

Regione Umbria

OSSERVATORIO LEGISLATIVO INTERREGIONALE

Roma, 8 -9- giugno 2006

Codice dell'amministrazione digitale

Relatore:

Avv. Rosalba Iannucci
Presidenza della Giunta regionale dell'Umbria

Il Codice dell'Amministrazione digitale"

Il Decreto legislativo 7 marzo 2005 "Codice dell'Amministrazione digitale" - come modificato dal Decreto legislativo 4 aprile 2006 n. 159 - è stato adottato in attuazione della delega contenuta nell'articolo 10 della legge 29 luglio 2003 n. 229 " Interventi in materia di qualità della regolazione, riassetto normativo e codificazione - Legge di semplificazione 2001" ed affronta per la prima volta in modo organico l'utilizzo delle nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione nella pubblica amministrazione, individuando i principi giuridici fondamentali applicabili al documento informatico e alla firma digitale, sancendo il diritto di cittadini ed imprese all'uso delle tecnologie nelle comunicazioni con le pubbliche amministrazioni: tale sforzo sistematico sicuramente offre uno strumento idoneo ad orientare i processi innovativi in atto, pur rimanendo perfettibile.

Le peculiarità e gli aspetti problematici riguardano essenzialmente le seguenti tematiche:

- sotto l'aspetto strutturale la eccessiva presenza di norme programmatiche, rispetto a quelle di natura precettiva, rende il Codice nel suo complesso non pienamente rispondente al contenuto - piuttosto ampio - della delega la quale indica, tra le finalità da perseguire, quella 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 ed alle imprese l'accesso a tali servizi secondo il criterio della massima semplificazione degli strumenti e delle procedure necessari, nel rispetto dei principi di uguaglianza, non discriminazione e della normativa sulla sicurezza dei dati personali".

Tale norma consentiva di innovare, con gli opportuni adattamenti, la legislazione vigente, allo scopo di diffondere e rendere accessibili i nuovi strumenti telematici.

Il decreto legislativo n.82/2005 sostanzialmente ribadisce le finalità contenute nella legge di delega (non essendo stata mutata questa impostazione nemmeno con la recente modifica ed integrazione) mancando quindi di quella marcata precettività che l'intervento codicistico richiedeva, attraverso norme direttamente applicabili e non mediate da norme integrative che nel Codice vengono indicate come "tecniche" ma in realtà di natura regolamentare . Come ha rilevato il Consiglio di Stato nel parere espresso sullo schema di decreto, il contenuto di carattere generale di tali norme le rende applicabili a tutte le amministrazioni e quindi dovrebbero essere inserite in una norma di rango primario.

Ma oltre a questo aspetto di rilievo sistematico, si evidenziano fattori di criticità nella fattibilità dei cambiamenti prefigurati dal Codice i quali, per essere cogenti dovrebbero essere accompagnati da un adeguato supporto di risorse. Al contrario, spesso ci si imbatte nella esplicita dichiarazione, all'interno di singole disposizioni, che esse non comportano nuovi o maggiori oneri finanziari: la precettività delle norme stesse viene ad essere ulteriormente affievolita e l'intervento di riassetto normativo in materia non basta a porre le basi del cambiamento se esso non viene sorretto da contestuali investimenti per dare effettiva continuità alle azioni dell'e-government.

- sempre sotto l'aspetto della riuscita dell'operazione di codificazione, la presenza, nel testo di una consistente "rilegificazione", come ha rilevato il Consiglio di Stato nel parere sopra citato, in una materia che, per sua stessa natura richiede la massima flessibilità: non si possono sostituire i "testi unici misti" previsti dall'abrogato art. 7 della legge n. 50/1999, con la riassunzione di norme regolamentari al rango di fonte di normativa primaria, ai meri fini della unitarietà della disciplina (nella tabella allegata al codice questa operazione è palese).

La limitatezza di tale scelta è ancora più evidente se si considera la mutevolezza delle tecniche di formazione ed esternazione degli atti, ovvero apposizione dei sigilli: pensiamo alle identificazioni attraverso la impronta digitale umana, o alla analisi dell'iride, ovvero per altri versi, alle video conferenze certificate.

Il codice andrebbe pertanto accompagnato da una raccolta di norme di carattere secondario al fine di costituire un corpus organico che si ponga come fondamento legislativo di operatività immediata, completo e leggibile.

- nel merito dell'esercizio del diritto di cui all'art. 3 del Codice il rischio di incremento del c.d. "digital divide" ossia la discriminazione che, in mancanza di una attenta disciplina transitoria che traghetti da una burocrazia essenzialmente cartacea ad un rapporto amministrazione/cittadino tecnologicamente avanzato e consapevolmente partecipe del procedimento amministrativo, emargini quella fetta di popolazione (anziani, disabili, abitanti in zone rurali) in ritardo con l'alfabetizzazione informatica. Si rischia di creare una democratizzazione apparente, in cui la diffusione della informazione non implica nei fatti, una condivisione equa delle informazioni rilevanti e, quindi una crescita di conoscenza.

In sede di modifica ed integrazione del codice non sono state raccolte le raccomandazioni formulate dal Consiglio di Stato nel suo parere sullo schema di decreto, che riguardavano una graduale entrata in vigore delle singole disposizioni e la previsione di azioni adeguate per l'implementazione dei nuovi processi sia dal punto di vista tecnico che da quello umano.

- la relativa esaustività e sistematicità dell'intervento codicistico che attua solo in modo parziale la lettera d) della norma di delega che impone di realizzare il coordinamento formale del testo delle disposizioni vigenti in quanto il Codice interviene quasi esclusivamente su due delle leggi che si occupano degli strumenti della innovazione digitale della pubblica amministrazione e cioè il decreto legislativo n. 10/2002 e il testo unico sulla documentazione amministrativa n. 445/2000 (che già operava un riordino della materia). Quest'ultimo aveva raccolto in un'unica fonte normativa sia le disposizioni relative alla documentazione cartacea (certificati, dichiarazioni, autocertificazioni) che quelle relative alla documentazione informatica (documento informatico, firma digitale, ecc.) costituendo una disciplina unitaria idonea a favorire il passaggio da un modello di documentazione ad un altro. Si ha l'impressione che con l'approvazione del Codice dell'amministrazione digitale si sia operata una mera estrapolazione della parte del testo unico relativa alla amministrazione digitale, con la conseguenza, cui già si è accennato, di uno "spacchettamento" di norme con conseguenze negative per la flessibilità della disciplina della materia; la scelta di cristallizzare nella codicistica una materia essenzialmente tecnica, di fatto limita l'ordinamento nei confronti della necessità di una costante apertura verso diverse e sempre nuove modalità di formazione ed esternazione degli atti pubblici che, per converso, diventano sempre più complessi.

Se non altro, dal punto di vista della unificazione sistematica della materia, la recente modifica al Codice, approvata con il decreto legislativo 4 aprile 2006 n. 159, ha previsto la disciplina del Sistema pubblico di connettività, che aggiunge un asse importante alla riforma nel suo complesso.

Rimane comunque il problema della "perimetrazione" del Codice rispetto al D.P.R. n. 445/2000 e cioè del rapporto tra la disciplina sulla digitalizzazione dell'amministrazione e quella sul procedimento amministrativo digitalizzato, visto che non è chiaro quale delle fasi del procedimento amministrativo si possa o debba svolgere con modalità informatiche o telematiche.

Come è noto il procedimento amministrativo si suddivide in fase dell'iniziativa (ex officio o su istanza di parte), fase dell'istruttoria in cui si contemperano gli interessi pubblici e privati, si richiedono pareri e si coinvolgono le parti interessate, la fase decisionale in cui la competente autorità emette l'atto e fase integrativa dell'efficacia (eventuale) che completa l'iter e in base al quale l'atto può dispiegare i suoi effetti; l'atto amministrativo informatico deve seguire un analogo procedimento in base ad un programma informatico che abiliti un computer ad eseguire questo genere di attività: la formalizzazione dei dati di fatto e di diritto che vengono elaborati da un computer presenta delle difficoltà di identificazione giuridica secondo i principi del nostro ordinamento. I

limiti di carattere logico e giuridico riguardano due aspetti importanti: in primo luogo la impossibilità di applicare al computer concetti giuridici indeterminati, rispondendo questo tipo di tecnologia esclusivamente a linguaggi a struttura logica univoca, ma soprattutto la contraddizione, difficilmente risolvibile, tra discrezionalità e programmazione laddove quest'ultima si basa sulla rigida predeterminazione della decisione. La migliore dottrina è giunta alla conclusione che è compatibile con la logica del computer e quindi perfettamente informatizzabile solo l'attività amministrativa vincolata.

L'atto amministrativo informatico è quindi un atto amministrativo a tutti gli effetti, imputabile alla pubblica amministrazione - rimanendo il computer solo lo strumento attraverso il quale si forma la volontà dell'amministrazione procedente - e, come tale deve contenere la motivazione. Per quanto riguarda le cause di invalidità dell'atto amministrativo informatico, certamente è da considerarsi tra queste l'errore della macchina anche per mancanza di funzionamento degli impianti elettronici; un'altra causa di invalidità è costituita dai vizi derivanti dall'input, cioè i vizi della fase dell'istruttoria del procedimento, oltre a quelli relativi all'eccesso di potere, all'incompetenza e alla violazione di legge; come vizio di un presupposto che poi si riversa nel provvedimento finale è configurabile il vizio del programma informatico, mentre per quanto attiene alla responsabilità dei funzionari per dolo o colpa grave nel confezionamento di un atto informatico non vi è ancora una presa di posizione chiara della dottrina, essendo difficile conciliare l'imputabilità della illegittimità di un atto amministrativo informatico con l'esecuzione di un processo elettronico, predeterminato e standardizzato in tutte le sue fasi e, per di più soggetto a defaillance dovute al caso (per esempio, un black out anche momentaneo o l'obsolescenza del computer che può danneggiare il programma, etc.).

Rimanendo pertanto nel vago l'applicazione alle varie fasi del procedimento delle modalità informatiche e telematiche, diventa anche poco percepibile per gli utenti (cittadini o imprese) il valore aggiunto della riforma contenuta nel Codice della amministrazione digitale.

Per quanto riguarda il documento informatico, il Codice prefigura che esso nasca in originale in modalità informatica, replicabile digitalmente, che può essere trasmesso attraverso la posta elettronica ordinaria o certificata, è protocollato tramite il protocollo elettronico e viene conservato in fascicoli informatici e virtuali; eventualmente in cartaceo c'è solo la copia dell'originale (quindi momentanea ed eliminabile).

Il Codice stabilendo il principio di primarietà del documento informatico (e non di ausiliarità o accessorietà), senza misure di bilanciamento degli obiettivi di esigenza di certezza giuridica da un lato e di flessibilità ed efficienza nei processi di lavoro quotidiano dall'altro, di fatto espone alla volatilità delle

procedure informatiche, le esigenze di conservazione, sicurezza (di archiviazione) e immodificabilità gli atti delle amministrazioni.

Il Codice inoltre, proprio a causa di questo cattivo rapporto con il D.P.R. n. 445/2000, trascura l'importanza della funzione di certezza e di evidenza probatoria del documento amministrativo cui questo ancora risponde nei rapporti giuridici tra i cittadini e tra questi e la pubblica amministrazione e nella attività stessa delle amministrazioni e che investe direttamente il sistema di gestione dei flussi documentali e degli archivi: l'attuazione della riforma contenuta nel Codice non può pertanto prescindere dal raccordo ed integrazione tra la policy dell'innovazione e le policies amministrative per attuare il controllo sulla corretta formazione del documento e il governo del ciclo del documento stesso in tutte le sue fasi, inclusa quella della conservazione.

Passando all'analisi delle novità introdotte dal Codice particolare rilievo presenta la accezione di firma digitale, la cui definizione nella prima stesura del Codice non era sembrata soddisfacente ed è stata adeguata alla disciplina comunitaria (Direttiva comunitaria n. 1999/93/CE che introduce un quadro comunitario per le firma elettroniche e distingue la "firma elettronica" dalla "firma avanzata") con la recente modifica approvata con decreto legislativo n. 159/2006.

La firma digitale insieme al documento informatico sono essenziali per la disciplina della certezza del documento e del suo valore probatorio, a mente della distinzione, tramandataci dalla dottrina tra il documento che è il mezzo di prova (contenente) legato strumentalmente al contenuto che riguarda invece il negozio o atto giuridico voluto e la forma che, ai sensi dell'art. 1325 del codice civile è uno degli elementi essenziali del negozio giuridico se prescritta a pena di nullità e che può consistere nell'atto pubblico o nella scrittura privata autenticata o meno (art. 1350 c.c.).

La recente modifica apportata al codice ha creato un raccordo tra le previsioni dell'art. 20 e l'articolo del codice civile sopra richiamato, chiarendo che la forma scritta ad substantiam, richiesta dalla legge o dalle parti, è soddisfatta dal documento informatico sottoscritto con firma digitale qualificata, mentre l'idoneità del documento informatico a soddisfare il requisito della mera forma scritta, cioè quella non richiesta dalla legge o dalle parti, è lasciata alla libera valutazione del giudice; tale valutazione si dovrà basare sulla non modificabilità nel tempo del documento, l'integrità, la qualità e la sicurezza, tenendo anche conto delle regole tecniche ai sensi dell'art. 71 del Codice.

Per quanto riguarda la efficacia probatoria del documento informatico sottoscritto con firma digitale o con altra firma qualificata, si è mantenuto il richiamo all'art. 2702 del codice civile, salva sempre la valutazione in giudizio di un documento che non risulti essere stato redatto secondo le regole tecniche

contenute nell'art. 71 del Codice. Anche se la dottrina concorda nel ritenere giuridicamente equiparato il documento informatico al documento cartaceo e che il documento formato elettronicamente soddisfa il requisito della forma scritta, non è altrettanto pacifico che un documento informatico a cui sia scaduta la sottoscrizione non difetti dell'efficacia probatoria, in quanto venendo meno la firma viene meno anche l'elemento principale di imputabilità del documento (e la situazione non è migliorata con l'abrogazione di alcuni articoli del D.P.R. n. 445/2000, come per esempio l'art. 22 che disciplinava la c.d. "marca temporale" ossia la procedura informatica attraverso la quale si attribuiscono al documento un'ora e una data opponibili a terzi).

Il problema sostanziale che il Codice dovrebbe risolvere è la compatibilità tra le disposizioni civilistiche vigenti nel nostro ordinamento relative alla disciplina della forma (di derivazione romanistica) negli atti tra privati e tra questi e la pubblica amministrazione e l'esigenza di adeguare alle nuove tecnologie la adozione di atti opponibili a terzi - pensiamo ai trasferimenti di beni immobili o al regime della trascrizione ex art. 2657 c.c., o alla fatturazione in materia di IVA o alla possibilità di emettere ed archiviare fatture in forma elettronica - imitando ordinamenti più flessibili e meno formalisti (come quelli anglosassoni che infatti hanno avuto meno difficoltà ad applicare le tecnologie informatiche e telematiche alla attività amministrativa).

La Corte di Cassazione ha affermato di recente che "...le informazioni tratte da rete telematica sono per natura volatili e va esclusa la qualità di documento in una copia su supporto cartaceo che non risulti essere stata raccolta con garanzie di rispondenza all'originale e di riferibilità ad un ben individuato momento" (sentenza numero 2912/2004); la problematica relativa alla certezza della imputabilità e della opponibilità degli atti e dei documenti è destinata a porsi sempre più di frequente all'attenzione degli interpreti con l'urgenza che merita la tutela del principio della buona fede e dell'affidamento nella rete di rapporti che lega, sempre più intricatamente, i cittadini alla pubblica amministrazione.

Questo aspetto è ancora più rilevante se si considera il suo collegamento con il sistema giuridico creato dal Codice che prevede il "diritto" dei cittadini e delle imprese all'uso delle tecnologie telematiche ed informatiche nei rapporti con le pubbliche amministrazioni con la conseguente devoluzione delle eventuali controversie alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in caso di inadempimento del corrispondente obbligo da parte delle amministrazioni, recependo l'orientamento espresso con la sentenza n. 204/2004 con la quale la Corte Costituzionale, trattando del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo chiarisce che l'esercizio del potere organizzatorio della pubblica amministrazione è, per giurisprudenza costante, qualificabile come esercizio di poteri autoritativi e quindi di fronte all'azione della pubblica amministrazione come "autorità" non si oppongono diritti soggettivi veri e propri

ma interessi legittimi (protetti comunque dall'ordinamento sotto il profilo del risarcimento del danno) anche in considerazione del fatto che la situazione soggettiva non può essere tutelata nella sua pienezza nel caso in cui non vi siano le necessarie risorse tecnologiche.

E' stata introdotta, nella recente modifica del Codice a questo proposito, - su proposta della Conferenza unificata - una previsione che limita l'esercizio del diritto affermato nell'art. 3 alle risorse tecnologiche ed organizzative che l'ente regionale abbia effettivamente disponibili, evitando così un contenzioso oneroso per entrambe le parti e difficilmente risolvibile con soddisfazione dei cittadini e delle imprese, viste le dimensioni diversificate e le disponibilità finanziarie delle regioni.

Sempre su suggerimento della Conferenza unificata è stata istituita, come momento di cooperazione con le Regioni e le autonomie locali - anche in attuazione del comma 3 dell'art. 14 - una Commissione permanente per l'innovazione tecnologica nelle Regioni e negli Enti locali, con funzioni istruttorie e consultive.

Un'altra proposta della Conferenza unificata è stata accolta nella novella al Codice approvato con Decreto legislativo n. 82/2005 e cioè la aggiunta del comma 7-bis all'art. 59 che il direttore dell'Agenzia del territorio di concerto con il Comitato per le regole tecniche sui dati territoriali e previa intesa con la Conferenza unificata definisca entro il 30 giugno 2006, le regole tecnico - economiche per l'utilizzo dei dati catastali tra le pubbliche amministrazioni per via telematica, garantendo la conformità e coerenza con le disposizioni del sistema pubblico di connettività.

Queste integrazioni apportate al testo originario del Codice del 2005 sotto il profilo del raccordo con le regioni hanno consentito di bilanciare la opportuna centralizzazione di alcuni aspetti della disciplina con la possibilità per i sistemi informatici pubblici regionali di svilupparsi e rendersi compatibili con l'intero sistema, soprattutto con il sistema pubblico di connettività (capo VIII), nel rispetto delle rispettive autonomie.

Un cenno merita a questo punto la disciplina del "fascicolo informatico", descritta nel Capo III del Codice che, essendo lo strumento basilare del percorso relativo alla formazione, gestione e conservazione dei documenti amministrativi - ed applicandosi anche alle regioni - è di particolare importanza. Il fascicolo informatico raccoglie atti, documenti e dati dell'intero iter procedimentale secondo le regole tecniche che presiedono alla gestione delle fasi di vita del documento informatico: questo strumento consente di essere consultabile ed alimentabile da parte di tutte le amministrazioni che intervengono nel procedimento - pur contenendo aree riservate - e le nuove norme del Codice ne accentuano la flessibilità.

Il fascicolo informatico, attraverso il sistema pubblico di connettività e l'applicazione delle regole sul protocollo informatico e della disciplina tecnica del documento informatico stesso, diventa il punto di incontro in cui interloquiscono i soggetti di cui all'art. 10 della legge n. 241/90, e cioè le pubbliche amministrazioni ed i soggetti pubblici e privati interessati attori del procedimento amministrativo.

Il Codice dell'Amministrazione digitale si pone pertanto come uno strumento che, per la peculiarità della materia trattata, può contribuire non solo alla erogazione di servizi più efficienti e veloci ma anche a consentire nuove forme di partecipazione alla vita amministrativa e politica, avvicinando i destinatari dell'innovazione (i cittadini, le imprese, la società civile) ai suoi protagonisti (gli amministratori, i funzionari e gli impiegati pubblici) nella nuova "amministrazione digitale" attraverso un intervento più tradizionale e di chiara leggibilità come è un codice, cioè una raccolta organica di disposizioni legislative.