

Processo Civile e Computer Forensics: l'istruzione probatoria, come produrre in giudizio e contestare documenti informatici.



Bari, 4 maggio 2010

Michele Iaselli

Prima di affrontare il tema centrale di questa relazione è opportuno fare una necessaria premessa su cosa si intenda per documento informatico, tenendo ben presente che mai come in questo campo l'aspetto sostanziale incide fortemente su quello procedurale.

Il documento informatico, definito dal Codice dell'Amministrazione Digitale (CAD) come la rappresentazione informatica di atti, fatti, o dati giuridicamente rilevanti, è al centro dell'intero impianto normativo del Codice.

Non si può, infatti, avere una pubblica amministrazione "digitale" e quindi un processo di gestione elettronica documentale senza che la formazione, trasmissione e conservazione della documentazione amministrativa sia realizzata interamente in forma elettronica.

Il processo di digitalizzazione necessita di una serie di irrinunciabili requisiti, tecnologici ed organizzativi, che il codice stesso prende in considerazione.

Dividendo i processi di lavoro in "front office" e "back office" è possibile separare, sia da un punto di vista logico che funzionale, le due facce della digitalizzazione: quella che consente di rapportarsi in maniera nuova e più efficace ai propri "clienti", cioè i cittadini e le imprese e quella che permette di gestire tutti i procedimenti, applicando al documento informatico i vari requisiti richiesti per una piena validità.

Le questioni inerenti il front office sono ampiamente trattate nel codice che, ad esempio, prevede l'introduzione di nuovi diritti, specifica nuove modalità di accesso ai dati e stabilisce quali sono le caratteristiche dei siti.

Ma ciò che deve essere preso in considerazione sono le condizioni che abilitano all'offerta verso l'esterno di nuovi servizi, condizioni che sono tutte interne. Attinenti, cioè al back office.

I pilastri su cui poggia il back office elettronico sono:

- la firma elettronica;
- il protocollo informatico;
- la posta elettronica certificata (PEC);
- l'archiviazione digitale.

La combinazione di questi quattro elementi rende possibile il passaggio dalla teoria della normativa alla pratica dell'attività amministrativa del documento informatico, diventato valido e rilevante a tutti gli effetti di legge.

A parte l'ipotetica riduzione del volume di carta consumata, ciò che rende il documento informatico realmente insostituibile, rispetto all'equivalente cartaceo, è la sua tracciabilità. In tutte le operazioni che lo riguardano (produzione, immissione, conservazione, riproduzione e trasmissione di dati, documenti o atti amministrativi) devono essere indicati e resi facilmente individuabili sia i dati relativi alle amministrazioni interessate, sia il soggetto che ha effettuato ciascuna operazione. Lo stesso discorso vale per il sistema di conservazione dei documenti.

Ma ai nostri fini interessa anche un altro aspetto di notevole rilevanza che si ricava dalla definizione fornita dal diritto positivo di documento informatico.

Difatti, a fronte della tradizionale ricostruzione del documento come res rappresentativa di un fatto, frutto dell'attività di documentazione e consistente in oggetto inscindibilmente legato al contenuto, nel campo dell'informatica l'informazione rimane uguale a se stessa a prescindere dal supporto su cui in quel momento è registrata.

Ciò significa che la sequenza digitale, non essendo inscindibilmente legata a un dato contenente, può essere memorizzata su altri supporti senza che poi sia apprezzabile una distinzione fra i due "documenti" paragonabile alla tradizionale distinzione fra originale e copia.

Questa caratteristica tecnica porta alla conseguenza di dover declinare il requisito della materialità del documento in termini assai diversi rispetto a quelli ricavabili dalla tradizionale nozione di documento.

Ciò ha portato molti commentatori ad affermare l'immaterialità del documento informatico. Tant'è che si è affermato che "in nessun punto della normativa sul documento informatico il supporto è determinante per la natura del documento informatico. Esso esiste indipendentemente dal supporto, è una realtà immateriale, cioè l'esatto opposto della res signata della dottrina tradizionale".

Ma v'è di più. Fornendo quella definizione di "documento informatico" il legislatore è poi stato costretto ad inserire, a valle, una serie di disposizioni volte a imporre una predeterminata efficacia del documento, legando il fenomeno rappresentativo alle modalità di imputazione della paternità tramite l'apposizione di firme elettroniche.

In definitiva, la strategia dell'ordinamento è stata quella di tentare di allineare quei fatti storici consistenti nell'uso delle tecnologie agli altri fatti storici, senza coglierne le peculiarità tecnologiche. Il legislatore ha cioè dettato una definizione di "documento informatico" che tenta di comprimere dentro il solco della nozione di documento (propriamente detto) il fenomeno informatico, onde poi dover, a valle, disciplinare in termini specifici l'efficacia di tale "documento informatico", costringendo ancora una volta il fenomeno informatico dentro l'intelaiatura tradizionale delle nozioni di scrittura privata, scrittura privata autenticata, atto pubblico.

Sembra cioè che il legislatore, piuttosto che farsi carico di una operazione volta a isolare le specificità di tale fenomeno e, quindi, piuttosto che definire uno statuto giuridico del fenomeno adeguato alla sua specificità, sembra averlo costretto "a forza" dentro le definizioni già presenti nell'ordinamento, snaturandone tuttavia il significato e ponendo non pochi problemi in termini di applicazione.

Un questione su tutte: se il documento informatico è la rappresentazione di un fatto (e non il documento rappresentativo, e neppure una copia cartacea dello stesso), e se per ottenere un decreto ingiuntivo occorre produrre prova scritta del fatto, cosa si dovrà depositare presso la cancelleria del Tribunale?

Se il documento informatico è la rappresentazione, infatti, occorre fornire prova scritta del fatto rappresentato tramite un qualcosa di materiale da consegnare alla diretta percezione del giudice. A che serve allora cogliere l'esatta specificità del mondo dell'informatica (ossia la naturale scindibilità fra contenuto e contenente) se per ottenere un provvedimento favorevole da parte del giudice occorre, ovviamente, produrre un documento propriamente detto, ossia un oggetto che, in quanto tale, rappresenta il fatto che si dice accaduto e che può essere depositato in una cancelleria di Tribunale?

In effetti andando ad esaminare l'attuale normativa che disciplina la validità e l'efficacia probatoria del documento informatico, ci si rende conto che l'art. 20 del CAD realizza una vera e propria finzione giuridica: quella di considerare atto scritto il documento informatico.

La disposizione ha una precisa ratio di economia giuridica: piuttosto che integrare tutte le disposizioni del codice civile e delle leggi speciali che prevedono il requisito della forma scritta, attraverso il richiamo del corrispondente documento informatico, la norma ha ritenuto, una volta per tutte, soddisfatto il requisito della forma scritta dal documento informatico. Questo a condizione che lo stesso documento sia formato in ossequio di alcune regole previste al fine di avvalorarne autenticità e sicurezza.

Una volta stabilito che il documento informatico vale come scrittura, è ovvio che lo stesso assuma una rilevante efficacia probatoria. Si intuisce ampiamente, quindi, che la preoccupazione principale è stata quella di adeguare ad un diverso strumento, come quello informatico, le regole già previste dal codice civile rispetto all'efficacia probatoria: tuttavia non è escluso che questo nuovo strumento comunicativo possa portare ad incidere sulle stesse regole sostanziali e procedurali.

Naturalmente l'attuale impostazione normativa parte dal presupposto che il valore giuridico di un documento informatico sia strettamente collegato al tipo di firma elettronica ad esso associato. In particolare il CAD distingue tra tre tipologie di firma:

La firma elettronica pura e semplice che viene intesa come l'insieme dei dati in forma elettronica, allegati oppure connessi tramite associazione logica ad altri dati elettronici, utilizzati come metodo di identificazione informatica.

La firma elettronica qualificata che viene intesa come la firma elettronica ottenuta attraverso una procedura informatica che garantisce la connessione univoca al firmatario, creata con mezzi sui quali il firmatario può conservare un controllo esclusivo e collegata ai dati ai quali si riferisce in modo da consentire di rilevare se i dati stessi siano stati successivamente modificati, che sia basata su un certificato qualificato e realizzata mediante un dispositivo sicuro per la creazione della firma.

La firma digitale intesa come un particolare tipo di firma elettronica qualificata basata 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, rispettivamente, di rendere manifesta e di verificare la provenienza e l'integrità di un documento informatico o di un insieme di documenti informatici.

Il comma 1-bis dell'art. 20 del CAD precisa 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, integrità ed immutabilità".

In tal modo, quindi, si introduce un principio di carattere generale di libera valutabilità in giudizio del documento informatico come documento scritto in base a specifiche caratteristiche di qualità, sicurezza, integrità ed immutabilità.

Un importante punto fermo viene fissato nella prima parte del 2° comma dell'art. 20 completamente modificata nella quale si stabilisce che "il documento informatico sottoscritto con firma elettronica qualificata o con firma digitale, formato nel rispetto delle regole tecniche stabilite ai sensi dell'articolo 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'articolo 21, comma 2, e soddisfa comunque il requisito della forma scritta, anche nei casi previsti, sotto pena di nullità....."

Dal punto di vista del valore probatorio del documento informatico l'art. 21 rinnovellato dal decreto integrativo dispone al 1° comma 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 immutabilità.

Si ribadisce al 2° comma dell'art. 21 il principio che il documento informatico, sottoscritto con firma digitale o con un altro tipo di firma elettronica qualificata, ha l'efficacia prevista dall'articolo 2702 del codice civile e si conferma la presunzione della riconducibilità dell'utilizzo del dispositivo di firma alla figura del titolare, ma la possibilità di fornire la prova contraria, diversamente da prima, viene limitata al solo titolare.

E' evidente a tal punto che la firma digitale diventa così lo strumento abilitante per l'intero sistema della dematerializzazione del documento. Essa può essere pienamente utilizzata non solo per la sottoscrizione del documento informatico, ma anche nella conservazione documentale sostitutiva, nella fatturazione elettronica, nello scambio di documenti informatici in procedimenti amministrativi che hanno eliminato la carta, come strumento di autenticazione in rete nei confronti della P.A..

In questo modo si risolve anche quella originaria difficoltà connessa alla produzione in giudizio del documento informatico da me invocata.

Difatti il "documento informatico", come definito dal legislatore, non equivale a un documento utile ai fini di assolvere all'onere di prova scritta. Il documento, per l'ordinamento, non può che rimanere una res, che deve essere prodotta da chi se ne voglia avvalere tramite deposito in cancelleria. In tema di documento informatico, posto che con tale locuzione dovrà intendersi direttamente il contenuto, si pone la questione di individuare quale sia il documento che deve, essere portato alla percezione del giudice, il quale non può certo conoscere di un "puro contenuto" senza che vi sia una traditio di un supporto sul quale è registrato.

Posto quindi che vi è comunque necessità di un documento inteso in senso proprio, anche per provare quelli che abbiamo chiamato fatti a necessaria documentazione digitale, si pone la questione di individuare quando il "documento informatico" possa sfociare in un (vero) documento e in che cosa concretamente consista il documento spendibile in un giudizio.

Si ricorre quindi all'espedito tecnico della firma elettronica (in particolare digitale) tramite il quale è possibile "qualificare" il documento informatico come vero e proprio documento spendibile in giudizio.

Da ciò poi molti hanno argomentato che in tema di documenti informatici, le uniche entità che sono in grado di assurgere a documento in senso proprio sono i documenti sottoscritti con firma digitale. In altri termini, la firma digitale sarebbe elemento costitutivo del documento informatico, in difetto della quale, in ragione della modificabilità del contenuto, non potrebbe neppure parlarsi di documento. A tale tesi, peraltro, si è obiettato il documento, per essere tale, deve rappresentare fatti, non "essere sicuro", nel senso che il documento, per quanto falsificato che sia, pur documento rimane.

E' opportuno, ricordare in tale sede, che il legislatore non ha tenuto conto dei preziosi rilievi del Consiglio di Stato. Difatti la sezione consultiva per gli atti normativi del Consiglio di Stato nel proprio parere aveva osservato a proposito degli articoli 20 e 21 del Codice, che disciplinano il "documento informatico" che il testo risultante dalle modifiche introdotte dal decreto 139/2006 (e quindi l'attuale testo) rafforza, particolarmente sotto il profilo probatorio, il valore legale del documento informatico sottoscritto con firma digitale a scapito del documento formato sul tradizionale supporto cartaceo. In questo modo gli articoli in questione non sembrano recepire correttamente il diritto comunitario nel diritto interno e, soprattutto, sembrano alterare il sistema delle prove nel processo civile.

In altri termini, secondo il Consiglio di Stato, come dalla sottoscrizione autografa si ricava la presunzione di legge, sino a prova contraria, del consenso del firmatario sul contenuto del documento, così dalla sottoscrizione del documento informatico, mediante la firma digitale, l'ordinamento dovrebbe trarre le medesime presunzioni legali, identificando nell'autore della firma digitale l'autore del documento informatico a cui attribuire gli effetti dell'atto. Nel testo del decreto correttivo, invece, la parità di condizioni è soltanto apparente, poiché l'efficacia probatoria della scrittura informatica è rafforzata dalla maggiore difficoltà del disconoscimento giudiziale della firma (artt. 214 e ss. c.p.c.).

Su questi presupposti appare evidente che la produzione in giudizio di un documento informatico risente inevitabilmente delle particolari caratteristiche dello stesso con ovvie conseguenze di carattere tecnico e procedurale.

Innanzitutto produrre in giudizio un documento informatico (ad es. un'email) significa rispettare al massimo le caratteristiche proprie dello stesso documento evitando di snaturarne il contenuto.

Quindi evitare di stamparlo fornendone una versione cartacea che oltre ad essere cosa ben diversa dallo stesso, come abbiamo visto, ha un valore giuridico inferiore a quello, già certamente non rilevante, attribuitogli dalla normativa.

I passaggi necessari quindi per produrre in giudizio un documento informatico sono:

Salvare il documento rispettandone le proprie caratteristiche intrinseche (quindi nel caso di un'email va salvato nel formato nativo del programma di posta che utilizziamo), preferibilmente in formato che consenta l'interscambio dei dati e che rispetti gli standard internazionali.

Sottoscrivere il documento
informatico così creato con firma
elettronica avanzata o firma
digitale.

Apporre una marca temporale al documento medesimo, per "certificare" la data di formazione del documento informatico.

Salvare il tutto su supporto non riscrivibile.

A stretto rigore, il salvataggio su tale supporto non riscrivibile dovrebbe seguire le regole della c.d. "conservazione ottica sostitutiva", o conservazione sostitutiva "tout court".

Produrre in giudizio tale documento

Il rispetto di una simile procedura intende raggiungere l'obiettivo di evitare la contestazione (molto probabile) circa l'esistenza di disparità tra il documento originario e quello prodotto in giudizio.

Siamo in un campo estremamente tecnico ed è ovvio che "ancorare" la validità o l'efficacia probatoria di un documento informatico a non meglio definite caratteristiche di qualità, sicurezza, integrità ed immutabilità è un concetto quanto meno pericoloso perché idoneo a creare non poche perplessità nel magistrato che si troverà caso per caso ad esaminare e valutare situazioni che saranno sicuramente complesse senza poter disporre di affidabili strumenti di analisi che la normativa non offre e né potrebbe offrire.

Concetti come qualità, sicurezza, integrità, immodificabilità sono estremamente complessi già per un tecnico e proprio per questo motivo potremo trovarci di fronte a decisioni diametralmente opposte per casi simili o analoghi a seconda delle valutazioni del consulente tecnico d'ufficio che inevitabilmente condizionerà il giudizio del magistrato.

Ad esempio nel caso di un'email (documento informatico che potremo chiamare improprio) dovremmo anche "certificare" il passaggio dal "nostro" programma di posta al documento salvato. La conseguenza è che salvando il documento in una modalità che consenta di avere accesso completo alle sue caratteristiche (identificativo del messaggio, header, ecc. ecc.) in caso di contestazione potremmo sempre richiedere o un esperimento giudiziale oppure una consulenza che ne accerti la validità e la possibilità di attribuire tale messaggio al soggetto che lo abbia inviato.

Naturalmente il documento informatico potrà sempre essere disconosciuto nel rispetto delle regole procedurali del nostro ordinamento, ma abbiamo già avuto modo di vedere che il disconoscimento sarà molto complesso se non proibitivo qualora il documento sia stato prodotto conservando le proprie caratteristiche informatiche.

Casi giurisprudenziali

Come importanti precedenti giurisprudenziali che sono stati tenuti presenti nella redazione del presente lavoro è indispensabile citare la sentenza n. 2912 del 18 febbraio 2004 con cui la Corte di Cassazione – Sezione Lavoro ha affermato che le informazioni tratte da una rete telematica sono per natura volatili e suscettibili di continua trasformazione e, a prescindere dalla ritualità della produzione, va esclusa la qualità di documento in una copia su supporto cartaceo che non risulti essere stata raccolta con garanzie di rispondenza all'originale e di riferibilità a un ben individuato momento.

Tale provvedimento assume un valore ancora più rilevante se si tiene conto del momento storico in cui è stato emesso caratterizzato da diverse decisioni giurisprudenziali che avevano attribuito rilevanza di documento scritto a semplici messaggi di posta elettronica, scatenando così aspre dispute dottrinali.

Si pensi per tutti all'ordinanza del Tribunale di Ancona del 09/04/2005 dove si è sostenuto che "la prova scritta ostativa alla concessione della provvisoria esecuzione di un provvedimento monitorio richiesta nel corso di un giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, ex art. 648, c.p.c., può ravvisarsi anche nell'intercorsa corrispondenza, trasmessa via fax ed e-mail a sostegno della domanda riconvenzionale spiegata dall'opponente per il riconoscimento della pretesa di credito vantata nei confronti dell'opposto".

In linea con la decisione della Suprema Corte è la sentenza del TAR Calabria - sez. Catanzaro - 9 febbraio 2005, n. 98 dove si chiarisce che un documento inviato mediante posta elettronica privo di sottoscrizione con firma digitale o altra tipologia di firma elettronica, non possiede i requisiti legali necessari per ricondurlo con certezza la paternità al ricorrente e, pertanto, detta trasmissione per via telematica non può essere considerata equivalente a quella di un documento formato per iscritto a mezzo posta ordinaria o corriere.

Per ultimo è da segnalare una diversa impostazione del Tribunale di Roma, sez. IX civ. che con sentenza del 28/02/08, con riferimento alla stampa di pagine web disconosciute dalla controparte, ha rilevato che il documento informatico sprovvisto di qualsiasi firma elettronica che ne attesti la provenienza, essendo pur sempre un documento, ha, ai sensi dell'art. 10 del DPR 445/2000, come modificato dall'art. 6 del D.lgs 10/2002, "l'efficacia probatoria prevista dall'art. 2712 c.c. riguardo ai fatti ed alle cose rappresentate", essendo stata sancita l'applicabilità della norma sulle rappresentazioni meccaniche.

Del resto già la Suprema Corte (C.C. 11445/2001), nella vigenza della disciplina pregressa, di cui al DPR 513/1997, aveva affermato che i documenti informatici privi di firma digitale hanno l'efficacia probatoria prevista dall'art. 2712 c.c., per le rappresentazioni meccaniche di fatti e di cose, le quali formano piena prova dei fatti e delle cose rappresentate, se colui contro il quale sono prodotte non ne disconosce la conformità ai fatti o alle cose medesime.