

Alert

Commercial Law- Review

Business Continuity e Firme Dematerializzate

IL COVID -19: UNA ULTERIORE SPINTA VERSO LA DEMATERIALIZZAZIONE

Il diffondersi della pandemia ha dato vita ad un'inarrestabile onda tecnologica che ci ha aiutato a superare gli angusti confini in cui il *lock down* ci aveva rinchiuso ed a mantenere, per quanto possibile, l'operatività nei settori più disparati.

E proprio dalla necessità di garantire la c.d. "*business continuity*" sistemi innovativi, che avrebbero impiegato anni a radicarsi nelle nostre abitudini, hanno subito una vorticosa accelerazione, soppiantando, apparentemente, le vecchie abitudini.

Se la cara stretta di mano sembra essere passata di moda lasciando il posto ad improbabili gomitate, anche il vecchio pezzo di carta sembra aver perso il fascino di un tempo: riunioni virtuali; documenti dematerializzati; firme elettroniche e digitali. Questi solo alcuni degli strumenti tecnologici che hanno preso il sopravvento in questi ultimi anni.

Ma se la *business continuity* deve essere garantita e preservata, vi è anche la stringente necessità che tale continuità si inserisca in un contesto rispettoso del quadro legislativo di riferimento.

Come si pongono, dunque, i nuovi sistemi tecnologici di fronte alla necessità di assicurare il rispetto delle norme applicabili nel nostro ordinamento? Quale la loro valenza giuridica alla luce della legge Italiana?

Di seguito alcuni cenni sul quadro normativo di riferimento con particolare attenzione ai sistemi di firma elettronica che recentemente hanno corposamente preso piede nelle transazioni commerciali di tutto il mondo.

IL QUADRO NORMATIVO DI RIFERIMENTO

Il Regolamento UE n. 910/2014 denominato "Regolamento eIDAS" (Electronic IDentification Authentication and Signature) emanato il 23 luglio 2014 si pone l'obiettivo, ormai da anni, di fornire una base normativa a livello comunitario per i servizi fiduciari e i mezzi di identificazione elettronica degli stati membri. Il Regolamento fornisce una base normativa comune per interazioni elettroniche sicure fra cittadini, imprese e pubbliche amministrazioni e pone le basi per incrementare la sicurezza e l'efficacia dei servizi elettronici in generale delle transazioni e del commercio elettronico nell'Unione Europea.

Divenuto pienamente efficace nel nostro ordinamento, dal 1° luglio del 2016, ha fatto sì che il legislatore italiano apportasse alcune sostanziali modifiche alla normativa di riferimento nazionale, rappresentata prevalentemente dal Decreto Legislativo 7 marzo 2005, n. 82 denominato "Codice dell'amministrazione Digitale" (più brevemente "CAD"), via via integrato e modificato, per promuovere e rendere effettivi i diritti di cittadinanza digitale.

Il CAD riunisce ed organizza le norme riguardanti l'informatizzazione della Pubblica Amministrazione nei rapporti con i cittadini e le imprese e regola, tra le altre, il documento informatico, le firme elettroniche, la riproduzione e conservazione dei documenti informatici nonché il domicilio digitale e le comunicazioni elettroniche che si applicano ai privati, prevedendo l'implementazione delle sue norme con linee guida, a cura

Alert

Commercial Law- Review

dell'Agenda per l'Italia Digital, la cui adozione più rapida e reattiva, meglio risponde alle stringenti tempistiche dell'evoluzione tecnologica.

LE DIVERSE TIPOLOGIE DI FIRME ELETTRONICHE

Con particolare alle firme elettroniche, il CAD (in linea con le previsioni del Regolamento eIDAS) distingue tra diverse tipologie di firme elettroniche. In particolare sono individuate e disciplinate tre diverse tipologie di firma elettronica:

- La firma elettronica semplice (FES);
- Firma Elettronica Avanzata (FEA);
- Firma elettronica qualificata (FEQ);

Andando ad analizzare singolarmente le diverse tipologie di firma elettronica scopriamo alcune sostanziali differenze con rilievi, per quel che attiene il nostro maggiore interesse, nell'ambito della sicurezza e della validità giuridica a loro attribuita.

La Firma Elettronica Semplice

La Firma Elettronica Semplice (o, altrimenti denominata standard) è costituita da un insieme di dati in forma elettronica "acclusi, oppure connessi, tramite associazione logica ad altri dati elettronici ed utilizzati dal firmatario per firmare" e può identificarsi in qualsiasi forma di connessione di dati utile per l'autenticazione informatica su un documento elettronico.

Tale tipologia è senz'altro la più diffusa, basti pensare alle credenziali di accesso che solitamente tutti noi utilizziamo per poter accedere ad un qualsiasi servizio web o i pin necessari alla propria identificazione.

A dispetto della sua diffusione, la firma elettronica semplice rappresenta, senza dubbio, la forma più debole di autenticazione non riuscendo, invero, ad assicurare una chiara ed univoca riconducibilità al soggetto che l'ha utilizzata nonché l'integrità ed immodificabilità del documento al quale è stata apposta.

La Firma Elettronica Avanzata

La Firma Elettronica Avanzata si differenzia dalla firma elettronica semplice poiché presenta caratteristiche di sicurezza aggiuntive. In particolare, è dotata di un sistema che permette l'identificazione del firmatario la cui firma è connessa in maniera univoca.

La FEA è, inoltre, creata mediante dati per la creazione di una firma elettronica che il firmatario può, con un elevato livello di sicurezza, utilizzare sotto il proprio esclusivo controllo e collegata ai dati sottoscritti in modo da consentire l'identificazione di ogni successiva modifica.

Molto diffusa nel settore bancario e nel settore assicurativo, la FEA non è altro che una firma grafometrica, che, per il tramite di un pennino, viene apposta su tablet.

Alert

Commercial Law- Review

La Firma Elettronica Qualificata

La firma elettronica qualificata (FEQ) viene definita dal CAD come “un particolare tipo di firma elettronica qualificata basata su un sistema di chiavi crittografiche, una pubblica e una privata (crittografia asimmetrica), correlate tra loro, che consente al titolare tramite la chiave privata e al destinatario tramite la chiave pubblica, rispettivamente, di rendere manifesta e di verificare la provenienza e l’integrità di un documento informatico o di un insieme di documenti informatici”. A differenza delle altre tipologie di firma elettronica, in questo caso si rende necessario un sistema di chiavi crittografiche asimmetriche che permette di riconoscere univocamente il firmatario di un qualsiasi documento digitale.

La FEQ, necessita, inoltre, di un dispositivo di firma qualificato. Tali dispositivi consistono in supporti elettronici rimovibili (smart card, chiavetta USB, token), che consentono al loro titolare di sottoscrivere un documento informatico, apponendovi la propria firma elettronica qualificata.

Nella firma elettronica qualificata il certificato utilizzato viene emesso da un Ente Certificatore accreditato con standard tecnologici ben definiti (*Qualified Trust Service Provider* ai sensi del Regolamento eIDAS) riconosciuto nel nostro ordinamento.

In Italia è stato affidato all’Agid, in conformità alle previsioni di cui all’art. 17 del Regolamento eIDAS, il compito di vigilare e autorizzare mediante un controllo *ex ante* e *ex post* gli enti certificatori accreditati a livello nazionale.

E’ stato, quindi, istituito una sorta di albo nel quale sono elencati gli enti autorizzati ad operare nel nostro ordinamento pubblicata nel seguente link <https://www.agid.gov.it/it/piattaforme/firma-elettronica-qualificata/prestatori-di-servizi-fiduciari-attivi-in-italia>, ed il cui contenuto viene costantemente monitorata ed aggiornata a cura del Agid medesima.

È bene, infine, evidenziare che rispetto ai sistemi di identificazione elettronica, eIDAS prevede che ciascuno stato membro possa notificare i sistemi di identificazione elettronica forniti ai cittadini e alle aziende per consentire un reciproco riconoscimento. Su questa base molti sistemi di firma digitale si sono diffusi trovando fondamento nel proprio ordinamento giuridico.

La Firma Elettronica Digitale

Quartum non datur! Nell’ambito della firma elettronica, breve cenno merita la firma digitale, da anni già ampiamente in uso nel nostro paese, ma non disciplinata a livello comunitario, che altro non è che un particolare tipo di firma qualificata basata, anch’essa, su un sistema di chiavi crittografiche.

Nel nostro ordinamento la firma elettronica digitale e la firma elettronica qualificata, dopo le modifiche apportate da eIDAS, sono sostanzialmente sinonimi e ad esse è attribuita la medesima valenza giuridica.

VALENZA GIURIDICA DELLE DIVERSE TIPOLOGIE DI FIRMA ELETTRONICA

La distinzione sopra evidenziata tra le diverse tipologie di firme elettroniche a disposizione degli utenti, rileva soprattutto con riferimento alla valenza giuridica che ad esse è attribuita.

Alert

Commercial Law- Review

È bene ricordare, a tal proposito, che il nostro codice civile prevede, seppur con qualche eccezione, che laddove le parti raggiungano un accordo, questo debba essere considerato valido e vincolante a prescindere dal fatto che tale incontro di volontà sia avvenuto verbalmente, elettronicamente o in un documento cartaceo, prescindendo quindi dalla valenza attribuita ad un tipo di firma elettronica piuttosto che un'altra.

Appare di tutta evidenza come la forma verbale difficilmente si addice ad accordi commerciali di complessità anche moderata, in cui il requisito della certezza del contenuto delle pattuizioni non riesce ad essere soddisfatta se non attraverso una formalizzazione del suo contenuto in uno scritto.

Al di là delle fattispecie in cui è espressamente richiesta una specifica forma del contratto *ad substantiam* e/o *ad probationem*, le parti contrattuali sono solite preferire lo scambio di accordi scritti, ponendo particolare attenzione a che tutti i requisiti di autenticità della firma e di riconducibilità al soggetto firmatario vengano rispettati.

In tale contesto, lo scambio di documenti dematerializzati sottoscritti elettronicamente, ha da tempo preso piede, soppiantando lo scambio di firme in originale e, in particolare nel nostro ordinamento, la certezza fornita dalla firma digitale ha, finora prevalso rispetto a tutte le altre forme di firma elettronica.

Nulla questio, quindi sulla validità riconosciuta dal legislatore della firma digitale a cui è possibile equiparare, come abbiamo visto, la Firma Elettronica Qualificata.

A tale tipologia di firma è riconosciuta dal CAD piena validità: *“il documento informatico soddisfa il requisito della forma scritta e ha l'efficacia prevista dall'articolo 2702 del Codice civile quando vi è apposta una firma digitale, altro tipo di firma elettronica qualificata o una firma elettronica avanzata o, comunque, è formato, previa identificazione informatica del suo autore, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'AgID ai sensi dell'articolo 71 con modalità tali da garantire la sicurezza, integrità e immodificabilità del documento e, in maniera manifesta e inequivoca, la sua riconducibilità all'autore”*.

L'utilizzo *“del dispositivo di firma elettronica qualificata o digitale si presume riconducibile al titolare, salvo che questi dia prova contraria”*, prevedendo, pertanto, per la sola Firma Elettronica Qualificata o Digitale, l'inversione dell'onere probatorio a carico del titolare del dispositivo di firma, che dovrà se del caso fornire la prova di non averlo utilizzato.

In tutti gli altri casi *“l'idoneità del documento informatico a soddisfare il requisito della forma scritta e il suo valore probatorio sono liberamente valutabili in giudizio, in relazione alle caratteristiche di sicurezza, integrità e immodificabilità”*. Sarà, dunque, il Giudice a valutare, di volta in volta, se la tipologia di firma elettronica utilizzata sia in grado di rendere il documento immodificabile e possa ricondurre in maniera inequivoca al soggetto che l'ha apposta.

Se al riguardo, si può osservare come il legislatore italiano abbia in passato attribuito una rilevanza giuridica nettamente prevalente alla firma digitale rispetto agli altri tipi di firma previsti a livello comunitario e ciò in ragione dell'elevato livello di sicurezza garantito dall'utilizzo di tale soluzione, l'orientamento prevalente, a livello comunitario, sembra, invece, oggi quello di maggior tutela degli scambi commerciali promuovendo ed agevolando la diffusione anche delle altre tipologie di firma elettroniche, meno complesse ma sicuramente meno affidabili.

Alert

Commercial Law- Review

A tal proposito ribadisce il regolamento eIDAS il principio di non discriminazione dei documenti elettronici rispetto a quelli cartacei, sancendo che non potranno essere negati gli effetti giuridici e l'ammissibilità come prova di un documento informatico nel procedimento giudiziario per il solo motivo della sua forma elettronica o perché la firma non soddisfa i requisiti delle firme elettroniche qualificate.

Le firme elettroniche non qualificate hanno, d'altra parte, l'inevitabile vantaggio di essere maggiormente diffuse a livello internazionale, consentendo alle multinazionali di sottoscrivere accordi omogenei per tutte le proprie filiali, dislocate nei diversi paesi europei e non.

Ecco, quindi, affiorare una moltitudine di *provider* di firme elettroniche che si affacciano sul mercato internazionale, a cui l'utente potrà scegliere di affidarsi per garantire la *business continuity* e la sicurezza delle proprie transazioni.

Mentre osserviamo l'inarrestabile moto dell'onda tecnologica che fa sorgere in ognuno di noi bisogni fino ad ora sconosciuti, è d'obbligo soffermarsi a riflettere sull'impatto ecologico che avrebbero avuto le tonnellate di documenti cartacei sottoscritti in duplice copia, che erano soliti sommergere i nostri archivi e, dunque, evviva la dematerializzazione!

24.02. 2021

La presente Newsletter ha il solo scopo di fornire aggiornamenti e informazioni di carattere generale. Non costituisce pertanto un parere legale né può in alcun modo considerarsi come sostitutivo di una consulenza legale specifica.

Lucia Ragolini, Partner

E: l.ragolini@nmlex.it

T.: +39 06 695181

Per chiarimenti o informazioni potete contattare l'autore oppure il Vostro Professionista di riferimento all'interno dello Studio.

www.nunziantemagrone.it