 Il ruolo del notaio

Già prima dell'approvazione del d. lgs. 110/2010 era possibile utilizzare il supporto informatico per alcuni tipi di atti più "semplici" come le procure o piccole fideiussioni, che non devono essere obbligatoriamente

⁹ Di qui il ruolo secondario delle firme delle parti in un atto notarile, poiché unico autore è il notaio; diversamente è a dirsi nella scrittura privata autenticata dove le firme delle parti configurano il momento costitutivo del negozio.

conservati in originale dal notaio, ma sono rilasciati direttamente al cliente per un suo libero utilizzo. Con l'emanazione del nuovo decreto legislativo è possibile utilizzare l'atto notarile informatico per gli atti di compravendita, mutui, costituzione di società, nonché eliminare l'uso della carta sia per la fase di redazione che per quella di conservazione degli atti. Ciò comporta che i cittadini potranno scegliere se stipulare l'atto in modalità informatica o su carta. Nel primo caso, con il consenso di entrambe le parti, il cittadino dovrà utilizzare la propria firma elettronica che, a differenza del notaio, potrà essere anche una firma elettronica non qualificata¹⁰; infatti, la minore affidabilità della firma elettronica semplice viene superata dalla funzione di garanzia del notaio, alla presenza del quale l'atto viene sottoscritto dalle parti. Il notaio redige l'atto direttamente sul computer, lo legge dal computer e appone dopo le firme delle parti anche la sua firma

¹⁰ È possibile ipotizzare anche l'intervento in atto di più soggetti muniti di firme elettroniche differenti: ad es. Tizio appone una firma digitale, Caio una firma elettronica qualificata e Mevio una firma autografa apposta su un foglio cartaceo, scansata ed inserita nel corpo dell'atto.

digitale sul documento. Nel caso in cui l'atto debba essere stipulato a distanza, i cittadini potranno rivolgersi anche a due diversi notai che stipuleranno contemporaneamente l'atto¹¹.

Dal punto di vista degli effetti giuridici l'atto pubblico su supporto cartaceo ed informatico sono equivalenti¹² e ciò è confermato dall'espresso richiamo dell'art. 47-bis della legge notarile all' art. 2700, c.c..

Prima della novella del 2010 il Codice dell'amministrazione digitale¹³ ha rappresentato il testo legislativo di riferimento in materia di documento

¹¹ I notai saranno a loro volta collegati attraverso la Rete Unitaria del Notariato (R.U.N.), una intranet che collega tutti i notai presenti sul territorio nazionale.

¹² In particolare va ricordato che il documento elettronico non necessariamente integra il requisito della forma scritta ma, ai sensi dell'art. 20 del CAD solo quando sia formato nel rispetto delle regole tecniche e sia sottoscritto con firma digitale. Riguardo alle "regole tecniche" acquista importanza l'art. 3, comma 3, del D.P.C.M. 30 marzo 2009 secondo cui " *Il documento informatico, sottoscritto con firma digitale o altro tipo di firma elettronica qualificata, non produce gli effetti di cui all'art. 21, comma 2, del codice se contiene microistruzioni o codici eseguibili tali da attivare funzionalità che possano modificare gli atti, i fatti o i dati nello stesso rappresentati*".

¹³ D. lgs. 7 marzo 2005 n. 82, entrato in vigore il 1° gennaio 2006, modificato ed integrato dal d. lgs. 30 dicembre 2010 n. 235. Si rammenta che con l'introduzione nel nostro sistema normativo del d. lgs. 110/2010, il legislatore opera una scelta tecnica molto importante, perché introduce nuove disposizioni direttamente nella legge notarile ed in altri provvedimenti legislativi dell'ordinamento del notariato, lasciando tuttavia intatto il quadro dei principi delineato dal CAD. Infatti, in altri settori dell'ordinamento il documento informatico è stato inserito creando un corpo normativo autonomo e separato rispetto alla normativa generale di riferimento.

informatico e firma digitale, conferendo al notaio un ruolo particolarmente importante riguardo ai documenti informatici. Nell'ambito del diritto privato il notaio ha una duplice serie di competenze espressamente riconosciute dalla legge: a) la competenza ad autenticare le firme digitali apposte in calce ad un documento informatico; b) la competenza a rilasciare in forma digitale copie di documenti analogici ed informatici, ovvero rilasciare copie cartacee di documenti informatici.

Né questo svuoterebbe la funzione notarile cambiando solo lo strumento ma non la sostanza della sua attività. Ciò che rileva al fine di poter realizzare scritture private autenticate ed atti pubblici in forma digitale, è che il notaio operi in un ambiente informatico protetto che offra sicurezza e staticità del documento¹⁴. Si prende atto, in particolare, dei diversi

¹⁴ Vedi R. GENGHINI, *La forma degli atti notarili*, Padova, 2009, 561 e ss.. In particolare, si può dire che all'atto pubblico informatico si applicano tutte le norme della legge notarile in quanto compatibili, il principio si trova enunciato al comma 1 del nuovo art. 47-ter, che costituisce, insieme al successivo comma 2, la disciplina di coordinamento tra le norme pregresse e la nuova "forma", così S. CHIBBARO, *La formazione e sottoscrizione dell'originale informatico: norme compatibili e innovazione del d. lgs. 110/2010*,

tipi di firma elettronica e si attribuisce al documento un'efficacia commisurata al grado di sicurezza che il tipo di firma elettronica utilizzato è in grado di offrire. Con il nuovo Codice dell'amministrazione digitale la forma scritta non sarà più soddisfatta con la semplice apposizione della firma elettronica di qualunque genere, in quanto il nuovo art. 20, comma 1-bis richiede che "L'idoneità del documento informatico a soddisfare il requisito della forma scritta e il suo valore probatorio sono liberamente valutabili in giudizio, tenuto conto delle sue caratteristiche oggettive di qualità, sicurezza, integrità ed immodificabilità, fermo restando quanto disposto dall'articolo 21"¹⁵.

Con la novella del 2010 il legislatore ha, dunque, creato una perfetta armonia tra documento cartaceo e documento elettronico, apportando rilevanti modifiche alla legge notarile del 16 febbraio 1913 n. 89. Entrando nel vivo della disciplina vigente, viene in rilievo *in*

in *Quaderni Not., Atti del Convegno Milano 28 maggio/Firenze 29 ottobre 2010*, 27.

¹⁵ M. MINERVA, *Documento informatico e forma ascritta*, in *Interlex* alla pag. <http://www.interlex.it/forum10/relazioni/30minerva.htm>

primis l'art. **23-bis** che prescrive al notaio di munirsi, per l'esercizio delle sue funzioni, della firma digitale (di cui all'art. 1, comma 1, lett. s del d. lgs. 82/2005) rilasciata dal Consiglio Nazionale del Notariato"¹⁶. All'art. 47 vengono aggiunti gli articoli **47-bis** e **47-ter**. L'importanza di queste due norme risiede nel recupero di alcuni interrogativi, rinquadrando l'atto pubblico informatico e la scrittura privata autenticata nel contesto normativo. Ed infatti, ai sensi dell'art. 47-bis "All'atto pubblico di cui all'art. 2700, c.c., redatto con procedure informatiche si applicano le disposizioni della presente legge e quelle emanate in attuazione della stessa" mentre l'art. 47-ter statuisce che "Le disposizioni per la formazione e conservazione degli atti pubblici e delle scritture private autenticate, si applicano in quanto compatibili, anche ai documenti informatici di cui ai commi 1 e 2 dell' art. 47-bis. *L'atto pubblico informatico è ricevuto in conformità a quanto*

¹⁶ Come anzidetto dal 12 settembre 2002 il Consiglio Nazionale del Notariato è Autorità di Certificazione per la firma digitale ed iscritto nell'elenco pubblico dei Certificatori gestito dal DIGITPA.

previsto dall'art. 47¹⁷ ed è letto dal notaio personalmente mediante l'uso e il controllo personale degli strumenti informatici. Il notaio nell'atto pubblico e nella autenticazione delle firme deve attestare anche la conformità dei certificati di firma eventualmente utilizzati dalle parti".

Altrettanto rilevante è il nuovo art. **52-bis** per il quale le parti, i fidefacenti, l'interprete ed i testimoni sottoscrivono personalmente l'atto pubblico informatico in presenza del notaio, con firma digitale o con firma elettronica consistente anche nell'acquisizione digitale della sottoscrizione autografa; il notaio appone personalmente la propria firma digitale dopo le parti, l'interprete e i testimoni ed in loro presenza.

È, quindi, espressamente previsto che le parti possano utilizzare anche la firma elettronica semplice¹⁸; ma la norma, ancor di più, considera firma elettronica valida per la sottoscrizione dell'atto pubblico informatico

¹⁷ Con l'obbligo, quindi, per il notaio di indagare la volontà delle parti e curare la compilazione integrale dell'atto.

¹⁸ Che può consistere anche nella acquisizione digitale della sottoscrizione autografa; questo semplifica la procedura di sottoscrizione potendo utilizzare una tavoletta grafica al posto della carta.

anche l'acquisizione digitale della sottoscrizione autografa. Essendo tale firma inserita nel contesto dell'atto pubblico, è proprio l'intervento del notaio a rendere attendibile il documento come tale e non lo strumento tecnico dato dal sistema di crittografia asimmetrica.

A fronte di ciò, viceversa, l'art. 25 del CAD consente l'autenticazione di una scrittura digitale *soltanto se tutte le parti siano munite di firma digitale*.

La stipula del rogito avverrà dunque in uno scenario diverso da quello visto finora: il pubblico ufficiale leggerà l'atto direttamente al computer, riceverà la sottoscrizione elettronica dei clienti e firmerà l'atto mediante la *smart card* contenente la sua firma digitale¹⁹. Il notaio eseguirà poi tutti gli adempimenti *post* stipula (registrazione, trascrizione, registro delle imprese, etc.) in via totalmente elettronica - come peraltro già oggi accade - e consegnerà ai clienti una copia del rogito o stampandolo nella tradizionale forma

¹⁹ A. BUSANI, in <http://www.ilsole24ore.com/art/norme-e-tributi/2010-07-20/atto-notarile-formato-digitale-082744.shtml>.

cartacea oppure consegnando un dischetto o una chiavetta, contenente l'atto in formato digitale o ancora spedendo il *file* a mezzo posta elettronica.

Con la nuova legge si attribuisce un formidabile ampliamento della operatività professionale perché, oltre a formare e rilasciare l'atto su carta, si può formare l'atto su carta e rilasciarlo in forma elettronica oppure formarlo su *file* e rilasciarlo o in forma cartacea o in forma elettronica. In altri termini, il supporto cartaceo e il supporto digitale sono divenuti equivalenti: cosicché all'atto digitale potranno essere allegati documenti formati digitalmente o documenti formati su carta e poi resi digitali; viceversa, all'atto cartaceo potrà essere allegata la stampa del documento formato digitalmente.

La conclusione più importante cui si perviene è che la sostituzione del documento cartaceo con quello informatico non incide affatto sulla teoria giuridica del documento: il documento informatico è ad ogni effetto

di legge uno strumento capace di rappresentare l'atto in autonomia.

2.2.1 La validità del documento informatico

Il documento informatico a differenza di quello cartaceo è un documento “a scadenza”. Tale scadenza è da intendersi riferita ad un piano strettamente giuridico e non empirico, in quanto il documento è destinato ad rimanere privo di efficacia alla scadenza della chiave di cifra impiegata per l'apposizione della firma digitale. La validità della chiave è limitata nel tempo al periodo entro il quale si ritiene che garantisca una accettabile sicurezza rispetto ai tentativi di forzatura da parte di terzi²⁰. Terminato tale periodo si presume che la cifratura originaria del documento sia accessibile a terzi con il pericolo di alterazioni che non lascino traccia. La conseguenza è la perdita di validità del documento. Per evitare tale perdita, l'ordinamento

²⁰ Così F. DELFINI, *Documento informatico, firme elettroniche e funzione notarile*, in *Atti e contratti nel diritto civile e commerciale*, Torino, 2011, XXXVI.

giuridico italiano consente di apporre al documento una marca temporale che, dal punto di vista strutturale, è un'ulteriore firma digitale recante data e ora²¹. Il D.P.C.M. 13 gennaio 2004²² recante “Regole tecniche per la formazione, la trasmissione la conservazione la duplicazione, la riproduzione e la validazione, anche temporale dei documenti informatici” all’art. 52, dispone che la validità di un documento informatico, i cui effetti si protraggono nel tempo oltre il limite della validità della chiave di sottoscrizione, può essere estesa mediante l’associazione di una marca temporale²³.

La novella legislativa prevedendo la conservazione degli atti notarili a cura del notaio – che si avvale della struttura gestita dal CNN – di fatto pone a carico dello stesso notaio rogante o autenticante (nel caso di

²¹ In seguito, per prolungare la validità del documento ne potrà essere aggiunta un'altra.

²² Che ha sostituito il D.P.C.M. 8 febbraio 1999.

²³ Art. 1.1, lettere *h*) e *i*) che rispettivamente definiscono la validazione temporale e la marca temporale: “lett. *h*): VALIDAZIONE TEMPORALE, il risultato della procedura informatica, con cui si attribuisce, ad uno o più documenti informatici, un riferimento temporale opponibile a terzi”; “lett *i*): MARCA TEMPORALE, un’evidenza informatica che consente la validazione temporale”.

documento informatico con firma elettronica autenticata) l'attività di estensione di validità del documento informatico.

2.3 Efficacia probatoria e garanzie del documento pubblico informatico

La funzione del documento attiene al profilo della prova e, seppure sia da sempre associato al foglio cartaceo, qualsiasi supporto in grado di registrare la volontà espressa è astrattamente idoneo sul piano probatorio. La questione dell'efficacia probatoria dell'atto pubblico informatico rappresenta oggi l'ultimo tassello rimasto irrisolto nel progetto di riforma. Allo scopo di rendere più comprensibile i problemi che si prospettano è opportuno offrire una panoramica sistematica della diverse norme succedutesi nel tempo.

In passato, il regolamento 513/1997 (riproponendo la vecchia formulazione contenuta nell'art. 15, comma 2,

l. 15 marzo 1997 n.59) disponeva che “il documento informatico munito dei requisiti previsti dal presente regolamento *soddisfa* il requisito legale della forma scritta” (art. 4, comma 1). Si noti come il regolamento non qualifichi il documento informatico come documento scritto e tantomeno la firma digitale come sottoscrizione (la firma digitale non è sottoscrizione ma *equivale* alla sottoscrizione ex art. 10, comma 2). Coerentemente alla piena equiparazione tra documento elettronico e scrittura privata, al successivo articolo 5, comma 1, il regolamento statuiva che il documento informatico sottoscritto con forma digitale, ai sensi dell’art. 10, *ha l’efficacia della scrittura privata ai sensi dell’art. 2702, c.c.*, (non è una scrittura privata ma *equivale*).

Orbene, a mente dell’art. 2702, c.c., la scrittura privata fa piena prova fino a querela di falso della provenienza delle dichiarazioni da chi l’ha sottoscritta, ma l’efficacia probatoria è tuttavia subordinata al verificarsi di determinati presupposti quali il riconoscimento,

l'autenticazione, il mancato disconoscimento e la verifica. Il richiamo all'art. 2702, c.c., sollevava dubbi interpretativi, non essendo chiaro se la norma in commento richiamasse l'efficacia di prova legale della scrittura privata ovvero anche le condizioni alle quali tale efficacia è subordinata. Tale questione rimaneva irrisolta anche successivamente, quando il D.P.R. 513/1997 è stato trasfuso interamente nel T.U. 445/2000.

A questo punto occorre soffermarsi su un vivace dibattito che ha preceduto e seguito le varie tappe dell'iter legislativo in cui sono emerse due tesi: a) quella dell'efficacia forte del documento digitale, secondo la quale la validazione equivale al riconoscimento ed attribuisce al documento efficacia probatoria fino a querela di falso²⁴; b) l'altra, dell'efficacia debole, che

²⁴ C.M. BIANCA, *Documento digitale e atto notarile*, in Atti del Convegno Roma 25-26 settembre 2008; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. III, 2a ed., Milano, 2000, 305; G. FINOCCHIARO, *Documento informatico e firma digitale*, in *Contratto e impresa*, 1998, 956 ss.; G. FINOCCHIARO, *La firma digitale – formazione, archiviazione e trasmissione di documenti con strumenti informatici e telematici*, supplemento al commento degli artt. 2699-2720 c.c., in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 2000, 120. Questa soluzione consente di affermare che il documento informatico ha forza probante *ipso iure*.

attribuisce al documento digitale l'efficacia probatoria della scrittura priva di riconoscimento, ammettendo la facoltà del titolare della firma di disconoscerla liberamente²⁵. Debole perché il legislatore richiama interamente l'art. 2702, c.c., quindi anche gli istituti del riconoscimento, autenticazione e verifica. Al contrario, il legislatore, anziché limitarsi ad un rinvio *tout court* all'art. 2702 c.c., avrebbe dovuto far riferimento unicamente alla sua efficacia probatoria. I fautori di tale ricostruzione ritengono, quindi, applicabile gli istituti del riconoscimento, verifica e autenticazione, con gli opportuni adattamenti, al documento informatico. Così il disconoscimento adattato alla firma digitale, potrebbe consistere nell'eccezione che la firma digitale sia stata applicata impiegando una chiave privata da parte di chi non ne è

²⁵ S. PATTI, *La sottoscrizione del documento informatico: la firma digitale*, in Atti del Convegno Roma 25-26 settembre 2008; F. RICCI, *Scritture private e firme elettroniche*, Milano, 2003, 61 ss; G. BUONOMO, *Processo telematico e firma digitale*, Milano, 2004, 118; F. FERRARI, *La nuova disciplina del documento informatico*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1999, 129 ss.; M. MICCOLI, *Commento all'art. 16*, in *Formazione, ecc. - Commentario del d.P.R. 10 novembre 1997, n. 513*, 811 ss.; F. DE SANTIS, *Documento informatico e dinamiche processuali*, in *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, a cura di S. Sica e P. Stanzone, Milano, 2002, 143 ss..

legittimo titolare provocando un'inversione dell'onere della prova: spetterebbe, infatti, alla persona che appare come sottoscrittore dimostrare la falsità della firma.

Tuttavia, che il titolare della firma potesse disconoscere la propria firma digitale era parso già inconcepibile, in quanto la firma digitale è una chiave che appartiene al suo titolare. Il documento informatico è riconducibile ad un insieme di *bit* e la firma digitale è per definizione il risultato di una procedura informatica di validazione che, in caso di esito positivo della procedura stessa, garantisce la provenienza e l'integrità del documento. A suffragare questa teoria interveniva il disposto dell'art. 6 del d. lgs. 23 gennaio 2002²⁶ che, modificando il T.U. 445/2000, andava ben oltre le disposizioni della direttiva comunitaria, attribuendo efficacia probatoria fino a querela di falso alla firma qualificata. La dottrina

²⁶ D. lgs. 23 gennaio 2002 n. 10, in virtù del quale il documento sottoscritto con firma digitale fa piena prova fino a querela di falso della provenienza delle dichiarazioni di chi l' ha sottoscritto. Il decreto dà anche la definizione di firma digitale, *quale particolare tipo di firma elettronica, che consente di verificare la provenienza e l'integrità del documento informatico*, definizione poi ripresa dall'art. 2, lett. s, del d. lgs. 7 marzo 2005, n. 82.

tentando di sciogliere i dubbi interpretativi introduceva una nuova regola, quella della presunzione legale di imputabilità della firma digitale al suo titolare, salvo prova contraria²⁷, abbandonando l'idea di applicare la procedura legata alla natura cartacea del documento. In sostanza, il documento informatico sottoscritto con firma digitale, verificabile attraverso un valido certificato, avrebbe sempre e comunque l'efficacia di piena prova fino a querela di falso, sicché il disconoscimento, il riconoscimento e la verifica sarebbero del tutto irrilevanti²⁸.

Tale idea della presunta riconducibilità della firma digitale al suo titolare ha trovato accoglimento nel

²⁷ L'efficacia probatoria ex art. 2702, c.c., del documento informatico con firma digitale deriva semplicemente dalla sussistenza di una valida firma digitale, verificabile con una chiave pubblica certificata a norma di legge. Non è invece richiesta ai fini probatori una certificazione nella seconda fase cioè nell'apposizione della firma (il collegamento soggettivo tra la firma digitale ed il soggetto firmatario richiede l'intervento di un terzo certificatore). Non potendo, dunque, risultare alcuna prova sul reale autore della sottoscrizione digitale si deve ricorrere all'espedito giuridico della presunzione. Dalla titolarità del certificato deriverebbe una presunzione *iuris tantum* di provenienza delle firme digitali. In realtà proprio l'aggancio alla presunzione consentiva ad alcuni autori di affermare che l'efficacia probatoria assegnata al documento informatico fosse riconducibile a quella superiore della scrittura privata autenticata ex art. 2703, c.c., così R. ZAGAMI, *Il valore giuridico*, in *Firma digitale e sicurezza giuridica*, Padova, 2000, 181 ss..

²⁸ Di contro, alcuni autori hanno osservato che la presunzione di provenienza della dichiarazione comunque non può prescindere dalla verifica giudiziale della sottoscrizione elettronica. In questo senso S. Patti, *op. cit.*.

Codice dell'amministrazione digitale. Come anticipato nel capitolo che precede, il vecchio art. 23, comma 2, del T.U.D.A. prevedeva una dichiarazione di equivalenza tra firma autografa e firma digitale (*l'apposizione o l'associazione della firma al documento informatico equivale alla sottoscrizione prevista per gli atti e documenti in forma scritta su supporto cartaceo*), ma tale disposizione è stata soppressa dall'art. 9 comma 1, del D.P.R. 7 aprile 2003 n. 137. Resta da chiedersi, allora, quale significato abbia tale abrogazione.

Ebbene, in tale contesto normativo, la sicurezza del documento informatico non risiede più nel supporto materiale bensì nell'elemento intellettuale ossia nel contenuto del documento stesso²⁹. Sembra ragionevole ritenere che il documento informatico integri sì la forma scritta *ad substantiam*, ma che il legislatore abbia preso atto della non completa equiparazione ed in tal senso si era espresso il legislatore con l'art. 20, comma

²⁹ Usando le parole di Carnelutti "altro non occorre e altro non giova" alla sottoscrizione.

2, del CAD. Infatti, l'art. 20, nella sua originaria versione, al comma 1bis sanciva che l'idoneità del documento informatico a soddisfare il requisito della forma scritta e il suo valore probatorio sono liberamente valutabili in giudizio (tenuto conto delle sue caratteristiche oggettive di qualità, sicurezza, integrità ed immodificabilità, fermo restando quanto disposto dal comma 2³⁰), mentre al successivo comma 2 statuiva che il documento informatico sottoscritto con firma elettronica qualificata o con firma digitale (...) *soddisfa comunque il requisito della forma scritta*. Per aversi forma scritta, dunque, il documento doveva essere sottoscritto con forma digitale o elettronica qualificata.

Sul piano probatorio, l'art. 21, comma 1 - conformemente all'art. 20 succitato - affida alla libera valutazione del giudice il documento informatico a cui

³⁰ Tale comma attualmente abrogato così disponeva: *“Il documento informatico sottoscritto con firma elettronica qualificata o con firma digitale, formato nel rispetto delle regole tecniche stabilite ai sensi dell'art. 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'art. 21, comma 2, e soddisfa comunque il requisito della forma scritta anche nei casi previsti, sotto pena di nullità, dall'art. 1350, comma 1, numeri da 1 a 12, c.c.”.*

veniva apposta una firma elettronica c.d. debole (perché non dotata dell'efficacia probatoria prevista dall'art. 2702, c.c.). Al contrario, al comma successivo (prima della riforma intervenuta ad opera dell'art. 9 del d. lgs. 4 aprile 2006 n. 159) veniva precisato che il documento informatico, sottoscritto con firma digitale o con un altro tipo di firma elettronica qualificata, aveva l'efficacia prevista dall'art. 2702, c.c. e l'utilizzo del dispositivo di firma si presumeva riconducibile al titolare, salvo prova contraria. Si introduceva così una presunzione *iuris tantum*.

Allo stato attuale, il novellato art. 21 del CAD integra il precedente dettato normativo sancendo che il documento informatico, cui è apposta una firma elettronica, sul piano probatorio è liberamente valutabile in giudizio, tenuto conto delle sue caratteristiche oggettive di qualità, sicurezza, integrità e immutabilità³¹; se, invece, è sottoscritto con firma

³¹ Normalmente, il libero convincimento del giudice viene utilizzato per la verità storica dei fatti, in base alle testimonianze e agli altri mezzi di prova offerti dalle parti, mentre qui concerne l'accertamento della presenza o meno di un requisito di forma. L'obiettivo appare più plausibilmente non tanto quello di raggiungere un convincimento circa la verità di determinati fatti,

elettronica *avanzata, qualificata o digitale*, nel rispetto delle regole tecniche di cui all'articolo 20 comma 3³² che garantiscano l'identificabilità dell'autore, l'integrità e l'immodificabilità del documento, ha l'efficacia prevista dall'articolo 2702 del codice civile. La norma pone in risalto, dunque, l'aspetto della immodificabilità del documento. Rispetto alla precedente formulazione

quanto di stabilire i requisiti della loro rilevanza giuridica. Questa scelta legislativa introduce un grave elemento di incertezza in materia di forma, giustificato da esigenze di superamento della obsolescenza delle norme, così prediligendo formule vaghe tali da permettere di non modificare la legge anche quando la tecnologia impone di modificare gli strumenti. Sarebbe stato preferibile che il legislatore avesse indicato quali caratteristiche avrebbe dovuto avere il documento per soddisfare il requisito della forma scritta, anche perché il giudizio sull' idoneità è rimesso a soggetti che spesso non hanno le cognizioni tecniche.

³² Art. 20, comma 3: *Le regole tecniche per la formazione, per la trasmissione, la conservazione, la copia, la duplicazione, la riproduzione e la validazione temporale dei documenti informatici, nonché quelle in materia di generazione, apposizione e verifica di qualsiasi tipo di firma elettronica avanzata, sono stabilite ai sensi dell'articolo 71. 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.71: *Le regole tecniche previste nel presente codice sono dettate, con decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri o del Ministro delegato per la pubblica amministrazione e l'innovazione, di concerto con i Ministri competenti, sentita la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, ed il Garante per la protezione dei dati personali nelle materie di competenza, previa acquisizione obbligatoria del parere tecnico di DigitPA. 1-ter. Le regole tecniche di cui al presente codice sono dettate in conformità alle discipline risultanti dal processo di standardizzazione tecnologica a livello internazionale ed alle normative dell'Unione europea. 2. Le regole tecniche vigenti nelle materie del presente codice restano in vigore fino all'adozione delle regole tecniche adottate ai sensi del presente articolo. V. D.P.C.M. 30 marzo 2009 recante disposizioni in tema di Regole tecniche in materia di generazione, apposizione e verifica delle firme digitali e validazione temporale dei documenti informatici, pubblicato nella G.U. 6 giugno 2009, n. 129.*

la disposizione *de quo* prende atto dei diversi tipi di firma elettronica: avanzata, qualificata o digitale.

Secondo una prima ricostruzione, la sottoscrizione digitale assume in tal modo l'efficacia forte. Secondo altri autori, invece, il Codice dell'amministrazione digitale avrebbe confermato l'equipollenza dell'efficacia probatoria tra documento cartaceo e documento munito di firma digitale o elettronica qualificata ribadendo la necessità che la firma sia riconosciuta oppure venga acquisita prova della paternità; ciò perché, altro è la riconducibilità dell'utilizzo del dispositivo di firma al titolare, altro è la riconducibilità del documento al titolare del dispositivo di firma ed altro ancora è la paternità della dichiarazione.

Il legislatore precisa, altresì, che garantisce l'identificabilità dell'autore, l'integrità e l'immodificabilità, il documento **si presume riconducibile al titolare del dispositivo, salvo che questi dia la prova contraria** ed afferma, inoltre, che lo stesso documento è idoneo a soddisfare il requisito

della forma scritta anche nelle ipotesi di cui all'art. 1350, c.c., nelle quali la firma scritta è prescritta a pena di nullità.

Viene, dunque, operata una distinzione a seconda che il documento sia sottoscritto con una *firma semplice* o *qualificata*. Nel primo caso (firma leggera), il documento è liberamente valutabile in giudizio tenuto conto delle caratteristiche oggettive di qualità, sicurezza, integrità e immodificabilità, senza tuttavia fornire alcun parametro per detta valutazione. Nel secondo caso, invece³³, l'efficacia del documento sottoscritto con firma digitale è ricondotta a quella della scrittura privata autenticata per espresso rinvio all'art. 2702, c.c.³⁴. Ciò dipende

³³ Nella firma digitale a differenza di quanto avviene per la firma semplice, la prova dell'assunzione di paternità della dichiarazione documentata, non si realizza direttamente, ma tramite l'intermediazione di una procedura informatica di controllo, svolta da un computer. Di conseguenza, il giudice, per verificare se il documento informatico prodotto in causa da una parte è firmato digitalmente dall'altra, dovrà compiere una duplice attività istruttoria: in primo luogo, dovrà appurare la composizione della chiave pubblica della parte contro cui il documento informatico è prodotto consultando gli appositi elenchi, per poi verificare, tramite computer, se vi è corrispondenza tra la chiave pubblica e la chiave privata con cui è stato firmato il documento. Quindi, contrariamente alla sottoscrizione tradizionale, la firma digitale, sotto il profilo probatorio, non solo non costituisce una prova documentale direttamente rappresentativa, ma si sostanzia piuttosto in una prova costituenda, dal momento che l'effetto rappresentativo si forma solo nel processo.

³⁴ Costituendo prova della provenienza delle dichiarazioni dal titolare del dispositivo di firma fino a querela di falso.

dalla diversa modalità di apposizione della firma digitale. Ed infatti, mentre la sottoscrizione apposta su un documento cartaceo è passibile di verifica *ex post* attraverso la comparazione con altre sottoscrizioni autografe provenienti dallo stesso autore, lo stesso procedimento non può essere seguito per la firma digitale. Per tale ovvia ragione, il legislatore ricorre al meccanismo della presunzione, ponendo a carico dell'autore apparente la prova dell'uso del dispositivo di firma da parte di un soggetto terzo. La paternità del documento sarà garantita mediante la sottoscrizione effettuata con firma digitale, mentre la veridicità della sottoscrizione secondo le modalità che possono essere riferite al documento informatico³⁵.

2.3.1 La firma autenticata

L'autenticità della firma è espressamente riconosciuta dall'art. 25 del CAD, in virtù del quale si ha per

³⁵ Così M. NASTRI - C. VALIA, *L'autenticità del documento*, in *Studi e Materiali*, 2/2006, Milano, 1867.

riconosciuta, ai sensi dell'art. 2703, c.c., la firma digitale o altro tipo di firma elettronica qualificata autenticata dal notaio o da altro pubblico ufficiale a ciò autorizzato. L'autenticazione della firma digitale o di altro tipo di firma elettronica qualificata consiste nell'attestazione, da parte del pubblico ufficiale, che la firma è stata apposta in sua presenza dal titolare, previo accertamento della sua identità personale, della validità del certificato elettronico utilizzato e del fatto che il documento sottoscritto non è in contrasto con l'ordinamento giuridico. L'apposizione della firma digitale da parte del pubblico ufficiale ha l'efficacia di cui all'articolo 24, comma 2 cioè *integra e sostituisce l'apposizione di sigilli, punzoni, timbri, contrassegni e marchi di qualsiasi genere ad ogni fine previsto dalla normativa vigente*. Ciò perché nel documento informatico non è possibile avvalersi delle caratteristiche esteriori che caratterizzano gli atti pubblici redatti su supporto cartaceo.

L'efficacia probatoria dell'autenticità riposa, dunque, sulla firma digitale. Per vincere la presunzione di riconducibilità al suo titolare, non basta dimostrare che la firma è stata apposta da un terzo, ma occorre dimostrare che essa sia stata apposta da un terzo che si è impossessato della chiave contro la volontà del titolare. Allo stato attuale è possibile affermare che:

a) la presunzione legale di riconducibilità della firma digitale al suo titolare non attribuisce al documento informatico l'efficacia probatoria dell'atto pubblico, in quanto consente la prova che la chiave è stata usata contro la volontà del titolare;

b) la firma digitale non dà la certezza circa la legittimazione negoziale del firmatario, certezza che invece è data dall'atto notarile – stante l'obbligo del notaio di verificare non solo l'identità dell'autore dell'atto, ma anche la sua legittimazione a disporre dell'oggetto e l'assenza di diritti di terzi risultanti da pubblici registri³⁶. Di qui l'insostituibilità dell'atto

³⁶ Così M. BIANCA, *Documento digitale e atto notarile*, Relazione dedicata alla memoria di Luigi Ferri, Roma, settembre 2008.

pubblico e l'importanza della autenticazione notarile del documento informatico. Nel quadro delineato dal Codice dell'amministrazione digitale, dunque, il documento informatico sottoscritto con firma digitale ha l'efficacia probatoria della scrittura privata riconosciuta: fa piena prova della provenienza del documento e consente che si instauri un collegamento tra la firma ed il documento, che crea la presunzione della provenienza della dichiarazione ivi contenuta. Questo nesso può essere spezzato con la querela di falso. Sul piano strettamente tecnico, gli istituti processuali del disconoscimento e della verifica della sottoscrizione non sembrano essere praticabili³⁷.

³⁷ Così G. FINOCCHIARO, *La firma digitale*, in *Comm. cod. civ. Sciajola-Branca*, a cura di F. Galgano, Libro VI, Tutela dei diritti, artt. 2699-2720, Bologna-Roma, 1996, 67 ss.. *Contra* P. PICCOLI – G. ZANOLINI, *Il documento elettronico e la firma digitale*, in *Diritto dell'informatica*, Milano, 2001, 142, secondo il quale: l'applicazione al documento informatico degli articoli 214 e ss. del codice di rito deve essere opportunamente adattata alla peculiarità della materia. Nel caso della scrittura privata informatica, infatti, si può verificare l'ipotesi che la firma digitale sia effettivamente quella del titolare, ma non sia stata da lui apposta (si pensi allo smarrimento della chiave privata). In dottrina si è osservato che in casi come questo, colui che invoca l'efficacia probatoria del documento dovrà provare l'autenticità della firma ossia la corrispondenza della chiave pubblica, mentre colui contro il quale il documento è prodotto non potrà limitarsi a disconoscere la propria firma digitale, bensì dovrà provare le concrete circostanze che escludono la propria responsabilità per l'uso abusivo da terzi fatto della propria firma digitale.

Se il documento informatico munito di firma digitale fosse da considerarsi scrittura privata non riconosciuta, allora potrebbe essere disconosciuto da colui contro il quale è stato prodotto. Questi dovrebbe sostenere l'onere di provare non solo che il documento proviene dal presunto sottoscrittore, ma anche che egli ne è materialmente l'autore. La controparte potrebbe proporre un'istanza di verifica della scrittura secondo le regole fissate dal codice di rito. Ma a ben vedere non si comprende quale possa essere l'oggetto del procedimento di verifica. La funzione della verifica è quella di accertare l'autenticità del documento, determinandone l'imputabilità all'apparente sottoscrittore, attraverso i mezzi della perizia calligrafica e delle scritture di comparazione. Nel caso di documento informatico lo strumento della verifica appare evidentemente inadeguato. Ciò che potrebbe essere oggetto di contestazione, con riferimento alla firma digitale, è l'uso non autorizzato della chiave privata. Ma il solo fatto dell'uso illegittimo

della chiave privata non è oggetto di disconoscimento, che serve unicamente a negare autenticità della scrittura. Conclusivamente è possibile affermare che il documento informatico munito di firma digitale integri una nuova fattispecie di prova legale in cui il documento stesso, munito delle regole tecniche sia legalmente da considerarsi come riconosciuto ai sensi dell'art. 2702, c.c.³⁸.

2.3.2 Uso illegittimo della chiave privata

Approfondendo la tematica relativa alla provenienza e all'integrità del documento informatico, viene in rilievo l'ulteriore questione riguardo all'utilizzo abusivo della chiave privata da parte di un terzo. Il caso più frequente di uso illegittimo di una chiave privata deriva dalla sottrazione del supporto su cui la chiave è stata memorizzata o dalla copia abusiva della stessa. In tale ipotesi, è evidente che non si tratta di un originario

³⁸ A. GRAZIOSI, *Premesse ad una teoria probatoria del documento informatico*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1998, 481-529.

difetto di assegnazione delle chiavi³⁹. Tuttavia, il documento è considerato digitalmente firmato quando viene cifrato con la chiave privata del titolare di una coppia di chiavi crittografiche, se la corrispondente chiave pubblica è valida⁴⁰. Sorge, allora, la questione circa la possibilità di contestare il documento informatico così sottoscritto. La disciplina legislativa a regime non sembra precludere gli strumenti di tutela già previsti dall'ordinamento giuridico; così è possibile spezzare il collegamento tra documento sottoscritto e la dichiarazione ivi contenuta attraverso la querela di falso⁴¹. Da un punto di vista sostanziale, secondo alcuni autori, il documento firmato digitalmente contro la volontà del titolare è da considerarsi nullo per mancanza di volontà⁴². In tale ipotesi, vengono in rilievo tre questioni: quella relativa all'efficacia probatoria del documento informatico digitalmente

³⁹ Alcuni autori ritengono che il caso più vicino a quello in esame sia costituito dall'usurpazione del nome altrui.

⁴⁰ Così G. FINOCCHIARO, *op. cit.*, 134.

⁴¹ M. ORLANDI, in AA. VV., *Formazione, archiviazione e trasmissione di documenti informatici e telematici*, Comm. a cura di BIANCA, CLARIZIA, FRANCESCHELLI, GALLO, MOSCARINI, PACE, PATTI, (Nuove leggi civ.) 2000, 766.

⁴² F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 223.

firmato, quella che investe il contenuto negoziale e quella della tutela dei terzi. Ebbene, il negozio stipulato tra il terzo contraente ed il titolare della chiave privata sarà nullo per mancanza di volontà; il negozio stipulato tra il terzo e il reale dichiarante sarà efficace e vincolante nei confronti del soggetto che ha emesso la dichiarazione di volontà. Con riferimento alla tutela del terzo contraente, se è vero che la firma digitale assolve anche la funzione indicativa propria della firma, non è invece finalizzata ad accertare l'identità fisica del titolare (contrariamente a quanto avviene con le chiavi biometriche). Il terzo può presumere di essere in relazione col titolare della chiave, ma non può averne la certezza. Una soluzione a questo problema può essere data dal sistema di pubblicità della firma digitale, attuata mediante il Registro delle chiavi pubbliche tenuto dal Certificatore: mediante la pubblicazione della chiave pubblica e del nominativo del titolare nel registro telematico si rende possibile il collegamento fra un soggetto e una firma digitale. Questo sistema di

pubblicità collega un codice (chiave pubblica) - cui è correlato ad un altro codice (chiave privata) - ad un soggetto determinato. Ed allora è del tutto evidente che anche sul terzo graverà un onere di diligenza.

Capitolo III

Conservazione del documento

Sommario: 3.1 La conservazione dell'atto notarile informatico. - 3.2 Le copie degli atti informatici. - 3.3 Le copie esecutive: problematiche sottese.

3.1 La conservazione dell'atto notarile informatico

Il sistema di conservazione degli atti informatici “nativi” - qual è l'atto notarile informatico - rappresenta una condizione necessaria affinché i documenti informatici possano assumere il valore di prova documentale pari a quella dei documenti cartacei. La prova documentale è la prova regina nell'ambito del processo civile, di fatti l'atto pubblico, le scritture private autenticate e le copie rilasciate da pubblici ufficiali e pubblici depositari fanno fede fino a querela di falso. L'atto notarile, poi, oltre che strumento privilegiato di prova costituisce titolo per la pubblicità legale¹. Su queste premesse è allora evidente che nel

¹ Sul documento pubblico sono basate le più importanti forme di pubblicità ipotecaria e commerciale. Sull'autenticità del titolo nella pubblicità immobiliare per tutti S. PUGLIATTI, *La trascrizione, la pubblicità in generale*,

passaggio dalla carta all'informatica, restano vive le medesime esigenze di sicurezza a tutela del corretto svolgimento del commercio giuridico². La conservazione dei documenti è uno dei principali compiti del notaio³ come si evince dall'art. 1 della legge notarile in virtù del quale "I notari sono pubblici ufficiali istituiti per ricevere gli atti tra vivi e di ultima volontà, attribuire pubblica fede, *conservarne il deposito*, rilasciarne le copie i certificati e gli estratti". La *ratio* della conservazione risiede nel fatto che il documento informatico *tout court* è facilmente deteriorabile nonché alterabile e falsificabile. La sicurezza nella circolazione dei beni, infatti, sarebbe gravemente pregiudicata se la custodia del documento notarile costituisse un mero onere delle parti⁴. Il sistema di conservazione

in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo*, vol. XIV, tomo I, Milano, 1957, 340. per la pubblicità commerciale ed il titolo della stessa cfr. E. BOCCHINI, *Manuale del registro delle imprese*, Padova, 1999, 32.

² Così M. NASTRI, *La conservazione del documento informatico*, in *Quaderni Not.*, *Atti del Convegno Milano 28 maggio/Firenze 29 ottobre 2010*, 32 ss..

³ Il sistema di conservazione documentale del notariato è il risultato di una normativa risalente nel tempo, che ha positivizzato i principi di una scienza archivistica e di una pratica notarile, consolidatisi nel corso dei secoli.

⁴ In tal caso, infatti, la permanenza fisica, l'autenticità e la conoscibilità del documento potrebbero essere facilmente compromessi. Sebbene simili problematiche concernano la generalità dei documenti, indipendentemente dal loro valore probatorio, assumono una massima rilevanza in relazione a quelli dotati di pubblica fede; in ragione di ciò, l'ordinamento ha scelto di

documentale costituisce un vero e proprio archivio, inteso quale complesso ordinato e coerente di atti, scritture e documenti, finalizzato non solo alla semplice custodia, cui fa unicamente riferimento l'art. 1 della legge notarile, ma anche alla "consultabilità e fruizione nel tempo" dei documenti medesimi⁵. Attualmente l'attività notarile viene espletata quasi esclusivamente ricorrendo all' utilizzo di documenti informatici (basti pensare alle visure, al rilascio di copie conformi di atti notarili, allo scambio di corrispondenza o al pagamento dei tributi) e con la conservazione i notai mantengono la

affidare la conservazione documentale alla stessa pubblica amministrazione - nel caso di atti pubblici di natura amministrativa - o ad un pubblico ufficiale, estraneo agli interessi delle parti, obbligato per legge alla conservazione e sottoposto a ispezioni ordinarie e straordinarie: è il caso degli atti pubblici notarili. Così M. MIRRIONE, *L'atto notarile informatico*, in *Contratti*, 7/2011, 731.

⁵ Esso si fonda essenzialmente su due gruppi di norme: il primo riguarda i documenti notarili soggetti a raccolta, il secondo è relativo ai repertori. Così G. ARCELLA, *La funzione di conservazione e il nuovo codice in materia di protezione dei dati personali*, in http://bal.notartel.it/bdn/Rassegne/NRassegne/Privacy/StudiPrivacy/FunzioneConservazione_Arcella.pdf. La conservazione degli atti si concretizza nell'apposizione sul margine degli stessi di un numero progressivo - detto numero di raccolta - e sulla loro rilegatura in volumi, secondo ordine cronologico e, tendenzialmente, anno per anno. Mentre i repertori che il notaio deve tenere sono, ad oggi, tre: il repertorio degli atti tra vivi, quello degli atti di ultima volontà e il repertorio speciale dei protesti; la legge notarile dispone che su questi ultimi vadano annotati, senza spazi bianchi o interlinee e in ordine di numero, tutti gli atti conclusi dal pubblico ufficiale, siano essi sottoposti a successiva custodia o rilasciati in originale.

disponibilità esclusiva per il rilascio di copie finché sono in esercizio. Ne discende che i dati ed i documenti informatici devono essere conservati nel pieno rispetto delle disposizioni che disciplinano il documento informatico ed in particolare nel rispetto delle disposizioni dettate dal CAD⁶.

La normativa sulla conservazione del documento informatico è racchiusa essenzialmente negli artt. 40-44-bis del CAD nonché nella delibera 11 febbraio 2004 CNIPA (ora DIGITPA). L'art. 40 in particolare contiene una disposizione generale, stabilendo che le pubbliche amministrazioni formano gli originali dei propri documenti con mezzi informatici secondo le disposizioni dettate dal Codice dell'amministrazione digitale e le regole tecniche di cui all'art. 71. Questa scelta legislativa che detta un principio generale, si spiega con la necessità di lasciare ampia libertà nelle scelte tecnologiche da utilizzare ed ha il pregio di superare l'obsolescenza normativa ma per converso rischia di

⁶ V. al riguardo le delibere n. 1/6648 del 18 novembre 2004 e 1-89 del 19 dicembre 2008 del CNN.

rompere l'uniformità del sistema, in quanto trattandosi di archivi destinati ad essere riuniti presso la pubblica amministrazione non è immaginabile che le modalità di conservazione siano lasciate all'arbitrio di ogni singolo notaio.

Attraverso lo strumento della conservazione i risultati che si intendono perseguire sono essenzialmente tre: a) la fruibilità del documento informatico nel tempo; b) il mantenimento del valore legale; c) l'imputabilità del documento munito di firma digitale o firma elettronica qualificata. L'obbligo di garantire tali risultati è posto a carico del c.d. "responsabile della conservazione" che secondo la delibera CNIPA 11/2004 è una persona fisica o un ente, che può delegare le proprie funzioni e tra i cui compiti rientra quello di assicurare i tempi di effettuazione della procedura di conservazione e l'inserzione del documento nell'archivio digitale.⁷ La

⁷ L'archivio notarile continuerebbe ad essere luogo di sicurezza, protezione e certezza documentale; nel contesto digitale, il notaio si rende garante non soltanto della verità rappresentativa del singolo documento, ma anche dell'attendibilità e della verità dello spazio virtuale entro il quale il documento è conservato ed in cui è giuridicamente conseguibile la piena prova delle verità storiografica e conformativa del documento pubblico informatico. Così M. Orlandi, *Documento informatico e prova critica* Relazione al convegno di studio promosso dalla Fondazione italiana per il notariato *Introduzione all'atto*

normativa di settore si limita a porre alcuni principi generali, mentre la normativa di dettaglio indica il sistema per individuare l'oggetto ed il momento dell'introduzione dei documenti nel sistema di conservazione, sancendo l'obbligo dell'apposizione della firma digitale e del riferimento temporale al momento dell'effettuazione di tali operazioni (art. 3 della delibera CNIPA).

Il sistema di "conservazione a norma" consiste, dunque, nel mantenimento in un archivio informatico tenuto dai singoli professionisti presso una struttura centralizzata gestita dal Consiglio Nazionale del Notariato⁸, conforme alla normativa sulla conservazione del documento informatico e contenente gli originali degli atti notarili informatici, le copie conformi di tutti gli atti notarili cartacei nonché tutta la documentazione informatica

notarile informatico: profili sostanziali e aspetti operativi, Milano, 28 maggio 2010.

⁸ Per una maggiore chiarezza è bene precisare che gli archivi restano nella piena disponibilità dei singoli professionisti, mentre la struttura è centralizzata e ciò al fine di garantire la massima sicurezza nella conservazione dei dati, demandando ad un soggetto pubblico la predisposizione e la gestione delle infrastrutture necessarie.

attinente l'esercizio della professione⁹. Ogni professionista è titolare della del proprio archivio all'interno della struttura centralizzata del Consiglio nazionale del notariato, senza alcuna interferenza da parte del gestore della struttura¹⁰. Il sistema realizzato dal Consiglio Nazionale del Notariato si serve delle strutture della Notartel S.p.A., per la conservazione dei documenti informatici relativi alla propria attività. Tale sistema è così strutturato: ogni notaio è titolare del proprio archivio all'interno del sistema di conservazione ed in tale ambito svolge la propria attività con le garanzie di sicurezza che solo una struttura organizzata

⁹ Atti e documenti relativi all'attività notarile originariamente formati su supporto informatico o derivanti dalla conservazione di documenti analogici, nel quale i notai conservano i dati e documenti relativi a: 1) esecuzione di attività istruttorie (es. visure); 2) rilascio di copie conformi di atti notarili; 3) esecuzione degli adempimenti conseguenti agli atti notarili e dei pagamenti dei relativi tributi (es. moduli e ricevute relativi all'adempimento unico, al Registro delle Imprese). A seguito della novella del 2010, devono essere conservati in archivio anche gli originali degli atti notarili informatici, i repertori e le copie repertoriali. Il sistema consentirà altresì il rilascio in via automatica delle copie autentiche firmate digitalmente e depositate nel sistema di conservazione, previo pagamento dei relativi diritti, con ciò migliorando l'efficienza e l'utilità del servizio reso dai notai.

¹⁰ Da un punto di vista strettamente tecnico, il notaio presso il quale si conclude il contratto mette l'atto a raccolta e lo conserva nel proprio archivio situato nella struttura informatica centralizzata posta presso il Consiglio Nazionale del Notariato. Quando il notaio cessa dall'esercizio delle sue funzioni, i suoi atti informatici saranno depositati presso gli Archivi notarili gestiti dal Ministero della Giustizia come oggi avviene per i cartacei.

e gestita con competenza può offrire¹¹. Il notaio è depositario e responsabile dell'archivio ai sensi degli artt. 61 e 67, 62-bis e 62-ter della legge notarile e, nel contempo responsabile della conservazione, ai sensi del d. lgs. 82/2005 e della delibera n. 11/2004 del CNIPA. Tale sistema di conservazione costituisce, quindi, un valido esempio di cooperazione e condivisione delle applicazioni tra soggetti muniti di totale autonomia dal punto di vista giuridico. I documenti contenuti in tali archivi - che comprenderanno tutta la durata dell'esercizio della funzione notarile - avranno un ciclo di vita tendenzialmente illimitato¹².

La lett. *h*) dell'art. 1, d. lgs. 110/2010, inserisce nella legge notarile i nuovi articoli **62-bis**, **62-ter** e **62-quater**. La prima di queste disposizioni prevede che gli atti informatici redatti dal notaio rappresentano gli originali informatici dai quali possono essere tratti

¹¹ Da *CNN Notizie* del 20 luglio 2010 a cura di M. NASTRI e C. VALIA.

¹² Un'interfaccia di consultazione (accesso e ricerca avanzata) consente al notaio che effettua il deposito di accedere ai plichi connessi al suo dominio di conservazione. La corretta e completa alimentazione dell'archivio è effettuata a cura degli stessi notai i quali soli hanno il pieno accesso ai propri dati e documenti personali e la titolarità degli stessi.

duplicati e copie e sono conservati presso la struttura predisposta e gestita dal CNN nel rispetto dei principi di cui all'art. 60 del d. lgs. 82/20015; impone al CNN di svolgere l'attività di conservazione rispettando i principi posti dalla legge e consentire l'accesso, nei casi previsti, ai documenti conservati. A norma del successivo articolo, la struttura predisposta dal CNN per la conservazione, è deputata a contenere non solo atti pubblici informatici e le scritture private autenticate redatte dal notaio, ma anche le copie informatiche di atti rogati o autenticati su supporto cartaceo, con l'indicazione degli estremi delle annotazioni delle eseguite trascrizioni e iscrizioni ipotecarie, attestate conformi ai sensi di legge. L'art. 62-quater, invece, contiene norme generali in materia di ricostruzione di atti, repertori e registri, sia informatici che cartacei. Il nuovo art. 66-bis impone, tra l'altro, al notaio la formazione e la conservazione di tutti i repertori e registri che è obbligato a tenere su supporto informatico, nel rispetto dei principi contenuti nel CAD

ed avvalendosi della struttura predisposta dal Consiglio Nazionale del Notariato. L'art. 66-ter precisa che la tenuta del repertorio informatico sostituisce gli indici previsti dall'art. 62 comma 6 della legge notarile. Inoltre, il riformato art. 67, comma 1, della legge notarile inserisce il riferimento agli atti conservati presso la struttura predisposta dal CNN per le ispezioni, lettura, copie, estratti e certificati degli atti conservati presso il notaio, confermando così la sua competenza a rilasciare copie di atti presso di lui conservati.

Per quanto concerne la normativa di dettaglio per la conservazione di atti e repertori notarili la novella rinvia a regole tecniche ancora da emanare a norma dell'art. 68-bis della novella.

3.2. Le copie degli atti informatici

Il documento informatico ha delle caratteristiche sue proprie che influiscono su alcuni aspetti giuridici della

res signata ed in modo particolare sulla disciplina delle copie. La copia è definita come la riproduzione integrale di un atto¹³. Dal punto di vista della natura giuridica, le copie sono documenti di secondo grado perché rappresentativi di altri documenti, mentre gli originali sono documenti di primo grado, in quanto derivano dalla primitiva attività di documentazione. La disciplina dettata dal legislatore in tema di copie (art. 67 e ss. della legge notarile) riconduce l'efficacia della copia a quella dell'originale; ciò implica che l'intervento del pubblico depositario, autorizzato a rilasciare la copia del documento depositato, non incide sull'efficacia del documento stesso. Infatti, il documento informatico provvisto di firma digitale è nient'altro che un *file* ossia una sequenza di *bit* (lettere e numeri) onde l'operazione di copia, se correttamente compiuta, ha come risultato un duplicato perfetto assolutamente indistinguibile dall'originale. Una volta che la procedura di copia sia stata eseguita correttamente il prodotto ottenuto non è

¹³ Cfr. sul punto R. VACCARELLA, *Sull'efficacia probatoria della copia fotostatica di scrittura privata*, in *Riv. dir. proc.*, 1969, 259.

identificabile come copia in nessun senso del termine e la copia manterrà lo stesso valore probatorio dell' originale. A rigore, dunque, non avrebbe senso parlare di "originale informatico", giacché tutti i *file* sono per definizione di primo grado¹⁴. Il problema della circolazione del documento informatico è costituito proprio dall'inidoneità del documento informatico a garantire la distinzione fra copia e originale ed a consentire l'identificazione dell' originale¹⁵. Vista la totale riproducibilità del documento informatico, lo stesso concetto di "copia" perde di significato e si parla più propriamente di duplicati identici di uno stesso documento¹⁶. Queste premesse comportano come conseguenza logica che nel mondo informatico il documento può considerarsi "originale" solo attraverso

¹⁴ Un documento con firma digitale può essere duplicato infinite volte, ogni copia avrà la stessa sicurezza giuridica e lo stesso valore dell'originale e di ogni altra copia senza che diventi necessario l'intervento del pubblico ufficiale a garanzia del procedimento di duplicazione, in questo senso R. ZAGAMI, *Il valore giuridico*, in *Firma digitale e sicurezza giuridica*, Padova, 2000, 148.

¹⁵ Il documento informatico anche se è incorporato in un supporto materiale (memoria del pc, cd rom, chiave USB) è svincolato dallo stesso, in quanto non vi si incorpora in maniera stabile, essendo trasferibile da un supporto all'altro rimanendo sempre uguale a sé stesso.

¹⁶ G. ARCELLA, *Copie, estratti e certificati, le allegazioni all'atto notarile e la certificazione di conformità all'originale dopo il d. lgs. 110/2010*, in *Quaderni Not.*, Atti del Convegno Milano 28 maggio/Firenze 29 ottobre 2010, 102.

una definizione normativa che lo differenzia dai suoi duplicati e non già per le sue caratteristiche ontologiche. È la funzione assegnata di volta in volta che può fissarne la discriminazione.

Attualmente l'effettuazione di una copia è ancora necessaria laddove si deve provvedere al passaggio da un originale cartaceo ad una copia informatica o viceversa. La distinzione tra originali e copie informatiche avviene per il tramite della conservazione dell'originale in un archivio tenuto con regole prefissate e con una valenza *erga omnes*.

In un'ottica comparatistica si può citare la soluzione adottata dal legislatore francese che ha previsto la creazione di un archivio centrale e solo il deposito presso tale archivio segna la venuta ad esistenza, da punto di vista giuridico, dell'atto notarile informatico; l'archivio ed il deposito dell'atto notarile rappresentano lo strumento per l'individuazione dell'originale cui far riferimento per tutte le successive operazioni. Il legislatore nazionale si è occupato del problema delle

copie già nell'art. 22 del CAD rubricato *Copie informatiche di documenti analogici* ¹⁷. Ai sensi di tale norma “I documenti informatici contenenti copia di atti pubblici, scritture private e documenti in genere, compresi gli atti e documenti amministrativi di ogni tipo formati in origine su supporto analogico, spediti o rilasciati dai depositari pubblici autorizzati e dai pubblici ufficiali, hanno piena efficacia, ai sensi degli articoli 2714 e 2715 del codice civile, se ad essi è apposta o associata, da parte di colui che li spedisce o rilascia, una firma digitale o altra firma elettronica qualificata. La loro esibizione e produzione sostituisce quella dell'originale”.

Essa è una copia propriamente detta in quanto richiede l'attività di collazione del notaio che la rilascia e la sua attestazione di conformità.

Il successivo art. 23 disciplina le copie analogiche di documenti informatici, a mente del quale le copie su supporto analogico di documento informatico, anche sottoscritto con firma elettronica avanzata, qualificata o

¹⁷ Articolo così modificato a seguito del d. lgs. 30 dicembre 2010 n. 235.

digitale, hanno la stessa efficacia probatoria dell'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.

Anche la legge notarile autorizza in modo espresso il notaio a rilasciare copie degli atti da lui ricevuti indifferentemente in formato analogico o digitale prescindendo dal supporto su quale è stato formato l'originale¹⁸. Con l'art. 73, l. n., si è previsto che il notaio possa attestare la conformità all'originale di copie eseguite su supporto informatico o cartaceo di documenti formati su qualsiasi supporto ed a lui esibiti in originale o in copia conforme. L'attestazione di conformità riguarderà il documento esibito, che potrà essere a sua volta un originale, ed avremo quindi un documento di secondo grado contenente una normale copia, o una copia ed in questo caso il pubblico ufficiale

¹⁸ Si riporta qui di seguito l'art. 68-ter della legge notarile: "1. Il notaio può rilasciare copie su supporto informatico degli atti da lui conservati, anche se l'originale è stato formato su un supporto analogico. Parimenti, può rilasciare copie su supporto cartaceo, degli stessi atti, anche se informatici. 2. Quando l'uso di un determinato supporto non è prescritto dalla legge o non è altrimenti regolato, il notaio rilascia le copie degli atti da lui conservati sul supporto indicato dal richiedente. 3. Il notaio attesta la conformità del documento informatico all'originale o alle copie apponendo la propria firma digitale".

darà luogo ad un documento di grado ulteriore (copia di copia)¹⁹. In generale l'attestazione di conformità, avendo data certa, conferisce anche al documento rappresentato una data opponibile a terzi ex art. 2704, c.c..

3.3. Copie esecutive: problematiche sottese

Come anticipato, il documento informatico è per sua natura duplicabile un numero illimitato di volte senza che per questo mutino le sue caratteristiche ontologiche, né dal punto di vista tecnico né dal punto di vista giuridico. Queste peculiarità sono tali da rendere difficile il rilascio di quei documenti destinati a rimanere unici. Il riferimento va a quegli atti che incorporano un diritto: titoli di credito e copie esecutive. Si tratta di documenti che vengono rilasciati in unico originale o in unica copia, ed allo stato attuale non

¹⁹ Così G. ARCELLA, *op. cit.*, 105. Sul punto v. A. RUOTOLO, *Le prove documentali minori*, in S. TONDO, G. CASU, A. RUOTOLO, *Il documento*, in *Tratt. Dir. civ. CNM* diretto da P. Perlingieri, IX, 9, Napoli, 2003, 239 ss.

sembra possibile la loro duplicazione in via informatica. In particolare, la copia esecutiva è rilasciata, a norma del codice di rito (art. 476 c.p.c.) in unico originale, salva la possibilità residuale del rilascio di altre copie su ricorso al Presidente del Tribunale, ma solo per giusto motivo. Va da sé che la copia esecutiva rilasciata in forma di documento informatico perderebbe la sua essenza di unicità. Tale unicità della copia esecutiva mira a realizzare un efficace controllo delle iniziative esecutive del creditore per impedire l'abuso del potere che questi ha di assoggettare i beni del creditore alle procedure esecutive.

In dottrina molti autori hanno mostrato le loro perplessità circa l'utilizzo della forma informatica per quegli atti destinati a rimanere unici²⁰. Pertanto, il d. lgs. 110/2010 ha previsto all'art. 62-bis, comma 2, legge notarile, che le regole per il rilascio della copia esecutiva siano stabilite con successivo decreto al fine di assicurare il rispetto dell'art. 476, c.p.c.. Una prima

²⁰ In questo senso U. BECHINI, *Forma telematica ed incomunicabilità (con polemiche su metodo, deontologia e cambiale)*, in *Riv. not.*, 2005, 286; S. CHIBBARO, *ult. op. cit.*.

soluzione al problema, la più semplice, potrebbe essere il rilascio di copie esecutive esclusivamente sul supporto cartaceo. Secondo altri autori, invece, si potrebbe prendere quale modello di riferimento quello utilizzato per i titoli di credito dematerializzati: documenti non duplicabili per definizione e sottoposti alle modalità di gestione accentrata²¹, basata sul principio di un unico deposito accentrato per tutti gli strumenti finanziari dematerializzati, al fine di assicurare la sicurezza e l'unicità²². Si può, quindi, immaginare un registro unico od una modalità di collegamento dell'archivio informatico dei singoli notai dal quale sia desumibile il rilascio della copia esecutiva (con relativa annotazione del notaio) ed il soggetto al quale la copia è stata rilasciata. A carico di quest'ultimo, poi, dovrebbe essere posto l'obbligo di indicare la procedura esecutiva per la quale è utilizzata

²¹ Artt. 79-quater e ss. del d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58. Con l'istituzione della Banca d'Italia della Monte Titoli S.p.A. ad opera della l. 289/1986, che le ha conferito il ruolo di unico depositario degli strumenti finanziari di diritto italiano, si è consentito la totale eliminazione dello scambio materiale di titoli nell'ambito delle transazioni finanziarie.

²² Così M. NASTRI, *ult. op. cit.*.

la copia esecutiva. Con il deposito obbligato della copia esecutiva informatica presso un depositario unico, si potrà concretamente realizzare la garanzia di evitare l'impiego della medesima copia esecutiva più volte. Infine, l'intero sistema potrebbe essere facilmente collegato ai relativi fascicoli del processo civile telematico.

Capitolo IV

Profili comparatistici

Molti notai dell'Unione europea si sono adattati ai progressi tecnologici per rispondere meglio ai cambiamenti della società civile. Già nel 1996 in Quebec, la Camera dei Notai costituì una entità indipendente, *Notarius*, con l'obiettivo principale di aiutare i professionisti nel loro ingresso al mondo virtuale e così in Francia con la Rete Elettronica Notarile (RÈAL), una filiale informatica del Consiglio Superiore del Notariato (CSN).

Le firme digitali, in particolare, hanno innescato un processo di rivalutazione del ruolo della figura notarile di Civil law ed una sua esportazione negli ordinamenti di Common law in cui è notoriamente assente una figura corrispondente al notaio di tipo latino. Il *public notary* americano non è né pubblico ufficiale né consigliere giuridico bensì un mero certificatore che non ha alcun dovere di verificare la conformità alla legge dell'atto che gli è sottoposto per l'autenticazione. Diverso è anche il concetto di documento notarile non corrispondente a quello elaborato nei sistemi di Civil law. Basti citare, ad esempio, il *Model Notarial Act*

(MNA)¹ - redatto dall'Associazione Nazionale dei Notai degli Stati Uniti - per il quale tutti i documenti che un notaio ha diritto di autorizzare secondo la legge (come il giuramento, il riconoscimento, l'autentica di firma, la certificazione di copia) costituiscono documenti notarili. Non sembra potersi dubitare del fatto che questi documenti, anche se la stessa legge li qualifica come documenti notarili, non hanno la forza probatoria ed esecutiva proprie degli atti pubblici degli ordinamenti di Civil law. Negli Stati Uniti si è avvertita già da tempo la necessità di istituire la nuova figura professionale del *Cybernotary* al quale è attribuito uno speciale potere certificativo dovendo assicurare la legalità dei documenti destinati all'estero affinché non siano respinti dall'ordinamento destinatario.

Quanto alle leggi che disciplinano il documento notarile informatico, si è osservato che nella maggior parte degli Stati della Unione internazionale del notariato (UINL) queste sono redatte in forma neutra, mantenendo una sola definizione di documento notarile e lasciando

¹ Legge pubblicata il 1° gennaio 2010.

ampia libertà nell' utilizzo del supporto informatico o cartaceo.

In Quebec, ad esempio, l'art. 35 della legge notarile dispone che i documenti notarili originali devono essere autorizzati e conservati sopra "qualsiasi supporto" che assicuri l' integrità e che sia approvato con regolamento del Consiglio di amministrazione. In Francia il documento autentico realizzato dal pubblico ufficiale può essere redatto sopra un supporto elettronico se è autorizzato e conservato nelle condizioni fissate con decreto del Consiglio di Stato (art. 1317 del Code Napoleon). E così in Belgio dove l'art. 19 della legge 6 maggio 2009, che ha modificato l'art. 18 della legge 16 marzo 1803 sull'organizzazione del notariato, sancisce che il documento notarile può essere rilasciato su supporto cartaceo o sotto forma dematerializzata.

I legislatori europei, dunque, al pari di quello italiano, sono stati attenti nell' evitare di imporre qualsiasi tipo di procedimento tecnico per i documenti dematerializzati favorendo la neutralità della tecnologia. Tuttavia, dopo aver preso atto che nella

maggior parte degli Stati europei ci sono legislazioni che contemplano l'utilizzo di tecniche informatiche in materia di commercio, così come la firma digitale, è sorprendente osservare che non dappertutto si consente concretamente l'utilizzo del documento notarile elettronico².

Analizzando l'atto pubblico elettronico da un punto di vista squisitamente teorico³, ad esempio di Cile, Spagna e Argentina, si osserva che il sistema normativo tiene conto di diverse tecniche imprescindibili per la sua costruzione. Queste sono la *informática jurídica*⁴ y *el derecho informático*⁵. Nella prima, si fa rientrare la *informática jurídica documental*, tecnica applicata e destinata a mettere in relazione il diritto con il *documento electrónico* il quale, una volta

² J. A. TALPIS, *El documento notarial electrónico en los Estados miembros de la Unión Internacional del Notariado (UINL): estado de la cuestión*, traduzione in lingua spagnola ad opera di M. Vicente-Almazán y Perez de Petinyo, in *Revista jurídica del Notariado*, julio-septiembre 75/2010, 590 ss.

³ Si noti che nel sistema cileno, spagnolo ed argentino *negocio* e *instrumento* sono due questioni differenti: appartenendo il primo al diritto sostanziale, materiale, civile o commerciale e il secondo al diritto formale, diritto notarile, relativo precisamente alla forma.

⁴ Destinada a poner al servicio del derecho los medios propios de procesar información, incluidas las bases de datos correspondientes.

⁵ Cuya finalidad es resolver normativamente los problemas planteados por la técnica informática, y así incluirá aspectos como la protección del software, legislación sobre contratación informática, normas sobre derechos de autor y otros.

disciplinato giuridicamente, si trasforma in uno strumento utile per il mondo giuridico⁶. Tale strumento è definito *interactivo y dinámico*⁷ - in quanto da un lato produce e crea l'informazione e dall'altro la incorpora - nonchè *actuación a distancia* dello scambio del consenso. I documenti a cui viene attribuita la condizione di documento/strumento pubblico, sono i documenti redatti e autenticati⁸ da un funzionario competente incaricato dallo Stato a conferirgli la

⁶ Così E. A. GAETE GONZALEZ, *Documento elettronico e instrumento publico*, I Seminario Internacional de Informática y Derecho celebrado via Internet, entre el 1º de marzo y 31 de mayo de 2000, por las Universidades de Burgos (España) y Palermo (Argentina). In particolare, rispetto alla natura giuridica del documento elettronico, Eugenio Gaete segnala: "Preferimos situar la naturaleza jurídica propia del documento informático, en una nueva forma, surgida al amparo de las modernas técnicas de la electrónica, considerando que se trata de un elemento vital para el desarrollo de un nuevo concepto de comercio y por ende de los contratos a través de los cuales éste se expresa hoy y se expresará cada vez más en el futuro cercano. No tenemos duda de que toda la teoría de los contratos es perfectamente asimilable a la nueva forma instrumental, lo es incluso la teoría de la prueba, la cual sea que considere al informático, como un instrumento privado o público, deberá necesariamente modernizarse y adaptarse a la consideración valórica que éste debe llegar a tener en el concierto de los medios probatorios. Todo ello requiere de reformas legales y de la dictaminó de normas nuevas destinadas a producir su adaptación en un mundo normativo que evidentemente, al día de hoy, privilegia sustantivamente al documento tradicional. Se requiere de una visión legislativa destinada a proveer a los Estados de leyes necesarias para dar el gran paso adelante, y si ello no ocurre, por simple necesidad adaptativa - toda vez que el derecho no puede quedar tras la realidad social circundante - será preciso recurrir a la vía interpretativa", in *Instrumento Público Electrónico*, Barcelona, 2000, 188.

⁷ D. LEEBAERT, *Later than we think: how the future has arrived*, in *Technology*, 2001. The future of computing and communications. The MIT Press, Cambridge, 1991.

⁸ "... elaborados y autorizados o atestiguados por funcionario competente", così J. A. TALPIS, *op. cit.*, 593.

condizione di “pubblico”⁹. In particolare, si distingue tra *documento notarial en papel* (DNP) e *documento notarial electrónico* (DN-e) e la definizione di documento notarile elettronico, coincide con quella di documento redatto e autenticato da un notaio il cui originale viene elaborato in forma immateriale e firmato elettronicamente dalle parti, dai testimoni e dal notaio¹⁰.

Più in generale, nella dottrina spagnola si pone in risalto la diversità della struttura del documento cartaceo rispetto al documento informatico: solo il documento cartaceo è realmente un documento perché mostra il suo contenuto ed in esso c'è identità tra ciò che viene registrato e ciò che è esteriorizzato; al contrario, nel supporto informatico manca questa coincidenza, poiché la registrazione (*lo conservado*) costituisce un archivio

⁹ Viene in rilievo il doppio ruolo del notaio come *funcionario u oficial publico y consejero juridico* (che informa le parti sui loro diritti ed obblighi prima della firma).

¹⁰ Conseguentemente, né un documento notarile autorizzato sul supporto cartaceo, firmato dalle parti dai testimoni e dal notaio e posteriormente scansionato e trasferito in forma dematerializzata, né una versione dematerializzata di un documento notarile cartaceo costituiscono un DN-e. Ciononostante, la legge può prevedere che le copie di documenti notarili redatti su carta possano essere consegnati e trasmessi utilizzando mezzi elettronici e che tali copie abbiano lo stesso valore di quelle cartacee.

in sistema binario, e l'esternalizzazione (*lo exteriorizado*) utilizza il nostro alfabeto, ma i segni di scrittura non sono reali bensì virtuali¹¹. Oltre alla mancanza di riconoscibilità diretta del testo su supporto informatico, si somma un'altra differenza rispetto al documento cartaceo, rappresentato dalla imputabilità del documento attraverso lo strumento della firma¹². In Spagna la *firma electrónica avanzada*¹³ permette di relazionare questo dispositivo in maniera affidabile con un determinato titolare. Questa tipologia di firma è creata con mezzi sui quali il firmatario può mantenere un controllo esclusivo ed è unicamente associata al suo titolare ed ai dati cui si riferisce. Se, poi, la titolarità o l'appartenenza del dispositivo ad un determinato usuario viene certificata da un terzo affidabile, la firma elettronica avanzata assume un maggior grado di affidabilità assumendo il nome di *firma electronica*

¹¹ Così M. CORAZÓN MIRA ROS, *La prueba documental electrónica: algunas concesiones a la seguridad jurídico preventiva*, in *Revista de derecho Uned*, n. 5, 2009.

¹² A. RODRÍGUEZ ADRADOS, *Firma electrónica y documento electrónico. El Notario del siglo XXI. Ensayos de actualidad*. Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2007, 36 ss..

¹³ A. RODRIGUEZ ADRADOS, *ult. op. cit.*, 59.

*reconocida*¹⁴, che rispetta fedelmente i dati consegnati in forma elettronica nello stesso modo in cui la firma autografa garantisce il documento scritto (art. 3.4 de la ley 59/2003 de la Firma electrónica, dopo la modifica ad opera della legge 28 dicembre 2007 n. 56). La firma elettronica sia *avanzada* che *reconocida* è sempre un mezzo per identificare il firmatario, conformemente a quanto stabilito dall'art. 3 della legge 59/2003¹⁵; tuttavia, esistono altri sistemi altrettanto adeguati per garantire ugualmente l'identificazione dei dichiaranti nonché l'autenticità e l'integrità del documento elettronico espressamente ammessi in altre leggi¹⁶. Dal

¹⁴ A. MARTÍNEZ NADAL, *Firma electrónica, certificados y entidades de certificación*, in *Revista de la Contratación Electrónica*, n° 27, mayo-2002, 59.

¹⁵ Del artículo 3 de la Ley 59/2003, de firma electrónica, según el cual, para que los documentos electrónicos tengan la naturaleza de documento público deberán "estar firmados electrónicamente por funcionarios que tengan legalmente atribuida la facultad de dar fe pública, judicial, notarial o administrativa, siempre que actúen en el ámbito de sus competencias con los requisitos exigidos por la ley en cada caso".

¹⁶ La Ley 11/2007, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos establece un desglose, diferenciando los sistemas de firma electrónica según se encuentren a disposición de los ciudadanos o, por el contrario, se prevean como modo de identificar y autenticar los documentos producidos por la Administración Pública. Como elemento común en ambas series aparece el DNI electrónico (art. 13 y 19 de la Ley 11/2007). Se trata de un documento que al llevar incorporado un certificado de autenticación y otro de firma electrónica, acredita electrónicamente la identidad personal de su titular incluidos los funcionarios y permite, al mismo tiempo, firmar electrónicamente documentos, asegurando su integridad, procedencia y la autenticidad de su origen. Para los ciudadanos, además de los sistema de firma electrónica avanzada y reconocida, la ley se sirve de una cláusula abierta, a través de la cual da entrada a la utilización para identificación de

punto di vista del notariato per consentire al professionista di esercitare la sua professione nel campo del commercio elettronico e delle comunicazioni elettroniche, si adotta la firma elettronica riconosciuta notarile, FEREN¹⁷.

Una importante novità è stata apportata dall'art. 115 della Ley 24/2001 che ha introdotto il nuovo articolo 17-bis nella Ley del Notariado, il quale presuppone la traslazione dei principi tradizionali del documento

cualquier otro instrumento, como las claves concertadas en un registro previo, aportación de información conocida por ambas partes u otros sistemas no criptográficos (art. 16 de la Ley 11/2007). con carácter exclusivo para la actuación administrativa automatizada, la ley regula, en cambio, los sellos electrónicos, basados en certificados electrónicos que reúnen los requisitos exigidos por la legislación de firma electrónica y los códigos seguros de verificación, vinculados a la Administración Pública y, en su caso, a la persona firmante del documento. Por último, la ley valida los documentos electrónicos transmitidos en entornos cerrados de comunicaciones establecidos entre Administraciones Públicas, órganos y entidades de Derecho público, con tal de que la propia Administración (o a través de convenios, si los participantes pertenecen a distintas Administraciones), establezca las condiciones y garantías por las que se regirá la comunicación, siendo en tal caso necesario que se elabore una relación de emisores y receptores autorizados y la naturaleza de los datos a intercambiar.

¹⁷ Art. 221 del Reglamento Notarial: "Se consideran escrituras públicas, además de la matriz, las copias de esta misma expedidas con las formalidades de derecho. Las copias autorizadas si estuvieran en soporte electrónico, deberán estar autorizadas con la firma electrónica reconocida del notario que la expide." La firma electrónica Feren es utilizada cotidianamente por los notarios en los siguientes servicios telemáticos del Consejo General del Notariado: Ancert, Autoridad de certificación. Ancert, como autoridad de certificación emite, adicionalmente, distintos tipos de certificados reconocidos a terceros (personas físicas y personas jurídicas). A su vez colabora con varias instituciones en la definición y desarrollo de aplicaciones que requieren firma electrónica. Las notarías, como autoridades de registro, colaboran con Ancert para la emisión de certificados a terceros (personas físicas y personas jurídicas).

pubblico notarile al *documento público notarial electrónico*¹⁸. Nel sistema ispanico può dirsi raggiunta l'equivalenza legale della firma elettronica con la sottoscrizione autografa ed infatti, nella sua legge, si afferma che una firma elettronica avanzata - se basata su un certificato qualificato e se prodotta da un dispositivo per la creazione di una firma sicura - ha lo stesso effetto giuridico della firma autografa tradizionale ed è ammessa come prova in giudizio. Alcuni autori, sottolineano che nell'ambito specifico della disciplina notarile, con l'avvento del documento informatico, ciò che cambia sono solo le modalità di formazione del consenso e la scomparsa dell'unicità dell'atto¹⁹; al contrario, dal punto di vista del contenuto e della forma del documento elettronico non si

¹⁸ A lo largo de estos años se han ido desarrollando numerosas aplicaciones para cuya utilización es imprescindible el uso de firma electrónica. Desde la identificación interna como notario al acceder a la Intranet SIC hasta las aplicaciones más recientes como la presentación telemática en los Registros de la Propiedad y Mercantiles. Y ello además de otros ámbitos externos al Notariado - AEAT, Catastro, Seguridad Social, comunidades autónomas- en las que el uso de la firma electrónica notarial es una realidad.

¹⁹ Detta unicità viene intesa come unità spazio-temporale propria della espressione del consenso contrattuale che può essere sia *materiale* - implicando simultaneità nella estinsecazione della volontà - che *formale* - implicando simultaneità tra la volontà delle parti e quella del notaio; solo quest'ultima costituisce veramente l'unicità del testo ed è quello che permane nel documento elettronico.

rinvengono diversità rispetto al documento cartaceo²⁰. E così il *documento electrónico* è: in un primo senso, un oggetto fisico la cui finalità è conservare e trasmettere informazioni attraverso messaggi in lingua naturale, realizzato con l'intermediazione di funzioni elettroniche²¹; in un secondo significato, si trasforma in *documento informático*, in quanto solo l'informazione può essere ricevuta dall'essere umano con l'uso di una macchina in grado di decifrare il linguaggio elaborato in forma digitale, attraverso un sistema alfanumerico o simile e conservato nella memoria del computer. Possono dirsi, dunque, compiute le disposizioni normative in materia di documento informatico ad

²⁰ Così E. A.GAETE GONZALEZ: « *Un corpus, una grafía y un elemento intelectual o contenido, sólo que ellos se revelan diferentes en un caso y en otro* », en *Instrumento público electrónico*, Bosh, Barcelona, 2000. En resolución de 26 de abril de 2000, la Dirección General de los Registros y del Notariado de España, refiriéndose al ámbito de aplicación del R.D.L. 14/1999 de 17 de septiembre, sobre firma electrónica, ha dicho que, cabe afirmar que, por vía de presunción legal, la firma electrónica tiene el mismo valor jurídico, en relación con los documentos electrónicos, que la firma manuscrita, respecto de los documentos en papel, garantizando además la autenticidad de la autoría del documento y la integridad o no alteración del mismo, cuando se dan las condiciones establecidas por el R.D.L. mencionado. De hecho, de acuerdo a la misma resolución circularlos documentos notariales, judiciales y administrativos firmados electrónicamente, remitidos por vía telemática a un registro, tiene pleno valor (continuando por tanto su calidad de instrumento público). Similar aplicación se plantea respecto de los documentos privados.

²¹ A. GALLIZIA, *Informática e linguaggio naturale*, en *Notariato*, www.notariato.it/forum/gallizia.htm.

opera della Legge del notariato del 1862 e del Regolamento notarile del 1944.

Quanto al problema della prova documentale, la Ley 56/2007 de 28 de diciembre *de Impulso a la Sociedad de la Información* (che ha modificato l' art. 3 della legge 2003, *de Regulación de la Firma Electrónica*), dispone che il supporto informatico contenente dati firmati elettronicamente sia ammissibile quale mezzo di prova documentale²². Formalmente, però, la nuova disciplina della prova documentale elettronica lascia dei punti irrisolti e sembra quasi che il legislatore non confidi pienamente nella sufficienza di questo strumento quale mezzo di prova. Un esempio è dato proprio dall' atto notarile elettronico che per espressa disposizione di legge²³ è sempre una copia o una riproduzione

²² Señala M. R. ORTELLS con acierto que en teoría las posibilidades de regular la prueba documental electrónica con las que se encontraba nuestro legislador son dos: puede regular un medio de prueba específico, o puede encuadrar su introducción, con algún ajuste, en alguno de los medios tradicionalmente previstos, en *Incidencia de las nuevas tecnologías en el proceso jurisdiccional, Especial análisis de las cuestiones referentes a la prueba, a las medidas cautelares y a las comunicaciones procesales*, en las «XI Jornadas Nacionales y XVIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal» Libro de Ponencias, F.C.U., Mdeo, 2002, 659.

²³ Según la Disposición Transitoria Undécima de la Ley Notarial (adicionada por el art. 115 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social), «hasta que los avances tecnológicos hagan posible que la matriz u original del documento notarial se autorice o intervenga y se conserve en soporte electrónico, la regulación del documento

telematica del documento originale cartaceo fino a che le nuove tecnologie (recita una disposizione transitoria²⁴) permetteranno di sostituirlo con un supporto informatico. Pertanto oggi, non ci sono originali elettronici ma solo copie elettroniche di scritture pubbliche²⁵ che, per ragioni di sicurezza a garanzia dei cittadini, si possono solo trovare a disposizione di altri notai o pubblici funzionari²⁶. Le esigenze del traffico in quanto a sicurezza, celerità e risparmio di costi, allo stato attuale, impongono solo la circolazione - ma non la conservazione - in rete del documento notarile, come modo per facilitare il suo accesso al registro, al catasto, gli uffici di liquidatori delle imposte e gli uffici pubblici in generale²⁷. È come dire che la digitalizzazione è sufficiente per la copia ma

público electrónico contenida en este artículo se entenderá aplicable exclusivamente a las copias de la matrices de escrituras y actas, así como, en su caso, a la reproducción de las pólizas intervenidas».

²⁴ D.T. 11ª de la Ley Notarial, redactada por el art. 115 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre.

²⁵ C. MIRA. ROS, «*La nueva regulación notarial de los títulos ejecutivos*», Diario La Ley, N. 6931, 2008, 2.

²⁶ Conforme al actual art. 224.4 del Reglamento Notarial, las copias autorizadas electrónicas «sólo podrán expedirse para su remisión a otro Notario, a un registrador o a cualquier órgano judicial o de las Administraciones Públicas, siempre dentro del ámbito de su respectiva competencia y por razón de su oficio».

²⁷ V. MIRA ROS, C., *La nueva regulación notarial de los títulos ejecutivos*, Diario La Ley n. 6931, 2008, 2.

non per l' originale del documento notarile. Il documento notarile elettronico è solo la riproduzione informatica, che circola elettronicamente, di un documento notarile originale che esiste sempre su carta²⁸. Conseguentemente, l'impugnazione di un documento notarile informatico fatto da un notaio, si risolve con il confronto tra la copia digitalizzata (incorporata all'istanza con la firma elettronica *reconocida*) e il documento originale cartaceo oggetto di immediata valutazione del giudice senza mediazione di altri soggetti²⁹. Al contrario, nella disciplina della pubblica amministrazione, conformemente alla nuova Ley 11/2007, de 22 de junio, *sobre el Acceso Electrónico*

²⁸ V. MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, A., *La copia notarial electrónica. El Notario del siglo XXI-Ensayos de actualidad, Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2007.*

²⁹ De la combinación de los art. 162.2 y 267 de la LEC, la presentación de los documentos en formato electrónico puede llevarse a cabo a través de una imagen digitalizada, incorporada como anexo, que habrá de ir firmado mediante firma electrónica reconocida. El nuevo documento electrónico consiste, pues, en transmitir en soporte electrónico, junto con la demanda que se presente y con firma digital reconocida, una copia escaneada del documento público o privado que debía antes aportarse en papel (copia u original o copiafehaciente). El legislador ha encontrado un modo fiable de convertir en electrónico, por la vía de su transmisión telemática y para mayor garantía de los ciudadanos, un documento que, en realidad, no lo es, dando paso a una prueba documental mixta: de presentación electrónica pero con su soporte papel original, para el supuesto de que se impugne su autenticidad.

de los Ciudadanos a los Servicios Públicos, rientra il documento amministrativo elettronico originale riproducibile, a sua volta, elettronicamente (art. 29 y 30). L'originale del documento amministrativo non deve già constare prima su carta potendo essere elettronico sin dal principio. Ne consegue che la riforma della LEC (Ley de Enjuiciamiento Civil) ad opera della legge 41/2007 del 7 dicembre *de la Regulación del Mercado Hipotecario*, al momento di regolare la produzione della prova dei documenti pubblici nel processo, ha ammesso espressamente la produzione in originale o per copia fidefacente del documento informatico (art. 318 LEC) in aperta contraddizione con l'art. 267 de la LEC che, nel regolare le modalità di produzione dei documenti pubblici, omette totalmente qualsiasi riferimento alla produzione in originale dei documenti pubblici elettronici.

Per quanto concerne la Francia è tra i Paesi che hanno introdotto all'interno del proprio ordinamento una nozione di prova telematica e di firma digitale, attraverso la novellazione del Codice civile. In questo

quadro si inserisce la *Loi du 13 mars 2000 n. 230* relativa all'adattamento del diritto della prova alle nuove tecnologie dell'informazione ed al regime della firma digitale³⁰. Il primo atto notarile elettronico è stato firmato il 28 ottobre 2008 (AASSE), ma prima di giungere a questo traguardo numerose sono state le leggi ed i regolamenti che hanno dovuto definirne i parametri. E così, dopo la legge del 2000, è intervenuto il decreto 10 agosto 2005 a precisare le condizioni per ricevere l'atto pubblico elettronico. Nel 2006 il progetto di firma elettronica vede la luce e nel 2007 il Consiglio del notariato diviene ufficialmente l'Autorità di certificazione elettronica e la società REAL.not fornitrice di servizi per la certificazione elettronica (che si rinnova ogni anno da giugno a luglio)³¹. Tale riforma normativa non si limita ad una mera trasposizione di quanto previsto dalla stessa direttiva comunitaria in materia di firme elettroniche, ed infatti, nell'operare

³⁰ *Adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique.*

³¹ Il 12 settembre 2007 la signature électronique sécurisée è certificata dalla DCSSI (Direzione centrale di sicurezza dei sistemi d'informazione), servizio posto sotto l'autorità del primo ministro.

questo adattamento si sono modificate numerose disposizioni del *Code Napoléon*: da un lato, viene modificato il regime della prova scritta introducendo una presunzione di affidabilità a beneficio dei procedimenti di firma conformi a determinati criteri, dall'altro, viene stabilito espressamente per i notai o altri pubblici funzionari, all'uopo autorizzati, la possibilità di redigere e conservare gli atti giuridici autenticati, direttamente su supporto elettronico, nel rispetto delle condizioni di legge³². In particolare, la normativa sancisce la perfetta equivalenza a livello probatorio tra il documento cartaceo e il documento elettronico digitalmente firmato. In tal modo, si è superato il monopolio del documento cartaceo nell'ambito dei documenti scritti, eliminando la storica, ma ormai obsoleta, associazione tra il concetto di "scrittura" e quello di "documento". Da tale momento si è stabilito che il documento può essere, oltre che scritto, anche informatico, senza che questo comporti alcuna perdita sul terreno dell'efficacia probatoria. Ciò

³² E.A. CAPRIOLI, *La loi française sur la preuve et la signature électroniques dans la perspective européenne*, in *La semaine juridique*, 2000, n.18.

che vale per il documento cartaceo vale, grazie alla tecnologia di cifratura a chiave asimmetrica, per il documento informatico. Infatti, il novellato art. 1348 ha consentito una perfetta equiparazione del documento informatico a quello tradizionale, in misura tale che in mancanza dell' originale è possibile presentare una copia, purché vengano soddisfatti i requisiti di affidabilità e inalterabilità³³.

La novella introduce nella sezione *I* dedicata alla prova scritta - del capitolo relativo alla prova delle obbligazioni e dei pagamenti - un nuovo paragrafo intitolato «*Dispositions générales*», composto da una serie di articoli, e precisamente il 1316³⁴, 1316-1³⁵, 1316-2, 1316-3³⁶, 1316-4 e 1317, i quali vanno ad integrare le disposizioni in materia di prova scritta

³³ Ai sensi dell' art. 1348: « *Elles recoivent aussi exception lorsqu'une partie ou le dépositaire n'a pas conservé le titre original et présente une copie qui en est la reproduction non seulement fidele mais aussi durable. Est réputée durable toute reproduction indélébile de l'original qui entraîne une modification irréversible du support* ».

³⁴ Art. 1316: « *Il testo in forma elettronica ha la stessa valenza del testo su supporto cartaceo, a condizione che possa essere debitamente identificata la persona che lo ha emesso e che venga stabilito e mantenuto in condizioni che garantiscano l'integrità.* »

³⁵ Art. 1316-1: « *Il documento elettronico è ammesso come tipo di prova a certe condizioni.* »

³⁶ L' art. 1316-3 così recita: « *L'écrit sur support électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier.* ».

(titoli autentici, scritture private, ecc). Il nuovo paragrafo si apre con l'art. 1316 che contiene una nuova definizione di prova scritta: "La prova documentale, o prova per iscritto, risulta da una successione di caratteri, di cifre o di altri segni o simboli dotati di un significato intellegibile, quali che siano il loro supporto e le loro modalità di trasmissione"³⁷. Non ha trovato invece una compiuta definizione il concetto di documento informatico, contrariamente a quanto previsto dalla disciplina italiana³⁸. Dal dato normativo emerge una definizione ampia del concetto di prova scritta, tale da comprendervi sia il documento elettronico sia quello tradizionale su supporto cartaceo, con il quale aveva finito per identificarsi. La legge francese pone rimedio a tale confusione: la prova letterale viene ridefinita al fine

³⁷ La prova scritta consiste: «*d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission*». J.HUET, *Vers une consécration de la preuve et de la signature électroniques*, in *Le Dalloz*, 2000, n. 6, 95.

³⁸ «L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à garantir l'intégrité.» (Article 1316-1) Le document électronique est admissible comme mode de preuve sous certaines conditions.

di renderla indipendente dal suo supporto materiale e dalle sue modalità di trasmissione. Questo almeno nelle intenzioni del legislatore, ma alcune perplessità sono state avanzate sulla scelta di parificare la prova telematica a quella tradizionale. È stato evidenziato come le due realtà non siano assimilabili, in quanto hanno natura profondamente diversa posto che l'informazione impressa sul supporto elettronico non è irreversibile e perciò rimane manipolabile³⁹. Secondo l'art. 1316-1, tuttavia, il documento elettronico per avere efficacia probatoria deve essere prodotto e conservato in modo da garantire un'affidabilità equiparabile a quella offerta dal documento cartaceo. In particolare, il documento informatico ha valore di prova scritta, a condizione che ne sia garantita l'integrità e l'identità del sottoscrittore.

Al contrario, in alcuni Paesi di tradizione giuridica francofona l'eliminazione del riferimento all'atto scritto in tema di prove informatiche è stata sperimentata con

³⁹ Cfr. Cfr. E. A. CAPRIOLI, *Le juge et la preuve électronique*, in <http://juriscom.net>, nonché *La loi française sur la preuve et la signature électroniques dans la perspective européenne*, in *La semaine juridique*, 2000, n.18, 788 ; V. SÈDALLIAN, *Preuve et signature électronique*, cit., 7.

successo. In Quebec, ad esempio, è stata introdotta una distinzione fra documento elettronico e documento cartaceo molto importante: la prova informatica può essere contraddetta da qualsiasi prova contraria, quindi, anche da una testimonianza. In tal modo, il legislatore del Quebec accentua l'autonomia della prova informatica, assoggettandola ad un regime probatorio contrario e del tutto diverso rispetto a quello riservato al documento tradizionale. Questo passaggio comporta la possibilità di costruire un'autonoma teoria delle prove telematiche.

Un ultimo sguardo va lanciato sull'annosa questione, oggetto di dibattiti dottrinari, circa la conservazione del documento informatico. I primi a dare una risposta sono stati i notai austriaci che hanno realizzato un sistema di centralizzazione del documento notarile informatico, per un certo periodo di tempo, consentendo la coesistenza dei documenti notarili cartacei con quelli informatici. In Francia, la risposta si è trovata nel Protocollo centrale controllato dal Consiglio Superiore del Notariato che permette la

conservazione collettiva dei documenti pubblici⁴⁰. A questo sistema centralizzato può accedere solo il notaio il quale rimane in possesso – virtualmente – dell' originale. Sul modello francese si è ispirato anche il sistema belga prevedendo una Banca di documenti notarili. Il fatto di conservare questi documenti collettivamente ha permesso di conferire agli atti notarili una certa stabilità, superando la problematica.

⁴⁰ L'archivio centrale elettronico MICEN è capace di stoccare migliaia di atti autentici su supporto elettronico (AASSE) quotidianamente e di conservarli almeno 65 anni prima di trasferirli agli archivi dipartimentali. Concretamente, bisogna distinguere la conservazione (l'archiviazione propriamente detta) e la lettura. Il Micen assicurerà la conservazione degli atti che saranno depositati a Venelles per un tempo stabilito a quei testi che hanno dai notai che hanno avuto la missione di redigere quei testi. Gli scambi con il Micen sono assicurati ed il notaio rogante beneficia di un accesso esclusivo. L'insieme degli atti sottoscritti dal notaio vengono conservati da quest'ultimo per 75 anni in modo che i suoi clienti o i suoi successori vi possano accedere in qualsiasi momento. L'archivio centrale elettronico è capace di stoccare migliaia di atti elettronici autentici quotidianamente e di conservarli almeno 75 anni prima di riversarli in una archivio dipartimentale. Le rapide evoluzioni informatiche necessitano di un aggiornamento quotidiano permanente dei sistemi di lettura, che solo un'organizzazione centralizzata può fare. Il fatto, che gli atti elettronici autentici sono d'ora in avanti conservati all'interno del Micen permette una conservazione più sicura degli atti nel tempo.

BIBLIOGRAFIA

S. SICA, *Forma e documento informatico*, in *Comm. cod. civ.* P. Schlesinger, a cura di F. D. Busnelli, *Atti che devono farsi per iscritto*, art. 1350, Milano, 2003.

G. CASU, *L'atto notarile tra forma e sostanza*, Milano, 1996.

R. ZAGAMI, *Il documento informatico*, in *Firma digitale e sicurezza giuridica*, Padova, 2000.

G. FINOCCHIARO, *La firma digitale*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Libro VI, *Tutela dei diritti*, artt. 2699-2720, Bologna-Roma, 1996.

M. NASTRI - C. VALIA, *L'autenticità del documento*, in *Studi e Materiali*, 2/2006, Milano.

S. CHIBBARO, *Codice dell'amministrazione digitale, firme elettroniche e attività notarile*, in *Studi e materiali del CNN 2-2006*, Milano.

S. PATTI, *Prova documentale*, in *Comm. cod. civ.*, Scajola-Branca, a cura di F. Galgano, Libro VI, *Tutela dei diritti*, artt. 2699-2720, Bologna-Roma, 1996.

M. ORLANDI, *La paternità delle scritture*, in *Studi di diritto civile*, Milano, 1997.

D. DI SABATO, *Il documento contrattuale*, Milano, 1998.

M. MICCOLI, *Dei contratti stipulati con strumenti informatici o per via telematica*, in *Documento e commercio telematico*, Milano, 1998.

A. GENTILI, *Documento informatico e tutela dell'affidamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, II.

- E. TOSI (a cura di), *I problemi giuridici di Internet*, Milano, 1999, XII.
- S. PATTI, *L'efficacia probatoria del documento informatico*, in *Riv. dir. proc.*, 2000.
- P. PICCOLI – G. ZANOLINI, *Il documento elettronico e la firma digitale*, in *Diritto dell'informatica*, Milano, 2001.
- E. SANTANGELO – M. NASTRI, *Firme elettroniche e sigilli informatici*, in *Vita notarile*, 2/2002.
- P. PICCOLI – U. BECHINI, *Documento informatico, firme elettroniche e firma digitale*, in *I problemi giuridici di internet – Dall'E-Commerce all'E-Business*, a cura di E. Tosi, I, Milano, 2003.
- M. BIANCA, *Documento digitale e atto notarile*, Relazione dedicata alla memoria di Luigi Ferri, Roma, settembre 2008.
- U. BECHINI – D. GASSEN, *Firme elettroniche a valore legale internazionale: un nuovo approccio per migliorare l'interoperabilità*, in *Studi e materiali*, 4/2009 Milano.
- E. MARMOCCHI, *Il documento notarile come luogo della memoria*, in *Rivista Not.*, Vol. LXIII, sett. – ott. 2009.
- R. GENGHINI, *La forma degli atti notarili*, Padova, 2009.
- A. BUSANI, in <http://www.ilsole24ore.com/art/norme-e-tributi/2010-07-20/atto-notarile-formato-digitale-082744.shtml>.
- M. NASTRI, *La conservazione del documento informatico*, in *Quaderni Not.*, Atti del Convegno Atti del Convegno Milano 28 maggio/Firenze 29 ottobre 2010.
- G. ARCELLA, *Copie, estratti e certificati, le allegazioni all'atto notarile e la certificazione di conformità all'originale dopo il d. lgs. 110/2010*, in

Quaderni Not., Atti del Convegno Milano 28 maggio/Firenze 29 ottobre 2010.

F. DELFINI, C. GATTONI, C. MENICHINO, P. PELLICANÒ, A. PELOSI, S. ROMANO, V. TAGLIAFERRI, A. VENDITTI, *Atti e contratti nel diritto civile e commerciale*, Torino, 2011.

M. MIRRIONE, *L'atto notarile informatico*, in *Contratti*, 7/2011.

E. A. GAETE GONZALEZ, *Documento elettronico e instrumento publico*, I Seminario Internacional de Informática y Derecho celebrado vía Internet, entre el 1º de marzo y 31 de mayo de 2000.

C. MIRA ROS, *La nueva regulación notarial de los títulos ejecutivos*, Diario La Ley n. 6931, 2008.

C. MIRA ROS, *La prueba documental electrònica: algunas concesiones a la seguridad juridico preventiva*, in *Revista de derecho Uned*, n. 5, 2009.

J. A. TALPIS, *El documento notarial electronico en los Estados miembros de la Unione Internacional del Notariato (UINL): estado de la cuestion*, tradotto in *Revista juridica del Notariado*, julio-septiembre 75/2010.

CONSEIL SUPERIEUR DU NOTARIAT, *De L'acte authentique a l'acte authentique electronique*, Signature du premier acte authentique sur support électronique, 28 octobre 2008.