

ALESSANDRO BIAMONTE

L'amministrazione digitale e la digitalizzazione procedimentale.
Verso un nuovo esercizio della funzione.
Problematiche e prospettive*.

SOMMARIO: 1. PREMESSE METODOLOGICHE E PROBLEMI APERTI. - 2. VERSO UN NUOVO ESERCIZIO DELLA FUNZIONE. DISCREZIONALITÀ DELL'AZIONE DIGITALIZZATA E CONFORMITÀ AI PRECETTI COSTITUZIONALI. OLTRE IL DIVARIO TELEMATICO. - 2.1. AUTOMATISMI E DISCREZIONALITÀ. - 3. VERSO UNA TEORIA DELL'ATTO AMMINISTRATIVO ELETTRONICO. VOLONTÀ E SINDACATO GIURISDIZIONALE. - 3.1. *SEGUE*: SINDACABILITÀ GIURISDIZIONALE DEL *SOFTWARE* E DEGLI ATTI CONTENENTI REGOLE DI PROGRAMMAZIONE. PATOLOGIE DELL'ATTO AMMINISTRATIVO ELETTRONICO. - 3.2. SOTTOSCRIZIONE, USO PERSONALE DEL DISPOSITIVO DI FIRMA E GARANZIE DI AUTENTICITÀ. - 4. RILIEVI CONCLUSIVI.

1. Premesse metodologiche e problemi aperti.

L'inclusione, nella novellata legge sul procedimento, di uno specifico articolo che esplicitamente auspica¹ una *incentivazione* dell'uso della telematica nei rapporti interni ed esterni delle amministrazioni pone l'inevitabile imperativo di individuare, con adeguata approssimazione, il senso di una ennesima norma programmatica², sottraendola al rischio di esporla alla mutevole volontà attuativa delle singole amministrazioni. Esigenza ulteriormente rafforzata dalla circostanza che il testo definitivamente

¹ L'utilizzo della locuzione «auspica» non è casuale. Il tenore letterale della norma, il cui contenuto precettivo ruota intorno alla previsione di un programma di *incentivazione*, è inequivoco nel senso di fissare, teleologicamente, un obiettivo non perfettamente perseguito; *rectius* probabilmente non adeguatamente inquadrato in un ambito sistematico, e pertanto fonte di molteplici diatribe (v. da ultimo il Parere del Consiglio di Stato - Sez. Consultiva per gli Atti Normativi - 30 gennaio 2006 n. 31). Ciò a dispetto dell'iper-normazione che ha caratterizzato la materia da oltre un decennio.

² Il Consiglio di Stato, nel parere 7 febbraio 2005 n. 11995 reso sullo schema di D. Lgs. recante il cd. «Codice dell'amministrazione digitale» in attuazione della delega di cui all'art. 10 L. 29 luglio 2003 n. 229, nell'evidenziare la necessità di accompagnare alle enunciazioni di principio norme direttamente precettive (che non ne rimettano l'attuazione alla volontà delle singole amministrazioni, ha inteso orientare - senza adeguato seguito da parte del legislatore - la disciplina verso l'introduzione di «norme precettive - applicabili tramite un processo graduale e guidato di implementazione o, in altri casi, direttamente esecutive - volte all'effettivo perseguimento delle finalità della delega di «garantire la più ampia disponibilità di servizi resi per via telematica dalle pubbliche amministrazioni e dagli altri soggetti pubblici e di assicurare ai cittadini e alle imprese l'accesso a tali servizi secondo il criterio della massima semplificazione degli strumenti e delle procedure necessari e nel rispetto dei principi di uguaglianza, non discriminazione e della normativa sulla riservatezza dei dati personali».

* estratto da *Studi sul procedimento e sul provvedimento amministrativo*, AA. Vv., a cura di Fiorenzo LIGUORI, Bologna, 2007, pp. 237 - 268

approvato (ddl 3980) ha introdotto un articolo, il 3 *bis*, espressamente rubricato «uso della telematica», in luogo della previsione originaria, contenuta in un comma, 1 *quater*, dell'articolo 1 (dedicato ai «principi generali dell'attività amministrativa»).

Non può ignorarsi come, di regola, il rischio maggiore per un disposto normativo di programma, consista nel pericolo che esso possa infine degradare a mera petizione di principio, trasfondendosi in un contenitore di vuota tautologia. Tuttavia, la maggiore «visibilità» derivante dall'inserimento di un articolo *ad hoc*, e, prima ancora, la collocazione dello stesso (immediatamente successiva a norme che storicamente hanno segnato l'azione amministrativa, imprimendole un nuovo corso), possono contribuire ad arricchire il significato della norma, potenziandone la precettività.

In tal modo, mercé il riferimento al principio dell'«efficienza» contenuto nella prima parte dell'articolo, il fine dell'incentivazione telematica diviene perfetto complemento dei generali principi di economicità e efficacia (ma anche di pubblicità e trasparenza, nonché di proporzionalità e legittimo affidamento - questi ultimi di derivazione comunitaria -) consacrati nell'art. 1, in un rinnovato³ assetto delle funzioni pienamente conforme al dettato dell'art. 97 della Costituzione.

L'avvento di una amministrazione (finalmente e concretamente) digitale⁴ si configura, dunque, al tempo stesso come nuova frontiera dell'efficienza⁵, a

³ A tal proposito appare significativo richiamare le riflessioni contenute nella relazione di accompagnamento al disegno di legge 1281 depositata il 20 marzo 2003, in cui, tra gli obiettivi da perseguire con la riforma, si individuano, tra l'altro, una riaffermazione del principio di legalità sul quale si fonda tutta l'azione amministrativa ed inoltre, a conferma del mutato assetto di rapporti tra cittadino e P.A., il riconoscimento della possibilità per le pubbliche amministrazioni di utilizzare gli strumenti di diritto privato anche nel perseguimento dei propri fini istituzionali, ed anzi realizzare una preferenza in favore di questi strumenti «quando la legge espressamente non lo vieti, al fine di privilegiare, dovunque possibile, un modello paritario, non gerarchico e non statalista, nei rapporti fra i cittadini e le amministrazioni».

⁴ Ciò che caratterizza nel nucleo essenziale l'amministrazione *realmente* digitale (e il processo di digitalizzazione nell'ambito di un sistema sempre più orientato verso l'*Information and Communication Technology - ICT*) è l'eliminazione dell'inutile duplicazione dell'attività: le procedure sono formalizzate direttamente nell'elaboratore (e qui vi risiedono in senso lato: un discorso a parte merita l'argomento delle banche dati centralizzate e delle reti unitarie cui dovrebbero connettersi le singole amministrazioni), acquisendo pieno valore formale. Sul punto v. DUNI, *Teleamministrazione*, in *Enc. Giur.*, XXX, Roma, 1993. La rivoluzione risiede nella «dematerializzazione» (o «smaterializzazione» che dir si voglia),

ossia il superamento della forma «cartacea» degli atti, a dispetto di quanto avviene ancora oggi, dopo anni di dibattiti e teorizzazione (il termine «teleamministrazione» risale al 1991 (v. DUNI, *Il progetto nazionale di teleamministrazione pubblica*, in «L'informatica giuridica e il Ced della Corte di Cassazione», atti del convegno presso l'Università degli Studi di Roma «La Sapienza», 27 - 29 novembre 1991, Milano, 1992, p. 87 ss., secondo un «ineconomico» duplice schema: formalizzazione degli atti prima su carta e poi inserimento nell'elaboratore, ovvero, in senso inverso, predisposizione automatizzata del documento, seguita dal trasferimento su carta ai fini della validità e quindi dall'eventuale reinserimento nella memoria elettronica come notizia del perfezionamento formale. Duplicazione di attività neppure evitata dall'utilizzo della posta elettronica, considerato che ad ogni spedizione quanto meno si raddoppiano (se non addirittura si moltiplicano in modo esponenziale) i documenti spediti: sul punto v. DUNI, *Teleamministrazione: la dimensione europea*, in atti del Convegno «*Legal tools for e - government in Europe*», Caserta 20 - 22 novembre 2003, Cagliari, 2003. *Contra*: v. Cons. St., V, sent. 5 marzo 2003 n. 1218. Qui il supremo consesso di giustizia amministrativa afferma la legittimità della clausola di un bando di gara la quale preveda che, qualora, la concorrente abbia presentato domanda di partecipazione per mezzo di *e - mail*, essa sia tenuta «a spedire» alla stazione appaltante, entro la data stabilita per la ricezione delle domande di partecipazione, anche una domanda scritta a conferma di quella già effettuata per posta elettronica corredandola, altresì, dei documenti in originale.

Una riflessione in merito agli effetti della «dematerializzazione» degli atti amministrativi (anche al fine di trarre elementi utili ai fini della piena attuazione di un progetto di amministrazione digitale, superando gli ostacoli tuttora esistenti) può essere, tuttavia, compiuta alla luce dell'esperienza ormai consolidata in materia di titoli del debito pubblico. Il D.Lgs. 24 giugno 1998 n. 213, dedicando l'intero titolo V alla «dematerializzazione» dei titoli di stato, ha segnato il definitivo superamento della gestione cartacea degli stessi contemplando il «ritiro delle materialità» e l'immissione in gestione accentrata per i titoli anteriormente emessi e, comunque, per quelli di nuova emissione il ruolo centrale svolto, in sede di contabilizzazione e registrazione delle operazioni, di un'unica società di gestione accentrata cui l'emittente comunica l'ammontare globale dell'emissione di strumenti finanziari. In questo contesto generale, dal punto di vista normativo, l'art. 36 del Decreto rinvia, per i profili attuativi (si pensi solo alla certezza delle registrazioni e alla garanzia della continua corrispondenza tra le evidenze dei conti degli intermediari presso la società di gestione accentrata e quelle dei conti dei conti intestati ai clienti presso i singoli intermediari), ai regolamenti attuativi da adottarsi ad opera della CONSOB d'intesa con la Banca d'Italia.

Una tale esperienza, applicata al procedimento amministrativo telematico, può rivelarsi utile sia in ordine all'individuazione di strumenti adeguati a garantire certezza e sicurezza all'attività amministrativa posta in essere in forma elettronica, sia sotto il profilo metodologico avuto riguardo alla gestione accentrata delle informazioni (immesse dagli intermediari - nel nostro caso le singole amministrazioni -): l'accesso (possibilmente) ad un unico *server* in senso logico costituisce una tappa fondamentale. Tale obiettivo può realizzarsi, verso l'esterno, mediante una generalizzazione del sistema dello «sportello unico» per tutte le procedure amministrative e, in tal modo, per tutti i cittadini. In breve, si tratterebbe di superare una lacuna del sistema, creando un sistema organico telematico generalizzato che vada oltre lo schema introdotto (per le sole attività produttive) dal D.Lgs. 31 marzo 1998 e dal D.P.R. 20 ottobre n. 447 (regolamento sullo sportello unico); normative queste ultime che incontrano un doppio limite: 1) di attenersi esclusivamente agli insediamenti produttivi; 2) di non imporre la gestione telematica del procedimento, consentendo anche l'obsoleta gestione cartacea. Quanto a quest'ultima problematica, l'art. 10 del D.Lgs. 82/2005 ha finalmente previsto che lo sportello unico (per le attività produttive) sia totalmente telematico; al legislatore è mancato lo slancio per introdurre nell'ordinamento il sistema dello sportello unico telematico come metodo ordinario di ogni attività amministrativa. Cfr. per l'individuazione di adeguati correttivi DUNI, *La pubblica amministrazione digitale ed il decreto integrativo e correttivo. I presupposti per il passaggio alla fase operativa*, in www.astrid-online.it, 2005.

compiuto sviluppo degli obiettivi contenuti nell'articolo 1 della L. 241/90, e come archetipo di un ordinamento caratterizzato da profonde innovazioni nell'ambito dell'esercizio della funzione amministrativa, sulla scia di quelle consolidate con l'avvento della legge sul procedimento⁶.

In tale contesto si innesta quale reale e unico strumento di attuazione di tale, più volte, annunciata rivoluzione quella che potremmo icasticamente definire «digitalizzazione procedimentale»⁷. E' questo l'obiettivo concreto da perseguire e il fine ultimo di una norma che, diversamente, rimarrebbe fine a se stessa, ancorché apparentemente caratterizzata, nei suoi profili essenziali,

⁵ L'eliminazione del supporto cartaceo si atteggia non già come obiettivo del processo di digitalizzazione, ma come fine strumentale al conseguimento di molteplici risultati in termini di efficienza della P.A. . Si veda anche AA.Vv., *La dematerializzazione dell'attività amministrativa*, Libro Bianco del gruppo di Lavoro interministeriale per la dematerializzazione della documentazione tramite supporto digitale, pubblicazione a cura del CNIPA, Roma, 2006. Nello stesso si osserva come la gestione documentale valga oltre il 2% del PIL: un obiettivo di dematerializzazione di appena il 10% genererebbe un risparmio di 3 miliardi di euro, ripetibile ogni anno. Peraltro si dà atto che il quadro normativo alla base dei processi amministrativi totalmente digitali è sostanzialmente completo (con i limiti che abbiamo, tuttavia, detto - sarebbe il caso di ribadire -), aggiungendosi che le tecnologie per la redazione, firma, protocollazione, trasmissione e archiviazione dei documenti informatici sono adeguate e che i procedimenti sui quali intervenire sono innumerevoli: di qui la necessità di una significativa azione di sensibilizzazione in considerazione dell'esistenza di numerosi esempi concreti (elencati) che hanno avuto (o stanno avendo) successo.

⁶ Ci si riferisce, in modo particolare, alle modalità di esercizio del potere amministrativo e soprattutto a quelle attraverso cui le potestà normativamente attribuite alla pubblica amministrazione si trasfondono nei singoli atti.

⁷ Si è inteso parlare di «digitalizzazione procedimentale» al fine di porre in rilievo (con un'espressione iterativa) la trasformazione in senso digitale che deve subire l'azione procedimentale, evidenziando il fine ultimo (digitalizzazione). Con l'utilizzo di espressione differente ma con significato non totalmente dissimile, v. MASUCCI, *Atto amministrativo informatico*, in *Enc. del Diritto*, I agg., Milano, 1997, p. 221 ss. . Qui l'autore individua il momento essenziale di una vera e propria «procedimentalizzazione informatica» nell'evoluzione dell'attività amministrativa per mezzo della formazione di atti che, elaborati con strumenti informatici, sono «scritti» in forma elettronica; con l'evidente conseguenza che l'eventuale trasposizione dello scritto su supporto cartaceo è del tutto eventuale, configurandosi come mera copia dell'originale «virtuale» (cfr. anche MINERVA, *L'atto amministrativo in forma elettronica e la sicurezza dei sistemi informativi pubblici*, in *Dir. Inform.*). E' in questo senso che si parla di «telemministrazione» (DUNI, *Telemministrazione*, op. cit.) riferendosi all'attività avente pieno valore formale della P.A. mediante terminali collegati in rete e interconnessi nell'ambito di un sistema nazionale - o anche transfrontaliero -. Il termine (e il relativo concetto) si differenzia dalla «teleburocrazia» (così FROSINI, *Telematica e informatica giuridica*, in *Enc. del Diritto*, XLIV, Milano, 1992, p. 60 ss.), in cui si prescinde dalla validità formale dell'attività telematica in rete, riferendosi semplicemente all'impiego delle telecomunicazioni nell'attività amministrativa d'ufficio.

dalla pressoché coeva pubblicazione del D.Lgs. 7 marzo 2005 n. 82, meglio noto come «Codice della pubblica amministrazione digitale»⁸.

Un'aspirazione che, ad oggi, può dirsi ancora frustrata, attesa la evidente carenza di norme che operino organicamente il necessario riordino della materia (ri)pensando il procedimento (anche) in forma digitale⁹. Occasione persa in sede di riforma della legge sul procedimento amministrativo. Esigenza in aperta contraddizione con il principio, a suo tempo innovativamente¹⁰ introdotto dall'art. 15 della legge 15 marzo 1997 n. 57, di generale validità dell'attività giuridica in forma elettronica, correlato al riconoscimento sostanziale equiparazione degli atti della pubblica amministrazione (e dei negozi privati) emanati (e stipulati) mediante sistemi informatici e telematici; ciò a prescindere dalla loro trasposizione sul supporto cartaceo¹¹. Né a tal fine possono supplire gli sporadici riferimenti

⁸ Nell'audizione del 17 novembre 2004 presso la Commissione Affari Costituzionali della Camera è emersa la concreta necessità di introdurre normativamente disposizioni volte a dare concreta ed effettiva attuazione alle finalità esposte dall'Ufficio legislativo del Ministro per l'innovazione e le tecnologie nella nota n. 809/04/27-04, concernenti la garanzia della più ampia disponibilità di servizi resi per via telematica dalla pubblica amministrazione e dell'accesso a tali servizi da parte dei cittadini e della imprese, anche con riferimento alla possibilità, in caso di inerzia o di inadempimento alla nuova disciplina da parte delle pubbliche amministrazioni, di ricorrere agli ordinari strumenti di tutela amministrativa e giurisdizionale. L'esigenza esposta, *prima facie* sembrava avere trovato una composizione nello schema di decreto legislativo con il quale si accorpava e riordinava in un unico codice la normativa in materia di attività digitale delle pubbliche amministrazioni, ritenendo che esso affrontasse in modo organico e completo il tema dell'utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione nelle pubbliche amministrazioni, nonché la disciplina dei principi giuridici fondamentali relativi al documento informatico ed alla firma digitale. Auspicio smentito dalla realtà dei fatti, considerato che, come riconosciuto anche dal Consiglio di Stato (parere n. 11995/2006) la disciplina si contraddistingue per la evidente carenza di norme che disciplinino compiutamente il procedimento amministrativo digitalizzato.

⁹ Il Consiglio di Stato, nel parere 7 febbraio 2005 n. 11995, richiama l'attenzione sull'assenza, nel codice dell'amministrazione digitale, di specifiche norme che individuino precise modalità attuative secondo lo schema digitale delle specifiche fasi del procedimento amministrativo, dalla fase di iniziativa, a quella istruttoria, sino a quella determinativa (si pensi solo alle procedure automatizzate, di cui si dirà, che sembrerebbero limitare la discrezionalità della P.A.) e, infine, a quella di integrazione dell'efficacia.

¹⁰ Il Consiglio di Stato, nel parere 30 gennaio 2006 n. 31 (sullo schema di decreto correttivo al Codice dell'amministrazione digitale), lo definisce principio innovativo «nel contesto mondiale».

¹¹ Principio di *non discriminazione* tra documento informatico e cartaceo che trova la sua conferma nel contenuto della Direttiva 1999/93/CE, le cui linee si ispirano ai criteri di

(diretti o indiretti) all'attività amministrativa digitalizzata, tra i quali emergono, in tema di conferenza di servizi, l'art. 14 *ter* del novellato testo della Legge 241/90 (nel quale si fa riferimento alla possibilità di convocazione della prima riunione per via telematica informatica) e la norma dell'art. 22 co. 2 che, in tema di diritto di accesso, qualifica «documento amministrativo» ogni rappresentazione «elettromagnetica o di qualunque altra specie del contenuto di atti»¹². Questioni rimaste parimenti inalterate con l'entrata in vigore del Codice dell'amministrazione digitale, il quale, alla tematica del procedimento digitalizzato, dedica i soli cinque articoli¹³ del capo IV (in luogo degli originari dodici), lasciando inalterata la sostanza delle questioni irrisolte.

Esulando dalle finalità della presente trattazione una completa (e acritica) esposizione sistematica della materia, in questa sede è apparso opportuno prediligere un approccio problematico, che funga da stimolo all'individuazione e al superamento di (alcuni dei) punti di crisi di un sistema che stenta a decollare.

Elemento caratterizzante dell'amministrazione digitale è l'originarietà e primarietà del documento informatico (e non più accessorietà).

Carattere centrale assume dunque il superamento di ogni incertezza in merito ai capisaldi dell'attività amministrativa elettronica, tra i quali: gli

neutralità tecnologica e di parità di trattamento degli stessi, trasfusi in disposizioni che vietano ai legislatori nazionali di condizionare la libera circolazione dei servizi utilizzabili per le firme elettroniche, imponendo altresì una armonizzazione normativa affinché le firme elettroniche basate su di un certificato qualificato e creato mediante un dispositivo per la creazione di una firma sicura (art. 5) «...possessano i requisiti legali di una firma in relazione ai dati in forma elettronica così come una firma autografa li possiede per i dati cartacei» e possano essere «ammesse come prova in giudizio».

¹² In controtendenza con i limiti evidenziati deve segnalarsi come in tema di attività finanziaria - contabile il D.P.R. 20 aprile 1994 n. 367 nel sistema della contabilità pubblica abbia introdotto realmente la gestione telematica dei procedimenti contabili, giungendo sino alla previsione del mandato informatico e al controllo telematico da parte della Corte dei Conti.

¹³ Sfrondata la disciplina dagli aspetti programmatici, va segnalata l'esplicitazione del principio di originarietà del documento informatico (artt. 40 - 41) alla luce del quale le pubbliche amministrazioni «formano gli originali dei propri documenti con mezzi informatici», la formazione del fascicolo informatico (art. 41), nonché le modalità di riproduzione e conservazione dei documenti stessi (artt. 42 - 44), secondo un sistema che garantisca indetificabilità, integrità, leggibilità e riservatezza.

aspetti legati alla validità giuridica della forma elettronica e all'attuazione delle norme in tema di paternità (in termini di riferibilità¹⁴), databilità, immodificabilità (integrità) dell'atto; la formazione (e sedimentazione) di regole per la gestione *operativa* del procedimento telematico.

Argomenti che possono definirsi ancora «aperti»¹⁵.

In questo contesto si inserisce poi l'evoluzione delle (rinnovate) modalità di esercizio delle potestà amministrative, cui è complementare la nuova teoria dell'atto amministrativo (elettronico) - sul quali ci si aspettano, dopo

¹⁴ Non superati neppure dall'avvento del Codice dell'amministrazione digitale. Vedasi il citato Parere n. 31/2006 del Consiglio di Stato sul decreto correttivo in merito alla presunzione di riconducibilità della dispositivo di firma al titolare.

¹⁵ Non può dirsi pienamente attuata la delega contenuta nell'art. 10 della L. 229/03 con il quale il Governo è delegato a disciplinare il procedimento telematico. Disciplina che attende specifiche e concrete indicazioni operative. Materia cui deve aggiungersi una compiuta normativa che attui un reale coordinamento tra i sistemi informatici degli enti pubblici come principio generale dell'ordinamento giuridico ed in attuazione dell'art. 117, co. 2, lett. r, della Costituzione.

Dato come acquisito il punto di partenza di una compiuta riforma del procedimento telematico, ovvero la estensione generalizzata (a tutte le attività amministrative) dello sportello unico (l'art. 10 del Codice dell'amministrazione digitale si limita a prevedere che lo sportello unico per le attività produttive divenga telematico), deve invocarsi l'introduzione di un sistema di norme che inneschi operativamente l'avvio del nuovo sistema.

In primo luogo è necessario ipotizzare una disciplina (di rango primario) che disponga in via generale in merito alle tipologie di procedimenti telematici attuabili in concreto, statuendo sulle modalità di gestione degli stessi, riservando a norme di gerarchia subordinata le soluzioni di carattere tecnologico od operativo. E', a titolo esemplificativo, auspicabile un intervento che definisca *a priori* l'accesso all'area condivisa, ovvero lo spazio di memoria di massa nel quale sono inseriti i fascicoli «virtuali» e che dovrebbe essere gestito dall'amministrazione procedente, distinguendo tra accesso di carattere meramente conosciuti vo ed accesso «elaborativo». In pari modo, è necessario distinguere normativamente l'ipotesi dell'atto frutto dell'attività di un'unica amministrazione (procedimento semplice), ancorché risultante dell'interazione di più uffici alla stessa facente capo - che condividano le informazioni in rete secondo sistemi di garanzia dell'autenticità di ogni intervento -, da quello a carattere complesso - frutto dell'attività di più amministrazioni (procedimento complesso o a pluriamministrazione -. In quest'ultimo caso occorre gestire, secondo parametri di adeguata certezza, lo scambio di atti tra amministrazioni differenti mediante posta certificata o prevedere un sistema che consenta all'amministrazione coinvolta di «inserire» direttamente l'atto di propria attribuzione nel fascicolo informatico aperto presso la P.A. procedente, assicurando adeguata certezza in termini di provenienza (effettiva) e datazione.

Altro aspetto da approfondire (legislativamente) riguarda la conferenza di servizi. Appare certamente improcastinabile un intervento in materia di conferenza telematica (svolta a distanza con l'ausilio di mezzi informatici in rete), non senza considerare che è altresì possibile ipotizzare che una conferenza di servizi promossa in via tradizionale presupponga che l'attività preliminare e l'istruttoria preventiva siano state condotte secondo una logica di teleamministrazione che si articoli nell'apertura di un fascicolo informatico.

anni di teorizzazioni, concreti lumi anche dalla giurisprudenza in linea con l'evoluzione tecnologica e normativa -.

La «porta di accesso», quale passaggio ineliminabile, è tuttavia rappresentata dal processo di azzeramento del divario digitale (*digital divide*) tra le amministrazioni e tra il cittadino e le stesse.

2. Verso un nuovo esercizio della funzione. Discrezionalità dell'azione digitalizzata e conformità ai precetti costituzionali. Oltre il divario telematico.

Un'attività amministrativa fortemente connotata, dopo la Legge 241/90 e la successiva riforma, da un costante orientamento verso il perseguimento dell'efficienza nell'ambito di un rinnovato assetto di rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione, ha segnato l'inevitabile passaggio verso nuovi moduli in cui si estrinseca l'esercizio delle potestà.

E' stato perciò affermato che la legalità dell'azione finisce con l'essere riposta non già nella predeterminazione legislativa di un canone di tutela di interessi, ma nella disciplina del modo in cui la scelta dell'interesse tutelabile viene compiuta¹⁶. Si assiste così al consolidarsi di un sistema fondato sulla «legalità procedimentale», ove la legalità diviene tensione verso la piena conformità dell'esercizio del potere alla previsione normativa di cui quel potere stesso (potestà) è emanazione. Pertanto, la legge non deve aspirare alla disciplina del risultato dell'attuazione (del potere), ma consacrare nella norma il modo del suo svolgimento per giungere al risultato¹⁷.

Il procedimento diviene il momento principe per la composizione degli interessi e la legge che ne disciplina lo svolgimento lo strumento per il perseguimento di un'azione amministrativa che sia pienamente conforme al canone di buon andamento dell'art. 97 Cost. in un'ottica di efficienza.

¹⁶ VILLATA - SALA, *Procedimento amministrativo*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. XI, Torino, 1995, p. 576.

¹⁷ VILLATA - SALA, *ibidem*.

E' per tale motivo che non può prescindersi da una auspicata e realmente compiuta disciplina del procedimento amministrativo in forma telematica¹⁸.

Non è il caso di soffermarsi sugli effetti di una piena attuazione dell'obiettivo di digitalizzazione della P.A., ma è indubitabile (anzi lapalissiano) riconoscere che esso si innesta nel quadro di generale efficienza delineato nei principi contenuti nell'art. 1 della L. 241/90, dando risposta alle esigenze imposte dal sempre più tangibile policentrismo dell'attività amministrativa in un'ottica di potenziale contestualizzazione dinamica dell'azione stessa (favorita dalla dimensione aterritoriale di un sistema in rete).

Metro dell'efficienza è tuttavia l'efficacia, ovvero la sussumibilità dell'azione posta in essere entro parametri di concreta attuazione, suscettibili di «misurazione» quanto a conseguimento degli obiettivi.

L'efficacia potrà essere originata (o, meglio, innescata) solo dall'introduzione di misure concrete che non solo intervengano sulle regole che sovrintendono allo svolgimento del procedimento telematico, ma che introducano reali azioni positive volte al superamento del divario digitale. I tentativi sul punto appaiono blandi. La problematica investe sia il cd. *digital divide* dei cittadini carenti degli strumenti e delle conoscenze necessarie per l'utilizzo delle tecnologie dell'informazione (a cui dovrebbe aggiungersi, in un'ottica di effettiva democratizzazione dei servizi, anche la categoria di coloro che sono privi dei mezzi necessari all'accesso), sia il divario tecnologico tra le amministrazioni¹⁹; obiettivo quest'ultimo perseguibile solo

¹⁸ Sugli effetti del procedimento telematico, v. MASUCCI, *Il procedimento amministrativo tra conferenza di servizi, multimedialità et eleamministrazione*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, Padova, 1998, p. 165 ss. .

¹⁹ Vanno sicuramente apprezzati i tentativi contenuti nella legge 9 gennaio 2004 n. 9 (disposizioni per favorire l'accesso dei soggetti disabili agli strumenti informatici). Significativamente, introducendo uno strumento di stimolo all'attuazione dei principi propugnati, l'art. 9 prevede che «L'inosservanza delle disposizioni della presente legge comporta responsabilità dirigenziale e responsabilità disciplinare ai sensi degli articoli 21 e 55 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, ferme restando le eventuali responsabilità penali e civili previste dalle norme vigenti». Tuttavia in generale, non può ignorarsi come il legislatore, in altre ipotesi, abbia inteso affidarsi a mere disposizioni programmatiche che rischiano di rimanere fini a se stesse, esponendo un rilevante numero di cittadini al rischio di esclusione dal passaggio ad una amministrazione integralmente digitale, o, comunque, di limitazione dei loro diritti, discriminandoli rispetto a quanti hanno la possibilità di accedere ai servizi telematici, intrinsecamente caratterizzati da più elevati *standard* qualitativi. In

nell'ambito di un processo di reingegnerizzazione dei processi²⁰ certamente non favorito dall'assenza di specifiche norme e, ancor prima, di concreti obiettivi.

Parallelamente, una tale condizione acuisce lo stridente contrasto con il precetto del secondo comma dell'art. 3 della nostra Carta fondamentale, se solo si considera che l'assenza di specifiche azioni positive in materia collide con il compito della Repubblica di «*rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale... che limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza... impediscono l'effettiva partecipazione all'organizzazione politica, economica e sociale del paese*». Infatti, posto che le nuove tecnologie favoriscono, soprattutto nell'ambito di un procedimento digitalizzato, la partecipazione diretta dei cittadini ai processi decisionali, l'obiettivo di un'amministrazione più efficiente e vicina all'utente potrà dirsi avviato solamente in un quadro di

questo ambito si evidenzia l'art. 9 (Alfabetizzazione informatica dei cittadini) del Codice dell'amministrazione digitale, secondo cui «*Lo Stato promuove iniziative volte a favorire l'alfabetizzazione informatica dei cittadini con particolare riguardo alle categorie a rischio di esclusione, anche al fine di favorire l'utilizzo dei servizi telematici delle pubbliche amministrazioni*» e analogamente l'art. 14, comma 3, ultima parte, a mente del quale «*Lo Stato, ...previene il divario tecnologico tra amministrazioni di diversa dimensione e collocazione territoriale*». Entrambe disposizioni di carattere meramente programmatico, in ordine alle quali il Consiglio di Stato nel citato parere n. 31/2006 ribadisce la necessità di specifiche e concrete azioni che «*richiedono una adeguata copertura finanziaria e amministrativa*».

²⁰ V. in tema di reingegnerizzazione dei processi (*Business Process Reengineering*) www.cnipa.gov.it, *La reingegnerizzazione dei processi nella pubblica amministrazione*. La reingegnerizzazione dei processi è una modalità di cambiamento organizzativo caratterizzata da un intervento su uno o più processi di servizio tra loro correlati; è guidata dagli obiettivi strategici dell'organizzazione individuati in partenza (nel nostro caso norma cardine è l'art. 97 Cost. da cui fare discendere tutti gli altri obiettivi); non è vincolata, nell'individuazione delle nuove soluzioni, ma muove dalla situazione esistente secondo un approccio dinamico mirando ad un cambiamento radicale che assicuri un "salto" nei risultati; è verificato attraverso un sistema di «metriche» (caratteristica quest'ultima che consente di verificare progressi o decrementi operativi, al fine di operare correttivi. Essa presuppone dunque l'individuazione dei processi primari di una organizzazione legati al *core business* («missione istituzionale») della singola amministrazione pubblica, che creano "valore" riconosciuto all'esterno dai clienti e che pertanto sono critici per avere successo. Su tali processi viene effettuata una diagnosi volta ad individuare le aree di criticità e di possibile miglioramento (attività nullo o scarso valore aggiunto che possono essere eliminate, flussi operativi irrazionali, frammentazione di responsabilità e operatività, carenze informative...) e a definire i valori obiettivo in termini di «metriche di prestazione». La diagnosi costituisce il punto di partenza per una vera e propria riprogettazione che, come si è detto interverrà in genere su tutte le componenti dando origine a un insieme di interventi operativi tra loro correlati (ridefinizione dei flussi, redistribuzione delle responsabilità, realizzazione nuovi sistemi informativi e utilizzo di nuove tecnologie, formazione e incentivazione del personale).

generale e concreto coinvolgimento di tutti gli «attori» della vita civile (sia chi è utente, sia chi progetta ed eroga pubblici servizi). Sarà così instaurato un processo di reale democratizzazione, senza vincoli di spazio e tempo, alimentato dalla progressiva riduzione dell'«asimmetria informativa»²¹ tra poteri pubblici e cittadini²². A questo effetto, immediatamente percepibile, deve aggiungersi l'indiretto risultato di una «amministrazione partecipata», reso possibile dalla verificabilità costante, ad opera dei cittadini, dell'attività dei pubblici poteri²³.

In tale contesto muta radicalmente anche l'assetto tradizionale delle modalità di esercizio della funzione amministrativa²⁴ (intesa come espressione di *potestas*), considerato che viene a configurarsi un sistema in cui il baricentro non è più l'esercizio del potere (caratterizzato dall'autoritatività),

²¹ Così MASUCCI, *Informatica pubblica*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da CASSESE, IV, Milano, 2006, p. 3119.

²² Sul processo di democratizzazione dei processi decisionali: v. RODOTÀ, *Tecnopolitica*, Bari, 2004, p. 27 ss.; PIROZZOLI, *La libertà di riunione in Internet*, in *Diritto dell'informazione e della informatica*, 2004, p. 595 ss. .

²³ Va segnalato come i principi in questa sede enucleati siano stati trasfusi in specifiche norme dai legislatori regionali: v. L. Reg. Toscana 26 gennaio 2004, n. 1. Tra i principi cardine espressamente contemplati, vi è quello della promozione dello sviluppo della società dell'informazione e della conoscenza in ambito regionale «a fini di progresso sociale e miglioramento della qualità della vita», favorendo la realizzazione personale e professionale «nonché forme di cittadinanza attiva». E' anche previsto che, nel perseguimento delle finalità di cui al comma 1, la Regione opera per rimuovere e prevenire gli ostacoli che di fatto impediscono la piena parità di accesso alle informazioni e alle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, avendo riguardo particolare alle situazioni di disabilità, di disagio economico e sociale, e di diversità culturale. La legge, inoltre, promuove la creazione di una unica rete telematica (regionale) della P.A. .

²⁴ Cfr., sul concetto originario di funzione, PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. del Diritto*, XIII, Milano, 1964, p. 65 ss. . La funzione, in quanto qualificata dall'attribuzione al suo titolare di un *munus*, ovvero *officium*, viene originariamente ascritta al genere delle «potestà», identificandosi con una condizione che viene «conferita» affinché si eserciti in considerazione di un interesse quanto meno non esclusivamente proprio, o di natura oggettiva. L'evoluzione dottrinale conduce poi ad inquadrare l'attività amministrativa e la rilevanza della funzione in un quadro complessivo in cui il ruolo cardine è svolto dall'esercizio della discrezionalità, in ragione dell'esigenza dell'ordinamento di vincolare l'attività «alla sola necessità di soddisfare gli interessi risultanti dalla predeterminazione delle competenze o dalla descrizione normativa dei fatti dell'azione» (così PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, op. cit., p. 78).

ma il risultato, in termini di efficienza, di un servizio pubblico paritetico, realmente «universale»²⁵.

²⁵ Universalità intesa in senso verticale - nei rapporti tra i cittadini e la P.A. (che garantisce l'accesso a servizi di massima qualità a condizioni raggiungibili per tutti) - e orizzontale - tra tutte le amministrazioni nazionali e internazionali (in un contesto paneuropeo e transfrontaliero).

Quanto al primo punto (che si estrinseca essenzialmente in attività di *front - office*) si è già detto dell'aspirazione ad uno sportello unico telematico per tutte le attività amministrative e l'auspicio deve altresì tendere ad una piena operatività di un servizio di connettività tra le amministrazioni. A tal fine va riconosciuto come il codice, ancora una volta con norma programmatica, abbia stabilito che le pubbliche amministrazioni collaborino «*per integrare i procedimenti al fine di agevolare gli adempimenti di cittadini ed imprese e rendere più efficienti i procedimenti che interessano più amministrazioni, attraverso idonei sistemi di cooperazione*» (art. 63, comma 3, codice dell'amministrazione digitale). Ciò dopo avere prestato attenzione all'integrazione dei procedimenti e alla loro efficienza (mirando alla soddisfazione degli utenti: art. 63, comma 2). Cfr. MASUCCI, *Erogazione on line dei servizi pubblici e teleprocedure amministrative*, in *Diritto pubblico*, n. 3/2003, pp. 991 e ss. . Qui l'autore delinea: il *principio di adattamento*, che «deve essere inteso nel senso che l'erogazione del servizio deve adeguarsi costantemente e tempestivamente ai bisogni degli utenti e alle esigenze della generalità»; il *principio di continuità*, che di regola comporta l'obbligo di erogazione del servizio nei normali orari di apertura degli uffici pubblici, mentre, nella dimensione erogativa di rete, va invece configurato come «permanenza» e come «*disponibilità immediata del servizio...* Attraverso la rete è possibile l'accesso al *sito* in *qualsiasi ora* e da *qualsiasi luogo*»; il *principio di eguaglianza*, da interpretarsi nel senso di eguale accessibilità ai servizi erogati dall'amministrazione da parte di tutti i privati (cittadini e/o imprese), indipendentemente dalla localizzazione geografica degli utenti, nonché dalla loro condizioni economico-sociali. Si realizza così una «continuità del servizio», il cui concetto assume il significato di disponibilità permanente ed immediata dello stesso: v. MASUCCI, *Informatica pubblica*, op. cit, p. 3121.

In ordine al secondo argomento - posto che l'erogazione di un efficiente servizio (quale può ormai definirsi l'attività telematica amministrativa verso l'utente - cittadino) presuppone una altrettanto efficiente attività di *back-office*) - concerne l'introduzione di sistemi che siano realmente in grado di operare tra loro. Di qui molteplici progetti nazionali e internazionali e altrettanti atti programmatici, tra i quali emergono le raccomandazioni contenute nelle Comunicazioni sull' e-Europe [8.12.1999 COM (1999) 687; 28.5.2002 COM (2002) 263].

Centrale in entrambi i casi è l'*interoperabilità*, che si estrinseca nel complesso di tutti i presupposti che consentono ai sistemi di «dialogare» tra loro. Nell'ambito di un procedimento complesso (che coinvolga più amministrazioni), o anche semplice (mono-amministrazione) - si pensi all'ipotesi di una pluralità di uffici coinvolti, ma facenti parte della medesima amministrazione -, diventa il fulcro dell'attività amministrativa telematica. Diversamente verrebbe meno la possibilità di lavorare intorno ad un unico progetto in vista del «prodotto» finale - ovvero il provvedimento amministrativo conclusivo - e si annullerebbero, di conseguenza, i vantaggi della «teleamministrazione» o amministrazione digitale che dir si voglia. Ciò, ovviamente, impone l'utilizzo di *software* identici o, quanto meno, compatibili tra loro. Sul punto si osserva che, allo stato, fatta eccezione per mere disposizioni programmatiche, nulla può dirsi sul piano concreto pienamente e univocamente definito.

L'*interoperabilità* va in ogni caso tenuta distinta dall'*interconnessione* che attiene esclusivamente agli aspetti *hardware* della connessione e al *software* di comunicazione - *prius* logico di una rete tra le amministrazioni che possa «interoperare» -. Aspetti entrambi assorbibili nell'ambito del progetto del Sistema Pubblico di Connettività (SPC), che si attende, tuttavia, alla prova dei fatti.

2.1. Automatismi e discrezionalità.

Il passaggio alla fase avanzata dell'amministrazione digitale necessariamente si tradurrà in un ampliamento delle automazioni decisionali. Ciò a maggior ragione se si considera ipotizzabile un sistema universale in cui l'operatore pubblico abbia a disposizione, in rete, atti e documenti già memorizzati negli archivi elettronici di una qualsivoglia amministrazione.

Si tratta, a questo, punto di «governare» il transito verso un nuovo modello di amministrazione.

L'argomento presuppone tuttavia una chiara definizione normativa (non solamente teorica) dei confini che caratterizzano l'essenza dell'atto amministrativo elettronico, avendo ben chiara la distinzione delle *species* allo stesso riconducibili, ovvero l'atto amministrativo *in forma elettronica* (o su supporto elettronico, che dir si voglia) e quello *ad elaborazione elettronica*. La differenza è di non poco conto, se solo si ha riguardo al momento di formazione del contenuto (*rectius*: all'origine della sua formazione). La questione non investe l'attività amministrativa cartacea in cui l'utilizzo dell'elaboratore ha un ruolo «parallelo», ma intende, sia per la prima categoria (atto su supporto elettronico), sia per la seconda (atto ad elaborazione elettronica), riferirsi ad alla fase di transito verso un'amministrazione compiutamente «dematerializzata» nei suoi atti.

La problematica, irrisolta (normativamente), risiede nel rapporto tra esercizio della discrezionalità amministrativa e (possibile) automazione del processo di formazione dei provvedimenti.

E' stato detto che la discrezionalità «permette al suo titolare di valutare gli interessi per cui dovrà esercitarla, ma vieta che da tale valutazione possa prescindere»²⁶. Il suo carattere intrinseco si esprime nell'apprezzamento del valore degli interessi, sicché «non vi è, allo stato attuale della normazione, interesse pubblico il quale non abbia un proprio portatore, situazione nella quale non sia imposto, all'autorità della decisione, il *dovere* di tener presente

²⁶ PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, op. cit., p. 77.

non il solo interesse che le sia stato affidato, ma ogni altro interesse, pubblico oppure privato, con questo concorrente o che a questo acceda»²⁷.

Ne discende la necessità, nell'attività amministrativa elettronica, di valutare ad opera del legislatore (mediante un accorto sistema coordinato tra normazione primaria e secondaria), la sussumibilità sotto il suo schema peculiare di ambiti di esercizio più o meno ampi della discrezionalità. Pena la indebita compressione di taluni interessi in favore di altri, in piena disarmonia con il precetto dell'art. 97 della Costituzione.

Problemi non se ne individuano, *prima facie*, in relazione all'atto amministrativo in forma elettronica (o su supporto elettronico), in quanto l'unica peculiarità che lo contraddistingue è semplicemente la circostanza della sua formazione diretta sul supporto informatico (sul quale viene ad esistenza, in un'ottica di perfetta dematerializzazione dell'attività amministrativa), ferma restando la determinazione volitiva riconducibile all'attività del funzionario. In tal caso, infatti, l'esercizio della discrezionalità rimane pressoché inalterato (salva l'ipotesi degli atti vincolati). Inoltre, non può ignorarsi l'ulteriore ipotesi di atto a formazione successiva, in parte vincolato, in parte discrezionale. In questa ipotesi è possibile ipotizzare una scissione, quanto alla sua formazione, tra il momento di esercizio del potere discrezionale da parte del funzionario e l'utilizzo, da parte di quest'ultimo, di deduzioni automaticamente elaborate dal sistema.

Teoricamente le due categorie (atti *su supporto informatico* e *ad elaborazione elettronica*) potrebbero continuare a coesistere in un futuro prossimo, prevedendosi una devoluzione progressiva dell'attività vincolata verso forme di elaborazione automatizzata (in cui non si rende necessario l'apprezzamento di interessi potenzialmente confliggenti). In ogni caso sarebbe auspicabile un intervento del legislatore che introduca una disciplina che definisca tipi e categorie, ponendo precisi limiti.

Tuttavia è innegabile, in un'ottica «a regime», ipotizzare (sia pure astrattamente) una evoluzione verso un'attività amministrativa automatizzata in modo pressoché totale.

²⁷ Id., *ibidem*, p. 82.

Orbene, l'automazione (totale) delle decisioni amministrative presuppone la riconducibilità sia della fattispecie astratta, sia di quella concreta, a schemi logici e categorie algoritmiche²⁸, ovvero la sua suscettibilità di scomposizione in «premesse» e «conseguenze».

Alla luce di tali premesse, anche in tale ipotesi deve invocarsi l'intervento normativo, al fine di definire *ex ante* la valutazione degli interessi da

²⁸ v. MASUCCI, *Atto amministrativo informatico*, op. cit., p. 222; nonché *Id.*, *L'atto amministrativo informatico*, Napoli, 1993, p. 11 ss. . Tale schema, che si articola in premesse e conseguenze, non viene ritenuto compatibile con una normativa il cui testo si riveli insuscettibile di scomposizione delle categorie logiche secondo un chiaro rapporto di consequenzialità.

In ogni caso deve *ab initio* escludersi il ricorso all'atto automatizzato allorché la norma che deve trovare applicazione preveda concetti giuridici privi della sufficiente determinatezza ed espressioni polisense. E tali ipotesi non possono prescindere da un intervento del legislatore che ne definisca i confini.

Cfr. anche DUNI, *Teleamministrazione*, op. cit., § 3.2, il quale riconosce che la moderna tendenza è quella di rendere l'azione amministrativa sempre più vincolata a parametri, con soppressione dei margini di discrezionalità, anche con il precipuo fine di agevolare l'adozione di atti emessi automaticamente dall'elaboratore (non dissimile l'opinione di MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico*, op. cit., p. 22 ss., con riferimento ad atti discrezionali a limitata complessità). Ciò indurrà ad una «standardizzazione» inizialmente formale (mediante creazione di maschere «tipo» per ciascuna categoria di atti) che, successivamente, acquisterà un carattere sostanziale acquisendo l'esperienza dei casi precedenti: il provvedimento sarà emesso sulla base di parti di testo predisposte in relazione a ciascuna delle variabili del caso.

In questo contesto un indubbio contributo positivo potrà derivare da una introduzione, nel processo di digitalizzazione dell'agire amministrativo, di «sistemi esperti» adeguatamente sviluppati e, previamente, sperimentati.

Il termine «sistema esperto» identifica una categoria di programmi che, dopo essere stati opportunamente istruiti, sono in grado di dedurre automaticamente nuove informazioni da un insieme di informazioni di partenza.

Un sistema esperto è fondato sulla competenza umana registrata nella cosiddetta *base di conoscenza*, aggiornabile in base all'esperienza. Il sistema esperto può inoltre operare su dati qualitativi e incompleti utilizzando forme di ragionamento approssimato mediante tecniche probabilistiche o ricorrendo alla cosiddetta *fuzzy logic*, individuata di regola come «logica sfumata», ovvero un tipo di logica, polivalente, a più valori.

Ciò che caratterizza i sistemi esperti, distinguendoli dagli altri algoritmi di intelligenza artificiale, è la possibilità di ricostruire sempre logicamente le decisioni operate dal sistema, così da risalire al percorso (logico) seguito dalla macchina. Tale evenienza rende compatibile il ricorso ai sistemi esperti nell'ambito di una attività amministrativa automatizzata e concretamente ipotizzabile, in prospettiva una evoluzione della stessa in tal senso. Con riferimento al possibile uso di tali sistemi cfr. GIANNANTONIO, *Informatica giuridica*, in *Enc. Giur.*, XVI, Roma, 1989, p. 5; PASCUZZI, *Cyberdiritto*, Bologna, 1995, p. 230 ss. .

comporre e tutelare²⁹. Solo in questo caso, e con questi limiti, è possibile obliterare il transito verso un'azione amministrativa vincolata da precisi parametri (e perciò totalmente automatizzabile), che prescindano dall'esercizio della discrezionalità.

3. Verso una teoria dell'atto amministrativo elettronico. Volontà e sindacato giurisdizionale.

Dalle considerazioni esposte traspare con chiarezza che l'azione amministrativa inserita in un contesto digitale non differisce, se non nelle modalità pratiche in cui si estrinseca, da quella ordinariamente intesa. In breve, rimane inalterata la necessità di conformarsi costantemente ai fini che sovrintendono al suo corretto svolgimento. Una diversa impostazione sottrarrebbe ogni senso alla formale equiparazione tra atto in forma cartacea e in forma elettronica introdotto dal secondo comma dell'art. 15 della Legge 15 marzo 1997 n. 59.

La riflessione scientifica sull'atto amministrativo informatico può ritenersi avere trovato, anche alla luce dell'evoluzione normativa (frutto di una progressiva sedimentazione dottrina) tuttora *in itinere*, una collocazione sistematica sufficientemente definita³⁰. Ciò anche con riferimento agli atti ad elaborazione elettronica di cui si è già detto, per i quali la predisposizione automatica del contenuto potrebbe ingenerare un dubbio circa la reale presenza della volontà (e quindi farne ipotizzare l'inesistenza).

Elemento caratterizzante l'attività amministrativa, sotto il profilo del «volere», è la «volontà procedimentale»³¹, l'essere cioè preordinata, in un contesto qualificato dall'interazione di più uffici ed organi, alla formazione di

²⁹ In alternativa ad una limitazione estrinseca (legislativa) delle ipotesi tipiche di esercizio discrezionale dell'attività amministrativa, è possibile ipotizzare anche una autolimitazione, al momento della programmazione del *software*, delle modalità di estrinsecazione della discrezionalità, v. FANTIGROSSI, *Automazione e pubblica amministrazione*, Bologna, 1993, p. 111 ss. .

³⁰ In origine vi è stato chi ha ritenuto che l'atto amministrativo adottato mediante *computer* non fosse esplicitazione della volontà del soggetto agente, ma della macchina e, in quanto tale, «prodotto di macchina» (riferimenti in MASUCCI, *Atto amministrativo informatico*, op. cit., p. 224), difettando (secondo tale impostazione) la riferibilità ad una volontà del funzionario sia del procedimento di sussunzione della fattispecie sotto la norma, sia dell'esito di tale sussunzione.

³¹ GIANNINI, voce *Atto amministrativo*, in *Enc. del Diritto*, IV, Milano, 1959, p. 174.

una determinazione volitiva radicata nel provvedimento finale adottato, essendo sufficiente che l'atto sia stato «voluto» dall'autorità (sia cioè alla stessa riferibile sotto tale profilo), non rilevando la volontà del contenuto in termini civilistici.

In pari modo, ai fini della riconducibilità (*rectius*: imputabilità) dell'atto elettronico (nella specie: atto ad *elaborazione* elettronica) all'Autorità, deve tenersi presente che, sotto il profilo genetico, la volontà del sistema informatico è in ogni caso volontà della autorità medesima. Quest'ultima, infatti, ha predisposto³² *ex ante* la decisione per un numero indeterminato di casi - dopo che la volontà ha già avuto modo di estrinsecarsi nella opzione in favore del *software* ai fini della determinazione del contenuto dell'atto e nella elaborazione delle istruzioni in base alle quali il *computer* dovrà pervenire alla determinazione finale -. In breve, il programma dà attuazione a degli schemi preventivamente predisposti secondo l'astratto disposto normativo, conformemente alle variabili che vengono inserite dall'autorità, volta per volta, con l'immissione dei dati. Il *computer*, quindi, assume un ruolo meramente strumentale nel perseguimento degli obiettivi propri dell'autorità amministrativa, la quale ha fatto proprio il contenuto del programma e, al tempo stesso, ha immesso i dati. Ne consegue, ai fini della valutazione della legittimità dell'attività amministrativa, una attenta analisi da condursi, volta per volta, sul piano dell'attività di immissione dei dati e su quello, a monte, di predisposizione del *software*.

Tali conclusioni depongono nel senso del pacifico sindacato giurisdizionale dell'attività automatizzata³³, considerato che i programmi sono delle sequenze di ordini che la macchina esegue in ossequio ad uno schema

³² Anche se la decisione interviene in un momento successivo è sempre imputabile all'autorità amministrativa. «L'attribuzione di suità si fonda su un atto di volontà dell'autorità che ha programmato o fatto programmare il proprio *computer* in maniera tale da consentire la formazione di determinati atti e delle volontà in essi dichiarate»: così MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico*, op. cit., p. 85.

³³ Problemi non sussistono, a maggior ragione, per la *species* atto in forma elettronica, il quale - fatta eccezione per le peculiarità che lo contraddistinguono sul piano *ontologico* (nell'ambito di un'attività dematerializzata) e che quindi impongono una più attenta considerazione anche da parte del legislatore in tema di forma, sottoscrizione e attribuibilità della paternità - soggiace senza dubbio alcuno agli ordinari mezzi di tutela secondo le tradizionali categorie elaborate dalla dottrina e giurisprudenza processual - amministrative.

preventivamente predisposto, e che, sulla scia di tale premessa, la stessa giurisprudenza è pervenuta alla conclusione che l'azione amministrativa, che si estrinsechi nell'applicazione di sistemi informatici, segue il medesimo *iter* logico di verifica della conformità dell'attività e dei suoi effetti alla norma che li disciplina in relazione alle specifiche censure dedotte dal soggetto che invochi una lesione personale, diretta e attuale³⁴.

Ciò posto, appare incontrovertibile ammettere l'impugnabilità di provvedimenti viziati in ragione di errori di immissione dati in un sistema automatizzato, avendo chiara l'ipotesi che, attesa la rigidità dei processi decisionali informatizzati, minime imprecisioni in fase di inserimento degli stessi possono inevitabilmente dare luogo a conclusioni del tutto inconseguenti (o addirittura opposte) rispetto alle premesse.

L'azione amministrativa digitalizzata è il risultato della trasformazione di *inputs* in *outputs*.

Tale considerazione impone di (pre)stabilire i dati suscettibili di essere posti a fondamento dell'attività elaborativa e le fonti da cui essi possano essere attinti.

In assenza di una compiuta disciplina (occasione a tutt'oggi rimasta evanescente) del procedimento amministrativo telematico appare impresa

³⁴ Cfr. Cons. St., VI, 7 maggio 2001 n. 2531; Id., VI, 24 ottobre 1994 n. 1561; Id., VI, 23 novembre 1994 n. 1687. Il Consiglio (sent. 5 maggio 2001 n. 2531) ha anche aggiunto che trasferendo la riflessione al caso concreto, «*pur non negandosi, in radice, la sindacabilità giurisdizionale dei programmi informatici, deve ritenersi che il giudice amministrativo non abbia il potere di valutare, in sede di giudizio di legittimità, e fra l'altro senza il supporto di esperti consulenti, la validità delle scelte operate dall'amministrazione, in relazione ai programmi applicativi ed alle macchine utilizzate, per di più quando la parte interessata non abbia addotto o provato che le lamentate carenze del sistema di conduzione del concorso e di correzione delle prove avevano avuto specifiche conseguenze pregiudizievoli nell'espletamento delle prove o nella loro valutazione e lo stesso giudice non abbia dimostrato che gli inconvenienti genericamente enunciati*». In definitiva il giudice amministrativo, investito della cognizione sulla legittimità di una procedura concorsuale, non ha il potere di estendere la propria giurisdizione all'opportunità delle scelte discrezionali o, addirittura alla valutazione tecnica degli strumenti operativi adoperati ed in tale ambito devono essere ricompresi la scelta di utilizzare l'elaborazione elettronica dei dati nelle procedure concorsuali e l'idoneità di tale sistema alla selezione dei candidati, che pertanto non soggiacciono al sindacato di legittimità, «*con la conseguenza ulteriore che, ove, come nella specie, si verta in tema di procedura svoltasi con l'utilizzazione dell'elaborazione elettronica dei dati, allorché nessuna censura è mossa, sotto il profilo della legittimità, alla regolarità delle procedure seguite dall'amministrazione ed alla funzionalità del sistema automatico di correzione... è viziata la decisione che poggia sul giudizio tecnico dello stesso giudice sui programmi adoperati, giudizio che, in quanto proveniente da un organo incompetente sotto tale profilo, appare per ciò stesso inattendibile*».

improba quella di garantire una tale (pre)condizione secondo schemi di adeguata uniformità.

Come attentamente osservato³⁵, nelle prescrizioni normative, a parte l'individuazione dei soggetti istituzionalmente preposti all'istruttoria, non è dato rinvenire altre indicazioni. Tuttavia, è possibile affermare che l'elemento determinante è costituito non già dalla «quantità» dei dati, ma dalla loro «idoneità» a rappresentare in modo sufficientemente completo e adeguato situazione su cui deve cadere la decisione. La rilevanza dei medesimi dati a descrivere con «completezza», «esaustività» ed «adeguatezza» la situazione può essere rinvenuta unicamente nella norma; allo stato mediante il ricorso ad un'attività ermeneutica, e, in prospettiva, ipotizzando un intervento mirato del legislatore. Sul medesimo piano dovrà aversi riguardo ad una adeguata disciplina delle modalità di acquisizione delle informazioni base. L'argomento in tal caso, investe non tanto le immissioni di dati realizzate dall'operatore, ma l'acquisizione (in ogni caso telematica, o eventualmente anche automatizzata) degli stessi mediante l'accesso a banche dati centralizzate della P.A. che già ne siano in possesso (conformemente ai principi dell'art. 18 co. 2 L. 241/90). In questo caso occorrerà garantire l'esattezza delle informazioni «a monte», avendo presente che la menzionata regola secondo cui l'autorità procedente deve acquisire la più puntuale informazione a base delle proprie determinazioni, non possa tradursi (con l'accesso alle banche dati) nell'assunzione di premesse errate (introdotte da terzi non individuati o non agevolmente individuabili) o illegittimamente acquisite.

3.1. *Segue*: Sindacabilità giurisdizionale del *software* e degli atti contenenti regole di programmazione. Patologie dell'atto amministrativo elettronico.

La parte più cospicua delle ipotesi di illegittimità dell'atto amministrativo elettronico può senza dubbio ricondursi a vizi dell'*input*. Ciò in considerazione della consequenzialità che contraddistingue il processo logico automatizzato applicato al procedimento amministrativo. Pertanto un utilizzo dei dati non

³⁵ MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico*, op. cit., p. 60 ss., nonché *Id.*, *Atto amministrativo*, op. cit., p. 223.

conforme alle norme statuali o anche semplici incompletezze, intervenendo sulla fase costitutiva, costituiscono «premesse» erronee (ed illegittime) destinate a riverberarsi, per il principio di derivazione, sull'atto finale vero e proprio.

Non può tuttavia ignorarsi l'ulteriore evenienza dell'illegittimità indotta da una «istruzione» illegittima ovvero dall'assenza di una specifica «istruzione». Vizi che investono direttamente il *software* e che, per il medesimo ordine di ragioni già esposto (provvedimento finale risultante di una concatenazione di decisioni preliminari), sono destinate a trasfondersi in un atto a rilevanza esterna illegittimo *in nuce*.

Resta da chiarire la questione relativa all'onere di impugnativa del *software*, argomento che presuppone il suo inquadramento nella categoria degli «atti amministrativi». Solo in questi termini è possibile parlare di una sua illegittimità, dovendo, diversamente, l'indagine soffermarsi sul risultato finale del suo operare³⁶ come risultante di un processo logico privo di autonomia (e quindi non impugnabile in sé), ma comunque suscettibile di valutazione (e quindi di sindacato) in ragione dell'incidenza sul provvedimento vero e proprio.

E' un dato acquisito, anche normativamente, quello della piena parificazione tra atto in forma elettronica e cartaceo. Tuttavia ciò non appare sufficiente ad esprimere un giudizio di valore circa la natura da attribuire al *software*.

Si ritiene che l'analisi debba essere condotta innanzi tutto alla luce della teoria generale, la quale - secondo l'impostazione tradizionale - inquadra

³⁶ Cfr. MASUCCI, *Atto amministrativo informatico*, op. cit., p. 227, il quale utilizza l'espressione «atto - programma», individuando in esso l'«atto - madre», ossia l'atto anteriore o preparatorio del procedimento decisionale i cui errori viciano l'atto finale.

Tra i rimedi può individuarsi la possibilità di «rettifica» del contenuto quando si è in presenza di errori che ineriscono alla semplice esternazione. Viceversa occorrerà procedere all'annullamento dell'atto quando ricorrono i vizi «ineliminabili», mentre per quelli «eliminabili» il procedimento di revisione investirà solamente l'atto finale - nel caso di vizi che inficino solo tale momento, ovvero l'«atto in sé» -. Qualora le illegittimità coinvolgano la fase decisionale bisogna distinguere se esse riguardino il solo programma o l'*input*. Nel primo caso (istruzione illegittima o assenza della stessa) sarà necessario procedere ad una correzione del programma per poi rinnovare gli atti successivi, ivi compreso il provvedimento finale; nel secondo (assenza di dati in fase di *input*, inesattezza o illegittima acquisizione) si imporrà una totale rinnovazione *ab initio* del procedimento una volta inseriti i dati carenti, erronei o illegittimi.

l'atto amministrativo tra le dichiarazioni di volontà, desiderio, conoscenza poste in essere da un soggetto della pubblica amministrazione nell'esercizio di una potestà amministrativa³⁷.

Tale impostazione muove dalla centralità dell'esercizio della funzione, e trova un successivo sviluppo in differenti orientamenti i quali, volta per volta, ne pongono in evidenza un aspetto, tra cui l'attributo della doverosità, l'espressione di autorità³⁸, l'attitudine al perseguimento diretto (atto come fonte diretta) di un interesse pubblico concreto³⁹.

Già una tale premessa appare utile ad escludere la qualificazione del programma (e delle sue regole) come atto amministrativo, non apparendo plausibile che un complesso di istruzioni (peraltro non agevolmente intellegibili) meramente strumentali all'adozione del provvedimento vero e proprio possa accedere alla categoria dell'atto amministrativo. La giurisprudenza, dal suo canto, ha chiarito che la forma scritta, pur non costituendo un principio assoluto dell'ordinamento è «indotta» dall'esigenza di esternazione di volontà in modo inequivoco e suscettibile di controllo⁴⁰. Orbene, posto che per forma scritta - alla luce dell'evoluzione tecnica e legislativa - non può intendersi solamente quella «cartacea», può agevolmente rilevarsi che le caratteristiche intrinseche del *software* impediscono di qualificarlo come esternazione di volontà e che il linguaggio di programmazione sfugge *prima facie* ad ogni possibilità di controllo⁴¹ (se non ipotizzando complessi accertamenti tecnici⁴²).

³⁷ Cfr. GIANNINI, *Atto amministrativo*, op. cit., p. 163, il quale richiama la definizione di ZANOBINI in *Corso di diritto amministrativo*, I, 1958, Milano, p. 243.

³⁸ GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, nonché Id., *L'interpretazione dell'atto amministrativo*, Milano, 1939.

³⁹ ALESSI, *Spunti ricostruttivi per la teoria dell'atto amministrativo*, in *Jus*, 1941, p. 385.

⁴⁰ Cfr. Cons. St., V, 30 settembre 1983, n. 413; Id., VI, 4 marzo 1977 n. 177; Id., V, 30 ottobre 1973 n. 734. V. anche DUNI, *Teleamministrazione*, op. cit., § 2.3, che ipotizza l'installazione di terminali della P.A. presso gli organi giurisdizionali al fine di rendere immediata la cognizione degli atti che oggi richiedono provvedimenti istruttori.

⁴¹ *Contra* FANTIGROSSI, *Automazione e pubblica amministrazione*, op. cit., p. 123, il quale afferma che nel caso dell'atto software si verificherebbe un esercizio anticipato del potere discrezionale, che, «se non produce direttamente la modificazione giuridica propria del provvedimento finale, certamente la determina». Tuttavia l'Autore precisa che l'ipotesi

Tale fattispecie va poi distinta dalla questione relativa al sindacato sugli atti (questi sì amministrativi in senso lato) contenenti le regole di programmazione del *software*. Non è possibile pervenire ad una ricostruzione unitaria con la categoria del programma informatico, in quanto ci si riferisce, in tale ipotesi (ricorrente di regola nelle procedure concorsuali), ad atti normativi o generali posti in essere dall'autorità preposta al fine di predeterminare le istruzioni cui dovrà attenersi il *software* in sede di emanazione dell'atto automatico⁴³. E' chiaro che la riconosciuta natura di atti normativi o generali imporrà, in sede di impugnativa dell'atto elettronico automatizzato, imporrà il gravame anche dei primi, qualora gli stessi abbiano concorso - in ragione delle regole illegittime in essi contenute - a ingenerare la lesione della posizione tutelata. Le censure, infatti, proposte avverso la valutazione operata dalla commissione devono essere rivolte anche nei confronti dei criteri utilizzati per la definizione dell'elaborato tipo⁴⁴. Il

dell'immediata impugnazione potrà valere solamente per quanti, al momento dell'emanazione, si trovavano nelle condizioni di dirsi destinatari dell'atto automatico. Diversamente «è logico che possano agire a tutela del proprio interesse, anteriormente insussistente, a partire da quel momento sia nei confronti dell'atto *software* sia dell'eventuale atto automatico.

⁴² A ciò deve aggiungersi che l'invocato carattere della primarietà e originarietà caratterizzante l'atto amministrativo (anche) in forma elettronica presuppone la riconducibilità ad un autore e soprattutto la sua immodificabilità. Tale esigenza si estrinseca, legislativamente, nella firma digitale dell'atto. La struttura di un programma informatico è incompatibile con questi schemi logici. Si pensi solo ai *software* che lavorano in ambiente *Windows*, i quali salvano *file* di configurazione nel registro di sistema, che subisce modificazioni ad ogni riavvio del sistema.

⁴³ Si pensi ai sistemi a lettura ottica utilizzati nella correzione dei quiz a risposta multipla.

⁴⁴ Ciò alla stregua di quanto avviene nell'ipotesi di predeterminazione, da parte della commissione, dei criteri di massima o della metodologia da seguire in sede di valutazione degli elaborati. Cfr. TAR Basilicata, 6 settembre 1994 n. 228, il quale, rilevato che l'approvazione formale del sistema elettronico di correzione ha fatto sì che la commissione rendesse propri i criteri tecnici di valutazione, ha ritenuto che la «possibilità di utilizzo di apparecchiature elettroniche sposta il momento valutativo dall'esame dell'elaborato del candidato alla formulazione dell'elaborato tipo inserito nella macchina».

Il Consiglio di Stato (VI, 24 ottobre 2000, n. 5682) ha poi precisato che, in tema di predeterminazione dei criteri di massima, la commissione giudicatrice gode di ampia discrezionalità, sicché può legittimamente provvedervi mediante recepimento formale ed espresso di parametri elaborati da altri (in questi termini anche Cons. Stato, VI, 24 ottobre 1994, n. 1561), aggiungendo che «*La circostanza poi che il recepimento sia stato meramente passivo o indipendente e critico costituisce uno stato psicologico del tutto irrilevante a meno che non si traduca poi in un comportamento apprezzabile sul piano della legittimità, all'atto dell'applicazione dei criteri recepiti. In altri termini, si è ritenuto che il recepimento acritico*

discorso, pertanto, deve impostarsi in termini di valutazione della specifica lesività dell'atto, ribadendosi la sussistenza dell'onere di impugnativa dell'atto contenente le regole di programmazione solamente qualora si invochi la illegittimità delle istruzioni (*rectius*: degli atti con i quali sono state fissate le medesime e, con esse, le regole di programmazione) che si sia riverberata sull'atto finale.

Le considerazioni già svolte in tema di sindacato giurisdizionale e volontà dell'atto, alla luce delle riflessioni enucleate, consentono di affrontare anche lo specifico tema delle patologie dell'atto elettronico.

Il discorso deve essere svolto nella prospettiva di interventi normativi (tuttora carenti) che fissino regole precise in materia di procedimento amministrativo digitale.

L'avvento della telematica nell'ambito dell'azione amministrativa è stato inquadrato nel quadro di un nuovo assetto della funzione amministrativa. Va da sé che l'ambito di analisi più problematico (e forse per questo anche più affascinante) riguarda la configurabilità dell'eccesso di potere (o, meglio delle sue specifiche figure sintomatiche) nell'attività amministrativa automatizzata. Ciò con specifico riferimento a quelle ipotesi in cui questa sia connotata da margini di apprezzamento discrezionale. E' chiaro che l'argomento presuppone una univoca soluzione (di carattere normativo) che introduca quanto meno una categorizzazione degli atti informatici, con lo scopo di ipotizzare spazi più o meno ampi di automazione dell'attività della pubblica amministrazione.

Allo stato non paiono sussistere difficoltà sull'argomento avuto riguardo agli atti vincolati. Possono pertanto, in tal caso, pacificamente individuarsi le

di criteri da altri determinati (ove anche tale modalità si configurasse come un vizio dello stato psicologico dell'organo che ha recepito il criterio) non potrebbe ripercuotersi all'indietro sui criteri medesimi, rendendoli illegittimi, con la conseguenza ulteriore che il suddetto stato psicologico è del tutto irrilevante sulla legittimità del criterio ed in definitiva sulla legittimità del provvedimento conclusivo, a meno che autonomamente non si siano poi verificati vizi di applicazione del criterio medesimo (in questi termini anche C. Stato, sez. VI, 7 febbraio 1995, n. 152)».

figure sintomatiche del difetto di istruttoria⁴⁵, della disparità di trattamento⁴⁶ (a dispetto della teorica riduzione di casi in ragione della progressiva standardizzazione indotta dall'automazione) e del travisamento dei fatti⁴⁷.

Quanto già dedotto in tema di volontà dell'atto amministrativo elettronico (automatizzato) consente di dissipare ogni dubbio circa la configurabilità del vizio di violazione di legge, avendo ben presente che un sistema esattamente configurato circoscriverà le ipotesi concrete agli errori umani in sede di *input* dei dati. Uno specifico spazio di attenzione merita l'obbligo di motivazione, baluardo di trasparenza, che, a maggior ragione dopo la riforma della Legge sul procedimento, deve ritenersi ribadito nell'ambito dell'attività amministrativa elettronica⁴⁸ (ovviamente anche *ob relationem*), sino ad ipotizzare, in tema di diritto di accesso, la disponibilità dell'atto *software*⁴⁹.

Ipotesi del tutto residuale, infine, quella dell'incompetenza (relativa). L'introduzione di sistemi che predeterminino - secondo lo schema normativo cui deve conformarsi l'azione della P.A. (prevedendo differenti livelli di

⁴⁵ Ipotesi tipica è l'omessa verifica della documentazione allegata ad una pratica, qualora l'istruttoria (automatizzata) sia condotta esclusivamente sulla base della lettura ottica della scheda di partecipazione: Cons. St., 14 ottobre 1999 n. 1360.

⁴⁶ Ipotesi di sostituzione di un *software* nel corso di una procedura non ancora conclusa che determini una differente valutazione degli elaborati con identici errori. Cfr. T.A.R. Lazio, II, 16 settembre 1992, n. 1809.

⁴⁷ Ad es. mancato superamento di una prova pratica cagionato dal malfunzionamento degli strumenti informatici di correzione: cfr. Cons. St., VI, 24 ottobre 2000, 2862, cit., dovendo aversi anche riguardo alle difficoltà del caso peculiare, così che è stato anche affermato (T.A.R. Lazio, II, 19 giugno 1992, n. 1525) che non è possibile procedere alla verifica (ai sensi del disposto dell'art. 44, T.U. 26 giugno 1924, n. 1054, e dell'art. 26, R.D. n. 642/1907), tramite la nomina di un giudice istruttore coordinatore, delle deduzioni tecniche degli informatici concernente la bontà dei *software* realizzati per la correzione delle prove pratiche, nel caso in cui l'amministrazione non abbia provveduto a sigillare i floppy disk contenenti il suo *software* usato in via definitiva per la correzione automatica delle prove.

⁴⁸ A dispetto della legge tedesca 25 maggio 1976, che al § 39 esclude tale evenienza per gli atti amministrativi informatici. Invero l'esigenza di trasparenza nell'ipotesi dell'attività automatizzata risulta rafforzata rispetto a quella convenzionale. «Solo una puntuale motivazione può, infatti, attutire la sensazione di oscurità e di anonimato che il privato avverte verso il procedimento amministrativo automatizzato» (così MASUCCI, *Atto amministrativo informatico*, op. cit., p. 226).

⁴⁹ Nella versione adottata dall'amministrazione e non nel linguaggio di programmazione, non comprensibile per il cittadino. Cfr. FANTIGROSSI, *Automazione e pubblica amministrazione*, op. cit., p. 135, sul punto richiamato anche da MASUCCI, *Atto amministrativo informatico*, op. cit., p. 226).

accesso o autolimitazioni automatizzate in sede di autenticazione⁵⁰) - le modalità di accesso ad opera degli organi istituzionalmente preposti all'adozione dello specifico provvedimento, ne limiterà notevolmente l'evenienza.

A diversa categoria deve ascriversi l'ipotesi dell'atto inficiato da difetto di attribuzione (per il quale si parla anche di incompetenza «assoluta», utilizzando in senso lato tale espressione), ma avuto riguardo agli effetti di una compiuta digitalizzazione procedimentale, le conclusioni non possono ritenersi dissimili: il sistema «rifiuterà» automaticamente l'intervento dell'autorità non autorizzata.

3.2. Sottoscrizione, uso personale del dispositivo di firma e garanzie di autenticità.

Originarietà e primarietà dell'atto amministrativo informatico impongono dei rigidi criteri che assicurino delle opportune garanzie di autenticità dello stesso.

Si tratta di precludere, secondo margini di apprezzabile certezza, l'ipotesi di creazione (o modificazione) degli atti ad opera di soggetti non autorizzati. A questa necessità imprescindibile deve aggiungersi l'ulteriore esigenza della immodificabilità ad opera di chiunque (anche del funzionario che lo ha emesso) una volta che lo stesso sia stato adottato⁵¹. La garanzia, dunque, deve investire sia il momento decisorio, sia quello successivo di conservazione del documento⁵².

⁵⁰ Occorre operare una distinzione tra «sottoscrizione» informatica e «autenticazione». Nel primo caso ci si riferisce all'utilizzo del dispositivo di firma elettronica ai fini di garanzia della paternità e della riferibilità dell'atto informatico; nel secondo, invece, all'attività di semplice identificazione o validazione per fini di sicurezza. Nell'ambito del *genus* autenticazione devono distinguersi: *a)* la *identificazione informatica*, ovvero il processo volto alla verifica dell'identità del soggetto che accede alla risorsa informatica (non implicando sottoscrizione non dovrebbe richiedere necessariamente un certificato qualificato); *b)* la *validazione*, intesa come il processo finalizzato a rendere sicuro e immodificabile un documento informatico; *c)* l'*autorizzazione informatica*, che presuppone un'attività di verifica del potere di accesso ad una risorsa riservata.

⁵¹ Ovviamente dovrà ipotizzarsi una procedura, residuale, di modifica per tutti quei casi in cui si renda necessaria una rettifica per gli errori materiali. Al fine di scongiurare gli abusi sarà tuttavia necessario che la stessa si articoli in un sistema che autolimiti le ipotesi di accesso e modificazione (ric conducendole a tipi predefiniti) e che soprattutto lasci traccia indelebile dell'intervento.

⁵² La creazione di una «memoria» (in senso ampio) digitale dell'attività della P.A. è un dato ineliminabile, a presidio dell'esigenza di legalità e, al tempo stesso, di trasparenza

Il problema dell'identificazione elettronica non appare di agevole soluzione in prospettiva di una effettiva entrata a regime⁵³, a dispetto delle ipotetiche certezze normative *medio tempore* intervenute. Lo testimonia l'evoluzione della disciplina che non sembra trovare un assetto definitivo⁵⁴,

dell'azione amministrativa. Va segnalato come nei primi mesi del 2006 il Centro Nazionale per l'Informatica nella Pubblica Amministrazione abbia sottoscritto un protocollo di intesa con *Adobe Systems Inc.* per il riconoscimento di Adobe PDF (*Portable Document Format*) e delle sue specifiche tecniche quale ulteriore formato di firma digitale in attuazione dell'art. 12, comma 9, della deliberazione CNIPA n. 4/2005. Il protocollo contempla, tra l'altro, la possibilità di recesso unilaterale di *Adobe System Inc.*, con tutte le riserve del caso che possono esprimersi. La prima considerazione è che, sul semplice presupposto dell'ampia diffusione del sistema di archiviazione ottica presso le pubbliche amministrazioni, viene sancito l'affiancamento di un formato proprietario (PDF) - il quale fa capo ad una specifica azienda - ad uno aperto (il P7M) - unico formato sinora riconosciuto legislativamente -. Non rileva minimamente che Adobe - con un'abile mossa strategica - diffonda gratuitamente il lettore (*Adobe Reader*) e non l'Editor (*Adobe Maker*) e che comunque le specifiche tecniche del formato PDF siano pubbliche (ISBN 0-201-75839-3). Si consideri solo che ogni modifica delle stesse passa necessariamente per la società proprietaria del formato stesso. Il problema attiene dunque alla (garanzia di) conservazione a lungo termine del documento informatico. Ciò senza considerare l'incidenza dell'obsolescenza tecnologica: la firma digitale - essendo riconducibile un sistema informatico (le cui specifiche tecniche sono, peraltro, di proprietà privata) circoscritto, quanto alla sua genesi, in un preciso periodo storico - ben potrà essere esposta a pericoli evidenti se solo si consideri che il mutamento di un solo *bit* nella sequenza dei file (indotto dalla ipotetica trasmigrazione verso futuri nuovi *standard* o rinnovati sistemi operativi) introdurrà degli elementi di crisi in grado di svilire (anzi annullare) la certezza che di regola la connota. Esulano dalle riflessioni giuridiche sull'argomento le ulteriori riserve di carattere tecnico (modificabilità dei documenti macro modificabili senza l'intervento del firmatario in funzione delle variabili d'ambiente) che è opportuno rimettere agli esperti informatici.

⁵³ Le generali difficoltà di pervenire ad un unico sistema esteso (e condiviso) che garantisca, mediante una infrastruttura centrale, l'autenticazione delle attività di differenti P.A. possono essere sintetizzate nell'esperienza del progetto denominato *E - Authentication Gateway*, sviluppato per l'amministrazione pubblica statunitense (v. il rapporto pubblicato su www.gao.gov). Il progetto, la cui entrata a regime era prevista per il 2003 è stato poi prorogato al 2004. Successivamente il governo federale ha abbandonato, per le difficoltà operative, l'idea di una infrastruttura centrale per pervenire ad una impostazione differente, improntata alla semplice interoperabilità tra sistemi di autenticazione.

Differente l'esperienza europea, orientata verso un sistema caratterizzato dall'interoperabilità. L'articolo 5 della decisione 12 luglio 1999 n. 1720/1999/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, che adotta una serie di azioni e di misure per garantire l'interoperabilità e l'accesso alle reti transeuropee per lo scambio elettronico di dati fra amministrazioni (IDA), è dedicato agli strumenti e tecniche comuni: è previsto che l'Unione provveda affinché strumenti e tecniche comuni per le applicazioni di reti settoriali siano acquisiti sul mercato o vengano sviluppati se quest'ultimo non può soddisfare adeguatamente tale esigenza, allo scopo di ridurre i costi generali collegati allo sviluppo delle applicazioni, di razionalizzare e migliorare le soluzioni tecniche, di ridurre il tempo necessario per la realizzazione di sistemi in esercizio e di semplificare la manutenzione dei sistemi.

⁵⁴ Si pensi alla «sequenza» normativa sulla firma elettronica in Italia: *ab origine* l'antesignano D.P.R. 513/1997, la cui disciplina, dopo la direttiva 1999/39/CE ha imposto le sostanziali modifiche introdotte dal D.Lgs. 10/2002, e, da ultimo il D.Lgs. 82/2005 (codice dell'amministrazione digitale), il cui contenuto, anche in tema di firma, è stato oggetto di

neanche dopo l'avvento del codice dell'amministrazione digitale e la sua repentina novella, anch'essa censurata, da ultimo, dal Consiglio di Stato.

Un primo obiettivo è sicuramente l'armonizzazione in materia, anche ai fini dell'effettiva interoperabilità⁵⁵. E attualmente la firma elettronica avanzata descritta nella direttiva comunitaria 1999/93/CE⁵⁶, almeno apparentemente, corrisponde al sistema di firma digitale fondata su di un sistema crittografico a chiave pubblica descritto nel codice dell'amministrazione digitale.

Tuttavia il percorso non può dirsi compiuto.

Come detto, le riserve sono prima di tutto di carattere interno all'ordinamento nazionale. Ed è su queste ultime che occorre porre l'attenzione.

Il Consiglio di Stato nel già citato parere n. 31/2006 ha approfondito gli aspetti legati all'effettiva attuazione del principio comunitario di *non discriminazione* (indotto dalla neutralità tecnologica e dalla parità di

una novella anch'essa oggetto di specifiche censure dalla Seconda Sezione Consultiva del Consiglio di Stato nel già citato parere n. 31/2006.

⁵⁵ Innanzi tutto, in ambito comunitario non risulta chiarito il senso dell'art. 3 co. 7 della Direttiva 1999/93/CE, secondo il quale «Gli stati membri possono assoggettare l'uso delle firme elettroniche nel settore pubblico *ad eventuali requisiti supplementari*». Un tale inciso può seriamente compromettere l'effettiva interoperabilità. Inoltre, una difficoltà all'implementazione della Direttiva 93 potrebbe essere indotta anche dal recepimento della Direttiva 2001/115/CE, in materia di IVA e semplificazione delle modalità di fatturazione in ambito comunitario. L'art. 2 prevede infatti che le fatture spedite in via telematica siano accettate dagli stati membri a condizione che l'autenticità della loro origine e l'integrità del contenuto siano garantite mediante firma elettronica avanzata. Tuttavia è anche aggiunto che gli Stati possano esigere che la firma sia basata su di un certificato qualificato e creata mediante un dispositivo per la creazione di una firma sicura. E' giocoforza immaginare le problematiche che potrebbero insorgere a causa della trasmissione telematica infracomunitaria di fatture non interoperabili. Ciò nonostante tutti gli Stati membri abbiano recepito la Direttiva 1999/93/CE.

⁵⁶ La Direttiva 1999/93/CE contempla:

- la *electronic signature*, il cui scopo è quello di verificare l'integrità dei dati (*data authentication*);
- la *advanced electronic signature*, con il fine sia di verificare l'identità dei dati sia la riconducibilità dei dati stessi a un determinato soggetto (*data authentication e entity authentication*).

Species delle advanced electronic signatures sono le advanced electronic signatures which are based on a qualified certificate and which are created by a secure-signature-creation device, alle quali essa attribuisce i medesimi effetti delle firme autografe.

trattamento) tra documento informatico e documento su supporto cartaceo. La Direttiva comunitaria impone l'equiparazione, sotto il profilo probatorio, della sottoscrizione autografa alla firma elettronica avanzata basata su certificato qualificato e generata con un dispositivo sicuro. L'introduzione di una presunzione di «riconducibilità» del documento informatico, che soddisfa «comunque» (avverbio non presente nel testo definitivamente introdotto dall'art. 9 del D.Lgs. 4. aprile 2006 n. 159) il requisito della forma scritta, ha indotto i Giudici di Palazzo Spada a ritenere che nell'ordinamento si tentasse di introdurre una presunzione di riconoscimento della provenienza del documento analoga a quella prevista dall'art. 2703 c.c. per gli atti formati da pubblico ufficiale. Con la «distorta» (in termini di violazione del principio di equiparazione tra documenti informatici e non) conseguenza di un'inversione dell'onere probatorio del tutto ingiustificato: infatti mentre colui contro il quale viene esibita in giudizio una falsa scrittura cartacea può limitarsi a disconoscere la propria firma dando luogo alla procedura di verifica prevista dagli articoli 214 ss. c.p.c., la parte processuale contro cui sia esibita in giudizio una falsa scrittura informatica, oltre a disconoscere la firma, deve fornire le prove della falsità. L'argomento non è di poco conto, se solo si considera che nell'ipotesi della firma digitale il reperimento delle prove della falsità della firma è inevitabilmente più complesso⁵⁷, quasi a far ritenere l'introduzione (ingiustificata) di un *tertium genus* tra la scrittura privata e l'atto pubblico.

L'attuale norma vigente (art. 21) del codice dell'amministrazione digitale, come modificata dall'art. 9 del D.Lgs. 159/2006 consta di due commi. Il primo dei due disciplina l'ipotesi del documento sottoscritto semplicemente con firma elettronica - ritenendolo liberamente valutabile in giudizio, in ragione delle sue caratteristiche oggettive di qualità, sicurezza, integrità e immodificabilità - e il secondo definisce sul piano probatorio gli effetti del documento sottoscritto con firma elettronica qualificata - fidefacente

⁵⁷ Si renderebbe necessario identificare il *computer* utilizzato per formare il documento, la chiave privata per apporre la firma, la validità del certificato emesso dal soggetto certificatore della firma elettronica, il percorso del documento in via telematica e così via.

secondo lo schema dell'art. 2702 c.c. - ribadendo la presunzione di riconducibilità al titolare, salvo che questi ne dia prova contraria.

Inalterata la questione di fondo, quanto meno con riferimento all'obbligo di uso personale del dispositivo di firma (e agli effetti conseguenti in tema di disconoscimento del documento informatico)⁵⁸ - esplicitamente introdotto dalla riforma dell'art. 32 del codice ad opera del D.Lgs. 159 cit. -, residua una qualche forma di incertezza in ordine alla effettiva paternità dell'atto così sottoscritto. Ci si riferisce in special modo all'affidamento autorizzato dell'utilizzo del dispositivo sicuro di firma e della ipotizzabilità di disconoscimento. L'argomento meriterebbe poi uno specifico approfondimento normativo anche in considerazione della peculiarità della sfera di efficacia della disciplina, attesa la necessità di coordinamento tra le categorie del diritto amministrativo e gli istituti civilistici richiamati.

In primo luogo appare necessario operare una interpretazione della «riconducibilità» sulla base dell'elemento soggettivo del titolare del certificato di firma.

Occorre, cioè, verificare, in concreto, se l'utilizzo del dispositivo sia ascrivibile ad un atto volontario del titolare mediante un mandato a firmare, ovvero ad un utilizzo abusivo conseguente alla fraudolenta sottrazione dello stesso. Ipotesi cui deve aggiungersi il caso di abuso nell'utilizzo da parte del mandatario legittimo affidatario.

La soluzione legislativamente adottata cumula la presunzione di paternità (salvo prova contraria: art. 21) - previsione che, posta a garanzia della certezza, preclude ogni ipotesi di disconoscimento di comodo - con l'obbligo di utilizzo personale (art. 32).

⁵⁸ Non senza omettere di considerare che il testo normativo è lacunoso e spesso oscuro sotto il profilo definitorio (si pensi alla confusione sulla natura della «firma elettronica»: essa appare utilizzata come sinonimo di «segnatura», e quindi mera «validazione», dei dati o di firma elettronica semplice, altro aspetto di non secondaria rilevanza è la mancata «specificazione» normativa degli effetti della «validazione» - o «segnatura» - elettronica, atta a rendere immodificabili i dati immessi - senza fornire indicazioni sulla attribuzione certa del documento -, la quale dovrebbe essere equiparata alla riproduzione meccanica ex art. 2712 c.c. . In pari modo il termine inglese *authentication* è impropriamente tradotto in italiano con «autenticazione», come equivalente di «riconoscimento», «identificazione», «validazione». Al fine di prevenire inevitabili equivoci, deve auspicarsi che, nel nostro ordinamento, l'uso della locuzione «autenticazione» sia riferito esclusivamente alla fattispecie dell'art. 2703 c.c. .

Assumendo valenza di sottoscrizione personale, il dispositivo sicuro di firma è inquadrato in un contesto normativo che sembra precludere la possibilità di affidamento a terzi del suo utilizzo.

Il combinato disposto in parola tuttavia non è esaustivo.

Innanzitutto, non sembra risolvere il caso del disconoscimento del dispositivo fraudolentemente affidato a terzi nonostante l'esplicito divieto. Pertanto, occorrerebbe un correttivo che precluda gli effetti del disconoscimento della sottoscrizione qualora si sia in presenza di una violazione degli obblighi di custodia e di uso personale.

In secondo luogo l'espressione «è tenuto ad utilizzare personalmente» potrebbe interpretarsi in senso non materiale, lasciando aperta la possibilità di un utilizzo autorizzato, non diretto, ad opera di sottoposti del titolare, eventualmente anche alla sua presenza. E' evidente, che in assenza di un intervento legislativo, l'indagine (non agevole) andrà compiuta caso per caso, avendo riguardo - anche sotto il profilo della valutazione delle responsabilità - agli effetti che discendono in termini di illegittimità derivata a causa di semplici errori contenuti nell'atto sottoscritto. Sarebbe poi il caso di chiarire le materie suscettibili di delega di firma o di sigillo (delega che nella sottoscrizione dei documenti cartacei è ammessa entro specifici limiti). Di qui la necessità di una esplicitazione (o meglio una chiarificazione) normativa nel senso di un diretto riferimento all'elemento soggettivo del titolare del dispositivo.

Alle perplessità evidenziate dal Consiglio di Stato sulla presunzione di «riconducibilità» al titolare «salvo che questi dia prova contraria», contemplata dall'art. 21 co. 2 del Codice, devono aggiungersi quelle relative all'applicazione di una siffatta norma nell'ambito del diritto (processuale) amministrativo. *Quid iuris* per la posizione del soggetto leso da un provvedimento fraudolentemente sottoscritto digitalmente, posto che la norma sembra prediligere una impostazione civilistica e si sofferma solamente sul titolare del dispositivo (vedasi il tenore testuale: «*salvo che questi [il titolare, n.d.r.] dia prova contraria*»)? Non è nemmeno il caso di soffermarsi sui profili penalistici, ipotizzando specifiche fattispecie delittuose, in quanto sorge la necessità di garantire una efficace (e tempestiva) tutela in sede

giurisdizionale amministrativa al soggetto portatore di un interesse qualificato. Diversamente risulterebbe vanificato il precetto dell'art. 113 della Costituzione, che contro gli atti della pubblica amministrazione ammette «sempre» (e incondizionatamente) la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi, depotenziando di fatto quest'ultima per una specifica categoria di atti, quelli «elettronici», che dovrebbero invece rappresentare il futuro dell'azione amministrativa.

Restano infine indefiniti gli aspetti legati alla potenziale futura proliferazione di tentativi di falsificazione dell'atto amministrativo informatico dalla multiforme attuazione: dalla presentazione di un documento differente da quello effettivo fase di firma, all'inserimento di campi dinamici che consentirebbero l'inserimento fraudolento di informazioni (false) diverse da quelle che appaiono in fase di generazione e sottoscrizione; dalla sostituzione di persona all'atto della certificazione, alla sottrazione (o duplicazione) del dispositivo. Argomenti la cui soluzione, prima ancora che agli operatori giuridici, va rimessa ai tecnici, al fine di circoscriverne l'evenienza a ipotesi statisticamente irrilevanti.

4. Rilievi conclusivi.

Normazione e riflessione dottrinale hanno incentrato, per più di un decennio, la propria attenzione sull'atto amministrativo elettronico propriamente detto⁵⁹ e sul processo di dematerializzazione.

Una volta acquisiti dei punti (pressoché) fermi in tema di validità giuridica della forma elettronica occorre a questo punto incentivare la naturale evoluzione dell'attività amministrativa verso il procedimento digitalizzato.

Si è tentato, sopra, di sintetizzare un generale quadro di insieme, avuto specifico riguardo alle «criticità».

Il D.P.R. 445/2000, all'art. 50, non si è limitato a disciplinare il protocollo informatico, fissando, per le amministrazioni, la data dell'1 gennaio 2004

⁵⁹ l'indagine è risalente: v. DUNI, *L'utilizzabilità delle tecniche elettroniche nell'emanazione degli atti e nei procedimenti amministrativi. Spunto per una teoria dell'atto amministrativo emanato nella forma elettronica*, in *Rivista amministrativa della Repubblica Italiana*, 1978, p. 407 ss. .

(ormai inutilmente decorsa) per la realizzazione (o implementazione) di forme di gestione dei flussi documentali in forma elettronica⁶⁰.

E' evidente che, a parte i servizi di protocollo informatico (ormai quasi generalmente diffusi presso le amministrazioni, la vera innovazione è rappresentata dalla inattuata gestione dei flussi documentali in forma elettronica, campo d'azione sul quale deve concentrarsi l'attenzione delle P.A. e vero punto di partenza verso il procedimento telematico.

La specifica materia, tuttavia, non può dirsi compiutamente definita, in quanto la reale transizione verso una nuova amministrazione potrà dirsi

⁶⁰ Con Direttiva della Presidenza del Consiglio dei Ministri - dipartimento per l'innovazione e le tecnologie 9 dicembre 2002 (in Gazz. Uff., 5 marzo, n. 53) è stata predisposta una azione coordinata di interventi in attuazione del quadro normativo e progettuale del nuovo sistema di gestione elettronica dei documenti. Sono state inoltre individuate delle implicazioni operative per le amministrazioni, tra cui: la predisposizione di un progetto operativo per la progressiva messa in opera di sistemi di protocollo informatico integrati con la posta elettronica certificata e la firma elettronica ai sensi dell'art. 10, comma 3, del decreto del Presidente della Repubblica n. 445/2000 nel rispetto dei principi di interoperabilità di cui alla circolare Aipa del 7 maggio 2001; l'individuazione delle aree organizzative omogenee (AOO) e i relativi uffici di riferimento ai sensi dell'art. 50, comma 4, del decreto del Presidente della Repubblica n. 445/2000; l'adozione, per ogni AOO istituita, del manuale di gestione e la relativa pubblicazione su *internet*. In tema di azioni positive per l'attuazione del progetto di trasparenza: individuazione dei servizi di propria competenza erogati ai cittadini e alle imprese sia con modalità tradizionali che in rete; pianificazione, secondo criteri di priorità, dell'attività tramite la predisposizione di progetti orientati a fornire ai cittadini e alle imprese servizi informativi attraverso canali telematici diretti o tramite intermediazione dell'Ufficio relazioni con il pubblico; miglioramento della comunicazione tra gli uffici e gli URP al fine di ottimizzare la comunicazione esterna e l'esercizio del diritto di accesso. E' inoltre istituito un centro di competenza per il progetto protocollo informatico e trasparenza amministrativa, quale unico punto di raccordo, con il fine di svolgere funzioni di indirizzo, coordinamento e promozione di iniziative di affiancamento per garantire l'attuazione della direttiva. Ciò, in particolare, per mezzo della condivisione di informazioni, esperienze e servizi messi a disposizione tramite il sito web sulla gestione elettronica dei documenti all'indirizzo <http://protocollo.gov.it>.

Con successivo Comunicato del Presidente del Consiglio dei Ministri del 29 ottobre 2003, in prossimità della scadenza imposta dall'art. 50 T.U. 445 cit., era stato previsto che, in via facoltativa, ciascuna pubblica amministrazione potesse acquisire servizi di gestione del protocollo informatico e dei flussi documentali, servizi accessori in tema di riorganizzazione e servizi di formazione da uno o più fornitori individuati dal centro tecnico attraverso l'esperimento di procedure concorsuali, una o più in funzione delle amministrazioni che manifesteranno interesse all'iniziativa.

L'erogazione del servizio di protocollo informatico è stata prevista in modalità ASP (Application Services Provider), che non richiede la realizzazione di un impianto hardware e software presso l'amministrazione ma utilizza, attraverso collegamenti telematici, gli impianti predisposti dall'ASP. Essa quindi permette all'amministrazione di pianificare in modo graduale l'attivazione delle singole unità organizzative minimizzando i tempi di avvio dell'intero sistema.

realizzata, una volta superata la tradizionale ritrosia nei confronti dell'attività dematerializzata (indotta dall'assenza del «tatto» cartaceo), solamente con il passaggio alla gestione telematica del procedimento.

Le fasi obbligate del processo sono state già descritte (a parte l'auspicata disciplina del procedimento digitalizzato): gestione centralizzata presso il *server* dell'amministrazione procedente ed ampliamente dell'esperienza dello sportello unico a tutte le attività amministrative.

Materie tutte devolute alla potestà legislativa esclusiva dello Stato dall'art. 117, lett. *r*, Cost. (coordinamento statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale) nell'ambito del titolo V.

Si attende dunque una spinta concreta verso quella «cooperazione applicativa»⁶¹ tra sistemi che potrà innescare rivoluzionari mutamenti anche nello schema procedimentale tradizionale (da sequenziale a svolgimento «a stella»⁶²), a vantaggio della tempestività dell'azione amministrativa in un'ottica di piena e dinamica attuazione dell'art. 97 della Carta costituzionale.

⁶¹ Così *Cons. St.*, II, parere 30 gennaio 2006 n. 31.

⁶² V. DUNI, *L'evoluzione del procedimento amministrativo. Dai procedimenti sequenziali al procedimento a stella*, in www.telejus.it. Con le eccezioni del caso (che non consentirebbero di superare lo schema sequenziale), nel procedimento telematico l'accesso contemporaneo al *server* ove è collocato il *dossier* informatico trasforma lo schema operativo lineare (e sequenziale) in uno a «raggi».