

27 GIUGNO 2008

**CONVEGNO "Trasferimenti di aziende e partecipazioni societarie.
Legalità e funzione dei professionisti"**

SABRINA CHIBBARO

La semplificazione è l'obiettivo primario sbandierato dal nostro legislatore.

Cosa si intende per semplificazione?

E' eliminare tutto ciò che è inefficiente e che costituisce un rallentamento al mercato.

La soluzione trovata dal legislatore, in materia di cessione di partecipazioni sociali, è quella di utilizzare la firma digitale come alternativa all'intervento notarile, perché, presupponendo una predeterminazione a monte dell'identità di un soggetto, la rende utilizzabile per una serie infinita di utilizzi successivi. In realtà, a mio avviso, la firma digitale non è una soluzione. La firma digitale è un mezzo.

Il legislatore ha introdotto, con la norma contenuta nel disegno di legge attualmente in discussione in materia di cessione di partecipazioni sociali, una alternatività fra la firma digitale e l'autentica notarile.

La norma recita: *Il secondo comma dell'articolo 2470 del codice civile è sostituito dal seguente:*

L'atto di trasferimento, sottoscritto digitalmente nel rispetto della normativa anche regolamentare concernente la sottoscrizione dei documenti informatici, ovvero con sottoscrizione autenticata, dal notaio, deve essere depositato entro trenta giorni, a cura di

un intermediario abilitato al deposito degli atti al registro delle imprese di cui all'articolo 31, comma 2-quater della legge 24 novembre 2000, n. 340, ovvero a cura del notaio autenticante, presso l'ufficio del registro delle imprese nella cui circoscrizione è stabilita la sede sociale. L'iscrizione del trasferimento nel libro dei soci ha luogo, su richiesta dell'alienante o dell'acquirente, verso esibizione del titolo da cui risultino il trasferimento e l'avvenuto deposito, rilasciato dal professionista che vi ha provveduto ai sensi del precedente periodo.

Un commento pubblicato su una rivista on line di diritto dell'informatica (Interlex) la definisce "stravagante".

L'aggettivo mi sembra particolarmente appropriato e la stravaganza sta nel fatto che lo stesso legislatore sembra non conoscere cosa è scritto nelle norme che richiama (quelle sulla firma digitale), sembra cioè non sapere che ci sono delle norme che, invece, differenziano la firma digitale semplice dalla firma autenticata e, quindi, l'alternatività proposta è quanto meno inusuale, visto che sono due figure giuridiche che hanno efficacia totalmente diversa.

Il complesso delle norme che regolano la firma digitale in realtà ha due articoli: uno che regola la firma digitale semplice (l'art. 21 del D. Lgs. 82/2005) e l'altro che regola la firma digitale autenticata (il successivo art. 25).

Qual è la differenza tra le due figure? La prima, la più importante, è l'accertamento, da parte del notaio, che l'atto

sottoscritto non è in contrasto con l'ordinamento giuridico, il cosiddetto controllo di legalità.

E' chiaro che la firma digitale non può sostituire il notaio nel controllo di legalità riguardo al contenuto dell'atto e proprio questo è il principale valore aggiunto dell'intervento notarile.

Ma immaginiamo per un attimo di essere un notaio degli Stati Uniti, a cui è vietato, addirittura, dare consigli legali e che si limita ad accertare l'identità del firmatario e ad accertarsi che egli stia firmando in maniera consapevole il documento: chiediamoci, allora, se la firma digitale può essere alternativa a questa forma, seppur limitata, di intervento notarile.

Nella norma sulla firma digitale autenticata (l'art. 25 del D. Lgs. 82/2005) ci sono altre due punti che differenziano la firma digitale autenticata da quella semplice: il fatto che la firma sia apposta alla presenza del notaio ed il fatto che il notaio debba accertare l'identità personale del firmatario.

La firma digitale semplice, inoltre, ha la stessa efficacia (anche se non è totalmente equiparabile) della firma autografa, quindi è valida fino a disconoscimento. La firma digitale autenticata, invece, ha esattamente la stessa efficacia della firma autografa autenticata.

Posto che hanno la stessa efficacia giuridica, cos'è che distingue una firma autografa da una firma digitale?

Una firma autografa è un qualcosa che si realizza in maniera contestuale, cioè in un unico atto abbiamo un soggetto che personalmente appone una firma: con la stessa si identifica, si

appropria del contenuto del documento e, in qualche modo, lo rende suo. La sua caratteristica è appunto quella di essere legata alla persona del titolare, quindi è quella di essere unica.

La firma digitale, invece, non ha un collegamento fisico con la persona del suo titolare. La firma digitale è un processo, è una catena di eventi. Perché la firma digitale sia veramente collegata al soggetto che risulta titolare del certificato di firma, occorre che il processo, composto da tutta la serie di eventi, sia correttamente formato. Occorre cioè che il certificatore abbia correttamente identificato a monte il titolare; occorre che egli abbia consegnato il dispositivo di firma all'effettivo titolare e non ad un altro soggetto; occorre che il titolare abbia utilizzato personalmente il dispositivo di firma.

Evidentemente, per arrivare ad una firma digitale che sia veramente riferibile a un certo soggetto, occorre che tutta questa catena di eventi venga rispettata: ma qual è l'anello debole della catena?

L'anello debole della catena è l'utilizzo personale del dispositivo di firma. Perché? Perché la firma realizzata da altro soggetto, che abbia la disponibilità del dispositivo di firma e del PIN per attivarlo, produce un risultato che è assolutamente identico a quello che avrebbe realizzato l'effettivo titolare: quindi produce una firma che è indistinguibile da quella che avrebbe apposto il suo titolare. E qual'è il problema conseguente? Il problema conseguente è che mentre il soggetto che ha firmato con firma autografa può sempre disconoscere la firma e ci sarà

sempre un sistema a posteriori per verificare che quella firma è falsa e quindi dimostrare che non è stato lui ad apporla (una perizia calligrafica), con la firma digitale tutto ciò non avviene, non esiste alcuna forma a posteriori per dimostrare che quella firma non è stata apposta suo titolare.

Anzi, la situazione è ancora più complessa. Perché mentre con la firma autografa un soggetto ha solo l'onere di disconoscere la firma, ma poi è chi vuol valersi del documento firmato che deve dimostrare l'autenticità della stessa, nel caso della firma digitale abbiamo un'inversione dell'onere della prova perché si presume che l'utilizzo del dispositivo sia riconducibile al suo titolare (come recita l'art. 21 del citato decreto) e, se così non è stato, sarà lui a dover provare di non aver utilizzato personalmente il dispositivo di firma.

Provare il falso a posteriori diventa, praticamente, difficilissimo.

E se per un attimo si immaginano le conseguenze dell'utilizzo fraudolento di tali mezzi (si pensi all'utilizzo di titoli falsi per le frodi immobiliari negli USA), il risultato sarà la creazione di falsi perfetti, perché la firma prodotta è assolutamente indistinguibile, a posteriori, da quella prodotta dell'effettivo titolare.

La norma sulla firma digitale autenticata, invece, richiede che l'utilizzo del dispositivo debba avvenire davanti al notaio, alla presenza del notaio.

Ecco che, quindi, l'uso della firma digitale lungi dall'essere un'alternativa all'intervento del notaio, lo rende ancora quasi più importante che nel mondo della firma autografa, proprio perché il notaio colma quello che è il punto debole della firma digitale, cioè il notaio rende sicura la catena di eventi di cui si compone la stessa: ripete l'accertamento dell'identità e poi ne elimina quello che è il rischio principale, cioè che il dispositivo venga utilizzato da un altro soggetto.

Vediamo qual'è la posizione dei legislatori stranieri: se, come in Italia, ci sono altri paesi la cui legislazione considera la firma digitale come un'alternativa all'intervento notaio, con tutti i rischi che questo comporta.

In nessun paese d'Europa si è considerata la firma digitale come alternativa all'autentica notarile, ma l'Europa è composta quasi interamente da paesi di civil law, che hanno sistemi giuridici di provenienza romanistica e che quindi tradizionalmente conoscono l'istituzione notaio e l'importanza del controllo di legalità che egli svolge.

Ma negli Stati Uniti, dove i notai hanno il limitato compito di accertare l'identità, la firma digitale potrebbe effettivamente sostituire il notaio. Negli USA è stata emanato nel 1999 il cosiddetto UETA, che non è altro che una specie di legge-modello, cioè si limita a dettare le norme base, salvo che i singoli Stati preferiscano emanare una legge propria. Solo pochissimi Stati si sono orientati nel senso di attribuire un'efficacia alla firma digitale pari a quella della firma autenticata.

Ma negli ultimi tempi, proprio a seguito dell'aumento vertiginoso del fenomeno delle frodi ipotecarie, anche nel mondo anglosassone si è venuta a formare una corrente dottrinale che ha evidenziato come la firma digitale, in realtà, presenta rischi persino maggiori a quelli presentati dalla firma autografa e che giunge alle stesse conclusioni sopra evidenziate.

Quindi, anche nei paesi di common law, si condividono le stesse preoccupazioni in materia di utilizzo della firma digitale.

Se questa che ho appena descritto è la soluzione trovata dal legislatore, in nome della semplificazione, per immettere dati in un pubblico registro (del quale nessuno dubita sia fondamentale il mantenimento dell'affidabilità) allora probabilmente l'attendibilità delle informazioni estratte ne risentirà gravemente, in quanto non solo mancherà il controllo di legalità, ma mancherà anche la certezza dell'autenticità, visto che la firma digitale ancora meno della firma autografa è in grado di garantirla, a meno che non ci sia l'intervento notarile.

Nel mondo digitale l'intervento notarile è quasi più indispensabile che nel mondo della firma autografa.

Dobbiamo concludere che la firma digitale è inutile? No, la firma digitale non è inutile: il notariato ha puntato molto su di essa, fino a diventare Autorità di Certificazione.

Il punto è che non è una soluzione.

La firma digitale, abbiamo detto all'inizio, è un mezzo. Perché effettivamente rende le transazioni più spedite, più facilmente trasmissibili, aumenta l'efficienza.

Ma se vogliamo mantenere l'affidabilità e la sicurezza del sistema giuridico, la soluzione è un'altra ed è l'intervento notarile.