

**Alcune risposte a quesiti concreti in materia di conservazione sostitutiva emersi durante il recente convegno OMAT di Milano.**

*(pubblicato su IGED.IT in data 02/2007)*

**A cura di Andrea Lisi<sup>1</sup>**

^^^

Il presente contributo mira a rispondere in maniera concreta e senza fronzoli ad alcuni quesiti emersi durante lo stimolante dibattito sorto durante uno dei convegni dell'ultimo OMAT di Milano, con moderazione affidata a Vincenzo Gambetta.

- 1. In caso di conservazione sostitutiva affidata in “Outsourcing”** la firma digitale da apporre a chiusura del processo è ovviamente quella dell'azienda che effettua il Servizio, ma a quale persona “fisica” corrisponde la firma e quali possibilità di delega ci sono?

*In caso di conservazione sostitutiva effettuata in outsourcing - se l'outsourcer è una persona giuridica che ha avuto l'incarico di conservare digitalmente fatture o altri documenti fiscali per conto del suo cliente – è opportuno provvedere a delegare singole persone fisiche per l'apposizione delle loro firme digitali ai fini della corretta archiviazione e conservazione di tali documenti.*

*A tal proposito, si ricorda che l'art. 30 comma 3 del Codice dell'Amministrazione Digitale afferma che “il certificato qualificato può contenere limiti d'uso ovvero un valore limite per i negozi per i quali può essere usato il certificato stesso, purché i limiti d'uso o il valore limite siano riconoscibili da parte dei terzi e siano chiaramente evidenziati nel certificato secondo quanto previsto dalle regole tecniche di cui all'articolo 71”. E, infatti, l'art. 32 comma 2 del CAD prevede che “il certificatore che rilascia i certificati qualificati deve specificare, nel certificato qualificato su richiesta dell'istante, e con il consenso del terzo*

---

<sup>1</sup> L'avv. Andrea Lisi è titolare dello “STUDIO ASSOCIATO D.&L” ([www.studioldi.it](http://www.studioldi.it)), consulenza aziendale e legale per l'e-business e l'international trade. Egli è fondatore del Centro Studi&Ricerche Scint, curatore del portale per l'internazionalizzazione e l'ict [www.scint.it](http://www.scint.it) e della prima banca dati sul diritto dell'informatica [www.scintlex.it](http://www.scintlex.it). È Direttore della “RIVISTA DI DIRITTO ECONOMIA E GESTIONE DELLE NUOVE TECNOLOGIE”, Nyberg Editore, Milano e della Collana “DIRITTO, ECONOMIA E SOCIETÀ DELL'INFORMAZIONE”, Cierre Edizioni, Roma. È componente del Comitato Scientifico di varie riviste giuridiche telematiche ed autore di diversi volumi e numerose pubblicazioni in materia di diritto delle nuove tecnologie. È, inoltre, docente in master di I e II livello dedicati al diritto dell'informatica, presso l'università di Lecce, Taranto, Padova e Messina e fa parte del Comitato Scientifico del MASTER IN DIRITTO DELL'INFORMATICA E DELL'INFORMAZIONE dell'Università di Messina. È attualmente iscritto all'Albo Docenti della Scuola Superiore dell'Amministrazione dell'Interno ed è docente per vari importanti enti di formazione. Egli è, infine, direttore scientifico del corso post lauream di alta formazione in “COMMERCIO ELETTRONICO & INTERNAZIONALE” organizzato da Scint in collaborazione con Ed. Simone e Ipsosa, con il patrocinio del Ministero Attività Produttive e Ice e del Master in Management e Diritto dell'Innovazione Digitale, organizzato dalla Scuola di Formazione Manageriale Aforisma. È arbitro di numerosi enti di risoluzione stragiudiziale delle dispute relative ai domini Internet ccTLD.it e collabora in tutta Italia con università, enti camerali, centri di ricerca, primarie società fornendo progettazione, formazione, assistenza e consulenza legale nell'e-business internazionale, nella privacy, nei servizi di archiviazione ottica/fatturazione elettronica e nel diritto delle nuove tecnologie, in genere.

*interessato, i poteri di rappresentanza o altri titoli relativi all'attività professionale o a cariche rivestite, previa verifica della documentazione presentata dal richiedente che attesta la sussistenza degli stessi”.*

*Appare dunque doveroso chiedere al certificatore una limitazione d'uso nel certificato di firma che stabilisca con certezza la qualifica del firmatario nei processi avviati. Grande attenzione dovrà essere accordata anche alla redazione del contratto di outsourcing dove andranno definite nel dettaglio le rispettive responsabilità e le specifiche procedure di conservazione da effettuare.*

- 2. Le normative vigenti parlano della possibilità di applicare la Conservazione Sostitutiva per tutti i documenti elettronici** (tranne i documenti doganali), ma indicano il procedimento di firma del documento con apposizione del riferimento temporale tra gli obblighi da osservare (in fase di emissione documento) per i soli documenti informatici rilevanti ai fini fiscali. Per i documenti non rilevanti ai fini fiscali il procedimento è lo stesso? O questi documenti si possono conservare digitalmente senza la previa apposizione di firma digitale?

*In caso di documenti non rilevanti ai fini fiscali le principali normative di riferimento sono il Codice dell'Amministrazione Digitale, la deliberazione CNIPA n. 11 e il DPCM 13 gennaio 2004.*

*Dall'analisi di questa normativa si può evincere una generale rilevanza dei documenti informatici, anche a prescindere della loro sottoscrizione con firma digitale (in piena osservanza del principio di neutralità tecnologica espresso dalla direttiva 1999/93/CE sulle firme elettroniche).*

*In particolare, la deliberazione CNIPA nel suo art. 2, 2° comma, prevede tra l'altro che “i documenti informatici, anche sottoscritti, così come individuati nell'art. 1, lettera f), possono essere archiviati elettronicamente prima di essere sottoposti al processo di conservazione”.*

- 3. Responsabile della conservazione:** quali sono le conseguenze di carattere fiscale, civile, penale legate alla non corretta attuazione dei compiti che la normativa pone a carico di questo soggetto e quali tutele si possono prevedere sul piano contrattuale nel caso di erogazione del servizio in outsourcing?

*Dal punto di vista giuridico, nel caso di affidamento verso l'esterno del processo di conservazione il soggetto passivo d'imposta continuerà ad essere responsabile fiscalmente, penalmente e anche civilmente secondo i tradizionali schemi della “culpa in vigilando” e “culpa in eligendo” (richiamati d'altronde dall'art. 5 della delibera CNIPA); l'outsourcer tuttavia risponderà genericamente nei confronti del suo cliente in base all'art. 1218 del codice civile in caso di specifiche responsabilità contrattuali inerenti al contratto di outsourcing. E, più in particolare, l'outsourcer risponderà ex art. 1710 c.c. in base al rapporto di mandato creato con il suo cliente, in caso di violazione del generale obbligo di diligenza nell'assolvimento dei suoi compiti.*

*E' indispensabile pertanto inserire nel contratto di outsourcing specifiche clausole che delimitino con attenzione i profili delle responsabilità nel processo di conservazione*

dell'outsourcer, specificando con attenzione le procedure da osservare, i termini da rispettare e predeterminino eventuali penali, garanzie, indennità in caso di violazioni.

**4. Il manuale del responsabile può essere conservato in forma elettronica e consultato da remoto?**

*La redazione del Manuale del Responsabile della Conservazione non risulta essere obbligatoria, ma è caldamente consigliata anche perché, in caso di verifiche e controlli da parte degli organi competenti, questi ultimi leggendo tale documento potranno ben comprendere le procedure di conservazione sostitutiva implementate e assicurarsi con facilità che le stesse siano effettuate regolarmente.<sup>2</sup>*

*In considerazione di ciò, ma soprattutto del fatto che ormai è garantita dalla normativa italiana l'equipollenza tra documento informatico e cartaceo, il Manuale può essere formato e conservato in modalità elettronica.*

**5. Come certificarsi per diventare legalmente Responsabile della Conservazione?**

*Non sono previste delle forme di certificazione per il Responsabile della Conservazione. Ovviamente esistono dei corsi specialistici che si possono frequentare. Ma appare consigliabile organizzare periodicamente corsi aziendali interni con esperti (corsi che potranno essere documentati nello stesso Manuale della conservazione).*

**6. Se il documento è stampato con un formato elettronico diverso da quello con cui viene archiviato è da considerarsi valido? (esempio archiviato in formato PDF, versione stampabile è AFP).**

*L'Agenzia delle Entrate nella circolare 45/E ha precisato che è coerente con la normativa la possibilità che il documento redatto e inviato con un certo programma informatico sia conservato dal ricevente con un altro sistema, purchè il contenuto dei dati e le risultanze contabili risultino inalterate. Per lo stesso principio, si ritiene di rispondere affermativamente al quesito posto alla nostra attenzione.*

**7. Se il documento stampato differisce da quello archiviato per la presenza di codici a barre (per la gestione di imbustamento automatico) la normativa è da considerarsi rispettata?**

*Valgono le considerazioni espresse nel precedente quesito.*

**8. Esibizione di un documento all'esterno della società (Tribunale o Agenzia delle Entrate): è valido il documento in formato elettronico, od occorre riprodurlo in formato cartaceo? In caso positivo è necessaria anche la validazione del pubblico ufficiale?**

---

<sup>2</sup> In verità, una obbligatorietà nella redazione del Manuale si potrebbe ravvisare nell'art. 5 1° comma lett. g della deliberazione CNIPA n. 11, dove si specifica che tra i suoi vari compiti il Responsabile della conservazione "definisce e documenta le procedure di sicurezza da rispettare per l'apposizione del riferimento temporale".

*Il documento informatico è valido e rilevante a tutti gli effetti di legge, nel momento in cui è conforme alle regole tecniche fissate dalla normativa italiana, secondo le indicazioni fornite dagli articoli 20 e segg. del Codice dell'amministrazione digitale. Deve essere prodotto in giudizio in formato elettronico (ed eventualmente – su richiesta del giudice – può essere allegata la sua copia cartacea) e – se è “nato informatico” – non richiede attestazioni del pubblico ufficiale.*

*In particolare, il Codice nell'art. 20, occupandosi della rilevanza formale del documento informatico (con o senza firma digitale) prevede che “il **documento informatico** da chiunque formato, la registrazione su supporto informatico e la trasmissione con strumenti telematici conformi alle regole tecniche di cui all'articolo 71 (N.d.R. il legislatore fa riferimento alla delibera CNIPA n. 11 e al DPCM 13 gennaio 2004, sino a quando non si provvederà al loro aggiornamento o sostituzione) sono validi e rilevanti agli effetti di legge, ai sensi delle disposizioni del presente codice”. L'articolo prosegue dicendo 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 immodificabilità (NdR si fa riferimento alle caratteristiche di staticità e immodificabilità previste anche dalla normativa fiscale per il documento informatico), fermo restando quanto disposto dal comma successivo”. “**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, dall'articolo 1350, primo comma, numeri da 1 a 12 del codice civile”. “Le regole tecniche per la formazione, per la trasmissione, la conservazione, la duplicazione, la riproduzione e la validazione temporale dei documenti informatici sono stabilite ai sensi dell'articolo 71; la data e l'ora di formazione del documento informatico sono opponibili ai terzi se apposte in conformità alle regole tecniche sulla validazione temporale”.*

*Dal punto di vista probatorio, l'art. 21 invece afferma 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 immodificabilità”. Mentre “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. L'utilizzo del dispositivo di firma si presume riconducibile al titolare, salvo che questi dia prova contraria”.*

*Per quanto riguarda, invece, la **riproduzione informatica di documenti analogici** l'art. 23 prevede che “le copie su supporto informatico di documenti originali non unici formati in origine su supporto cartaceo o, comunque, non informatico sostituiscono, ad ogni effetto di legge, gli originali da cui sono tratte se la loro conformità all'originale è assicurata dal responsabile della conservazione mediante l'utilizzo della propria firma digitale e nel rispetto delle regole tecniche di cui all'articolo 71”. Mentre “le copie su supporto informatico di documenti, originali unici, formati in origine su supporto cartaceo o, comunque, non informatico sostituiscono, ad ogni effetto di legge, gli originali da cui sono tratte se la loro conformità all'originale è autenticata da un notaio o da altro pubblico ufficiale a ciò autorizzato, con dichiarazione allegata al documento informatico e asseverata secondo le regole tecniche stabilite ai sensi dell'articolo 71”.*

*Il Codice statuisce anche il caso della **riproduzione analogica di documenti nati informatici** prevedendo che “le copie su supporto cartaceo di documento informatico, anche sottoscritto con firma elettronica qualificata o con firma digitale, sostituiscono ad ogni effetto di legge l’originale da cui sono tratte se la loro conformità all’originale in tutte le sue componenti è attestata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato”.*

**9. E’ possibile l’archiviazione sostitutiva dei contratti** alla luce della nozione di documento fiscalmente rilevante di cui al DM 23 gennaio 2004?

*E’ certamente possibile l’archiviazione informatica sostitutiva di contratti.*

*Occorre riferire che secondo alcuni i contratti sarebbero per loro natura originali unici e, per questo motivo, in caso di loro conservazione sostitutiva (se documenti in origine analogici), sarebbe sempre necessaria la presenza del pubblico ufficiale a chiusura del procedimento di conservazione. Non si aderisce a tale impostazione, considerando che il contratto per sua natura è bilaterale e, quindi, obbligatoriamente conservato dalle due parti contraenti<sup>3</sup>.*

*In verità, il problema più rilevante della conservazione sostitutiva dei contratti originariamente analogici è la digitalizzazione della sottoscrizione cartacea, che non può ovviamente essere sostituita, nella sua valenza probatoria, con la firma digitale del responsabile della conservazione (o anche del notaio).*

*Per questo motivo, è sempre preferibile portare in conservazione contratti nati informatici o contratti analogici per i quali non c’è pericolo nell’insorgenza di una controversia (con possibile contestazione di controparte della sottoscrizione cartacea digitalizzata).*

**10. E’ ammissibile utilizzare un dispositivo automatico di firma nel processo di conservazione?**

*Nei processi di conservazione sostitutiva (così come anche nei processi di fatturazione elettronica affidati in outsourcing), o almeno in quelli che sono caratterizzati da un elevato numero di documenti da conservare (o fatture da emettere), la firma elettronica qualificata del responsabile (o dell’emittente) viene molto spesso apposta con dei sistemi di firma massiva tipo HSM (Hardware Security Module). Nasce da qui il dubbio se sia ammissibile un processo di firma massiva in processi di tale tipo.*

*Dal punto di vista tecnico-giuridico, **la firma digitale apposta in tali processi non serve ad assicurare la paternità dei documenti**, ma solo la validazione di un processo, garantendo l’immodificabilità dei documenti trattati. Pertanto l’apposizione della firma elettronica qualificata, non è da intendersi come “sottoscrizione” del documento, ma come tecnica procedurale per garantire l’integrità del contenuto dei documenti informatici.*

*Anche il Codice dell’amministrazione digitale specifica nell’art. 35 3° comma che “il secondo periodo del comma 2 non si applica alle firme apposte con procedura automatica. L’apposizione di firme con procedura automatica è valida se l’attivazione della procedura*

---

<sup>3</sup> L’obbligatorietà di conservazione del documento contrattuale è ravvisabile attraverso una interpretazione estensiva dell’art. 2220 del codice civile

*medesima è chiaramente riconducibile alla volontà del titolare e lo stesso rende palese la sua adozione in relazione al singolo documento firmato automaticamente”.*<sup>4</sup>

*Qualche dubbio di legittimità di tali procedure di firma permane quando i processi di automazione siano totalmente avulsi dalla presenza di un delegato di firma o comunque di un responsabile della conservazione che sorvegli il processo e siano così totalmente affidati ad un software. Inoltre, lo stesso concetto di firma elettronica qualificata (o digitale) è ancora molto legato nel nostro ordinamento (e precisamente negli articoli 20 e 21 del CAD) al concetto di sottoscrizione e di scrittura privata.*

*Occorre, pertanto, procedere con prudenza affidandosi ad una dettagliata documentazione contrattuale e specificando sempre nel dettaglio ogni singola responsabilità tra le parti in gioco. Appare sempre molto utile a questi scopi far affiancare le clausole contrattuali da una limitazione d'uso nel certificato di firma.*

---

<sup>4</sup> Il secondo comma dell'art. 35 specifica che “i dispositivi sicuri e le procedure di cui al comma 1 devono garantire l'integrità dei documenti informatici a cui la firma si riferisce. I documenti informatici devono essere presentati al titolare, prima dell'apposizione della firma, chiaramente e senza ambiguità, e si deve richiedere conferma della volontà di generare la firma secondo quanto previsto dalle regole tecniche di cui all'articolo 71” .