

**POSTA ELETTRONICA CERTIFICATA: LE RIFLESSIONI
GIURIDICHE E LE PERPLESSITÀ DI DUE STUDIOSI DI
DIRITTO DELL'INTERNET**

Intervista con l'avv. **Michele Iaselli** (Funzionario del Ministero della Difesa, editorialista di <http://www.studiocelestano.it/>) e l'avv. **Andrea Lisi** (Titolare dello Studio associato D.&L., Direttore Scientifico del Corso di Alta Formazione post lauream in Diritto & Economia del Commercio Elettronico Internazionale SCiNT-Ed. Simone, Curatore del sito <http://www.scint.it/>)

**DOMANDA: IL DPR SULLA PEC COSTITUISCE UNA IMPORTANTE
NOVITA', ANCHE DAL PUNTO DI VISTA GIURIDICO?**

Risposta Lisi: Ho letto in questi giorni dell'ultima novita' tutta italiana che ci porta ad essere primi in Europa e nel mondo nella certificazione della posta elettronica e dei legittimi dubbi di Assoprovider in merito alla possibilita' che tale normativa possa "orientare tutto il mercato sui soliti noti a cui si affida l'intero mercato". A dire il vero, quando l'Italia - notoriamente ultima nel recepire le leggi comunitarie - riesce ad essere cosi' brava e intraprendente nel portare avanti questo cambiamento tecnologico e legislativo (che ci fa essere tra i primi nel mondo), mi viene sempre da sospettare un po' che non sia "tutto oro quel che luccica"...Comunque, non e' possibile dare oggi risposte sicure e incontrovertibili: la posta certificata e' certamente una grande novita' e ha una sua indubbia utilita' per le P.A. e per certi rapporti "privatistici"; ma perche' si continua a pretendere di cancellare con la forza, a suon di "bacchettate legislative" , tutto l'esistente, tutta la prassi telematica?

Riecheggiano nelle affermazioni del CNIPA (e negli articoli dello schema di DPR e, forse, soprattutto negli articoli / proclami "filogovernativi" di commento a queste norme) i soliti tentativi di "imbrigliare" Internet, di lucrare e far lucrare in maniera evidente grazie all'imposizione di certi strumenti nuovi alle imprese e anche ai privati cittadini. Quale e' lo slogan? Usate la posta elettronica certificata, tutto il resto non ha valore legale! Tutto il resto non esiste piu'!

E, infatti, anche nell'emanando Codice delle Amministrazioni Digitali, P.A. e privati vengono posti sullo stesso piano: tutti devono usare la posta elettronica certificata, tutti devono usare

la firma digitale, il resto non ha piu' valore!
Anzi mai l'aveva avuto!

Risposta Iaselli: Sicuramente la Posta Elettronica Certificata facilitera' e rendera' piu' snelli i rapporti fra Pubbliche amministrazioni e cittadini, specie per le prime per la verita', ma dubito fortemente che la PEC possa incidere sull'effettivo valore giuridico del documento elettronico. Anche le recenti critiche del Consiglio di Stato allo schema del codice delle Amministrazioni digitali confermano tali perplessita' in quanto il succedersi di disposizioni normative in materia e la mancanza di coordinamento fra le stesse ha creato un grande caos e pochi sono i punti davvero certi. Quando si credeva di aver sgomberato il campo da equivoci sulla validita' delle diverse tipologie di firma elettronica e' intervenuta la Suprema Corte che ha suggerito una meditata rivisitazione delle norme attualmente emanate, tenendo conto anche di quanto disposto dalla normativa comunitaria. E' chiaro che in questo clima di incertezza la PEC non possa aiutare molto, anzi.....

D: NON C'E' NULLA DI BUONO DUNQUE IN QUESTE NUOVE NORME?

Risposta Lisi: Non mi sogno assolutamente di dire questo! Conferire certezza e sicurezza nell'invio e ricezione delle dichiarazioni via e-mail e' certamente utile. Questo sarebbe stato probabilmente un processo tecnologico inevitabile nell'evoluzione e nell'utilizzo commerciale di questi strumenti. Ma perche' non ci fidiamo di piu' dell'autoregolamentazione del mercato digitale? Perche' vogliamo imporre anche ai privati strumenti potenzialmente utili (che vengono messi saldamente in mano ai "soliti noti")?

Anche la normativa in materia di trattamento dei dati personali (attraverso vari sistemi di autenticazione) sta procedendo verso una maggiore sicurezza nell'attribuzione dello strumento tecnologico a colui che effettua il trattamento del dato personale. In questo processo normativo che lega sempre di piu' lo strumento tecnologico al suo utilizzatore, responsabilizzandolo nel momento in cui quello strumento diviene una prosecuzione "virtuale" della sua esistenza giuridica, certamente la PEC ha una sua importanza. Quello che voglio dire e' che se creiamo sicurezza e, quindi, responsabilizziamo l'utente da un versante normativo (quello relativo alla privacy), puo' essere certamente utile rendere piu' sicuro lo strumento di

comunicazione piu' utilizzato nella vita di relazione digitale...anche a prescindere dalla stessa firma digitale che stenta a decollare a dieci anni dalla sua nascita normativa!

Risposta Iaselli: No, non e' assolutamente cosi'. Il sistema della PEC devo dire e' ben congegnato e del resto le prime sperimentazioni relative a tale sistema risalgono al 2002 con particolare riguardo agli aspetti legati all'interoperabilita' ed ha prodotto una serie di documenti tecnici. Parallelamente sono stati sviluppati, nell'ambito della P.A., alcuni progetti che hanno realizzato servizi di posta elettronica certificata partendo dalle regole tecniche che si andavano formando. Le attivita' sperimentali hanno coinvolto, inoltre, numerosi fornitori di soluzioni. Un tale approccio, decisamente innovativo per il panorama italiano, ha consentito di mettere a punto una norma essendo da un lato coscienti della reale applicabilita' e dall'altro della crescita di un mercato.

D: E ALLORA DOVE STA IL PROBLEMA?

Risposta Lisi: Il problema e' che le varie normative su PEC e Firma Digitale continuano a susseguirsi con una eccessiva fretta (determinata probabilmente non dall'interesse giuridico, ma da quello economico). Il legislatore non si "prende il fastidio" di leggere le prassi del mondo digitale, non aspetta che si crei un minimo di alfabetizzazione informatica e, invece, mira ad imporre (a tutti!), attraverso frettolose norme, strumenti che ancora non esistono nella quotidianita'...e questo e' sbagliatissimo, perche' si creano orrori giuridici da una parte e questi strumenti rischiano di rimanere inutilizzati dall'altra...

Risposta Iaselli: I problemi, a mio modo di vedere, sono due: innanzitutto ricalcando quanto ho detto in precedenza bisogna tener conto che la PEC non puo' risolvere altri problemi legati al documento informatico ed alla firma elettronica, ma va vista in un contesto piu' ridotto e principalmente limitato di applicabilita', inoltre la piena funzionalita' della PEC presuppone l'esistenza di un sistema pubblico di connettivita' perfettamente efficiente o quanto meno di un livello di informatizzazione della P.A. soddisfacente. Invece la realta' e' ben diversa ed il MIT sembra ignorarla: uffici pubblici che sono ancora alla ricerca disperata di computer ed altre strutture tecnologiche,

fondi che mancano, reti telematiche inesistenti o solo parzialmente funzionanti.

D: COSA OCCORREREBBE FARE?

Risposta Lisi: Intanto, legare il processo normativo relativo alla documentazione elettronica alle conquiste legislative e dottrinali in materia di contrattualistica internazionale, approfittando anche di queste novità in materia di PEC (e Privacy) che portano a creare un legame più sicuro dello strumento tecnologico ad un determinato soggetto giuridico e, quindi, devono avere - come necessaria conseguenza - quella di creare una maggiore responsabilizzazione nell'utente. Ma occorre procedere con calma e pazienza, senza pensare di spazzare via tutto l'esistente con la forza e di garantire solo a pochi eletti di poter partecipare a questo cambiamento.

Leggo in questi giorni che nell'emanando Codice delle Pubbliche Amministrazioni Digitali soltanto a certi tipi documenti dotati di "firma elettronica avanzata" (ovviamente si pensa sostanzialmente alla firma digitale) sarebbe garantita la validità di "forma scritta"...e questo è sbagliatissimo, è un "orrore" giuridico, nel momento in cui normative internazionali procedono diversamente, separando la sicurezza informatica dagli aspetti giuridico-formali (stiamo parlando di Principi Unidroit, Convenzione di Vienna, Principi europei in materia di contratti e così via...).

La dottrina italiana più attenta, da tempo ha operato una parificazione della forma scritta a dichiarazioni documentali contenute in un telegramma, in un telefax, in un telex e, quindi, in un messaggio di posta elettronica. L'importante è che sia astrattamente possibile (in maniera più o meno sicura) una attribuzione della paternità di questo documento, attraverso l'individuazione di colui che detiene il "potere di fatto" sullo strumento. Leggo dal Volume 10° del Trattato di Diritto Privato, diretto da Pietro Rescigno, ultima edizione, 2004, Obbligazioni e Contratti, una bella affermazione di Rodolfo Sacco in proposito: "adottato il principio per cui la responsabilità contrattuale colpisce colui che è giuridicamente responsabile per una dichiarazione creatrice d'affidamento, il telex e il telefax proveranno a sufficienza la responsabilità contrattuale dell'utente dell'apparecchio mittente" (p. 80) e ancora "In tema di contratto informatico tornano a presentarsi i problemi che abbiamo incontrato a proposito del telegrafo e del telex. (...) Chi mette in funzione un computer deve poi far fronte

alle conseguenze - in particolare agli affidamenti - che scatena. Deve far fronte ai messaggi che inoltra; deve far fronte ai messaggi che i suoi incaricati (fedeli o infedeli) inoltrano. Non e' lecito distinguere tra l'intenzione e la semplice imputabilita'. Anche i messaggi inoltrati da terzi estranei, che hanno accesso al computer per difetto di sorveglianza del legittimo detentore sono imputabili al detentore. (...) Cio' che vogliamo chiarire in questa sede e' che il messaggio e' una dichiarazione. Provvederanno poi le regole del consenso contrattuale, sui vizi del valore, dell'apparenza, a fissare lo standard della protezione delle parti. Si vedra' in quella sede che per regola generale (ispirata alla buona fede oggettiva) la responsabilita' di chi appare mittente, combinata con il legittimo affidamento del destinatario, garantiscono l'integrita' della fattispecie contrattuale. Il dichiarante non puo' disconoscere l'operato dell'elaboratore che ha utilizzato. La teoria delle dichiarazioni rese 'per relationem' (biancosegno, ecc.) spiega bene questo dato" (p. 83-84).

Tutti Questi concetti sono stati autorevolmente confermati e accreditati nel recente parere del Consiglio di Stato (parere 7 febbraio 2005, n.11995, acquisibile su www.scint.it) aspramente critico nei confronti delle novita' contenute nel Codice della P.A. Digitale.

Per riassumere, a mio avviso la posta certificata, la necessaria autenticazione del proprio strumento tecnologico prevista in materia di trattamento dati personali, portano verso una sempre piu' necessaria associazione della dichiarazione, anche resa via e-mail, al suo autore apparente, a prescindere dalle stesse maggiori certezze della firma digitale (che comporta una sicura "incorporazione" del dichiarante in quel messaggio). E a tutte queste dichiarazioni, a prescindere dalla loro certezza nell'imputabilita' e nella loro integrita', va garantita comunque una valenza giuridica ed esse devono necessaria,mete essere considerate "forma scritta". D'altronde nello stesso sito del CNIPA, nella presentazione del nuovo strumento PEC, si legge: "l'e-mail e' ormai lo strumento di comunicazione piu' utilizzato per comunicare. Acronimo di Electronic Mail, **la posta elettronica e' un mezzo di comunicazione in forma scritta via Internet**". Non dobbiamo confondere la valenza formale "scritta" (e non "sottoscritta") che ovviamente l'e-mail ha, dalla sua sicurezza e affidabilita' quale strumento di comunicazione, altrimenti ribaltiamo principi giuridici acquisiti nel commercio internazionale (oltre a

far rivoltare nella tomba i nostri Maestri del diritto).

Risposta Iaselli: Occorrerebbe tener conto innanzitutto della realta' e nel momento in cui si propongono nuovi strumenti tecnologici e quindi nuove norme regolatrici di tali strumenti sarebbe necessario accertare l'effettiva funzionalita' di tali strumenti e non solo la loro astratta possibilita' di funzionare. Insomma un provvedimento legislativo non deve essere visto solo come uno strumento di propaganda politica per poi dire a tutti: vedete quanto siamo bravi e cosa sappiamo fare! Al contrario, bisogna accertare l'attuale situazione esistente non solo presso gli uffici centrali ma anche presso quelli periferici, aiutare gli stessi uffici in difficolta' a crescere dal punto di vista tecnologico e poi mettere a disposizione i nuovi strumenti. Non dobbiamo fare gli stessi errori della RUPA che ha deluso le aspettative, tant'e' vero che si e' corso ai ripari con il Sistema Pubblico di connettivita'. Vivo da anni una realta' pubblica, tra l'altro tra le piu' evolute come quella della Difesa, e posso dire con tutta tranquillita' che purtroppo non e' tutto oro quello che luccica e che ancora molti sono gli uffici privi di essenziali postazioni informatiche. Sia ben chiaro, con questo non voglio dire che quanto stanno facendo al Ministero per l'Innovazione e le Tecnologie sia inutile, anzi, ammiro molto e l'ho scritto piu' volte "l'instancabilita'" del Ministro Stanca, ma spesso non basta darsi da fare, e' necessario anche coinvolgere di piu' le altre amministrazioni che spesso rimangono inerti alle esortazioni del MIT. Del resto, guarda caso, il Consiglio di Stato nel proprio parere al Codice delle P.A. digitali ha fatto la stessa riflessione.

D: QUINDI LA PEC VA NELLA DIREZIONE GIUSTA, MA E' LA NORMATIVA CHE E' SBAGLIATA?

Risposta Lisi: Il problema e' che dal punto di vista tecnologico la PEC (come altri strumenti simili e "meno certificati") puo' essere una buona soluzione per conferire maggiore certezza e sicurezza allo strumento di comunicazione telematico, ma non deve essere questa una soluzione tecnologica imposta con la forza! E soprattutto le leggi vanno pensate e ripensate prima di essere modificate. Vanno, cioe', legate con le conquiste della contrattualistica internazionale, vanno affidate a dei veri giuristi che sappiano separare le necessita' della Pubblica Amministrazione dalle diverse

necessita' del commercio elettronico internazionale. Non si puo' continuare a inseguire con il diritto ogni conquista tecnologica e pensare di mettere in discussione ogni volta le certezze acquisite dalla tradizione giuridica nazionale e internazionale. La verita' e' che certe leggi non sempre le fanno dei veri giuristi, purtroppo...

E a volte bisogna imparare a guardare il progresso tecnologico, osservarlo con calma e solo quando le normative gia' esistenti non riescono a risolvere (con una elastica interpretazione) determinati problemi concreti occorre intervenire. Oggi si nota in queste materie una foga legislativa mai vista e quando certe norme si fanno troppo in fretta - si sa - non si possono certo misurare con Codici o tradizioni giuridiche che per prendere vita hanno avuto bisogno di numerosi anni.

Risposta Iaselli: Credo di aver gia' risposto in precedenza a tale domanda: la normativa e' sbagliata quando non tiene conto dell'effettiva realta' in cui versano gli uffici pubblici, ma detta regole praticamente inapplicabili, almeno in tempi rapidi, che possono essere viste solo come buoni propositi. Non dimentichiamo, poi, che un provvedimento legislativo che abbia per oggetto nuove tecnologie ha delle difficolta' proprie legate alla complessita' e novita' dello strumento tecnologico.

D.: MA QUALI SONO LE GIUSTE SOLUZIONI PER IL COMMERCIO VIA INTERNET?

Risposta Lisi: Internet, mi e' stato insegnato, e' "anazionale", e' decentrata, e' democratica per eccellenza e per questo fa paura da una parte e fa gola dall'altra.

Nathaniel Hawthorne nel 1851 in una futuribile descrizione del mondo che si sarebbe creato dopo l'invenzione dell'elettricit' cosi' profetizzava, forse, l'avvento di Internet: "il mondo della materia e' diventato un nervo enorme, vibrante per migliaia di miglia in un battibaleno (...) il globo e' una testa enorme, un cervello pervaso di intelligenza". Ecco, non vorrei che a questa testa enorme si infilasse un cappello cosi' stretto da impedirle di pensare!

Chi ci governa, e' triste ammetterlo, si caratterizza per un aggrovigliata accozzaglia di piccoli, grandi "conflitti di interesse" e, quindi, per una serie di inevitabili ingerenze dell'economia nelle scelte politiche e legislative...e anche in questa materia si sta verificando questa tendenza, anzi e' ancora piu' evidente (e non solo nel settore del documento

informatico e delle e-mail certificate, ma anche in tanti altri settori del diritto dell'Internet!).

A mio avviso, e' evidente il tentativo di imporre a tutti (P.A., cittadini, imprese) strumenti nuovi, pensati a tavolino, certamente piu' sicuri, certamente utili, ma che nel mondo di Internet ancora nessuno utilizza...e si rischia di essere cosi' i primi, in un totale, imbarazzante isolamento!

E, quindi, si accreditano (pochi) certificatori per la firma digitale e (pochi) ISP per la posta certificata, per porre fine - una volta per tutte - al "democratico strapotere" di Internet!

Eppure basterebbe far evolvere con calma questi utili strumenti, senza la pretesa di sostituire l'esistente, cercando piano piano di "filtrarli" nella prassi, senza troppi sconvolgimenti e senza la pretesa "dittatoriale" di cancellare tutto quello che gia' c'e'; guidando con calma la P.A., l'impresa, il cittadino verso sistemi piu' sicuri nella gestione dei loro interessi, senza usare la forza, ma fidandosi di piu' dello stesso inevitabile progresso tecnologico e della autoregolamentazione del mercato.

Risposta Iaselli: Indubbiamente il commercio via Internet richiede strumenti agili che possano incoraggiare il ricorso alla telematica e facilitare quindi i rapporti commerciali. Indubbiamente allo stato attuale pretendere che tutti possano far uso della firma digitale e' a dir poco un'utopia visto che anche i professionisti faticano a prendere confidenza con questa famigerata firma. In quest'ottica credo che la PEC possa rappresentare una buona soluzione almeno per le piccole transazioni proprio per dare un minimo di affidabilita' alle due fasi della proposta e dell'accettazione. Ovviamente siamo lontani dalla sicurezza delle transazioni telematiche, ma e' un buon inizio ed il ricorso alla PEC potrebbe d'altro canto favorire il sorgere di una maggiore confidenza del cittadino con lo strumento telematico.

D.: EFFETTIVAMENTE SI PARLA DA TANTO DI FIRMA DIGITALE, MA ANCORA POCCHI UTILIZZANO REALMENTE QUESTO STRUMENTO. QUALE POTREBBE ESSERE LA SOLUZIONE?

Risposta Lisi: Occorre riflettere sul fatto che tutti questi tentativi legislativi di imporre al mercato certi strumenti (astrattamente utili) sino ad oggi si sono rivelati essere dei "giganti con i piedi d'argilla": da quanto tempo si parla di firma digitale per tutti? E quanti la usano realmente? Quanto la firma digitale e' usata nella prassi?

La verita' e' che non e' facile imporre una "consuetudine", non e' facile generare "quotidianita'" dove ci sono vecchie abitudini e imporre strumenti rigidi in mercati liberi che hanno gia' delle regole consolidate e che respirano (vera) liberta'.

E le ragioni sono anche altre: siamo sicuri che veramente tutti usino Internet in maniera consapevole? A che punto e' l'alfabetizzazione informatica in Italia?

I tanti propugnatori di questo nuovi strumenti sono mai entrati in uno studio di un professionista? Nelle case di un privato cittadino? Negli uffici di un piccolo ente pubblico? In una micro-impresa?

Non si dovrebbe forse partire da questo, prima di tutto?

Non si dovrebbe creare consapevolezza su quello che gia' c'e' o ci dovrebbe essere prima di cercare di imporre strumenti nuovi?

Risposta Iaselli: La soluzione l'ho accennata in precedenza e consiste nel favorire al massimo la nascita di una cultura dell'informatica nel cittadino incoraggiando iniziative quali "PC ai docenti", "Vola con Internet" ecc. Non solo i giovani, ma anche i meno giovani devono avvicinarsi al computer e comprendere che il suo utilizzo e' davvero semplice, in piu' Internet se ben utilizzato rappresenta un'interminabile miniera di servizi ed informazioni. Solo quindi partendo da solide fondamenta si puo' iniziare a costruire anche un palazzo.

D: MA VERAMENTE LA NORMATIVA SULLA PEC PUO' DANNEGGIARE I PICCOLI ISP?

Risposta Lisi: Certamente il tentativo gravissimo di spazzare dal mercato i piccoli ISp c'e' ed e' molto evidente, e nei rapporti telematici relativi alla P.A. questa normativa puo' anche avere una ripercussione sul mercato ...Nei rapporti privatistici, basati da sempre sull'autoregolamentazione, e lo dico per tranquillizzare i piccoli ISP e Assoprovider, penso che, sin quando non si metteranno le mani sulle belle norme del nostro codice civile e sui principi generali del nostro ordinamento, Internet rimarra' salva e la comunicazione telematica rimarra' libera, e saranno salve anche le semplici e-mail non certificate. Insomma, i privati potranno anche "infischiarne" di questa novita' (che dimostrera' con il tempo quanto sara' realmente utile) regolando i loro affari come meglio credono, nello spirito della democratica autoregolamentazione. Basta sfogliare il codice civile e ricordare qualche articolo

(ad esempio, gli artt. 1322 e 1352) per dormire sonni tranquilli...almeno così spero...

Risposta Iaselli: Purtroppo siamo alle solite e spesso e volentieri la frenesia legislativa di questo periodo provoca inevitabili errori per fortuna non irrimediabili. Ricordate cosa è successo con il sistema di acquisto delle Convenzioni Consip che aveva tagliato fuori le piccole e medie imprese? Bene anche se dopo un po' di tempo e numerose proteste si è posto rimedio a quella grave lacuna legislativa. Ebbene in questo caso si ripropone lo stesso problema. Chi potrà offrire il servizio di mail certificata sono le società con un capitale sociale equivalente a quello necessario per intraprendere un'attività bancaria: logica conseguenza è che verranno esclusi da questo mercato un numero rilevante di Internet Service Provider, che non possono contare su simili disponibilità finanziarie. La previsione suscita effettivamente più di qualche perplessità, perché se da un lato può ravvisarsi la ratio della stessa nella necessità di garantire una minima affidabilità del servizio di PEC, dall'altro appare evidente che nel prevedere una simile barriera non si sia per niente tenuto conto della realtà del nostro paese che si fonda sul lavoro di tante piccole e medie imprese tra cui gli ISP troppo spesso bistrattate dal nostro Governo.