

TRASCRIZIONE DELL'INTERVENTO DEL DOTT. BECHINI AL CONVEGNO "CHI HA INVENTATO IL DOCUMENTO INFORMATICO"

Desidero innanzitutto ringraziare per l'invito a tenere un intervento in questa sede, che è una delle occasioni più prestigiose, se non la più prestigiosa del nostro settore.

Celebro l'occasione con un gesto iconoclasta: non userò le slide. L'argomento odierno non mi risulta essere stato percorso da altre ricerche: l'applicazione del diritto internazionale privato alla firma digitale. Spiegherò tra un istante perché in particolare alla firma digitale.

La nozione di diritto internazionale privato è nota a molti tra i presenti. Immaginiamo che mia mamma residente in Austria si rechi presso un notaio tedesco per rilasciarmi procura per la vendita della sua casa in Corsica. Mi reco ad Amsterdam ad incontrare un californiano che è interessato, stipuliamo un preliminare che reca il prezzo in franchi svizzeri e contiene una clausola arbitrale che attribuisce la competenza alla Corte arbitrale internazionale di Parigi. Ai vari profili di questo contratto si applicherà di volta in volta il diritto italiano, francese, olandese, tedesco, svizzero, austriaco, secondo regole e prassi molto complesse che consentono allo sparuto gruppo di avvocati che se ne occupa a livello mondiale di recarsi al lavoro, per lo più, in Bentley. Persino il diritto svizzero atteso che, se la Svizzera decide nel frattempo di aderire all'euro (al momento appare davvero quel che si dice un caso di scuola!) ecco che le regole sulla conversione dal franco svizzero all'euro saranno applicabili al nostro contratto, che noi l'abbiamo voluto oppure no.

Questa disciplina si trova messa a dura prova quando deve affrontare figure nuove, perché le analisi non sono banali come può sembrare. Vi propongo un paio di esempi presi dalla mia professione, non perché la consideri l'ombelico dell'universo, ma soltanto perché così facendo contengo un poco il rischio di dire stupidaggini.

Una legge della metà degli anni Ottanta prevede che non si possa vendere in Italia un immobile costruito dopo il 1967 se non indicando nell'atto gli estremi della licenza edilizia. Formalmente, la norma disciplina quindi la forma dell'atto, che deve contenere una determinata menzione, in mancanza della quale l'atto medesimo è nullo per difetto di forma. Sul finire degli anni Ottanta un mio collega savonese sosteneva, con la massima linearità, che aggirare questa norma è semplicissimo: basta recarsi a stipulare il contratto a Chiasso. In effetti alla forma degli atti si applica la regola *locus regit actum* e quindi è sufficiente rispettare i requisiti di forma previsti dalla legge del luogo ove il contratto viene stipulato: non vigendo in Svizzera una regola e simile a quella italiana, ecco che il contratto stipulato a Chiasso sarebbe stato valido anche in relazione a un immobile abusivo costruito dopo il 1967. E' chiaro che a naso la cosa non sta in piedi, ma dettagliare ed articolare il perché non è affatto semplice. La risposta probabilmente è: quella norma utilizza la forma come strumento, come veicolo, ma non è una norma diretta a disciplinare la forma del contratto. È una norma tesa alla tutela del territorio. Quindi, ancorché si riferisca apparentemente alla forma, non dovremo trattarla come una norma sulla forma, ma come una norma di carattere amministrativo e, quindi, applicarla a qualunque immobile in Italia, indipendentemente da dove sia stipulato il contratto.

Altro esempio, per chiarire il tipo di problematica che abbiamo di fronte. Esiste un istituto, nel nostro codice civile, nel libro primo, nella porzione dedicata ai rapporti patrimoniali della famiglia, che si chiama impresa familiare. Se un familiare presta lavoro nell'azienda di famiglia senza essere diversamente inquadrato, come dipendente o come socio od altro, avrà diritto a una partecipazione agli utili. Immaginiamo che una coppia di marocchini abbia un negozio qui a Pavia. Il diritto internazionale privato italiano prevede che ai rapporti patrimoniali tra coniugi si applichi la legge

nazionale comune. Sono entrambi marocchini, si applica la legge marocchina, e quindi quella norma della legge italiana resta inapplicabile. Cosa non va qui? La mia opinione è la seguente: benché quella norma sia fisicamente inserita nei rapporti patrimoniali tra coniugi nel libro primo del codice civile e non, per esempio, nel libro quinto sul lavoro o nello statuto dei lavoratori, non è comunque una norma a tutela della famiglia. Volendo fare il birbante potrei dire: è una norma *contro* la famiglia, o per essere più precisi, una norma che tutela il lavoro contro lo sfruttamento che se ne possa fare in ambito familiare. Un familiare lavora senza essere retribuito, e quando i rapporti si deteriorano viene accompagnato alla porta: questa norma garantisce il diritto ad una retribuzione anche laddove non concordata. E' quindi una norma che protegge il lavoratore contro sfruttamenti in ambito familiare, sarà dunque una norma sul lavoro, a tutela del lavoratore e, come tale, si applicherà ad ogni tipo di rapporto lavorativo che si svolge in Italia.

Qualificare insomma ai fini del diritto internazionale privato le fattispecie, soprattutto quelle nuove, può essere un esercizio non così banale, non così ovvio.

Qui parlerò di firma digitale perché mi interessa da un punto di vista morfologico, che spero di rendere chiaro nel prosieguo.

Le definizioni di firma digitale in ambito internazionale sono relativamente scarse perché, da un certo punto in poi, diciamo dall'inizio dello scorso decennio, più o meno dal 2000, la stragrande maggioranza delle legislazioni in giro per il mondo hanno disciplinato la firma elettronica. La possiamo ciondonimeno approssimativamente definire come un sistema basato sulla crittografia asimmetrica e sull'intervento di un terzo certificatore che consente di attribuire un documento a un soggetto determinato e di accertare che il documento non è stato oggetto di manipolazioni. Ho apprezzato molto le considerazioni dell'avvocato Lisi, che mi ha preceduto: in particolare, ha fatto benissimo a porre l'accento sulla conservazione. Aggiungo anzi una curiosità a questo proposito: per la normativa francese gli atti notarili dematerializzati si considerano conclusi quando pervengono alla struttura di conservazione. Il notaio firma sul portatile o sul tablet, ma finché l'atto firmato non è pervenuto alla struttura di conservazione non è considerato un valido contratto. Fa benissimo insomma, a mio avviso l'avvocato Lisi a sottolineare l'estrema importanza della conservazione.

Sono meno d'accordo con lui quando presenta il numero ridotto, anzi pari credo a zero, di firme digitali poste in discussione in un'aula di tribunale un indice della scarsa vitalità dello strumento. Noi notai italiani, negli ultimi dieci anni, abbiamo emesso dai dieci ai venti milioni, a seconda delle stime, di documenti provvisti di firma digitale e sono felice, felicissimo, che neppure uno tra questi sia finito in un'aula di tribunale, cioè che nessuno si sia presentato dinanzi a un giudice a dire: *No, la società X non è stata regolarmente costituita perché quella firma digitale del notaio Bechini è fasulla*. E' una storica differenza fra notaio e avvocato. Per l'avvocato l'effervescenza delle aule di giustizia è un dato positivo, un segno di vitalità, mentre il fatto che nessuno abbia (ancora) messo in discussione un mio documento digitale in tribunale migliora sensibilmente la qualità del sonno mio e (ben più importante) dei miei clienti.

La firma digitale, quindi. L'affermazione *Tizio ha firmato digitalmente* apparentemente è analoga a *Tizio ha firmato un documento su carta*. Se però se andiamo a vedere sotto il cofano (*under the hood*, come dicono gli anglo-americani) vediamo che la questione è molto più intricata. *Tizio ha firmato digitalmente* è un enunciato che si fonda su tutta una serie (per di più alquanto disomogenea) di fattori. Il primo, il più oscuro e maledetto, è il software, quello installato sul mio computer (sia Dike, piuttosto che Chrome od Explorer, non ha importanza) che è stato istruito da chi lo produce ad accettare come buone le firme certificate da un certo certificatore. Scarico un

qualunque programma, lo installo, e da quel momento (senza avvertirmi) il programma riconoscerà come attendibili le firme emesse da una serie di certificatori, alcune decine. Questi certificatori sono davvero attendibili? E' tutto da dimostrare, ma all'utente del programma questo snodo è tenuto accuratamente celato: gli appare il messaggio *Questa è una firma valida*. Che in concreto vuole però dire: *Questo testo è stato firmato con una chiave privata che la Società X (Certification Authority), nel suo certificato, dice aver inserito in una smart card che la Società Y (Registration Authority) dice di aver consegnato a Tizio, e speriamo che Tizio l'abbia custodita come si deve*. Confesso che mi torna spontaneo sorridere quanto sento affermazioni come *la firma digitale è più sicura dalle autentiche eseguite dai pubblici ufficiali*. Nessuna catena può essere più sicura del più debole dei suoi anelli, e nella catena della firma digitale c'è un tizio, l'impiegato della Registration Authority, che ha consegnato la smart card a Tizio dopo aver guardato il suo documento. Un'operazione che per sua natura non è più sicura della verifica operata dal pubblico ufficiale in occasione della firma di un documento: la firma digitale non potrà quindi mai, per ragioni intrinseche, essere più sicura.

Ma torniamo alla catena della firma digitale. Noi scavalchiamo (anzi: la legge scavalca) i vari passaggi cui ho fatto cenno con una sola arcata, concludendo: *ha firmato Tizio*.

Quando abbiamo a che fare con una firma tradizionale, da un punto di vista internazional-privatistico cosa accade? Valutiamo il comportamento fisico di un uomo che ha prodotto una certa realtà fisica. Questa realtà fisica può essere valutata da un qualunque ordinamento: l'ordinamento spagnolo, l'ordinamento turco piuttosto che l'ordinamento indonesiano daranno probabilmente valutazioni diverse e avranno regole diverse sul come trattare questo fenomeno fisico: la firma, l'inchiostro steso sulla carta.

Quando invece esamino una firma digitale, sono di fronte a un qualcosa che può essere oggetto di valutazioni giuridiche, ma è anche, e prima di tutto, il prodotto di una *factio* giuridica: l'arcata di cui parlavo un istante fa. Non è solo oggetto di diritto, ma è un prodotto del diritto: la firma digitale, se non vi fossero valutazioni giuridiche tipizzate, se non vi fossero norme che stabiliscono determinate presunzioni, sarebbe una somma davvero di zero e uno priva di uno specifico valore giuridico.

I passaggi che compongono la catena della firma digitale sono operazioni giuridicamente significative. Ho contattato la *Certification Authority*, ho stipulato un contratto per l'emissione del dispositivo di firma digitale. La *Certification Authority* ha un contratto con la *Registration Authority*, cioè con chi mi consegna fisicamente la smart card, che può essere un ufficio postale o può essere anche l'agenzia di spiccia-faccende *La veloce* di Sergozzate al Monte. Sono loro ad identificarmi e ad assumersi la responsabilità di questo passaggio, emettendo il certificato di firma. Abbiamo quindi qui almeno due rapporti giuridicamente significativi, che sono sottoposti ad una legge, la legge che per comodità qui vorrei chiamare *lex attestationis*, la legge della certificazione, e anche al cosiddetto CPS, *Certificate Practice Statement*, che è un documento, tipicamente disponibile sul sito dei certificatori, in cui i certificatori dichiarano le procedure che loro adottano per la certificazione. In italiano, noi lo traduciamo solitamente con "manuale operativo": è un'espressione che secondo me sottovaluta molto l'importanza giuridica del documento, Non si tratta solo di una serie di istruzioni. Il certificatore, pubblicando quel manuale operativo, assume obblighi che ritengo giuridicamente vincolanti, non foss'altro che sotto lo schema del contratto a favore di terzi, nei confronti della generalità dei possibili utilizzatori di quelle firme, quindi non solo del cliente della *Certification Authority*, ma anche di tutti coloro che su quelle firme faranno affidamento. Abbiamo quindi una situazione giuridicamente complessa, al cui centro porrei il certificatore, che è l'elemento più caratteristico, più tipico. Sciolgo qui una riserva. Ho parlato e continuerò a parlare di firma digitale: le considerazioni che sto svolgendo possono però essere

applicare a qualunque tipo di firma elettronica che preveda l'intervento di un terzo in funzione di garante.

Un esempio che spero possa chiarire il tipo di problemi che ci troviamo a fronteggiare in campo internazionale.

Prendo a spunto un caso realmente deciso dalla corte tributaria di Münster del 2006. Si trattava di decidere su un ricorso tributario digitalmente sottoscritto sulla base di un certificato, il quale prevedeva, come limite di utilizzo, cento euro. La corte tributaria di prima istanza di Münster respinge il ricorso, sulla base di questo argomento: il ricorso è per un valore ben superiore a cento euro, il certificato ha un limite di cento euro e quindi il ricorso è irricevibile.

Si va in secondo grado, al Bundesfinanzhof (piccolo elemento tranquillizzante: primo grado nel 2006, appello nel 2009, quindi forse anche in Germania ogni tanto hanno tempistiche non poi così fulminee). Secondo il Bundesfinanzhof il limite naturalmente esiste, ma vale solo per i contratti. Questo è un ricorso, qualcosa di intrinsecamente diverso, e quindi il limite non si applica.

Come proiettiamo questo sul piano internazionale? Non disturba il fatto che un documento, valido in Germania, probabilmente non sia valido in Italia. Questo capita, nel mondo cartaceo, tutti i giorni: gli ordinamenti esprimono valutazioni diverse; sulla medesima fattispecie il diritto italiano può esprimere un giudizio ed il diritto francese esprimerne un altro. Non è teoria. Prendiamo la *donation entre époux*, un contratto previsto dal diritto francese, di uso comunissimo Oltralpe presso le coppie senza figli, col quale si prevede che alla morte di un coniuge tutto il suo patrimonio passi all'altro. E' nullo per il diritto italiano: viola il cosiddetto divieto di patti successori (articolo 458 del codice civile). Quando il coniuge superstite si presenta da noi per vantare i diritti che in base ad una *donation entre époux* gli spettano su un immobile in Italia, si sentono rispondere: *spiacenti, qui il suo contratto non ha valore*. E' una cosa che capita tutti i giorni, non deve inquietare.

Quello che mi preoccupa, o almeno credo debba indurre ad un'analisi, è che si rompa la catena relativa alla sicurezza della firma digitale. Cerco di spiegarmi meglio. Se quel certificatore tedesco ha un limite di cento euro di responsabilità, possiamo ragionevolmente attenderci che le sue regole operative siano coerenti con tale limite. Durante la pausa dei lavori, l'amico Enrico Maccarone mi raccontava di aver ottenuto via Internet da VeriSign, il più grande operatore degli Stati Uniti e del mondo, cinque certificati di firma nel giro di un'ora, a cinque nomi diversi naturalmente. Non stupisce che, a fronte di una prassi così lassista, la responsabilità sia seriamente limitata. VeriSign emette certificati di diverse classi; la più bassa mi pare abbia un limite di dieci dollari, e la più alta centomila. Vado a memoria ma l'ordine di grandezza è questo. Oltre centomila dollari, VeriSign non va mai.

E qui sta il passaggio delicato. Ammettiamo che un contratto per cinquecentomila euro sia regolato da una legge (la legge del paese X) che non conosce limiti alla responsabilità del certificatore. Il sistema del paese X è coerente: nessun limite ai certificati, nessun limite alla responsabilità del certificatore, nessun limite ai contratti. Se però noi usiamo per firmare questo contratto una firma con tetto a dieci dollari, creiamo una fattispecie asimmetrica, zoppa. Dare libera circolazione nell'ordinamento ad un contratto che vede uno dei players (uno irrinunciabile: quello che garantisce l'identità di una delle parti) sostanzialmente irresponsabile, equivale a mettere una Ferrari in mano ad un bambino di cinque anni. Abbiamo un contratto da cinquecentomila euro che si assume, certifica e garantisce firmato da Tizio, che gode nell'ordinamento italiano dell'elevatissimo status che spetta alle firme digitali, ma se per caso se si scopre che Tizio non c'entra nulla, che ad agire è stato un malfattore che aveva ottenuto al telefono un certificato da DigiNotar (di cui sparlerò tra un

attimo), si dirà soltanto: *scusate abbiamo scherzato, tenga dieci dollari per un digestivo*. Non funziona.

Le cose sono forse ancora più evidenti dal punto di vista dell'utente, e del livello di diligenza che gli si richiede. Se i Bancomat non avessero un limite di utilizzo, probabilmente nessuno di noi avrebbe mai chiesto una tessera. Se qualcuno puntandoci una pistola alla tempia, potesse costringerci a trasferire alle isole Vergini tutti i nostri risparmi e tutti i nostri titoli, probabilmente accetteremmo di camminare per strada con una tessera Bancomat in tasca solo se accompagnati da quattro Marines armati sino ai denti. Generalizzando: la decisione di dotarsi di uno strumento è presa anche in considerazione dei rischi che questa dotazione comporta. Se quindi in Germania, per tornare all'esempio di Münster, quel certificato ha un limite di cento euro, l'attenzione con cui custodirò la relativa smart card potrà essere tutto sommato relativa: mal che vada, più di cento euro di danno non potrà fare. Sarebbe estremamente incongruo devastare questo equilibrio, a danno dell'utente, considerandolo vincolato da un contratto di valore ben superiore ai cento euro solo perché sottoposto ad una legge diversa da quella che governa il certificato di firma.

Non vi voglio fare qui un elenco del telefono - questo l'ho già fatto in un articolo che è in fase di apparizione per una rivista di Giuffré - su tutti i profili internazional-privatistici della firma digitale. Dico soltanto questo, che la *lex attestationis*, cioè il contesto nell'ambito del quale il certificato digitale è stato emesso, deve necessariamente, a mio avviso, proiettare, in determinati casi, la sua efficacia anche in relazione a contratti che non sono sottoposti alla medesima legge, questo per il motivo che appena dicevo.

Ancora un punto però: la scadenza del certificato. Profilo interessante anche perché, in Europa, ci sono due visioni diverse. In Italia (il principale colpevole temo sia il mio amico Raimondo Zagami, che è stato molto duro nella sua monografia del 2000 su questo punto) si ritiene che, quando scade il certificato, tutti i documenti firmati con quel certificato perdano efficacia retroattivamente. Questa è una cosa decisamente controintuitiva: se scade la carta di credito, non ci passa neppure per l'anticamera del cervello che il pagamento relativo ad un acquisto fatto l'anno perda efficacia. Perché invece la firma digitale scade retroattivamente? Il ragionamento di Zagami, che in larga parte condivido, è: la scadenza periodica (tipicamente triennale) dei certificati di firma deriva dal fatto che è sempre sullo sfondo la preoccupazione che possa emergere una nuova tecnologia (in questo periodo si parla molto delle firme a base quantistica, cui si è accennato anche prima) che renda gli attuali criteri di sicurezza facilmente aggirabili. Immaginiamo che fra quattro anni sia possibile creare una perfetta firma digitale a mio nome, del 2011. Così stando le cose, dopo un certo numero di anni i documenti diventano intrinsecamente insicuri, e quindi non potremo fare affidamento su di loro, anche laddove appaiano emessi durante il periodo di vigenza del certificato. La conclusione (molto dura, come preannunciavo) di Zagami è che la scadenza del certificato produce un effetto giuridico identico alla distruzione di tutti i documenti che con quel certificato sono stati firmati. Il che vuol dire una cosa molto precisa: potremo provare in altri modi che quel documento è esistito, ma di per sé il documento non ha più l'efficacia probatoria che gli è propria.

In Germania, curiosamente, ragionano in maniera un pochino più morbida. Passata la scadenza del certificato, si vedrà: se sono emerse effettivamente tecnologie nuove che rendono queste firme attaccabili, allora il giudice comincerà a negare efficacia probatoria a quelle firme. Se invece nulla del genere è accaduto, continueremo a considerare le firme perfettamente valide.

Chiudo con la promessa cartolina dall'Olanda. Promessa perché citata nel titolo.

Cosa è successo? In Olanda operava un certificatore chiamato *DigiNotar*. Non si sa bene perché impiegasse l'espressione *Notar*, in verità. Il livello di sicurezza pare fosse risibile, tant'è vero che sono stati sicuramente emessi dei certificati falsi intestati a Google e risulta che gli impostori che li hanno ottenuti appartenessero ai servizi iraniani. Lo scenario è agghiacciante. Se io fossi un dissidente iraniano troverei comodissimo usare Gmail. Il messaggio viaggia criptato dal mio computer in Iran, spedito fino alla California (o qualunque altro Paese ove Google tenga le sue macchine), ove viene decriptato, e quando il destinatario lo scarica questo viene recriptato da Google e decriptato solo nel suo computer. Il risultato è che durante tutto l'attraversamento del territorio iraniano, il messaggio viaggia criptato. Cosa hanno fatto, a quanto pare, gli agenti iraniani? Si sono dotati di certificati falsi intestati a Google. Basta una piccola alterazione ai DNS iraniani, et voilà, il messaggio che io mando non arriva a Google, ma ad un computer della polizia iraniana, la quale lo decripta con la chiave ottenuta da *DigiNotar*, lo legge, lo recripta con la chiave vera di Google e lo manda a Google. Al destinatario arriva regolarmente: non si accorge di nulla. Il che vuol dire che, probabilmente, mentre noi parliamo c'è qualche ospite delle galere iraniane che può ringraziare *DigiNotar* e i suoi certificati emessi. E non penso che il soggiorno nelle carceri iraniane sia particolarmente divertente.

Quando ci si è accorti di tutto ciò, sono stati revocati tutti i certificati emessi da *DigiNotar*, la quale era il fornitore di certificati digitali di tutto lo Stato olandese, notai compresi. E sono accadute almeno due cose interessanti.

Primo: tutti i pubblici ufficiali olandesi si sono trovati, all'improvviso, senza firma digitale. Pazienza, si dirà.

Secondo e più importante: i browser hanno continuato a riconoscere come valide le firme emesse da *DigiNotar*. Questo secondo me è gravissimo. Quando un browser viene istruito dal suo produttore a riconoscere come attendibili (in base a chissà quali considerazioni) i certificati emessi (per esempio) da *DigiNotar*, lo farà per sempre, anche se i certificati sono stati revocati perché reputati inattendibili dal loro stesso produttore! Incredibile. Occorse addirittura una *release* nuova dei browser per togliere di mezzo quei certificati.

Una considerazione finale. Cosa sarebbe successo se io, nei miei computer di studio, avessi avuto quel giorno una procura digitale emessa da un notaio olandese, pronta ad essere utilizzata per un atto in Italia? La revoca del certificato olandese come deve essere apprezzata? In base al diritto olandese o in base al diritto italiano? Questione aperta. Sono molto, molto contento che di firme olandesi nel mio ufficio non ve ne fosse neanche una.

Grazie!

(trascrizione curata da Riccardo Colangelo e rivista dall'autore)