

A 150 ANNI DALL'UNIFICAZIONE AMMINISTRATIVA ITALIANA

→ STUDI ←

a cura di

Leonardo Ferrara (Università di Firenze)

Domenico Sorace (Università di Firenze)

Comitato Scientifico

Umberto Allegretti, Antonio Brancasi, Alfredo Corpaci,

Leonardo Ferrara, Carlo Marzuoli, Domenico Sorace

(Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Firenze)

Volumi

Vol. I – *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*, a cura di Roberto Cavallo Perin, Aristide Police, Fabio Saitta

Vol. II – *La coesione politico-territoriale*, a cura di Gabriella De Giorgi Cezzi, Pier Luigi Portaluri

Vol. III – *La giuridificazione*, a cura di Barbara Marchetti, Mauro Renna

Vol. IV – *La tecnificazione*, a cura di Stefano Civitarese Matteucci, Luisa Torchia

Vol. V – *L'intervento pubblico nell'economia*, a cura di Maurizio Cafagno, Francesco Manganaro

Vol. VI – *Unità e pluralismo culturale*, a cura di Edoardo Chiti, Gianluca Gardini, Aldo Sandulli

Vol. VII – *La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)*, a cura di Gian Domenico Comporti

Vol. VIII – *Cittadinanze amministrative*, a cura di Antonio Bartolini, Alessandra Pioggia

A 150 ANNI DALL'UNIFICAZIONE AMMINISTRATIVA ITALIANA

→ STUDI ←

a cura di

Leonardo Ferrara, Domenico Sorace

Vol. IV

La tecnificazione

a cura di

Stefano Civitarese Matteucci

Luisa Torchia

Firenze University Press
2016

A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Studi / a cura di Leonardo Ferrara, Domenico Sorace ; Vol. IV. La tecnificazione / a cura di Stefano Civitarese Matteucci, Luisa Torchia. – Firenze : Firenze University Press, 2016.
(Studi e saggi ; 163)

<http://digital.casalini.it/9788864534305>

ISBN 978-88-6453-429-9 (print)

ISBN 978-88-6453-430-5 (online PDF)

ISBN 978-88-6453-431-2 (online EPUB)

Progetto grafico di Alberto Pizarro Fernández, Pagina Maestra snc

Hanno contribuito alla realizzazione degli studi e alla loro pubblicazione la Banca d'Italia, il Comune di Firenze, l'Ente Cassa di Risparmio di Firenze e la Regione Toscana.

Certificazione scientifica delle Opere

Tutti i volumi pubblicati sono soggetti ad un processo di referaggio esterno di cui sono responsabili il Consiglio editoriale della FUP e i Consigli scientifici delle singole collane. Le opere pubblicate nel catalogo della FUP sono valutate e approvate dal Consiglio editoriale della casa editrice. Per una descrizione più analitica del processo di referaggio si rimanda ai documenti ufficiali pubblicati sul catalogo on-line della casa editrice (www.fupress.com).

Consiglio editoriale Firenze University Press

A. Dolfi (Presidente), M. Boddi, A. Bucelli, R. Casalbuoni, M. Garzaniti, M.C. Grisolia, P. Guarnieri, R. Lanfredini, A. Lenzi, P. Lo Nostro, G. Mari, A. Mariani, P.M. Mariano, S. Marinai, R. Minuti, P. Nanni, G. Nigro, A. Perulli, M.C. Torricelli.

La presente opera è rilasciata nei termini della licenza Creative Commons Attribution 4.0 International (CC BY 4.0: <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/legalcode>).

This book is printed on acid-free paper

CC 2016 Firenze University Press
Università degli Studi di Firenze
Firenze University Press
via Cittadella, 7, 50144 Firenze, Italy
www.fupress.com
Printed in Italy

INDICE

La tecnificazione dell'amministrazione <i>Stefano Civitaresse Matteucci, Luisa Torchia</i>	7
---	---

STUDI

PARTE PRIMA

Studi sulla digitalizzazione della pubblica amministrazione

Biometria e digitalizzazione della pubblica amministrazione <i>Gianluca Bellomo</i>	59
--	----

I dati aperti come strumento di partecipazione al procedimento amministrativo <i>Daniele Marongiu</i>	77
---	----

Le pubbliche amministrazioni sul web tra comunicazione, consultazione e partecipazione <i>Marina Pietrangelo</i>	95
--	----

Servizi pubblici online e partecipazione migliorativa <i>Giuseppe Cammarota</i>	113
--	-----

La riforma dell'amministrazione digitale: un'opportunità per ripensare la pubblica amministrazione <i>Isaac Martín Delgado</i>	133
--	-----

La consistenza del modello dell'amministrazione 'invisibile' nell'età della tecnificazione: dalla formazione delle decisioni alla responsabilità per le decisioni <i>Melania D'Angelosante</i>	155
---	-----

L'esternazione informatica degli atti amministrativi <i>Angelo Giuseppe Orofino</i>	181
--	-----

PARTE SECONDA

Studi sulla tecnificazione dell'economia

L'architettura europea dell'unione bancaria tra tecnica e politica <i>Marco Macchia</i>	203
--	-----

Unificazione, differenziazione e tecnificazione nella regolazione europea dei mercati finanziari <i>Maurizia De Bellis</i>	239
--	-----

Il riesame amministrativo delle decisioni della Banca centrale europea <i>Marcello Clarich</i>	263
---	-----

COMMENTI

La tecnificazione <i>Vincenzo Cerulli Irelli</i>	279
---	-----

Profili della 'tecnificazione': la nuova disciplina europea delle banche e dei mercati finanziari <i>Mario Pilade Chiti</i>	285
---	-----

GLI AUTORI	295
------------	-----

SOMMARIO GENERALE	299
-------------------	-----

LA TECNIFICAZIONE DELL'AMMINISTRAZIONE

Stefano Civitarese Matteucci, Luisa Torchia

SOMMARIO — INTRODUZIONE: TECNICA E TECNIFICAZIONE. PARTE PRIMA: LA DIGITALIZZAZIONE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE. 1. Introduzione. 2. Premesse terminologiche e concettuali. 3. L'impatto delle ICTs sulla pubblica amministrazione. Le Agende digitali e il principio *digital first*. 4. Gli effetti della digitalizzazione sul funzionamento delle amministrazioni pubbliche. 5. Profili concettuali dell'impatto delle ICTs su funzionamento e organizzazione delle amministrazioni pubbliche. 5.1 I dati aperti. 5.2 Procedimento amministrativo e partecipazione. 5.3 L'organizzazione e le forme procedurali. Gli effetti di orientamento delle ICT. Discrezionalità e responsabilità. 6. Utopie e distopie digitali. Spunti conclusivi per proseguire. PARTE SECONDA: MONETA, BANCA E FINANZA FRA UNIFICAZIONE EUROPEA E CRISI ECONOMICA. 7. Una moneta senza Stato di fronte alla crisi. 8. Processi di unificazione e regolazione tecnica: i nuovi regolatori. 9. Unificazione e centralizzazione fra regole ed apparati amministrativi. 10. I rimedi giuridici. 11. Unificazione amministrativa *versus* unificazione politica: il ruolo (e i limiti) della tecnica.

— Introduzione — Tecnica e tecnificazione

L'obiettivo generale delle ricerche promosse in occasione del 150° anniversario delle leggi di unificazione è stato individuato nel progetto iniziale, e poi articolato nei seminari che nel corso di diversi mesi sono stati organizzati per la discussione dei risultati di ciascun gruppo di lavoro, come un obiettivo di prospettiva. A tutti gli studiosi coinvolti è stato chiesto di concentrarsi sulle tendenze in corso e sui possibili sviluppi in ciascun settore, piuttosto che sull'analisi storica del passato o sul confronto fra il passato e lo stato attuale.

Appare affermazione pressoché scontata che alla *tecnica* debba riconoscersi un ruolo centrale nell'ambito di una ricerca che ambisce a fornire una mappa dei problemi in campo e indicare possibili linee di continuità e trasformazione dell'amministrazione pubblica italiana.

Nel cinquantennio trascorso dalla mappatura dei problemi legati all'attuazione delle leggi sull'unificazione amministrativa oggetto del convegno fiorentino del 1965 e dei volumi successivamente pubblicati, il confronto con il progresso tecnico-scientifico è divenuto un problema centrale anche per l'amministrazione pubblica e il diritto amministrativo.

L'amministrazione pubblica in quanto istituzione sociale, sia pure governata dal principio di legalità e dalla necessità di rispondere agli indirizzi politici

del governo, non è immune ai cambiamenti sociali, che nel periodo in considerazione sono stati epocali. La società dell'informazione o la tecnica come nuovo principio ordinatore delle comunità organizzate e fenomeno rilevante anche per la dimensione individuale, sono temi oggi ordinariamente e continuamente discussi. Lo stesso destino e sviluppo della democrazia possono, secondo un'opinione diffusa, dipendere dall'uso che le comunità faranno delle tecnologie digitali. In questo orizzonte così ampio viene ricondotto anche il tema del rapporto tra tecnica e diritto, come capitolo del rapporto tra tecnica e discipline a contenuto normativo – che siano la politica, l'etica o l'economia – nella misura in cui queste si pongano il fine di regolare, arginare, indirizzare la 'sconfinata potenza' del saper/poter fare.

D'altra parte, tanto il diritto quanto l'economia possono essere concepiti come 'tecniche', anzi una possibile condizione per assumerli come oggetti di conoscenza autonomi (dalla politica, dalla legislazione, dall'etica) è proprio quello di considerarli tali. La stessa 'scienza' dell'amministrare – se effettivamente a sua volta distinguibile dalla politica, dall'economia, dall'organizzazione aziendale – è una tecnica.

In effetti, se si assume la tecnica come 'potere fare' allora qualunque strumento che ci consente di operare modificando la realtà è tecnica. Da questo punto di vista suona un po' singolare la frequente giustapposizione tra tecnica e diritto. Quello che essa implicitamente presuppone è che il diritto abbia un qualche contenuto sostantivo – che quindi non sia solo una tecnica per regolare la condotta umana – da contrapporre al contenuto sostantivo che la tecnica avrebbe assunto nel mondo contemporaneo, vale a dire una autonoma volontà di potenza.

Entrambi i termini di un confronto posto nei termini ora accennati richiederebbero di assumere impegni etico-normativi. Normalmente, infatti, nelle discussioni relative al rapporto tra diritto e tecnica si presuppone che il diritto veicoli nel *definiens* un'istanza di giustizia e che la tecnica da mero strumento sia divenuta a sua volta un fine a sé stante.

Pur riconoscendo l'utilità di questo dibattito, riteniamo che esso possa restare sullo sfondo in ragione delle osservazioni che seguono. La questione si pone in termini diversi, infatti, se per 'saper/poter fare' ci si riferisce esclusivamente alla capacità di dominare la materia fisica, quindi alla tecnologia¹. In questo caso nessuna delle discipline sopra ricordate – che sono tutte appunto 'tecniche' della sfera normativa e quindi immateriale del vivere associato – è una tecnica.

Si pone, però, il problema di come le une e le altre si influenzino a vicenda. Per un verso, vale a dire, la tecnologia offre i suoi 'servigi' alla politica, all'amministrazione, all'economia aumentandone in ipotesi l'efficienza e l'efficacia, per altro verso, questo comporta una trasformazione delle seconde che incide in profondità sul loro modo di essere. Per altro verso ancora queste relazio-

ni creano bisogni e interessi che domandano di essere a loro volta governati. Esemplare è, in proposito, la questione della cosiddetta ICT (Information and Communication Technology).

Il processo che stiamo vivendo al riguardo è nuovo nella portata, nella dimensione e pervasività del fenomeno, non nella sua natura. Perché ogni rivoluzione tecnologica ha comportato cambiamenti delle istituzioni sociali e reciproci adattamenti. Circoscrivendo la nostra attenzione all'amministrazione italiana post-unitaria e al sorgere poi del diritto amministrativo non par dubbio, peraltro, che la questione tecnologica appaia oggi come una questione inedita. Il che può dare ragione di uno dei sensi in cui intendere la parola 'tecnificazione' che sta qui piuttosto a significare 'tecnologizzazione' nei termini soprattutto di 'informatizzazione'.

In modo più problematico possiamo tornare però a chiederci se vi sia anche una spinta alla 'tecnificazione' in una accezione più vicina alla tecnica nel suo significato più ampio di sapere specialistico. In questo caso l'accento cade su un aspetto dell'amministrazione che è centrale a essa pur essendo forse il più sfuggente e denso di problemi, quello della sua politicità, ossia del contenuto politico delle decisioni che sono a essa richieste. Nonostante tutti i tentativi di sterilizzare o esorcizzare questo aspetto, mediante per esempio l'impiego e l'affinamento della nozione di discrezionalità amministrativa, è comunemente accettato che le autorità amministrative compiano scelte che definiscono assetti di interessi².

La legittimazione di queste scelte viene normalmente ricercata o nella indiretta appartenenza delle pubbliche amministrazioni al circuito democratico e quindi riconoscendone più o meno apertamente il carattere politico (art. 95 Cost.) o nella specifica qualità tecnico-specialistica delle persone che assumono tali decisioni, enfatizzando talvolta il fatto che tale qualità è appositamente garantita mediante una formale estraneità dal circuito dell'indirizzo politico.

Lo sfondo problematico prima rapidamente evocato del dominio della tecnica come fine non è affatto assente, sebbene rilevi qui sul versante della prevalenza dei saperi specialistici – e per questo oggettivi e quindi in qualche modo 'indiscutibili' – sulle scelte allocative di interessi. Sembra plausibile ipotizzare che la matrice tecnologica in grado di rendere automatici una serie di processi – la quale opera potentemente nella sfera dell'informatizzazione amministrativa – possa avere influenzato tali diversi aspetti della tecnificazione, mediante l'applicazione del paradigma tecnologico a 'tecniche' che in quanto proprie del mondo sociale difettano del carattere asettico della tecnologia.

Queste tendenze hanno portato, per esempio, a riconoscere come dominio della tecnica le scelte monetarie e di regolazione finanziaria e, conseguentemente, secondo lo schema poco sopra accennato, ad accentuare l'indipendenza dalla politica delle amministrazioni competenti. Più in generale sono concepiti come

attività tecnica gli interventi nei mercati con l'uso anche per queste funzioni del modello dell'amministrazione indipendente.

Naturalmente anche nel settore monetario e finanziario la tecnologia digitale di per sé opera in profondità e pone problemi inediti, visto che ormai la struttura stessa dei mercati è digitale e le transazioni sono in gran parte virtuali. L'indagine sulla tecnificazione dell'amministrazione si è in breve articolata lungo i versanti sopra menzionati, che collegano due nodi fondamentali del percorso di evoluzione e mutamento del diritto amministrativo a 150 anni dalle leggi sull'unificazione.

Il primo – quello dell'informatizzazione – è per così dire orizzontale e particolarmente pervasivo³. Qui, al di là delle molte questioni di carattere più specifico, approfondite nelle ricerche di base, il tema forse di maggior momento è quanto vi sia di 'speciale' in questa rivoluzione tecnologica riferita all'amministrazione. Con questo ci si intende riferire a due questioni. La prima, se non siamo al punto di dover già dire che non ha senso parlare di un'amministrazione digitale come distinta da una amministrazione di altro genere. Siamo ancora in una fase di transizione e anzi l'esperienza quotidiana ci dice che grandi pezzi dell'amministrazione italiana continuano a operare attraverso le famose scartoffie di tanta pregevole letteratura otto-novecentesca, ma non è difficile prevedere che nel giro di non molti anni (agende digitali o meno) anche le 'transazioni' amministrative saranno normalmente digitali e che quindi il codice dell'amministrazione digitale sarà il codice dell'amministrazione *tout court*. La seconda – che è una conseguenza della prima – se, come e in che misura il cambiamento del mezzo di comunicazione cambia la sostanza delle transazioni. Vale a dire se quelle elettroniche presentano qualcosa di speciale (specifico) rispetto a quelle ordinarie. In quale modo, dunque, la forma muta eventualmente la sostanza della cosa. Quest'ultimo è il tema più sentito e discusso dagli studiosi che si sono dedicati alla materia, italiani e non, e può essere declinato in una serie di sotto-questioni e con una varietà di accenti di cui ci occuperemo nelle pagine seguenti. Secondo la vastità dell'ambito di applicazione della tecnologia informatica si può ipotizzare lo scenario – per il momento invero futurologico – della sostituzione della decisione umana con quella di un calcolatore, che grazie alla rete internet può acquisire e memorizzare un numero enorme di informazioni. In tal caso avremmo, dunque, una decisione 'tecnica' in sostituzione di una 'politica'. Non sarebbe dunque questo il compimento definitivo di quella neutralizzazione della politica che sembrerebbe volersi realizzare mediante la creazione di autorità a legittimazione tecnica per esempio nel campo del governo della moneta e della regolazione dei mercati finanziari? Quest'ultimo è il secondo campo di indagine nell'area della tecnificazione. Esso è evidentemente settoriale, ma per un verso riguarda come detto un fenomeno di più larga sca-

la, la (vera o presunta) riduzione degli spazi di decisione politica, dall'altro attiene a un aspetto cruciale degli assetti politico-istituzionali dell'Europa presente e futura qual è evidentemente quello del governo dell'euro e dei mercati finanziari nell'Unione.

Per entrambi è il caso di fornire un'avvertenza metodologica in conclusione di queste pagine introduttive, vale a dire che la vastità delle questioni evocabili dall'espressione 'tecnificazione' dell'amministrazione è tale che la presente ricerca ha inteso semplicemente effettuare una sorta di 'carotaggio' che potesse almeno indicare alcune delle principali linee di tendenza e suggerire ulteriori campi di indagine per i ricercatori del prossimo cinquantennio.

— Parte prima —

La digitalizzazione della pubblica amministrazione

1. Introduzione

Il presente capitolo introduttivo di questa parte della ricerca sulla tecnificazione intende discutere come e in che misura la cosiddetta 'digitalizzazione' incide o dovrebbe incidere sulla pubblica amministrazione in Italia. Due questioni costituiscono il filo conduttore del capitolo. La prima è se sia ancora possibile e/o opportuno parlare di una amministrazione digitale come distinta da una 'analogica'. La delega di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche 7 agosto 2015, n. 124 ha avviato un comprensivo processo di riforma della amministrazione pubblica in cui, secondo il Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione Marianna Madia, «la digitalizzazione è lo strumento per cambiare finalmente lo Stato e non semplicemente uno tra i tanti. Per questo essa rappresenta il cuore della riforma». Questo intento ispira il decreto legislativo 26 agosto 2016, n. 179 relativo alle Modifiche e integrazioni al Codice dell'amministrazione digitale di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, a norma dell'articolo 1 della legge 7 agosto 2015, n. 124, che degli attuali 92 articoli del CAD ne modifica 56, ne abroga 27 e aggiunge diverse nuove disposizioni. Numerosi e ambiziosi sono gli obiettivi della riforma come si evince dalla Relazione Illustrativa. Tra questi:

- ampliamento dell'ambito soggettivo di applicazione del codice e dei diritti di cittadinanza digitale;
- introduzione del principio del *digital first* come obbligo in capo alle p.a.;
- diritto a una unica identità digitale;

- accesso unico ai servizi pubblici;
- pagamenti digitali universali verso la p.a.;
- rafforzamento delle sanzioni per la mancata applicazione del CAD;
- connessioni gratuite per i cittadini a carico delle p.a.;
- documenti informatici e firme elettroniche rimodulate;
- rivisitazione delle modalità di conservazione dei documenti;
- potenziamento dell'open data;
- razionalizzazione e semplificazione in materia di trasmissione di dati;
- sistema pubblico di connettività e governance del digitale.

Nell'esprimersi favorevolmente sullo schema del decreto legislativo il Consiglio di Stato in sede consultiva con il parere della Commissione speciale del 17 marzo 2016. Il Consiglio di Stato aveva evidenziato gli obiettivi che il Governo si propone differenziandoli in obiettivi di breve, medio e lungo periodo. Di breve periodo sono considerati gli obiettivi di concretizzare il diritto all'assegnazione di un'identità digitale attraverso la quale accedere e utilizzare i servizi erogati in rete dalle pubbliche amministrazioni, il diritto all'inserimento di un proprio domicilio digitale nell'Anagrafe nazionale della popolazione residente e il diritto a eleggere un proprio domicilio speciale digitale. Di medio periodo la concretizzazione del diritto di utilizzare le soluzioni e gli strumenti informatico-giuridici nei rapporti con le pubbliche amministrazioni, anche ai fini della partecipazione al procedimento amministrativo, dando attuazione al principio del *digital first* e di effettuare i pagamenti verso le pubbliche amministrazioni attraverso i servizi di pagamento elettronico; la ridefinizione del Sistema pubblico di connettività; la definizione dei criteri di digitalizzazione del processo di misurazione e valutazione della performance nonché nella disponibilità di connettività a banda larga e ultralarga e accesso alla rete Internet presso gli uffici pubblici anche attraverso una rete wi-fi ad accesso libero. Gli obiettivi di lungo periodo riguardano il recupero del gap dell'Italia rispetto al resto d'Europa in materia di digitalizzazione e cultura informatica. Per il perseguimento di questi obiettivi e il loro monitoraggio viene istituita una conferenza permanente per l'innovazione tecnologica formata da quattro esperti e dal Direttore generale dell'Agenzia per l'Italia digitale presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri.

La seconda questione riguarda il senso profondo della digitalizzazione, vale a dire in quale misura il cambiamento del mezzo di comunicazione all'interno dell'arena amministrativa cambia la sostanza delle interazioni. In un certo senso questa è la vecchia questione della relazione tra forma e sostanza, ove la prima assume le vesti di una potente tecnologia in grado di trasformare le decisioni politiche in decisioni tecniche.

La presente Parte è articolata come segue. Nel prossimo paragrafo si offrono alcune precisazioni di carattere terminologico e concettuale in particolare in ordine alla nozione di 'servizi pubblici online' e di *e-government* in una prospettiva incrementale, discutendo in particolare se entro quest'ultima prospettiva la dimensione 'transattiva' dell'*e-government* sia da considerare l'obiettivo da perseguire poiché in qualche modo più completo e desiderabile della dimensione solo informativa. Nel terzo paragrafo ci si sofferma sull'incidenza, quantitativa e qualitativa, dell'*e-government* sulle istituzioni di governo e la pubblica amministrazione, con particolare riferimento al grado di diffusione dell'*e-government* e quindi al successo delle politiche o 'agende digitali'. Il quarto paragrafo discute criticamente la letteratura relativa all'analisi e alla valutazione delle pratiche e trasformazioni conseguenti all'uso delle tecnologie digitali nell'attività delle amministrazioni pubbliche, proponendo una sorta di modellistica degli impatti presumibili sui vari segmenti di tale attività. Il quinto paragrafo, suddiviso in tre sottoparagrafi, evidenzia alcuni dei profili analitici e concettuali dell'impatto delle ICTs sul funzionamento e l'organizzazione delle amministrazioni pubbliche, in particolare discutendone le conseguenze su modelli procedurali e tecniche decisionali. Il sesto e ultimo paragrafo presenta alcune brevi riflessioni conclusive.

L'indicazione di sintesi che emerge è che l'introduzione della legislazione di termini quali 'cittadinanza digitale' e 'innanzitutto digitale' non dovrebbero essere sovrastimati. L'idea, presupposta alla suddetta riforma, che spostare l'attenzione dalle politiche ai diritti per rendere l'*e-government* effettivo appare retorica. Nel descrivere l'*e-government* come un processo incrementale guidato dal grado di sofisticazione tecnologica impiegato, dovremmo tenere nel debito conto che vi sono varie dimensioni di ICT (Information Communication Technology), quali informazione, transazione, partecipazione nonché differenti modalità di interazione tra amministrazione e cittadini. Ognuna di queste dimensioni presenta opportunità e rischi e il 'successo' dell'*e-government* dipende sia dal contesto culturale ed economico sia da scelte politiche. In definitiva, però, un modello normativo di realizzazione dell'*e-government* dovrebbe basarsi sulla dimensione dell'informazione e dell'organizzazione amministrativa piuttosto che sull'ambiguo conferimento di 'diritti digitali'.

2. *Premesse terminologiche e concettuali*

Operazione preliminare è, dunque, la delimitazione del fenomeno oggetto d'indagine, cui ci riferiremo indifferentemente come ICTs o *e-government*, che è mutato nel corso tempo, passando dall'avvento del computer con utilizzo di programmi informatici da parte delle organizzazioni pubbliche alla configurazione di complessi sistemi informativi, al *cloud computing* (Osnaghi, 2013).

Quello che occorre subito rilevare è che l'*e-government* è un fenomeno globale che riguarda tutti gli stati ed è oggetto di crescente attenzione da parte degli studiosi delle varie branche delle scienze politiche e sociali. Basta dare un'occhiata, rispettivamente, alla raccolta di casi contenuta nel volume *Comparative E-government* a cura di Christopher Reddick (Reddick, 2010) o ai numerosi volumi (21) comparsi nella serie *Public Administration and Information Technology* curata dallo stesso Reddick per la Springer.

Secondo una delle più fortunate sistemazioni concettuali l'*e-government* può essere descritto come fenomeno a struttura bidimensionale (Hiller, Bélanger, 2001). La prima dimensione riguarda il livello di sofisticazione tecnologica, la seconda dimensione i destinatari del servizio (v. fig. 1).

	STAGES OF E-GOVERNMENT				
	Stage 1	Stage 2	Stage 3	Stage 4	Stage 5
Type of government	Information	Two-way communication	Transaction	Integration	Political participation
Government to Individual — Services	Description of medical benefits	Request and receive individual benefit information	Pay taxes online	All services and entitlements	N/A
Government to Individual — Political	Dates of elections	Receive election forms	Receive election funds and disbursements	Register and vote. Federal, state and local (file)	Voting online
Government to Business — Citizen	Regulations online	SEC filings	Pay taxes online Receive program funds (SBA, etc.) Agricultural allotments	All regulatory information on one site	Filing comments online
Government to Business — Marketplace	Posting Request for Proposals (RFP's)	Request clarifications or specs	Online vouchers and payments	Marketplace for vendors	N/A
Government to Employees	Pay dates, holiday information	Requests for employment benefit statements	Electronic paychecks	One-stop job, grade, vacation time, retirement information, etc.	N/A
Government to Government	Agency filing requirements	Requests from local governments	Electronic funds transfers		N/A

Figura 1 – Hiller/Bélanger matrix.

Per servizio intendiamo i 'servizi online', espressione con cui ci si riferisce esclusivamente alla modalità particolare di interazione con gli utenti mentre il loro contenuto materiale riguarda qualsiasi compito amministrativo, quindi tanto funzioni quanto servizi in senso stretto (v. G. Cammarota, *Servizi pubblici online e partecipazione migliorativa*, in questo volume). Per servizio può pertanto intendersi «un'attività o serie di attività, di natura più o meno intangibile, che hanno luogo in uno scambio tra un fornitore e un cliente, dove l'oggetto della transazione è un bene intangibile» (Batini, 2013: 38).

Il livello di sofisticazione del servizio può a sua volta essere articolato in cinque stadi: informazione; comunicazione bidirezionale; transazione; integrazione; partecipazione politica⁴. Sono in particolare i primi quattro livelli che possono riferirsi specificamente all'amministrazione pubblica, laddove l'ultimo riguarda prevalentemente la questione di cui a volte si parla in termini di *e-democracy*.

Non che quest'ultimo aspetto possa dirsi irrilevante per il diritto amministrativo. Il CAD all'articolo 9 prescrive alle pubbliche amministrazioni di favorire «ogni forma di uso delle nuove tecnologie per promuovere una maggiore partecipazione dei cittadini, anche residenti all'estero, al processo democratico e per facilitare l'esercizio dei diritti politici e civili sia individuali che collettivi». Se si pensa per esempio ad alcuni interventi di Giorgio Berti negli anni '80 è innegabile che una versione ottimistica del rapporto tra ICTs e istituzioni democratiche vedeva nello sviluppo dell'informatica la chiave di volta per un cambiamento del rapporto tra istituzioni e cittadini, al cui interno collocare anche il diritto amministrativo, informato a una piena o autentica democratizzazione all'insegna della partecipazione diretta (questo aspetto è sviluppato nel lavoro di M. Pietrangelo, *Le pubbliche amministrazioni sul web tra comunicazione, consultazione e partecipazione*, in questo volume). All'inizio degli anni Novanta la prima affermazione di Internet aveva portato a considerare la 'rete' come la soluzione ai problemi atavici delle democrazie liberali legati alla qualità e quantità della partecipazione rappresentativa (Johnson, Post, 1996; Santos, 2007). A questo clima sono legati anche interventi dei governi in vari Stati per promuovere progetti di *e-government* non di rado assistiti da cospicui investimenti (Morison, 2003).

Non sembra, peraltro, che su questo versante gli auspici dell'indirizzo ottimalista si siano realizzati o siano vicini a esserlo (Burkhard, 2006; Longford, Patten, 2007). Anche probabilmente come conseguenza di tali insuccessi a questa visione se ne è andata sostituendo una che potremmo definire pragmatica, secondo la quale la tecnologia non ha nulla di particolarmente nuovo da offrire alla democrazia, limitandosi a rinforzare le pratiche e le istituzioni politiche e sociali esistenti (Agre, 2002; Longford, Patten, 2007).

Con queste concezioni convive una terza che è stata definita distopistica ove, vale a dire, le ICTs sono considerate strumenti in grado di mettere in pericolo o di distruggere la democrazia (Koops, 2008) e attentare alle basilari libertà delle persone. Un aspetto specifico dei pericoli legati all'erompere del governo digitale riguarda le inedite correlazioni che si pongono tra una disciplina antica, come la biometria (di cui si occupa G. Bellomo, *Biometria e digitalizzazione della pubblica amministrazione*, in questo volume), e la conservazione, riproduzione e trasmissione elettronica di informazioni tra i governi relativamente alle persone che si spostano da un paese a un altro.

L'approccio pragmatico che può considerarsi dominante è soprattutto rilevante restringendo il campo di osservazione all'amministrazione pubblica. Anche se, come visto, pure con riferimento alle pratiche a essa riferite vi era, in alcuni orientamenti della letteratura, la promessa di un cambiamento del rapporto con i cittadini e gli utenti in direzione di una maggiore democraticità, il tema dell'*e-government* è stato storicamente più spesso associato a quegli indirizzi – tanto politici quanto culturali – che vedono nella tecnologia uno strumento per realizzare l'ideale riformatore del *new public management* (NPM). Per esempio a questi indirizzi appartiene l'idea che le ICTs potrebbero diminuire le esternalità negative derivanti dalla formalizzazione delle decisioni amministrative in procedimenti amministrativi rigidamente codificati. Su questo aspetto si tornerà tra poco a proposito del rapporto tra dimensione informativa e dimensione transattiva e ancora più avanti per mettere in discussione l'assimilazione tra ideologia del NPM ed *e-government*.

Dei quattro livelli di sofisticazione dell'*e-government* relativi alla sfera amministrativa, il primo, quello dell'informazione, riguarda essenzialmente la creazione del sito istituzionale, secondo la disciplina delineata dall'art. 53 CAD, secondo cui i siti istituzionali devono operare su reti telematiche che rispettino «i principi di accessibilità, nonché di elevata usabilità e reperibilità, anche da parte delle persone disabili, completezza di informazione, chiarezza di linguaggio, affidabilità, semplicità di consultazione, qualità, omogeneità ed interoperabilità».

Il secondo livello, quello della comunicazione bidirezionale concerne una forma non completamente evoluta di interazione con gli utenti dei servizi amministrativi, che non include, vale a dire, alcuna transazione online. Possono esservi scambi di informazioni tra funzionari e utenti, può essere prevista la compilazione di domande online ecc., ma il servizio è reso in modo ordinario. Siamo ancora, pertanto, a uno stadio di carattere 'documentario'.

Transazione e integrazione sono le fasi ove il servizio è propriamente online e il ruolo delle ICTs diviene 'meta-documentario' (su queste locuzioni v. M. D'Angelosante, *La consistenza del modello dell'amministrazione 'invisibile' nell'età della tecnificazione: dalla formazione delle decisioni alla responsabilità per le decisioni*, in questo volume). In questi casi può parlarsi di procedure o procedimenti telematici poiché l'atto che definisce un determinato rapporto giuridico è operato attraverso il sito internet e quindi mediante l'uso di programmi informatici che elaborano dati e producono una 'decisione'. In taluni casi questo tipo di transazioni non appare troppo diverso da quanto avviene nel cosiddetto *e-commerce*, per esempio il pagamento di una sanzione. In altri casi invece si tratta di veri e propri atti amministrativi, come il rilascio di autorizzazioni o l'ottenimento di benefici.

La differenza tra la fase di transazione e integrazione è significativa per il fatto che la seconda pone maggiormente l'accento sulla necessità di realizzare una complessiva trasformazione delle pratiche di 'back-office', quindi in un certo senso si riferisce maggiormente alla dimensione organizzativa delle amministrazioni. Si rinviene nella letteratura l'idea che la fase dell'integrazione comporterebbe un vero e proprio passaggio da una concezione burocratico-centrica a una cittadino-centrica delle pubbliche amministrazioni, ove vale a dire tanto la dimensione organizzativa quanto quella prestazionale varierebbero in funzione delle esigenze degli utenti (Tat-Kei Ho, 2002).

Considerando la seconda dimensione sopra menzionata – quella che si riferisce ai destinatari dell'*e-government* – un punto è qui di preminente rilievo, salvo più avanti tornare sulla questione della dimensione organizzativa. Dovremmo considerare il passaggio dalla dimensione informativa verso quella transattiva come stadi progressivi di realizzazione dell'*e-government*? Come, vale a dire, se a un più elevato livello di sofisticazione corrisponda un avanzamento della 'cittadinanza' digitale? La risposta a questa domanda dipende dai punti di vista ed è questione di politiche. A ogni modo, secondo l'approccio del NPM, il cui modello – semplificando al massimo – è l'*e-commerce* e il cui valore essenziale è l'efficienza, l'obiettivo di fondo è proprio quello di giungere a una sempre più piena attuazione dello stadio della transazione rispetto a quello della semplice informazione. Assumendo un diverso punto di vista, si può, tuttavia, avanzare il dubbio che non sia quest'ultimo l'obiettivo necessariamente desiderabile e al quale informare le politiche pubbliche volte all'incremento dell'*e-government*.

Esiste ancora oggi in Europa un chiaro squilibrio tra offerta e domanda di *e-government* a favore della prima. Le politiche portate avanti dalla Commissione EU in accordo con gli Stati Membri tra il 1999 e il 2006 mostrano chiaramente una tendenza a privilegiare il versante *e-commerce*-transazioni online. E infatti nello stesso periodo si nota un notevole incremento di offerta di servizi online che giunge al 70% nel 2007 (Codagnone, 2010: 39, fig. 3.1).

A questo non corrisponde, però, una analoga crescita nell'impiego dei servizi online da parte degli utenti. Nel *Digital Agenda Targets Progress Report* (Digital Agenda Scorebord) della Commissione del giugno 2015 si parla di una crescita lenta dell'*e-government*. L'uso dei servizi di *e-government*, misurato sulla quantità di moduli trasmessi online (dei quali solo il 25% è indicato come completo), è passato in cinque anni dal 38% al 47%. Tale dato costituisce una media tra situazioni fortemente differenziate tra i vari Stati membri. Quanto all'Italia, tra i Paesi in coda alla lista (terzultima), il dato è poco superiore al 10% e non si è praticamente modificato nel quinquennio. Un sottoinsieme delle persone che non fruiscono di servizi online di *e-government* è costituito da coloro che non accedono a Internet in generale, il cui numero è peraltro in via di costante ridu-

zione. Nel *Digital Agenda Scorebord* appena citato ci si riferisce a Internet come a una 'storia di successo' e in effetti a livello di Unione si raggiunge una percentuale del 75%. Anche qui vi sono naturalmente considerevoli squilibri tra i diversi Stati membri e nella maggioranza di questi vi è comunque all'incirca un terzo della popolazione che non ha accesso alla rete.

Tra questi ultimi vi sono in particolare le persone appartenenti a gruppi svantaggiati, i quali sono, però, i maggiori candidati all'accesso a una serie di servizi sociali diretti a favorirne l'inclusione sociale – educazione, assistenza sociale, orientamento al lavoro ecc. Costoro sono peraltro quelli che con meno probabilità potranno diventare utenti di servizi di *e-government*, mentre l'impiego di tali tecnologie per favorire l'accesso alle prestazioni di assistenza sociale potrebbe costituire un importante strumento per una più efficiente ed efficace gestione di tali servizi (Codagnone, Osimo, 2010: 42-43).

Come è stato osservato, molti dei suddetti non-utenti delle ICTs potrebbero non divenire mai fruitori di *e-government* e questo richiede uno spostamento degli obiettivi delle politiche di digitalizzazione dal «tradizionale sforzo di aiutare tali persone a usare le tecnologie telematiche a nuovi approcci diretti a usare le tecnologie telematiche per aiutare tali persone» (Codagnone, Osimo, 2010: 42-43).

In breve, l'idea che il *focus* dell'*e-government* sia da individuare nella fase transattiva non è affatto pacifica, perché anzi si può sostenere che il principale valore dell'amministrazione telematica sia nell'informazione in sé e per sé (Dunleavy, Margetts, 2006).

In altre parole la dimensione dei 'servizi online' non coglie tutte le potenzialità del fenomeno ICTs. È comprensibile che il momento attiziale (la transazione nella matrice Hiller-Bélanger) attiri maggiormente la curiosità degli studiosi, specialmente dei giuristi. Si pensi alla figura dell'atto amministrativo telematico (v. M. Delgado, *La riforma dell'amministrazione digitale: un'opportunità per ripensare la pubblica amministrazione*, in questo volume). Tuttavia gli effetti delle ICTs sembrano doversi apprezzare anche, e forse soprattutto, nella dimensione organizzativa dell'amministrazione e su come questa si adatti o piuttosto resista alle sollecitazioni esterne: come è stato osservato, il profilo maggiormente critico sta nella difficoltà di riconcentualizzare e rendere operativo il lavoro delle burocrazie professionali – tanto all'interno delle singole amministrazioni quanto nelle reciproche interazioni – in termini di telelavoro (Duni, 2005).

Pertanto il fenomeno dell'*e-government* dovrebbe essere ulteriormente 'anatomizzato' o semplicemente più accuratamente analizzato adottando un modello esplicativo (e in parte normativo), diverso dalla matrice Hiller-Bélanger, facente perno sullo specifico funzionamento della pubblica amministrazione. Quello che propongo, quindi, è un modello mono-dimensionale in quattro fasi che combina sofisticazione e interazione secondo un diverso approccio (fig. 2). Esso consi-

dera l'informazione mono e bi-direzionale nella prima fase; nella seconda fase le transazioni in senso stretto, vale a dire riferite a quei servizi prestati dalla pubblica amministrazione assimilabili all'e-commerce; la terza fase concerne l'assunzione di decisioni amministrative nell'esercizio di compiti amministrativi; la quarta l'aspetto organizzativo-procedurale in termini di 'reingegnerizzazione' del funzionamento della pa. Primo e quarto stadio, informazione e organizzazione, sono trasversali e costituiscono l'infrastruttura dell'*e-government* e il suo valore di fondo.

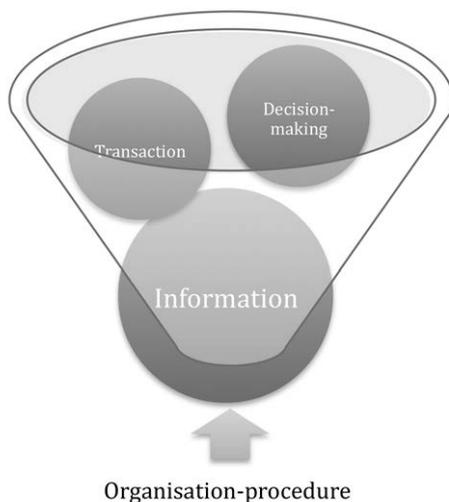


Figura 2 – Modello di *e-government* basato su informazione e organizzazione.

3. L'impatto delle ICTs sulla pubblica amministrazione. Le Agende digitali e il principio digital first

Come emerso nel precedente paragrafo, una delle questioni di fondo riguarda l'incidenza, quantitativa e qualitativa, dell'*e-government* sulle istituzioni di governo e la pubblica amministrazione. Forse sorprendentemente mancano in merito studi complessivi relativi alla situazione italiana. Esistono, tuttavia, studi e rapporti relativi al contesto internazionale. Quando si parla di ICTs e istituzioni pubbliche i dati si riferiscono a due aspetti o almeno questi sembrano i due più rilevanti. Il primo è relativo al grado di diffusione dell'*e-government* e quindi al successo delle politiche o 'agende digitali' nella parte in cui queste riguardano le pubbliche amministrazioni. Il secondo, assai più significativo, riguarda l'analisi e la valutazione delle pratiche conseguenti all'uso di tali tecnologie. In questo paragrafo ci si occuperà del primo profilo, nel prossimo paragrafo del secondo.

Vi è naturalmente un altro aspetto, di cui ci si occuperà più ampiamente nel paragrafo 5 e negli studi di base, che riguarda la delimitazione dei possibili scenari derivanti dalle regole giuridiche che si accompagnano all'introduzione di tali tecnologie e che incidono su nozioni caratterizzanti il diritto amministrativo, quali il provvedimento, il procedimento, la partecipazione.

Quanto al primo aspetto, va messo in primo luogo in luce una sorta di paradosso. Da un lato la pervasività delle ICTs sembra influire sulla struttura stessa degli assetti sociali e istituzionali, tanto da far parlare del periodo storico che stiamo vivendo come dell'era digitale. Dall'altro lato, si tratta di fenomeni che richiedono una specifica azione di governo, senza la quale, vale a dire, il cambiamento stenta a manifestarsi.

Insomma la politica non può dirsi senz'altro sopraffatta dalla tecnica se occorrono scelte, programmi e investimenti perché l'*e-government* possa divenire pratica diffusa e se tali decisioni, come visto nel paragrafo precedente, non sono neutre rispetto al modello di *e-government* che si desidera perseguire. Come si vedrà tra poco, sembra, piuttosto, che l'impiego delle ICTs possa amplificare o enfatizzare le caratteristiche di taluni ideal-tipi o modelli di amministrazione pubblica, ma non costituire un modello a sé stante.

È piuttosto evidente, comunque, che tale era digitale produce nuove asimmetrie e squilibri. Uno dei *digital divides* riguarda proprio lo scarto tra il funzionamento dell'amministrazione tradizionale – basti pensare al tema dei tempi – e le modalità di interazione socio-economica sviluppatesi grazie alla rete digitale.

I governi devono essere in grado di selezionare, acquisire e far funzionare in modo adeguato sistemi operativi assai complessi e sofisticati. Come mostra l'esperienza di diversi Stati dell'Unione europea non è scontato che questo segua dalla quantità di risorse investite nei relativi programmi (Keen, 2010).

È questo il quadro nel quale si collocano le 'agende digitali'.

A livello di Unione europea l'Agenda digitale per l'Europa lanciata nell'ambito della strategia Europa 2020 ha finalità molto più ampie dell'informatizzazione della pa, riguardando principalmente lo sviluppo economico e l'occupazione, raggruppate in sette aree prioritarie e 101 azioni. Tra gli obiettivi di fondo vi sono la adozione di un nuovo e stabile quadro regolatorio per la banda larga, la creazione di specifiche infrastrutture per i servizi pubblici digitali e l'incremento delle competenze digitali. Come accennato il livello di raggiungimento di tali obiettivi da parte degli Stati membri è misurato annualmente nel *Digital Agenda Scoreboard* di cui si è detto in precedenza sottolineando come l'Italia si collochi tra i paesi 'ritardatari'. L'Agenda digitale italiana avrebbe il compito di colmare questo ritardo.

Un altro indicatore, più comprensivo e raffinato dello Scoreboard, il Digital Economy and Society Index (DESI) (<<http://ec.europa.eu/digital-agenda/en/>

desi», 09/2016), fornisce dati più precisi sui singoli Paesi. Si tratta di un indice composito, sviluppato dalla Commissione Europea al fine di verificare lo sviluppo degli Stati Membri verso un'economia digitale, che prende in considerazione un insieme di fattori strutturati attorno a cinque dimensioni: connettività, capitale umano, uso di internet, integrazione della tecnologia digitale e servizi pubblici digitali. Secondo il rapporto DESI 2015 l'Italia si colloca al venticinquesimo posto tra i paesi UE. Tra gli elementi che più influiscono su questo risultato vi è la scarsa connettività, dovuta a una bassa disponibilità di collegamenti internet veloci, ma anche una bassa percentuale di competenze digitali e in generale un uso di internet limitato. Il 31% della popolazione italiana non ha mai usato internet e ancora alta è la diffidenza nei confronti delle transazioni online. Degli utilizzatori abituali di internet solo il 42% ricorre all'online banking e il 31% al commercio elettronico.

Lo sviluppo dell'*e-government* è indubbiamente influenzato da tutti questi fattori, ciò che si riflette sulla dimensione dei servizi pubblici online, che sebbene sia più vicina alla media europea è pur sempre poco sviluppata. Il rapporto individua tra i fattori specifici di questo ritardo l'assenza di competenze digitali all'interno delle burocrazie professionali. Quanto promesso dal codice dell'amministrazione digitale ormai da un decennio, vale a dire che le pubbliche amministrazioni centrali e locali devono rimodellare organizzazione e funzionamento secondo le nuove tecnologie della comunicazione per assicurare «la disponibilità, la gestione, l'accesso, la trasmissione, la conservazione e la fruibilità dell'informazione in modalità digitale», non si è ancora lontanamente realizzato.

D'altronde il CAD – già molte volte modificato mediante svariati decreti-legge – prevede l'adozione di un gran numero di misure di attuazione attraverso una pluralità di fonti normative (regolamenti, d.p.c.m., decreti ministeriali, linee guida, regole tecniche) la maggior parte delle quali non ha ancora visto la luce (Monitoraggio dell'attuazione dell'Agenda digitale italiana del Servizio Studi della Camera, 20 marzo 2015, n. 159 <<http://documenti.camera.it/Leg17/Dossier/Pdf/TR0270.Pdf>>, 09/2016). Il decreto legislativo 179/2016 di riforma del CAD mira a risolvere questo problema espungendo la maggior parte delle disposizioni di carattere prettamente tecnico e demandando la loro individuazione a un successivo provvedimento da adottare con decreto del Ministro delegato per la semplificazione e la pubblica amministrazione, per la protezione dei dati personali nelle materie di competenza.

L'art. 1 della legge delega 124/2015 enfatizza la centralità dell'amministrazione digitale. Particolarmente impegnativo è quanto si legge nel comma 1, lett. b) di tale articolo 1, che introduce nell'ordinamento il nuovo principio «innanzitutto digitale» (*digital first*) il quale comporta la ridefinizione e sem-

plificazione sia dei procedimenti amministrativi, in relazione alle esigenze di celerità, certezza dei tempi e trasparenza nei confronti dei cittadini e delle imprese sia l'organizzazione e le procedure interne a ciascuna amministrazione mediante una disciplina basata sulla digitalizzazione. Non pare, tuttavia, che la formulazione di nuovi principi – in ipotesi più ‘convincenti’ dei precedenti – possa di per sé rendere più effettiva l'Agenda Digitale Italiana (ADI)⁵. L'art. 3 CAD, a sua volta, ha attribuito a cittadini e imprese un nuovo diritto all'uso delle tecnologie telematiche nelle comunicazioni con le pubbliche amministrazioni. Questo diritto si riferisce, dunque, alla sola dimensione informativa (in questo senso vedasi per esempio Pietrangelo, 2005). Non è chiaro se quanto di recente prevede l'art. 1.1 della legge 124/2005 in merito al diritto dei cittadini e delle imprese di «accedere a tutti i dati, i documenti e i servizi di loro interesse in modalità digitale» estenda il contenuto del precedente diritto. L'art. 7 del decreto legislativo 179/2016 (anch'esso direttamente riferibile al principio *digital first*), relativo alla qualità dei servizi resi e alla soddisfazione dell'utenza, dispone un obbligo in capo ai soggetti cui si applica il CAD di rendere disponibili i propri servizi per via telematica nel rispetto delle disposizioni del Codice e degli standard e livelli di qualità anche in termini di fruibilità, accessibilità, usabilità e tempestività, stabiliti con le regole tecniche, consentendo agli utenti di esprimere la soddisfazione rispetto alla qualità del servizio reso e prevedendo la pubblicazione sui propri siti dei dati risultanti. Al fine di garantire effettività alla disposizione si stabilisce, altresì, che, in caso di violazione degli obblighi, gli interessati possano agire in giudizio, nei termini e con le modalità stabilite nel d.lgs. 198/2009, ossia con una cosiddetta *class action*. Viene altresì previsto presso ogni Pubblica Amministrazione un difensore civico digitale con il compito di vigilare sul corretto adempimento degli obblighi digitali delle pa. La relazione allo schema di decreto enfatizza che il principio ispiratore della riforma è quello di partire dai diritti digitali e non dal processo in sé e pertanto parrebbe che ‘rendere disponibili i propri servizi’ (vale a dire tutta l'attività amministrativa) sia trattato come l'oggetto di una obbligazione. Il Consiglio di Stato nel parere citato nel paragrafo introduttivo a proposito del riferimento alla cosiddetta ‘class action amministrativa’ va anche oltre suggerendo che quest'ultima sia ulteriore rispetto alla ordinaria azione giurisdizionale.

Il legislatore sembra convinto che l'ampliamento dell'area della digitalizzazione a tutta l'attività amministrativa accoppiata con l'attribuzione di un diritto a contenuto organizzativo a questo relativo sia la migliore garanzia per rendere finalmente effettivo l'*e-government*. L'idea è che «spostare l'attenzione dal processo di digitalizzazione ai diritti digitali dei cittadini» possa di per sé innescare i processi innovativi in questione.

Si possono sollevare dubbi al riguardo. In primo luogo sulla stessa idea di una relazione diritto-obbligo, vale a dire giudizialmente azionabile. L'aver previsto un rinvio alla class action non pare un indizio sufficiente a dare per certo che siamo in presenza di una tale relazione. A disposizione di consumatori e loro associazioni la class action amministrativa è concepita come un modo di verifica che i servizi pubblici e di pubblica utilità siano conformi con le carte dei servizi e con gli standard fissati o che le autorità e i prestatori abbiano adottato le relative regole e il giudice amministrativo può solo emanare ordini per rimediare a tali problemi a condizione di non incidere sulla finanza pubblica. È difficile immaginare come questo modello sia adattabile alla sorta di obblighi organizzativi in parola. Ancora più problematico è ricondurre a tale azione la protezione di specifici diritti individuali alla digitalizzazione. Pare, inoltre, implausibile che i giudici amministrativi possano interpretare tali diritti come abilitanti singoli individui o promuovere azioni di condanna ad agire in modalità digitale o azioni costitutive per l'annullamento di atti assunti non in modalità digitale in quanto affetti da vizi procedurali. Possibilmente la class action diventerà concretamente azionabile solo quando saranno stati emanati regole, criteri tecnici e standard qualitativi – con i relativi impegni finanziari – cui le amministrazioni devono conformarsi.

Più probabile e opportuno è considerare il riferimento al linguaggio dei diritti in termini morali e non strettamente giuridici, sulla base della considerazione che il problema maggiore riguarda come in concreto l'impiego delle tecnologie informatiche interagisce con le pratiche e i modelli di funzionamento delle amministrazioni pubbliche. Nel prossimo paragrafo, utilizzando la letteratura in argomento, si discuteranno due esempi che sembrano indicativi di caratteristiche generalizzabili.

4. Gli effetti della digitalizzazione sul funzionamento delle amministrazioni pubbliche

Due sono le domande che ad avviso di chi scrive meritano di essere specialmente poste.

La prima è come misurare l'impatto qualitativo delle tecnologie digitali sul funzionamento dell'amministrazione, dove con qualitativo si intende porre l'accento non solo sull'efficienza (per esempio riduzione dei tempi e risparmi di spesa), ma anche sulla specifica interazione tra modalità procedurali, assunzione delle decisioni, interazione con i soggetti esterni ecc.

La seconda – in qualche modo dipendente dalla prima – è se in presenza di diversi modelli di amministrazione pubblica oppure di *inputs* diversi provenienti dagli organi di indirizzo politico l'ICT ha anche un diverso impatto e/o assume tratti qualitativamente diversi.

La prima questione riguarda più propriamente l'impatto dell'*e-government* sull'organizzazione e il funzionamento della pa.

A questo riguardo il problema di fondo è come misurare questo impatto, quali misuratori adottare. I seguenti quattro tratti da uno studio che prende in considerazione estensivamente la letteratura in materia sembrano sufficientemente esplicativi dei possibili effetti delle tecnologie digitali sul funzionamento delle amministrazioni pubbliche: capacità (*capabilities*), interazioni (*interactions*), orientamenti (*orientations*) e valori (*value distribution*) (Andersen *et al.*, 2010).

L'impatto in termini di capacità riguarda gli effetti dell'*e-government* sul modo come una certa unità amministrativa si relaziona con il proprio ambiente di riferimento, specialmente in termini di qualità delle informazioni e cambiamenti nella efficienza o efficacia delle prestazioni. In qualche modo questa prima unità di misura si ricollega maggiormente a quella che nel paragrafo 1 si è definita dimensione informativa dell'*e-government*. I fattori che maggiormente rilevano sono la possibilità di accesso ai dati e la qualità di questi in termini di completezza e affidabilità.

Meno univoco o scarsamente percepibile – o semplicemente poco studiato – è l'impatto su altri fattori che possono ricondursi alla 'capacità', come l'innalzamento della produttività, la riduzione dei costi, il miglioramento delle attività di programmazione.

L'impatto in termini di interazioni tra le unità misura come l'*e-government* influenza i modelli di esercizio del potere e controllo nonché la comunicazione, il coordinamento e la cooperazione tra i soggetti pubblici e tra questi e gli attori privati. Questa seconda unità di misura concerne, quindi, le quattro dimensioni nel paragrafo 2 definite, rispettivamente, di comunicazione bidirezionale, transazione, integrazione, partecipazione.

Gli effetti in termini di orientamenti riguardano le considerazioni cognitive e le considerazioni valutative. Per esempio se considerazioni di ordine quantitativo abbiano acquisito maggiore importanza nei processi decisionali rispetto agli elementi qualitativi, se vi è un modo differente di strutturare i problemi e se i soggetti muniti di potestà decisionali puntuali percepiscono che la loro discrezionalità sia stata alterata dall'*e-government*.

Per valori, infine, possono intendersi gli eventuali cambiamenti relativi agli obiettivi più generali perseguiti dagli attori pubblici, specialmente in termini di diritti e sfera individuale dei cittadini e utenti, salute, benessere ecc.

Quello che le indagini empiriche – il cui numero è ancora limitato – sembrano dimostrare è che l'impatto maggiore e generalmente positivo delle ICTs nelle amministrazioni pubbliche sia riscontrabile soprattutto quanto al primo misuratore ('capacità') e specialmente in termini di accesso e qualità delle informazioni.

Apprezzabile e positivo è anche l'impatto che si registra in termini di 'interazioni', anche se qui non è chiaro se sia pur sempre la dimensione unidirezionale della disseminazione delle informazioni a favorire una migliore disposizione dei cittadini nei confronti delle amministrazioni ovvero si possa parlare di un cambiamento sostanziale delle procedure in cui sono coinvolti soggetti esterni all'amministrazione.

L'impatto dell'*e-government* in termini di valori (11%) e orientamenti (3%) resta comunque limitato (Andersen *et al.*: 574-575). Questo naturalmente potrebbe essere semplicemente il riflesso sia della maggiore sofisticazione necessaria all'applicazione delle tecnologie informatiche agli aspetti sostanziali dei compiti amministrativi e sia della difficoltà di rilevazione empirica di tali aspetti.

Nello studio sopra citato si osserva peraltro come l'impatto sulle modalità di assunzione delle decisioni sia da considerare tendenzialmente positivo, in particolare citando un lavoro condotto su quattro autorità locali in Svezia ove la codificazione informatica delle componenti politiche delle decisioni ha prodotto procedure decisionali più formalizzate e per questo più semplici da controllare e valutare (Grönlund, 2003).

Naturalmente resta opinabile, dinanzi a dati di questo genere, il giudizio di valore positivo/negativo, potendosi per esempio obiettare che una siffatta codificazione impoverisce inevitabilmente il processo decisionale.

Salvo tornare più avanti su tali aspetti, quello che preme sottolineare è che lo scarso impatto (scontando anche la difficoltà di misurazione di esso) delle ICTs su come le autorità amministrative effettuano le proprie valutazioni in termini di politiche, interessi, etc, rispecchia aspetti di fondo del funzionamento delle amministrazioni pubbliche che difficilmente nel breve periodo muteranno – specialmente in Italia – per effetto dell'*e-government*.

Il che conduce alla seconda questione poco sopra enunciata quella dell'influenza delle ICTs sui modelli di amministrazione pubblica su cui le prime vengono trapiantate.

Un'analisi condotta attraverso i siti dei governi centrali, dei Parlamenti e dei primi ministri concerne in particolare quella che viene definita *financial accountability*, vale a dire il grado di affidabilità delle informazioni sulla stato della finanza pubblica di un paese che deriva dalla disponibilità delle informazioni relative in rete (Pina, Torres, Acerete, 2007).

Tra i risultati di questo studio vi è il fatto che le differenze registrate tra i diversi paesi non derivano da differenti impieghi delle ICTs ma dallo 'stile' delle pubbliche amministrazioni e dai requisiti giuridici relativi alla predisposizione e gestione dei documenti di bilancio e finanza pubblica presenti in ogni ordinamento.

In altre parole questa indagine conferma una marcata strumentalità delle ICTs ad altri fattori sostanziali, rispetto ai quali le prime possono funzionare

come elementi di amplificazione e maggiore effettività di dinamiche che devono essere altrimenti governate.

Ciò significa che la digitalizzazione tende a riflettere e rinforzare i modelli politico-amministrativi di riferimento, in particolare per quanto riguarda il mondo occidentale i quattro individuati dall'OCSE: l'anglo-americano, il tedesco, il sud europeo e lo scandinavo, considerato un ibrido tra il tedesco e l'anglo-americano.

In sostanza Internet costituisce un aiuto per cambiamenti nel senso di una maggiore responsabilizzazione delle istituzioni pubbliche, ma esso non è ancora un mezzo particolarmente effettivo di modificazione degli elementi distintivi dei diversi modelli di riferimento, quali per esempio la consultazione dei cittadini, il dibattito politico o altri elementi di impulso alla democrazia deliberativa nel processo decisionale.

Il quadro che emerge da alcuni dei lavori presenti in questo volume, come si vedrà nel prossimo paragrafo, conferma queste risultanze.

5. Profili concettuali dell'impatto delle ICTs su funzionamento e organizzazione delle amministrazioni pubbliche

Tenendo conto di quanto sinora osservato in termini di caratteristiche fondamentali e impatto dell'*e-government* sul funzionamento delle amministrazioni pubbliche, si passa ora a discutere sul piano analitico e concettuale tre questioni di fondo che emergono in particolare dagli studi di base.

5.1 I dati aperti

La coppia costituita dalla dimensione informativa e dall'impatto in termini di capacità dell'*e-government* costituisce l'aspetto probabilmente di maggior momento, quello vale a dire in grado di determinare sin d'ora i maggiori effetti sulla sostanza del diritto amministrativo.

In termini giuridici e dal lato dei destinatari esso è legato in particolare all'accesso – individuale o civico – alle informazioni in possesso delle amministrazioni pubbliche.

Un fenomeno inedito, favorito dalla rete internet e non riducibile ai temi dell'accesso, è quello relativo alla gestione di grandi masse di dati, oggetto di un dibattito acceso.

Si intravede nell'ordinamento italiano la base legale – con la conseguente struttura tecnico-organizzativa – di una sorta di presunzione di rilevanza di tutta l'informazione prodotta o posseduta e gestita dalle pubbliche amministrazioni.

Da questo punto di vista la tecnica è considerata fonte di opportunità e di cambiamento in senso progressivo, di ampliamento della platea di diritti (di informazione) e di loro più effettiva soddisfazione.

Vi è chi ritiene che siamo in presenza di una rivoluzione che trasformerà il nostro modo di vivere, lavorare e pensare (Meyer-Schönberger, Cukier, 2013).

Attraverso la gestione di questa enorme e sempre più complessa massa di informazioni vi sarebbe non solo la concreta possibilità di servizi pubblici molto più efficienti e rapidi e personalizzati piuttosto che forniti su basi categoriali ma anche di migliorare drasticamente i processi decisionali in tutti i settori delle politiche pubbliche (Misuraca, Mureddu, Osimo, 2014).

Non manca, all'opposto, chi solleva vari tipi di obiezioni suggerendo un atteggiamento più cauto.

Le obiezioni più comuni sono quelle relative ai rischi per la riservatezza o all'ipotesi che dietro l'entusiasmo per il fenomeno *big data* vi siano semplicemente gli interessi commerciali delle grandi multinazionali ITs.

Altri si mostrano scettici sull'effettivo impatto che il mero incremento dei dati a disposizione possa avere sull'assunzione delle decisioni pubbliche, ponendo l'accento sul fatto che tale fenomeno non incide sulla capacità e volontà dei decisori pubblici di tenerne conto in modo spassionato (Kahneman, 2012).

Proprio su questo terreno si misura una delle ipotesi di impatto dei dati aperti sull'esercizio dei compiti amministrativi oggetto del lavoro di Marongiu, che indaga se, come e in quale misura la pratica dei dati aperti abbia ripercussioni sul procedimento amministrativo, sia cioè in grado di modificare gli equilibri, le dinamiche e le posizioni giuridiche relative alla partecipazione al procedimento amministrativo.

Il dato di partenza è che il nostro ordinamento ha oggi accolto la nozione di dati aperti, in particolare con riferimento alle banche dati in possesso delle pubbliche amministrazioni, passando da una concezione sostanzialmente fondata sul modello della proprietà intellettuale – da cui scaturiscono diritti economici da gestire mediante licenze – a una fondata sulla libertà di riutilizzo di tali dati. Come messo in luce da Marongiu (*I dati aperti come strumento di partecipazione al procedimento amministrativo*, in questo volume) si tratta di un processo che si è affermato sul piano della prassi, consentendo tuttora la legislazione di subordinare l'accesso dei privati ai dati posseduti dalle amministrazioni al pagamento di una tariffa. Ciò che accade per i dati che si vuole rendere liberamente fruibili è che in luogo della licenza commerciale le amministrazioni adottano una sorta di licenza non commerciale che consente a chiunque di riutilizzare in qualunque sede le banche dati, anche per finalità commerciali, purché si adottino taluni accorgimenti, come per esempio non attribuire a tali informazioni carattere di ufficialità, adottare misure idonee a evitare che tali informazioni possano essere travisate ecc.

La legislazione tanto europea quanto interna ha poi favorito tale processo, in sostanza rendendo la tariffazione per l'accesso alle informazioni un'eccezio-

ne alla regola della libera fruibilità. Il già menzionato articolo 1 comma 1, lett. c) della legge 124/2015 annovera tra i criteri direttivi per l'esercizio della delega sulla riforma delle pubbliche amministrazioni la garanzia dell'accesso e il riuso gratuiti di tutte le informazioni prodotte e detenute dalle amministrazioni pubbliche in formato aperto.

Un problema interessante dell'accesso a tali dati aperti è quello dell'uso strumentale di essi. L'idea che il loro impiego possa innescare gli accennati processi di miglioramento in termini di 'buona amministrazione' dipende dal fatto che i fruitori li utilizzino non soltanto in funzione di 'controllo politico' sulle istituzioni pubbliche ma anche come fatti su cui innestare specifici interessi partecipativi in un determinato procedimento amministrativo.

Il carattere peculiare di questa evenienza è che dati appartenenti a una banca dati di un'amministrazione pubblica siano utilizzati da un altro soggetto per sostanziare 'diritti partecipativi' ai sensi dell'art. 10 LPA in un procedimento amministrativo di questa stessa o di un'altra amministrazione.

Tra i vari problemi – anche di ordine più propriamente tecnico messi in luce da Marongiu – che questa ipotesi pone vi è il grado di affidabilità di tali dati e quindi il modo come essi devono essere trattati dalle amministrazioni precedenti. L'origine per così dire spontanea della pubblicazione dei dati aperti comporta come visto il paradosso che la loro riutilizzabilità dipenda dall'accettare il loro carattere non ufficiale, per così dire non fidefacente, che probabilmente invece non avrebbero informazioni vendute in base a una licenza commerciale.

Questo del resto è un problema di fondo della società dell'informazione e del fenomeno *big data*, la sfida al principio dell'autoritatività/autorevolezza di una informazione sulla base della sua provenienza. In questa ottica sembrerebbe doversi dire che i dati pubblici aperti, utilizzabili a proprio rischio e pericolo dai soggetti interessati a un procedimento amministrativo, non presentano caratteri giuridici diversi da qualsiasi altro dato presente in rete e quindi non comportano oneri di particolare presa in considerazione ulteriori rispetto a quanto non derivi già dal fatto che in base alla LPA gli interessati possono produrre documenti a supporto delle proprie memorie.

5.2 Procedimento amministrativo e partecipazione

Il profilo da ultimo toccato rinvia al tema della dimensione bidirezionale e deliberativa (o transattiva) dell'*e-government*, che come visto presenta profili di ambivalenza dal punto di vista dell'impatto in termini sia quantitativi sia qualitativi.

Qui ci si pone idealmente sul crinale che separa due concezioni opposte della diffusione dell'*e-government* nelle amministrazioni pubbliche, quel-

lo per così dire più risalente che declina assieme ICTs e *new public management*, e quello invece più recente che mette radicalmente in discussione questa sorta di equazione ricollegando invece il fenomeno dell'*e-government* proprio alla crisi del NPM.

È interessante osservare che una identica contrapposizione concettuale attraverso la stessa idea del procedimento amministrativo rispettivamente come momento di composizione di interessi o come fattore di razionalizzazione/semplificazione dei compiti affidati alle burocrazie pubbliche. Ovvio richiamare l'annoso dibattito relativo alla compresenza di un'anima garantista e una efficientista nella legge 241/1990.

In realtà l'associazione tra NPM – con l'accusa al procedimento amministrativo di essere inutilmente lungo, non trasparente e burocratico – e ricorso alle ICTs non è immediatamente evidente sul piano concettuale.

Il fatto che, per esempio, l'uso delle tecnologie informatiche dovrebbe comportare il superamento della sequenzialità degli atti procedurali in favore di una sorta di contestualità (Duni, 2008: 53) non pare mettere in discussione né l'idea fondamentale dell'interdipendenza seriale tra gli atti di un procedimento né la possibilità di continuare a coltivare una nozione dell'azione amministrativa di carattere legale-burocratico secondo la tradizione weberiana. Su questo ultimo punto si tornerà, peraltro, nel prossimo sub-paragrafo.

Un importante articolo pubblicato ormai dieci anni fa sfida apertamente l'associazione NPM-ITCs, proponendo un nuovo modello esplicativo chiamato DEG (*digital-era governance*) ove proprio l'importanza centrale assunta dall'informatizzazione nei cambiamenti delle pratiche amministrative e nella interazione con cittadini e utenti costituirebbe il definitivo superamento dell'era NPM (Dunleavy Margetts, 2006: 478).

I lavori di Cammarota e Pietrangelo possono essere ascritti a questo ampio orientamento, ove l'idea di partecipazione migliorativa – come contrapposta alla partecipazione in veste difensiva – usata dal primo fa il paio con la promozione della cittadinanza attiva e la realizzazione del principio di sussidiarietà orizzontale.

Un espresso riferimento al nesso tra partecipazione e amministrazione digitale, declinato in termini molto ampi, si legge nell'art. 1, comma 1, lett. c) della legge 124/2015 con riferimento alla partecipazione con «modalità telematiche ai processi decisionali delle istituzioni pubbliche».

La partecipazione migliorativa – che presuppone l'adozione di modelli organizzativi che favoriscono il ruolo attivo dei cittadini nel concepire e portare ad attuazione i compiti amministrativi – sarebbe specialmente consona al cosiddetto ambiente digitale 2.0, il cui tratto distintivo risiede proprio nell'interazione. Come scrive Cammarota «il ricorso al web 2.0 in ambito ammini-

strativo apre la prospettiva a nuovi modelli partecipativi e a inedite possibilità di costruzione dei rapporti tra amministrazioni e comunità governate. In particolare, l'ambiente digitale attuale può favorire un processo di incremento della collaborazione tra amministrazioni e cittadini nella definizione dell'agenda politica, nell'implementazione e nella valutazione delle politiche pubbliche, nonché allo specifico scopo di adattare l'azione di governo alle preferenze dei cittadini».

Questa impostazione, di taglio evidentemente normativo, fa perno sul concetto di adattamento del ciclo dei servizi amministrativi (online) alle esigenze dell'utenza e di conseguenza sulla valorizzazione delle disposizioni legislative in cui si rinvencono obblighi di adattamento delle azioni amministrative all'esito di processi di valutazione, controlli ecc. (per esempio direttive sulle carte dei servizi pubblici e disciplina del 'ciclo della performance').

Considerando l'intenzione prevalentemente normativa del lavoro di Cammarota esso deve essere valutato sotto il profilo della plausibilità dello scenario raccomandato, fermo restando il fatto che resta aperto alla discussione, e alle preferenze di ciascuno, il tema più ampio della desiderabilità di una transizione verso forme di partecipazione che tendenzialmente portino al superamento – da un altro versante rispetto a quello del NPM – del modello di amministrazione basato sulla trasmissione ai funzionari amministrativi della quota di politicità che deriva loro dall'essere parte del circuito politico-rappresentativo.

Al netto della necessità di rimuovere gli ostacoli alla partecipazione migliorativa digitale che Cammarota correttamente individua in vincoli economici, formazione dei dipendenti pubblici, *digital divide* e adesione politica dei funzionari pubblici, l'ipotesi di lavoro è certamente plausibile ed è anzi probabile che nel medio/lungo termine l'evoluzione dei *social media* costituirà uno dei più potenti fattori di trasformazione.

È però anche vero che nel breve termine – anche tenendo conto di quanto esposto nei paragrafi precedenti – proprio gli ostacoli individuati da Cammarota (che egli preferisce chiamare in positivo 'fattori abilitanti'), a partire dalla cultura e valori delle burocrazie professionali, sarà difficile registrare tanto la transizione verso una più concreta apertura a istanze partecipative (o addirittura una piena realizzazione dell'ideale della democrazia amministrativa) quanto un cambiamento qualitativo della stessa, passando da strumento di difesa a elemento di co-amministrazione.

Altro profilo che riguarda i temi della partecipazione, non necessariamente legata in senso stretto ai modelli procedurali, è quello della consultazione dei cittadini nei processi decisionali, oggi evocata come visto nella legge di riforma delle pubbliche amministrazioni e anch'essa da tempo oggetto di attenzione nell'ambito dell'*e-government*.

Qui il lavoro della Pietrangelo si sofferma sui limiti tecnico-giuridici alla realizzazione di forme di consultazione online, in particolare prendendo in esame le relazioni tra le forme di consultazione obbligatoria e facoltativa e i vincoli e le conseguenze che derivano dall'impiego di piattaforme diverse da parte di diverse autorità.

Anche in questo caso l'esame, da un lato, delle disposizioni giuridiche e, dall'altro lato, della prassi rivela una situazione in transizione, ma ancora lontana dal fare della consultazione del pubblico interessato un elemento fondante delle politiche pubbliche o delle decisioni amministrative di carattere generale.

Si nota, per esempio, l'assenza nella casistica di forme di consultazione del pubblico nei procedimenti relativi alle infrastrutture, per le quali è diffusa l'opinione che il coinvolgimento dei vari gruppi di cittadini interessati in fase di programmazione e progettazione delle opere è un fattore essenziale per la stessa riuscita dei programmi infrastrutturali (Civitarese Matteucci, 2015).

Questo sembrerebbe un terreno d'elezione per l'impiego della tecnologia digitale, vista l'esigenza di coniugare il coinvolgimento del pubblico con le esigenze di celerità che sempre caratterizzano (sulla carta) la realizzazione delle opere pubbliche.

Anche su questo è di recente intervenuta la l. 124/2015 che all'art. 2, comma 1, lett. b) delega il governo a ridefinire i tipi di conferenza di servizi al fine di introdurre per i provvedimenti di carattere generale modelli di istruttoria pubblica al fine di garantire la partecipazione *anche* telematica degli interessati al procedimento.

Come osserva Pietrangelo, a parte la buona volontà di qualche amministrazione, in altre parole l'esistenza qua e là di buone prassi, quello che manca è una cornice di regole che definisca i limiti oggettivi e soggettivi delle consultazioni via web.

In questo caso, vale a dire, l'assenza della formalizzazione del quadro in cui la consultazione pubblica dovrebbe operare, in particolare la specificazione degli effetti che essa dovrebbe produrre, appare un ostacolo al trasferimento della vivacità e 'voglia di partecipazione' che sembra caratterizzare certe esperienze nate attorno a un uso sociale di Internet come *i digital commons* (Benkler, 2006: 133 sgg.) e che in tesi si dovrebbe cercare di integrare all'interno dei circuiti decisionali tradizionali.

Tali esperienze si configurano non di rado come forme di organizzazione sociale alternative alla democrazia rappresentativa (e al mercato dei beni di consumo), laddove la sfida per le istituzioni rappresentative, e le loro articolazioni amministrative, è quella non di sostituire il modello della democrazia rappresentativa ma di utilizzare le ITCs e la rete per aiutarla a sopportare meglio il peso degli anni.

5.3 L'organizzazione e le forme procedurali. Gli effetti di orientamento delle ICT. Discrezionalità e responsabilità

Il terzo aspetto riguarda ancora il procedimento, ma questa volta dal punto di vista dei suoi risvolti organizzativi e della sua struttura.

Riprendendo la sequenza incrementale esposta nel primo paragrafo, si osserva che i progetti di *e-government* mirano alla 'reingegnerizzazione' del procedimento amministrativo in concomitanza con la fase dell'integrazione, nella quale cioè la riorganizzazione delle strutture organizzative e dei momenti decisionali (anche coinvolgenti più amministrazioni pubbliche o livelli di governo e persino cittadini e imprese) è concentrata in un unico punto di accesso.

La reingegnerizzazione, in particolare, dovrebbe rispondere all'obiettivo di riorientare organizzazione e prassi delle pubbliche amministrazioni verso i bisogni degli utenti, riformulando le procedure attorno al servizio da prestare piuttosto che partendo dal momento del conferimento del potere.

Occorre qui osservare che questo spostamento di baricentro non è neutro né deriva di per sé dalla tecnica impiegata. La centralità dell'utente può essere funzionale tanto all'idea della aziendalizzazione della pubblica amministrazione, cui si collega la prima stagione dell'*e-government*, quanto a idee opposte quali la democrazia amministrativa, la partecipazione migliorativa ecc. La digitalizzazione potenzia considerevolmente la realizzazione dell'uno a altro di questi obiettivi, ma si tratta pur sempre di stabilire quale è l'obiettivo che si vuole perseguire. Resta il fatto che i sistemi operativi sono concepiti e gestiti dalle amministrazioni e così deve essere.

Inoltre, come si è visto in precedenza, almeno al livello attuale delle conoscenze sul fenomeno, le caratteristiche fondamentali dei modelli di amministrazione pubblica sembrano comunque non mutare in funzione dell'uso delle ICTs.

A ogni modo la trasformazione del vettore delle informazioni da carta e inchiostro a *bits* gioca un ruolo fondamentale nella disseminazione del supporto conoscitivo per le decisioni, pur ponendo nuovi problemi sul piano della imputabilità dei documenti informatici e della certezza della loro integrità di cui si occupa il contributo di Orofino (*L'esternazione informatica degli atti amministrativi*, in questo volume).

Mediante le tecniche digitali le informazioni possono essere centralizzate, da una parte, e poi facilmente condivise e analizzate tra diversi uffici, quindi decentralizzate, da un'altra parte. Si suppone che questo processo di centralizzazione-decentralizzazione dell'informazione assicuri al tempo stesso maggiore trasparenza e responsabilità dei funzionari pubblici (Petrakaki, 2010: 100).

Nell'ordinamento italiano la disciplina del fascicolo elettronico di cui all'art. 41 CAD sembra prestarsi a interpretazioni in questa direzione. Nel fascicolo in-

formatico sono raccolti gli atti, i documenti e i dati del procedimento da chiunque formati ed esso è realizzato garantendo la possibilità di essere direttamente consultato ed alimentato da tutte le amministrazioni coinvolte nel procedimento.

Ancora più comprensiva, perché non legata al solo profilo procedimentale ma alla dimensione soggettiva dell'amministrazione, è la soluzione adottata nell'ordinamento spagnolo, ove, come mette in luce Martin Delgado, la legislazione ha individuato una «sede elettronica della Pubblica Amministrazione», intesa come uno spazio virtuale per l'esercizio delle competenze amministrative, «e ciò implica pertanto che, dalla prospettiva dei cittadini, le pubbliche amministrazioni smettono di essere trama complessa per trasformarsi in una pagina web dalla quale, con le dovute garanzie, si prestano servizi pubblici, si concretizzano le pratiche e si risolvono i procedimenti amministrativi» (v. M. Delgado, *La riforma dell'amministrazione digitale: un'opportunità per ripensare la pubblica amministrazione*, in questo volume). La legge, osserva Martin Delgado, stabilisce una specifica connessione tra la sede elettronica e l'esercizio delle competenze nonché tra la prima e la titolarità pubblica delle competenze stesse.

Al culmine della fase dell'integrazione l'*e-government* postula l'automazione dei procedimenti amministrativi, i quali, per così dire, da materiali divengono elettronici. Da quanto ora esposto due sono i fattori più rilevanti di questa fase avanzata o 'matura' dell'*e-government*. Il primo riguarda il tema del coordinamento tra amministrazioni, che qualche anno fa – mediante una interpretazione evolutiva della disciplina della conferenza di servizi – è stato oggetto di una rilettura in termini di 'diritto all'unità' dell'azione amministrativa (Comporti, 1996).

Nella letteratura politologica questo tema è diffusamente affrontato sotto l'etichetta di *joined-up government* (Pollitt, 2003). Sebbene vi sia chi si soffermi sui rischi di una lettura olistica che porti a una integrazione tanto verticale quanto orizzontale (ove vale a dire anche i privati sono inglobati nell'unità che opera come punto di accesso) nella quale compiti e responsabilità rischiano di confondersi (Zouridis, Bekkers, 2000: 132), perlopiù si ritiene che il coordinamento-integrazione generi effetti positivi.

Questi riguarderebbero la necessaria cooperazione tra plessi amministrativi differenti, scoraggiando comportamenti autoreferenziali, maggiore trasparenza nelle reciproche interazioni e incremento della responsabilità riferita a un risultato comune piuttosto che al portare a termine singoli segmenti di una pratica amministrativa (Cole, Fenwick, 2003; Illsley, Lloyd, Lynch, 2000; Curthoys, Eckersley, Eckersley, 2003: 227-257).

Il secondo elemento riguarda l'automazione, ove una serie di operazioni vengono affidate alle ICTs sostituendo le persone. Questo comporta maggiore trasparenza, prevedibilità degli esiti, tempi certi, semplicità di controllo, massima *accountability*, possibilità che il procedimento sia curato da personale non aven-

te specifiche competenze professionali una volta che il programmatore abbia impostato le coordinate e 'istruito' la tecnologia.

Nell'ordinamento spagnolo a differenza di quello italiano vi è uno specifico enunciato legislativo che si riferisce all'attività amministrativa prodotta per mezzo di un «sistema di informazione adeguatamente programmato senza necessità di intervento di una persona fisica in ogni singolo caso» (v. M. Delgado, *La riforma dell'amministrazione digitale: un'opportunità per ripensare la pubblica amministrazione*, in questo volume).

Come si può notare si tratta di una formula ampia che non esclude dal suo campo semantico alcuna ipotesi di decisione e di decisore e quindi aperta a qualsivoglia evoluzione tecnologica nel campo dell'intelligenza artificiale (v. *infra*).

Al di là del problema delle decisioni che richiedono esercizio di discrezionalità (su cui *infra*) anche con riferimento a quei procedimenti che possiamo ricondurre all'emanazione di provvedimenti vincolati (o altrimenti detto che risultano applicativi di *bright line rules*) le conseguenze dell'automazione sono oggetto di dibattito.

Riprendendo un accenno fatto in precedenza, si potrebbe pensare che lo scenario del procedimento automatizzato realizzi finalmente l'ideale weberiano del burocrate spersonalizzato e pienamente responsabile in quanto parte di una gerarchia e osservante una procedura rigidamente preconstituita dalle norme (ovvero dai protocolli informatici)⁶.

D'altra parte, entro questa prospettiva vanno persi invece i benefici che il funzionamento delle organizzazioni complesse è in grado di determinare mediante i comportamenti devianti, quelli che Luhmann chiama illegalità praticabili.

Secondo Luhmann un comportamento illegale è quello che lede attese formali, ma, sotto il profilo sistemico, comportamenti che si collocano in una sorta di zona grigia tra il legale e l'illegale, pur di fatto frustrando l'attesa formale, possono risultare utili (Luhmann, 1999: 304, V, cap. I.3).

Luhmann elenca diversi esempi, come il seguire regole sulla base di motivi o scopi non permessi, il comportamento secondo diritto ma adottato intempestivamente, il discostarsi consuetudinario da norme obsolete o da norme formulate in modo problematico per motivi di interesse (economico) o il discostarsi da norme in modo non significativo (futile), il comportamento contrario al diritto che al contempo evita, però, di pregiudicare altri interessi. Tutti questi comportamenti, devianti ma utili, implicano strategie adattative delle quali un membro di un'organizzazione si vale quando debba aggirare problemi di legalità, favorendo comportamenti creativi e adattamenti a un ambiente in continuo mutamento.

Si può osservare questo fenomeno anche da un'altra prospettiva, quella del contesto più ampio in cui il singolo funzionario deve assumere decisioni. Vi è

una abbondante letteratura che sulla scorta del lavoro di Lipsky suggerisce che un insieme assai più ampio di valori culturali informa le decisioni dei funzionari (Lipsky, 1980; Halliday, 2004: 100).

Evidentemente l'automazione eliminerebbe tali aspetti del funzionamento delle organizzazioni amministrative, spostando l'attenzione dall'esercizio di forme di discrezionalità interstiziale e comportamenti adattativi e comunque dalla responsabilità legata all'esercizio di funzioni richiedenti comunque momenti, anche semplici, di valutazione a una forma di *accountability* che si risolve nelle modalità di funzionamento della tecnologia impiegata.

Per essere più precisi, come nota D'Angelosante (*La consistenza del modello dell'amministrazione 'invisibile' nell'età della tecnificazione: dalla formazione delle decisioni alla responsabilità per le decisioni*, in questo volume), quello che avviene è l'anticipazione del momento della scelta alla creazione dello strumento tecnico che consente l'automazione, nel quale ancora una volta va in scena una complessa interazione tra tecnologie impiegate e *inputs* immessi dall'amministrazione.

Questo elemento rileva anche sul versante specifico del binomio potere (competenza)-responsabilità. Secondo D'Angelosante la propensione a stabilire una equazione tra automazione della decisione e deresponsabilizzazione del funzionario agente non sarebbe del tutto giustificata.

Si possono sempre avere difetti del *software* (che qualche autore equipara a provvedimenti amministrativi generali) o errori nell'immissione dei dati (quando questi dipendano dal funzionario), che sono sempre errori umani.

Il problema diviene apparentemente intrattabile se si estende il discorso alle decisioni aventi schietto contenuto discrezionale, poiché come nota sempre D'Angelosante, qui il problema si sposta sul piano della riproducibilità mediante la tecnologia informatica dei processi mentali che riconduciamo alle scelte discrezionali – soppesare fatti e interessi per giungere a una decisione corretta, qualunque sia il significato che attribuiamo a questa qualificazione.

In questo caso il problema non è solo – e forse non tanto – quello della capacità di costruire 'sistemi intelligenti' – la metafora dal passaggio da *screen-level bureaucracy* a *system-level bureaucracy* (v. M. D'Angelosante, *La consistenza del modello dell'amministrazione 'invisibile' nell'età della tecnificazione: dalla formazione delle decisioni alla responsabilità per le decisioni*, in questo volume) –, ma quello di addentrarsi all'interno della teoria delle decisioni, che con particolare riferimento alle organizzazioni pubbliche ha da tempo messo in discussione la plausibilità dell'idea (Henri Fayol, Gullick) che un processo decisionale possa essere incapsulato in una serie predeterminata di passaggi successivi. Per esempio: formulazione del problema e degli obiettivi; individuazione delle alternative e acquisizione dei fatti rilevanti; scelta del più consono corso d'azione; attuazione della decisione e valutazione dei suoi effetti.

Molti altri sono i fattori che intervengono, persino di carattere emozionale (Simon, 1983; Lerner *et al.*, 2015), e non è certo che la loro ipotetica eliminazione, mediante l'affidamento della scelta al programma informatico, conduca a individuare il 'migliore' corso d'azione.

D'altra parte, il campo d'indagine dell'intelligenza artificiale applicata ai sistemi giuridici già da tempo ritiene che *software*-agenti possano essere dotati di autonomia, intesa come capacità di individuare connessioni con la struttura organizzativa di riferimento, scegliere se rispettare o meno una norma, scegliere come perseguire obiettivi individuali e sociali all'interno di determinati vincoli normativi (Rubino, Sartor, 2008).

Non è chiaro se i più recenti avanzamenti delle scienze cognitive, e le relative applicazioni ai vari tipi del ragionamento umano (e artificiale), siano in grado di affrontare il problema probabilmente più grande dell'età dell'informazione, quello della incalcolabile quantità di informazione di cui dovremmo tenere conto ogni volta che assumiamo una decisione semplicemente per il fatto che essa è a portata di mano (di 'clic').

Il punto è come selezionare l'informazione realmente rilevante, che comporta sia in grado in un tempo relativamente breve di assegnare significati ai dati in un certo contesto. Come è stato notato si tratta di un compito pressoché impossibile per un essere umano (Klapp, 1982).

Si può pensare che un calcolatore elettronico sia in grado abbastanza facilmente di superare questo problema di selezione e organizzazione delle informazioni. Quello che oggi costituisce la sfida più ambiziosa di questo campo di studi è però se vi siano davvero macchine capaci di fare cose come «esegesi, ermeneutica, interpretazione giuridica e teorie scientifiche» e di simulare la componente emozionale che è parte integrante del ragionamento dialettico, il quale nello sforzo di attribuire significati alle cose si fonda su tipiche caratteristiche delle società umane come discussione e dibattito (Klapp, 1982).

Quello che può ulteriormente notarsi è che in un settore di ricerca fortemente interdisciplinare come quello della simulazione dei sistemi dinamici si ritiene che anche grazie alla crescita tumultuosa delle capacità computazionali dei calcolatori, della disponibilità e accessibilità delle informazioni, dell'erompere dei social media non si è lontani dalla possibilità di trasformare «intuitive policy making into model-based policy design» (Pruyt, 2015: 90).

Uno dei 'guru' della fisica contemporanea scrive che a metà secolo XXI l'era dei «robots emozionali» potrebbe essere in pieno rigoglio (Kaku, 2011: 83).

Entro questo ventaglio di possibilità, qualora questa sarà la direzione che in futuro prenderanno i sistemi di decisione pubblica, il tema della responsabilità (*accountability*) e della giustiziabilità dei provvedimenti di amministrazione dovrà essere completamente rivisitato.

Se ci si colloca nella più familiare prospettiva delle figure giuridiche, peraltro, i problemi che si presentano pare possano essere trattati sul piano delle *fictio iuris*, come tanto D'Angelosante quanto Martin Delgado ritengono. Si tratta di imputare la volontà artificiale del programma a un certo organo di un'amministrazione pubblica – a sua volta una *fictio iuris* – e per tal via a tutta l'amministrazione.

Questi aspetti rinviano ai problemi della dogmatica, alla costruzione appunto di un linguaggio di concetti giuridici idonei a dare conto di tali fenomeni.

Questa impresa è oggetto in particolare del lavoro di Martin Delgado, che ritiene che le figure cardine della dogmatica del diritto amministrativo, in particolare organo e atto amministrativo, pur in presenza di fattispecie come la digitalizzazione degli atti e la creazione di uffici (sedi) virtuali non metta in crisi le costruzioni della scienza giuridica che in ultima analisi rimontano alle concezioni negoziali. In particolare l'organo può continuare a essere configurato come unità amministrativa alla quale vengono assegnate funzioni dall'esercizio delle quali derivano effetti giuridici rispetto a terzi, e l'atto amministrativo come dichiarazione di un organo amministrativo nell'esercizio di una potestà amministrativa.

Il che deriva dalla considerazione – cui si alludeva poco sopra – della natura ipostatica di tali figure. Richiamando Giannini, Martin Delgado osserva che la volontà che si manifesta nell'esprimere un atto amministrativo non è una volontà della persona fisica, ma una volontà procedimentale: l'organo amministrativo, attraverso persone o adesso agenti elettronici che ne fanno le veci, procede a emanare una dichiarazione di volontà, giudizio, conoscenza o desiderio, pur sempre dando attuazione a una norma giuridica con il fine di soddisfare l'interesse pubblico.

Viene però da domandarsi, anche se questo esula dal campo della presente ricerca, quale sia il valore euristico di costruzioni concettuali che si prestano a contenere senza particolari problemi sostanze tanto diverse tra loro, resistendo indenni in altre parole a un tale imponente cambiamento della sostanza delle pratiche istituzionali.

6. Utopie e distopie digitali. Spunti conclusivi per proseguire

Giunti al momento di tirare le somme, è difficile resistere la tentazione di gettare lo sguardo su un profilo volutamente rimasto sullo sfondo, poiché in buona parte esulante dai confini di una ricerca il cui perimetro è pur sempre costituito dalla amministrazione pubblica a centocinquanta anni dalle leggi di unificazione amministrativa.

Si tratta di ciò che alcuni chiamano il Quinto Stato e che riguarda un 'luogo' in linea di principio anarchico come Internet, che potrebbe essere considerato non tanto strumento che le istituzioni pubbliche possono utilizzare ai pro-

prio fini, quanto spazio che esso stesso ingloba – o inghiotte – le altre istituzioni sociali fondate in un modo o nell'altro su legami politico-territoriali. La questione è stata qui sfiorata a proposito del rapporto tra Stato o poteri pubblici e democrazia rappresentativa vs democrazia partecipativa, ma la stessa ha contorni assai più ampi.

Uno studioso ha di recente teorizzato tale concetto di quinto stato sulla base della descrizione dovuta a Castells (1996) di Internet come uno spazio di flussi piuttosto che uno spazio di spazi, che consente a una moltitudine di attori di riconfigurare l'accesso a informazioni, persone, servizi e tecnologie (Dutton, 2010: 3).

Qui due diverse futurologie, la utopia pan-democratica e la distopia del pessimismo cibernetico, trovano fertile terreno di contesa.

In questi casi vi è sempre chi indica una terza via, per esempio quella del pluralismo giuridico, ove il potere è visto come una sorta di campo di forze multiple che sfidano la nozione di stato come centro di potere unitario e mettono in crisi la nozione dello stato come principale centro dello scontro politico.

Per il diritto amministrativo la perdita dello stato non è vista da diversi studiosi contemporanei come un problema. Il movimento GAL (*Global Administrative Law*) si fonda proprio sulla applicazione in spazi giuridici privi di centro politico di certi meccanismi di assoggettamento delle decisioni alle garanzie procedurali proprie delle tradizioni nazionali del diritto amministrativo. Il che si potrebbe, allora, predicare anche con riferimento a quello spazio per eccellenza acefalo che è Internet.

Il problema si sposterebbe, però, ben al di là dell'analisi delle prospettive del governo digitale a quelle amministrazioni, qui considerate, la cui legittimazione deriva pur sempre da una qualche relazione con poteri pubblici.

Tornando, quindi, a questo più ristretto scenario vediamo quali sono le principali indicazioni che possiamo trarre da quanto osservato sinora.

Il cambiamento tecnologico sta già avendo effetti significativi sul funzionamento delle pubbliche amministrazioni e sulle loro relazioni con cittadini e imprese e sebbene l'Italia sia ancora in una fase embrionale non è azzardato parlare dell'ingresso in un'era digitale.

Questo ingresso, come è proprio delle innovazioni tecnologiche o se si vuole dei cambiamenti di paradigma, non avviene in virtù di azioni pianificate dalle istituzioni pubbliche. Queste restano necessarie però per tentare di indirizzare tali sviluppi in direzione dell'interesse generale.

Le *agende digitali* hanno non soltanto lo scopo di includere il più possibile le società e i mercati nel mondo delle relazioni digitali, combattere il *digital divide* e favorire scambi economici più veloci e sicuri, ma anche di identificare quale modello di *e-government* si intende costruire.

Non è detto, per esempio, che la completa inter-operatività tra amministrazioni e il punto di accesso unico per gli utenti nei confronti della pubblica amministrazione debbano portare anche alla assimilazione tra il concetto di transazione (tipico dell'*e-commerce*) e quello di decisione amministrativa.

Si deve scegliere se investire ancora massicciamente nel rendere tutti fruitori di Internet, innalzando la domanda, oppure se utilizzare le ICTs per rendere più efficaci ed efficienti le prestazioni sociali a favore delle fasce più deboli della popolazione.

Sul terreno delle decisioni di amministrazione e delle tecniche procedurali per assumerle il campo dei possibili sviluppi e dei cambiamenti del diritto amministrativo è oltremodo vasto.

La legislazione ha ulteriormente enfatizzato la centralità dell'amministrazione digitale, introducendo termini simbolici come 'cittadinanza digitale' e 'digital first'.

Alla luce di tali principi i procedimenti amministrativi e procedure interne a ciascuna amministrazione dovrebbero essere ridisegnati ('reingegnerizzati') in relazione alle esigenze di celerità, certezza dei tempi e trasparenza nei confronti dei cittadini e delle imprese.

Quanto questo sia realistico nel breve periodo e soprattutto che tipo di amministrazione ne sortirà è incerto.

Nel descrivere l'*e-government* come un processo incrementale legato alla sofisticazione tecnologica messa in gioco si è potuto notare come tutti gli stadi di impiego delle tecnologie digitali – informazione; comunicazione bidirezionale; transazione; integrazione; partecipazione politica – presentino certamente opportunità e rischi, che continuano a dipendere dal contesto culturale ed economico in cui si calano e dai suddetti indirizzi politici. Noi abbiamo, peraltro, proposto un modello di e-government esplicativo e parzialmente normativo dove informazione e organizzazione siano i fattori-guida da considerare anche in termini di sofisticazione tecnologica, cui andrebbe aggiunta una attitudine scettica su un ricorso troppo disinvolto all'impiego del linguaggio dei diritti riferito alla digitalizzazione amministrativa.

Un'ultima considerazione riguarda quello che all'inizio si è definito un approccio pragmatico al tema in esame, che non può che fondarsi sulla analisi dei fatti, dotandosi ovviamente di strumenti concettuali adeguati. È quello che si è cercato di mostrare specialmente nei paragrafi 2 e 3. Soprattutto per l'Italia c'è bisogno di molta più ricerca empirica su se e come le ICTs stiano modificando la pubblica amministrazione e il suo diritto. La letteratura mostra infatti due aspetti interessanti.

Il primo che assieme ad alcuni tratti comuni i modi e l'impatto dell'*e-government* variano da paese a paese (Reddick, 2010).

Il secondo riguarda una valutazione complessiva degli effetti dell'*e-government*.

Non pare dubbio che possano esservi effetti distorsivi di tali tecnologie molti dei quali già prodottisi, per esempio sulle libertà civili. Si pensi al possibile uso dei *cookies* da parte dei siti governativi. Inoltre, si può ipotizzare che l'*e-government* sia strumentalmente impiegato per rinforzare la fiducia dei cittadini nelle istituzioni proprio per evitare reali processi di democratizzazione, come potrebbe evincersi dall'elevato livello di digitalizzazione di paesi come Cina, Singapore e Malesia (Anderson, Bishop, 2005).

Ciò detto la casistica a livello internazionale – soprattutto se non ci si mette nella prospettiva di volere risolvere i problemi delle democrazie contemporanee con le ITCs – mostra che parte delle esternalità negative si possono evitare e che alcune delle preoccupazioni sono infondate alla prova dei fatti, generando in effetti maggiore partecipazione e soddisfazione dei cittadini-utenti (veda si il caso delle autorità locali svedesi menzionato al par. 3).

— Parte seconda —

Moneta, banca e finanza fra unificazione europea e crisi economica

7. *Una moneta senza Stato di fronte alla crisi*

Il settore della regolazione della moneta e dei mercati finanziari si presenta, allo stesso tempo, come un settore particolarmente promettente per l'individuazione e la discussione di possibili tendenze di sviluppo del processo di integrazione europea e come un caso di particolare difficoltà per la valutazione della consistenza e profondità degli sviluppi stessi.

Quanto al primo profilo, la moneta e la finanza sono state al centro del dibattito politico e della produzione di nuove regole nel corso dell'ultimo decennio in tutto il mondo, ma specialmente, per ciò che qui specificamente ci interessa, in Europa. Il livello di integrazione dei mercati finanziari ha consentito di produrre una regolazione altrettanto integrata, al punto da richiedere solo limitate operazioni di recepimento negli ordinamenti nazionali e, anzi, da consentire di analizzare i nuovi sviluppi come elementi di un nuovo fenomeno di unificazione, largamente basato su regole e apparati caratterizzati da un alto tasso di tecnicità.

Quanto al secondo profilo, invece, la stessa rilevanza ed importanza dei fenomeni esaminati e la loro evidente tendenza verso un processo di unificazione, ne mettono in pericolo la stabilità e la permanenza. Un processo di unificazione che si sviluppa non intorno ad istituzioni politiche, ma piuttosto intorno ad

istituzioni indipendenti almeno nominalmente tecniche, come ad esempio la Banca centrale europea (d'ora in poi, BCE), può procedere senza troppe scosse in presenza di un consenso politico di fondo o, comunque, in assenza di forti tensioni fra i soggetti (popoli e Stati) coinvolti. Quando queste tensioni emergono e si presentano come divisive, distinguere le tendenze di fondo dalle contingenze e prevedere gli sviluppi possibili diventa molto più difficile, come del resto la cronaca quotidiana dimostra da diversi mesi a questa parte.

Manca ancora, oggi, uno studio approfondito sulla cultura delle classi dirigenti europee, anche se questo elemento appare cruciale per comprendere come e perché sono state prese decisioni essenziali per l'UE – e quindi per gli Stati membri – dalla costruzione dell'euro alla individuazione degli strumenti per far fronte alla crisi economica, alla gestione dei rapporti fra paesi creditori e paesi debitori (si pensi alla crisi greca: Soros, 2014). Anche solo l'osservazione della cronaca consente però di affermare, con ragionevole certezza, che mentre prima della crisi economica globale iniziata alla fine del 2007 sussisteva un grado significativo di condivisione relativamente alle regole tecniche e alla loro applicazione in materia di moneta, banca e finanza, la crisi ha imposto il ricorso a nuovi strumenti e nuove regole, meno facilmente ascrivibili a scelte puramente tecniche. Di fronte a questi nuovi strumenti si è verificata una divaricazione politica e culturale fra fronti opposti, come dimostra esemplarmente il caso del programma di *outright monetary transactions* (OMT)⁷ e di *quantitative easing*⁸, fortemente sostenuti dalla BCE e altrettanto significativamente osteggiati da alcune istituzioni tedesche⁹. La divaricazione è stata almeno in parte ricomposta grazie al rinvio da parte della Corte costituzionale tedesca alla Corte di giustizia europea, che ha dichiarato che il programma OMT non viola i Trattati, perché rientra nella politica monetaria e dunque nelle attribuzioni del SEBC¹⁰.

La costruzione della moneta unica europea – decisione politica per eccellenza – ha comportato un grande *overspill* sul piano amministrativo come sul piano tecnico, con l'avvio, in certa misura necessitato dalle circostanze della crisi economica e finanziaria, di una unione bancaria che ancora sino a tempi recenti sembrava impossibile e che, anzi, per la verità, è stata considerata irraggiungibile da molti osservatori proprio durante i due anni in cui è stata via via realizzata¹¹. La centralità delle banche nelle situazioni di crisi e, contestualmente, l'impossibilità per i singoli Stati di affrontare la crisi ciascuno per proprio conto, hanno portato alla creazione di strumenti nuovi, dotati di una dimensione che trascende, e allo stesso tempo comprende, i singoli ordinamenti.

La chiave di volta della costruzione dell'unione bancaria è stata la concentrazione in capo alla BCE, accanto alle funzioni di politica monetaria, delle funzioni di supervisione e vigilanza (riprendendo così, peraltro, il tradizionale model-

lo italiano). Questa concentrazione è stato il primo passo di un processo di unificazione dotato di caratteri originali, esaminati nei paragrafi 2 e 3.

Un fenomeno analogo, anche se con una diversa articolazione organizzativa, si è nel frattempo verificato per i mercati finanziari, anch'essi coinvolti nella crisi economica e finanziaria, con la trasformazione di una rete di regolatori nazionali basata sulla collaborazione in apparati centrali (collettivamente, le ESA¹²), dotati di poteri nuovi ed ulteriori rispetto alle singole autorità nazionali e, soprattutto, del potere di assumere decisioni vincolanti in casi di violazione del diritto europeo, a fronte di situazioni di emergenza o per risolvere controversie fra le autorità nazionali di vigilanza. Anche in questo caso emergono elementi tipici di un processo di unificazione (se pure con caratteri diversi rispetto al settore bancario), esaminati nei paragrafi 2 e 3.

Comune al settore della regolazione bancaria come alla regolazione dei mercati finanziari è, infine, l'emersione, del resto frequente anche per altri settori di regolazione europea, di un sistema di rimedi giustiziali, con la costituzione di *Boards of Appeal*, le cui decisioni non sostituiscono né precludono il sindacato giurisdizionale, ma consentono un controllo più orientato su profili tecnici che non su profili di legalità o legittimità, sul quale si tornerà al paragrafo 4.

8. *Processi di unificazione e regolazione tecnica: i nuovi regolatori*

La creazione di nuovi regolatori indipendenti nel settore bancario e finanziario trova il suo fondamento nella necessità di far fronte a problemi rispetto ai quali i tradizionali strumenti predisposti negli ordinamenti nazionali sono inadeguati o, comunque insufficienti. Si tratta, quindi, per definizione di un processo finalizzato a raggiungere un grado maggiore di armonizzazione ed unificazione fra i diversi ordinamenti nazionali, mediante la determinazione di regole comuni in misura maggiore rispetto al passato, alla quale si accompagna la creazione di strumenti e apparati volti a garantire un'applicazione tendenzialmente uniforme di quelle stesse regole.

Un fattore cruciale di legittimazione di questo processo di unificazione delle regole e uniformazione delle pratiche applicative sta proprio nella 'tecnica': la cultura tecnica dei regolatori e dei regolati, la natura tecnica delle regole introdotte, la competenza tecnica degli apparati di supervisione e controllo. Naturalmente anche la regolazione tecnica presenta una intrinseca politicità: basti pensare, per fare solo due esempi, alla regola del *bail in* o ai limiti posti alla capacità di investimento delle banche in titoli di Stato e ai criteri di valutazione di questi investimenti rispetto ad altre forme di impiego del capitale.

È, però, d'altra parte innegabile che in assenza di regolatori indipendenti il processo di unificazione e armonizzazione si sarebbe arenato. Sarebbe stato sicuramente

impossibile, ad esempio, concentrare le funzioni oggi attribuite alla BCE in capo ad un corpo politico, come sarebbe stato impossibile rimettere ai Parlamenti nazionali o alle istituzioni politiche europee le scelte compiute dalle autorità di regolazione dei mercati finanziari in materia di agenzia di *rating* o di vendite allo scoperto.

I vantaggi della regolazione indipendente e della sua legittimazione tecnica sono, infatti, numerosi. La regolazione indipendente consente, innanzitutto di disporre in tempi relativamente brevi di corpi normativi tendenzialmente unitari e coerenti, prodotti anche in base alla partecipazione dei soggetti regolati, impossibili da produrre mediante gli ordinari processi legislativi negli ordinamenti nazionali. Si tratta, inoltre, di una regolazione più stabile e meno esposta alle contingenze politiche per un verso, e più controllabile, per altro verso, perché sempre sottoposta alla possibilità di sindacato giurisdizionale.

La concentrazione di funzioni di vigilanza e di supervisione, com'è accaduto ad esempio per l'unione bancaria, consente anche il superamento, almeno tendenziale, delle disparità nazionali nell'applicazione delle regole. Anche quando questa concentrazione è meno accentuata, come nel caso dei mercati finanziari, il rafforzamento della cooperazione fra autorità nazionali e la possibilità di intervento del regolatore europeo finisce per produrre una cultura comune fra le diverse autorità nazionali, che a sua volta rafforza la tendenziale uniformazione delle pratiche applicative.

La natura tecnica della regolazione, sia pure nei limiti sopra ricordati, funge quindi da fattore di unificazione, come del resto ha riconosciuto anche la Corte di giustizia in due occasioni recenti, quando, ha riconosciuto la legittimità della decisione dell'Esma di vietare le vendite allo scoperto e quando ha ritenuto che il programma di OMT non sia in violazione dei Trattati.

Nel primo caso oggetto della controversia è stato il potere attribuito all'Esma di vietare le vendite allo scoperto, quando il rischio riguarda il sistema finanziario europeo nel suo complesso e le autorità nazionali non abbiano adottato misure idonee. La Corte di giustizia ha qualificato il potere in questione come un potere non discrezionale, in ragione delle condizioni che ne disciplinano l'esercizio, sia quanto a presupposti, sia perché i parametri di esercizio del potere hanno natura prevalentemente tecnica e il regolatore dispone di «un elevato livello di perizia professionale»¹³.

Anche nella già ricordata sentenza sul programma di OMT la natura tecnica del programma e delle sue modalità di realizzazione sono entrate nella valutazione di legittimità. La Corte ha infatti ritenuto che le caratteristiche specifiche del programma OMT non consentono di affermare che esso sia equiparabile a una misura di politica economica, mentre rientra a pieno nelle misure di politica monetaria, finalizzata al mantenimento della stabilità dei prezzi, secondo le previsioni dei Trattati.

La creazione di nuovi regolatori europei modifica, infine, anche i rapporti fra autorità di regolazione nazionali e autorità politiche nazionali, fornendo alle prime un maggior margine di autonomia rispetto alle seconde, almeno per quanto riguarda l'applicazione delle regole definite a livello europeo. Si tratta spesso di regole autoapplicative, che non richiedono alcuna misura di recepimento e la cui attuazione è interamente rimessa al rapporto fra regolatore europeo e regolatore nazionale. Questo rapporto può avere latitudine diversa, dai rari casi di vera e propria gerarchia – si pensi ai poteri di avocazione che la BCE può esercitare nei confronti delle banche centrali nazionali – ai casi di direzione, di collaborazione, di condivisione, di delega di funzioni istruttorie, di obblighi di comunicazione e così via. Presso i regolatori europei si concentra e si sviluppa, inoltre, una cultura professionale condivisa, che a sua volta produce pratiche e condotte comuni in tutti gli ordinamenti nazionali.

La tendenza a passare da un sistema di regolazione composito, caratterizzato dalla interazione fra la Commissione e i regolatori nazionali, ad un sistema di regolazione integrata sempre più strutturata anche sul piano delle forme e dei procedimenti e sempre più indipendente anche rispetto alla Commissione oltre che agli Stati nazionali, si afferma, così, nei settori in esame, grazie soprattutto alla creazione di centri di imputazione unitaria della regolazione europea di settore¹⁴.

9. Unificazione e centralizzazione fra regole ed apparati amministrativi

La concentrazione degli apparati e delle regole fa emergere alcune tendenze significative.

Sembra di poter dire, innanzitutto che l'unione bancaria si caratterizza come un modello di unificazione, basato per un verso sulla concentrazione delle funzioni amministrative, di vigilanza e di risoluzione e, per altro verso, sulla creazione di strumenti e procedure comuni almeno in parte nuovi rispetto alla tradizione, perché amministrazioni nazionali ed istituzioni europee agiscono non più secondo un criterio di composizione, ma secondo un criterio di integrazione.

La seconda tendenza rilevante è una sorta di inversione nei rapporti fra diritto europeo, da una parte, e amministrazioni nazionali, dall'altra. Rispetto alla tradizione europea che, nell'impossibilità di costruire un apparato amministrativo proprio, ha sempre affidato alle amministrazioni nazionali l'attuazione delle regole europee, si è introdotto un sistema diverso, che consente alle istituzioni europee – ad esempio, la BCE – di applicare le regole nazionali di recepimento delle direttive e dei regolamenti europei (si pensi alla previsione dell'art. 4, comma 3, del Regolamento sul meccanismo unico di vigilanza).

Le regole nazionali non vengono, quindi, armonizzate (anche se, naturalmente, esse sono subordinate ad una regolazione europea più generale), ma la

loro applicazione è almeno in certa misura rimessa ad un'unica autorità centrale. Per altro verso, i provvedimenti più importanti delle autorità nazionali possono essere adottati solo previa consultazione preventiva obbligatoria della BCE e quest'ultima può anche decidere di avocare a sé la decisione.

Sul piano applicativo sono stati introdotti nuovi strumenti, già peraltro utilizzati nella verifica dei c.d. *stress tests*, come la *framework regulation*, il manuale di supervisione (*single rule book*¹⁵; Lefterov, 2015) e i gruppi di vigilanza congiunti¹⁶. Anche i poteri strumentali, la fase istruttoria delle decisioni e i flussi procedurali e informativi appaiono, quindi, fortemente integrati, come accade in genere nei sistemi unitari.

Considerazioni almeno in parte analoghe possono farsi per la regolazione dei mercati finanziari, anche se qui manca una istituzione dotata dell'ampiezza di poteri e del ruolo centrale attribuiti alla BCE. La principale differenza fra la regolazione del mercato mobiliare rispetto al settore bancario sta proprio nel fatto che la funzione di vigilanza spetta ancora alle autorità nazionali, che la svolgono, quindi, secondo le regole proprie di ogni ordinamento, pur nel quadro unitario dettato dalla disciplina dell'Unione. Al regolatore europeo di settore sono stati affidati, però, nuovi compiti specifici ed esclusivi, ad esempio in materia di agenzie di *rating*, di vendite allo scoperto e di proibizione di determinate attività o prodotti, oltre a una sorta di funzione di ultima istanza: in circostanze eccezionali, anche i compiti di vigilanza usualmente attribuiti alle autorità nazionali possono essere esercitati dall'Esma, anche con l'adozione, in caso di inerzia del regolatore nazionale, di provvedimenti indirizzati direttamente ad un intermediario finanziario.

Si è detto come questa tendenza alla concentrazione e alla unificazione, delle regole come degli apparati, trovi almeno in parte le sue radici nella esigenza di far fronte ad una situazione di crisi e di disporre di strumenti di intervento che non erano nella capacità degli Stati membri. Resta da vedere se, con l'auspicabile superamento della crisi – del quale ci sono, per la verità, segni ma non ancora effetti consolidati – la tendenza rifluirà o si espanderà ancora. Le regole e gli apparati costruiti, anche in quel caso sotto la spinta dell'urgenza e dell'emergenza, per far fronte alla grande crisi del '29 hanno avuto una durata ben più lunga del periodo di crisi, ma fra le due crisi non mancano, insieme ad elementi comuni, anche profonde differenze (Eichgreen, 2015).

10. I rimedi giustiziali

Ciascuno di questi sistemi sta sviluppando un proprio assetto di rimedi giustiziali. I *Boards of appeal*¹⁷ combinano caratteristiche eterogenee. Per un verso, essi costituiscono un'articolazione organizzativa, perché hanno natu-

ra di ufficio e non di giudice, tanto è vero che le loro decisioni possono essere impugnate dinanzi alla Corte di giustizia. Per altro verso, i componenti sono scelti fra esperti indipendenti e il procedimento di riesame delle decisioni loro sottoposte ha una struttura giustiziale, con il rispetto dei principi di difesa, contraddittorio, motivazione della decisione, che consiste in genere in un parere non vincolante per l'amministrazione competente. Si tratta, quindi, di una opinione, che viene comunicata alle parti e della quale l'amministrazione deve tenere conto sia che decida di rivedere la propria decisione, sia che decida di confermarla.

La previsione di questi rimedi giustiziali è finalizzata non tanto alla deflazione del contenzioso – il ricorso dinanzi al *Board of appeal* non è condizione necessaria preliminare rispetto al ricorso giurisdizionale – quanto alla riduzione dei costi per gli interessati e ad una sorta di autoverifica di legittimità delle proprie decisioni da parte delle amministrazioni competenti, prima ancora che si avvii un possibile contenzioso.

L'esame delle (poche) decisioni sinora disponibili ricorda allo studioso italiano uno stadio ormai lontano della giurisdizione amministrativa. Il controllo viene strutturato come un controllo esterno sulla discrezionalità, finalizzato a verificare eventuali travisamenti dei fatti, errori manifesti o violazioni di legge.

L'introduzione dei rimedi giustiziali opera, almeno potenzialmente, come un ulteriore fattore di sviluppo di un processo di unificazione che utilizza in larga misura regole e controlli di tipo tecnico, perché questi rimedi, inseriti direttamente nell'organizzazione della BCE e dei regolatori europei, hanno natura settoriale (a differenza dei giudici europei, dotati di competenza generale) e operano come strutture alle quali possono rivolgersi tutti i soggetti regolati, indipendentemente dalla nazionalità.

11. Unificazione amministrativa versus unificazione politica: il ruolo (e i limiti) della tecnica

Chi oggi guardasse solo alle regole e alle istituzioni, e non al contesto in cui esse operano, potrebbe concludere che nei settori considerati emergono i tipici caratteri dei processi di *nation building*: l'unificazione monetaria, la creazione di un sistema bancario integrato, la regolazione unitaria dei mercati finanziari (Napolitano, 2011; Cassese, 2011; McCraw, 2014). La tendenza alla unificazione delle regole, degli apparati, delle prassi applicative, pur se con gradi diversi da settore a settore, emerge con evidenza se si confronta la situazione attuale con l'assetto precedente.

Si tratta, però, di un processo che presenta sia caratteri originali, sia profili problematici.

Manca, innanzitutto, un presupposto fondamentale dei processi di *nation building*: la volontà di costruire una nazione e la condivisione, almeno ideale, dei caratteri che essa dovrebbe avere. Il progetto di una 'unione sempre più stretta' si riflette nei Trattati con un'architettura che non prevede né comprende la riduzione agli elementi fondamentali della nazione come la nostra esperienza storica li ha forgiati: un popolo, uno Stato, una Costituzione. L'unificazione monetaria è, in genere, l'effetto e lo strumento di un processo politico. Non è certo che si possa andare nell'altra direzione, costruendo un processo politico di unificazione a partire da una moneta il cui ruolo e il cui valore sono, peraltro, interpretati in modo diverso dai soggetti che la usano.

Un secondo carattere originale è dato proprio dalla inversione, almeno parziale, fra determinazione delle regole e ruolo delle istituzioni. Nei casi in esame gli sviluppi più significativi si verificano non grazie all'armonizzazione delle regole a livello europeo e poi alla loro trasfusione negli ordinamenti nazionali, quanto grazie alla concentrazione in capo ad istituzioni dotate di legittimazione tecnica dei poteri di attuazione e applicazione delle regole esistenti e, quindi, delle regole europee come delle regole nazionali, che vengono integrate e 'fuse' insieme in procedimenti amministrativi che è difficile classificare secondo la tradizionale distinzione *top down/bottom up*. Questo fenomeno è possibile, naturalmente, perché esiste comunque una regolazione comune: tanto nel settore bancario, come in quello dei valori mobiliari le direttive e i regolamenti europei coprono ormai un territorio molto vasto. A differenza di quanto avviene in genere, però, l'applicazione e l'attuazione di queste regole non è più rimessa interamente agli apparati amministrativi nazionali, secondo le regole interne, ma viene attribuita per una parte significativa ad apparati centrali, che operano come meccanismi di unificazione sul piano tecnico ed amministrativo. L'«intendenza» in questo contesto non segue, ma precede.

È importante sottolineare che questa tendenza è resa possibile proprio e innanzitutto dalla cultura tecnica di fondo che accomuna i regolatori europei, i regolatori nazionali e, *last but not least*, i regolati¹⁸. Questione diversa è se siano stati ormai sfruttati sino in fondo i margini entro i quali questa comune cultura e capacità tecnica poteva sviluppare strumenti e modalità di regolazione e vigilanza condivisi e se, quindi, possibili futuri sviluppi possano ancora aversi su questa base o necessitano, invece, di una rinnovata condivisione di obiettivi politici, da parte delle istituzioni che fondano la propria legittimazione, appunto, sulla fiducia politica e non sulla capacità tecnica. In altri termini, l'*overspill* così caro a J. Monnet è stato sinora uno strumento potente di convergenza, ma un processo di unificazione, almeno nelle esperienze storiche del mondo occidentale, si realizza in genere lungo una direzione voluta e chiaramente indicata, e non come un effetto apparentemente secondario e

indiretto – e, per alcuni, indesiderato – di fenomeni rilevanti soprattutto sul piano tecnico e amministrativo.

Il processo di unificazione in corso ha retto sinora a molte tensioni, anche perché è sembrata l'unica strada per affrontare la crisi e, auspicabilmente, uscirne. Tanto il prolungarsi della crisi, come il suo superamento potrebbero, però, per ragioni opposte, mettere in dubbio la stessa necessità e opportunità di procedere ancora sulla strada della costruzioni di poteri centrali unitari, ai quali fanno capo sistemi di amministrazioni nazionali integrati.

Note

- * L'introduzione è stata redatta da entrambi gli Autori; la parte prima è stata redatta da Stefano Civitarese Matteucci e la parte seconda da Luisa Torchia.
- ¹ Parlando di tecnologia sembra potersi evitare la compromissione di carattere etico o ideologico che il termine 'tecnica' evoca nella maggior parte dei discorsi contemporanei.
- ² È che quindi sono innovative in una misura o secondo una qualità non assimilabili alle scelte interpretativo-applicative di un giudice.
- ³ È appena il caso di specificare, infatti, che non si tratta di fenomeno che possa essere assimilato all'esistenza di apparati o corpi tecnici destinati a svolgere compiti specifici di carattere conoscitivo in determinati settori o a fornire supporto conoscitivo agli apparati svolgenti funzioni di amministrazione attiva (dai genii civili e militari, all'ISTAT, alle agenzie ambientali ecc.) dei quali si occupa un altro studio della ricerca complessiva.
- ⁴ Una classificazione analoga si trova nelle Linee guida sui siti web delle pubbliche amministrazioni del 2011 emanate in base all'art. 4 della Direttiva n. 8/2009 del Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione. Sul punto v. G. Cammarota, *Servizi pubblici on line e partecipazione migliorativa*, in questo volume.
- ⁵ Le principali disposizioni in materia Agenda digitale italiana sono contenute nei seguenti decreti-legge: d.l. n. 83 del 2012 (c.d. 'Crescita'); d.l. n. 179 del 2012 (c.d. 'Crescita 2.0'); d.l. 69 del 2013 (c.d. 'del Fare'); d.l. n. 90 del 2014 ('Semplificazione e trasparenza amministrativa ed efficienza degli uffici giudiziari'); d.l. n. 133 del 2014 (c.d. 'Sblocca Italia').
- ⁶ Come si vedrà dell'ideale funzionario pubblico weberiano quello che manca è la intima adesione a un insieme di valori e saperi che sono specifici della professione del burocrate.
- ⁷ Nel settembre 2012 la BCE ha annunciato un programma (appunto il programma OMT) che autorizza il Sistema europeo di banche centrali (SEBC) ad acquistare titoli del debito pubblico di Stati membri della zona euro sui mercati secondari, al ricorrere di determinate condizioni. Il programma è finalizzato a far fronte alle perturbazioni del meccanismo di trasmissione della politica monetaria generate dalla situazione specifica dei titoli del debito pubblico emessi da alcuni Stati membri e, secondo i termini utilizzati dalla BCE, a «preservare l'unicità della politica monetaria».
- ⁸ A differenza del programma di OMT, che è stato annunciato ma mai posto effettivamente in azione (dimostrando che l'effetto annuncio a volte è sufficiente per i mercati), il programma di *quantitative easing* è in funzione dal gennaio 2015 con il fine di aumentare la liquidità nei paesi dell'Eurozona in conseguenza di un situazione di potenziale deflazione. Anche su questo programma è pendente un ricorso dinanzi alla Corte costituzionale tedesca.
- ⁹ La Corte costituzionale tedesca è stata investita, con alcuni ricorsi, della questione di legittimità del programma di OMT, relativamente al contributo fornito dalla Banca centrale tedesca all'attuazione del programma e alla presunta 'inerzia' del governo e del Bundesrat di fronte ad un programma che, secondo i ricorrenti, esula dal mandato della BCE, viola il divieto di finanziamento monetario degli Stati membri e lede il principio di democrazia sancito nella Costituzione tedesca (pregiudicando, di conseguenza l'identità costituzionale tedesca).
- ¹⁰ Corte di giustizia, sentenza 16 giugno 2015, causa C-62/14.
- ¹¹ La realizzazione dell'unione bancaria è stata definita da M. Draghi «il più grande passo verso un'integrazione più profonda dalla creazione della Unione economica e monetaria» (Draghi, 2014).
- ¹² Fanno parte del sistema europeo di vigilanza finanziaria l'European Banking Authority (EBA), l'European Securities and Market Authority (ESMA) e l'European Insurance and Occupational Pension Authority (EIOPA).
- ¹³ Corte di giustizia, Grande Sezione, 22 gennaio 2014, causa C-270/12, spec. par. 85 (De Bellis, 2014; Rossano, 2014).

- ¹⁴ V. in proposito IMF, *European Securities and Markets Authority*. Technical Note, marzo 2013, ove si sottolinea come i nuovi organismi di regolazione stiano ampliando lo spazio per l'esercizio indipendente dei poteri di regolazione e di vigilanza loro attribuiti.
- ¹⁵ Il *single rule book* è una sorta di manuale operativo, essenziale per costruire una prassi comune e condivisa fra tutte le autorità coinvolte. Si tratta di un manuale nel quale sono state riversate le esperienze delle diverse autorità nazionali e che assume carattere vincolante anche per la BCE.
- ¹⁶ Ciascun gruppo è coordinato da un membro designato dalla BCE ed è composto da membri designati dalle autorità nazionali di vigilanza. La BCE è responsabile per l'istituzione e la composizione dei gruppi e può anche chiedere alle autorità di nazionali di modificare le proprie designazioni per assicurare il miglior funzionamento del gruppo.
- ¹⁷ L'introduzione di questi uffici conosce diversi precedenti nell'ordinamento europeo, ad esempio in materia di proprietà intellettuale e in materia di energia.
- ¹⁸ Fermo restando che entro questa comune cultura settoriale possono svilupparsi opzioni e tecniche di gestione diverse, specie per quanto riguarda la conformazione e la collocazione dei controlli, anche in ragione degli orientamenti prevalenti in ciascun ordinamento nazionale.

Riferimenti bibliografici

- Adamski D. 2014, *The ESMA Doctrine: A Constitutional Revolution and the Economics of Delegation*, in *European Law Review*, 6: 812-834.
- Agre P.E. 2002, *Real-Time Politics: The Internet and the Political Process*, in *The Information Society*, 18: 311-317.
- Andersen K.N., Henriksen H.Z., Medaglia R., Danziger J.N., Sannarnes M.K., Enemærke M. 2010, *Fads and Facts of E-Government: A Review of Impacts of E-government (2003-2009)*, in *International Journal of Public Administration*, 33: 564-579.
- Anderson L., Bishop P. 2005, *E-Government to E-Democracy: Communicative Mechanisms of Governance*, in *Journal of E-Government*, 2 (1): 11.
- Barucci E., Messori M. (a cura di) 2014, *Towards the European Banking Union*, Passigli, Firenze.
- Batini C. 2013, *Un'introduzione ai servizi di e-government*, in *Amministrare*, 43: 37-58.
- Benkler Y. 2006, *The Wealth of Networks. How Social Production Transforms Markets and Freedom*, Yale University Press, New Haven.
- Burkhard S. 2006, *Schafer, Democratic Revival or E-Sell Out? A Sceptic's Report on the State of E-Governance in the UK' Report to the XVIIth International Congress of Comparative Law*, July, 9-11.
- Cassese S. 2011, *"Fare l'Italia per costituirla poi". La continuità dello Stato*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2: 305 sgg.
- 2014, *La nuova architettura finanziaria europea*, in *Giornale di diritto amministrativo*: 79 sgg.
- Castells M. 1996, *The Rise of the Network Society*, Blackwell, Oxford.
- Cerulli Irelli V. 2013, *Dalle agenzie europee alle Autorità europee di vigilanza*, in M.P. Chiti, A. Natalini (a cura di), *Lo Spazio amministrativo europeo. Le pubbliche amministrazioni dopo il Trattato di Lisbona*, il Mulino, Bologna: 137-164.
- Civitarese Matteucci S. 2015, *Public Participation in Infrastructure Planning: Italy*, in T. Gross (a cura di), *Public Participation in Infrastructure Planning. Comparative Analysis of 10 European Countries*, European Public Law Organisation: 137-166.
- Codagnone C., Osimo D. 2010, *Beyond i2010. E-Government current challenges and future scenarios*, in P.G. Nixon, V.N. Koutrakou, R. Rawal (a cura di), *Understanding E-Government in Europe*, Routledge, New York: 38-59.
- Cole M., Fenwick J. 2003, *UK Local Government: The Impact of Modernisation on Departmentalism*, in *International Review of Administrative Sciences*, 69: 259-270.
- Comporti G. 1996, *Il coordinamento infrastrutturale. Tecniche e garanzie*, Giuffrè, Milano.
- Curthoys N., Eckersley P.M., Ecklersley P.M. 2003, *E-Government*, Routledge, New York.
- De Bellis M. 2014, *I poteri di intervento dell'Esma sulle vendite allo scoperto*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 7: 692-703.

- Draghi M. 2014, *Discorso inaugurale del Meccanismo unico di supervisione*, Francoforte, 20 novembre 2014, in <<http://www.ecb.europa.eu>> (09/2016).
- Duni G. 2005, *Verso un'amministrazione integrata nei procedimenti amministrativi*, in *Informatica e diritto*, 14 (1-2): pp. 43-47.
- 2008, *L'amministrazione digitale*, Giuffrè, Milano.
- Dunleavy P., Margetts H. 2006, *New Public Management Is Dead – Long Live Digital-Era Governance*, in *Journal of Public Administration Research and Theory*, 16: 467-494.
- Dutton W. 2010, *The Fifth Estate. Democratic social accountability through the emerging network of networks*, in P.G. Nixon, V.N. Koutrakou, R. Rawal (a cura di), *Understanding E-Government in Europe*, Routledge, New York: 3-18.
- Eichengreen B. 2015, *Hall of Mirrors. The Great Depression, The Great Recession, and the Uses-and Misuses-of History*, Oxford University Press, Oxford.
- Gargantini M., Di Noia C. 2015, *The European Securities and Markets Authority: Accountability towards EU Institutions and Stakeholders*, in P. Iglesias Rodriguez (a cura di), *Building Responsive and Responsible Financial Regulators in the Aftermath of the Financial Crisis*, Intersentia, Cambridge: 115 sgg.
- Grönlund Å. 2003, *Emerging electronic infrastructures: Exploring democratic components*, in *Social Science Computer Review*, 21 (1): 55-72.
- Guarracino F. 2014, *Le procedure "comuni" nel meccanismo di vigilanza unico sugli enti creditizi: profili sostanziali e giurisdizionali*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, 4: 252 sgg.
- Halliday S. 2004, *Judicial Review and Compliance with Administrative Law*, Hart, Oxford.
- Hiller J., Bélanger J.F. 2001, *Privacy Strategies for Electronic Government*, E-Government Series Pricewaterhouse Coopers Endowment for the Business of Government, Arlington, VA.
- Illsley B., Lloyd G., Lynch B. 2000, *From Pillar to Post? A one-Stop Shop Approach to Planning Delivery*, in *Planning Theory & Practice*, 1: 111-122.
- Johnson D.R., Post D. 1996, *Law and Borders – the Rise of Law in Cyberspace*, 48 Stan. L. Rev. 1367.
- Kahneman D. 2012, *Thinking Fast and Slow*, Penguin Books, London.
- Kaku M. 2011, *Physics of the Future*, Penguin Books, London.
- Keen J. 2010, *Integration at Any Price: the Case of the NHS National Programme for Information Technology*, in H. Margetts, P.G. C. Hood (a cura di), *Paradoxes of modernization; unintended consequences of public policy reform*, Oxford University Press, Oxford: 138 sgg.
- Klapp O.E. 1982, *Meaning Lag in the Information Society*, in *Journal of Communication*: 57-60.
- Koops B.-J. 2008, *Criteria for Normative Technology: The Acceptability of 'Code as Law' in Light of Democratic and Constitutional Values*, in R. Brownsword, K. Yeung (a cura di), *Regulating Technologies: Legal Futures, Regulatory Frames and Technological Fixes*, Hart Publishing, Oxford: 158.

- Lefterov A. 2015, *The Single Rulebook: legal issues and relevance in the SSM context*, European Central Bank, Legal Working Paper Series, 15.
- Lerner J.S., Li Y., Valdesolo P., Kassam K.S. 2015, *Emotion and Decision Making*, in *Annual Rev. Psychol.*, 66: 799-823.
- Lipsky M. 1980, *Street-Level Bureaucracy: Dilemmas of the Individual in Public Services*, Russell Sage Foundation, New York.
- Longford G., Patten S. 2007, *Democracy in the Age of the Internet*, U.N.B.L.J. 56: 5,5.
- Luhmann N. 1999, *Funktionen und Folgen formaler Organisation* (I ed. 1964), Duncker & Humblot, Berlin.
- Mayntz R. (a cura di) 2012, *Crisis and Control. Institutional Change in Financial Market Regulation*, Campus, Frankfurt-New York.
- McCraw T. 2014, *The Founders and Finance: How Hamilton, Gallatin, and Other Immigrants Forged a New Economy*, Harvard University Press, Cambridge: MA.
- Mendras H. 1997, *L'Europe des européens. Sociologie de l'Europe occidentale*, Gallimard, Paris.
- Mendras H., Suleiman E. (a cura di) 1995, *Le recrutement des élites en Europe*, La Découverte, Paris.
- Meyer-Schönberger V., Cukier K. 2013, *Big data: a revolution that will transform how we live, work and think*, Houghton-Mifflin, New York.
- Misuraca G., Mureddu F., Osimo D. 2014, *Policy-Making 2.0: Unleashing the Power of Big Data for Public Governance*, in M. Gascó-Hernández, *Open Government. Opportunities and Challenges for Public Governance*, Springer, Berlin: 174.
- Moloney N. 2011, *The European Securities and Markets Authority and institutional design for the EU financial market – a tale of two competences: rules in action*, in *European Business Organization Law Review*, 12: 177-225.
- Morison J. 2003, *Online government and e-constitutionalism*, in *Public Law*, 14: 15.
- Napolitano G. 2011, *Le norme di unificazione economica*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*: 97 sgg.
- (a cura di) 2012, *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, il Mulino, Bologna.
- Osnaghi A. 2013, *Pubblica amministrazione che si trasforma: "Cloud Computing", federalismo, interoperabilità*, in *Amministrare*, 23: 59 sgg.
- Perez R. 2015, *Il meccanismo europeo di vigilanza finanziaria e la ripartizione delle competenze*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 5.
- Petrakaki D. 2010, *Accountability in the Context of E-Government*, in P.G. Nixon, V.N. Koutrakou, R. Rawal (a cura di), *Understanding E-Government in Europe*, Routledge, New York: 96-113.
- Pietrangelo M. 2005, *Il diritto alluso delle tecnologie nei rapporti con la pubblica amministrazione: luci ed ombre*, in *Informatica e diritto*, 14 (1-2): 73-87.
- Pina V., Torres L., Acerete B. 2007, *Are ICTs promoting government accountability?: A comparative analysis of e-governance developments in 19 OECD countries*, in *Critical Perspectives on Accounting*, 18: 583-602.

- Pollitt C. 2003, *Joined-up Government: a Survey*, in *Political Studies Review*, 1: 34-49.
- Pruyt E. 2015, *From Building a Model to Adaptive Robust Decision Making Using Systems Modeling*, in M. Janssen, M.A. Wimmer, A. Deljoo (a cura di), *Policy Practice and Digital Science. Integrating Complex Systems, Social Simulation and Public Administration in Policy Research*, Springer, Berlin: 75-93.
- Reddick C. (a cura di) 2010, *Comparative E-government*, Springer, Berlino.
- Rossano D. 2014, *Lo short selling e i poteri dell'Esma*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, 4.
- Rubino R., Sartor G. 2008, *Source Norms and Self-regulated Institutions*, in P. Casanovas, G. Sartor, N. Casellas, R. Rubino (a cura di), *Computable Models of the Law*, Springer, Berlin: 263-274.
- Santos B. (a cura di) 2007, *Democratizing Democracy: Beyond the Liberal Democratic Canon*, Verso, London.
- Scholten M., Ottow A. 2014, *Institutional Design of Enforcement in the EU: The Case of Financial Markets*, in *Utrecht Law Review*, 10 (5): 80 sgg.
- Simon H.A. 1983, *Reason in Human Affairs*, Stanford University Press, Stanford, CA.
- Soros G. 2014, *The Tragedy of the European Union: Disintegration or Revival?*, Public Affairs.
- Tat-Kei Ho A. 2002, *Reinventing Local Governments and the e-Government Initiative*, in *Public Administration Review*, 62 (4): 434-444.
- Torchia L. 2015, *L'Unione bancaria europea: un approccio continentale?*, in *Giornale di diritto amministrativo*: 11 sgg.
- Van Cleynenbreugel P. 2015, *Market Supervision in the European Union. Integrated Administration in Constitutional Context*, Brill Nijhoff, Leiden Boston.
- Zouridis S., Bekkers V. 2000, *Electronic Service Delivery and the Democratic Relationships between Government and its Citizens*, in J. Hoff, I. Horrocks, P. Tops (a cura di), *Democratic Governance and New Technology*, Routledge, New York.

STUDI

PARTE PRIMA
STUDI SULLA DIGITALIZZAZIONE
DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

BIOMETRIA E DIGITALIZZAZIONE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

Gianluca Bellomo

SOMMARIO – 1. Premessa. 2. Biometria e tecniche biometriche. 3. Biometria e pubblica amministrazione: quali applicazioni e quali prospettive. 4. Cenni sul quadro normativo nazionale ed europeo. 5. Le ‘Istituzioni’ della biometria. 6. Per non concludere.

1. Premessa

All'interno del processo di tecnificazione della pubblica amministrazione, il tema della biometria, almeno così come oggi sviluppatosi sia alla luce del livello tecnologico raggiunto, sia della molteplicità degli impieghi possibili, in particolare nella pubblica amministrazione, sarebbe risultato semplicemente ‘fantascienza’ per gli studiosi del Centenario delle Leggi di unificazione amministrativa del Regno d'Italia di 150 anni fa. Basti pensare a riguardo che già oggi uno studioso non particolarmente esperto di queste tematiche, molto probabilmente, risulterebbe impressionato dalla molteplicità e varietà di tecniche biometriche attualmente esistenti e dai possibili impieghi nel settore pubblico e privato.

Se si vogliono comprendere appieno gli aspetti giuridici legati all'uso della biometria, quindi, non si può prescindere, da una parte, dalla conoscenza, seppur minima, dei meccanismi di funzionamento delle tecniche biometriche; dall'altra, dalla consapevolezza delle peculiarità che caratterizzano il ricorso a tali strumenti all'interno delle amministrazioni pubbliche. Va rilevato, infatti, che le tecniche biometriche sono intrinsecamente legate allo sviluppo tecnologico, dal quale dipendono in termini di esistenza, trasformazione e obsolescenza. Una mancata conoscenza di tali aspetti tecnici minimi non consentirebbe, perciò, di comprendere pienamente i molteplici e possibili impieghi e ricadute sull'ordinamento in generale e sulla pubblica amministrazione in particolare.

Va evidenziato, infine, che nel presente contributo, per ovvi limiti di spazio, risulterà impossibile enumerare ed approfondire tutte le singole tecniche biometriche ad oggi impiegate, esistenti o ancora in fase di studio, tuttavia si cercherà di tratteggiare gli elementi descrittivi minimi comuni indispensabili per una prima rappresentazione delle problematiche giuridiche da queste coinvolte.

2. *Biometria e tecniche biometriche*

Le tecniche di riconoscimento dell'identità degli individui per mezzo della valutazione di caratteristiche fisiologiche o comportamentali sono alla base della biometria (Pousson, 2002: 371). Tali tecniche, quindi, consentono, attraverso il riconoscimento di una o più caratteristiche degli individui di associare in modo univoco un'identità allo stesso. Il riconoscimento dell'identità di un individuo, quando attuato attraverso tecniche biometriche, non si fonda, quindi, sul possesso di un oggetto fisico (es. *chip*, *smart card* ecc.) o sulla conoscenza di alcune informazioni (es. *pin*, *password*) ma su una o più caratteristiche univoche di ogni singolo individuo (Rosenzweig, Kochems, Schwartz, 2004: 1)¹.

Anche se in senso moderno la biometria nasce negli ultimi decenni, il tentativo di ricorrere a caratteristiche proprie degli individui per la riconoscibilità dell'identità degli stessi è da molto presente nella storia dell'uomo.

Forse già all'epoca dell'uomo della pietra i primi ritrovamenti all'interno di caverne di dipinti con 'negativi' della mano degli occupanti² potrebbero costituire dei primi rudimentali esempi di tecniche biometriche di riconoscimento degli individui dell'epoca. Più recentemente, nell'antico Egitto, sembrerebbe si ricorresse sempre all'impronta della mano al fine di consentire l'identificazione degli autori dei prodotti manifatturieri (Pousson, 2002: 371). Ma è solo alla fine dell'Ottocento che si inizia a sviluppare una serie di studi in Europa sulle prime tecniche biometriche per applicazioni giuridicamente riconosciute grazie, tra gli altri, al criminologo francese Alphonse Bertillon (1853-1914), che inventò l'*antropometria giudiziaria*; al medico e criminologo italiano Cesare Lombroso (1835-1909), che fondò l'*antropologia criminale* e al criminologo britannico Francis Galton (1822-1911) (Trucco, 2004: 22-27). A quest'ultimo in particolare si devono gli studi che hanno portato all'uso nelle aule giudiziarie delle impronte digitali (Scarcella, 2013: 809 sgg.).

Dai primi studi sulla biometria, sulle relative tecniche e sulle prime rudimentali applicazioni, grossi passi in avanti sono stati compiuti, soprattutto grazie agli enormi sviluppi tecnologici registrati in tale settore. Ciò ha consentito negli ultimi decenni il crescente affermarsi dell'impiego della biometria in una molteplicità di ambiti pubblici e privati. I fattori che hanno fortemente contribuito alla sempre maggiore richiesta del ricorso a tecniche biometriche sono riconducibili alla necessità di: soluzioni efficienti per le problematiche derivanti dall'estrema accelerazione dei processi di *globalizzazione* e di *dematerializzazione* ai quali stiamo assistendo; maggiore bisogno sociale di sicurezza; necessità di certezza sull'identità dei soggetti che effettuano singole transazioni elettroniche; ma anche alla crescente richiesta di soluzioni efficaci nella rimozione degli ostacoli allo sviluppo del mercato globale; soluzioni efficienti e a basso co-

sto nel riconoscimento 'certo' degli individui (sui cui temi v. *amplius* di Plinio, 2005; Ferrarese, 2000).

Proprio tali esigenze hanno dato un nuovo impulso alle ricerche sulla biometria e ad i suoi impieghi, sia nel settore privato che pubblico, grazie alla capacità sempre maggiore che stanno dimostrando le tecniche biometriche di risolvere le problematiche legate all'identificazione degli individui in modo sempre più affidabile, rapido ed a costi contenuti. Alcuni esempi di tali applicazioni sono rinvenibili, ad esempio, nei pagamenti elettronici (individuazione certa di chi paga), nell'identificazione online (per l'accesso a determinati domini o per la sottoscrizione a distanza di documenti), nell'identificazione per l'accesso ad alcune tipologie di informazioni (es. dati sensibili propri o altrui da parte di incaricati di determinati servizi) o ad aree riservate (es. accesso a locali sottoposti a particolari regimi di sicurezza); nell'ammissione all'erogazione di uno specifico servizio (es. accesso ad un'area bancomat) o nell'uso esclusivo di un bene (es. accesso al proprio pc, *smartphone* o automobile) solo nei confronti del soggetto che ne ha effettivamente diritto³.

Tra le tecniche biometriche citate, il mercato tende sempre più a privilegiare quelle con caratteri che assicurano maggiori livelli di efficacia ed efficienza nell'utilizzo quotidiano quali: elevata affidabilità; facilità e rapidità di utilizzo; bassi costi di implementazione ed impiego; limitata incidenza sui diritti fondamentali dell'individuo.

Se sono molteplici gli impieghi delle tecnologie di riconoscimento biometrico, altrettanto numerose sono sia le tecniche attualmente impiegate a livello globale, sia quelle in fase di studio.

Tra le prime si possono citare, a titolo esemplificativo: il riconoscimento dell'iride, della geometria della mano, delle impronte digitali, del volto o della voce, ma anche la firma grafometrica (sulle singole tecniche v. Rosenzweig, Kochems, Schwartz, 2004: 2 sgg.).

Tra le seconde, invece, la scansione delle vene, la termografia facciale, il confronto del DNA, la misurazione della pressione sanguigna; ma anche il riconoscimento olfattivo, della trama della cute, dell'andatura, della geometria dell'orecchio, del letto ungueale (Rosenzweig, Kochems, Schwartz, 2004: 6 sgg.).

Ogni tecnologia ovviamente presenta delle peculiarità delle quali si deve tenere conto sia in fase di scelta, che di impiego, che di regolazione della stessa. Peraltro va notato e non si deve mai dimenticare, come accennato in premessa, che lo sviluppo tecnologico incide in modo crescente sul perfezionamento delle tecniche esistenti; sull'estensione dell'impiego di queste alla soluzione di nuove problematiche; e sulla nascita, evoluzione ed in alcuni casi obsolescenza delle stesse.

Tutte le tecniche biometriche necessitano di specifiche fasi affinché queste possano essere impiegate: *acquisizione del dato campione* dal singolo individuo

(*enrolment biometrico*), attraverso il quale viene registrato il dato di riferimento rispetto al quale successivamente verrà valutata la corrispondenza o meno di quello specifico dato per il riconoscimento dell'individuo; inserimento in una banca dati dei singoli dati biometrici di riferimento (*template*), tale banca dati può essere nel possesso dello stesso individuo (es. registrata su di un supporto portatile) o nel possesso di un soggetto terzo; predisposizione di una tecnologia per la rilevazione del dato biometrico al momento dell'utilizzo della tecnologia da parte del singolo individuo; confronto del dato acquisito con quello presente nella banca dati (*matching*); validazione o meno dell'identità del soggetto che utilizza la tecnica biometrica⁴.

Ognuna delle citate fasi può presentare molteplici implicazioni di carattere giuridico generali e specifiche per le singole tecniche impiegate ad esempio in termini di: violazione della riservatezza dei dati personali; possibile limitazione delle libertà fondamentali; ma finanche rischi di distorsione dei meccanismi democratici, ad esempio in caso di impiego di tecniche biometriche all'interno di meccanismi elettorali digitalizzati.

Come è facilmente comprensibile la piena conoscenza e consapevolezza delle possibili ricadute dell'impiego di tali tecnologie, e più in generale dell'elemento tecnologico, incide in modo significativo e diretto sulle scelte regolative del legislatore, ma anche su quelle normative delle amministrazioni pubbliche eventualmente interessate. D'altra parte il corretto impiego di tecniche biometriche potrebbe anche essere portatore, ad esempio, di un miglioramento dei livelli di efficienza nell'azione dei pubblici poteri e di una maggiore partecipazione e controllo democratico dei cittadini, si pensi ad esempio ad un sistema nel quale, grazie al riconoscimento biometrico, si possa mettere in contatto diretto i cittadini con le istituzioni pubbliche. Ma si può anche ipotizzare una riduzione dello spazio delle decisioni espressione di discrezionalità politico-amministrativa che possono essere sostituite da decisioni concepite come 'tecniche' venendosi così a ridurre drasticamente i margini di distorsione del mercato determinabili da decisioni pubbliche differenziate per casi analoghi.

Una moderna tecnica biometrica, in definitiva, affinché abbia una buona possibilità di successo sul mercato dovrà avere alcune precipue caratteristiche: elevata affidabilità sia in termini di percentuale di errore nell'identificazione dell'individuo, sia circa la non violabilità del sistema da parte di terzi; facilità d'impiego della tecnologia impiegata, in particolare da parte dell'utente finale; bassi costi di realizzazione, implementazione e manutenzione; assenza di controindicazioni per quanto attiene a possibili violazioni di diritti fondamentali degli utenti. Ovviamente quanto più risponderà a tali caratteristiche tanto più facilmente la singola tecnologia biometrica potrà trovare ampio impiego da parte degli operatori pubblici e privati.

3. *Biometria e pubblica amministrazione: quali applicazioni e quali prospettive*

L'amministrazione pubblica, ed in particolare quella giudiziaria, come accennato, già dalla fine dell'Ottocento si è interessata ed ha iniziato ad impiegare tecnologie biometriche nella lotta alla criminalità. Da allora ad oggi, ed in particolare negli ultimi decenni, si è assistito ad una crescita dell'interesse da parte del settore pubblico per le applicazioni possibili di tecniche biometriche nella soluzione di molteplici problematiche. La spinta verso il ricorso a tali tecnologie, nel settore pubblico, può essere individuata, sia negli stringenti vincoli della finanza pubblica derivanti dall'adesione all'Unione europea, che spingono sempre più l'apparato dello Stato verso una razionalizzazione e una ottimizzazione delle ormai limitate risorse pubbliche disponibili; sia nel tentativo di trovare in tali tecnologie la risposta alle odierne sfide che si pongono agli Stati nazionali generate dai processi di globalizzazione e di competitività tra i mercati internazionali, che ove non affrontate in modo adeguato a livello interno fanno sì che gli Stati stessi diventino causa efficiente della perdita di competitività per il mercato domestico e quindi, a cascata, un ulteriore elemento di aggravio della finanza pubblica nazionale (su cui più in dettaglio cfr. di Plinio, 2005: 205-213).

Tra le principali aree di interesse per le pubbliche amministrazioni, nelle quali si stanno sviluppando le maggiori applicazioni delle tecniche biometriche, si possono citare: da una parte l'uso nei processi di amministrazione digitale; dall'altra il tentativo di innalzare i livelli di sicurezza nazionale e quindi intensificare la lotta al terrorismo e alla criminalità internazionale (fortemente sviluppata dopo il noto attentato alle Torri Gemelle dell'11 settembre 2001, e da ultimo con gli attentati che hanno colpito anche molti paesi europei); ma anche, ad esempio, il contrasto all'immigrazione clandestina che sta sempre più mettendo in crisi i paesi oggetto di transito e destinazione finale dei flussi migratori (Muller, 2010). Più dettagliatamente tra i principali impieghi delle tecniche biometriche si segnala: l'*e-government* in generale, ed in particolare l'accesso a siti istituzionali della pubblica amministrazione, anche al fine di consentire la gestione documentale online; il passaggio dalla firma digitale (Granieri, 1998: 513 sgg.; Monea, 2002: 11 sgg.) a quella grafometrica; il passaporto elettronico (Ratto Trabucco, 2010: 390), i visti ed i permessi di soggiorno in particolare per l'area Schengen⁵; la carta d'identità elettronica; l'accesso ad aree di sicurezza, in particolare nel settore militare (es. Carta Multiservizi della Difesa) o ad elevato rischio terroristico; ma anche per esempio nel ricorso al voto elettronico per fini elettorali o di partecipazione a tornate elettorali da parte dei cittadini.

Tra le cause che stanno determinando per la pubblica amministrazione il ricorso a tecniche biometriche si possono citare, inoltre: la crescente dematerializzazione dei servizi della pubblica amministrazione; l'adesione dell'Italia all'UE e

al WTO, con la conseguente adesione ai relativi standard tecnico-amministrativi da questi ultimi richiesti; le peculiarità che caratterizzano alcuni specifici settori d'intervento dell'amministrazione pubblica particolarmente delicati che richiedono elevati standard di sicurezza (es. difesa o gestione e tutela di siti sensibili); il rilevante aumento del rischio terroristico e dei flussi migratori; la necessità, determinata dai crescenti vincoli derivanti dalle norme di finanza pubblica, di razionalizzazione dei costi e di riduzione delle spese, oltre che alla necessità per la pubblica amministrazione di aumentare i propri livelli di contribuzione all'innalzamento dei livelli di competitività del sistema paese con adempimenti burocratico-amministrativi che non incidano negativamente sul PIL; la necessità per la pubblica amministrazione di aumentare i propri livelli di trasparenza, di qualità dei servizi e di erogazione degli stessi attraverso differenti modalità operative da parte degli utenti (es. maggiore richiesta di partecipazione diretta ai processi decisionali o ai meccanismi di democrazia diretta); l'elevata rapidità di cambiamento delle problematiche che i pubblici poteri sono chiamati a gestire; la necessità di ricorso sempre maggiore a soluzioni ad elevato contenuto tecnico, con conseguente riduzione dei relativi margini di discrezionalità; la crescente inefficienza ed inefficacia di approcci esclusivamente nazionali alla soluzione di problematiche 'geneticamente' di livello internazionale (Rosenzweig, Kochems, Schwartz, 2004: 9 sgg.).

Nel rinnovato contesto operativo della moderna pubblica amministrazione si sta rendendo quindi obbligatorio ed improcrastinabile, in molteplici settori, il ricorso da parte di questa, all'impiego di tecniche biometriche.

4. Cenni sul quadro normativo nazionale ed europeo

Il contesto normativo che contraddistingue la disciplina giuridica del ricorso alle tecniche biometriche è fortemente influenzato dai caratteri del contesto in cui operano tali tecniche.

Va rilevato, infatti, che il contesto normativo in materia è alquanto 'liquido' e mutevole proprio a causa della strettissima dipendenza esistente tra rapidità dello sviluppo tecnologico e conseguenti evoluzioni delle tecniche biometriche, ma anche delle nuove modalità e possibilità applicative di tecniche note ai differenti settori della società e dell'apparato pubblico.

L'ambito di operatività delle normative in materia, inoltre, è sempre più 'multilivello' e conseguentemente coinvolge soggetti non solo nazionali ma anche europei o internazionali. Infatti i problemi che tali normative sono chiamati a risolvere sempre più spesso coinvolgono problematiche o ambiti operativi che esulano dai confini nazionali per assumere valenza sempre più di livello europeo o globale.

Proprio la rapidità evolutiva delle tecniche e degli strumenti biometrici impiegati all'interno del contesto normativo vigente spesso richiede l'intervento della giurisprudenza, nazionale ed europea, per determinare i limiti materiali di applicabilità della disciplina, troppo spesso incapace di definire a priori compiutamente le singole possibili situazioni conflittuali che possono contraddistinguere il relativo ambito operativo di tali strumenti (Pulice, 2009: 994 sgg).

Un ulteriore elemento che connota la normativa in materia è riconducibile al ruolo di primaria importanza che assumono le autorità tecniche indipendenti pubbliche e private (es. Garante per la protezione dei dati personali, Agenzia per l'Italia digitale, CNIPA; ma anche quelle europee ed internazionali, su cui v. Perfetti, 2005) soprattutto nella definizione degli standard tecnici, nelle modalità operative dei singoli strumenti biometrici, nella validazione dei livelli di affidabilità dei risultati delle tecnologie coinvolte, ma anche nella scelta e nella diffusione di talune tecnologie rispetto ad altre (Valore, 2011: 12 sgg.). Proprio con riguardo a quest'ultimo aspetto uno dei rischi da evitare da parte del legislatore e delle amministrazioni pubbliche nella scelta tra le differenti tecniche biometriche consiste nel contrastare il determinarsi di possibili situazioni di monopolio, su diversa scala, in capo a soggetti privati detentori di particolari tecnologie o di grosse fette di mercato⁶.

I caratteri appena descritti, che connotano la normativa in materia, e le difficoltà di fissazione di limiti normativi troppo rigidi che difficilmente potrebbero regolare compiutamente tutte le differenti situazioni applicative e di operatività negli ambiti coinvolti, hanno di fatto determinato una normazione di tipo fortemente funzionalista e dettata 'per principi' che spesso tende più a fissare gli obiettivi che i pubblici poteri devono tendere a raggiungere, piuttosto che descrivere dettagliatamente il percorso da seguire.

Così il legislatore nazionale ed europeo ha emanato una serie di provvedimenti rilevanti in materia tra i quali si possono segnalare: il Codice in materia di protezione dei dati personali (d.lgs. 196/2003); la Direttiva 95/46/CE relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati; e da ultimo il 12 novembre 2014 il Garante per la protezione dei dati personali ha emanato le *Linee guida in materia di riconoscimento biometrico e firma grafometrica* che tendono a meglio definire il quadro di riferimento nell'uso di queste tecnologie ed in cui sono stati ripresi e cristallizzati proprio alcuni dei principi in parte già presenti in altri provvedimenti e che caratterizzano la materia (Perfetti, 2005: 2; Vangone, 2004: 20709).

All'art. 11 comma 1, lett. a del Codice e al punto 4.1 delle *Linee guida*, si rinviene il *principio di liceità e di correttezza* del trattamento dei dati biometrici. Questo impone che si debbano rispettare i limiti fissati dal legislatore e dal Garante nella gestione e nel trattamento dei dati biometrici, anche se va rile-

vato che molto spesso questi non risultano di facile individuazione, così come i limiti concreti oltre i quali non ci si può spingere nell'uso e nella gestione dei dati biometrici. A riguardo va rilevato che tali limiti spesso sono ampliati o ridotti proprio dalle singole pronunce del Garante o della giurisprudenza nazionale o europea in materia.

Il secondo principio che si può rinvenire in materia è il *principio di necessità*, così come previsto al punto 4.2 delle *Linee guida*, che impone il ricorso all'impiego di tecniche biometriche solo ed esclusivamente ove ciò sia indispensabile, ed in assenza di tecniche alternative che consentano di ottenere il medesimo risultato ma con minore invasività sulla sfera personale dei singoli (es. uso delle *smart card* per la firma digitale come alternativa all'impiego di dati biometrici (Sitzia, 2012: 387 sgg.). Comunque, quando il ricorso a tecniche biometriche sia ritenuto necessario questo dovrà comunque essere attuato per il minor tempo possibile.

Il *principio di finalità*, punto 4.3 delle *Linee guida*, prevede invece che i dati raccolti e gestiti all'interno di tecniche biometriche vadano utilizzati solo ed esclusivamente per le finalità che il titolare dei dati stessi intende perseguire.

Infine troviamo il *principio di proporzionalità*, artt. 3 e 11, comma 1, lett. d e 4.4 delle *Linee guida*, che sancisce che debbano essere trattati solo ed esclusivamente i dati strettamente necessari in relazione alle finalità perseguite con il ricorso alla tecnica biometrica evitando di trattarne di ulteriori ed inutili (Cappelletti, 2013: 649-662).

Va rilevato, comunque, che la normazione per principi, che caratterizza questo ambito normativo, presenta elementi di forte interesse ma anche di criticità tra i quali si possono segnalare: l'elevata flessibilità applicativa a differenti contesti (normativi, territoriali e sociali) e la capacità di rapidissimo adattamento ai molteplici cambiamenti tecnologici; l'elevata funzionalità nel perseguimento degli obiettivi che l'ordinamento si prefigge; ma anche, sia un netto spostamento di discrezionalità normativa dal legislatore in capo alle singole amministrazioni, con l'elevato rischio del verificarsi di possibili effetti distorsivi del mercato o il conseguente aumento di fenomeni corruttivi figli proprio dell'eccesso di discrezionalità; sia un elevato protagonismo delle magistrature e delle autorità tecniche coinvolte.

Da ultimo va rilevato, proprio a testimonianza di quanto si affermava ad inizio paragrafo circa la rapidità di cambiamento del contesto normativo, che in questi giorni (il 4 maggio 2016) sono stati pubblicati sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea i testi del nuovo Regolamento europeo in materia di protezione dei dati personali e della Direttiva che regola i trattamenti di dati personali nei settori di prevenzione, contrasto e repressione dei crimini. Tale adempimento rappresenta un passaggio fondamentale per l'entrata in vigore del c.d.

Nuovo Pacchetto protezione dati che è finalizzato alla definizione di un quadro normativo unico a livello europeo in materia. Il Regolamento diventerà definitivamente applicabile ai Paesi membri dal 25 maggio 2018, data per la quale anche l'Italia dovrà farsi trovare pronta. La Direttiva, invece, è diventata vigente il 5 maggio 2016 ed entro 2 anni gli Stati aderenti all'UE dovranno adeguarsi. Tra le principali novità del *Pacchetto* si segnala: una maggiore attenzione alla tutela dei dati dei minori; vengono definiti come dati sensibili anche i dati biometrici e genetici; l'obbligo di *privacy impact assessment* (valutazioni preventive di impatto sulla tutela dei dati); l'obbligatorietà di nominare un *data protection officer* (responsabile della protezione dei dati personali); il diritto all'oblio; l'introduzione del principio della cosiddetta *accountability*, in base al quale si dovrà dimostrare concretamente di aver adottato ogni provvedimento necessario per la tutela dei dati (<<http://www.agendadigitale.eu>>, 09/2016).

5. Le 'istituzioni' della biometria

I soggetti coinvolti, con diversi ruoli, nell'uso di tecniche biometriche da parte della pubblica amministrazione sono molteplici e con ruoli profondamente diversi tra di loro.

Particolare attenzione, tra i soggetti pubblici, dovrà essere posta al ruolo svolto dal Garante per la protezione dei dati personali e dai vari organismi pubblici che si sono succeduti in questi anni nel supporto e nella diffusione delle ICT per la pubblica amministrazione (Cnipa, DigitPA, Agenzia per l'Italia Digitale). Questi hanno disegnato, negli anni, attraverso l'emanazione dei propri provvedimenti, o con le loro scelte tecniche, i limiti formali e materiali della disciplina in materia all'interno del citato quadro normativo. Ciò si realizzava quando la normativa delegava loro tale funzione, o, quando, essendo questa lacunosa, li obbligava a svolgere una funzione di vera e propria supplenza nei confronti del ruolo del legislatore, in particolare quando ciò si rendeva indispensabile alla concreta risoluzione di possibili conflitti normativi in materia,

Peraltro, in ottica regolatoria, l'eventuale delega ad autorità indipendenti di funzioni giurisdizionali in materia, va rilevato, che presenta sia vantaggi che svantaggi. Infatti, se tale ricorso consente di fornire elevati livelli di flessibilità e rapidità operativa (compatibilmente con gli strumenti, le risorse finanziarie assegnate a tali soggetti, ed i reali livelli di autonomia ed indipendenza della quale godono), va anche rilevato che questi soggetti non hanno l'obbligo di fornire tutte quelle garanzie che invece risultano obbligatorie per i giudici all'interno dei processi e che dovrebbero servire ad assicurare un adeguato livello di tutela dei diritti dei differenti soggetti di volta in volta coinvolti. Inoltre non va sottaciuto, come già teorizzato da tempo in altri ambiti (tra gli altri Bernstein, 1955), il rischio

che tali soggetti possano incorrere nella c.d. *regulatory capture*, in base alla quale il regolatore possa, con il passare del tempo, essere 'catturato' dal regolato con il conseguente venir meno dell'effettività del sistema normativo in materia. A tale riguardo si pensi alle scelte attuate da parte di un soggetto tecnico indipendente nazionale o internazionale chiamato a decidere tra più standard di riconoscimento biometrico, ai possibili effetti economici, distorsivi del mercato e di incidenza sui diritti fondamentali dei soggetti coinvolti da tale scelta, che si potrebbero produrre nel caso in cui il soggetto pubblico dovesse subire delle influenze da parte di operatori privati. D'altra parte va anche rilevato che spesso sono proprio i soggetti privati a sviluppare ed a brevettare le migliori tecnologie biometriche, e quindi spesso i soggetti pubblici, quando sono chiamati a farlo, si trovano costretti a scegliere operatori economici sulla base di competenze tecniche possedute in materia da una ristrettissima cerchia di operatori.

Tra gli operatori economici ci sono poi soggetti che, proprio a causa del settore di operatività nel quale si trovano ad esercitare la propria attività, risultano più vocati di altri all'impiego di tecniche biometriche, si pensi ad esempio agli istituti di credito che con i processi di digitalizzazione e di *banking online* hanno sempre più bisogno di avere la certezza che chi sta operando su un determinato conto sia effettivamente chi ne ha diritto; ma si pensi anche ai soggetti pubblici che operano in settori strategici ad elevata rischiosità o ad elevatissimi standard di sicurezza quali il settore militare o nucleare.

A livello internazionale si possono invece segnalare, tra i soggetti pubblici o a rilevanza pubblica, il WTO che con la fissazione di standard può incidere in modo rilevante in materia, ma anche ad esempio l'ICAO (International Civil Aviation Organization) che con le proprie Raccomandazioni può decidere quale standard biometrico impiegare all'interno degli aeroporti per il riconoscimento dei passeggeri in transito⁷.

Ma venendo all'uso da parte della pubblica amministrazione di tecniche biometriche, va rilevato che particolare importanza assume la necessità di formazione specifica da parte del personale coinvolto circa le tecnologie impiegate, e quindi sulla necessità di adeguare sia i sistemi tecnologici, sia le competenze minime necessarie per consentire all'amministrazione di operare concretamente con tali tecnologie. Tale problematica, se pensata con riferimento alle amministrazioni comunali, ad esempio, porgerà subito il fianco a evidenti limiti di operatività di molte delle tecnologie biometriche più raffinate soprattutto all'interno dei comuni di piccolissime dimensioni. D'altra parte, per converso, proprio oggi con lo sviluppo delle ICT iniziano a farsi spazio anche tecnologie a maggiore fruibilità anche per quelle amministrazioni con minori mezzi e personale meno qualificato che, entro certi limiti, potrebbero consentire di sopperire a tale *gap* tecnologico e di formazione.

Infine va rilevato che le amministrazioni pubbliche come soggetti spesso chiamati a scegliere il particolare tipo di tecnica biometrica, nella scelta tra queste dovrebbero cercare, almeno in prima battuta, di ricorrere a tecnologie: che siano caratterizzate da elevati livelli di trasparenza, nel senso che consentano di capire compiutamente come viene trattato il dato biometrico; che non siano proprietarie, e cioè coperte da brevetto così da non incentivare rendite di posizione nei confronti di soggetti privati; standardizzate, i cui meccanismi operativi, quindi, siano ben definiti e riconoscibili; affidabili, che diano un bassissimo margine di errore e che siano in grado di operare in modo efficace ed efficiente; possibilmente flessibili, e cioè che consentano anche di rimodulare le tecniche utilizzate o di adattarle al rapido mutamento delle esigenze contingenti.

6. *Per non concludere*

Infine va rilevato che le questioni qui appena accennate offrono ‘praterie sterminate’ per gli studiosi del diritto circa una molteplicità di nuovi problemi giuridici che attengono ai rapporti tra tecniche biometriche, ordinamento e pubbliche amministrazioni, essendo le problematiche coinvolte molteplici, complesse e potenzialmente di forte impatto sulla vita delle persone.

Di seguito ci si limiterà ad accennare solo ad alcune delle questioni ritenute di maggiore rilevanza per quanto qui d’interesse.

La prima attiene all’uso e all’abuso delle tecnologie biometriche. Risulta, infatti, di fondamentale importanza nell’uso da parte dei soggetti pubblici e privati di tecniche biometriche porre una costante attenzione sui *rischi in termini di violazione della privacy o delle libertà civili delle persone*. Tali problematiche, infatti, possono investire la raccolta, il trattamento e la gestione dei dati biometrici. Si potrebbero perciò presentare possibili rischi di ‘tracciamento’ di singoli soggetti nel momento in cui i dati biometrici non fossero correttamente gestiti e custoditi, con conseguente totale perdita di anonimato per i soggetti coinvolti (Rasi, 2005: 23 sgg.). Nei casi peggiori si potrebbe addirittura arrivare a rischi di *controllo sociale* o di *sorveglianza personale* su larga scala (Périès, Chardel, 2009). A tale riguardo si pensi ad esempio già oggi alle c.d. ‘profilazioni’ delle quali siamo oggetto quotidiano sulla rete e con le quali le tendenze, le preferenze e le scelte effettuate da chi naviga in rete vengono registrate per segmentare il mercato e per fornire offerte mirate. Ma potrebbero essere anche utilizzate per scoprire eventuali orientamenti religiosi, sessuali o politici dei singoli soggetti con palese violazione di ovvi diritti fondamentali.

Un secondo ambito di ricerca che resta ampiamente da esplorare è il *rapporto tra identità personale ed identità digitale*. Il rischio, infatti, di avere discriminazioni nell’accesso ai servizi della pubblica amministrazione, determina-

te dalle limitate conoscenze informatiche di determinate categorie di soggetti, o di accesso alle tecnologie sia a livello nazionale che globale (si pensi agli anziani, agli indigenti, o ai popoli meno sviluppati), va tenuto in debita considerazione da parte dei soggetti pubblici. Così come differenti velocità di accesso alla rete presenti sia all'interno dei singoli paesi (si pensi alla c.d. 'banda larga'), sia su scala globale, rischiano di determinare, parallelamente, territori o paesi a differenti velocità nell'accesso e fruizione di servizi pubblici. La preliminare eliminazione di tali barriere, al fine di garantire almeno i servizi fondamentali ai cittadini dovrà essere tenuta in debito conto nelle scelte delle tecnologie da adottare e nelle modalità operative da implementare. In tale contesto si potrebbe anche presentare il rischio di arrivare all'ipotesi di avere soggetti che, poiché privi di un'identità digitale, di fatto 'non esistono' per l'amministrazione digitale, producendosi così per questi, di fatto, la preclusione al reale godimento di una serie di diritti costituzionalmente garantiti. Si produce così il rischio che sia il 'mercato della tecnologia' a determinare i margini entro i quali si devono muovere le amministrazioni ed i diritti. Molto possono fare le autorità di standardizzazione europee ed internazionali nell'arginare la tendenza delle multinazionali interessate a dettare le regole o a tenere comportamenti scorretti, ma ciò resta possibile solo all'interno di un quadro normativo comune che tenga conto di tutte queste variabili e della loro reale incidenza sull'effettività dei diritti.

Così gran parte della partita odierna si gioca proprio sulla scelta di chi debba essere il soggetto che deve decidere se e quali tecniche biometriche utilizzare. Qui si scontrano due impostazioni opposte: la prima che prevede che sia sempre e comunque il soggetto pubblico; la seconda che sia il mercato e che la pubblica amministrazione si debba limitare a fissare esclusivamente gli obiettivi da raggiungere attraverso gli strumenti tecnologici che il mercato riterrà più idonei, ma sempre nel rispetto dei principi vigenti in materia. Il rischio che le istituzioni corrono, comunque, è quello di vedersi bocciare i propri provvedimenti quando questi violano il concreto perseguimento della protezione dei dati personali, in quanto quest'ultima ormai è ricompresa a pieno tra i diritti fondamentali⁸.

Per le pubbliche amministrazioni risulta particolarmente rilevante, inoltre, sia la verifica periodica dell'affidabilità delle singole tecniche biometriche, che diventa un fattore strategico di corretto ricorso alla biometria da parte delle amministrazioni pubbliche⁹ che intendono garantire elevati livelli di efficacia ed efficienza amministrativa; sia l'attenzione da porre nel cercare di evitare, per quanto possibile, un'eccessiva dipendenza dall'elemento tecnologico prevedendo, ove possibile, di dotarsi di strumenti alternativi ai quali poter ricorrere in caso di malfunzionamenti improvvisi di quelli ad elevato contenuto tecnologico quali appunto quelli biometrici.

Restano inoltre, sullo sfondo, ulteriori questioni come la qualificazione giuridica dei dati biometrici, sempre alla luce del quadro normativo nazionale ed europeo in materia, che risulta in continua evoluzione anche a causa degli accordi di libero scambio che incombono sulla definizione dei nuovi limiti che possono essere posti al libero mercato (si pensi al TTIP tra UE ed USA, o alle regole relative alle altre aree di libero scambio che sempre più stanno contribuendo a definire degli standard globali di circolazione delle merci e dei servizi).

Sul fronte dell'uso delle tecniche biometriche da parte della amministrazioni pubbliche e della tutela dei diritti va ancora rilevato che le questioni costituzionali coinvolte sono molteplici. Si pensi, come già accennato, alla tutela della dignità umana e dei diritti della persona (Cassano, Contaldo, 2010: 5; Girotto, 2012: 10242) e delle libertà fondamentali e ai rischi di lesione diretta di questi da parte del ricorso a tecniche biometriche nella lotta al terrorismo o all'immigrazione (es. uso del *Body scanner*, su cui v. Beltrame, 2013: 607-624; ricorso massivo alla rilevazione delle impronte digitali dei migranti ecc). A riguardo resta, inoltre, la difficoltà di trovare confini costituzionali certi entro i quali ammettere o meno da parte degli Stati l'uso di tali tecnologie (si pensi a quanto è diventata molto più pervasiva l'azione degli Stati nella vita delle persone per contrastare l'aumento dei livelli di terrorismo nel mondo e parallelamente a quanto gli stessi cittadini sono disposti a consentire tale ingerenza, su cui v. Piattoli, 2015: 885 sgg.). Oppure si consideri in che misura si possono ammettere deroghe al riconoscimento di diritti fondamentali basandosi sulle tecniche biometriche (si pensi ad esempio ad una condanna a morte inflitta esclusivamente sulla base dei risultati di una prova del DNA), che possono apparire strumenti ad oggi apparentemente infallibili, ma che potrebbero, come già capitato in passato, dimostrare di avere dei limiti ancora non esplorati con conseguenze irreversibili sulla lesione degli stessi diritti ormai preclusi (Flora Matteo, 2006: 6 sgg.).

Se quindi le tecniche biometriche presentano da una parte ancora molti punti oscuri (Monteleone, 2004: 3 sgg.), questioni da tenere in debito conto e da approfondire, dall'altra per le amministrazioni pubbliche possono rappresentare una opportunità per: consentire maggiore efficienza nell'azione amministrativa, ridurre e razionalizzare i costi interni ed esterni, ed in alcuni casi garantire l'effettività di alcuni diritti che fino ad oggi erano diritti solo formalmente riconosciuti; ma anche ampliare la sfera giuridica materiale dei cittadini garantendo una serie di diritti che senza questo tipo di tecnologie di fatto non sarebbero nemmeno ipotizzabili (consentendo così ai cittadini di accedere a quelli che la dottrina ha definito come 'diritti disvelati', su cui v. Costanzo, 2010: 5 sgg.).

Le tecniche biometriche, ed il relativo apparato strumentale, non devono quindi rappresentare un fine per le amministrazioni pubbliche, ma possono co-

stituire un ulteriore strumento, se correttamente impiegato, da affiancare a quelli già esistenti ed a quelli futuri per consentire di avere una pubblica amministrazione che riesca sempre più a rispondere in modo efficiente alle richieste di un'utenza in continua trasformazione e sempre più esigente.

Ma, d'altra parte, questa sfida, sotto tutt'altra forma e con altri strumenti, era già iniziata 150 anni fa!

Note

- ¹ Su cui per maggiori dettagli cfr. CNIPA, *Linee guida per le tecnologie biometriche*, 08-10-2004: 11 sgg.
- ² Le più note sono quelle situate nella *Cuevas de las manos pintas* (Grotta delle mani dipinte) che si trova in Patagonia, a Rio Chubut, datata dagli archeologi al 12.000 a.C. Sembra che la tecnica consistesse nello spruzzare delle vernici naturali preparate con polveri di roccia colorata e acqua, per mezzo di piccole cannuccie vegetali, sul contorno della mano poggiata sulla roccia. Una volta rimossa la mano restava dipinto il contorno della stessa e senza vernice l'area coperta dalla mano, venendosi così a creare una sorta di 'negativo'. Con questa tecnica si riusciva, entro certi margini di errore, ad avere una sorta di identificazione di chi aveva posto la propria mano per effettuare il dipinto all'interno della caverna.
- ³ Per alcuni esempi applicativi cfr., in generale sulle odierne applicazioni e con specifico riferimento alla pa, CNIPA, *Linee guida per le tecnologie biometriche*: 8.
- ⁴ Sulle singole fasi cfr. CNIPA, *Linee guida per le tecnologie biometriche*: 13 sgg. e Comitato nazionale per la bioetica, *L'identificazione del corpo umano: profili bioetici della biometria*, Presidenza del Consiglio dei Ministri, 26 novembre 2010: 7 sgg.
- ⁵ Su cui a livello internazionale cfr. Raccomandazioni ICAO 9303, 2006; relativamente all'UE per il riconoscimento del viso e per le impronte digitali cfr. CNIPA, 2005: 19.
- ⁶ Si pensi ad esempio a tecnologie biometriche brevettate o ad esempio, da ultimo, agli smartphone di ultima generazione (es. Apple o Samsung) che garantiscono l'accesso al terminale attraverso il riconoscimento dell'impronta digitale del proprietario dello stesso senza fornire alcuna certezza sull'uso che il terminale fa del dato biometrico immagazzinato o se questo viene trasferito ad altri soggetti o immagazzinato.
- ⁷ A tal riguardo va segnalato che con l'*escalation* degli attentati terroristici vi è stato un ricorso molto più massiccio all'uso di tecniche biometriche nel riconoscimento degli individui in particolare nel settore aereo con una netta riduzione dei livelli di tutela dei diritti fondamentali.
- ⁸ Tale ipotesi si è già verificata con l'annullamento da parte della Corte di giustizia dell'UE della Direttiva sulla *Data Retention Directive* (Direttiva 2006/24/CE, c.d. Direttiva Frattini) con la pronuncia della sentenza a cause congiunte (C-293/12 e C-594/12, anche chiamato DRI judgment, Digital Right Ireland and Sietlinger): «Con questa pronuncia si affermava una tutela effettiva a livello UE del diritto alla protezione dei dati personali come diritto fondamentale, come corollario ne derivava che la conservazione massiva dei dati di traffico telefonici e telematici era legittima solo e soltanto se la normativa comunitaria prevedeva dettagliate garanzie necessarie per la tutela di tutti i cittadini, senza tali garanzie si violavano i limiti posti dal principio di proporzionalità che guida la legislazione comunitaria» (Di Resta, 2015: 1).
- ⁹ Si pensi ad esempio in ambito giudiziario il passaggio avuto dal guanto di paraffina allo *stuf* per determinare se un determinato indagato abbia usato o meno un'arma da fuoco; ma anche al ricorso e all'affidabilità delle tecniche di riconoscimento attraverso l'analisi del DNA e a possibili errori di identificazione.

Riferimenti bibliografici

- Beltrame L. 2013, *L'utilizzo dei Body scanners aeroportuali tra esigenze di sicurezza e tutela della riservatezza*, in *Costituzione e sicurezza dello Stato: scenari attuali e linee di tendenza*, Bologna: 607-624.
- Bernstein M. 1955, *Regulating Business by Independent Commissions*, Princeton University Press, Princeton.
- Cappelletti M. 2013, *Il principio di proporzionalità tra tutela della privacy e sicurezza: il caso della carta d'identità biometrica francese*, in *Costituzione e sicurezza dello Stato: scenari attuali e linee di tendenza*, Bologna: 649-662.
- Cassano G., Contaldo A. 2010, *Diritti della persona, internet e responsabilità dei soggetti intermediari*, in *Corriere Giur.*, Allegato 1: 5-15.
- Costanzo P. 2010, *I diritti nelle "maglie" della Rete*, in L. Brusuglia, R. Romboli (a cura di), *Diritto pubblico e diritto privato nelle reti delle nuove tecnologie*, Plus, Pisa: 5-18.
- Di Plinio G. 2005, *Il common core della deregulation*, Giuffrè, Milano.
- Di Resta F., *Normativa sulla data retention: sono ad alto rischio contenziosi anche in Italia*, in *Diritto 24*, 1, 30 gennaio 2015.
- Ferrarese M.R. 2000, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, il Mulino, Bologna.
- Flora Matteo G.P. 2006, *Biometria e clonazione delle impronte digitali*, in *Dir. internet*: 627-639.
- Giroto S. 2009, *Biometria e nanomedicina: le nuove frontiere della riconcettualizzazione tecnologica del corpo umano*, in *Nuova giurisprudenza civile*: 452-468.
- 2012, *Trattamento dei dati biometrici e dignità della persona*, in *Nuova giurisprudenza civile*: 1237-1252.
- Granieri M. 1998, *La responsabilità del certificatore nella disciplina della firma digitale*, in *Danno e Resp.*: 516-528.
- Monea A. 2002, *Firma elettronica: una base fondamentale per l'amministrazione «on line»*, in *Dir. internet*: 690-692.
- Monteleone A. 2004, *Rilevazioni biometriche: lo stato della "privacy" delle "networked persons tra il nuovo Codice ed i provvedimenti del Garante italiano*, in *Diritto&Diritti*, in <<http://www.diritto.it>> (09/2016): 1-10.
- Muller B.J. 2010, *Security, risk and biometric state. Governing borders and bodies*, Abington, Oxon.
- Perfetti T. 2005, *Biometria tra privacy e sicurezza*, in <<http://www.computerlaw.it>> (09/2016): 1-7.
- Périers G., Chardel P-A. 2009, *Arcana imperii e tecnologie dell'identificazione globale: le nuove reti e il rischio della servitù*, in S. Morgagni (a cura di), *Elementi per una nozione "espansa" di schiavitù: tecnologie di sorveglianza e servitù involontaria*, dialogo con Pierre-Antoine Chardel, Gabriel Perières e Michel Tibon-Cornillot, in T. Casadei, S. Mattarelli, *Il senso della Repubblica. Schiavitù*, FrancoAngeli, Milano: 1-36.

- Piattoli B. 2015, *Principio di proporzionalità UE e trattamento dei dati personali nella lotta al terrorismo*, in *Dir. Pen. e Processo*: 885-897.
- Pierucci A. 2006, *Videosorveglianza e biometria*, in R. Panetta (a cura di), *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, t. II, Giuffrè, Milano: 1627-1682.
- Pousson D. 2002, *L'identité professionnelle*, in J. Pusson Petit (a cura di), *L'identité de la personne humaine*, Bruxelles: 797-809.
- Pulice M. 2009, *Sistemi di rilevazione dei dati biometrici e privacy*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*: 994-1008.
- Ratto Trabucco F. 2010, *I rischi per la libertà personale di una banca dati sui generis: l'acquisizione delle impronte digitali per il passaporto biometrico*, in *Archivio giuridico*: 390-404.
- Rosenzweig P., Kochems A., Schwartz A. 2004, *Biometric Technologies: Security, Legal, and Policy Implications*, in Legal Memorandum #12 on Department of Homeland Security, June 21, in <<http://www.heritage.org/research/reports/2004/06/biometric-technologies-security-legal-and-policy-implications>> (09/2016): 1-13.
- Scarcella A. 2013, *Conservazione delle impronte digitali degli 'assolti' e violazione dell'art. 8 conv.e.d.u.*, in *Dir. Pen. e Processo*: 809-827.
- Sitzia A. 2012, *Il trattamento dei dati biometrici dei lavoratori: istruzioni d'uso*, in *Lavoro nella Giur.*: 4-9.
- Trucco L. 2004, *Introduzione allo studio dell'identità individuale nell'ordinamento costituzionale italiano*, Giappichelli, Torino.
- Valore P. 2011, *Rilevazione di dati biometrici e preventiva notificazione al garante privacy*, in *Corriere Merito*: 1164-1171.
- Vangone G. 2004, *Firmare europeo*, in *Nuova Giur. Civ.*: 709-730.

I DATI APERTI COME STRUMENTO DI PARTECIPAZIONE AL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO

Daniele Marongiu

SOMMARIO – 1. I dati aperti dalla dimensione extra-procedimentale alle implicazioni sul procedimento. 2. Il momento iniziale. Le banche-dati, le pubbliche amministrazioni e la proprietà intellettuale. 3. Il riutilizzo dell'informazione nella Direttiva europea n. 98 del 2003 e nel decreto attuativo. 4. Il cambio di paradigma: dal riuso economico ai dati aperti. 5. Gli *open data* come regola, fra spontaneità e obbligatorietà della pubblicazione. 6. I dati aperti nelle norme: le modifiche alla disciplina sul riutilizzo dell'informazione. 7. Dalla funzione 'post-procedimentale' dei dati aperti all'uso nel procedimento amministrativo. 8. L'uso dei dati aperti nel procedimento amministrativo: profili operativi. 9. Accesso ai dati aperti ai fini dell'uso nel procedimento e posizioni giuridiche dei cittadini.

1. I dati aperti dalla dimensione extra-procedimentale alle implicazioni sul procedimento

Il fenomeno dei 'dati aperti' costituisce un oggetto di studio di particolare interesse nell'attuale momento evolutivo del diritto amministrativo. È noto che con tale espressione, o con il corrispondente anglosassone *open data*, si intende un insieme di politiche pubbliche volte a promuovere la libera fruizione dell'informazione contenuta nelle banche dati possedute dalle amministrazioni, a titolo gratuito, attraverso formati a codice sorgente aperto, senza pressoché alcuna restrizione d'uso al di là del vincolo di perpetuarne le condizioni di libero utilizzo e di citarne l'origine (Carloni, 2014: 268).

Sappiamo che oggi il nostro ordinamento giuridico contiene molteplici norme attraverso le quali è legittimata, disciplinata e incentivata questa pratica, introdotte prevalentemente attraverso modifiche e integrazioni al d.lgs. 7.3.2005, n. 82 (Codice dell'amministrazione digitale), in particolare ad opera del d.l. 18.10.2012, n. 179, convertito dalla l. 17.12.2012 n. 221, e del d.lgs. 18.5.2015, n. 102.

L'*open data* può essere oggetto di analisi sotto molteplici versanti; scopo del presente scritto è indagare sulle ripercussioni che tale pratica genera in seno alla disciplina e alla realtà del procedimento amministrativo, nel momento in cui si integra con istituti più sedimentati, in particolare con la partecipazione procedimentale.

Si tratta di un profilo di esame che appare peculiare in quanto, come si avrà modo di verificare, la realtà dei dati aperti ha di per sé una valenza prevalente-

mente extra-procedimentale, vale a dire che gli *open data* di regola sono divulgati per essere riutilizzati in contesti differenti da quello amministrativo; dunque è in tale chiave che il fenomeno è normalmente esaminato. Tuttavia, si avrà qui modo di osservare come, nel momento in cui l'informazione pubblica è divulgata in regime di *open data*, fra le possibili ipotesi di riutilizzo vi è la circostanza in cui i dati sono spesi dal privato cittadino a supporto del suo intervento nel procedimento amministrativo, intrapreso ai sensi degli articoli 10 e 10-bis della l. 7.8.1990, n. 241. In ragione di ciò, la pratica dei dati aperti può riverberarsi sugli istituti, le regole e le posizioni giuridiche proprie del procedimento.

Lo sviluppo dell'analisi che segue sarà dedicato a tali profili di approfondimento; in ordine a ciò, però, è anzitutto necessario ottenere una ricostruzione complessiva dei passaggi essenziali attraverso cui la realtà degli *open data* è venuta progressivamente a delinearsi nel nostro sistema giuridico.

2. Il momento iniziale. Le banche-dati, le pubbliche amministrazioni e la proprietà intellettuale

Per comprendere l'attuale fenomeno dei dati aperti agli scopi della presente trattazione, è opportuno in primo luogo ricostruire, sul piano normativo e amministrativo, la condizione iniziale sulla quale esso si è gradualmente innestato.

Sotto questo profilo, il 'punto zero' del percorso evolutivo può essere fatto risalire al 1999, quando non solo la nozione di *open data* non era presente nel nostro ordinamento ma, viceversa, si introducevano nel perimetro della normativa sul diritto d'autore un insieme di disposizioni volte a chiarire che le banche-dati di ogni natura sono soggette a tutti gli effetti alla tutela della proprietà intellettuale, anche quando possedute da pubbliche amministrazioni. Tali norme, tuttora vigenti, sono enunciate negli articoli 64-quinquies e 64-sexies della l. 22.4.1943, n. 633 (*Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio*), inseriti ad opera del d.lgs. 6.5.1999, n. 169, a sua volta attuativo della direttiva europea 96/9/CE relativa alla tutela giuridica delle banche di dati.

L'articolo 64-quinquies, in particolare, è tassativo nell'assimilare le banche dati ai beni immateriali soggetti al diritto d'autore¹. Tale norma è stata emanata nel solco di un più ampio processo – che ha caratterizzato gli scorsi anni novanta – volto ad estendere la legislazione sul diritto d'autore alla realtà tecnologica, conducendo alla costruzione di una disciplina positiva della proprietà intellettuale in relazione all'uso degli strumenti informatici e telematici, improntata sostanzialmente sull'applicazione a tale settore delle medesime forme di tutela fino a quel momento già valide per le creazioni artistiche e letterarie (Borruso, Russo, Tiberi, 2009: 319) .

Il secondo articolo inserito nel 1999 nella medesima legge, il 64-sexies contiene l'elencazione dei casi di libero uso delle banche-dati. Esso stabilisce, fra le altre ipotesi, che non è necessaria l'autorizzazione per «l'impiego di una banca di dati per fini di sicurezza pubblica o per effetto di una procedura amministrativa o giurisdizionale». In questo modo si è espressamente consentito l'uso libero quando il fruitore è una pubblica amministrazione che porta avanti un procedimento amministrativo, mentre non è valida l'ipotesi inversa in quanto, ai sensi della norma, non è libero l'uso, da parte dei cittadini, dei dati di cui è proprietaria l'amministrazione. Ciò appare univoco anche in ragione del combinato disposto con l'articolo 11 della stessa legge, il quale dispone che «Alle Amministrazioni dello Stato, alle Province ed ai Comuni spetta il diritto di autore sulle opere create e pubblicate sotto il loro nome ed a loro conto e spese» (Rovati, 2011: 160).

3. Il riutilizzo dell'informazione nella Direttiva europea n 98 del 2003 e nel decreto attuativo

All'interno della cornice normativa ora richiamata, negli anni immediatamente successivi al 2000 si è costruita, nell'ordinamento europeo e italiano, la nozione di 'riutilizzo dei dati pubblici', la quale corrisponde alla formulazione riportata nella direttiva europea n. 98 del 2003, che definisce tale pratica come l'uso dell'informazione di cui sono proprietarie le amministrazioni pubbliche «da parte di persone fisiche o giuridiche a fini commerciali o non commerciali diversi dallo scopo iniziale nell'ambito dei compiti di servizio pubblico per i quali i documenti sono stati prodotti» (Sappa, 2011: 185). La medesima norma precisa che «lo scambio di documenti tra enti pubblici esclusivamente in adempimento dei loro compiti di servizio pubblico non costituisce riutilizzo».

In relazione a ciò, sia la direttiva europea n. 98 del 2003 che la normativa interna attuativa, cioè il d.lgs. 24.1.2006 n. 36, soprattutto nella loro prima stesura (che, come si vedrà oltre, è oggi in parte variata) hanno disciplinato espressamente l'ipotesi secondo cui al riuso dei dati può essere applicata una tariffa. In particolare, la direttiva, nel suo testo originario, prevedeva ciò all'art. 6, rubricato *Principi di tariffazione*². In applicazione di tale dettato, il d.lgs n. 36/2006, nel testo originario, disciplinava compiutamente questo profilo all'art. 7, rubricato inizialmente *Tariffe* (oggi *Tariffazione*), nel quale si consentiva la possibilità di maggiorare il costo di riproduzione dei dati con «un congruo utile», e si faceva eccezione a tale regola solo per il riutilizzo a scopo non commerciale, stabilendo che esclusivamente in tale circostanza la tariffazione doveva essere determinata «secondo il criterio della copertura dei soli costi effettivi sostenuti dalle Amministrazioni interessate».

Si vedrà più avanti come il criterio della tariffazione dell'informazione sia oggi in parte modificato, in quanto nel testo attuale tale ipotesi appare sensibilmente circoscritta; tuttavia è ancora oggi pienamente valido il principio generale secondo cui l'amministrazione, almeno in alcune ipotesi, conserva la possibilità di disporre economicamente dei dati di cui è proprietaria (v. *infra*, § 6).

Queste disposizioni hanno segnato, nel momento in cui sono state emanate, una chiara bipartizione nella disciplina del riutilizzo dell'informazione contenuta nelle banche-dati istituzionali.

Da un lato, nei rapporti fra soggetti pubblici, si è affermato definitivamente il principio – tuttora valido – del libero accesso interamministrativo telematico (Carloni, 2005: 305 sgg.)³. Dall'altro lato, nei confronti dei privati, e quindi al di fuori dell'uso istituzionale, in relazione a scopi differenti e ulteriori rispetto a quelli per cui i dati sono conservati, negli anni successivi al 2000 si è assistito, con l'introduzione della normativa sul riutilizzo dei dati, alla conferma del sistema, fondato sul diritto d'autore, in forza delle quali l'amministrazione detiene la proprietà dell'informazione, e dunque può disporre anche economicamente (Merloni, 2005: 159 sgg.), qualora non vi siano vincoli di legge né in termini limitativi della conoscibilità (obblighi di riservatezza o segreto), né – dal lato opposto – in termini di obblighi di divulgazione (che chiaramente implicano un regime del tutto differente, su ciò v. *infra*, § 5).

Il fatto che ogni ente pubblico possa gestire il riuso delle proprie banche-dati secondo i canoni della tutela della proprietà immateriale implica non solo l'eventualità della tariffazione, ma anche la possibilità di applicare all'informazione una licenza d'uso che limiti la fruizione secondo criteri individuati unilateralmente dall'amministrazione stessa. Anche questo profilo è disciplinato in modo compiuto nella direttiva n. 98 del 2003, all'articolo 8 intitolato *Licenze*, il cui dettato è ripreso nel decreto legislativo n. 36 del 2006, all'articolo 8 rubricato *Contenuti delle licenze standard per il riuso*, il cui tenore, a fronte di alcune variazioni di impostazione, è rimasto oggi invariato, nel passaggio in cui dispone che «Gli schemi di licenze standard [...] contengono eventuali limitazioni o condizioni all'utilizzo dei documenti, in considerazione delle loro peculiari caratteristiche».

Dunque, una differenza determinante fra l'uso interamministrativo-istituzionale dell'informazione e il riutilizzo della medesima, è che la prima ipotesi è disciplinata solo dalla legge, mentre nel secondo caso le condizioni sono contenute nella licenza d'uso, quindi in un documento di carattere essenzialmente privatistico.

Si osservi che in nessun caso le norme che stiamo richiamando hanno mai previsto – neanche nella loro formulazione iniziale – che la tariffazione costituisca un obbligo, né impongono in termini tassativi che le licenze contengano

clausole limitative delle condizioni di riutilizzo. Lo spirito della normativa in esame è piuttosto quello di dare facoltà alle amministrazioni di disporre discrezionalmente del proprio patrimonio informativo (Ponti, 2008: 226) e di decidere liberamente se applicare un utile o meno. Tuttavia, si può osservare come, tanto la Direttiva europea del 2003 quanto la normativa attuativa italiana del 2006, nella loro impostazione iniziale, fossero fundamentalmente improntate su una visione del patrimonio informativo come potenziale risorsa economica (Marongiu, 1998: 361), la cui cessione, in analogia con il patrimonio immobiliare, era individuata come una possibile – e significativa – fonte di entrate per gli enti pubblici.

4. Il cambio di paradigma: dal riuso economico ai dati aperti

La situazione ora illustrata è profondamente mutata in una fase successiva, che caratterizza anche il momento presente, durante la quale è venuto a formarsi il concetto attuale di *open data*.

Il passaggio dalla logica del riutilizzo a titolo oneroso alla filosofia dei dati aperti può essere inquadrato come un mutamento di paradigma (Patroni Griffi, 2013: 7), in ragione del quale l'amministrazione non deve disporre economicamente del proprio patrimonio informativo, bensì deve consegnarlo alla libera fruizione della collettività.

Tale mutamento ha avuto luogo in parte sul piano politico, a normativa invariata (infatti oggi sono ancora esistenti le norme sulla proprietà intellettuale delle banche dati, e continua ad esistere la possibilità di applicare un utile sul corrispettivo del riutilizzo), in parte attraverso modifiche delle norme vigenti, volte a favorire e incentivare la destinazione dell'informazione al libero utilizzo e l'adozione di formati aperti.

È noto che l'emersione della logica dei dati aperti trova le sue origini in ambito extraeuropeo, in quanto la sua prima enucleazione in forma compiuta ha avuto luogo negli Stati Uniti d'America, all'interno del documento noto come *Memorandum Obama sull'open government*, del 21 gennaio 2009 (Carloni, 2014: 269). Si tratta di un atto programmatico nel quale l'apertura delle banche dati istituzionali appare come passaggio-chiave per il perseguimento di un governo partecipato e condiviso. Dal punto di vista operativo, negli Stati Uniti questo principio ha trovato concretezza attraverso l'istituzione di un sito internet, *data.gov*, che assume la funzione di portale unificato per l'accesso libero e gratuito ai *dataset* – le collezioni omogenee di dati – che le istituzioni pubbliche statunitensi di ogni ordine e livello intendono condividere.

Questo modello, di origine essenzialmente politica (in quanto, almeno nella sua prima fase, non comportava obblighi per gli enti pubblici) è stato ripreso

in Europa nel 2011, attraverso la Comunicazione della Commissione Europea *Dati aperti. Un motore per l'innovazione, la crescita e una governance trasparente*, a cui ha fatto seguito l'istituzione di portali analoghi a quello statunitense, sia presso l'Unione Europea, dove è stato attivato il sito open-data.europa.eu, sia nei singoli Paesi. In Italia ciò è avvenuto con l'istituzione del sito dati.gov.it, nel quale convergono i dati che le amministrazioni intendono divulgare in modo aperto. Nel 2016 risultano essere catalogati nel portale oltre diecimila *dataset* provenienti da circa settanta amministrazioni locali, regionali e centrali. Si tratta di dati eterogenei per tipologia, che prevalentemente appartengono alle categorie delle informazioni demografiche, territoriali, ambientali, cartografiche, statistiche, agricole, turistiche e commerciali, e che hanno la caratteristica comune di essere estranei alla fascia che comporta obblighi di riservatezza o di segreto (Alovisio, 2011: 45 sgg.), nonché altrettanto esterni alla fascia della pubblicità obbligatoria (su ciò v. *infra*, § 5).

In questo quadro, è determinante osservare che anche nel nostro ordinamento, sul calco del modello statunitense, la pratica dei dati aperti ha assunto alla sua origine una natura spontanea e una dimensione sostanzialmente politica. Infatti, come si è accennato inizialmente, essa si è innestata in un contesto normativo che di per sé era volto a proteggere le banche dati secondo i canoni del diritto d'autore e a consentire il riutilizzo a titolo oneroso. In tale scenario, l'*open data* veniva dunque a configurarsi come la scelta libera e spontanea, da parte delle amministrazioni, di sottrarre le banche dati ai limiti d'uso connessi al diritto d'autore mediante esplicita rinuncia a tale forma di protezione (Aliprandi, 2011: 33 sgg.).

Dal punto di vista dello *status* dell'informazione, ciò è stato possibile attraverso l'adozione di una licenza d'uso specifica e peculiare, il cui contenuto è speculare e antitetico rispetto a quello della licenza standard per il riutilizzo: vale a dire che non è volto a dettare condizioni restrittive per l'uso dei dati, bensì mira a consentirne espressamente la libertà di fruizione e riproduzione, in modo gratuito e senza limitazioni circa le possibili destinazioni.

Tale licenza, che ancora oggi determina il regime dell'informazione libera, nella prassi delle diverse amministrazioni tende a conformarsi a due formulazioni standard. In alcuni casi gli enti pubblici adottano la licenza *Creative Commons*, realizzata in più varianti dall'omonima organizzazione no-profit internazionale (Aliprandi, 2008: 26), che è pensata per qualunque tipologia di bene immateriale e delinea lo *status* giuridico di libera utilizzazione esplicitandone il non-assoggettamento a *copyright* (Minazzi, 2013: 6). In altri casi (che oggi costituiscono la maggioranza), le amministrazioni si avvalgono di una licenza più specifica, pensata appositamente per le banche dati pubbliche: l'*Italian Open Data License*, redatta dal Formez nel 2010 sulla base di un modello internazionale e

messa a disposizione degli enti che intendono adottarla (Carloni, 2014: 279). Tale licenza⁴ determina la libertà di riutilizzare in qualunque sede le banche dati, in modo libero e gratuito, anche per finalità commerciali, purché si rispettino alcune condizioni: «indicare la fonte delle Informazioni e il nome del Licenziante [...]; non riutilizzare le Informazioni in un modo che suggerisca che abbiano carattere di ufficialità o che il Licenziante approvi l'uso [...] delle Informazioni; prendere ogni misura ragionevole affinché gli usi innanzi consentiti non traggano in inganno altri soggetti e le Informazioni medesime non vengano travisate».

5. *Gli open data come regola, fra spontaneità e obbligatorietà della pubblicazione*

Si è parlato, fino a questo punto, dei dati aperti accentuando il profilo originario della spontaneità della scelta di tale modalità di pubblicazione da parte degli enti pubblici. In relazione a ciò la situazione oggi appare mutata, in quanto attualmente sono vigenti norme specifiche che tendono ad assoggettare *ex lege* le banche dati pubbliche al regime di *open data*. Vi sono stati infatti, negli anni successivi al 2010, molteplici interventi del Legislatore che oggi conducono a considerare i dati aperti come la regola, piuttosto che l'eccezione (Carloni, 2014: 278).

Ciò è avvenuto anzitutto a mezzo della revisione dell'art. 52 del d.lgs. n. 82/2005, il quale al secondo comma è stato così riformulato dal già menzionato d.l. n. 179/2012: «I dati e i documenti che le amministrazioni titolari pubblicano, con qualsiasi modalità, senza l'espressa adozione di una licenza [standard per il riutilizzo], si intendono rilasciati come dati di tipo aperto».

In definitiva, dunque, con questa disposizione si inverte il criterio fra *copyright* e regime libero in relazione alle banche dati istituzionali, e si stabilisce che in mancanza di dichiarazioni espresse in senso inverso, i dati pubblici sono sottoposti a licenze improntate sulla libera fruibilità. Ciò chiaramente non significa che non possano esistere dati in formato non-aperto, ma che in tale ipotesi il regime di *copyright* deve essere esplicitamente dichiarato, nonché giustificato (Marongiu, 2013: 107)⁵.

È determinante osservare che questa norma non è volta ad obbligare le amministrazioni a pubblicare i dati, quanto piuttosto ad assoggettare a formato aperto i *dataset* che esse decidono autonomamente di divulgare. In altri termini, la disposizione riduce la discrezionalità nel *quomodo* (indicando che i dati, qualora pubblicati, devono essere in formato aperto), ma conserva la discrezionalità nell'*an* (cioè sulla decisione se pubblicare o meno determinate banche dati).

In connessione a questo aspetto, è opportuno che sia posta in evidenza la distinzione di piani rispetto al discorso concernente gli obblighi di pubblicazione

delle informazioni nei siti delle pubbliche amministrazioni, oggi disciplinati dal d.lgs. 14.3.2013, n. 33. È sì vero che fra i due discorsi vi è un'area di sovrapposizione, tuttavia gli elementi di distinzione appaiono evidenti.

Gli obblighi di pubblicità previsti dal d.lgs. n. 33/2013, come è ampiamente noto, consistono in una enumerazione tassativa di informazioni, relative all'attività, all'organizzazione e all'uso delle risorse delle pubbliche amministrazioni, che devono necessariamente comparire nei siti web istituzionali, in quanto sussiste, in capo ai cittadini, un diritto alla conoscenza di tali dati, come enunciato espressamente dagli articoli 2 e 3 del decreto (Ponti, 2013: 96).

Certamente il d.lgs. n. 33/2013 prevede che la pubblicazione delle informazioni obbligatorie debba avere luogo secondo i canoni dei dati aperti (Ponti, 2013: 112), come dispone espressamente l'articolo 7⁶. Tuttavia è altrettanto vero che, anche qualificando come *open data* i dati a pubblicazione necessaria, essi devono essere visti come il sottoinsieme – quantitativamente limitato – di una mole sensibilmente più estesa di informazione aperta, la cui pubblicazione non è necessariamente imposta *ex lege*, ma può essere consegnata alla libera fruizione per scelta di natura sostanzialmente politica.

Nel prosieguo della trattazione saranno considerate distintamente queste due categorie di informazioni, e si adopererà l'espressione 'dati aperti' o *open data* soprattutto in riferimento all'informazione non soggetta a pubblicazione obbligatoria, bensì liberamente divulgata e accompagnata da una licenza aperta. Questi dati presentano, oltre all'elemento della non-obbligatorietà, un carattere che li pone in contrapposizione rispetto alle informazioni individuate dal decreto n. 33/2013, ovvero l'assenza di una posizione identificata come 'diritto' dei cittadini in relazione alla loro fruizione.

6. I dati aperti nelle norme: le modifiche alla disciplina sul riutilizzo dell'informazione

A livello europeo, il principio degli *open data* come regola generale è stato assimilato attraverso un intervento normativo che si è avuto con la direttiva n. 37 del 2013, la quale ha modificato la precedente direttiva n. 98 del 2003, spostando il baricentro dal riuso economico al riutilizzo libero dell'informazione.

La Direttiva del 2013 si configura anzitutto come una presa d'atto del fenomeno spontaneo dei dati aperti, come si afferma espressamente nel sesto «considerando», ove è scritto che «gli Stati membri hanno messo in atto politiche per il riutilizzo dei dati in virtù della direttiva 2003/98/CE e alcuni di loro hanno adottato approcci ambiziosi in materia di apertura dei dati, per agevolare il riutilizzo di dati pubblici accessibili ai cittadini e alle imprese, andando ben al di là del livello minimo fissato da tale direttiva».

Di conseguenza, anche nella normativa dell'Unione europea l'impostazione di fondo oggi vuole che i dati aperti siano la regola, seppure non annullando totalmente la facoltà dello sfruttamento economico, il quale rimane come eccezione che deve essere motivata⁷. In ragione di questo approccio, è stato modificato l'art. 6 della direttiva n. 98 del 2003 (*Principi di tariffazione*), stabilendo come regola generale la gratuità dei dati⁸, e inquadrando come eccezione la possibilità di ottenere un utile.

A seguito di ciò, anche il d.lgs. n. 36/2006, attuativo della direttiva, è stato modificato, su disposizione del d.lgs. n. 102/2015, per cui oggi l'art. 7 ha una formulazione che pienamente si armonizza con le norme già esaminate, prevedendo la gratuità come regola generale⁹. Nello stesso tempo, sempre in continuità con il percorso normativo già intrapreso, il nuovo articolo 7 del decreto contempla l'ipotesi di tariffazione dell'informazione solo in alcuni casi tassativi espressamente enumerati¹⁰.

Giungendo ad una sintesi, alla luce di queste norme, è possibile individuare fondamentalmente tre categorie di informazione che possono essere divulgate dalle pubbliche amministrazioni.

In primo luogo, i dati a pubblicazione obbligatoria, tassativamente enumerati dal decreto legislativo n. 33 del 2013, che sono disponibili in formato aperto, ma non esauriscono la sfera degli *open data*.

In secondo luogo, gli *open data* 'a pubblicazione spontanea', rilasciati con licenza di tipo aperto. In tale insieme rientra l'intera mole di informazione non soggetta ad obblighi di pubblicità, che le amministrazioni divulgano spontaneamente, la quale è assoggettata a licenze aperte qualora non vi siano diverse indicazioni, motivate ed esplicite.

In terzo luogo (ormai residuali) i dati destinati a riutilizzo economico, che devono essere espressamente assoggettati tale regime, dando motivazione di tale scelta.

Da questa categorizzazione è possibile quindi muovere per condurre lo studio alla tematica dell'accesso ai dati aperti mirato al loro uso in sede di partecipazione al procedimento amministrativo.

7. Dalla funzione 'post-procedimentale' dei dati aperti all'uso nel procedimento amministrativo

Nel momento in cui si intende condurre l'indagine circa i legami che intercorrono fra la pratica dei dati aperti e gli istituti partecipativi del procedimento amministrativo, la constatazione di partenza appare, in verità, di tipo negativo, in quanto deve essere riscontrata la mancanza di un legame immediato fra le due sfere. La pratica dei dati aperti, infatti, assume una funzione e una collocazione essenzialmente extra-procedimentale, o, più precisamente, post-proce-

dimentale. Ciò perché, nel momento in cui essa si configura come una particolare forma di riutilizzo dei dati – pur basata sulla gratuità e la libera fruizione – mantiene la caratteristica fondamentale del riuso, cioè la destinazione dell'informazione ad un contesto differente rispetto a quello primario per il quale è istituzionalmente detenuta (Carloni, 2014: 273).

In particolare, sono principalmente due le destinazioni d'uso primarie delle banche dati rilasciate in regime aperto. La prima è quella funzionale alla partecipazione politica, vale a dire che le banche dati sono divulgate affinché il cittadino abbia la più completa percezione della qualità dell'operato delle istituzioni, allo scopo di valutare le *performance* dei decisori pubblici e orientare le proprie scelte elettorali, nonché di potersi esprimere con cognizione nei processi decisionali politici, laddove coinvolto con strumenti di partecipazione democratica (Marcelli, Marsocci, Pietrangelo, 2015: 61 sgg.). La seconda destinazione degli *open data* consiste nell'uso privato dell'informazione: infatti, l'assenza di qualunque vincolo di destinazione nella licenza dei dati aperti implica che il contenuto dei *dataset* dati sia fruibile per scopi che non assumono un connotato istituzionale. Tali scopi possono avere natura commerciale o non commerciale, come è espressamente previsto nell'*Italian Open Data License*, al punto 3, ove si stabilisce che il fruitore può «esercitare i diritti concessi con la presente licenza in modo libero e gratuito, anche qualora la finalità [...] perseguita sia di tipo commerciale».

In questo contesto, dunque, si osservava che il procedimento amministrativo è la sede in cui le banche dati si formano per uso istituzionale, pertanto esso rappresenta un momento – per definizione – antecedente rispetto all'apertura delle banche dati. 'Prima' l'informazione è raccolta nei procedimenti amministrativi rispetto ai quali è funzionale per scopo istituzionale; 'successivamente', quando è esaurito tale scopo, le banche dati sono consegnate alla libera fruizione. (tale sequenzialità, se non cronologica, è sicuramente di tipo logico) È evidente che, in tale chiave, il fenomeno *open data* non interessa gli istituti procedurali.

Tuttavia, a fronte di questa constatazione essenziale, occorre avviare una riflessione circa il fatto che le banche dati aperte possono trovare una forma di riutilizzo in nuovi procedimenti amministrativi, successivi, differenti e indipendenti rispetto a quelli in seno ai quali le banche dati sono state create. In questi nuovi procedimenti, i dati aperti possono costituire la base informativa per la partecipazione del privato. In altri termini, gli *open data* possono essere all'origine, oltre che della partecipazione politica (alla quale sono primariamente orientati), anche della partecipazione amministrativa, e in questa seconda veste, la normativa e la pratica dei dati aperti si devono integrare necessariamente con gli istituti procedurali classici di accesso e partecipazione.

Ciò può avvenire in modo evidente, per esempio, per quanto attiene i dati ambientali e cartografici, qualora il partecipante al procedimento intenda pre-

sentare all'amministrazione mappe e informazioni territoriali prelevate da banche dati aperte, ma può in verità essere di uso frequente per ogni tipologia di informazione: per esempio, i dati sui flussi turistici possono essere portati a supporto del procedimento autorizzatorio relativo ad una nuova struttura ricettiva; i dati relativi al volume di ricoveri per una determinata patologia possono costituire un elemento addotto nell'ambito di un procedimento che conduce alla stipula di una convenzione con un'azienda ospedaliera privata; i dati sul traffico rilasciati dal ministero dei trasporti possono essere riutati dal soggetto privato che si oppone ad un procedimento di espropriazione avviato dal proprio comune per l'allargamento di una sede stradale. Questi esempi, nella loro eterogeneità, mostrano come gli *open data* possano divenire parte integrante della documentazione che il partecipante presenta all'amministrazione procedente ai sensi dell'art. 10, co. 1, lett. b), o dell'art. 10 *bis*, della l. n. 241/1990.

Questa constatazione, dunque, implica necessariamente alcune considerazioni circa i possibili mutamenti a cui possono andare incontro gli istituti e i rapporti procedurali nell'integrarsi con la logica dei dati aperti. Infatti, la possibilità che in sede di partecipazione al procedimento siano utilizzate informazioni prelevate da archivi diffusi in regime di *open data* appare peculiare sotto molteplici aspetti.

Anzitutto, l'utilizzo dei dati aperti va distinto rispetto all'uso procedimentale di informazioni di fonte privata. Infatti, nel caso degli *open data*, la fonte è istituzionale, dunque il cittadino si fa portatore di informazioni transitano 'da ente pubblico ad ente pubblico'; nello stesso tempo, però si tratta di dati la cui diffusione non è stata pensata per questo scopo. In altri termini, nell'ipotesi in esame si ha a che fare con informazioni pensate per 'fuoriuscire' dal perimetro dell'uso amministrativo, che vi rientrano in ragione del loro uso ex artt. 10 e 10 *bis* della l. n. 241/1990.

Inoltre, la presentazione di *open data* nel procedimento deve essere considerata distintamente rispetto all'eventualità in cui siano utilizzati dati soggetti a pubblicazione obbligatoria. Ciò fondamentalmente per due ragioni: la prima è che, come abbiamo avuto modo di osservare, nell'ipotesi dei dati aperti la pubblicazione è frutto di una scelta libera dell'ente a cui non corrisponde un diritto alla conoscenza; la seconda ragione è che l'utilizzo dei dati aperti è regolato da una licenza d'uso che presenta carattere privatistico, elemento le cui conseguenze non appaiono secondarie. Su questi profili si avvanzeranno dunque di seguito alcune riflessioni, precedute da una considerazione di carattere operativo.

8. *L'uso dei dati aperti nel procedimento amministrativo: profili operativi*

In relazione all'uso procedimentale dei dati aperti, una considerazione, di natura operativa, ma con implicazioni giuridiche, attiene alle modalità attra-

verso cui deve avvenire il deposito delle informazioni provenienti dalle banche dati aperte all'interno del fascicolo gestito dall'amministrazione precedente che, nell'ipotesi più avanzata, dovrebbe essere un fascicolo informatico (Duni, 2008: 47 sgg.). Dal punto di vista materiale, vi sono due possibili procedure: la prima è il trasferimento dell'informazione, vale a dire il prelevamento del *files* dalla banca dati originaria, la sua duplicazione, l'eventuale selezione di estratti, e il suo invio all'amministrazione. La seconda modalità è il collegamento ipertestuale, ossia il deposito nel fascicolo dei soli *link* alla banca dati originaria, senza che vi sia effettivo trasferimento dei dati.

La differenza, che ad una prima analisi presenterebbe carattere meramente tecnico, non è priva di ripercussioni di ordine amministrativo. Nel primo caso, infatti, il dato consegnato all'amministrazione è statico, e non subisce modifiche in caso di variazione dell'informazione alla fonte, dalla quale diventa indipendente. Nel secondo caso, invece, il fascicolo procedimentale rinvia direttamente all'informazione originaria, e dunque è 'ancorato' ad ogni sua potenziale variazione. Occorre quindi comprendere se sia prioritario arginare il rischio (presente nella prima ipotesi) di un disallineamento dell'informazione depositata nel fascicolo rispetto al dato originario, oppure se, viceversa, si debba prestare attenzione al rischio inverso, ovvero che si perda la necessaria staticità dell'informazione richiamata nel fascicolo procedimentale, o che venga meno del tutto tale informazione, qualora la fonte primaria sia rimossa dalla sua sede di pubblicazione (ipotesi possibile, trattandosi di divulgazione non obbligatoria, per cui non vi è nessun dovere relativamente alla permanenza del dato in Rete).

La normativa, nel momento in cui non disciplina espressamente l'uso dei dati aperti in sede di partecipazione al procedimento, non tratta espressamente la questione circa la scelta se 'copiare' i dati oppure creare un collegamento ipertestuale ai medesimi; tuttavia le disposizioni di legge offrono elementi utili per chiarire quale modalità operativa sia preferibile in termini di legittimità. In relazione a ciò, occorre riprendere anzitutto la nota disposizione dell'art. 10 della l. n. 241/1990 secondo cui il privato può avvalersi della facoltà di «presentare memorie scritte e documenti», e dunque impone tassativamente il principio della documentalità (Virga, 1998: 99) come elemento di certezza pubblica (Giannini, 1960: 778), allo scopo di garantire il permanere nel tempo dell'informazione nella forma statica in cui è stata prodotta inizialmente: il documento, infatti, è per definizione una *res* che non cambia nel tempo (Masucci, 2001: 175).

Si può quindi osservare che il semplice collegamento ipertestuale ad un *dataset* non risponde al criterio di documentalità. Ciò appare vero anche a seguito della considerazione secondo cui i dati depositati nel fascicolo procedimentale non solo non hanno necessità di essere periodicamente aggiornati, bensì, viceversa, devono necessariamente 'fotografare' l'informazione 'così come è' nel momento

in cui il procedimento ha inizio, per cui l'ancoraggio con una fonte esterna, variabile e suscettibile di rimozione, altererebbe le certezze in sede di istruttoria.

In connessione con le osservazioni ora avanzate, le norme che richiamano il principio di documentalità devono essere lette in combinazione con i termini d'uso previsti dalla licenza dei dati aperti, dal cui esame emergono elementi che completano il quadro in esame. La *open data license* italiana, infatti, consente espressamente che i dati siano prelevati e trasposti in altre sedi, ma nello stesso tempo, impone all'utilizzatore – come abbiamo potuto già ravvisare – di 'prendere ogni misura ragionevole affinché gli usi innanzi consentiti non traggano in inganno altri soggetti e le Informazioni medesime non vengano travisate'. Questa clausola assume una valenza peculiare nel momento in cui i dati sono utilizzati in sede di intervento in un procedimento amministrativo, in quanto si armonizza pienamente con il principio della leale collaborazione fra cittadino e pubblica amministrazione. In forza della licenza, infatti, appare tassativamente necessario che i dati siano trasposti in modo completo, senza che vi siano estrapolazioni o estratti parziali che, presentati singolarmente e isolati dal contesto originario, possano 'trarre in inganno' l'amministrazione procedente, tenuto conto del fatto che si tratta di informazioni che hanno una fonte istituzionale (sebbene – sempre nei termini della licenza – debba apparire chiaro che non vi sia nessun avallo, circa quello specifico uso, da parte dell'istituzione che ha prodotto e rilasciato l'informazione).

In definitiva, i dati provenienti da un *dataset* aperto non devono essere decontestualizzati artificialmente dal contesto da cui sono tratti, ma viceversa devono essere organizzati all'interno della documentazione presentata nell'intervento procedimentale attraverso un'opportuna contestualizzazione, volta a favorire la piena comprensione del significato e dell'origine dell'informazione.

9. Accesso ai dati aperti ai fini dell'uso nel procedimento e posizioni giuridiche dei cittadini

Un differente versante di riflessione attiene a come la possibilità del riutilizzo degli *open data* nel contesto della partecipazione procedimentale possa riverberarsi sulle posizioni giuridiche e sulle garanzie degli interventori.

Rispetto a ciò, l'osservazione da cui muovere è che, ad una prima analisi, la pratica dei dati aperti appare originare un paradosso per cui, pur essendo legata a politiche di trasparenza e collaboratività, con indubbi effetti positivi quando è volta alla partecipazione politica (Di Donato, 2010: 23), presenta invece tratti di criticità in relazione alla sua spendibilità in sede di procedimento amministrativo, in quanto può dare luogo ad un ridimensionamento delle garanzie del cittadino, piuttosto che ad un loro accrescimento.

La ragione di ciò risiede anzitutto nel fatto che la pubblicazione dei dati aperti – quando avviene al di fuori della sfera di obbligatorietà – mantiene la sua natura di atto libero e unilaterale delle amministrazioni, le cui condizioni, come si è ampiamente osservato, sono regolate da una licenza. Ciò conferisce agli *open data* caratteri antitetici, almeno sotto alcuni profili, rispetto all'informazione riconducibile alla sfera della pubblicità necessaria. Fra questi, in particolare, emerge la sostanziale assenza di garanzie per il cittadino, sia per quanto attiene la permanenza dell'informazione nella sede di pubblicazione, ma anche, soprattutto, dal punto di vista della correttezza dei dati. Ciò è ricavabile dalla clausola enucleata al punto 4 della licenza italiana dei dati aperti, in cui si stabilisce che le informazioni «sono rilasciate dal Licenziante ‘così come sono’; il Licenziante non fornisce alcuna garanzia di qualsiasi tipo con riguardo alle Informazioni, sia essa espressa o implicita, di fonte legale o di altro tipo, essendo quindi escluse – tra le altre – le garanzie relative all'idoneità per un fine specifico, alla non violazione di diritti di terzi (d'autore o d'altro tipo), alla mancanza di difetti latenti o di altro tipo, all'esattezza o alla presenza di errori».

In definitiva, con l'adozione dell'*Open data license* si ha un totale sgravio di responsabilità dell'amministrazione, in relazione alla presenza di errori e inesattezze. Da questo punto di vista, ci troviamo di fronte ad un'effettiva incongruenza, legata al fatto che né la normativa, né la licenza, tengono conto della possibilità che l'informazione aperta possa essere riutilizzata in sede di intervento nel procedimento amministrativo, sede in cui, invece, il fatto che l'informazione sia di fonte pubblica costituisce di regola garanzia di certezza giuridica della medesima.

A ciò si aggiunge un differente profilo di criticità, rinvenibile nella differenza di posizione che può configurarsi in capo ai cittadini in ragione del divario digitale, cioè delle diverse possibilità di accesso al mezzo informatico da parte di soggetti differenti coinvolti in uno stesso procedimento, o in procedimenti simili. Infatti, nel momento in cui l'informazione è presente in Rete in regime di *open data*, l'accesso alla medesima è comunque condizionato alle possibilità effettive e concrete di accesso ad Internet, che possono differire sia ragione del differente grado di conoscenze informatiche, sia dal punto di vista della disponibilità materiale del mezzo elettronico (Merloni, 2005: 209 sgg.). Le categorie che subirebbero questa disparità di trattamento sono enumerate in modo esaustivo e chiaro nel parere n. 11995/04 del Consiglio di Stato (che in tale sede si pronunciò preliminarmente sul Codice dell'amministrazione digitale), al punto 10.1, dove si fa riferimento ad «anziani, disabili, soggetti con basse scolarità, emarginati, abitanti in aree remote o rurali, in ritardo con l'alfabetizzazione informatica» o semplicemente diffidenti». Per coloro che afferiscono a queste fasce sociali, l'opportunità di ottenere dagli *open data* informazioni spen-

dibili a proprio favore in un procedimento amministrativo appare limitata, rispetto a coloro che, al di fuori di queste categorie, hanno facile accesso ai dati, sia materialmente, sia dal punto di vista delle cognizioni che consentono di reperire le informazioni.

Si pensi, a titolo di esempio, alla quantità di dati che una persona soggetta ad espropriazione per la costruzione di una sede stradale può avere la possibilità di prelevare da banche dati aperte, rilasciate da enti diversi dall'amministrazione espropriante: dati sul traffico stradale, sul rischio idrogeologico, sui flussi di trasporti pubblici, sulla presenza di flora o fauna protetta, cartografia in genere e simili; è evidente che le diverse opportunità di accesso a questa mole informativa incidono sulla possibilità di portare elementi a proprio favore nel procedimento amministrativo, ed è altrettanto certo che, nella misura in cui (come negli esempi ora visti) si tratta di *open data* a pubblicazione non obbligatoria, ovvero di *dataset* che non hanno la forma di 'documento' che permetta l'esercizio di accesso 'classico', si configura una posizione di debolezza non tutelata in capo a chi non ha le conoscenze o i mezzi per accedere.

Da quest'ultimo punto di vista la normativa contiene indubbiamente un vuoto, che deve essere colmato. Ciò può avvenire attraverso un percorso che, in verità, in molti ordinamenti giuridici è già in essere, volto a riconoscere un diritto di accesso ad internet a tutti i cittadini (Frosini, 2011: 35 sgg.), vale a dire di porre in essere azioni concrete per superare le diverse forme di divario digitale esistenti presso la popolazione (Passaglia, 2014: 13 sgg.). In Italia, una enunciazione in tal senso è contenuta nell'art. 13 *ter* del d.l. 18.10.2012 n. 179, convertito dalla l. 17.12.2012, n. 221: «Lo Stato riconosce l'importanza del superamento del divario digitale, in particolare nelle aree depresse del Paese, per la libera diffusione della conoscenza fra la cittadinanza, l'accesso pieno e aperto alle fonti di informazione e agli strumenti di produzione del sapere». Si tratta di una norma di principio che non rappresenta un percorso compiuto, quanto piuttosto l'indicazione di una direzione. Sicuramente, se l'avvio di un processo di questo tipo appare in sé fondamentale, la sua valenza assume una concretezza particolare, e la sua attuazione diviene indifferibile, quando si pensa ai dati aperti come risorsa spendibile nella partecipazione al procedimento amministrativo.

Note

- ¹ La norma, al primo comma, dispone che «L'autore di una banca di dati ha il diritto esclusivo di eseguire o autorizzare: a) la riproduzione permanente o temporanea, totale o parziale, con qualsiasi mezzo e in qualsiasi forma; b) la traduzione, l'adattamento, una diversa disposizione e ogni altra modifica; c) qualsiasi forma di distribuzione al pubblico dell'originale o di copie della banca di dati; [...] d) qualsiasi presentazione, dimostrazione o comunicazione in pubblico, ivi compresa la trasmissione effettuata con qualsiasi mezzo e in qualsiasi forma; e) qualsiasi riproduzione, distribuzione, comunicazione, presentazione o dimostrazione in pubblico dei risultati delle operazioni di cui alla lettera b)».
- ² La norma, nel testo originario, disponeva: «Quando viene chiesto il pagamento di un corrispettivo in denaro, il totale delle entrate provenienti dalla fornitura e dalla autorizzazione al riutilizzo dei documenti non supera i costi di raccolta, produzione, riproduzione e diffusione, maggiorati di un congruo utile sugli investimenti».
- ³ La norma che esprime questo principio in modo più chiaro è l'art. 50, co. 2, del Codice dell'amministrazione digitale, il quale stabilisce che «Qualunque dato trattato da una pubblica amministrazione, [...] è reso accessibile e fruibile alle altre amministrazioni quando l'utilizzazione del dato sia necessaria per lo svolgimento dei compiti istituzionali dell'amministrazione richiedente, senza oneri a carico di quest'ultima».
- ⁴ Il testo della *Italian Open Data License* è consultabile all'indirizzo <<http://www.dati.gov.it/iodl/2.0>> (09/2016).
- ⁵ Ciò è stabilito all'art. 52 del Codice dell'Amministrazione Digitale, in base a cui «L'eventuale adozione di una licenza [standard per il riutilizzo], è motivata ai sensi delle linee guida nazionali [dell'Agenzia per l'Italia digitale]; Tali linee-guida, emanate nel 2014 e intitolate «Linee guida nazionali per la valorizzazione del patrimonio informativo pubblico», stabiliscono che «Le amministrazioni possono prevedere casi di applicazione di licenze che limitino il riutilizzo dei dati se e solo se ciò si renda necessario per il rispetto di altre normative (e.g., norme in materia di protezione dei dati personali, norme sul diritto d'autore) e comunque motivando opportunamente la scelta».
- ⁶ La norma stabilisce che «I documenti, le informazioni e i dati oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi della normativa vigente [...] sono pubblicati in formato di tipo aperto [...] e sono riutilizzabili [...] senza ulteriori restrizioni diverse dall'obbligo di citare la fonte e di rispettarne l'integrità».
- ⁷ In relazione a ciò, al tredicesimo «considerando» della Direttiva del 2013 si afferma: «Occorre inoltre che l'ente pubblico interessato mantenga il diritto a sfruttare qualsiasi documento reso disponibile a fini di riutilizzazione», e al venticinquesimo «Considerando» si stabilisce che «Gli Stati membri stabiliscono i criteri per l'addebito di corrispettivi superiori ai costi marginali».
- ⁸ La norma, nel testo attuale, dispone che «Qualora per il riutilizzo di documenti sia richiesto un corrispettivo in denaro, tale corrispettivo è limitato ai costi marginali sostenuti per la loro riproduzione, messa a disposizione e divulgazione».
- ⁹ La norma è oggi così formulata: «I dati sono resi disponibili gratuitamente oppure, qualora per il riutilizzo di documenti sia richiesto un corrispettivo, quest'ultimo è limitato ai costi effettivi sostenuti per la loro riproduzione, messa a disposizione e divulgazione».
- ¹⁰ Al terzo comma la norma stabilisce che il principio della gratuità non si applica «a) alle biblioteche, comprese quelle universitarie, i musei e gli archivi; b) alle pubbliche amministrazioni e agli organismi di diritto pubblico che devono generare utili per coprire una parte sostanziale dei costi inerenti allo svolgimento dei propri compiti di servizio pubblico; c) ai casi eccezionali relativi a documenti per i quali le pubbliche amministrazioni e gli organismi di diritto pubblico sono tenuti a generare utili sufficienti per coprire una parte sostanziale dei costi di raccolta, produzione, riproduzione e diffusione».

Riferimenti bibliografici

- Aliprandi S. 2008, *Creative commons, manuale operativo*, Stampa Alternativa, Viterbo.
 — 2011, *Open licensing e banche dati*, in *Informatica e diritto*: 25-43.
- Alovisio M. 2011, *Criticità Privacy nel riutilizzo dei dati pubblici*, in *Informatica e diritto*: 45-64.
- Borruso R., Russo S., Tiberi C. 2009, *L'informatica per il giurista*, Giuffrè, Milano.
- Caranta R., Ferraris L. 2000, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano.
- Carloni E. (a cura di) 2005, *Codice dell'Amministrazione Digitale*, Maggioli, Rimini.
 — 2014, *L'amministrazione aperta*, Maggioli, Rimini.
- Di Donato F. 2010, *Lo stato trasparente*, ETS, Pisa.
- Duni G. 1992, *Dall'informatica amministrativa alla teleamministrazione*, IPZS, Roma.
 — 2005, *Verso un'amministrazione integrata nei procedimenti amministrativi*, in *Informatica e diritto*: 43-47.
 — 2008, *L'amministrazione digitale*, Giuffrè, Milano.
- Frosini T.E. 2011, *Il diritto costituzionale di accesso ad Internet*, in M. Pietrangelo (a cura di), *Il diritto di accesso ad Internet*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli: 23-43.
- Gallo C.E. 1992, *La partecipazione al procedimento*, in Alberti P. et al., *Lezioni sul procedimento amministrativo*, Giappichelli, Torino: 59-106.
- Giannini M.S. 1960, *Certezza pubblica*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. VI.
- Lessig L. 2005, *Cultura libera*, Apogeo, Milano.
- Marcelli F., Marsocci P., Pietrangelo M. 2015, *La rete Internet come spazio di partecipazione politica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli.
- Marongiu D. 2008, *I dati delle pubbliche amministrazioni come patrimonio economico nella società dell'informazione*, in *Informatica e diritto*: 355-368.
 — 2013, *Organizzazione e diritto di Internet*, Giuffrè, Milano.
- Masucci A. 2001, *Il documento amministrativo informatico*, in Arena G. et al., *La documentazione amministrativa*, Maggioli, Rimini: 173-230.
 — 2008, *L'istruttoria procedimentale per via telematica. Primi lineamenti*, in *Informatica e diritto*: 407-422.
 — 2011, *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie*, Giappichelli, Torino.
- Merloni F. 2005, *Introduzione all'e-government*, Giappichelli, Torino.
- Minazzi F. 2013, *Il principio dell'“Open data by default” nel Codice dell'amministrazione digitale: profili interpretativi e questioni metodologiche*, in *federalismi.it*.
- Orofino A.G. 2008, *Forme elettroniche e procedimenti amministrativi*, Cacucci, Bari.
 — 2013, *Profili giuridici della trasparenza amministrativa*, Cacucci, Bari.
- Passaglia P. 2014, *Internet nella Costituzione italiana: considerazioni introduttive*, in M. Nisticò, P. Passaglia (a cura di), *Internet e Costituzione*, Giappichelli, Torino: 1-55.
- Patroni Griffi F. 2013, *La trasparenza della Pubblica Amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza*, in *federalismi.it*.
- Ponti B. (a cura di) 2008, *Il regime dei dati pubblici*, Maggioli, Rimini.

- (a cura di) 2013, *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33*, Maggioli, Rimini.
- Rizzo G., Morando F., De Martin J.C. 2011, *Open data: la piattaforma di dati per il Linked Data*, in *Informatica e diritto*: 493-511.
- Rodotà S. 2014, *Il mondo nella rete. Quali i diritti, quali i vincoli*, Laterza, Roma-Bari.
- Rovati A.M. 2011, *Prime note su proprietà intellettuale e riutilizzo dei dati pubblici*, in *Informatica e diritto*: 153-184.
- Sappa C. 2011, *Diritti di proprietà intellettuale e dati pubblici nell'ordinamento italiano*, in *Informatica e diritto*: 185-197.
- Virga. G. 1998, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano.

LE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI SUL WEB TRA COMUNICAZIONE, CONSULTAZIONE E PARTECIPAZIONE

Marina Pietrangelo

SOMMARIO – 1. Considerazioni introduttive. 2. Cenni storici sulla cosiddetta ‘automazione’ delle pubbliche amministrazioni (dagli anni Sessanta ad oggi). 3. Dalla comunicazione pubblica via web alla consultazione pubblica telematica. 4. Osservazioni a margine di alcuni casi recenti di consultazioni pubbliche telematiche. 5. Gli amministratori, la consultazione telematica e l’amministrazione.

1. Considerazioni introduttive

Il presente contributo ha ad oggetto l’istituto della consultazione pubblica via Internet da parte delle pubbliche amministrazioni. Precisamente, lo studio verterà sui profili giuridici della consultazione così come attualmente impiegata dalle pubbliche istituzioni nel nostro ordinamento multilivello. Come noto, infatti, si tratta di una pratica già consolidata a livello comunitario, ma auspicata e in parte regolata anche dalle istituzioni nazionali.

L’obiettivo della ricerca è duplice: da un lato, ricostruire e definire questo nuovo istituto, così come conosciuto nel diritto positivo; dall’altro, tentare di comprendere se nella contemporanea società dell’informazione, caratterizzata dal ricorso diffuso alle ICT (Information and Communication Technologies), esso abbia inciso o possa incidere sulla relazione tra amministrazioni ed amministratori, ridisegnandone i ruoli (Berti, 1986), fino a incidere sull’idea stessa della nostra democrazia. Come è stato osservato decenni fa, infatti, «[...] la possibilità di trattamento elettronico delle informazioni trasforma a tal punto la struttura amministrativa nel suo complesso, da rendere necessaria la considerazione di nuove ripartizioni di potere al suo interno, rispondenti tanto alla necessità del migliore sfruttamento del mezzo tecnico impiegato, quanto di equilibri corrispondenti alle nuove possibilità di azione» (Rodotà, 1973: 119).

Notoriamente le ICT hanno valore neutro, sono strumenti in rapida evoluzione in grado di supportare molte delle attività umane che richiedono, in tutto o in parte, uno scambio di dati e informazioni. Esse sono utilizzate da decenni anche in ambito pubblico, prima e innanzitutto a fini riorganizzativi, tanto che oggi le pubbliche amministrazioni sono *ex lege* pubbliche amministrazioni digitali, nel senso che utilizzano ordinariamente questi strumenti, in

molti casi in via esclusiva. Ma la riorganizzazione interna delle amministrazioni pubbliche e soprattutto lo svolgimento di molte e diverse attività mediante le ICT esprimono tuttavia solo una delle due facce della stessa medaglia, quella che Berti sapientemente descriveva come la prima fase del percorso di informatizzazione pubblica. Un primo stadio di modernizzazione dell'amministrazione cui avrebbe dovuto seguire una seconda fase caratterizzata da «un deciso effetto di potenziamento della persona, secondo le linee tracciate nei principi fondamentali e nella prima parte della Costituzione» (Berti, 1986: 97), destinata a rovesciare i termini del rapporto tra amministrazione e amministrati.

E proprio 'in' questa seconda fase, nella quale dovrebbero risultare accentuati il peso dei diritti individuali e sociali delle persone e la loro funzione di controllori e legittimatori degli apparati di potere, che si collocano le riflessioni del presente lavoro. Riflessioni che intendono guardare alla persona, alla sua condizione di soggetto attivo nella comunità, al suo coinvolgimento nelle scelte adottate dalle istituzioni del territorio che abita, ma anche delle istituzioni pubbliche che hanno competenze su temi apparentemente più distanti. Riflessioni che evidentemente danno per acquisita la letteratura sul diritto di accesso ad Internet, necessaria preconditione per ragionare di amministrazione digitale e cittadinanza digitale (Pietrangelo, 2010; da ultimo, Rodotà, 2013: 386 sgg.).

Il tema della consultazione dei cittadini non è certamente nuovo alla riflessione giuridica, che ne ha da tempo indagato i profili nell'ambito degli studi sul diritto alla partecipazione democratica. Tuttavia, proprio la consultazione, tra gli strumenti partecipativi, più di altri parrebbe essere rinvigorita dalla possibilità di utilizzare la rete Internet e le sue specifiche applicazioni: «le forme di collaborazione in rete hanno il potenziale di cambiare ancora più in profondità le forme della partecipazione politica dei cittadini, dalle strutture della comunicazione tra i cittadini e gli eletti alle pratiche che portano alle decisioni» (Senato della Repubblica, Fondazione Ahref, 2013: 7).

Si tratta quindi di comprendere se questi strumenti siano o meno in grado di accrescere la qualità della partecipazione delle comunità alla formazione delle regole pure formalmente affidate alle istituzioni che le rappresentano. Beninteso, in un sistema costituzionale qual è il nostro, nel quale la partecipazione alla formazione delle decisioni pubbliche avviene innanzitutto tramite i partiti e i movimenti politici che si fanno mediatori della rappresentanza nelle istituzioni pubbliche, la consultazione popolare diretta via Internet è per definizione un'attività che supporta e integra i metodi e le forme della democrazia rappresentativa (Allegretti, 2011). Essa non esprime una forma surrettizia di democrazia diretta; tutt'altro, ma forse rappresenta oggi lo strumento ideale per contribuire ad attuare quel *effective, open and inclusive policy making* che da quasi quindi-

ci anni l'OCSE segnala per l'appunto tra i principi guida dell'*open and inclusive policy making* (OECD, 2009).

La più ampia e più efficace diffusione via *web* di dati e informazioni di fonte pubblica in questi ultimi anni ha certamente contribuito a rinverdire i mai sopiti aneliti partecipativi presenti nella società, prefigurando nuove occasioni di relazione e di scambio. Tanto che l'informazione e la comunicazione pubbliche, in principio tutte orientate alla trasparenza dell'azione amministrativa e al controllo sociale sull'agire pubblico, proprio grazie al ricorso ai nuovi strumenti sono risultate determinanti anche per la costruzione di dibattiti pubblici su questioni di grande interesse sociale. Dibattiti pubblici improntati alla collaborazione tra amministrazione ed amministrati (Arena, 1997), protagonisti alla pari; e destinati forse ad incidere sull'idea stessa di amministrazione pubblica (Berti, 1986).

Un'evoluzione questa in parte registrata nell'ultimo decennio anche dal diritto positivo nazionale, dalla prima significativa legge statale di disciplina delle attività di informazione e di comunicazione delle pubbliche amministrazioni (l. 7.6.2000, n. 150), emanata «in attuazione dei principi che regolano la trasparenza e l'efficacia dell'azione amministrativa» (art. 1, co. 1), al più recente d.lgs. 14.3.2013, n. 33, che regola gli obblighi delle pubbliche amministrazioni in materia di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni, da adempiere in via esclusiva sul web. Secondo l'art. 1, co. 1, del d.lgs. n. 33/2013, infatti, la trasparenza «è intesa come accessibilità totale dei dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, allo scopo di tutelare i diritti dei cittadini, promuovere la partecipazione degli interessati all'attività amministrativa e favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche».

Ecco allora l'attenzione per l'istituto della consultazione popolare, già noto e sperimentato nel nostro ordinamento giuridico (Tuccari, 1974); un istituto che compare nelle Carte costituzionali delle democrazie rappresentative proprio per rafforzare e vivificare la rappresentanza. Una consultazione popolare che, nel solco delle comunicazioni pubbliche telematiche, sembrerebbe anch'essa rinverdire dalla possibilità di utilizzare la Rete (OECD, 2001).

Con il presente lavoro si tenterà, dunque, una prima ricognizione delle regole e delle prassi in uso presso le amministrazioni, individuando se possibile i caratteri peculiari delle consultazioni pubbliche telematiche; cercando al tempo stesso di chiarire se si tratti di un'attività consultiva mediante la quale viene esercitato: a) un potere di codecisione su singoli atti o programmi, che integrerebbe le forme della democrazia partecipativa in senso stretto; oppure b) un esercizio unilaterale di trasparenza da parte dell'amministrazione, il quale però lascerebbe del tutto immutata nella sostanza la relazione tra amministrazione ed amministrati.

2. Cenni storici sulla cosiddetta 'automazione' delle pubbliche amministrazioni (dagli anni Sessanta ad oggi)

Prima di riflettere sullo speciale istituto della consultazione popolare via web, 'cresciuta' nel solco delle attività di informazione e comunicazione delle pubbliche amministrazioni contemporanee, occorrerà ricordare per cenni almeno alcune delle tappe del percorso di digitalizzazione delle stesse amministrazioni, con particolare riguardo alla realtà del nostro Paese.

Tale percorso, infatti, se considerato in prospettiva diacronica, si colloca per intero esattamente nell'intervallo temporale tra il centenario ed il cento cinquantenario delle leggi di unificazione amministrativa; come si può facilmente intuire, se si hanno a mente proprio le date cui grosso modo sono riferibili le principali invenzioni del secondo dopoguerra: la rete Internet e le sue applicazioni, comparse per l'appunto a partire dagli anni Sessanta. Esattamente in quel periodo prendono l'avvio anche le prime riflessioni sulle potenzialità dell'automazione – per stare al lessico del tempo – a fini di 'ammodernamento e riforma' delle amministrazioni pubbliche, rintracciabili soprattutto in un'ampia letteratura internazionale che già all'epoca vagheggiava un modello di amministrazione del tutto nuovo, rinnovato nelle attività e nelle strutture: insomma un nuovo ed autonomo modello cibernetico di amministrazione pubblica (Mehl, 1966; Zampetti, 1970; Hadas-Lebel, 1973; Bernstein, 1976).

La ricchezza di intuizioni di natura teorica non mancò già in quegli anni di trovare sponda nelle stesse amministrazioni, pur se con sperimentazioni spesso d'occasione. Tra queste pratiche sperimentali, progenitrici dell'odierna 'amministrazione digitale' (secondo la denominazione normativa contenuta nel d.lgs. 7.3.2005, n. 82, recante il *Codice dell'amministrazione digitale*), occorre ricordare anzitutto il cosiddetto *Progetto 80*, cioè il Rapporto preliminare al programma economico nazionale degli anni 1971-1975, predisposto dal Ministero del bilancio e della programmazione economica nell'aprile del 1969, a tenore del quale «Il programma di promozione per l'informatica dovrà essere, in primo luogo, diretto ad ampliare le occasioni di applicazione dei sistemi elettronici, mediante il sostegno, l'orientamento e l'organizzazione della domanda, in particolare della domanda pubblica connessa alla realizzazione dei progetti sociali e al miglioramento delle procedure amministrative» (§ 114). Tale rapporto, pure nel positivo intento di coordinare ed armonizzare – sulla base dell'iniziativa pubblica – le attività dei diversi centri di decisione pubblici e privati attivi nel settore informatico, tuttavia appariva già viziato in origine, mostrando di voler adattare l'informatica al modello amministrativo esistente, e non viceversa. Come d'altro canto fu presto notato «la diffusione dei sistemi d'informazio-

ne nella amministrazione dello Stato è nata e perdura sotto il segno della settorialità che caratterizza l'intero apparato amministrativo e il complesso normativo del nostro paese, e li rende scopertamente inadeguati alle esigenze di una società come la attuale. [...] manca un indirizzo politico e amministrativo per l'informatica, in ogni campo, nei due aspetti, che possiamo sintetizzare nelle formule 'l'amministrazione per l'informatica' e la 'informatica per l'amministrazione' (in cui 'amministrazione' ha il significato ampio di uno dei tre poteri tradizionali dello Stato). Politica per l'informatica e modificazioni apportate dall'informatica nelle amministrazioni sono strettamente connesse» (Predieri, 1971: 51-52).

E qualche anno più avanti: «[...] fuori dall'Italia, si tenta di adeguare il vecchio mondo della burocrazia all'elaboratore. Nel nostro paese accade l'opposto: l'informatica è costretta ad adeguarsi all'amministrazione. Lo strumento nuovo rimane inceppato nella struttura vecchia in cui è calato e vi si adegua riprendone i difetti: il sezionalismo (l'impiego di tanti elaboratori quante sono le amministrazioni, o le direzioni, e spesso le divisioni) e la scarsa produttività» (Cassese, 1979: 32).

Restava insomma molto distante dalla realtà amministrativa del tempo quell'idea del «futuribile nella pubblica amministrazione» (Zampetti, 1970: 5), per cui la presenza delle nuove sorprendenti macchine avrebbe avuto un ruolo fondamentale «ai fini del radicale ammodernamento che la crescita civile ed economica del Paese impone alla macchina dello Stato per adeguare strutture e strumenti ai nuovi compiti e alle accresciute responsabilità» (Zampetti, 1970: 5), visto che «le nuove possibilità di elaborazione e di controllo dei dati sono destinate ad introdurre nelle procedure di previsione e di decisione, e quindi nello stesso meccanismo di formazione della volontà dello Stato» (Zampetti, 1970: 5).

Quel vizio d'origine in qualche misura ha poi caratterizzato anche le pratiche degli anni a seguire, finendo addirittura nelle prime – e nelle successive – norme che nel tempo hanno regolato la materia (D'Elia, 2003). E forse – come meglio si vedrà più avanti – esso ha in parte già segnato anche l'istituto della consultazione pubblica telematica, che qui s'intende osservare più da vicino. Con una mortificazione delle potenzialità dello strumento, fagocitato nei metodi, nei processi e nella cultura amministrativa *d'antan*. Nonostante per l'appunto la ricchezza (o forse la sovrabbondanza) di norme, soprattutto a partire dalla fine degli anni Ottanta, con il d.lgs. 6.9.1989, n. 322 (*Norme sul Sistema statistico nazionale e sulla riorganizzazione dell'Istituto nazionale di statistica, ai sensi dell'art. 24 della legge 23 agosto 1988, n. 400*), che per esempio assegnava agli uffici di statistica anche il compito di contribuire «alla promozione e allo sviluppo informatico a fini statistici degli archivi gestionali e delle raccolte di dati amministrativi» (art. 6, co. 1, lett. d); o più avanti con la norma sulla validità legale del documento informatico, contenuta nell'art. 15, co. 2, della cosiddetta 'pri-

ma legge Bassanini', cioè la l. 15.3.1997, n. 59 (*Delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della pubblica amministrazione e per la semplificazione amministrativa*); e ancora a seguire, un decennio fa, con il già menzionato Codice dell'amministrazione digitale.

Ciò che merita ricordare in questa rapida disamina è che la fisiologica e necessaria attenzione dei primi decenni per i profili della riorganizzazione interna dell'amministrazione, confluita in norme che non paiono invero del tutto attuate, risultava miope già in principio. Perché all'agognata maggiore efficienza dell'amministrazione doveva corrispondere – più in là negli anni – una maggiore qualità dell'agire pubblico funzionale ad accrescere il benessere della comunità, in ossequio ad una lettura evoluta del principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione (Predieri, 1971; Rodotà, 1979). Un legame irrinunciabile quello tra il riordino interno dell'amministrazione ed i benefici per la collettività, pure apparentemente condiviso a livello istituzionale, ma non sempre praticato. Troppo spesso, infatti, l'attenzione per il nuovo strumento e per la sua complessità ha rischiato di far perdere di vista l'obiettivo ultimo di tutto lo sforzo compiuto: il rafforzamento dei diritti delle persone, di cui la nuova e più efficiente amministrazione, in fondo, voleva essere servente.

Così che il cinquantennio appena trascorso ha comunque visto nascere e crescere lentamente, e per certi versi inesorabilmente, una 'amministrazione digitale' troppo spesso nell'assenza di una solida e continua politica pubblica (Pietrangelo, 2014). Come bene testimoniato dalla discontinua e incerta assegnazione delle deleghe di competenza sull'informatica pubblica, affidate a fasi alterne al Ministro per la funzione pubblica; o ad un apposito Ministro senza portafoglio con delega all'innovazione; o ad un'autorità indipendente; o ancora ad un'agenzia governativa; o in parte all'uno in parte all'altro. Resta il fatto che finanche il diritto positivo oggi 'ci racconta' di un'amministrazione che utilizza correntemente le ICT; ed anzi, ha già compiuto dieci anni quella disposizione del d.lgs. n. 82/2005 che proprio a questo impiego generalizzato fa riferimento: «1. Le pubbliche amministrazioni nell'organizzare autonomamente la propria attività utilizzano le tecnologie dell'informazione e della comunicazione per la realizzazione degli obiettivi di efficienza, efficacia, economicità, imparzialità, trasparenza, semplificazione e partecipazione nel rispetto dei principi di uguaglianza e di non discriminazione, nonché per la garanzia dei diritti dei cittadini e delle imprese di cui al capo I, sezione II, del presente decreto» (art. 12, *Norme generali per l'uso delle tecnologie dell'informazione e delle comunicazioni nell'azione amministrativa*).

E allora, dinanzi a questo quadro, forse può essere prezioso anche uno sguardo in avanti.

3. Dalla comunicazione pubblica via web alla consultazione pubblica telematica

Come ricordato sopra, la riflessione sull'uso delle ICT in ambito pubblico ha condotto negli anni all'approvazione di molte e spesso affastellate norme in materia; tanto che all'incirca un decennio fa si è finanche posta l'esigenza di un riordino dell'intera disciplina, nel già più volte menzionato d.lgs. n. 82/2005.

Poiché la tecnica che qui consideriamo o meglio l'insieme delle applicazioni sviluppate nel dominio della conoscenza dell'informatica (cioè la «Scienza applicata che studia le modalità di raccolta, di trattamento e di trasmissione delle informazioni mediante elaboratori elettronici», dal Dizionario di italiano Sabatini-Coletti) mutano repentinamente, nel tempo abbiamo assistito a norme che testimoniano, da un lato, lo sforzo del legislatore di rincorrere l'oggettiva utilità dei nuovi strumenti; dall'altro, l'incapacità di tenere assieme l'essenziale, moltiplicando e sovrapponendo fonti e discipline. E, ciò che è peggio, regolando un'amministrazione digitale come altra e separata rispetto alla amministrazione pre-digitale. Tuttavia, come bene mostrano ad esempio le due discipline ricordate sopra nel § 1, l'evoluzione degli strumenti ha segnato la norma, ma soprattutto ha imposto una ridefinizione dei soggetti, delle funzioni e delle attività; e per molta parte ha concorso forse anche a rinvigorire o rianimare o reinterpretare solidi principi costituzionali: «la trasparenza [...] concorre ad attuare il principio democratico e i principi costituzionali: di eguaglianza, di imparzialità, buon andamento, responsabilità, efficacia ed efficienza nell'utilizzo di risorse pubbliche, integrità e lealtà nel servizio alla nazione. Essa è condizione di garanzia delle libertà individuali e collettive, nonché dei diritti civili, politici e sociali, integra il diritto ad una buona amministrazione e concorre alla realizzazione di una amministrazione aperta, al servizio del cittadino» (art. 1, co. 2, d.lgs. n. 33/2013).

Una disposizione significativa, che – almeno nel respiro teorico – segna forse la volontà di riferirsi ad un'amministrazione digitale tendenzialmente 'capovolta'.

In questo contesto, rilevano certamente le caratteristiche tecniche delle applicazioni di ICT oggi disponibili, via via sempre più raffinate; ma soprattutto contano le scelte politiche relative al loro impiego. Come bene mostrato, ad esempio, proprio se si osservano le due normative sulle attività pubbliche di comunicazione e pubblicazione con valore notiziale, già ricordate nel § 1. Se infatti nella legge n. 150 del 2000 sulle attività di informazione e comunicazione pubbliche, il legislatore incoraggiava l'utilizzo – a fianco dei mezzi di comunicazione già sperimentati – *anche* de «le strutture informatiche, [...] le reti civiche, [...] e i sistemi telematici multimediali» (art. 2, co. 2), nel d.lgs n. 33/2013 invece eleggeva in via esclusiva i siti web istituzionali delle amministrazioni come mezzi ordinari per lo svolgimento delle attività di pubblicazione obbligatoria

dei dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, comprese le informazioni relative a organizzazione e attività.

Proprio il rafforzamento mediante le ICT dell'azione informativa delle amministrazioni pubbliche nell'ultimo decennio ha giocato forza consentito un maggior controllo sull'operato delle istituzioni pubbliche (si pensi da ultimo all'apertura dei *dataset* pubblici), ma più ancora ha contribuito a rinverdire i metodi della partecipazione delle comunità alla definizione delle politiche pubbliche. Si contano a riguardo non poche norme di principio, tutte destinate ad orientare in tal senso l'azione pubblica. Esempi ne sono il regolamento (UE) n. 211/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 febbraio 2011 riguardante l'iniziativa dei cittadini attraverso le proposte di atti legislativi rivolte alla Commissione, che menziona espressamente la 'tecnologia' quale «strumento di democrazia partecipativa» (considerando 14), non senza precisarne i requisiti anche tecnici; ma anche l'art. 9 del d.lgs. n. 82/2005, relativo alla *Partecipazione democratica elettronica*, a norma del quale «le pubbliche amministrazioni favoriscono ogni forma di uso delle nuove tecnologie per promuovere una maggiore partecipazione dei cittadini, anche residenti all'estero, al processo democratico e per facilitare l'esercizio dei diritti politici e civili sia individuali che collettivi».

Così che i siti web istituzionali delle amministrazioni si avviano a mutare ulteriormente nell'uso: da canali di comunicazione unilaterale delle amministrazioni a spazi virtuali di interazione e dibattito tra la cittadinanza e l'amministrazione stessa. Spazi pubblici aperti a chiunque, utilizzati con sempre maggiore frequenza dalle amministrazioni pubbliche con l'obiettivo dichiarato di voler aprire al contributo delle comunità la definizione delle politiche pubbliche. Spazi virtuali in cui sono aperte consultazioni pubbliche telematiche dalle 'forme' più diverse.

Le istituzioni pubbliche odierne insomma paiono mostrare una speciale attenzione per il contributo informativo che le attività di consultazione via web possono offrire nel corso dell'intero ciclo della regolazione. Tanto che la consultazione pubblica telematica interna ai processi decisionali delle pubbliche amministrazioni è apparsa anche – per la prima volta a livello statale con una formulazione che sembrava voler valorizzare ed esplorare il ricorso alle ICT – nell'ultima legge di riforma della pubblica amministrazione (legge 7 agosto 2015, n. 124, *Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*). L'articolo 1 (rubricato *Carta della cittadinanza digitale*) di tale legge, infatti, ha delegato il Governo alla modifica e all'integrazione del Codice dell'amministrazione digitale, indicando tra i principi e criteri direttivi anche la garanzia della «partecipazione con modalità telematiche ai processi decisionali delle istituzioni pubbliche» (co.1, lett. c). Il decreto legislativo 26 agosto 2016, n.

179, emanato in attuazione di tale delega è intervenuto sul previgente articolo 9 (*Partecipazione democratica elettronica*) del Codice con una previsione che parrebbe estendere l'ambito soggettivo del ricorso alle «forme di consultazione preventiva per via telematica sugli schemi di atto da adottare», prima prevista (pur se quasi mai praticata) per i soli schemi di atti normativi del Governo sottoposti per legge all'analisi di impatto della regolamentazione (AIR). Risulta ampliato anche l'ambito oggettivo della disposizione, con un espresso riferimento al miglioramento della qualità degli atti mediante forme di consultazione preventiva per via telematica. Pure di fronte a queste novità, l'art. 9 conserva tuttavia la natura di norma di indirizzo, come già in passato; ed anzi essa appare ulteriormente costretta dal limite dell'«ove previsto e nell'ambito delle risorse disponibili a legislazione vigente».

D'altro canto, come ci ricorda autorevole dottrina (Allegretti, 2011), la base normativa generale della partecipazione in senso proprio e stretto, senza escludere le altre forme di partecipazione in senso largo (es. referendum), è 'incorporata' nella Carta costituzionale, a partire dal secondo comma dell'art. 3 Cost., che espressamente la menziona. E non solo per il lessico, ma perché la sovranità come esercizio, e non solo come astratta titolarità da parte del popolo, di diritti e la dignità della persona e il principio di uguaglianza sostanziale, cioè tutto l'impianto costituzionale, contengono questa potenzialità. E i metodi della partecipazione in senso proprio e stretto o partecipazione popolare sono dispositivi di intervento diretto, dei cittadini, anche per via di argomentazioni (cosiddetti processi deliberativi) nelle attività decisionali delle istituzioni pubbliche, con l'obiettivo di consentire loro una influenza effettiva sulle decisioni finali.

Nulla di nuovo, dunque, se non fosse che la 'modalità telematica' della partecipazione pone questioni di grande rilevanza ed interesse, ad oggi ancora inesplorate.

Se è vero, infatti, che la consultazione pubblica telematica non è dissimile nella finalità da alcuni degli istituti consultivi già conosciuti dai nostri sistemi giuridici, attraverso i quali i soggetti pubblici acquisiscono pareri e osservazioni dalla collettività (per esempio, i referendum consultivi negli ordinamenti regionali, obbligatori per le proposte di modificazione territoriale di livello locale, a norma dell'art. 132 Cost. e degli Statuti; o facoltativi), è però altrettanto vero che essa richiede cautele e garanzie diverse proprio in ragione delle caratteristiche del mezzo impiegato.

In questi ultimi anni le consultazioni popolari aperte da soggetti pubblici sui propri siti web istituzionali si sono moltiplicate. Epperò proprio queste pratiche hanno messo in evidenza la assoluta disomogeneità nel metodo, nell'oggetto, nei limiti, negli effetti prodotti. Pratiche consultive comunque impiegate come metodo d'indagine interno al procedimento di produzione delle rego-

le o al processo di definizione di una politica; quindi attività da non confondere con le pratiche di concertazione e di negoziazione delle sole parti interessate, da tempo note al nostro ordinamento. Manca insomma una disciplina generale che individui, tra l'altro, i casi di consultazioni obbligatorie; l'incidenza effettiva dell'esito della consultazione; le caratteristiche tecniche e di sicurezza del sistema informativo destinato alla raccolta e al trattamento dei dati.

Solo negli anni più recenti alcuni legislatori regionali hanno introdotto discipline dedicate alle consultazioni via web, nell'ambito di normative quadro che hanno innanzitutto accolto, regolandoli, i processi partecipativi così come da tempo teorizzati e sperimentati; attraverso la definizione normativa di modelli stabili e predefiniti. Si pensi, ad esempio, alla legge umbra n. 14 del 2010 sulla partecipazione, che tra gli strumenti della partecipazione annovera oltre al referendum consultivo facoltativo anche la 'consultazione', espressamente definita quale «strumento che consente il coinvolgimento del cittadino nell'esercizio delle funzioni delle istituzioni regionali, attraverso canali di ascolto immediato e diretto delle sue opinioni». Ma più ancora si veda il caso della legge toscana n. 46 del 2013, che – compiendo un passo ulteriore rispetto ad una precedente legge del 2007 – prima fonte normativa nel nostro ordinamento, regola espressamente anche la consultazione *telematica*, inserendola tra gli «Strumenti di valorizzazione e promozione» (Capo IV). L'art. 22 (*Partecipazione e nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione*) della legge n. 46, infatti, impegna la Regione a valorizzare «l'uso delle nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione per favorire la partecipazione democratica dei cittadini» (co. 1), attraverso la predisposizione di «una piattaforma informatica per la partecipazione, attraverso cui offrire documenti, analisi e informazioni sui processi partecipativi in corso nella Regione, favorire lo scambio e la conoscenza delle buone pratiche, offrire un supporto ai processi partecipativi locali che non dispongono di canali propri di comunicazione» (co. 2, lett. a). Con il risultato della piattaforma pubblica accessibile all'indirizzo open.toscana.it/web/partecipa.

In definitiva, si tratta di integrare i vecchi istituti della partecipazione popolare con nuove pratiche partecipative che si giovino delle applicazioni telematiche. Metodi che peraltro paiono ben rispondere proprio ai quei requisiti essenziali della democrazia partecipativa, da tempo annotati in letteratura, i quali mirano ad allargare le maglie della titolarità soggettiva (non più stretta in una situazione giuridica) e dell'oggetto della consultazione (una certa 'questione', anche in assenza di un progetto di atto precisamente determinato, su cui si è chiamati ad esprimere un voto esclusivo); oltre che a valorizzare l'influenza del contributo di partecipazione, che – pur se indefinito nell'efficacia – è tuttavia egualmente utile a vincolare politicamente il decisore pubblico.

4. Osservazioni a margine di alcuni casi recenti di consultazioni pubbliche telematiche

Esaminiamo ora, in via esemplificativa, alcuni casi di consultazione via web. Come annotato sopra al § 3, si tratta ancora – almeno a livello statale – di buone pratiche, le quali si collocano tuttavia all'interno di un disegno normativo che in via generale impone alle amministrazioni pubbliche di «organizzare autonomamente la propria attività» mediante la telematica (v. il già citato art. 12 del d.lgs. n. 82/2005).

Attualmente le consultazioni pubbliche aperte dal Governo sono accessibili da un apposito portale ad esse dedicato, raggiungibile all'indirizzo <<http://www.partecipa.gov.it>>, mediante il quale la «Pubblica Amministrazione italiana promuove il processo di apertura verso i cittadini e di trasparenza verso le imprese e la società civile» e mira a corrispondere «ai tre assi portanti dell'Open Government: trasparenza della Pubblica Amministrazione; lotta alla corruzione; democrazia partecipativa» (cfr. *Homepage*). Questo «portale per le consultazioni pubbliche» è stato predisposto dal Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio, cui è affidata l'attività informativa sulle consultazioni aperte e gestite dalle amministrazioni statali. Si tratta, infatti, di un portale che consente l'accesso unificato ad un archivio online delle consultazioni pubbliche, il quale tuttavia per i contenuti rimanda alle pagine web dei siti istituzionali dei diversi soggetti consultanti, declinando peraltro ogni responsabilità sui dati altrove pubblicati (cfr. *Note legali >Accesso a siti esterni collegati*).

Dall'homepage del portale è possibile accedere all'archivio delle consultazioni 'concluse', che restituisce – come detto – un albero di link ai siti web delle amministrazioni che hanno attivato le consultazioni. Tra le consultazioni chiuse, la più risalente risulta essere quella attivata dal Ministero per l'istruzione, l'università e la ricerca (Miur) nell'aprile del 2012 sul tema del «valore legale del titolo di studio» (Governo Monti). Il collegamento alle pagine del Miur è tuttora attivo (luglio 2015) e le informazioni sulla consultazione sono tuttora accessibili. Questa consultazione è stata svolta «esclusivamente in modalità telematica» (cfr. *Come si partecipa?*) e si è conclusa il 24 aprile del 2012. Relativamente all'esito della consultazione e all'incidenza sulle politiche governative, il Ministero s'impegnava in tal senso: «[...] b. Al termine della consultazione, i contributi ricevuti saranno pubblicati, in forma anonima, sul sito istituzionale del MIUR. Il Ministero elaborerà anche un documento ripilogativo che sarà oggetto di pubblicazione. c. Gli esiti della consultazione costituiranno il presupposto per tutte le proposte da sottoporre al Consiglio dei Ministri oltre che per i provvedimenti del Ministero» (cfr. *Come verranno*

utilizzati i contributi?). Ciò che però oggi, a distanza di tre anni, non risulta pubblicato è proprio l'esito della consultazione telematica, cioè i dati e l'indicazione dell'incidenza effettiva della consultazione sulle politiche del Governo in materia (adottate frattanto – e, si direbbe, a prescindere dalla consultazione – con il d.l. 9 febbraio 2012, n. 5, *Disposizioni urgenti in materia di semplificazione e di sviluppo*).

La sola consultazione segnalata sul portale come attiva è una «Consultazione pubblica sulla qualità dell'aria», attivata però dalla Regione Piemonte. Dunque, si tratta di un'informazione che forse vuole esprimere un tentativo di coordinamento informativo da parte del Dipartimento della funzione pubblica; ma che invece risulta chiaramente occasionale, viste le diverse consultazioni attualmente aperte da altre amministrazioni e non segnalate sul portale. Questa attività informativa parziale esprime forse già di per sé la scarsa considerazione in cui è tenuta la pratica consultiva; ma soprattutto esprime la distanza tra le dichiarazioni d'intenti sulla bontà dell'apertura alla cittadinanza dei processi decisionali, da un lato, e l'indefinita rilevanza giuridica dei contributi informativi acquisiti, dall'altro.

Talvolta poi la modalità telematica non è esclusiva, come nel caso della recente consultazione sul tema della «buona scuola», aperta dal 15 settembre al 15 novembre 2014 dal Ministro dell'istruzione dell'attuale Governo Renzi su un sito ad essa dedicato (labuonascuola.gov.it), al quale però non si accede dal portale partecipa.gov.it; e da cui apprendiamo che hanno partecipato alla consultazione 1.800.000 persone complessivamente e con modalità differenti.

I partecipanti si sono espressi su un documento politico del Governo, elaborato per punti; dunque apparentemente più funzionale al dibattito pubblico, rispetto alle consultazioni sui *draft* di atti di regolazione, che rientrano nel modello del cosiddetto *notice and comment* (De Minico, 2005). Ma al tempo stesso più indefinito nella proposta. In questo caso i risultati delle consultazioni, elaborati e sintetizzati, sono stati pubblicati sull'apposito sito web, seppure la lettura e la comprensione degli stessi non sia immediata. Ma ancora più arduo risulta comprendere se e quanto le opinioni e i dati forniti dai partecipanti abbiano inciso sulle politiche dell'amministrazione, che frattanto aveva predisposto e presentato in Parlamento un disegno di legge sulla medesima ampia e complessa materia (ora legge 13 luglio 2015, n. 107, *Riforma del sistema nazionale di istruzione e formazione e delega per il riordino delle disposizioni legislative vigenti*).

Come detto, la consultazione sulla buona scuola è stata condotta solo in parte via web; anche se il canale telematico ha certamente avuto un ruolo decisivo nell'attività di informazione connessa al processo partecipativo, consentendo la più agevole e ampia pubblicazione di dati e documenti. Quanto poi la legge

dello Stato che ha disciplinato la materia oggetto della consultazione si sia giovata dell'apporto informativo reso tramite la consultazione; e quanto, tra i diversi strumenti partecipativi, la consultazione telematica a sua volta abbia pesato, non è dato sapere.

In ogni caso, se anche volessimo intravedere in questa esperienza una nuova prospettiva, pur se tutta ancora da affinare, dovremmo comunque ricordare che senza vincoli di efficacia predefiniti, essa varrebbe a poco. Per ora la strada sembrerebbe tutta in salita: «la consultazione pubblica non è un sondaggio – non è una rilevazione demoscopica di tipo campionario, e non ha ambizioni di rappresentare scientificamente l'opinione dei cittadini. *Non è un referendum o uno degli strumenti di iniziativa popolari a cui il nostro ordinamento attribuisce un valore vincolante* [corsivo nostro]. È un progetto di collaborazione, di condivisione di un percorso, di apertura all'operosità costruttiva di chi ha interesse a raggiungere il miglior risultato possibile: ed è per questo motivo che i suoi risultati integreranno, all'interno di un quadro di lavoro i cui cardini sono chiari, a partire dal piano assunzionale, sia il percorso normativo che il modo in cui La Buona Scuola diventerà realtà, ad esempio attraverso azioni progettuali, linee guida, protocolli d'intesa, bandi e altri strumenti» (dal *Patto di partecipazione*, pubblicato su labuonascuola.gov.it).

E un patto di tale tenore, nel quale la consultazione è rappresentata – quantomeno inopportuno, visto il diverso profilo dei soggetti coinvolti – come un 'progetto di collaborazione', da un lato, ha creato alte aspettative sull'incidenza degli esiti della stessa consultazione, poi disattese; dall'altro, ha prestato il fianco ai detrattori dei processi partecipativi, che in essi scorgono una malcelata deresponsabilizzazione del decisore pubblico.

Così che per ora l'unico metodo di consultazione telematica, a lungo sperimentato e in via di perfezionamento, resta quello del *notice and comment*, impiegato dalla Commissione europea, che tende a sfruttare la capacità informativa del web per colmare la distanza (non solo materiale) con i 'suoi cittadini' (cfr. *Better Regulation Guidelines*, COM(2015) 215/SWD(2015)110; spec. il VII cap. *Guidelines on Stakeholder Consultation*); o dalle autorità amministrative indipendenti, che vi ricorrono nell'ambito dell'analisi d'impatto della regolamentazione (Raiola, 2012; Clarich, 1999; Chiti, 2004). In entrambi i casi, il contributo informativo è tendenzialmente fornito da portatori d'interessi settoriali («crowds are not amateurs, but consist to a large degree of "self-selected experts and what we might otherwise call professionals"», Jonsson, 2015: 15; Brabham, 2012: 407), come d'altro canto è facile notare osservando, per esempio, l'archivio delle consultazioni aperte dalla Commissione a partire dal 2001, consultabile sul portale <http://ec.europa.eu/yourvoice/consultations/index_it.htm>.

5. *Gli amministrati, la consultazione telematica e l'amministrazione*

Tiriamo ora le fila di queste brevi considerazioni attorno all'uso delle ICT da parte delle amministrazioni pubbliche, con particolare riguardo al profilo della comunicazione pubblica e della consultazione popolare.

Anzitutto, l'osservazione delle fonti ha mostrato, per un verso, l'assenza di una disciplina normativa della consultazione pubblica telematica a livello statale, lacuna che non è stata adeguatamente colmata sulla base della delega di cui all'art. 1 della legge già ricordata n. 124 del 2015 di riforma della pubblica amministrazione; per altro, la presenza di alcune normative regionali, che invece ne hanno regolato limiti ed effetti. Con ciò segnalando, a nostro avviso, l'urgenza di una regolazione omogenea sull'intero territorio nazionale, a garanzia dell'uniforme godimento del diritto a partecipare, implicato dalla ridetta consultazione.

I casi esaminati, senza alcuna pretesa di completezza, hanno invece evidenziato il 'desiderio' a livello istituzionale di esplorare questo nuovo metodo di costruzione delle politiche pubbliche, forse sul modello francese del *débat public* (cfr. *Commission nationale du débat public* – <<http://www.debatpublic.fr>>), senz'altro rinvigorito dalla capacità comunicativa del web; ma al tempo stesso, hanno anche mostrato l'occasionalità di queste pratiche, l'assenza di un metodo comune e soprattutto l'assoluta indeterminatezza dell'efficacia del processo consultivo.

Allora probabilmente è da qui che occorre partire, da questa indeterminatezza degli effetti, la quale a sua volta produce incertezza. Come anticipato, senza appesantire un ordinamento già pesante, occorrerebbe almeno introdurre una cornice di regole che definisca i limiti oggettivi e soggettivi delle consultazioni via web: tempi congrui; validità giuridica; caratteri tecnici delle piattaforme utilizzate ecc., facendo leva sul coordinamento tecnico dei dati che spetta al legislatore statale secondo l'art. 117, co. 2, lett. r), della Costituzione, ma anche sulla competenza in materia di livelli essenziali delle prestazioni prevista dalla lett. m) della stessa disposizione.

Con l'intento di valorizzare, acquisendola al diritto positivo, una pratica inclusiva che senza dubbio può esprimere in futuro un contributo di democrazia nella definizione delle politiche pubbliche; e che non mira a deresponsabilizzare il decisore, ma lo supporta nella scelta della migliore soluzione possibile per il bene della comunità: «la democrazia rappresentativa è nell'esperienza contemporanea – e tutto fa pensare che lo sarà in tempo a venire ... metodo e modo esclusivo, ancorché non esclusivo, della democrazia; un'essenzialità che non può essere messa in causa né logicamente né storicamente. Dunque la democrazia partecipativa neanche in prospettiva può essere concepita come 'sostitutiva' della rappresentativa. [...] E men che meno può porsi in competizione con gli altri aspetti della democrazia costituzionale, intesa nella tutela dei diritti fonamen-

tali dei cittadini, nel pluralismo dei poteri e nella superiorità della costituzione. Ma, essendo come gli istituti rappresentativi, e in maniera più diretta, espressione della sovranità popolare così come del principio personalista che informa gli ordinamenti democratici, viene a inserirsi nel disegno complessivo della democrazia rappresentativa, a combinarsi con essa integrandone le lacune e a correggere i difetti di cui questa soffre in forza dei suoi artifici e della crisi che con evidenza oggi patisce» (Allegretti, 2011: 3-4).

Quanto poi questa pratica consultiva, supportata da uno strumentario fino a pochi anni addietro del tutto sconosciuto, possa effettivamente 'capovolgere l'amministrazione' è tutto ancora da vedere. Alla prova dei fatti, essa certamente non pare oggi aver corrisposto alle aspettative: priva di forza normativa, da un lato; attività occasionale, dall'altro. Tuttavia, poiché le 'virtù' dello strumento restano, nulla impedisce di credere che prima o poi si possa davvero arrivare nella definizione delle politiche pubbliche, anche col contributo del web, ad una maggiore corrispondenza d'intenti tra amministrazione e amministrati.

Riferimenti bibliografici

- Allegretti U. 2006, *Basi giuridiche della democrazia partecipativa in Italia. Alcuni orientamenti*, in *Democrazia e diritto*, 3: 151 sgg.
- 2011, *La democrazia partecipativa in Italia e in Europa*, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 1: 3 sgg.
- Arena G. 1996, *Trasparenza amministrativa e democrazia*, in G. Berti, G. De Martin (a cura di), *Gli istituti della democrazia amministrativa*, Giuffrè, Milano: 13 sgg.
- 1997, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 117-118: 29 sgg.
- Bernstein S.J. 1976, *Computers in Public Administration: An International Perspective*, Oxford University Press, New York.
- Berti G. 1986, *Diritto e Stato. Riflessioni sul cambiamento*, Cedam, Padova.
- Brabham D.C. 2012, *The Myth of Amateur Crowds: A critical discourse analysis of crowdsourcing coverage*, in *Information, Communication & Society*, 15: 394 sgg.
- Cassese S. 1979, *Informatica e amministrazione pubblica*, in *L'informatica nello Stato. Atti del convegno promosso da CNR e IRI, Roma, 28 giugno 1978*, Roma: 31 sgg.
- Chiti E. 2004, *La disciplina procedurale della regolazione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*: 679 sgg.
- Clarich M. 1999, *I procedimenti di regolazione*, in *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Giappichelli, Torino: 91 sgg.
- D'Elia I. 2003, *L'informatica e le banche dati*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, pt. spec., II, Giuffrè, Milano: 1625 sgg.
- D'Elia I., Ciampi C. 1987, *L'informatica nella Pubblica Amministrazione. Problemi, risultati, prospettive*, La Nuova Italia, Roma.
- De Minico G. 2005, *Regole. Comando e consenso*, Giappichelli, Torino.
- Fishkin J. 2011, *When the People Speak: Deliberative Democracy and Public Consultation*, Oxford University Press, New York.
- Gaudi J.P. 2013, *La démocratie participative*, Colin, Paris.
- Hadas-Lebel R. 1973, *L'informatique dans l'administration française: rapport présenté au Congrès de l'Institut International des Sciences Administratives*, Cujas, Paris.
- Isernia P., Fishkin J. 2014, *The EuroPolis Deliberative Poll*, in *European Union Politics*, 3: 311 sgg.
- Jonsson M.E. 2015, *Democratic Innovations in Deliberative Systems – The Case of the Estonian Citizens' Assembly Process*, in *Journal of Public Deliberation*, 11 (1), art. 7.
- Mehl L. 1966, *Pour une théorie cybernétique de l'action administrative*, in Vedel et al., *Traité de science administrative*, Mouton, Paris: 781-833.
- Novelli V. 1979, *Intervento nel dibattito*, in *L'informatica nello Stato. Atti del convegno promosso da CNR e IRI, Roma, 28 giugno 1978*, Roma: 89 sgg.
- OECD (a cura di) 2001, *Handbook on Information, Consultation and Public Participation*.
- (a cura di) 2009, *Focus on Citizens: Public Engagement for Better Policy and Services*.

- OECD (a cura di) 2014, *Spain. From administrative reform to continuous improvement*.
- Pietrangelo M. 2007, *La società dell'informazione tra realtà e norma*, Giuffrè, Milano.
- (a cura di) 2010, *Il diritto di accesso ad Internet*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli.
- 2014, *La qualità della regolazione e la normativa statale in materia di "Agenda digitale"*, in <<http://www.tecnichenormative.it>>, 4 gennaio (09/2016).
- Ponti B. (a cura di) 2013, *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33*, Maggioli, Rimini.
- Predieri A. 1971, *Gli elaboratori elettronici nell'amministrazione dello Stato*, il Mulino, Bologna.
- Raiola C. 2012, *Le consultazioni telematiche delle Autorità indipendenti. Gli effetti dell'AIR su tecniche e caratteristiche*, in <<http://www.osservatorioair.it>> 3 (09/2016).
- Ramajoli M. 2010, *Procedimento regolatorio e partecipazione*, in E. Bruti Liberati, F. Donati (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Giappichelli, Torino: 189 sgg.
- Rodotà S. 1973, *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, il Mulino, Bologna.
- 1979, *L'informatica nello Stato: questioni di metodo e problemi reali*, in *L'informatica nello Stato. Atti del convegno promosso da CNR e IRI, Roma, 28 giugno 1978*, Roma: 39 sgg.
- 2004, *Tecnopolitica*, Laterza, Roma-Bari.
- 2013, *Il diritto ad avere diritti*, Laterza, Roma-Bari.
- Senato della Repubblica, Fondazione Ahref (a cura di) 2013, *I media civici in ambito parlamentare: strumenti disponibili e possibili scenari d'uso*, Roma.
- The Unger Project (a cura di) 2014, *2014 State of Participatory Democracy Report*, New York.
- Tuccari E. 1974, *Partecipazione popolare e ordinamento regionale*, Giuffrè, Milano.
- Zampetti E. (a cura di) 1970, *Lo stato verso l'automazione. L'informatica al servizio della Pubblica Amministrazione*, in *Concretezza*, 24.

SERVIZI PUBBLICI ONLINE E PARTECIPAZIONE MIGLIORATIVA

Giuseppe Cammarota

SOMMARIO – 1. I servizi pubblici online. 1.1 Servizi pubblici online e tipi di attività amministrativa. 1.2 Servizi pubblici online, fasi di erogazione e livelli di interazione. 2. La partecipazione migliorativa in ambiente digitale. 2.1 Contenuti e modelli della partecipazione migliorativa. 2.2 Verso la partecipazione migliorativa 2.0. 2.3 Servizi pubblici online, partecipazione migliorativa e adattamento ‘utente-centrico’. 2.4 Servizi pubblici online e partecipazione migliorativa nel quadro normativo vigente. 2.5 Le forme di tutela della partecipazione migliorativa. 3. I fattori abilitanti per la partecipazione migliorativa in ambiente digitale.

1. I servizi pubblici online

1.1 Servizi pubblici online e tipi di attività amministrativa

La controversa nozione di ‘servizio pubblico online’ (Koubi, 2013: 341 sgg.) è stata oggetto di rilevanti discipline normative a livello sia europeo, sia nazionale, a partire dall’inizio del Duemila. Tuttavia, anche in relazione al continuo sviluppo tecnologico, le normative non ricostruiscono una definizione organica di ‘servizio pubblico online’, né indicano puntualmente i tipi di attività amministrativa che possono o devono essere oggetto di prestazione mediante servizi online (Carloni, 2005: 344 sgg.), ma descrivono ambiti e contesti di erogazione, con relativi vincoli e modalità procedurali, in cui può aver luogo la prestazione di servizi a privati da parte delle amministrazioni pubbliche mediante forme, procedure e strumenti basati sulle tecnologie dell’informazione e della comunicazione (ICT).

La difficoltà definitoria della nozione può essere affrontata sul piano ricostruttivo osservando gli specifici casi in cui il legislatore prefigura o prescrive l’erogazione di servizi pubblici online. In particolare, i tipi di attività amministrativa rispetto ai quali si delinea l’erogazione di servizi online possono essere ricondotti anzitutto nei due macro-insiemi dati dalle funzioni pubbliche (che si manifestano mediante atti ad esternazione documentale) e dai servizi pubblici, tradizionalmente distinti in dottrina (Miele, 1933: 172 sgg.), sebbene riconoscendone le pur rilevanti sovrapposizioni (Giannini, 1986: 72-73). Inoltre, un terzo macro-insieme di attività amministrativa di cui si prefigura l’erogazione tramite servizi pubblici online è costituito dalle attività di informazione (Merloni, 2002: 15 sgg.) e comunicazione pubblica (Arena, 2001: 29 sgg.) che, pur essen-

do configurabili come ‘funzioni’ di interesse generale, a differenza delle funzioni pubbliche ‘tradizionali’, non sono caratterizzate dall’esercizio di poteri autoritativi o certificativi e «non danno luogo ad atti giuridici» (Mattarella, 2006: 3126).

In altre parole, i servizi pubblici online possono essere relativi, rispettivamente: a funzioni pubbliche ‘tradizionali’, come nel caso dello svolgimento online di un procedimento amministrativo (Masucci, 2012: 13 sgg.); a servizi pubblici *strictu sensu*, come nel caso dei servizi di telemedicina o di formazione a distanza (Cammarota, 2012: 621 sgg.); ad attività di informazione e comunicazione pubblica, come nel caso dei servizi di tale natura erogati tramite siti istituzionali. Ne deriva che i servizi pubblici online dovranno essere conformi sia alla disciplina specifica dell’attività erogata, sia alla disciplina ‘comune’ a tutti i servizi online il cui nucleo fondamentale può rinvenirsi nel Codice dell’amministrazione digitale (di seguito CAD) di cui al d.lgs. 7.3.2005, n. 82 (spec. artt. 63-65), a più riprese modificato nel corso degli anni e da ultimo con il d.lgs. 26 agosto 2016, n. 179, emanato in base all’art. 1 della legge delega 7.8.2015, n. 124.

1.2 Servizi pubblici online, fasi di erogazione e livelli di interazione

Oggetto specifico dei servizi pubblici online è l’insieme delle modalità di interazione (online) tra l’amministrazione e i privati nell’ambito dei tre tipi di attività amministrativa indicati.

I servizi online relativi a funzioni pubbliche che si manifestano in atti ad esternazione documentale, come nel caso di servizi riguardanti procedimenti amministrativi, ricadono sulle modalità di svolgimento del rapporto tra l’amministrazione e il privato. In particolare, oggetto specifico dei servizi online relativi alle attività di funzione non è l’esplicazione della funzione in sé, bensì la prestazione da parte dell’amministrazione dell’insieme dei servizi abilitanti al suo svolgimento online nel rapporto con il privato destinatario. Tali servizi abilitanti dovranno includere la predisposizione delle condizioni perché la documentazione inerente possa essere validamente parte della procedura online.

Invece, nel caso di servizi online relativi a servizi pubblici *strictu sensu*, oggetto specifico dell’erogazione può essere il servizio in sé. L’innovazione tecnologica, infatti, rende possibile affiancare alla dimensione fisica di erogazione una dimensione online in tutti i casi in cui il servizio si presta ad essere reso mediante l’ausilio delle ICT, come può avvenire per i servizi di formazione a distanza o di telemedicina. L’erogazione online sarà da escludersi, invece, quando l’oggetto della prestazione non si presta ad essere erogato a distanza, come per i servizi di trasporto o di fornitura di energia o di gas. In questi casi, tuttavia, i servizi online potranno avere una utile attuazione sia per gli aspetti informativi necessari, sia per i profili procedurali (o di ‘funzione’) attinenti all’ammissione al servizio.

Nel caso dei servizi di informazione, il servizio prestato è identico per tutti i soggetti, analogamente alla prestazione di servizi ‘a fruizione collettiva’ (Sorace, 2012: 161). Invece, nel caso dei servizi di comunicazione, si presuppone una ‘personalizzazione’ dell’informazione a fronte delle specifiche richieste avanzate da parte degli utenti. Nell’ambito di tali servizi legati alla ‘circolazione’ di informazioni si prefigurano anche servizi ulteriori a quelli tradizionali che nella dimensione fisico-tradizionale non sarebbero stati prefigurabili, come avviene nella prospettiva degli *open data* e dell’*open government* (Carloni, 2014: 261 sgg.; Marongiu, 2013: 101 sgg.).

L’interazione online tra amministrazioni e privati può aver luogo in modo più o meno incisivo nell’ambito della procedura di erogazione dei servizi pubblici online in cui possiamo distinguere due fasi. La prima è la fase iniziale o di avvio in cui l’utente assume le informazioni relative al servizio e presenta istanza. La presentazione dell’istanza avvia la seconda fase che consiste nell’erogazione del servizio in sé. Tale procedura presenterà caratteristiche peculiari a seconda del tipo di attività oggetto di prestazione mediante servizi online.

I livelli di interazione tra amministrazione e privati nel contesto dei servizi online, individuati già dall’inizio degli anni duemila nel contesto delle azioni di *e-government*, sono stati oggetto di specifica e successiva definizione nell’ambito delle *Linee guida sui siti web delle pubbliche amministrazioni* del 2011 (emanate in base all’art. 4 della Direttiva n. 8/2009 del Ministro per la pubblica amministrazione e l’innovazione). I livelli di interazione configurati sono cinque: un primo livello meramente informativo; un secondo livello di interazione a una via, in cui sia possibile acquisire online la documentazione di proprio interesse (*download*); un terzo livello di interazione a due vie in cui sia possibile avviare online la procedura di erogazione dell’attività mediante presentazione delle istanze; un quarto livello di ‘transazione’, in cui sia possibile concludere online l’intera procedura di erogazione, inclusi eventuali pagamenti; infine, un quinto livello di ‘personalizzazione’, in cui all’utente siano forniti servizi personalizzati in relazione al proprio specifico profilo.

I primi tre livelli riguardano la prima fase di avvio della procedura e gli ultimi due attengono alla seconda fase di erogazione del servizio.

In tale contesto, l’ipotesi sostenuta in queste pagine è che la procedura di erogazione dei servizi online possa includere una specifica fase, successiva alla fase di erogazione, volta a garantire la ‘partecipazione migliorativa’ che, come vedremo (v. *infra*, § 2), a differenza della partecipazione procedimentale, è finalizzata al miglioramento continuo del servizio mediante l’adozione di misure di adattamento fondate sull’apporto collaborativo dei privati fruitori dei servizi.

Rispetto ai servizi online, la configurazione di tale specifica forma di partecipazione si collega in modo rilevante ad una ‘rivoluzione’ che ha avuto luogo ne-

gli ultimi dieci anni circa nel settore delle ICT, nota come transizione dal Web 1.0 al Web 2.0 (termine coniato nel 2004 da Tim O'Reilly). Essa indica il passaggio da un ambiente digitale in cui le informazioni viaggiano in modo unidirezionale verso gli utenti ad un ambiente in cui, invece, le informazioni circolano in molte ed imprevedibili direzioni in forza del fatto per cui tutti gli utenti (potenzialmente) possono popolare il web di contenuti. Sino a qualche anno addietro, nel contesto del Web 1.0, vi era una netta distinzione tra i produttori di informazioni e il pubblico fruitore. Questa distinzione è stata superata dal Web 2.0 nel cui contesto tutti gli utenti possono essere, nel contempo, produttori e fruitori di informazioni mediante il ricorso a servizi quali *social networking* (*Facebook*), *multimedia sharing* (*YouTube*), *wikis*, *blog*, *micro-blog* (*Twitter*), *forum*. Negli anni recenti il ricorso agli strumenti del Web 2.0 è in crescita e questo successo si può collegare sia alla progressiva semplicità d'uso degli strumenti, sia all'incremento della diffusione sociale di tali tecnologie. Come vedremo subito di seguito, è nel contesto del Web 2.0 che possono trovare collocazione inediti modelli di interazione tra amministrazioni e privati e connesse nuove prospettive della partecipazione.

2. La partecipazione migliorativa in ambiente digitale

2.1 Contenuti e modelli della partecipazione migliorativa

Tradizionalmente la partecipazione si identificava con la partecipazione politica ed evocava il conferimento di un potere decisionale politico-legislativo diretto, più o meno ampio a seconda della prospettiva, in capo a coloro che ne sono ordinariamente meri destinatari: i cittadini.

A questa dimensione politica della partecipazione si è aggiunta una dimensione amministrativa, relativa non già all'assunzione delle decisioni legislative di interesse generale, ma all'adozione dei provvedimenti e all'erogazione dei servizi destinati ad attuare le decisioni legislative nella società.

La *partecipazione amministrativa* può essere distinta in due tipi principali.

Il primo è dato dalla *partecipazione procedimentale* che può riguardare, rispettivamente, la *partecipazione procedimentale individuale* e la *partecipazione all'attività amministrativa generale*. In base alla legge sul procedimento (artt. 7, 9, 10, legge 7.8.1990, n. 241), la partecipazione procedimentale individuale è finalizzata a tutelare gli interessi giuridicamente rilevanti dei destinatari diretti e dei soggetti ai quali possa derivare un pregiudizio dal provvedimento. Soltanto tali soggetti hanno facoltà di partecipare (D'Alberti, 2000: 1 sgg.; Caranta, Ferraris, Rodriguez, 2005). La partecipazione all'attività generale, invece, non solo non è contemplata, ma è espressamente esclusa come fattispecie generale nella legge sul

procedimento (art. 13) e disciplinata, invece, nelle normative di settore riguardanti gli specifici procedimenti in cui essa può esercitarsi, in particolare rispetto alle funzioni di urbanistica e pianificazione territoriale, tutela ambientale, regolazione (Cocconi, 2011: 53 sgg.). La differenza tra questi due tipi di partecipazione è che, mentre la partecipazione procedimentale individuale è finalizzata ad una 'utilità individuale' di cui l'interessato potrà godere come privato, la partecipazione all'attività generale è volta all'ottenimento di una 'utilità collettiva' di cui il singolo potrà godere come parte della collettività. Invece, un aspetto comune è che ambedue i tipi di partecipazione fanno riferimento a procedimenti in corso di svolgimento al cui interno la partecipazione è esercitata. In tal senso ambedue i tipi di partecipazione possono essere denominati *procedimentali*.

Il secondo tipo, la *partecipazione 'migliorativa'*, è finalizzata a promuovere il ruolo del privato quale «cittadino attivo» (Arena, 2006) che collabora, interviene, supporta, propone, in una parola 'partecipa' attivamente all'azione amministrativa di cui egli stesso, *uti singuli o uti cives*, è utente. Essa consiste nella «partecipazione diretta dei cittadini nell'esercizio delle funzioni» (Benvenuti, 1994: 22) secondo un modello di «amministrazione condivisa» (Arena, 1997: 29 sgg.) che supera il tradizionale assetto dei poteri pubblici noto come «paradigma bipolare» (Cassese, 2001: 601 sgg.). La partecipazione migliorativa, a differenza delle partecipazioni procedimentali (individuale e all'attività amministrativa generale), non riguarda procedimenti in corso di svolgimento (o, nel caso di prestazioni, attività in fase di predisposizione), ma procedimenti conclusi o erogazioni già effettuate. Infatti, essa, in quanto finalizzata a fornire all'amministrazione elementi utili al miglioramento dei propri procedimenti e servizi in base alle esigenze espresse dall'utenza, implica, per poter essere esercitata, l'avvenuta fruizione dell'attività da parte dell'utente.

A differenza della partecipazione procedimentale individuale, che è un'azione individuale a fini individuali, la partecipazione migliorativa è azione individuale a fini collettivi. In tal senso la partecipazione migliorativa ha una specifica caratterizzazione *civica*. Infatti, gli effetti dell'esercizio della partecipazione migliorativa ricadono su tutti gli utenti potenziali del servizio e solo indirettamente ed eventualmente (in caso di fruizioni future) sul soggetto che partecipa. Viceversa, l'esercizio della partecipazione procedimentale individuale ricade soltanto sull'utente che la pone in essere e rispetto allo specifico procedimento nel cui ambito essa è esercitata. Inoltre, rispetto alla partecipazione all'attività generale, occorre precisare che, sebbene sia questa, sia la partecipazione migliorativa abbiano ad obiettivo utilità collettive, mentre la partecipazione all'attività generale (come quella procedimentale individuale) riguarda procedimenti in corso di svolgimento o servizi in fase di predisposizione, la partecipazione migliorativa concerne procedimenti conclusi ovvero servizi erogati.

La partecipazione migliorativa trova innesto in una approfondita e multidisciplinare letteratura, precedente la rivoluzione tecnologica, sull'ampio tema del 'coinvolgimento partecipativo' dei cittadini nell'attuazione dell'azione pubblica. I modelli partecipativi, spinti sino alla prospettiva più 'radicale' della *co-production of public services* (Ostrom, 1978: 102 sgg.; 1996: 1073 sgg.), superano l'esclusività della partecipazione politica quale elemento di «legittimazione democratica» dell'amministrazione pubblica nel modello tradizionale (Bombardelli, 2011: 17 sgg.) e prefigurano nuove forme di democrazia «partecipativa» (Allegretti, 2011: 295 sgg.). Si tratta di una prospettiva innovativa rispetto al tradizionale paradigma bipolare in cui il cittadino, pur sovrano in quanto elettore degli organi legislativi, era relegato, in quanto destinatario delle attività amministrative, sia provvedimentali, sia di servizio pubblico, in un ruolo passivo, di mero destinatario di provvedimenti o fruitore di servizi.

Bisogna distinguere due possibili declinazioni della partecipazione migliorativa consistenti, rispettivamente, nello svolgimento di *azioni di supporto alla produzione/erogazione del servizio* e nella *co-produzione/co-erogazione del servizio in sé* (Meijer, 2012: 2 sgg.). Nel primo caso (oggetto di attenzione in queste pagine) il cittadino partecipa mettendo in campo quelle azioni che consentano al potere pubblico di adattare il servizio alle effettive esigenze dell'utenza. Nel secondo caso, invece, il cittadino, nei limiti consentiti dall'ordinamento, in forma individuale o più spesso collettiva, produce/eroga direttamente il servizio non in qualità di affidatario di appalti o concessioni, né di incaricato dell'esercizio di pubbliche funzioni, bensì nella sua qualità di 'cittadino attivo' in base a modelli di sussidiarietà orizzontale.

Tuttavia, ambedue tali declinazioni sono riconducibili nel superamento del modello organizzativo del *New Public Management* (NPM). I modelli partecipativi, infatti, già prima della rivoluzione digitale, predicavano il superamento del paradigma organizzativo del NPM, in forza del quale l'amministrazione pubblica, al fine di approvvigionarsi di tutti i beni e i servizi necessari alla produzione e all'erogazione dei servizi pubblici, avrebbe dovuto rivolgersi al mercato privato, alle esternalizzazioni ovvero all'*out-sourcing*. Il paradigma organizzativo del NPM, come il paradigma bipolare, non revoca in dubbio l'asimmetria delle posizioni, rispettivamente, dell'amministrazione e del privato rispetto alla produzione e all'erogazione dei servizi. Il privato, in quanto destinatario dell'attività, resta, infatti, un mero fruitore. Ambedue le declinazioni indicate della partecipazione migliorativa, invece, si basano sull'adozione di modelli organizzativi in cui si prefigura che l'amministrazione pubblica, nello svolgimento delle attività finalizzate alla produzione e all'erogazione dei servizi di interesse generale, anziché ricorrere ad una 'sorgente' esterna all'amministrazione, ossia al mercato (*out-sourcing*), ricorra agli stessi destinatari dell'attività (*citizen-*

sourcing). In breve, dall'*out-sourcing* del NPM al *citizen sourcing* del *post-NPM* (Nam, 2012: 12 sgg.; Kloby, Sadeghi, 2013: 114 sgg.).

2.2 Verso la partecipazione migliorativa 2.0

Il ricorso al Web 2.0 in ambito amministrativo apre la prospettiva a nuovi modelli partecipativi e a inedite possibilità di costruzione dei rapporti tra amministrazioni e comunità governate. In particolare, l'ambiente digitale attuale può favorire un processo di incremento della collaborazione tra amministrazioni e cittadini nella definizione dell'agenda politica, nell'implementazione e nella valutazione delle politiche pubbliche, nonché allo specifico scopo di adattare l'azione di governo alle preferenze dei cittadini (Kloby, Sadeghi, 2013: 118). Il fenomeno è stato denominato in diversi modi nella letteratura, quali *crowsourcing*, *citizen sourcing*, *collaborative government*, *wiki-government* (Meijer, 2012: 4 sgg.; Noveck, 2009; Torres, 2007: 134 sgg.; McGuire, 2006: 33 sgg.).

In proposito, le nuove forme di relazione tra amministrazioni e privati che emergono nell'attuale contesto tecnologico e al cui interno si collocano i modelli partecipativi basati sul paradigma 2.0 sono riconducibili in tre tipi principali (Linders, 2012: 447 sgg.).

Il primo (oggetto di interesse in queste pagine) è un modello *Citizen to Government*, noto come *Citizen sourcing*, in cui i cittadini supportano l'amministrazione al fine di porre in essere azioni efficaci e rispondenti alle esigenze esistenti. In questo modello l'amministrazione ha la responsabilità dell'azione finale, ma i cittadini possono 'contribuire' soprattutto accrescendo il livello di consapevolezza dell'amministrazione in ordine alle esigenze e alle aspettative esistenti a livello sociale.

Il secondo modello è, invece, *Government to Citizen* ed è stato denominato *Government as a Platform*. In tale modello l'attenzione è concentrata soprattutto sull'*open data* e sulla piena attuazione delle enormi potenzialità di diffusione delle informazioni pubbliche che le tecnologie rendono possibile a costi relativamente bassi. In questo caso è il potere pubblico che può supportare i cittadini mettendo loro a disposizione una 'infrastruttura conoscitiva', composta di dati pubblici, che può favorire i privati nell'assunzione delle decisioni e nella gestione soprattutto in ambito imprenditoriale.

Il terzo modello, denominato *Do it Yourself Government*, prevede una collaborazione *Citizen to Citizen* nella quale i cittadini, all'interno dell'ambiente 2.0, possano auto-organizzarsi al fine di fornire servizi agli associati in sostituzione o in alternativa al potere pubblico. In questo caso il potere pubblico non gioca un ruolo attivo (o gioca un ruolo molto ridotto) nella produzione ed erogazione del servizio, ma si limita a fornire agli associati un *facilitating framework*,

un contesto di inquadramento e di facilitazione all'azione dei privati secondo modelli di sussidiarietà orizzontale e di «auto-amministrazione» (Duret, 2004).

2.3 Servizi pubblici online, partecipazione migliorativa e adattamento 'utente-centrico'

Osservando, in particolare, la partecipazione migliorativa finalizzata al supporto nella produzione/erogazione dei servizi pubblici, essa si può collegare al *principio di adattamento* (che, assieme alla continuità e all'eguaglianza, costituisce uno dei principi classici del servizio pubblico) e al connesso *principio di soddisfazione dell'utente*.

Il principio dell'adattamento, inteso nel contesto del tradizionale paradigma bipolare, non implica l'adattamento ai bisogni effettivamente rilevati, ma l'adattamento ai bisogni che i titolari del potere politico ritengono esistere nella società civile. Invece, in un modello partecipato, il principio di adattamento implica che questo abbia luogo a partire dalle reali esigenze espresse dai cittadini-utenti e tenendo conto del livello di soddisfazione a fronte dei servizi fruiti. L'adattamento basato sulla rilevazione della soddisfazione dei cittadini-utenti prefigura, pertanto, un modello partecipato che supera la visione tradizionale bipolare. Il presupposto di fondo è che i privati non si limitino a fruire dei servizi, ma possano contribuire a determinarne caratteristiche e modalità di erogazione. Il ruolo dei privati non è concepito come meramente passivo. Non è sufficiente che i servizi siano erogati. Si richiede che dall'erogazione gli utenti traggano soddisfazione e che i servizi siano adattati alle valutazioni e alle mutevoli esigenze rilevate nell'utenza.

In particolare nei servizi pubblici online (Masucci, 2003: 1001 sgg.), l'adattamento è reso praticabile in modo strutturato da parte delle amministrazioni poiché le ICT pongono le premesse per un'efficace attività di raccolta ed elaborazione di quantità rilevanti di dati relativi alle esigenze, alle aspettative, alle proposte e, in particolare, alle rilevazioni sulla soddisfazione dei cittadini-utenti da cui potrebbero derivare auspicabili processi di progressiva 'personalizzazione' dei servizi.

Nel ciclo di vita dei servizi, distinguendo le tre fasi del *Design-Planning*, *Execution* e *Monitoring* (Linders, 2012: 447-448), la partecipazione migliorativa si colloca nella fase di monitoraggio e dovrebbe essere collegata alla fase iniziale di pianificazione del servizio per poi ricadere sulla fase di esecuzione. In altri termini, l'esito del monitoraggio, inteso come individuazione dell'insieme degli interventi correttivi che possono trarsi dalle rilevazioni sull'utenza, deve necessariamente condurre alla revisione della pianificazione iniziale del servizio e ricadere sulla fase di erogazione in un circolo iterativo virtuoso che sfrutti il *feedback* dei cittadini-utenti. L'efficacia di tali misure correttive potrà poi esse-

re confermata o smentita, in tutto o in parte, dalle rilevazioni successive. Le rilevazioni sull'utenza, infatti, devono essere costanti e percepite come elemento strutturale dell'erogazione, non come evento sporadico o eccezionale, essendo molteplici, mutevoli e continue le esigenze di adattamento dei servizi.

Nell'ordinamento nazionale, come vedremo subito di seguito, la partecipazione migliorativa finalizzata all'adattamento dei servizi in base alle rilevazioni sull'utenza ha trovato riconoscimento sin dalla metà degli anni Novanta e conferma negli anni recenti, sebbene il livello di tutela del singolo di fronte all'amministrazione in ordine alla effettiva valutazione dell'apporto collaborativo offerto sembri poco incisivo rispetto a quello accordato alla partecipazione procedimentale soprattutto individuale.

2.4 Servizi pubblici online e partecipazione migliorativa nel quadro normativo vigente

Nel nostro ordinamento si può rinvenire un riconoscimento normativo del principio dell'adattamento dei servizi pubblici basato sulla partecipazione degli utenti sin dalla prima metà degli anni novanta. In proposito, nel contesto del tema delle *Carte dei servizi* (Battini, Vesperini, 1997; Napolitano, 2001: 321 sgg.; Corpaci, 2003: 265 sgg.; Rinaldi, 2011: 64 sgg.), il d.p.c.m. 27 gennaio 1994 (*Principi sull'erogazione dei servizi pubblici*) indica, tra i principi fondamentali, la «partecipazione del cittadino alla prestazione del servizio pubblico» (I, 5) specificando che essa deve essere sempre garantita e, in particolare, che «l'utente può produrre memorie e documenti; prospettare osservazioni; formulare suggerimenti per il miglioramento del servizio» rispetto ai quali i soggetti erogatori sono tenuti a fornire immediato riscontro. Nella stessa direzione, la Direttiva precisa che i soggetti erogatori acquisiscono periodicamente, in base alle specifiche modalità indicate (II, 1 s.), la valutazione dell'utente circa la qualità del servizio reso.

Sul finire degli anni Novanta, inoltre, la 'partecipazione migliorativa' nel contesto dei servizi pubblici trova riconoscimento nella disciplina in materia di controlli amministrativi interni di cui al d.lgs. 30.7.1999, n. 286. Tale norma, infatti, prevede che i «servizi pubblici nazionali e locali sono erogati con modalità che promuovono il miglioramento della qualità e assicurano la tutela dei cittadini e degli utenti e la loro partecipazione, nelle forme, anche associative, riconosciute dalla legge, alle inerenti procedure di valutazione e definizione degli standard qualitativi» (art. 11, co. 1).

Questa apertura, che si applica sia alle amministrazioni centrali, sia gli enti locali (art. 112, co. 3, d.lgs. 18.8.2000, n. 267), attesta, come recita la Direttiva Funzione Pubblica 24-3-2004 sulla rilevazione della qualità percepita dai cit-

tadini, il riconoscimento di un «ruolo centrale del cittadino, non solo nella veste di destinatario dei servizi ma anche quale risorsa strategica per valutare la rispondenza dei servizi erogati ai bisogni reali, così come percepiti dai soggetti fruitori» (punto 1). A livello di regole attuative, nella stessa direzione, la Direttiva Funzione Pubblica 19.12.2006 (*Per una pubblica amministrazione di qualità*) pone in correlazione il miglioramento della qualità dei servizi ai processi di adattamento continui alle esigenze dell'utenza, peraltro indicando espressamente le potenzialità che in tale direzione offrono le tecnologie (par. 2).

Ulteriore conferma si rinviene successivamente nella disciplina in materia di produttività nella pubblica amministrazione. Il d.lgs. 27.10.2009, n. 150, infatti, nel definire il «ciclo di gestione della performance», precisa, all'art. 8, co. 1, che il sistema di misurazione e valutazione della *performance* organizzativa concerne, tra l'altro, «la rilevazione del grado di soddisfazione dei destinatari delle attività e dei servizi anche attraverso modalità interattive» (lettera c) e, più in generale, «lo sviluppo qualitativo e quantitativo delle relazioni con i cittadini, i soggetti interessati, gli utenti e i destinatari dei servizi, anche attraverso lo sviluppo di forme di partecipazione e collaborazione» (lettera e). Inoltre, si prevede, in base alla legge n. 124/2015, l'adozione di norme in cui siano definiti «i criteri di digitalizzazione del processo di misurazione e valutazione della performance per permettere un coordinamento a livello nazionale» (art. 1, co. 1, lettera e).

In particolare rispetto ai servizi pubblici online, assume specifica rilevanza l'art. 63, co. 2, CAD, in base al quale le pubbliche amministrazioni e i gestori di servizi pubblici progettano e realizzano i servizi online mirando alla migliore soddisfazione delle esigenze degli utenti. A tal fine deve essere garantito, oltre alla completezza del procedimento e alla certificazione dell'esito, l'accertamento del grado di soddisfazione dell'utente mediante l'adozione di strumenti idonei alla rilevazione immediata, continua e sicura del giudizio degli utenti. In tal modo i cittadini-utenti dei servizi, esprimendo le proprie valutazioni, possono contribuire all'individuazione delle criticità dei servizi fruiti così da contribuire al loro costante miglioramento (Costantino, 2012: 178 sgg.).

A livello di regole attuative, l'obiettivo di adottare in modo sistematico strumenti di valutazione della qualità dei servizi online basati sulla qualità percepita dai cittadini e sulla partecipazione al fine di costruire servizi quanto più possibile adeguati alle esigenze realmente esistenti è confermato nelle *Linee guida sui siti web delle pubbliche amministrazioni* del 2011 (e nel relativo *Vademecum Pubblica Amministrazione e Social Media*) in cui le amministrazioni sono esplicitamente chiamate (par. 6.1), tra l'altro, a rispettare i principi di misurazione delle qualità percepita, ad attivare forme semplici di raccolta dei reclami e delle segnalazioni dei cittadini con modalità dirette ed online, ad assicurare un sistema permanente per la raccolta e l'elaborazione dei dati sulla *customer satisfac-*

tion, a garantire la pubblicazione degli stessi mediante apposite sezioni dei siti istituzionali, ad utilizzare i dati raccolti per attivare processi di razionalizzazione e miglioramento dei servizi erogati. Le potenzialità dell'ambiente 2.0 sono esplicitamente riconosciute nelle Linee guida in cui, infatti, si definisce la partecipazione nel contesto del web 2.0 «come uno degli elementi qualificanti delle politiche nazionali di e-Government» finalizzata a favorire il «coinvolgimento dei cittadini nella vita politica e amministrativa» (par. 6.3). In particolare, si precisa che le amministrazioni pubbliche devono accompagnare le misure di partecipazione in ambiente 2.0 a specifiche azioni di promozione della collaborazione tra amministrazioni e cittadini sin dalla fase di progettazione dei servizi prevedendo, tra l'altro, l'introduzione di spazi e strumenti che consentano l'interazione sincrona e asincrona tra il cittadino e l'amministrazione, l'esplicitazione delle regole di interazione, la definizione delle forme di restituzione al cittadino dei contributi forniti online (*feedback*).

2.5 Le forme di tutela della partecipazione migliorativa

Il rapporto tra l'amministrazione che agisce e il privato che partecipa può essere inquadrato in tre modelli generali a seconda della ricaduta che la partecipazione può avere sull'azione amministrativa. Tali modelli, per analogia, possono essere assimilati alla distinzione tipica dei pareri in vincolanti, obbligatori, facoltativi. Analogamente rispetto alla partecipazione del privato, possiamo distinguere, rispettivamente, un modello di rapporto 'vincolante' in cui l'azione amministrativa deve adeguarsi a quanto espresso in sede partecipativa; un modello 'obbligante' in cui l'azione deve prendere in considerazione quanto espresso dai privati che partecipano, senza obbligo di conformarsi; un modello 'facoltativo' o '(meramente) collaborativo' in cui l'azione amministrativa può tenere in conto di quanto espresso dai partecipanti, ma non è obbligata a farlo, né tanto meno a conformarsi.

Il primo è chiaramente un modello 'astratto' di amministrazione 'diretta'.

Il secondo è il modello della partecipazione individuale nel procedimento amministrativo. L'amministrazione, infatti, in base all'art. 10 della legge sul procedimento, ha l'obbligo di valutare, ove siano pertinenti all'oggetto del procedimento, le memorie scritte e i documenti che possono essere presentati sia dai soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti (art. 7), sia dai soggetti individuati o facilmente individuabili diversi dai diretti destinatari sui quali il provvedimento potrebbe avere ricadute (art. 7), sia da qualunque soggetto, portatore di interessi pubblici o privati, nonché portatore di interessi diffusi costituito in associazioni o comitati, cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento (art. 9).

Il terzo modello è, invece, quello che sembra riguardare la partecipazione migliorativa, sebbene alcune recenti aperture pare pongano le premesse per una più ampia tutela di questa forma di partecipazione.

L'indicatore del livello di tutela può essere individuato nel principio *ubi actio ibi jus*. In proposito, mentre nel caso della partecipazione nel procedimento l'interessato ha individualmente diritto ad adire il giudice amministrativo, nel caso della partecipazione migliorativa si può rinvenire una prima forma di tutela giurisdizionale attraverso la c.d. *class action* di cui al d.lgs. 20.12.2009, n. 198. In particolare, è devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo l'ammissione e la valutazione di ricorsi finalizzati al ripristino del corretto svolgimento della funzione o della corretta erogazione di un servizio proposti da «titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e consumatori [...] se derivi una lesione diretta, concreta ed attuale dei propri interessi, dalla violazione di termini o dalla mancata emanazione di atti amministrativi generali obbligatori [...], dalla violazione degli obblighi contenuti nelle carte di servizi ovvero dalla violazione di standard qualitativi ed economici stabiliti» (art. 1, co. 1). La norma precisa che «il ricorso può essere proposto anche da associazioni o comitati a tutela degli interessi dei propri associati» (art. 1, co. 4).

Oltre alla diversa legittimazione all'azione, la tutela avverso l'inerzia o l'inefficienza amministrativa sembra meno incisiva della tutela accordata alla partecipazione nel procedimento soprattutto perché lo stesso legislatore pone un limite all'effettività della tutela stabilendo che nel giudizio di sussistenza della lesione «il giudice tiene conto delle risorse strumentali, finanziarie e umane concretamente a disposizione delle parti intime» (art. 1, co. 1-bis). Inoltre, precisa ulteriormente la norma, il «giudice accoglie la domanda se accerta la violazione, l'omissione o l'inadempimento [...] ordinando alla pubblica amministrazione o al concessionario di porvi rimedio entro un congruo termine, nei limiti delle risorse strumentali, finanziarie ed umane già assegnate in via ordinaria e senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica» (art. 4, co. 1). Si aggiunga che il ricorso «non può essere proposto se un organismo con funzione di regolazione e di controllo [...] preposto al settore interessato ha instaurato e non ancora definito un procedimento volto ad accertare le medesime condotte oggetto dell'azione [...] né se, in relazione alle medesime condotte, sia stato instaurato un giudizio ai sensi degli articoli 139, 140 e 140-bis del codice del consumo» (art. 2, co. 1). Ancora, laddove il menzionato procedimento di verifica o il giudizio ai sensi degli articoli 139 e 140 del codice del consumo siano avviati dopo la proposizione del ricorso avverso l'inerzia o l'inefficienza amministrativa, quest'ultimo è sospeso fino alla definizione del predetto procedimento di verifica o di giudizio (art. 2, co. 2). Resta da rilevare un ulteriore e più ge-

nerale limite all'effettività della tutela stabilita con il d.lgs. n. 198/2009 che finisce per sfumare in modo probabilmente eccessivo la praticabilità dell'azione laddove, all'art. 7, specifica che in ragione della «necessità di definire in via preventiva gli obblighi contenuti nelle carte di servizi e gli standard qualitativi ed economici [...] e di valutare l'impatto finanziario e amministrativo degli stessi nei rispettivi settori, la concreta applicazione del presente decreto alle amministrazioni ed ai concessionari di servizi pubblici è determinata [...] anche progressivamente, con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri [...]» (art. 7, co. 1).

Certamente l'apertura del d.lgs. n. 198/2009 è rilevante poiché inizia a prefigurare un diritto giurisdizionalmente tutelato all'efficienza amministrativa, sebbene tale riconoscimento sembri tuttora parziale e limitato rispetto a quello accordato alla tutela degli interessati nel procedimento amministrativo.

Più in particolare sulla partecipazione migliorativa, il fatto che la sua tutela – specificamente intesa come tutela del 'diritto' a che l'amministrazione effettivamente prenda in considerazione o utilizzi (o 'valorizzi') l'apporto offerto dai privati, in particolare mediante espressione della propria soddisfazione a fronte dei servizi fruiti – possa essere ammessa nei ricorsi *ex d.lgs. n. 198/2009* sembra sostenibile soprattutto per lo specifico riferimento alla «violazione degli obblighi contenuti nelle carte di servizi» di cui all'art. 1, co. 1.

In tal senso, comunque, un'ulteriore, sebbene non definitiva estensione della tutela deriva dalla recente modifica al CAD ad opera del d.lgs. n. 179/2016. In particolare, l'attuale formulazione dell'art. 7 del CAD, intitolato alla qualità dei servizi resi e alla soddisfazione dell'utenza, stabilisce che per i servizi in rete (online) i soggetti erogatori «consentono agli utenti di esprimere la soddisfazione rispetto alla qualità del servizio reso» e «pubblicano sui propri siti i dati risultanti» (comma 3). Soprattutto, in caso di violazione di tali obblighi, gli interessati possono agire in giudizio, anche nei termini e con le modalità di cui al d.lgs. n. 198/2009 (comma 4). La parola 'anche', inclusa nel decreto di modifica del CAD come suggerito dal Consiglio di Stato in sede di parere, sembra garantire non solo la tutela attraverso la *class action*, ma anche mediante gli ordinari strumenti di tutela giurisdizionale.

Oltre a tali aperture occorre considerare, tuttavia, che il tenore letterale dell'attuale art. 7 del CAD sembra limitare la possibilità di tutela al fatto di consentire agli utenti di esprimere la soddisfazione sul servizio reso e alla pubblicazione dei relativi risultati, nonché, più in generale, alla disponibilità dei servizi online (art. 7, co. 1) e all'aggiornamento annuale degli standard e dei livelli di qualità da parte dell'Agenzia per l'Italia Digitale-AGID (art. 7, co. 2). Invece, non è oggetto di specifica tutela il fatto che l'ente erogatore sia obbligato a prendere effettivamente in considerazione quanto espresso da parte degli utenti, come

avviene, invece, nel caso della partecipazione nel procedimento. La tutela specifica sembra, pertanto, prevalentemente 'indiretta', ossia collegata al fatto che l'amministrazione sia obbligata, soprattutto in base alle disposizioni relative alla gestione del ciclo della *performance* (v. *infra*, §§ 2.4 e 3), ad adeguare la propria azione anche in base agli esiti della partecipazione migliorativa. Tale obbligo dell'amministrazione, tuttavia, a differenza del caso della partecipazione nel procedimento, sembra non si traduca nell'azionabilità individuale di una specifica forma di tutela da parte degli interessati in caso di inadempimento.

3. I fattori abilitanti per la partecipazione migliorativa in ambiente digitale

Diversi e collegati sono i fattori abilitanti all'effettività della partecipazione migliorativa in ambiente digitale. Tra questi occorre considerarne almeno tre costituiti, rispettivamente, dai vincoli economici, dal *digital divide* e, più in generale, dalla rilevanza effettivamente attribuita dai poteri pubblici alla partecipazione migliorativa.

Quanto al fattore economico, la questione si pone, in particolare, con riferimento all'effettiva realizzazione del ciclo di gestione della *performance*, di cui al d.lgs. n. 150/2009, sotto il profilo dei flussi finanziari, come previsto nella norma di contabilità e finanza pubblica di cui alla l. 31.12.2009, n. 196 (Morciano, Cammarota, 2010: 493 sgg.). Sia il d.lgs. n. 150/2009, sia la l. n. 196/2009 prevedono lo sviluppo di una prassi gestionale nella quale le amministrazioni valutino i risultati raggiunti e, su questa base, adottino conseguenti misure correttive. Il ciclo di valutazione della *performance*, come configurato nelle due norme, deve trovare formalizzazione nei meccanismi di programmazione finanziaria e di bilancio. Il ciclo si conclude, infatti, solo con la formazione del bilancio di previsione e con la riallocazione delle risorse conseguente all'adozione degli interventi correttivi previsti. In particolare, alla conclusione della fase 'diagnostica' del ciclo di valutazione della *performance* dovrà seguire la fase di definizione e finanziamento delle misure correttive. Queste costituiscono la fase 'terapeutica' del ciclo che dovrà trovare evidenza nel bilancio di previsione mediante una specifica allocazione di risorse, modificativa ed eventualmente integrativa di quella relativa all'esercizio precedente. In definitiva, l'adozione di misure correttive non può prescindere da un processo di riallocazione delle risorse. In questo senso, sebbene non sia da escludere che il finanziamento delle misure correttive possa derivare da una mera redistribuzione delle risorse conseguente a misure di razionalizzazione o *spending review*, non è neppure possibile, in linea di principio, presupporre che sempre e comunque tale modello possa effettivamente realizzarsi. In tal senso l'adozione delle misure correttive potrebbe trovare un ostacolo significativo laddove le ristrettezze di finanza pubblica rendesse-

ro impossibile la necessaria allocazione di risorse ulteriori rispetto agli esercizi precedenti. In questi casi le 'riforme a costo zero' rischiano di rivelarsi una chimera se non una simulazione retorica.

Si giunge così al fattore abilitante costituito dall'effettivo accesso di tutti i cittadini alle ICT. L'obiettivo, nel rispetto del principio costituzionale di eguaglianza, è quello di evitare nuove forme di esclusione e di marginalità. Il *digital divide* è un problema di 'eguaglianza tra cittadini' che occorre affrontare nelle sue diverse declinazioni. Esso, infatti, può dipendere dal livello di cultura digitale e/o dal livello di infrastrutturazione tecnologica del territorio. In altri termini, può avere una natura 'soggettiva' oppure 'oggettivo-strutturale'. In ogni caso il rischio da evitare è che, in un contesto in cui le tecnologie diventano strumento rilevante di partecipazione, si crei una «nuova stratificazione sociale tra *information haves e have nots*» (Rodotà, 1997). L'eguaglianza tra i territori in ordine agli aspetti infrastrutturali e l'eguaglianza tra i cittadini in termini di alfabetizzazione e cultura generale sono chiaramente collegate poiché ambedue concorrono a determinare l'effettività dell'accesso generalizzato alla rete. In ambedue i casi il problema principale è di risorse economiche. In tal senso si pongono tutti i problemi tipici dell'effettività dei diritti a ricevere prestazioni. A riprova della rilevanza di tali tematiche, l'ultima modifica del CAD, di cui al citato d.lgs. n. 179/2016, ribadisce la rilevanza della 'diffusione della cultura digitale' (art. 8) e promuove la 'disponibilità di connettività alla rete Internet' in particolare presso uffici e luoghi pubblici (art. 8 *bis*).

Più in generale, tra i fattori abilitanti, occorre includere la necessità che le amministrazioni valorizzino l'apporto dei cittadini e ne diano conto adeguatamente sul piano della comunicazione pubblica. Infatti, presumibilmente il cittadino sarà motivato alla partecipazione nella misura in cui percepisce che il potere pubblico utilizza effettivamente il supporto collaborativo offerto. Laddove il cittadino percepisse, invece, che l'apporto derivante dall'esercizio della partecipazione migliorativa non fosse di fatto preso in considerazione dal potere pubblico, verrebbe ovviamente meno la stessa ragione logica della partecipazione. Invocare la partecipazione apparirebbe retorico e semmai finalizzato al solo scopo di nascondere il cattivo governo attribuendo ai cittadini un simulacro di facoltà partecipative.

È peraltro evidente che la valorizzazione dell'apporto collaborativo dei cittadini si collega alla disponibilità di risorse economiche adeguate. Se la politica fissa in capo all'amministrazione, tramite le norme, obblighi di adeguamento alle esigenze degli utenti, ma, nel contempo, non prevede adeguate risorse per l'effettiva realizzazione di tali processi, si pone una finalità di fatto impossibile da raggiungere per mancanza dei mezzi necessari. In tal senso il fattore economico assume una rilevanza strategica nell'intero processo di adattamento migliorativo dei servizi.

L'attenzione ai fattori abilitanti è fondamentale perché il processo di transizione verso forme di partecipazione in ambiente digitale non sia reso vano dall'insufficienza delle condizioni di contesto. Soltanto garantendo risorse adeguate ed investendo sugli attori del processo sarà possibile, infatti, che tali nuove prospettive della partecipazione diventino parte strutturale del *modus operandi* delle pubbliche amministrazioni.

Riferimenti bibliografici

- Allegretti U. 2010, a cura di, *Democrazia partecipativa: esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze University Press, Firenze.
- 2011, *Democrazia partecipativa*, in *Enc. dir. Giuffrè*, Annali, IV, Giuffrè, Milano: 295 sgg.
- Arena G. 1997, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 3-4: 63 sgg.
- 2001, *La funzione pubblica di comunicazione*, in Id. (a cura di), *La funzione di comunicazione nelle pubbliche amministrazioni*, Maggioli, Rimini: 29 sgg.
- 2006, *Cittadini attivi*, Laterza, Roma-Bari.
- Battini S., Vesperini G. 1997, *La carta dei servizi pubblici*, Maggioli, Rimini.
- Benvenuti F. 1994, *Il nuovo cittadino*, Marsilio, Venezia.
- Bombardelli M. 2011, *Democrazia partecipativa e assetto policentrico dell'organizzazione amministrativa*, in G. Arena, F. Cortese (a cura di), *Per governare insieme: il federalismo come metodo. Verso nuove forme della democrazia*, Cedam, Padova: 17 sgg.
- Bourcier D. 2013, *Télé-communs versus télé-services publics: vers les services publics collaboratifs en ligne*, in *Revue française d'administration publique*, 2: 271 sgg.
- Caranta R., Ferraris L., Rodriguez S. 2005, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano.
- Cammarota G. 2012, *Servizi in rete della pubblica amministrazione*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, V Aggiornamento, Utet, Torino: 616 sgg.
- Carloni E. (a cura di) 2005, *Codice dell'amministrazione digitale. Commento al D.lg. 7 marzo 2005, n. 82*, Maggioli, Rimini.
- 2014, *L'amministrazione aperta. Regole strumenti limiti dell'open government*, Maggioli, Rimini.
- Cassese S. 2001, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. di dir. pubbl.*, 1: 601 sgg.
- Cocconi M. 2011, *La partecipazione all'attività amministrativa generale*, Cedam, Padova.
- Corpaci A. (a cura di) 2003, *La tutela degli utenti dei servizi pubblici*, il Mulino, Bologna.
- Costantino F. 2012, *Autonomia dell'amministrazione e innovazione digitale*, Giuffrè, Milano.
- D'Alberti M. 2000, *La 'visione' e la 'voce': le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1: 1 sgg.
- De Martin G.C., Morana D. (a cura di) 2013, *Amministrazione e democrazia*, Cedam, Padova.
- Della Cananea G. 2000, *Gli atti amministrativi generali*, Cedam, Padova.
- Duret P. 2004, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Cedam, Padova.
- Giannini M.S. 1986, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, il Mulino, Bologna.

- Kloby K., Sadeghi L. 2013, *From Town Hall to the Virtual Community: Engaging the Public with Web 2.0 and Social Media Application*, in M.M. Islam, M. Ehsan, *From Government to E-Governance. Public Administration in the Digital Age*, Hershey: 114 sgg.
- Koubi G. 2013, *Les mots de la modernization des relations administratives*, in *Revue française d'administration publique*, 2: 339 sgg.
- Linders D. 2012, *From e-government to we-government: Defining a tipology for citizen coproduction in the age of social media*, in *Government Information Quarterly*, 29: 446 sgg.
- Marongiu D. 2013, *Organizzazione e diritto di Internet*, Giuffrè, Milano.
- Masucci A. 2003, *Erogazione on line dei servizi pubblici e teleprocedure amministrative*, in *Dir. pubbl.*, n. 3: 991 ss.
- 2012, *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie. Il procedimento amministrativo elettronico ad istanza di parte*, Giappichelli, Torino.
- Mattarella B.G. 2006, *Informazione amministrativa*, in *Dizionario di Diritto Pubblico*, diretto da S. Cassese, IV, Giuffrè, Milano: 3126 sgg.
- McGuire M. 2006, *Collaborative public management: Assessing what we know and how we know it*, in *Public Administration Review*: 33 sgg.
- Meijer A. 2012, *Co-production in an Information Age: Individual and Community Engagement Supported by New Media*, in *Voluntas*, Springer: 1 sgg.
- Merloni F. 2002, *Sull'emergere della funzione di informazione nelle pubbliche amministrazioni*, in Id. (a cura di), *L'informazione delle pubbliche amministrazioni*, Maggioli, Rimini: 15 sgg.
- Miele G. 1933, *Pubblica funzione e servizio pubblico*, in *Archivio giuridico*: 172 sgg.
- Morciano M., Cammarota G. 2010, *Programmazione di bilancio, performance organizzativa e valutazione dei risultati*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 4: 493 sgg.
- Nam T. 2012, *Suggesting frameworks of citizen-sourcing via Government 2.0*, in *Government Information Quarterly*, 29: 12 sgg.
- Napolitano G. 2001, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Cedam, Padova.
- Noveck B. 2009, *Wiki government: How technology can make government better, democracy strong and citizens more powerful*, Brookings Institution Press, Washington.
- Ostrom E. 1978, *Citizen participation and policing*, in *Nonprofit and Voluntary Sector Quarterly*, 7: 102 sgg.
- 1996, *Crossing the great digital: Co-production, synergy and development*, in *World Development*: 1073 sgg.
- Rinaldi R. 2011, *La posizione giuridica soggettiva dell'utente di servizi pubblici*, Cedam, Padova.
- Rodotà S. 1997, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Laterza, Roma-Bari.
- 2014, *Il mondo nella rete. Quali i diritti, quali i vincoli*, Laterza, Roma-Bari.

- Sorace D. 2012, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, VI ed., il Mulino, Bologna.
- Tomei G. (a cura di) 2010, *Valutazione, cittadinanza, partecipazione*, in *Rivista trimestrale di Scienza dell'Amministrazione*, numero monografico, 1: 5 sgg.
- Torres L. 2007, *Citizen sourcing in the public interest*, in *Development Journal*, 3: 134 sgg.

LA RIFORMA DELL'AMMINISTRAZIONE DIGITALE: UN'OPPORTUNITÀ PER RIPENSARE LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

Isaac Martín Delgado

SOMMARIO – 1. Introduzione e prospettive. 2. La rivoluzione delle TIC nell'organizzazione e nel procedimento amministrativo. 3. Due casi paradigmatici come banco di prova: la sede elettronica e l'attività amministrativa automatizzata. 3.1 La sede elettronica: verso l'amministrazione unica dal punto di vista del cittadino. 3.2 L'attività amministrativa automatizzata come sfida concettuale. 4. Conclusioni.

1. Introduzione e prospettive

Viviamo in un'epoca di cambiamenti. La società, l'economia, la cultura, la scienza, la politica e il Diritto stanno sperimentando una progressiva trasformazione delle loro regole di funzionamento come conseguenza di una causa comune: l'uso delle Tecnologie dell'Informazione e delle Comunicazioni (d'ora in poi TIC) da parte delle persone e delle strutture di cui esse fanno parte.

A proposito dell'amministrazione pubblica, la tecnologizzazione della sua organizzazione e dei suoi procedimenti ci pone davanti a un cambio di paradigma nella concezione delle relazioni e dei rapporti tra questa e i cittadini.

L'amministrazione nata con la Rivoluzione francese – intesa come organizzazione burocratica molto gerarchizzata con l'incarico esclusivo di far valere l'interesse generale e di far rispettare la legge – sta lasciando il posto a un'amministrazione frutto della Rivoluzione tecnologica, in cui le sue tradizionali caratteristiche stanno scomparendo a beneficio di una maggiore partecipazione dei cittadini nella gestione del bene comune e di una accresciuta flessibilità nella burocrazia interna ed esterna. A tutto ciò bisogna aggiungere che, negli ultimi anni, le gravi conseguenze della crisi globale fanno sì che le strutture organizzative, i modelli di gestione e i diritti di cui possiamo o vogliamo essere titolari richiedono una reimpostazione.

Questo processo non è asettico. Le tecnologie e le decisioni politiche di sfruttamento delle stesse non sono neutre; l'instaurazione delle tecnologie nell'amministrazione può avere conseguenze negative se il Diritto non assicura il mantenimento delle garanzie giuridiche necessarie per la protezione dei diritti dei cittadini. In questo senso, come giuristi, abbiamo un ruolo molto importante: innanzitutto dobbiamo partecipare al dibattito relativo all'introduzione e uti-

lizzo delle TIC nell'ambito dei poteri pubblici, poiché non si tratta di questioni riservate esclusivamente alla scienza politica o alla tecnica informatica. In secondo luogo, dobbiamo rivendicare lo spazio del Diritto che permette di elaborare regole e proposte e, allo stesso tempo, è lo strumento per garantire la dovuta protezione dei diritti dei cittadini di fronte alle TIC. Infine, in terzo luogo, come giuristi e specialmente amministrativisti, dobbiamo riflettere profondamente sugli effetti che le TIC stanno producendo nella Pubblica Amministrazione e rivalutare alcune delle istituzioni più rilevanti del Diritto amministrativo per conseguire un equilibrio tra tecnologia e Diritto.

Tra le molteplici conseguenze che derivano dall'introduzione delle TIC nella p.a., le più importanti sono tre: il passaggio del controllo di legalità dal giudice al cittadino grazie alla trasparenza; l'anticipazione dell'esercizio della discrezionalità dovuto alla possibilità di automatizzare le decisioni amministrative; l'uniformazione formale delle amministrazioni territoriali attraverso la creazione di punti generali di accesso elettronico ai servizi pubblici.

Tutti questi cambi che stanno sperimentando le nostre organizzazioni pubbliche sono caratterizzati da due elementi comuni: l'uso delle TIC, che è appunto la premessa che permette queste variazioni, e l'utilizzo delle informazioni pubbliche come strumento per i cambiamenti.

In queste pagine si tenterà realizzare una riflessione globale sul fenomeno – senza certamente pretendere di esaurire il tema – per determinare fino a che punto il nostro sistema di Diritto amministrativo rimane inalterato o, al contrario, è interessato da un'importante evoluzione.

Anche se si prenderà come punto di riferimento l'ordinamento spagnolo, le riflessioni conclusive sono ugualmente applicabili all'ordinamento italiano.

2. La rivoluzione delle TIC nell'organizzazione e nel procedimento amministrativo

«Parlare oggi di Pubblica Amministrazione significa necessariamente parlare di amministrazione digitale». Con queste parole l'Ordinanza – adesso derogata – del Ministero spagnolo della Pubblica Amministrazione tramite la quale si approva l'immagine promozionale delle attività dell'amministrazione digitale e si stabiliscono i criteri per il suo utilizzo (Ordinanza APU/959/2003, 11 aprile), riassume perfettamente l'idea che si vuole trasmettere in questo primo momento: la comparsa di nuove tecnologie ha dato luogo a una rivoluzione tecnologica con indubbie conseguenze in ambito economico e sociale che sta coinvolgendo in maniera sostanziale l'amministrazione e quindi la forma di intendere alcune delle istituzioni più importanti del Diritto amministrativo, come il procedimento amministrativo.

In effetti, la rivoluzione tecnologica ha avuto un'eco in ambito pubblico e più concretamente nell'ambito amministrativo: internamente, quando cominciarono a utilizzarsi strumenti informatici ed elettronici per la realizzazione delle distinte gestioni compiute dalle unità amministrative (computer, fax, programmi ecc.); e, più recentemente, esternamente, nelle relazioni dei diversi organi amministrativi con i cittadini.

L'amministrazione digitale si definisce generalmente come «l'uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione nelle pubbliche amministrazioni, coniugato a modifiche organizzative e all'acquisizione di nuove competenze al fine di migliorare i servizi pubblici e i processi democratici e di rafforzare il sostegno alle politiche pubbliche»¹.

Questa definizione mostra in particolare due circostanze che si vogliono porre in rilievo. Da un lato, permette di intuire la portata delle TIC: la sua introduzione nell'ambito amministrativo comprende e riguarda molti aspetti, dall'organizzazione amministrativa ai diritti dei cittadini, dalla costituzione degli organi collegiali alla notifica delle risoluzioni, dal medio ambiente agli appalti pubblici. In secondo luogo, la sua introduzione suppone un cambio non tanto riguardo alla sostanza ma piuttosto riguardo alla forma: si tratta di utilizzare le TIC per migliorare l'amministrazione come funzione, e l'amministrazione come organizzazione pubblica. Pertanto questi cambiamenti nella forma di organizzazione e di azione amministrativa propongono un nuovo modello di amministrazione pubblica.

La problematica che da ciò deriva non risiede tanto nei cambiamenti, quanto piuttosto nel fatto che la lenta (per quanto non gestita attivamente dalla stessa p.a.) ma progressiva introduzione delle nuove tecnologie nell'amministrazione non è stata accompagnata da una riflessione generale sulla questione, che, per definizione, avrebbe dovuto essere previa. «Di fronte a questa realtà, non ancorata a un futurismo immaginativo, il giurista non può rimanere assente o limitarsi a ignorarla» (Villar Palasí, 1978: 502).

L'applicazione delle nuove tecnologie al Diritto amministrativo pone due sfide: una tecnologica e una giuridica. La sfida tecnologica mira a creare programmi e sistemi in grado di aumentare l'efficacia e l'efficienza nella prestazione dei servizi pubblici e, allo stesso tempo, di rispettare le esigenze costituzionali, legali e in generale le normative che caratterizzano il Diritto amministrativo, ambito nel quale devono essere applicati. La sfida giuridica consiste nello stabilire tali esigenze (adattarle in alcuni casi, crearle in altri) nel contesto delle nuove tecnologie e determinare il regime giuridico della sua applicazione, senza porre ostacoli inutili e ingiustificati allo sviluppo della tecnologia in ambito giuridico.

La validità di quest'affermazione si comprova chiaramente in relazione al procedimento amministrativo: si devono creare programmi e sistemi informatici e

tecniche che siano capaci di permettere una trasformazione elettronica del procedimento con il rispetto delle garanzie minime che esso deve assicurare per definizione (udienza degli interessati, imparzialità degli organi intervenienti, trasparenza, gratuità ecc.); e, allo stesso tempo, bisogna concretizzare il regime giuridico del procedimento amministrativo elettronico, comparando sempre i vantaggi che apporta e gli inconvenienti che può generare, ossia le celerità della gestione delle pratiche e i pregiudizi per la garanzia dei diritti e gli interessi degli amministrati, con il fine di rendere più agile il procedimento amministrativo, prescindendo dalle procedure inutili e semplificando l'azione amministrativa, senza perdere le garanzie necessarie. Perciò il fine che deve essere perseguito non è l'uso della tecnologia nella p.a., ma il suo utilizzo per migliorare l'efficacia e l'efficienza nelle relazioni tra p.a. e amministrati in un contesto di soddisfazione dell'interesse generale. Non si tratta quindi di informatizzare il procedimento amministrativo com'è previsto attualmente, ma di riorganizzarlo partendo da una concezione diversa.

Il punto fondamentale è che le affermazioni fatte in relazione al procedimento amministrativo hanno una portata più ampia, dato che possono e devono riferirsi al Diritto amministrativo in generale.

Perciò, essendo cosciente del fatto che i fenomeni della rivoluzione tecnologica e della società dell'informazione sono sicuramente fenomeni ampi per quanto riguarda gli effetti sullo Stato, il sistema giuridico, i diritti fondamentali, le relazioni con la società ecc., considero che l'evoluzione nel futuro del Diritto amministrativo passerà per l'instaurazione delle nuove tecnologie nella p.a., fino al punto in cui esse condurranno – già dovrebbero condurre – a riconsiderare gli aspetti sostanziali dell'uno e dell'altro concetto, sempre senza cambiare i principi fondamentali del Diritto amministrativo.

In definitiva (e mi si conceda di dirlo così), l'evoluzione del Diritto amministrativo passa per la formula «verso un migliore 103 (principio di efficacia), per evitare l'uso del 106 CE (giustizia amministrativa)». Si intenda bene: senza pregiudizio della centralità del controllo giurisdizionale di legalità dell'azione amministrativa, e una volta consacrata la normalità dello stesso, bisogna focalizzarsi nell'efficacia dell'azione della Pubblica Amministrazione. Se la seconda parte del secolo XX è stata caratterizzata dalla ricerca di un forte controllo di legittimità del potere amministrativo, la ricerca dell'efficacia, della semplificazione e della partecipazione tramite la trasparenza deve caratterizzare la p.a. del secolo XXI.

È precisamente in relazione a questo fine primordiale della disciplina che le TIC possono aiutare.

Le nuove tecnologie non cambieranno radicalmente il ruolo fondamentale (o i ruoli fondamentali) che deve ricoprire il Diritto amministrativo del no-

stro secolo, ma sono uno strumento – probabilmente lo strumento –, che può aiutare a raggiungere due dei fini di questa disciplina: efficacia e partecipazione.

3. Due casi paradigmatici come banco di prova: la sede elettronica e l'attività amministrativa automatizzata

3.1 La sede elettronica: verso l'amministrazione unica dal punto di vista del cittadino

La legge spagnola 11 del 2007, del 22 giugno, sull'accesso elettronico dei cittadini ai servizi pubblici (di seguito LAE)², ha portato con sé, dopo un certo periodo di attesa, una regolazione generale sul regime giuridico dell'amministrazione digitale in Spagna. Fra gli aspetti contemplati da questo regime giuridico, il primo è quello relativo alla sede elettronica della Pubblica Amministrazione. Questa viene intesa come uno spazio per l'esercizio delle competenze amministrative, e ciò implica pertanto che, dalla prospettiva dei cittadini, le pubbliche amministrazioni smettono di essere trama complessa per trasformarsi in una pagina web dalla quale, con le dovute garanzie, si prestano servizi pubblici, si concretizzano le pratiche e si risolvono i procedimenti amministrativi.

Prima di analizzarne brevemente la sua definizione, nonché le caratteristiche principali, è necessario spiegare la triplice impostazione dalla quale si parte.

- In primo luogo, l'amministrazione digitale non è qualcosa di distinto dall'Amministrazione Pubblica, così come è stata finora intesa, ossia una organizzazione pubblica diretta alla soddisfazione dell'interesse generale. L'introduzione delle tecnologie nella Pubblica Amministrazione implica semplicemente l'uso di mezzi differenti per compiere gli stessi fini che la Costituzione ad esse attribuisce, ma l'amministrazione, in essenza, è la stessa. Ciò, chiaramente, non impedisce di riconoscere che l'amministrazione digitale presuppone l'introduzione di cambi sostanziale nella Pubblica Amministrazione, sia come persona giuridica, sia nella propria funzione amministrativa. In definitiva 'digitale' è semplicemente aggettivo di 'amministrazione', che è il sostantivo e nella sua essenza rimane uguale. Si tratta di un modello – nuovo – della stessa amministrazione.
- In secondo luogo, in linea con quanto detto in precedenza, la sede elettronica non è tanto meno un concetto distinto nella sostanza dal concetto di sede amministrativa, di sede convenzionale. Per questo, chiaramente, occorre parlare di sede amministrativa elettronica. Tendenzialmente (e anche se è evidente che si tratti semplicemente di un obiettivo di medio termine che non si può considerare oggi compiuto) la sede amministrativa deve essere capace di erogare gli stessi servizi e di portare a compimento le stesse funzioni della

sede amministrativa convenzionale, come spazio all'interno del quale si sviluppano le relazioni giuridiche, le relazioni giuridico-amministrative, senza che ciò impedisca che le novità apportate dalle TIC permettano l'inclusione di nuovi servizi e di nuove funzioni.

- In terzo luogo, precisamente per lo stesso motivo per il quale la sede amministrativa elettronica è, mi si conceda l'espressione, lo spazio cibernetico che occupa la Pubblica Amministrazione attraverso il quale si relaziona con i cittadini, presta servizi secondo quanto gli compete e esercita attraverso essi le potestà amministrative che le sono state attribuite, questo deve essere considerato uno degli aspetti più importanti del regime giuridico dell'amministrazione digitale. Tutti i servizi (informazione, download di documenti, presentazione di istanze, realizzazione completa di pratiche, notifiche) nonché tutti gli istituti giuridici (identificazione digitale, autenticazione elettronica, protocollo informatico, notifiche elettroniche, documenti elettronici, mezzi elettronici, operazioni amministrative attraverso i mezzi telematici ecc.) compiono la loro funzione avendo come cornice la sede amministrativa elettronica. D'altra parte è uno strumento per il compimento di molti di quei fini che la legge persegue: accesso all'informazione e ai servizi elettronici, vicinanza ai cittadini, trasparenza, partecipazione, miglioramento del funzionamento interno dell'amministrazione ecc. Inoltre, dall'efficacia della sede – informazioni date e qualità di servizi offerti – dipende in buona misura la fiducia dei cittadini nell'uso delle nuove tecnologie nella loro relazione con la Pubblica Amministrazione. La sede elettronica, in definitiva, è una delle questioni di maggiore rilevanza dell'amministrazione digitale.

La LAE, che appare consapevole – anche se solo in parte – dell'importanza di una definizione legale del concetto di sede elettronica e della regolazione di alcuni aspetti minimi di base del regime giuridico, dedica gli articoli da 10 a 12 a questa questione.

L'art. 10 LAE definisce la sede elettronica come «indirizzo elettronico disponibile per i cittadini attraverso la rete telematica la cui titolarità, gestione e amministrazione corrispondono a un'Amministrazione pubblica, organo o entità amministrativa nell'esercizio delle sue competenze».

Il primo punto su cui è necessario focalizzare l'attenzione è la novità di tale definizione: è la prima volta che una norma giuridica spagnola stabilisce una definizione del concetto di sede elettronica. Tenendo in conto il ruolo fondamentale che questa è chiamata a compiere, è ragionevole che la legge accolga la sfida nel definire tale concetto. Tuttavia ciò che contrariamente non è tanto ragionevole è il carattere restrittivo della definizione che questa offre: la sede si qualifica come indirizzo elettronico disponibile per i cittadini. La relazione sede-indirizzo

elettronico suppone disconoscere l'altra parte del contenuto di sede, cioè quello che sta dietro l'indirizzo elettronico, dello schermo del computer, dello sportello di attenzione al pubblico: il *back office*, l'insieme di installazioni elettroniche e di equipaggiamento informatico che impiega l'amministrazione per offrire in rete i suoi servizi al cittadino. La sede elettronica rappresenta inoltre l'indirizzo nel quale si connette il funzionario per soddisfare le domande elettroniche presentate dal cittadino, il luogo virtuale nel quale s'integra il protocollo informatico dove i cittadini presentano le loro richieste elettroniche, lo spazio elettronico nel quale si situa il programma per la risoluzione automatizzata dei procedimenti, lo spazio cibernetico dal quale l'impiegato pubblico 'televorava', il centro di relazioni tra la pubblica amministrazione e l'intreccio di informazioni, o il luogo virtuale che riunisce tutti gli organi collegiali. Questa confusione intorno al concetto di sede elettronica si plasma ugualmente nel preambolo, dove si parla della «sede amministrativa con la quale si stabiliscono relazioni» quando, in realtà, ciò che dovrebbe essere detto è «la sede amministrativa *nella* quale si stabiliscono relazioni», perché le relazioni si stabiliscono *con* l'Amministrazione, con il cittadino o con un'altra Amministrazione – a seconda della prospettiva che si adotti –, e invece non è così per la sede, che uno spazio virtuale al quale si associano elementi fisici.

Ciò che è chiamato indirizzo elettronico è, in realtà (così si stabilisce nell'Annesso di Definizioni della LAE), il segno identificativo di un sistema elettronico dal quale sono fornite informazioni e si offrono servizi in una rete di telecomunicazioni, cioè, un dominio di Internet o un portale web. L'indirizzo elettronico è, pertanto, la porta di accesso alla sede.

Però, la sede è qualcosa in più: è il punto di contatto nel quale confluiscono le pratiche amministrative, le pratiche inter-amministrative e le pratiche del cittadino: è l'ufficio elettronico. In altre parole, la sede amministrativa elettronica non è solo un nome che viene specificato da un sito internet o da un'altra rete di telecomunicazioni, ma il sito stesso è tutto ciò che si trova dentro e fuori di lui, il luogo ufficiale di prestazione dei servizi elettronici al cittadino – ma da esso si ripartiscono anche le attuazioni amministrative elettroniche applicate d'ufficio – e del funzionamento interno dell'amministrazione digitale.

Il problema consiste nel fatto che, nel concentrarsi sul primo e dimenticandosi il secondo, la LAE dimentica alcuni aspetti che sarebbe stato necessario includere nella regolazione, almeno nei suoi profili essenziali minimi (come il telelavoro degli impiegati pubblici o l'attuazione degli organi collegiali elettronici) senza tuttavia approfondire il ruolo della sede in relazione con alcuni degli altri aspetti del regime giuridico dell'amministrazione digitale che sono essenzialmente necessari (come la conservazione dei documenti, l'accesso alla documentazione, le notifiche elettroniche o la trasparenza e l'accesso alle informazio-

ni pubbliche). In definitiva, si è sprecata un'occasione nel regolare alcune delle differenti funzionalità che può offrire la sede, che, nel contesto dell'attività amministrativa informatizzata assume un ruolo centrale.

La rilevanza di una definizione ampia – e la ratio della mia insistenza nelle classificazioni del concetto – consiste nell'estensione delle garanzie che lo stesso art. 10 esige per la sede elettronica: responsabilità, rispetto dell'integrità, veridicità e attualizzazione dell'informazione; inoltre responsabilità rispetto ai servizi che vengono prestati; così come la qualità, sicurezza, disponibilità, accessibilità e usabilità. Nello stesso modo, nel presupposto che diversi siti web ospitino uno stesso indirizzo elettronico (allo stesso modo nel quale vari organi amministrativi possano essere ubicati nello stesso edificio), è chiaro che tutti questi organi debbano assicurare tali garanzie. Allo stesso tempo, una definizione di questo tipo è indicativa della tendenza che deve essere seguita nell'instaurazione progressiva dell'amministrazione digitale sotto questo aspetto: identificazione tra la sede amministrativa convenzionale e sede amministrativa elettronica, con tutto ciò che questo implica. Infine, non deve essere dimenticato che la sede elettronica è uno strumento per la soddisfazione del diritto dei cittadini a relazionarsi attraverso mezzi telematici con la Pubblica Amministrazione, che non si limita all'ottenimento di informazioni dal web o alla realizzazione on line di pratiche amministrative, ma che integra nello stesso modo la relazione nel back office, con l'interno della sede.

In definitiva, per conciliare ambedue le posizioni, potremmo distinguere tra il concetto legale e formale di sede elettronica, che si identificherà con ciò che offre la LAE, e un concetto materiale, che corrisponderebbe con il concetto di sede amministrativa convenzionale, nel suo equivalente elettronico, in modo tale che nel caso in cui materialmente una pagina web di titolarità pubblica agisca come sede, debba assicurare i requisiti e le condizioni del art. 10 LAE, con indipendenza della sua denominazione formale in ogni caso specifico.

Ad ogni modo, deve essere chiaro che la sede elettronica, sebbene sia uno spazio virtuale, mantiene il suo carattere amministrativo, il quale viene determinato attraverso la connessione che stabilisce la legge tra la sede e l'esercizio delle competenze, per un verso, e tra la sede e la titolarità pubblica della stessa, per un altro.

Effettivamente, in primo luogo, da una prospettiva obiettiva, la sede elettronica non solo si intende solo come indirizzo elettronico che crea un organo nell'esercizio delle sue competenze, ma anche come uno strumento per l'esercizio delle sue competenze.

Resta chiaro che l'impiego delle TIC porta con sé cambi organizzativi e sostanziali, tra questi, la mitigazione degli effetti del concetto di territorio come elemento costitutivo della definizione di una Pubblica Amministrazione; tuttavia non meno certo è che la divisione di competenze tra amministrazioni pub-

bliche rimane invariata nel suo aspetto materiale e territoriale. La sede, dunque, è il nuovo territorio –solo che virtuale– il quale delimita lo spazio di attuazione della concreta amministrazione competente, senza però prescindere dal concetto tradizionale di territorio nel contesto della distribuzione delle competenze.

Pertanto, l'uso delle nuove tecnologie e, tra queste, la funzione della sede elettronica, ci compirà nel quadro delle competenze attribuite alle corrispondenti amministrazioni.

In secondo luogo, si stabilisce anche una connessione tra sede e amministrazione dal punto di vista di una prospettiva soggettiva. Come è già stato detto, la sede elettronica si definisce come l'indirizzo elettronico «la cui titolarità, gestione e amministrazione corrisponde a una Pubblica Amministrazione, organo o entità amministrativa». Questa è, per definizione, pubblica, e il suo regime è soggetto al Diritto amministrativo.

Nonostante la connessione tra amministrazione digitale e titolarità, gestione e amministrazione di carattere pubblico non è tanto chiara come pretende la norma. Risulta evidente che la sede elettronica, come sede amministrativa, deve essere di titolarità pubblica. Senza dubbio, la titolarità dipende da come viene inteso il concetto di sede elettronica. Se lo stesso si limita semplicemente all'indirizzo elettronico, titolare ne è l'organo, l'ente o, in generale, la Pubblica Amministrazione che ha acquisito tale indirizzo, che ha ottenuto il dominio; se ampliamo il concetto di sito, in altre parole, rispetto al contenitore (l'indirizzo) e al contenuto (l'informazione e i servizi), titolare sarà l'organo, ente o amministrazione, in generale, che lo utilizza come strumento per l'esercizio delle proprie competenze. Questa delimitazione è importante nel momento in cui si viene a concretizzare tanto la capacità per il mantenimento della sede come la responsabilità per i danni che possano essere provocati dal suo contenuto e dal suo funzionamento.

Tantomeno è così evidente che tutti i suoi aspetti, inclusi quelli che si riferiscono alla gestione tecnica, debbano essere sviluppati per mezzo di un ente pubblico. La complessità tecnica delle nuove tecnologie e il loro utilizzo nell'amministrazione vincola molte amministrazioni pubbliche ad attribuire a soggetti privati la creazione dei corrispondenti sistemi e programmi, inclusa la gestione degli stessi in alcuni loro aspetti. È logico che sia così. Di fatto, è ammessa la possibilità di contrattare la creazione di applicazioni utili nell'ambito dell'amministrazione digitale.

Pertanto, il concetto di gestione deve essere interpretato nel senso di gestione dei contenuti in un contesto di attuazione amministrativa, e non di gestione tecnica (il quale può essere nelle mani della stessa unità amministrativa o di un'altra amministrazione, o essere contrattata a terzi estranei a questa). In caso contrario, ciò implicherebbe lasciare fuori dalla regolazione e delle esigenze del-

la legge indirizzi pubblici gestiti parzialmente da soggetti privati, e nel contempo renderebbe impossibile la contrattazione di certi aspetti della gestione della sede elettronica con soggetti privati.

Infine, il termine 'amministrazione' deve essere inteso in relazione alla funzione di amministrare che è conseguente a ciascun organo amministrativo nell'esercizio delle proprie competenze, per quanto corrisponderà in ogni caso a un organo amministrativo.

La LAE regola altra categoria concettuale che deve essere chiaramente differenziata: il punto di accesso generale, definito come spazio di accesso generale all'informazione e servizi elettronici delle amministrazioni corrispondenti. Sebbene consista in un mezzo di comunicazione tra le diverse amministrazioni e il cittadino per facilitare l'informazione e prestare servizi, è un concetto differente dal concetto di sede. La sua finalità è quella di evitare gli effetti della complessità dell'organizzazione amministrativa e contribuire all'instaurazione della così denominata 'multiamministrazione'.

Un punto di accesso elettronico sarebbe un indirizzo elettronico con collegamento ai servizi elettronici della stessa amministrazione. Tale è il senso che deve essere dato all'art. 8.2 b), che configura i punti di accesso elettronico come «sedi elettroniche create e gestite dai dipartimenti e dagli organismi pubblici e disponibili per i cittadini attraverso al rete di comunicazione». Ancora più chiaro è l'allegato che contiene le definizioni, secondo il quale sarebbe un «insieme di pagine web raggruppate in un dominio internet il cui obiettivo è quello di offrire all'utente, in forma facile e integrata, l'accesso a una serie di risorse e di servizi diretti a risolvere necessità specifiche di un gruppo di persone o l'accesso all'informazione e servizi di una pubblica istituzione». Si tratta, cioè, di un indirizzo elettronico che porta alla sede elettronica di organi amministrativi, di modo che l'uno e l'altro non sono concetti equivalenti.

Il problema si prospetta perché uno stesso indirizzo elettronico può essere allo stesso tempo punto di accesso e sede elettronica, specialmente se teniamo conto del fatto che la regolazione che offre la LAE, permette che la configurazione del sito web pubblico sia concretizzata da ogni Amministrazione territoriale. In effetti, la configurazione delle sedi – non così la loro creazione, che risulta obbligatoria per tutte le amministrazioni dotate di personalità giuridica propria –, la creazione e la configurazione dei punti di accesso elettronico, le relazioni tra le sedi di distinti organi che compongono una stessa amministrazione, è una manifestazione della potestà organizzativa di ogni amministrazione, e di conseguenza, si tratta di decisioni discrezionali, condizionate unicamente dal fatto che le prestazioni minime vengono fissate nella LAE con carattere generale.

La confusione, in realtà, ha origine nella definizione di sede che utilizza la LAE: se la sede è semplicemente un indirizzo elettronico, incontreremmo indi-

rizzi internet che siano sedi, indirizzi che siano punto di accesso, indirizzi che siano sportelli unici e, incluso, indirizzi che siano tutto ciò. Da qui l'importanza di aver chiara la definizione di sede da una prospettiva materiale: mentre il punto di accesso conterrà elenchi di servizi e faciliterà l'accesso agli stessi, la sede sarà lo spazio virtuale nel quale vengono portate a termine pratiche amministrative, siano esse ottenimento di informazioni, di concretizzazione di pratiche o tramite di procedimenti.

La rilevanza di stabilire una distinzione chiara dipende dal fatto che il regime giuridico è differente. Effettivamente, i punti di accesso elettronico, a differenza della sede, non devono obbligatoriamente essere creati da tutte le amministrazioni, ma solo dallo Stato. Inoltre, mentre i punti di accesso sono chiamati a offrire informazioni sulle sedi, le sedi devono offrire servizi. Le garanzie di responsabilità e sicurezza e i principi che vengono riconosciuti dall'art. 10, e di conseguenza, sono valide per le sedi, invece non lo sono per i punti di accesso con carattere generale. Pertanto, nel caso in cui un indirizzo elettronico funzioni come sede elettronica, incluso nel supposto che faccia il ruolo del punto di accesso elettronico, dovrà rispettare le esigenze della LAE.

Ad ogni modo, è interessante sottolineare che, attraverso la proliferazione delle sedi e dei punti di accesso elettronico, si semplifica l'accesso ai servizi pubblici da parte dei cittadini e si rende più flessibile la burocrazia interna dell'organizzazione amministrativa. È, senza dubbio, una buona immagine della trasformazione che sta subendo l'amministrazione.

Un'immagine che sarà rafforzata dalle nuove leggi 39 e 40 del 1 ottobre 2015, regolatrici del procedimento amministrativo comune e del regime giuridico del settore pubblico, che incorporano la regolazione dell'uso dei mezzi elettronici alla disciplina generale del procedimento e l'organizzazione amministrativa e introducono un decisivo impulso dell'amministrazione digitale. In particolare, per quanto riguarda la sede, le nuove leggi estendono l'obbligatorietà di creare Punti di Accesso Elettronico Generale a tutte gli amministrazioni territoriali, in linea con l'idea di semplificare l'accesso elettronico alla p.a.

3.2 L'attività amministrativa automatica come sfida concettuale

Connesso al tema della sede amministrativa elettronica, un altro dei cambi paradigmatici, con i quali il Diritto amministrativo si sta confrontando, è l'attività amministrativa automatizzata, che viene definita nella LAE (nel suo allegato di definizioni), come «l'attività amministrativa prodotta per mezzo di un sistema di informazione adeguatamente programmato senza necessità di intervento di una persona fisica in ogni singolo caso». La legge 40, in sostanza, conserva questa definizione.

Tale novità, che si sta diffondendo gradualmente nella nostra amministrazione, porta a una riformulazione delle istituzioni chiave della nostra disciplina: il concetto di atto amministrativo e la teoria dell'organo.

Effettivamente, e detto in maniera sintetica, l'assenza di un intervento di una persona fisica nell'adozione di una risoluzione amministrativa sembra non inserirsi bene nella costruzione dogmatica di ambedue i concetti. L'organo amministrativo è il risultato di un raggruppamento di funzioni attorno alla persona del suo titolare; l'atto amministrativo è una dichiarazione di volontà. Nell'attività automatizzata la funzione viene esercitata da una macchina e l'atto risultante, come il prodotto di una macchina, non può essere inteso come espressione di una volontà, essendone sprovvisto.

Ci troviamo, pertanto, davanti alla necessità di un ripensamento di due concetti fondamentali per la nostra disciplina utile per verificare se possano mantenere la loro validità, o se contrariamente, sia possibile attestarne il superamento. Questa è, senza dubbio, una sfida teorica (come tante altre che derivano dall'amministrazione digitale) per il Diritto amministrativo.

L'art. 53 della legge spagnola 30 del 1992, del 26 novembre, dispone nel suo primo comma che «gli atti amministrativi dettati dalla Pubblica Amministrazione, si produrranno attraverso l'organo competente conformandosi al procedimento stabilito». Da parte sua, l'art. 5 della legge spagnola 6 del 1997, del 14 aprile, sull'Organizzazione e il Funzionamento della Amministrazione Generale dello Stato, stabilisce che «saranno considerati come organi le unità amministrative alle quali siano attribuite funzioni che hanno effetti giuridici rispetto a terzi o la attuazione dei quali abbia carattere precettivo».

In Spagna, il maggior rappresentante sullo studio della questione è stato il professore J.A. Santamaria Pastor (1984: *in totum*). Egli, in un approfondito e documentato studio, spiega come la teoria dell'organo è debitrice del dogma della personalità giuridica dello Stato e cerca di connettere le funzioni delle Pubbliche Amministrazioni portate a termine dalle persone fisiche integrate nella sua organizzazione con la persona giuridica che è lo Stato. Dopo aver analizzato le distinte correnti dottrinali sulla questione e mostrato il suo scetticismo derivato dal non avere, ancora oggi, una tesi comunemente accettata, conclude dicendo che l'organo «è un centro funzionale unificato, con una struttura interna complessa, la cui attività si imputa alla persona giuridica nella quale essa si integra». Sono due, pertanto, gli aspetti essenziali: l'unificazione funzionale e l'imputazione. L'una e l'altra si manifestano attraverso la titolarità dell'organo: «la volontà e gli atti dei titolari diventano la volontà e gli atti dell'ente pubblico nella misura in cui vengono sviluppate le funzioni delle quali è stato investito». In definitiva, «la figura dell'organo [...] non è che un artificio tecnico attraverso cui si spiega giuridicamente la traslazione degli

atti (e degli effetti) realizzati per mezzo dei servitori di una persona pubblica in favore della sfera giuridica di questa».

Ponendo in relazione le diverse posizioni dottrinali con le definizioni normative oggi vigenti nel nostro paese, possiamo affermare che un organo amministrativo non è altro che il risultato di un raggruppamento di funzioni amministrative nel rispetto dei criteri organizzativi riguardo a una persona, designata come titolare dello stesso, l'esercizio delle quali – il suo risultato – si imputa direttamente all'insieme delle organizzazioni. Nelle parole del maestro italiano Santi Romano (1912: 77), «è l'ente medesimo guardato dal punto di vista di un suo complesso di attribuzioni». Si tratta, pertanto, di una costruzione basata su criteri normativi.

Per ciò che riguarda in concetto di atto amministrativo, è sufficiente segnalare che sono due le definizioni più accreditate di atto amministrativo nel nostro sistema. La prima di queste risponde a una concezione di matrice procedimentale: atto amministrativo è qualsiasi attività di una Pubblica Amministrazione sottomessa al Diritto amministrativo. Questa è la definizione seguita dall'art. 1.1 della legge spagnola 29 del 1998, del 13 di luglio, regolatrice della Giurisdizione del contenzioso-amministrativa. La seconda, di carattere dottrinale, procede dal maestro italiano G. Zanobini ed è stata adatta da García De Enterría (García de Enterría, Fernández Rodríguez, 2001: 540); considera l'atto amministrativo come qualunque dichiarazione di volontà, di desiderio, di conoscenza e di giudizio, compiuta da un soggetto della Pubblica Amministrazione nell'esercizio di una potestà amministrativa distinta da quella regolamentare.

Quando si parla di amministrazione digitale (e il caso di un'attività amministrativa realizzata attraverso mezzi telematici non è un'eccezione), non deve perdersi di vista che essa viene definita come l'uso delle TIC nell'esercizio della funzione amministrativa e che, dunque, non implica una nuova essenza della Pubblica Amministrazione – anche se incorpora cambi sostanziali in essa. Deve, in definitiva, tenersi presente in particolare la definizione data all'inizio di queste pagine.

La LAE contiene numerosi riferimenti tanto all'organo amministrativo come agli atti amministrativi. Certamente, in tutti questi ciò che riguarda 'l'elettronico', è accessorio, e il concetto tradizionale è essenziale. In altre parole, la legge non solo non definisce il concetto di organo amministrativo elettronico, ma parla solamente dell'impiego di mezzi elettronici da parte degli organi amministrativi nell'esercizio delle funzioni affidate; tantomeno introduce il concetto di atto amministrativo elettronico, ma, al contrario, si riferisce all'uso delle nuove tecnologie nell'attività amministrativa e nel procedimento amministrativo.

La prova di quanto detto si condensa nell'art. 33, secondo il quale «la gestione elettronica dell'attività amministrativa rispetterà la titolarità e l'esercizio del-

la competenza della Pubblica Amministrazione, organo o entità alla quale tale competenza è stata attribuita, e il compimento dei requisiti formali e materiali stabiliti nella norma che regolano la corrispondente attività». Il fatto che la risoluzione amministrativa sia materialmente adottata da un sistema di informazioni nell'esecuzione di una applicazione informatica costruita specialmente a tal fine influisce sulla forma, ma non sulla sostanza. Organo amministrativo e atto amministrativo continuano a essere concepiti nello stesso modo.

Espressi forse in maniera eccessivamente sintetica, gli elementi di tutta l'attività amministrativa sono tre: potestà-competenza, imputazione e dichiarazione di volontà, di desiderio, di conoscenza e di giudizio che sortisca effetti esterni rispetto all'ambito puramente interno della Pubblica Amministrazione. A questa dichiarazione si giunge attraverso lo sviluppo di un processo intellegibile: prodotte le circostanze che integrano il presupposto di fatto di una norma e dopo aver valutato l'insieme degli elementi concorrenti e il compimento dei requisiti richiesti da questa, si adotta una decisione che viene attribuita alla concreta amministrazione che la attua e attraverso la quale si esprimono le ragioni che hanno portato ad adottarla.

Ciò accade quando la decisione è adottata da una persona fisica e deve anche accadere quando chi agisce è un sistema informatico. L'unica differenza si fonda sul processo intellettuale: mentre nel primo caso viene realizzato da una persona, nel secondo è automatizzato, di modo che il programma decide semplicemente in esecuzione dei parametri introdotti nel sistema di informazione da questo utilizzato.

Le domande che ci si pongono in questo momento sono due: da un lato se è possibile mantenere la teoria classica dell'organo amministrativo; dall'altro, se rientra nella concezione di atto amministrativo quello adottato attraverso strumenti elettronici.

Il fatto che la decisione sia stata adottata da un computer in maniera automatizzata, non implica che l'attività venga ad essa imputata, perché la paternità dell'atto ricadrà sull'organo amministrativo che possiede la potestà e esercita la competenza. L'imputazione non smette di essere una finzione normativa: la paternità di un'attività portata a termine da una persona – o per mezzo di una applicazione informatica – integrata in un organo di una Pubblica Amministrazione si attribuisce a quest'ultima in quanto così viene imposto dalla legge. Il nesso che unisce la realizzazione materiale dell'attività e l'organizzazione personificata è il titolare dell'organo amministrativo al quale è attribuita la competenza esercitata. E, oggi, questo titolare è sempre una persona che, inoltre, deve soddisfare due requisiti: designazione (libera o mediante procedimento selettivo) e assunzione dell'incarico. La macchina, ossia lo strumento informatico, rimane un mezzo al servizio del titolare dell'organo.

Ciò viene prospettato da quanto previsto negli artt. 38 e 18 LAE, i quali esprimono chiaramente che la competenza corrisponde all'organo. Il primo di questi esige che la risoluzione di un procedimento elettronico garantisca l'identità dell'organo competente. Il primo rimette all'ultimo, secondo il quale, per l'identificazione e l'autenticazione dell'esercizio della competenza nell'attività amministrativa automatizzata, ogni Pubblica Amministrazione dovrà predisporre sistemi di firma elettronica, tra i quali si trova il timbro elettronico dell'organo o dell'amministrazione o il c.d. «codice sicuro di verifica di firma» dell'organo o dell'amministrazione; in entrambi i casi, il certificato di timbro elettronico e il codice sicuro si ricollegano ad una persona, sia esso il titolare dell'organo, o chi si trovi al vertice dell'amministrazione.

Le capacità delle nuove tecnologie, sebbene non siano illimitate, sono praticamente impossibili da prevedere. Pertanto – mi rendo conto –, affermare che in futuro la concezione dell'organo continuerà ad essere esattamente la stessa è una posizione rischiosa. Può, dunque, essere il sistema informatico un organo amministrativo, cioè, un'unità funzionale integrata nell'amministrazione, dotata di competenza per manifestare all'esterno la sua volontà e vincolare ad essa, senza alcun intervento né specifico né puntuale, né anteriore né posteriore, di persona alcuna? Non è difficile immaginare un sistema di registro elettronico completamente automatizzato nel quale l'ingresso, l'uscita, l'archiviazione e l'organizzazione delle comunicazioni elettroniche siano totalmente automatiche. Neanche direi un centro informatico specificamente incaricato della produzione di un particolare tipo di atti amministrativi (pensiamo alle certificazioni dell'archivio municipale, concessioni di licenze regolate o aggiudicazioni di aste elettroniche). Ciononostante, la norma collegherà questo organo e la sua azione con una persona fisica. Ciò viene dedotto dalla concorrenza di due elementi: il principio di legalità, che connetta tutta l'attività amministrativa con la norma che le serve da fondamento; e i principi di sicurezza giuridica e trasparenza, che esigono che si determini la connessione tra persona e attività e si sappia come essa opera.

Pertanto, di norma avviene che l'informatica decisionale rimane principalmente integrata nel contesto delle unità amministrative ausiliarie, prive della capacità di manifestare all'esterno la volontà dell'amministrazione, essendo le attività adottate in modo automatizzato imputate all'organo che esercita la competenza e da esse all'amministrazione di cui fa parte: la decisione si adotta e si notifica in forma automatizzata senza l'intervento di nessuna persona fisica; ma questa si conetterà con il titolare dell'organo.

Effettivamente, tale connessione avviene per la firma dell'atto e per l'autenticazione dell'esercizio della competenza. Tutta l'attività amministrativa deve essere debitamente firmata come garanzia dell'identità dell'organo autore della stes-

sa, che assume la responsabilità del contenuto. In questo caso, la firma è elettronica e, come si è menzionato, deve essere prodotta attraverso l'uso di due sistemi alternativi: il timbro elettronico e il codice sicuro. Sebbene non sia il momento di approfondire l'analisi dei due strumenti, è interessante mettere in rilievo che l'uno e l'altro possono essere di titolarità congiunta della stessa persona giuridica – l'amministrazione procedente – o di alcuni degli organi che fanno parte di essa. Senza la mediazione di qualcuno di questi, senza la firma, non c'è attività amministrativa valida, dal momento che è inesistente l'imputazione. A questi effetti è indifferente che il timbro o il codice siano utilizzati da un funzionario, persona fisica, o da una applicazione informatica di modo automatizzato. Ciò che è importante è che si produca l'imputazione per la volontà della norma e che si applichi la *fictio* consistente nell'attribuire all'amministrazione o all'organo titolare del sistema di firma la paternità di tale attività. Se la firma è dell'organo e la competenza si attribuisce legalmente all'organo – che, in aggiunta, non può rinunciare ad essa in applicazione del art. 12.1 della legge 30/92 –, il fatto che chi firma o chi esercita materialmente la competenza sia un sistema informatico non è rilevante dal punto di vista concettuale.

In definitiva, dato che ciò che viene automatizzato è il processo decisionale, cioè, l'esercizio della funzione o di più funzioni assegnate all'organo, e non l'organo in sé, l'attività automatizzata non è altro che una forma di adozione di provvedimenti amministrativi che non altera la competenza né ha conseguenze per la configurazione dell'organo, il quale continua ad essere integrato da persone fisiche aiutate da mezzi materiali e retto dal suo titolare. È il risultato dell'applicazione delle TIC al processo decisionale della Pubblica Amministrazione nel contesto di un procedimento amministrativo, in fase terminale. La teoria dell'organo, pertanto, continua ad essere valida, vista la connessione tra l'attività automatizzata e l'organo che la produce mediante l'uso del sistema di firma e di autenticazione dell'esercizio della competenza.

Tutto ciò finora detto porta a difendere nello stesso modo la vigenza del concetto di atto amministrativo in conformità con la teoria del negozio giuridico, attualmente accolta dalla maggior parte degli studiosi nel nostro paese.

La domanda che sorge in questo caso è se l'atto amministrativo adottato mediante mezzi elettronici senza l'intervento di un essere umano è compatibile con il concetto tradizionale di atto amministrativo. Mi sto riferendo più in concreto all'atto che mette fine a un procedimento, cioè, al provvedimento amministrativo.

In questo senso, se si ricorre alla classica definizione di provvedimento amministrativo di M.S. Giannini (1988: 672), secondo il quale questo sarebbe «l'atto amministrativo mediante il quale l'autorità amministrativa dispone di ordine all'interesse pubblico di cui è tributaria, esercitando la propria potestà e correlativamente incidendo in situazioni soggettive del privato», risulta eviden-

te che si trovano dentro la stessa connessione tanto la risoluzione materialmente adottata da una persona fisica così come quella realizzata per mezzo di una applicazione informatica.

La chiave di tale concetto si radica nella scelta del modo di soddisfare l'interesse pubblico nel caso concreto o, detto diversamente, nella volontà dell'organo.

In tal senso, se si seguono le affermazioni di autori che partono da un concezione eccessivamente rigorosa, non sarà possibile considerare come provvedimento amministrativo quello adottato in forma automatizzata, in quanto le macchine sono carenti di volontà (Parada Vázquez, 1999: 194).

A mio parere, la volontà che si manifesta nell'esprimere un atto amministrativo non è una volontà della persona fisica, ma una volontà procedimentale, una volontà normativa, una ipostasi: l'organo amministrativo, attraverso persone – o, in tale caso, una «macchina» – che appartengono allo stesso, procede ad emanare una dichiarazione di volontà, giudizio, conoscenza o desiderio, eseguendo una norma con il fine di soddisfare l'interesse generale. Quando questa attuazione è regolata, le possibilità sono chiare: se viene compiuto l'enunziato della norma, si applica la conseguenza giuridica in questa contenuta e, attraverso questo semplice processo, si soddisfa l'interesse generale. Tale processo intellettuale può essere sviluppato da una persona o da un mezzo telematico, senza che ciò possa supporre alterazione alcuna nel risultato finale dell'aspetto concernente la sua definizione.

Detto in altre parole, l'atto amministrativo è un atto tipico. Con questo, il titolare dell'organo al quale è stata affidata la competenza con il fine di esercitare la concreta potestà amministrativa che poi viene manifestata nel provvedimento, non esprime una volontà propria, ma la volontà della norma. E ciò avviene pure quanto il provvedimento è automatizzato.

Richiama l'attenzione il fatto che la LAE parli in ogni suo passaggio di attività amministrativa automatizzata e non di provvedimenti o di atti amministrativi automatizzati. La ragione è semplice – e avalla l'interpretazione che si sta argomentando in queste pagine: ciò che risulta rilevante non è il prodotto, che continua ad essere un provvedimento amministrativo, ma la forma nella quale viene adottato. Nello stesso modo in cui un funzionario nel contesto di un procedimento pone in essere ad un atto amministrativo concreto, l'attività di un'applicazione informatica all'interno di un procedimento amministrativo pone in essere un atto amministrativo, che è elettronico, in quanto possiede un supporto differente, però che ha il medesimo contenuto.

Effettivamente, un atto amministrativo adottato mediante via automatica, ancora nella sua integrità, può consistere in una dichiarazione di volontà (aggiudicazione di un contratto per mezzo di asta elettronica); in una dichiarazione di giudizio (valutazione del merito dei candidati nel contesto di un processo

di valutazione della sua attività); in una dichiarazione di conoscenza (certificato elettronico di censimento); o in una dichiarazione di desiderio (proposta di sanzione per infrazione di zona a traffico limitato). In definitiva, un atto amministrativo automatizzato adottato mediante mezzo elettronico ha lo stesso contenuto di un atto amministrativo adottato con mezzi umani. L'unica differenza è che un atto amministrativo elettronico non può valutare le differenti possibilità di azione amministrativa che permette una potestà discrezionale.

Il dubbio che sorge, una volta dimostrato che l'atto amministrativo elettronico soddisfa i requisiti di definizione classica di atto amministrativo, è se in aggiunta esso rispetti il resto delle esigenze della legge sul procedimento amministrativo.

È noto a tutti che l'atto amministrativo nella sua totalità, al fine di risultare pienamente valido ed efficace, deve essere sottoposto al Diritto – conforme all'ordinamento giuridico e dettato nell'esercizio di una potestà da parte di un organo competente conforme al procedimento legalmente stabilito –, che deve altresì essere di contenuto determinato e possibile, adeguato al fine della potestà, coerente con i fatti che servono come presupposto e motivazioni. Ebbene, in principio, e in termini generali, non sembra che esista alcun ostacolo affinché tali requisiti siano soddisfatti attraverso un atto amministrativo adottato in forma automatizzata. È proprio questo il punto su cui si radica l'importanza dell'applicazione informatica che serve da base all'attività amministrativa. E questo stesso punto mette in evidenza i limiti all'ambito di applicazione delle possibilità di attività automatizzata: tale automazione non può essere sviluppata rispetto a tutti i tipi di attività amministrativa, ma solo rispetto a quella che suppone un esercizio di potestà non discrezionale o, almeno, di bassa discrezionalità, nei quali è possibile la parametrizzazione delle possibilità di attuazione dell'organo competente.

In conclusione, tutte le persone giuridiche – anche l'Amministrazione – necessitano di persone fisiche che realizzino materialmente le attività che possono-devono portare a termine. Tale attività materiale, e qui si prospetta la novità, può essere attualmente sviluppata attraverso un computer in esecuzione di una applicazione informatica specificamente creata e configurata per tale fine. Però è irrilevante per la teoria dell'organo a chi sia affidata la competenza e chi firmi concretamente l'atto; ed è anche irrilevante per la teoria dell'atto amministrativo, perché il suo contenuto può essere lo stesso. L'unica differenza si radica nel fatto che la connessione non ha un luogo attraverso la cui si manifesta l'intervento diretto del titolare dell'organo, ma mediante l'utilizzo di un sistema di firma digitale.

La constatazione della vigenza della teoria dell'organo come unità amministrativa alla quale vengono assegnate funzioni dal esercizio delle quali derivano effetti giuridici rispetto a terzi, nonché della teoria dell'atto amministrativo come

dichiarazione di un organo amministrativo nell'esercizio di una potestà amministrativa non conduce, ciononostante, a intendere che la implicazione delle nuove tecnologie nell'organizzazione e attuazione della Pubblica Amministrazione sia carente di alcuni effetti. Al contrario, da ciò derivano conseguenze, però non sul concetto di organo o di atto (e, pertanto, non sul concetto di attività amministrativa automatizzata), ma dal punto di vista del regime giuridico; la LAE esige il compimento di tutta una serie di condizioni addizionali che influiscono sulla validità e l'efficacia degli atti amministrativi adottati di forma automatizzata: identificazione e autenticazione; abilitazione normativa previa; approvazione e pubblicità dei programmi e specificazione degli impiegati; o notificazione elettronica.

Attraverso questo esempio concreto, scelto tra altri esempi ugualmente possibili – protocollo, notificazioni, firma elettronica ecc. –, è dimostrato che l'introduzione dell'Amministrazione digitale obbliga a una riconfigurazione a livello teorico di concetti, strutture, istituti classici e attuali del Diritto amministrativo, così come offrire soluzioni giuridiche ai nuovi problemi che da ciò derivano.

4. Conclusioni

L'Amministrazione digitale, intesa con l'uso delle TIC in relazione all'organizzazione e al procedimento amministrativo, spiega un cambio interno – che ha una proiezione esterna, certamente, ma che non smette di essere un cambio di modello –, però non permette di comprendere l'apertura che si sta sperimentando nell'organizzazione in connessione con la prestazione di servizi, aspetto che riguarda la sua funzione. Deve inoltre essere accostato il concetto di amministrazione digitale con quello di trasparenza, cioè, l'accesso alle informazioni in possesso della p.a. come strumento di partecipazione cittadina e come strumento imprescindibile per creare nuovi servizi che favoriscono tanto la società che la Pubblica Amministrazione.

Alla modernizzazione introdotta dalla Pubblica Amministrazione digitale, sta seguendo la trasparenza come strumento di innovazione tanto della struttura amministrativa, come, soprattutto, della partecipazione democratica dei cittadini nella gestione della cosa pubblica. Questa non sarebbe possibile senza di essa. La trasparenza, in ogni caso, non deve essere intesa come fine a se stessa, ma come un previo passo verso la destinazione di un terzo concetto: l'amministrazione aperta. È questa l'evoluzione naturale dell'amministrazione digitale.

Note

- ¹ Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato Economico e Sociale e al Comitato delle Regioni – Il ruolo dell'eGovernment per il futuro dell'Europa, COM (2003): 567.
- ² Il 2 ottobre 2016 sono entrate in vigore le Leggi 39 e 40 del 2015, in base alle quali la LAE è stata abrogata. Ciononostante, le riflessioni generali contenute in questo studio rimangono valide, in quanto il contenuto dei nuovi articoli è molto simile ai precedenti e, soprattutto, in essi è confermata la linea intrapresa con la precedente normativa.

Riferimenti bibliografici

- García de Enterría E., Fernández Rodríguez T.R. 2001, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I (X ed.), Civitas, Madrid.
- Giannini M.S. 1988, *Diritto Amministrativo*, vol. II (II ed.), Giuffrè, Milano.
- Parada Vázquez, R. 1999, *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Marcial Pons, Madrid.
- Santamaría Pastor J.A. 1984, *La teoría del órgano en el Derecho Administrativo*, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, 40-41: 43-86.
- Romano S. 1912, *Principii di Diritto Amministrativo Italiano*, Società Editrice Libreria, Milano.
- Villar Palasí J.L. 1978, *Aspectos jurídicos y políticos de la Telemática*, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, 19: 501-514.

LA CONSISTENZA DEL MODELLO DELL'AMMINISTRAZIONE
'INVISIBILE' NELL'ETÀ DELLA TECNIFICAZIONE:
DALLA FORMAZIONE DELLE DECISIONI
ALLA RESPONSABILITÀ PER LE DECISIONI

Melania D'Angelosante

SOMMARIO – 1. Il punto di partenza e le ragioni dello studio. 2. La spinta della integrazione europea alla diffusione delle c.d. *Information and Communication Technologies*. 3. Il ruolo della tecnificazione dell'amministrazione nel processo di formazione delle decisioni amministrative. 4. Il riflesso della tecnificazione dell'amministrazione sulla responsabilità per le decisioni assunte. 5. Conclusioni provvisorie.

1. Il punto di partenza e le ragioni dello studio

Il contributo ha per oggetto: a) il ruolo della tecnificazione dell'amministrazione nel processo di formazione delle decisioni amministrative, in specie quelle connotate da discrezionalità, pura e tecnica; b) il riflesso di questo ruolo sulla responsabilità dell'amministrazione e dei suoi dipendenti, nelle relazioni sia esterne sia interne.

L'ideale 'raccolta del testimone' dagli Studi presentati in occasione del Centenario delle leggi di unificazione amministrativa del Regno d'Italia suggerisce di aprire con un almeno rapido raffronto fra il quadro esistente al tempo del centenario e quello attuale.

La comparazione fra i due momenti fa perno in questo caso, prima di tutto, sul ruolo della integrazione europea quale risposta alle spinte centrifughe provenienti dalla originaria dimensione unitaria degli ordinamenti nazionali.

Il ruolo della integrazione europea rileva qui in particolare: a) per la sua incidenza sul modo di essere e di funzionare dell'amministrazione pubblica degli Stati membri nel suo raccordo con l'amministrazione dell'UE (ma la sinteticità qui richiesta impone di rimettere l'approfondimento di questi profili agli studi specifici che se ne occupano); b) per il suo impulso alla diffusione, secondo certi criteri, della c.d. società dell'informazione e della comunicazione, nonché delle tecnologie strumentali, c.d. *Information and Communication Technologies*, ICTs. Queste includono i *mezzi sia informatici* (da intendersi come «tecnologia dell'informazione» poiché funzionali al «trattamento automatico dell'informazione» e alla sua «trasposizione in un processo [...] intellettuale di controllo») sia *telematici* (funzionali alla «elaborazione a distanza delle informazioni»,

alla «trasmissione a distanza di messaggi in tempo reale»), legati peraltro da un rapporto di reciproca strumentalità (Frosini, 1984: 7 sgg.; Lariccia, 1998: 1; Costantino, 2012: 11 sgg.; De Grazia, 2011: 613 sgg.).

L'intreccio dei due piani occorre a centrare l'ambito dello studio nella sua apertura alla dimensione europea, che riguarda, appunto, il contributo del diritto comunitario alla tecnificazione dell'amministrazione nel senso sopra precisato.

Nella prospettiva descritta occorre però anche chiarire quali sono gli ambiti che esulano dalla ricerca, essendo essi oggetto di altri e distinti settori del progetto editoriale. Si tratta: dei primi due livelli di sofisticazione dell'*e-government* applicati alla sfera amministrativa¹ (per l'uso di queste locuzioni e i relativi approfondimenti bibliografici, v. S. Civitarese Matteucci, L. Torchia, *Tecnica e tecnificazione*, in questo volume), della biometria, degli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie (*Alternative Dispute Resolutions*, ADR) in modalità online, dell'organizzazione amministrativa (incluso il modello tecnocratico delle Autorità indipendenti), nonché dei rapporti fra: 1) ICTs e servizi pubblici; 2) ICTs e contratti pubblici; 3) forma e procedimento amministrativo tradizionale e informatico; 4) tecnificazione e partecipazione al procedimento / accesso agli atti e ai documenti amministrativi in relazione alla formazione delle decisioni amministrative.

In realtà gli ultimi due punti risultano connessi a quella che rappresenta una delle anime dello studio che si intende sviluppare (la sezione relativa a tecnificazione e discrezionalità nell'amministrazione).

Il ruolo della tecnificazione nel processo di formazione delle decisioni amministrative rileva infatti – da una parte – nella prospettiva della 'tecnica' come strumento di conoscenza (ossia quale mezzo per acquisire tutte le informazioni necessarie alla decisione, anche a es. attraverso la partecipazione informatizzata) e – dall'altra – nella prospettiva della 'tecnica' come 'codice' per convertire il modo di formazione della volontà della p.a. (piuttosto che come mezzo per ridurre lo spazio delle decisioni amministrative).

La partizione riguarda in sostanza, da un lato, le applicazioni dell'informatica c.d. 'documentarie' (con finalità essenzialmente informativa, per raccogliere e organizzare dati fornendo agli utenti, dietro apposita richiesta, notizie sugli stessi quando siano stati trattati) e, dall'altro, quelle 'metadocumentarie' (tendenti a riprodurre automaticamente certi processi mentali umani, come l'individuazione di soluzioni a problemi specifici) (Lombardi Vallauri, Taddei Elmi, 1982: 35 sgg.). Ambedue le applicazioni rientrano peraltro nel concetto più ampio di 'telemministrazione' (Contaldo, Marotta, 2002: 571 sgg.).

Nel modello metadocumentario non si fa dunque riferimento all'uso, da parte dei funzionari pubblici, degli strumenti informatici e telematici per l'esercizio dei loro compiti secondo modalità comunque tradizionali, ma piuttosto si

intende far riferimento principalmente a possibili fenomeni di standardizzazione e personalizzazione dei processi decisionali, cui conseguono – da un lato – la riduzione dello spazio della discrezionalità nella fase di conclusione di ogni singolo procedimento, ma – dall'altro – lo spostamento della scelta a una fase anteriore, vale a dire la fase della selezione dello strumento tecnico che consente tale meccanismo, o anche a una fase successiva, che è quella della lettura del dato tecnico: l'effetto è che le decisioni non vengono annullate, ma semplicemente accorpate, razionalizzate, trasformate, su scala più o meno ampia.

Il fenomeno è anche definito come il passaggio da una condizione di *Street-Level Bureaucracy* a una condizione di *Screen-Level Bureaucracy*, ossia da una condizione in cui è solo il pubblico funzionario a decidere (*Street-Level Bureaucracy*) ad altra condizione in cui questi decide solo formalmente, mentre di fatto la decisione è assunta dall'elaboratore elettronico ove precedentemente è stato installato un certo *software* e sono stati inseriti i dati del singolo procedimento (*Screen-Level Bureaucracy*). Il funzionario conserverebbe dunque un qualche ruolo, che però riguarderebbe principalmente, *ex ante*, l'attività di impostazione della singola macchina e, *ex post*, la lettura della elaborazione da essa fatta dei dati inseritivi.

In questo quadro il principale interrogativo è se si possa immaginare una fase successiva in cui la macchina provveda in maggiore autonomia e il pubblico funzionario riacquisti un ruolo decisionale solo in caso di contestazioni sulla scelta realizzata dalla macchina. Questo segnerebbe il passaggio da una condizione di *Screen-Level Bureaucracy* a una condizione di *System-Level Bureaucracy*, in cui una sorta di 'super-rete' unirebbe e coordinerebbe le varie *Screen-Level Bureaucracies* riducendo ulteriormente la discrezionalità esercitata dall'amministrazione tramite il funzionario: ciò in quanto il funzionario non deciderebbe neppure i criteri per impostare e far funzionare la singola *Screen-Level Bureaucracy* e gli automatismi aumenterebbero esponenzialmente. Il ruolo del funzionario verrebbe dunque circoscritto alle attività di progettazione e gestione del sistema, nonché di assistenza agli utenti/amministrati.

Un significativo esempio di questa evoluzione può essere fornito richiamando i casi dell'accertamento delle violazioni alla normativa in materia di circolazione stradale e di sicurezza stradale e dell'applicazione delle relative sanzioni: qui, per alcune infrazioni (si pensi alla violazione dei limiti di velocità), si sarebbe passati da una condizione di *Street-Level Bureaucracy* (accertamento della violazione e applicazione della sanzione *in loco* da parte del singolo agente di polizia) a una condizione di *Screen-Level Bureaucracy* (accertamento della violazione e applicazione della sanzione in modo informatizzato e automatico, a es. col metodo dell'autovelox), a sua volta in corso di ulteriore sviluppo verso una condizione di *System-Level Bureaucracy* (si pensi, per restare all'esempio fatto, ai sistemi c.d. *tutor*, installati in molti tratti delle reti autostradali per il calco-

lo del tempo di percorrenza da un punto di rilevamento all'altro e dunque per la rilevazione della c.d. 'velocità media su tratto', considerando parametri quali la classe del veicolo e le condizioni di traffico, al fine dell'applicazione automatica delle eventuali e conseguenti sanzioni) (Bovens, Zouridis, 2002: 174 sgg.).

Quello che può apparire ed essere annunciato come il modello dell'amministrazione 'invisibile' (Piras, 2006: 150 sgg.) va quindi soppesato nella sua reale consistenza.

Lo studio si propone pertanto principalmente di individuare, definire e comprendere i confini di questi meccanismi, nel loro necessario raccordo con quanto ne consegue in punto di riconducibilità delle decisioni all'amministrazione e/o al funzionario, e dunque di responsabilità dell'una e dell'altro nelle relazioni interne ed esterne.

2. *La spinta della integrazione europea alla diffusione delle c.d. Information and Communication Technologies*²

L'Unione europea considera prioritario l'incremento dell'efficienza della p.a. attraverso le ICTs.

Il Piano d'azione per l'*e-government* 2011-2015³, nell'ambito dell'Agenda digitale europea (a sua volta uno dei pilastri della Strategia *Europa 2020*), funzionalizza infatti l'uso delle ICTs al miglioramento degli 'indici di resa' dell'amministrazione europea, prevedendo investimenti di supporto nel panorama del programma *Horizon 2020*.

Le azioni individuate per il raggiungimento di questo obiettivo riguardano in particolare la responsabilizzazione e la sensibilizzazione degli amministrati all'uso delle ICT, per il superamento del c.d. *divario digitale*⁴ (*infra*), nonché l'impiego delle ICT per rafforzare il mercato interno, o per migliorare i risultati ottenuti dall'azione amministrativa riducendone al contempo gli oneri.

In particolare il fine del superamento del divario digitale è individuato in continuità con quanto precedentemente indicato nella Comunicaz. Comm. europea 26.9.2003, n. 657, e nella Comunicaz. Comm. europea 25.4.2006, n. 173.

In questo scenario la Comunicaz. Comm. europea 18.12.2012, n. 784, avente a oggetto la revisione dell'Agenda digitale europea e la crescita digitale europea, pone a es. gli ulteriori obiettivi della instaurazione di un mercato unico digitale, della crescita della innovazione del settore pubblico attraverso l'incremento delle ICTs, dell'intensificazione della regolazione della rete e dunque della sua sicurezza.

Individua inoltre, quali specifiche azioni per raggiungere tali obiettivi, la riforma del sistema del *copyright* per la gestione dei *software*, il perfezionamento dei mezzi necessari alla fruizione dei servizi pubblici in modalità digitale, l'ado-

zione di norme di indirizzo vincolanti che indichino agli Stati gli standard minimi di sicurezza da garantire nel governo delle reti e l'incentivazione di forme di cooperazione fra gli Stati per ottimizzare le misure di sicurezza adottate o da adottare nell'esercizio di tale attività.

Anche l'obiettivo della sicurezza della rete è individuato in continuità con quanto precedentemente indicato nella Comunicaz. Comm. europea 26.9.2003, n. 567, sul ruolo dell'*e-government* per il futuro dell'Europa.

Questa serie di interventi è stata recentemente rafforzata dalla Comunicaz. Comm. europea 6.5.2015, n. 192, sulla strategia del mercato unico digitale per l'Europa, che evidenzia in particolare, quanto all'azione amministrativa: a) il principio dell'*Once Only*, ai sensi del quale, nel rispetto della normativa in materia di protezione dei dati personali, le ICT possono essere utilizzate per il riutilizzo, da parte della p.a., delle informazioni già in suo possesso, senza provvedere di nuovo alla loro acquisizione semplicemente poiché si ignori di disporre già (perseguito così l'obiettivo della «comunicazione “automatica” tra tutti i sistemi informatici delle istituzioni coinvolte da un procedimento»: Fuggetta, 2014); b) i margini di efficientamento legati all'*e-procurement* e alla adozione di un sistema di informazioni condiviso fra amministrazione/i e amministrati.

3. Il ruolo della tecnificazione dell'amministrazione nel processo di formazione delle decisioni amministrative

L'eco dell'attenzione dell'UE per l'incremento dell'efficienza della p.a. attraverso le ICTs è chiaramente percepibile anche dall'esame del quadro normativo italiano.

Rileva in particolare l'informatizzazione delle attività prestate dalla p.a. agli amministrati, come prevista ad esempio dal Codice dell'amministrazione digitale (CAD), d.lgs. 7.3.2005, n. 82 (più volte riformato, e da ultimo oggetto di una delega al governo ad apportarvi ulteriori modifiche, tramite la l. 7.8.2015, n. 124, a sua volta attuata dal d.lgs. 26.8.2016, n. 179), con riferimento alla semplificazione degli strumenti di comunicazione/contatto:

- a) fra gli apparati amministrativi (evidentemente nei rapporti sia interni sia esterni, e dunque in una prospettiva sia di *back office* sia di *front office*, per usare una terminologia in crescente diffusione);
- b) fra la p.a. e gli amministrati (quindi in una prospettiva certamente di *front office*).

Il CAD qualifica in genere le ICTs come strumento utile all'imparzialità e al buon andamento della p.a., nonché alla garanzia di certi diritti dei cittadini e delle imprese: si pensi all'art. 9 sulla partecipazione al processo democratico e alla conseguente formazione delle decisioni pubbliche⁵.

A sua volta la l. 7.8.1990, n. 241 (si v. in particolare l'art. 3 bis, aggiunto nel 2005) collega l'uso della telematica alla garanzia dell'efficienza nei rapporti sia fra apparati amministrativi sia fra amministrazione e amministrati: lo fa tuttavia in una prospettiva più programmatica e meno precettiva rispetto al CAD, e comunque ponendo l'accento prevalentemente sui profili della semplificazione e del buon andamento (pur dovendosi constatare che la semplificazione per mezzo dell'informatica e della telematica avviene talvolta a prezzo di tante ulteriori complicazioni).

Ma ciò che qui più interessa riguarda, come si è detto, il ruolo della tecnificazione dell'amministrazione nel processo di formazione delle decisioni amministrative, in specie quelle connotate da discrezionalità, pura e tecnica.

L'idea generale è che questi strumenti riescano a ottimizzare l'attività di conoscenza propedeutica alla decisione. I modi per farlo sono evidentemente diversi: si pensi alla incentivazione della partecipazione quale veicolo di informazioni, o all'incremento della possibilità (e della velocità) di accesso ai dati sulla prassi amministrativa e dunque sulle scelte compiute in casi simili, al miglioramento dei canali di comunicazione e raccordo fra apparati pubblici, o, più in generale, alla crescita esponenziale delle capacità di acquisire ogni ulteriore elemento utile alla decisione⁶. Il grado di selezione e organizzazione delle informazioni che i calcolatori elettronici possono garantire, in termini sia di velocità sia di completezza dell'operazione, non sarebbe neppure equiparabile alla (in)capacità dell'essere umano di raggiungere gli stessi risultati (S. Civitarese Matteucci, L. Torchia, *Tecnica e tecnificazione*, in questo volume e ivi ulteriori riferimenti bibliografici).

Queste potenzialità si muovono ovviamente in senso multi-direzionale, vale a dire a beneficio di ogni amministrazione, determinando quindi un insieme di effetti disposti a rete. La multi-direzionalità riguarda, peraltro, non solo il rapporto fra amministrazioni, ma anche quello fra amministrazione e amministrati, i quali ultimi, vedendo amplificate le proprie possibilità di accesso alle informazioni, a loro volta possono realizzare, ad esempio, una partecipazione più consapevole e dunque più idonea a rappresentare elementi utili alla decisione. Ne scaturisce un sistema più trasparente, in quanto soggetto a una sorta di controllo diffuso, di «horizontal accountability» (Bovens, Zouridis, 2002: 183).

Fin qui si è fatto peraltro prevalentemente riferimento alla *dimensione documentaria* dell'informatizzazione, nel senso chiarito al paragrafo introduttivo.

Si deve però considerare anche, e soprattutto, la *dimensione metadocumentaria*, che risulta la più problematica.

Proprio a questa problematicità sono a es. riconducibili i casi in cui si consente una deroga all'uso dei mezzi informatici se in sostanza inadeguati allo specifico compito da svolgere, come l'accertamento o la valutazione di fatti o

presupposti richiedenti a es. colloqui in presenza, ispezioni, sopralluoghi (si v. l'art. 25 co. 8 d.lgs. 26.3.2010, n. 59, in materia di Sportello unico per le attività produttive).

Un primo limite degli strumenti informatici come mezzo di conoscenza o apprezzamento emergerebbe quindi in relazione a certe attività ritenute non compatibili con la c.d. 'intelligenza artificiale' (che a ben vedere di quella umana è però una sorta di derivazione, di appendice, poiché prodotta da essa), e dunque essenzialmente in relazione alla presunta irriproducibilità dei processi mentali umani (di cui rappresenterebbe un esempio l'esperienza fallimentare dei traduttori automatici: Russi, 1975: 100). Ciò anche alla luce del fatto che tali strumenti renderebbero «impossibili o eccessivamente difficoltose l'espressione o la precisazione delle esigenze», con ogni ulteriore conseguenza in termini di impedimento o compromissione dell'esercizio dei compiti pubblici (Sorace, 2014: 186). Ma anche perché essi, se presupponenti l'anonimato del dipendente pubblico che se ne avvale nell'esercizio dei suoi doveri e obblighi istituzionali, violerebbero il diritto dell'amministrato di avere (nel responsabile del procedimento) un interlocutore personalizzato (Sorace, 2014: 186).

Quando questi compiti consistano poi in attività prestate direttamente a beneficio degli amministrati e l'uso dello strumento informatico sia configurato non come una facoltà, bensì come un obbligo (si pensi all'art. 23 co. 1 *ter*, d.p.r. 6.6.2001, n. 380, che prevede casi in cui la denuncia di inizio attività edilizia può essere ricevuta solo in modalità telematica), si aggiungerebbe il problema dell'effetto escludente che tale obbligo avrebbe sulla possibilità di usufruire della prestazione anche da parte di utenti sprovvisti delle abilità o dei mezzi materiali adeguati (Sorace, 2014: 186) (c.d. *divario digitale*⁷, il quale peraltro può interessare non solo alcuni degli amministrati rispetto agli altri amministrati, ma anche alcune amministrazioni rispetto ad altre amministrazioni).

Si giunge dunque di regola a ritenere, argomentando dal principio costituzionale di uguaglianza e dall'art. 3 CAD laddove stabilisce il diritto all'uso delle tecnologie da parte degli amministrati, che, se da un lato quegli 'obblighi' devono più correttamente essere intesi come mere 'facoltà', dall'altro lato l'amministrazione deve riscontrare in senso positivo alle istanze con cui gli amministrati chiedono, ad esempio, di potersi relazionare con essa facendo uso di strumenti informatici e/o telematici (Costantino, 2012: 33 sgg.; cfr. Tarullo, 2013: 149 sgg.) (certamente nelle comunicazioni, e invece con qualche dubbio quanto all'esercizio dei diritti di accesso e di partecipazione al procedimento: Ambriola, Flick, 2006: 842). A tal fine essa sarebbe tenuta a predisporre tutte le condizioni per rendere possibile l'uso di tali mezzi da parte dei destinatari delle sue prestazioni.

Partendo dall'informatizzazione si può ampliare il raggio del discorso.

Gli *strumenti informatici* non sono infatti semplicemente 'macchine' (*hardware*) a sé stanti, ma piuttosto componenti di un *macrosistema tecnico*, fondato su una vera e propria *rete* e trascendente i macchinari da cui è composto: qui si coglie una delle differenze concettuali fra informatica e telematica, attenendo la prima a una dimensione monistica e la seconda alla dimensione della rete (Masucci, 2003: 991 sgg.). Si determina in sostanza, per ragioni sia tecniche sia sociologiche, una condizione di *irreversibilità*: non sarebbe cioè possibile fare ritorno allo stadio precedente, in cui la macchina è solo elemento indirettamente o direttamente sostitutivo delle abilità umane e svincolato da un sistema esponenzialmente più ampio che lo governi (privandolo della originaria autonomia) (Nacci, 2005: 591 sgg.; cfr. D'Alessandro, 2002: 245).

Caratteristica essenziale dei macrosistemi tecnici è infatti l'elevato livello di standardizzazione che la loro gestione richiede, al punto che vengono «affidati a meccanismi automatici compiti che in altre situazioni sono tipicamente umani, come il calcolo dei costi», e al punto che «regole economiche, norme giuridiche, regole tecniche, appaiono parte di un insieme inscindibile» (Nacci, 2005: 596). Inoltre la rete informatica trasmette dati codificati in sequenze di 'bit', ossia di unità che si esprimono «nell'alternativa tra due valori (si/no, vero/falso, acceso/spento etc.)» (De Grazia, 2011: 616).

Si assiste in sostanza a una forma di determinismo, causato sia dalla scarsa conoscenza comune di come il sistema funzioni (o possa diversamente funzionare) sia dalla convinzione che il suo funzionamento in un certo modo sia inflessibile: sicché appare nascosto, *invisibile* o inesistente il momento della scelta di quelle regole, della decisione scaturente da una fonte diversa dalla macchina, proveniente vale a dire dal 'fattore umano' che in una certa fase, più o meno risalente e poi ripetuta nel tempo anche con forme e contenuti diversi, stabilisca cosa debba accadere in seguito per effetto dell'uso della tecnica.

Questa scelta però esiste, ma non è nitida né tantomeno puntuale in quanto, date le caratteristiche di complessità e progressiva trasformazione del sistema, risulta di regola il prodotto di un fascio di decisioni provenienti da più soggetti e maturate in momenti spesso differenti.

Qui il raggio del discorso si può ulteriormente estendere, passando dagli strumenti informatici all'elemento di cui l'informatizzazione rappresenta una delle massime espressioni: la *tecnica* intesa in senso più ampio, come sede di decisioni che nell'opinione comune si contrappongono a quelle prese in sede *politica*. A sua volta il binomio *tecnicalpolitica* trova il suo corrispondente, se si assume una visione 'dinamica', nel binomio *tecnocrazialdemocrazia*. Per la verità, a voler essere più precisi, sarebbe rinvenibile a monte pure una differenza fra *scienza* e *tecnica*, essendo la prima «diretta alla scoperta delle leggi della natura», e pertanto «del tutto neutra», mentre la seconda «rivolta a utilizzare tali leg-

gi per fini essenzialmente pratici» e dunque «fortemente condizionata dagli “interessi”, che in concreto si intendono perseguire» (pur se tale costruzione, condivisibile in astratto, risulta nella realtà concreta minata da fattori quali i condizionamenti finanziari e politici della ricerca scientifica, nonché dall'incipiente autoreferenzialità della tecnica nelle società scientificamente avanzate: Salvia, 2002: 603 sgg.). Mentre a sua volta la *tecnologia* sarebbe lo studio applicativo della scienza e della tecnica (Galimberti, 1999; Finocchiaro, 2012), o il connubio fra scienza e tecnica (Frosini, 2003: 487 sgg.).

Il dibattito su questi temi è nato e si è proporzionalmente intensificato con la nascita e la crescita delle società economicamente evolute (o comunque caratterizzate da un certo livello di sviluppo economico), e riguarda il passaggio dalla «teologia politica» alla «teologia economica», nonché dalla autonomia alla eteronomia delle discipline giuridiche, a sua volta intensificato dai processi di globalizzazione in atto (Morrone, 2012).

È però diffusa l'opinione che la tecnica non si auto-imponga, ma sia a sua volta frutto di una scelta politica, la quale rilevarebbe non solo quando si debba o possa optare per più soluzioni tecnico-scientifiche la cui applicazione condurrebbe a risultati diversi, ma anche nel momento anteriore in cui si debba decidere quali tipi di ricerche tecnico-scientifiche promuovere (poiché «ogni tecnologia incorpora una visione del mondo, e [...] in ogni programma di ricerca vi è già un programma politico»: Bucchi, 2004: 1014). Si può percepire in questo dibattito l'eco di alcune delle più note teorie sull'interpretazione giuridica, in particolare in tema di distinzione fra interpretazione cognitiva, interpretazione decisoria e interpretazione creativa (Guastini, 2011), soprattutto nella rilettura critica propostane in termini di labilità dei confini fra queste diverse categorie, proprio alla luce del carattere 'politico' delle scelte che l'interprete è in sostanza chiamato a fare nelle attività riconducibili a ciascuna di esse (Pino, 2013). Può così accadere che le scelte o le valutazioni tecniche propedeutiche e strumentali al bilanciamento degli interessi finiscano per fondersi con questo in un «procedimento logico unitario»⁸ (Clemente di San Luca, 1993: 246 sgg.; cfr. De Pretis, 1995; Marzuoli, 1985), o finiscano per «legittimare decisioni politiche intorno alle quali non è possibile aggregare un consenso unanime» (Raiteri, 1997: 572). Ciò è tanto più possibile quanto più la scienza e/o la tecnica propongano soluzioni divergenti per il raggiungimento di uno stesso risultato.

Dalla tecnica come uso della scienza potrebbe dunque risalirsi alla politica come uso della scienza (e dunque anche della tecnica).

A questa si contrappone tuttavia l'altra opinione secondo cui la tecnica, soprattutto a certi livelli di 'specializzazione', può imporsi sul modo di pensare e agire, sui sistemi giuridici, e su diversi altri profili della realtà (Galimberti, 1999: 35; Grossi, 2002; cfr. Police, 1996; Irti, Severino, 2001). In questo modo, ad esem-

pio, la tecnicizzazione del diritto potrebbe giungere a ridurre lo spazio dell'interpretazione, che a sua volta rappresenta un elemento essenziale della 'politica' del diritto, sebbene talvolta «le competenze tecniche dei decisori» servano «a legittimare decisioni politiche intorno alle quali non è possibile aggregare un consenso unanime» (Raiteri, 1997: 572). Oppure potrebbe accadere che lo spazio della politica finisca per risultare limitato a quello lasciato libero dalla scienza o dai casi in cui la scienza offra indicazioni incerte (Endrici, 2004: 290 sgg.). O, infine, potrebbe verificarsi che l'applicazione della scienza e della tecnica comprima non solo lo spazio delle decisioni politiche, ma anche quello della partecipazione degli interessati al procedimento amministrativo (Olivito, 2011).

Non mancano infine le opinioni intermedie, secondo cui, soprattutto nella difficile composizione degli interessi che caratterizza la complessa realtà contemporanea, si è spesso al cospetto di «sfide decisionali che non possono essere ricondotte solo alla politica o solo alla scienza» (Bucchi, 2003: 1056; cfr. Spasiano, 2004), oltre che al cospetto di situazioni in cui sia «il diritto [...] può influenzare lo sviluppo della tecnica» sia «la tecnica può condizionare il diritto», pur essendo desiderabile che il primo orienti la seconda e la utilizzi come strumento per realizzare i propri obiettivi (Finocchiaro, 2012).

Nel quadro sin qui definito emergono i seguenti interrogativi (che riportano alla *dimensione metadocumentaria*): può la tecnologia simulare la formazione della volontà dell'amministrazione e dunque condurre a un provvedimento 'artificiale', vale a dire non (o almeno non direttamente) espressione di questa volontà? È possibile convertire i dati acquisiti (anche, ma non necessariamente, tramite strumenti informatici) nel corso dell'istruttoria procedimentale in istruzioni per l'elaboratore? Si può così standardizzare il procedimento amministrativo tanto intensamente da rendere automatica la decisione che lo definisce? Il terminale può essere capace di una attività che non si risolva semplicemente in un calcolo?

Già più di un decennio fa la prima Sezione civile della Corte di cassazione aveva precisato che l'esito dell'automazione della decisione non è in via di principio possibile per procedimenti (e conseguenti provvedimenti) richiedenti valutazioni e motivazioni diverse in relazione alle specificità del caso concreto, mentre sarebbe in via generale ammesso fare uso degli strumenti informatici come mezzo di documentazione⁹.

La prima impressione è che la Cassazione abbia voluto individuare la linea di demarcazione fra l'automazione ammessa e quella non consentita nella distinzione fra attività amministrativa discrezionale e attività amministrativa vincolata.

A ben vedere, tuttavia, non è questa l'ipotesi considerata, essendo evidente che pure le decisioni assunte in costanza di attività amministrativa vincolata richiedono di regola valutazioni e motivazioni diverse in relazione alle specificità del caso concreto (si pensi al solo esempio del rilascio dei titoli edificatori).

Più esattamente la Cassazione ha dunque cercato di distinguere, anch'essa, la dimensione documentaria da quella metadocumentaria dell'informatizzazione.

È parimenti evidente che gli elaboratori sono in grado di convertire dati ed elementi determinati, oggettivi. Così, essi possono accertare la sussistenza di presupposti di questo tipo (determinati e oggettivi, appunto) e in genere fornire, dietro apposita richiesta di chi se ne avvalga (l'amministrazione, per esempio), specifici parametri utili alla decisione. Anche qui si viaggia più esattamente su un percorso trasversale rispetto alla vincolatezza o alla discrezionalità dell'azione amministrativa, perché queste forme di 'ausilio' possono essere utili e utilizzabili in ambedue le ipotesi: si continua dunque a gravitare nella dimensione della dicotomia fra applicazioni documentarie e metadocumentarie.

L'impiego di questi schemi pare essere tuttavia più diffuso nell'ambito dell'attività amministrativa vincolata. Si pensi a es. al caso, introdotto dalle più recenti riforme amministrative (l. 30.12.2010, n. 240 e d.m. attuativo 7.6.2012, n. 76), dell'automazione del provvedimento per la dichiarazione di 'sorteggiabilità' di quanti aspirino a divenire commissari nel procedimento di attribuzione dell'abilitazione scientifica nazionale per rivestire il ruolo di professore universitario. Si prevede in particolare che gli aspiranti commissari indichino al sistema informatico il numero, la data di edizione e la tipologia (in base alla diversa articolazione dei prodotti scientifici riferibili al settore disciplinare di appartenenza) delle proprie pubblicazioni. Il sistema, sulla base dei dati inseriti, che saranno posti a raffronto con appositi parametri numerici indicativi di un certo livello di produttività scientifica ritenuto minimo ed essenziale, dichiarerà quindi automaticamente l'aspirante commissario come sorteggiabile o meno quale componente della commissione di abilitazione scientifica nazionale per il settore di riferimento. Composto così l'elenco dei sorteggiabili, si aprirà una ulteriore fase in cui si provvederà a estrarre un certo numero di componenti quali membri della commissione. Sia nella prima ipotesi (dichiarazione di sorteggiabilità del commissario) sia nella seconda (individuazione dei membri della commissione fra gli aspiranti commissari dichiarati sorteggiabili) il provvedimento è vincolato.

La differenza sta però in questo:

- 1) nel primo caso si tratta di provvedimento automatizzato, nel senso che alla volontà (del funzionario) dell'amministrazione si sostituisce quella del calcolatore (usato dall'amministrazione), in una fattispecie ove lo stesso calcolatore non è in grado però di verificare completamente la veridicità/correttezza delle informazioni caricate dal candidato (ad es. in punto di classificazione di un prodotto della ricerca in una certa categoria piuttosto che in un'altra per le ipotesi in cui i confini siano più labili e discutibili), potendo dunque produrre lacune che una attività di accertamento(/valutazione) tradizionale probabilmente eviterebbe;

- 2) nel secondo caso, invece, l'assenza della sia pur remota necessità di realizzare una attività di valutazione (trattasi infatti di un mero 'sorteggio fra i sorteggiabili') esclude la possibilità di errori di questo tipo.

L'automazione del provvedimento sarebbe dunque ostacolata o comunque resa più difficile dai seguenti fattori: 1) l'indeterminatezza dei presupposti da accertare/valutare prima della decisione (che peraltro l'incipiente tendenza della legislazione a essere ipertrofica e ad assumere contenuti sempre più dettagliati e tecnici starebbe contribuendo ad arginare: Costantino, 2012: 170 sgg.; Mattarella, 2011); 2) il carattere discrezionale della decisione (sebbene si registri una incipiente tendenza a introdurre standard per l'adozione del provvedimento e a predisporre programmi informatici per verificare il livello di rispetto di tali parametri: Costantino, 2012: 171).

Ciò è del resto la diretta conseguenza dello schema essenziale in base al quale tale automazione opera, e che consta delle seguenti fasi: 1) predisposizione della fattispecie astratta attraverso la scelta e la impostazione del programma informatico (*software*); 2) inserimento nel programma così predisposto dei dati specifici relativi al singolo procedimento da iniziare, istruire e concludere (sussunzione di elementi concreti nella fattispecie astratta); 3) decisione automatizzata derivante dal prodotto (*rectius*: algoritmo) delle attività descritte nei due punti precedenti (Contaldo, Marotta, 2002).

Il cuore del problema sta quindi al di fuori delle applicazioni documentarie e nell'ambito di una sola parte di quelle metadocumentarie, ossia nella possibilità di automatizzare l'esercizio della discrezionalità, la quale a sua volta può collocarsi, cumulativamente o alternativamente, nella fase istruttoria e/o in quella decisoria del procedimento. Può dunque la macchina anche in questi casi convertire i dati a disposizione e, attraverso un procedimento di elaborazione, produrre una regola, un comando, una decisione?

Le principali resistenze alla risposta affermativa si basano sulla asserita impossibilità di riprodurre artificialmente la ragionevolezza umana, la quale per sua natura risponderebbe a una logica 'opaca' e multifaccettata, dunque non riconducibile a percorsi predeterminati e pertanto predeterminabili (Merusi, 2011: 51 sgg.). Ma si basano anche sulla necessità di preservare il ruolo istituzionale, o, meglio, costituzionale, dell'amministrazione, che trova nella discrezionalità (a sua volta espressione dell'autonomia che le è costituzionalmente garantita: Cavallo Perin, 2010: 1165; Civitarese Matteucci, 2009: 478) la sua massima epifania. Si fondano inoltre sulla necessità di assicurare nel miglior modo il perseguimento dell'interesse pubblico, attraverso una scelta il più possibile collimante con le peculiarità del caso concreto.

Dall'altro lato la tesi affermativa risentirebbe del fascino degli obiettivi della trasparenza informatizzata, della riduzione delle disparità di trattamento,

dell'incremento della legalità e dell'efficienza dell'azione amministrativa, nonché dell'ampliamento esponenziale della partecipazione degli amministrati alla formazione delle decisioni pubbliche e della certezza (nella applicazione) del diritto (Costantino, 2012: 174). In questo senso si è recentemente espressa anche la legge 7.8.2015, n. 124, nella parte in cui ha delegato il governo a riformare il CAD mediante una disciplina basata sulla digitalizzazione dei procedimenti amministrativi «e per la piena realizzazione del principio “innanzitutto digitale” (digital first)», «in relazione alle esigenze di celerità, certezza dei tempi e trasparenza nei confronti dei cittadini e delle imprese» (art. 1, c. 1 lett. b).

Lo stesso è dirsi per il provvedimento di attuazione della delega, d.lgs. 26.8.2016, n. 179, che ha riformato il CAD nel senso indicato dalla delega (e a prescindere dai riflessi procedurali che vi si potrebbero riverberare per effetto della sentenza della Corte costituzionale 25.11.2016, n. 251).

Ma in realtà questo dibattito, che risulta relativamente nuovo nel panorama del diritto amministrativo per le ricadute che l'incipiente informatizzazione può avere sull'autonomia e sulla responsabilità dell'amministrazione, richiama un filone di ricerca che è invece ben più risalente, e dunque consolidato, nel settore dell'informatica giuridica, della giuscibernetica.

Negli studi di informatica giuridica si ipotizzano a es. tre modelli di scelta fra più soluzioni secondo le applicazioni informatiche metadocumentarie (Lombardi Vallauri, Taddei Elmi, 1982: 48 sgg.).

Il primo è quello *casualistico* (l'elaboratore sceglie 'a caso' sulla base di una procedura pre-impostata).

Il secondo è quello *particolaristico* (l'elaboratore sceglie sulla base di una procedura e di un indicatore pre-impostati: a es. la soluzione più favorevole agli interessi di un certo gruppo).

Il terzo è quello *non riduttivo*. Si tratta del modello più complesso in quanto finalizzato a individuare la soluzione 'migliore' o 'più giusta', e dunque tendente a simulare con maggiore precisione i processi mentali umani. Qui al decisore si chiede in sostanza di porre in essere, nell'ordine, le seguenti attività: 1. *riconoscere* – 2. *interpretare* – 3. *scegliere l'opzione migliore* (Lombardi Vallauri, Taddei Elmi, 1982: 49 sgg.).

Questi profili saranno ripresi nel paragrafo successivo e in quello conclusivo.

4. Il riflesso della tecnificazione dell'amministrazione sulla responsabilità per le decisioni assunte

Il riflesso della tecnificazione dell'amministrazione sulla responsabilità per le decisioni assunte rileva essenzialmente sotto due profili: quello della ricerca della prova e quello dei doveri e degli obblighi dei funzionari a vario titolo coinvolti nei procedimenti automatizzati.

In uno studio relativamente recente si legge che «la selezione fra una molteplicità [...] di soluzioni [...] appare una prerogativa esclusivamente umana» e che (se rimessa al calcolatore artificiale) «nella verosimile impossibilità per il privato di conoscere il codice sorgente (ovvero l'algoritmo di base del software) si rischierebbe di precludere all'interessato ogni possibilità di contestare il provvedimento in via elettronica: così attribuendo a quest'ultimo una sorta di 'sacralità' ingiustificata, in quanto derivante non dalla oggettività delle cose, bensì dalla declinazione di un dato algoritmo che, come tutte le creazioni intellettuali, potrebbe rivelarsi una risposta non appropriata al problema, [...] parziale, incompleta o non adeguatamente flessibile» (Minnecki, 2008).

Il dibattito che fa da sfondo a queste affermazioni riguarda la necessità di rendere pubblici i codici dei *software* usati dalla p.a., pur se la pubblicità si scontrerebbe con la «concezione proprietaria del *software*», secondo la quale «gli utenti finali non possono modificare i programmi sulla base delle proprie esigenze» (Musella, 2010: 443-444).

Questa concezione è peraltro contrastata da quella della socializzazione e della liberalizzazione del *software* (*Free Software Movement*), che sostiene principalmente la necessità di apertura del codice sorgente dei programmi informatici, soprattutto per consentirne il controllo e la modificabilità da parte di chi se ne serve e per scardinare il corporativismo dei produttori (Musella, 2010)¹⁰.

Si tratterebbe dunque di bilanciare il controllo dei *produttori* sugli *utenti* (da una parte) con quello degli utenti sui produttori (dall'altra).

In questo quadro si discute anche del ruolo da attribuire ai *pubblici poteri*, in termini di controllo sugli uni (utenti) e sugli altri (produttori), anche, e soprattutto, con finalità di garanzia di ambedue le categorie.

Si discute inoltre del controllo fra pubblici poteri, di quale pubblico potere debba vigilare sull'altro e dei modi in cui debba/possa farlo: così ad esempio si ipotizza l'acquisizione da parte del Parlamento, in un sistema di incipiente automazione del provvedimento amministrativo, di un ruolo di verifica e rettifica della 'applicazione digitale' delle norme emanate da esso o sotto il suo controllo (Bovens, Zouridis, 2002: 182).

Il legislatore ha, sino a questo momento, espresso una posizione di preferenza per l'opzione del *software* libero¹¹: l'art. 68 del CAD richiede infatti all'amministrazione di scegliere la modalità di acquisizione del *software* dietro apposita valutazione comparativa di natura tecnica ed economica. Ebbene, l'acquisto di programmi informatici di tipo proprietario mediante ricorso a licenza d'uso è ammesso solo quando risulti, sostenuta da specifica motivazione, «l'impossibilità di accedere a soluzioni già disponibili all'interno della pubblica amministrazione, o a software liberi o a codici sorgente aperto, adeguati alle esigenze da soddisfare». Le ulteriori opzioni previste dall'art. 68 ri-

guardano «l'acquisizione di programmi informatici di tipo proprietario mediante ricorso a licenza d'uso»¹².

Gli artt. 69 e 70 precisano inoltre, quanto ai *software* appositamente creati per la p.a., che l'amministrazione fruitrice debba metterne il codice sorgente a disposizione delle altre p.a. Allo stesso modo l'art. 9 c. 10 del dPCM 13 novembre 2014 – contenente le regole tecniche in materia di formazione, trasmissione, copia, duplicazione, riproduzione e validazione temporale dei documenti informatici – richiede alle pubbliche amministrazioni di pubblicare sui loro siti, per la trasmissione telematica dei documenti amministrativi informatici, «gli standard tecnici di riferimento, le codifiche utilizzate e le specifiche per lo sviluppo degli applicativi software di colloquio, rendendo eventualmente disponibile gratuitamente [...] il software per la trasmissione di dati coerenti alle [...] codifiche». E, da ultimi, la legge 7.8.2015, n. 124, nella parte in cui ha delegato il governo a riformare il CAD, e il d.lgs. 26.8.2016, n. 179, nella parte in cui ha attuato la delega, si sono espressi in favore della promozione dell'uso di software *open source*.

Ciò ricalca peraltro quanto già in precedenza previsto dall'art. 25 c. 1 della legge 340 del 2000, ove tuttavia si faceva (e si fa tuttora) riferimento alla mera facoltà, e non all'obbligo, di rendere disponibile il *software*: dunque ne è stata incrementata l'efficacia in una certa direzione.

Ma il dibattito è a sua volta dovuto, se si volge lo sguardo sull'*iter* di formazione delle decisioni amministrative, all'esistenza di una propensione a stabilire una equazione fra l'automazione del binomio procedimento/provvedimento e la deresponsabilizzazione¹³ del funzionario agente, che nel nuovo scenario automatizzato finirebbe per divenire un mero «immettitore di dati» (Costantino, 2012: 173 sgg., e ivi ulteriori riferimenti; Sartor, 1996: 123 sgg.; Petrakaki, 2010).

In realtà così, a ben vedere, non è, trattandosi non di fattispecie in cui le responsabilità si estinguono, ma piuttosto di casi nei quali il soggetto leso dall'eventuale illegittimità del provvedimento o illiceità della condotta incontra di regola maggiori difficoltà nella ricerca e nella prova dei vizi. Questi possono infatti derivare, a es., da un errore di funzionamento dell'elaboratore, da difetti del *software* o da una sua inidoneità a garantire la piena osservanza dei principi del procedimento (si pensi alle ipotesi in cui il sistema informatico non consenta di rappresentare tutti quei presupposti di fatto che invece sarebbero rappresentabili con il deposito di classiche osservazioni in forma cartacea)¹⁴, o ancora da un errore dell'amministrato o del funzionario nell'immissione dei dati, o dall'irragionevolezza della scelta della soluzione informatizzata¹⁵.

Il quadro delle responsabilità, in sostanza, si trasforma, specularmente al tipo di procedimento amministrativo di volta in volta considerato.

Avranno quindi rilievo:

- a) il ruolo del funzionario che predisponga il *software* e/o inserisca e/o trasmetta i dati;
- b) il ruolo del responsabile per la gestione informatica dei documenti, dei flussi documentali e degli archivi, il quale, ai sensi dell'art. 61 del DPR 445 del 2000, deve garantire il buon funzionamento del sistema¹⁶;
- c) il ruolo dell'autore dell'atto interno al procedimento sottoscritto con firma digitale (come definita dall'art. 1 CAD).

Resterebbe però da chiedersi, soprattutto, quale sia il ruolo del funzionario responsabile del provvedimento, o comunque anche di atti interni al procedimento, non tanto quando essi abbiano la struttura di documento *solo informatico* (vale a dire quando siano la mera «rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti» ai sensi dell'art. 1 CAD), nel qual caso dovrebbero valere regole non troppo dissimili da quelle generali, ma piuttosto quando costituiscano un documento *anche automatizzato* (ossia frutto di una scelta realizzata dall'elaboratore elettronico).

Il CAD *prima facie* non si occupa direttamente di questo profilo, così come non disciplina in via generale il procedimento informatico, ma si limita a prevedere che:

- «l'idoneità del documento informatico a soddisfare il requisito della forma scritta e il suo valore probatorio sono liberamente valutabili in giudizio, in relazione alle sue caratteristiche oggettive di qualità, sicurezza, integrità e immodificabilità» (art. 21 c. 1 *bis*);
- per la sottoscrizione dei documenti informatici a rilevanza esterna la p.a. può provvedere direttamente, previo proprio accreditamento, o rivolgendosi a certificatori accreditati, al rilascio dei necessari certificati qualificati (art. 34 c. 1);
- la determinazione delle regole tecniche per l'attuazione del CAD è rimessa ad apposito dm (art. 71).

In questa sua parte (art. 71) il CAD è stato in un primo momento attuato in modo incompleto: con i decreti in data 22 febbraio e 3 dicembre 2013 la Presidenza del Consiglio dei Ministri ha infatti determinato solo alcune delle regole tecniche per la formazione, la memorizzazione e la trasmissione dei documenti informatici.

Il d.p.c.m. del 22 febbraio 2013 indica le caratteristiche specifiche per i diversi tipi di firma elettronica (semplice o avanzata, la seconda delle quali può a sua volta essere qualificata o digitale).

Il d.p.c.m. del 3 dicembre 2013 si concentra invece sulla conservazione dei documenti e distingue i ruoli del *produttore*, dell'*utente* e del *responsabile della*

loro *conservazione*, per il quale ultimo prevede che operi «d'intesa con il *responsabile del trattamento* dei dati personali, con il *responsabile della sicurezza* e con il *responsabile dei sistemi informativi* [...], oltre che con il *responsabile della gestione documentale*»¹⁷ (art. 7).

Più recentemente, invece, il d.p.c.m. 13 novembre 2014 ha integrato tali previsioni introducendo le Regole tecniche in materia di formazione, trasmissione, copia, duplicazione, riproduzione e validazione temporale dei documenti informatici, nonché di formazione e conservazione dei documenti informatici delle pubbliche amministrazioni. A tal fine ha individuato le operazioni per la formazione del documento amministrativo informatico (art. 9), quelle in grado in grado di dotarlo delle «caratteristiche di immodificabilità e di integrità» per la sua riferibilità a un certo autore (artt. 3 e 9 c. 5), le procedure per il trasferimento del documento nel sistema di conservazione (artt. 7, 11 e 15) e le correlate misure di sicurezza (artt. 8, 12 e 16).

Al quadro delle figure di rilievo per la composizione del sistema delle responsabilità si aggiungono dunque:

- d) il *sottoscrittore con firma elettronica avanzata* del documento informatico, sia che si tratti di atto interno al procedimento sia che si tratti di provvedimento amministrativo;
- e) il *produttore e il responsabile della conservazione* del documento informatico, nonché il *responsabile del trattamento* dei dati personali, il *responsabile della sicurezza*, il *responsabile dei sistemi informativi* e il *responsabile o coordinatore della gestione documentale*;
- f) il *produttore del sistema di versamento* del documento informatico nel sistema di conservazione.

Come si vede, in ciascuno di questi casi il parametro di riferimento continua tuttavia a essere il *documento solo informatico* (ossia la «rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti» ai sensi dell'art. 1 CAD), mentre non si rinviene alcuno specifico riferimento al fatto che esso possa costituire un *documento anche automatizzato* (ossia frutto di una scelta realizzata dall'elaboratore elettronico).

Tuttavia, pur non occupandosi il CAD specificamente di questa seconda tipologia di documento, essa può verosimilmente rappresentare una specie della prima.

Del resto l'allegato 1 al d.p.c.m. 13 novembre 2014 definisce invece la «*generazione automatica* di documento informatico» come «la formazione di documenti informatici effettuata direttamente dal sistema informatico al verificarsi di determinate condizioni», e la stessa giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di precisare, in una controversia in materia di accesso al documento amministrativo informatico, che:

- «l'atto stesso dell'inserimento nel sistema e della digitazione della dicitura costituisce provvedimento amministrativo, e la presenza delle "registrazioni di log" è in grado di attribuire la paternità dello stesso al funzionario che lo ha compiuto»;
- «in maniera non dissimile, l'inserimento di un atto o di un'annotazione scritta nella "pratica" determina conseguenze giuridiche»;
- resta «problema diverso [...] appurare, in caso di necessità, se tale atto o tale annotazione sono stati introdotti da un soggetto che ne aveva il potere», identificato, allo scopo, «tramite una firma o una sigla sul materiale foglio di carta, o supporto cartaceo»¹⁸.

5. Conclusioni provvisorie

Si può a questo punto tentare di trarre alcune conclusioni – peraltro solo provvisorie, date la complessità e la portata del tema – dall'analisi compiuta.

Il cuore del problema riguarda, come si è visto e si è cercato di dimostrare nelle pagine che precedono, le applicazioni dell'informatica c.d. 'metadocumentarie' (ossia tendenti a riprodurre automaticamente certi *processi mentali umani*) alla formazione delle decisioni amministrative connotate da discrezionalità (nella fase sia istruttoria sia decisoria del procedimento), e gli eventuali effetti che ne conseguono in termini di standardizzazione e spersonalizzazione delle attività cognitive, di apprezzamento e di scelta *dell'amministrazione*.

Si è pure visto che in questi casi tali attività vengono semplicemente traslate a una fase anteriore (quella della selezione dello strumento tecnico che consente il meccanismo dell'automazione), oppure, in aggiunta, anche a una fase successiva (quella della lettura del dato tecnico): l'effetto è che le azioni cognitive, di apprezzamento e di scelta non vengono annullate, ma semplicemente accorpate, razionalizzate, trasformate, su scala più o meno ampia. Ciò è del resto una naturale conseguenza del fatto che l'intelligenza artificiale sia una sorta di derivazione e di appendice di quella umana, perché prodotta da essa. Non è dotata però di tutte le sue facoltà, tanto è vero che il limite naturale dell'automazione della discrezionalità amministrativa consiste nell'esistenza o meno di programmi informatici in grado di simulare i processi logici che ne sono alla base. Queste constatazioni dovrebbero ridimensionare il rischio paventato da quanti intravedono nella automazione delle decisioni discrezionali una compromissione della autonomia costituzionalmente garantita alla p.a.

È pur vero, peraltro, che l'evoluzione degli strumenti informatici e telematici verso un complesso macrosistema tecnico (con il significato sopra precisato) moltiplica quelle azioni (cognitive, di apprezzamento e di scelta della p.a.) in senso sia soggettivo sia oggettivo, aggregandole materialmente e/o dislocan-

dole nel tempo, e perciò rendendole più difficilmente visibili e riconoscibili. Parallelamente si ramifica la rete che la tecnica e la tecnologia inesorabilmente tessono quale 'luogo' di realizzazione di quelle attività, attribuendo a essa il ruolo altrettanto inevitabile di regolatore indiretto e tendenzialmente a-territoriale delle azioni che vi si svolgono.

A ogni modo, i limiti della irriproducibilità dei processi mentali umani (come l'interpretazione, la formulazione di teorie, la componente emozionale: si v. S. Civitarese Matteucci, L. Torchia, *La tecnificazione dell'amministrazione*, in questo stesso volume, e ivi ulteriori riferimenti) andrebbero valutati liberandosi dal pregiudizio che siano invalicabili, e dunque nella loro reale consistenza, probabilmente caso per caso: pare ad esempio condivisibile la tesi (espressa dall'art. 25 c. 8 d.lgs. 59 del 2010 in materia di Sportello unico per le attività produttive) della irriproducibilità, almeno allo stato attuale, degli accertamenti o delle valutazioni di fatti richiedenti attività quali colloqui in presenza, ispezioni, sopralluoghi. Alle stesse conclusioni si potrebbe giungere per le fattispecie in cui il calcolatore non sia in grado di verificare completamente la veridicità/correttezza delle informazioni fornite al sistema e dunque di provvedere in base a un'istruttoria corretta, o ancora per tutti quei casi in cui la riproducibilità sia in astratto realizzabile, ma a prezzo di investimenti tecnici, economici e/o giuridici troppo elevati, in assoluto o in relazione ai risultati conseguibili (pure con riferimento all'obiettivo della individuazione di una scelta il più possibile collimante con le peculiarità del caso concreto). In questa attività di bilanciamento possono trovare ingresso anche altre valutazioni, come quelle sul rapporto fra il divario digitale e gli eventuali obblighi inderogabili di informatizzazione, o ancora sul rapporto fra l'automazione del procedimento che preveda l'anonimato del suo responsabile e il presunto diritto dell'amministrato di avere (nel responsabile del procedimento) un interlocutore personalizzato.

Del resto, in una discussione che ruota evidentemente attorno alla riproducibilità dei processi mentali umani coinvolti nell'esercizio della funzione amministrativa, è altrettanto evidente che all'amministrazione non potrebbe essere riferito alcuno di tali processi (ossia di quelli umani tradizionalmente intesi) se non ricorrendo a una *finzione giuridica*, ossia quella di attribuirle, tramite la teoria della immedesimazione organica, la volontà espressa dalle persone fisiche che compongono i suoi organi. Ciò avviene semplicemente per rispondere a esigenze materiali: è infatti ben noto che, in ambito giuridico, ogni *finzione* «salva transitoriamente le esigenze della pratica» (Pugliatti, 1968: 67). E, pur trattandosi di conseguenze espressamente previste dalla legge, nondimeno deve ritenersi che di finzione (giuridica o normativa, la si chiami come si preferisce) si tratti, poiché nella realtà materiale solo le persone fisiche possono evidentemente e direttamente esprimere la loro volontà. Dunque, allo stesso modo, per rispon-

dere a esigenze materiali¹⁹, si potrà ricorrere alla finzione giuridica di attribuire all'amministrazione certi processi prodotti dalla intelligenza artificiale, sulla base peraltro di una decisione assunta in precedenza da una o più delle persone fisiche che compongano i suoi organi, superando così le obiezioni sulla impossibilità di considerare atto amministrativo la decisione automatizzata per la asserita e parallela impossibilità di qualificare questa come dichiarazione di volontà²⁰.

Le conseguenze sul versante della responsabilità dell'amministrazione e dei suoi agenti per le attività automatizzate (nel senso sopra chiarito), e dunque sul versante degli strumenti di tutela dei soggetti lesi da esse, possono pertanto seguire le regole generali, fatta salva la necessità degli adattamenti dovuti alle peculiarità del caso.

Bisognerebbe a es. distinguere il profilo della ricerca della prova da quello della responsabilità.

Per il primo possono rilevare la liberalizzazione dei software utilizzati dalla p.a. (a favore della quale il legislatore italiano si è già espresso con norme precettive), utile ad agevolare la contestabilità di vizi come quelli derivanti da un errore di funzionamento dell'elaboratore o nell'immissione dei dati, dall'irragionevolezza della scelta della soluzione informatizzata in relazione all'interesse pubblico specifico da perseguire, da difetti del software o da una sua inidoneità a garantire la piena osservanza dei principi del procedimento.

Per il secondo rilevano i doveri e gli obblighi dei funzionari che a vario titolo sono coinvolti nei procedimenti automatizzati, e proprio in ragione dell'automazione: in particolare i doveri e gli obblighi del funzionario che predisponga il *software* e/o inserisca e/o trasmetta i dati, del funzionario responsabile o coordinatore della gestione dei documenti, del funzionario autore dell'atto interno al procedimento o del provvedimento sottoscritto con firma elettronica avanzata in modalità qualificata o digitale, o ancora dei funzionari responsabili del trattamento dei dati personali, della sicurezza dei dati trattati e dei sistemi informativi, o infine del *produttore del sistema di versamento* del documento informatico nel sistema di conservazione.

Se scegliere a monte la via dell'automazione non equivale dunque a rinunciare all'autonomia, rimane però aperto il quesito sulla equivalenza fra questa scelta e la rinuncia alla discrezionalità, che dell'autonomia dell'amministrazione rappresenta l'elemento centrale.

Rimane aperto anche il connesso quesito sulla irreversibilità della scelta: la risposta dipende evidentemente dal rapidissimo evolversi delle ICTs e dunque dei modi di funzionamento dei macrosistemi tecnici. In questo scenario il diritto insegue la tecnica per poterne fare uso.

L'ultimo quesito a sua volta si trascina dietro l'interrogativo sulla natura, tecnica o normativa, di possibili limiti all'uso dell'automazione. I limiti del primo

tipo hanno una capacità di imporsi e di resistere che dipende proprio dalla evoluzione delle ICT. Quelli del secondo tipo si riferiscono al rapporto fra la scelta e il parametro normativo / principio di legalità: inducono in sostanza a domandarsi se occorra una fonte che legittimi l'opzione dell'automazione o se al legislatore si chieda semplicemente di disciplinare l'imputazione dell'atto automatizzato e le responsabilità che vi si correlano.

Note

- ¹ Vale a dire il livello *informativo* e quello della *comunicazione bidirezionale*, cui fanno seguito un terzo e un quarto, ossia il livello della *transazione* e quello dell'*integrazione*.
- ² Per un approfondimento di questi temi si v. S. Civitarese Matteucci, L. Torchia, *La tecnificazione dell'amministrazione*, in questo stesso volume.
- ³ Comunicaz. Comm. europea 15.12.2010, n. 743.
- ⁴ Si veda, per l'ordinamento interno, gli artt. 13 *ter* sgg. d.lgs. 18.10.2012, n. 179, conv. dalla l. 17.12.2012, n. 221.
- ⁵ I riflessi di questa disposizione si intravedono a es. nell'art. 24 l.r. Abruzzo 1.10.2013, n. 31, che consente la partecipazione telematica al procedimento amministrativo. L'obiettivo dell'uso delle ICT come strumento per il rafforzamento della partecipazione democratica dei cittadini alla formazione delle decisioni pubbliche è inoltre contemplato dalla Comunicaz. Comm. europea 25.4.2006, n. 173, recante il Piano d'azione europeo per l'e-Government *i2010*. In questo senso si esprimono anche il Piano e-gov 2012 del Governo italiano e L'Agenda Digitale Italiana dello stesso anno, nonché, prima ancora, i documenti prodotti dal G8 di Genova nel 2001.
- ⁶ L'art. 38 della l.r. Abruzzo 1.10.2013, n. 31 ha ad esempio istituito la Banca Dati Unica dei Procedimenti Amministrativi di competenza regionale (BDU-PAI), ove i singoli atti «sono riversati, entro e non oltre dieci giorni dall'emissione dei [loro] testi integrali» (c.o 1). Utilizzando la banca dati la Giunta regionale, entro il 31 gennaio di ogni anno, elabora quindi i rapporti statistici sullo stato dei procedimenti amministrativi e li trasmette al Consiglio regionale (co. 2). In questo sistema «ogni ente pubblico e soggetto privato che a qualsiasi titolo partecipa al procedimento amministrativo di competenza regionale ha l'obbligo di collaborare alla informatizzazione degli atti» (co. 3).
- ⁷ Si veda il Piano straordinario di Stato, regioni ed enti locali per l'attuazione dell'e-government *e-gov 2010*, nonché il Piano e-gov 2012 del Governo italiano e, prima ancora, gli artt. 8 e 13 CAD e i documenti prodotti dal G8 di Genova nel 2001.
- ⁸ Cons. St., IV, 6.10.2001, n. 5287, in <<http://www.giustizia-amministrativa.it>> (09/2016).
- ⁹ Cass., civ., I, 28.12.2000, n. 16204, in *Dir. & form.*, 2002: 681.
- ¹⁰ Si veda Comunicaz. Comm. europea 18.12.2012, n. 784, avente a oggetto la revisione dell'Agenda digitale europea e la crescita digitale europea.
- ¹¹ Simile è la preferenza espressa ad esempio dal legislatore spagnolo nella l. 22.6.2007, n. 11.
- ¹² Per un approfondimento sull'uso di *software* fruibili in modalità *cloud computing* da parte della p.a. si veda Acquati, Macellari, 2012; Tubino, De Palma, Leone, 2009.
- ¹³ Anche nel senso di mancanza di *accountability*, da intendersi come capacità (*ability*) di rendere conto (*account*) delle proprie azioni, in correlazione al concetto di *responsiveness*, da intendersi invece come consapevolezza del proprio ruolo e dei propri doveri, si veda Pettinari, 2012, ed ivi ulteriori riferimenti. Il termine e il concetto di *accountability* sono particolarmente diffusi nella normativa comunitaria in materia di protezione dei dati personali.
- ¹⁴ Per la tesi che riconduce la natura giuridica del *software* scelto nel procedimento informatico a quella dell'atto amministrativo generale, si veda Masucci, 2011: 111. Per quella che lo riconduce agli atti presupposti si veda Contaldo, Marotta, 2022: 585.
- ¹⁵ Per la tesi della insindacabilità della scelta dell'uso dell'informatica si veda Orofino, 2002.
- ¹⁶ Simile è anche in questo caso il modello di responsabilità scelto ad esempio dal legislatore spagnolo nella legge n. 11 del 22 giugno 2007. Gli artt. 38 e 39 precisano tuttavia che, in caso di conclusione informatizzata e/o automatizzata del procedimento, deve essere assicurata l'identificabilità dell'organo che ha emanato il provvedimento e comunque dell'organo da considerarsi responsabile ai fini della sua eventuale impugnazione. Per un approfondimento si veda inoltre Fabra Valls, Blasco Diaz, 2009; I. Martín Delgado, *La riforma dell'amministrazione digitale: un'opportunità per ripensare la pubblica amministrazione*, in questo stesso volume.

¹⁷ Corsivi di chi scrive.

¹⁸ Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia, 8 ottobre 2007, n. 927.

¹⁹ Si pensi ai riflessi che l'automazione di certe attività cognitive, valutative e decisionali della p.a. potrebbe in certi casi avere sulla riduzione delle disparità di trattamento e sul rafforzamento della trasparenza, della legalità e dell'efficienza della sua azione, o ancora sull'incremento della partecipazione al procedimento e della certezza nella applicazione del diritto.

²⁰ Per un approfondimento su queste posizioni si v. I. Martín Delgado, *La riforma dell'amministrazione digitale: un'opportunità per ripensare la pubblica amministrazione*, in questo stesso volume.

Riferimenti bibliografici

- Acquati E., Macellari S. 2012 (a cura di), *Pubblica Amministrazione che si trasforma: cloud computing, federalismo, interoperabilità*, Passigli, Firenze.
- Ambriola V., Flick C. 2006, *La cittadinanza amministrativa telematica fra previsioni normative ed effettività*, in *Il diritto dell'informaz. e dell'informat.*, 6: 825 sgg.
- Bovens M., Zouridis S. 2002, *From Street-Level to System-Level Bureaucracies: How Information and Communication Technology Is Transforming Administrative Discretion And Constitutional Control*, in *Public Administrative Review*, 62 (2): 174 sgg.
- Bucchi M. 2003, *La democrazia alla prova della scienza*, in *il Mulino*, 6: 1050-1057.
— 2004, *Per uscire dall'impasse delle decisioni sulla tecnoscienza*, in *il Mulino*, 6: 1009-1015.
- Carloni E., *L'amministrazione aperta*, Rimini, Maggioli, 2014
- Cavallo Perin R. 2010, *La tutela cautelare nel processo avanti al giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 4: 1165-1184.
- Civitarese Matteucci S., *La forma presa sul serio*, Torino, Giappichelli, 2006
— 2009, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento liberal democratico*, in *Dir. pubb.*: 739-778.
- Clemente di San Luca G. 1993, *Libertà dell'arte e potere amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- Contaldo A., Marotta L. 2002, *L'informatizzazione dell'atto amministrativo: cenni sulle problematiche in campo*, in *Il dir. dell'informaz. e dell'informat.*, 3: 571 sgg.
- Cossutta M. 2003, *Questioni sull'informatica giuridica*, Giappichelli, Torino.
- Costantino F. 2012, *Autonomia dell'amministrazione e innovazione digitale*, Jovene, Napoli.
- Costanzo P. 2003, *La democrazia elettronica (note minime sulla c.d. 'e-democracy)*, in *Il diritto dell'informaz. e dell'informat.*, 3: 465 sgg.
- D'Alessandro P. 2002, *Critica della ragione telematica. Il pensiero in rete e le reti del pensiero*, LED, Milano.
- De Grazia D. 2011, *Informatizzazione e semplificazione dell'attività amministrativa nel 'nuovo' codice dell'amministrazione digitale*, in *Dir. pubb.*, 2: 613 sgg.
- De Pretis D. 1995, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Cedam, Padova.
- Duni G. 1993, *Teleamministrazione*, in *Enc. giur. Trecc.*
- Endrici G. 2004, *La tutela dell'ambiente urbano*, in *Dir. pubb.*, 1: 290 sgg.
- Fabra Valls M.J., Blasco Diaz J.L. 2009, *L'Amministrazione elettronica. Fini, principi e linee guida nel diritto spagnolo*, in *Inf. dir.*, 2: 39 sgg.
- Finocchiaro G. 2012, *Riflessioni su diritto e tecnica*, in *Il dir. dell'informaz. e dell'informat.*, 4-5: 831 sgg.
- Frosini T.E., *Tecnologie e libertà costituzionali*, in *Il dir. dell'informaz. e dell'informat.*, 2003, 3, 487 ss.
- Frosini V. 1984, *L'informatica nella società contemporanea*, in *Inf. dir.*, 3: 7 sgg.

- Fuggetta A. 2014, *Per una Strategia Digitale delle Amministrazioni Pubbliche del Paese*, in <<http://www.astrid-online.it>> (09/2016).
- Galimberti U. 1999, *Psiche e tecne. L'uomo nell'età della tecnica*, Feltrinelli, Milano.
- Grossi P. 2002, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Foro it.*, V: 151 sgg.
- Guastini R. 2011, *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milano.
- Irti N., Severino E. 2001, *Dialogo su diritto e tecnica*, Laterza, Roma-Bari.
- Lariccia S. 1998, *Telematica* (ad vocem), in *Enc. giur. Trecc.*, XXX: 1.
- Loevinger L. 1949, *Jurimetrics, The next step forward*, in *Minn. Law Rev.*: 455.
- Lombardi Vallauri L., Taddei Elmi G. 1982, *Integrazione e informatica giuridica*, in *Inf. e dir.*, 2: 35 sgg.
- Losano M.G., *La giuscibernetica dopo quattro decenni*, in *Il dir. dell'informaz. e dell'informat.*, 2005, 5, 727 ss.
- Lucatuorto P.M.L., Bianchini S. 2008, *Discrezionalità e temperamento degli interessi nei processi decisionali dell'amministrazione digitale*, in *Cib. dir.*: 41 sgg.
- Maggipinto A. 2008, *Internet e pubbliche amministrazioni: quale democrazia elettronica*, in *Il dir. dell'informaz. e dell'informat.*, 1: 45 sgg.
- Marongiu D. 2012, *L'attività amministrativa informatizzata*, Maggioli, Rimini.
- Marzuoli C. 1985, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Giuffrè, Milano.
- Masucci A. 2003, *Erogazione on line di servizi pubblici e teleprocedure amministrative – Disciplina giuridica e riflessi sull'azione amministrativa*, in *Dir. pubb.*, 3: 991 sgg.
- 2011, *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie. Il procedimento amministrativo elettronico a istanza di parte*, Giappichelli, Torino.
- Mattarella B.G. 2011, *La trappola delle leggi. Molte, oscure, complicate*, il Mulino, Bologna.
- Mercatali P., Romano F. 2010, *Un manuale di regole per la redazione degli atti amministrativi. Recensione del seminario di studio del 18 giugno 2010*, in *Inf. dir.*: 153 sgg.
- Merusi F. 2011, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Editoriale scientifica, Napoli.
- Minerva M. 1997, *L'attività amministrativa in forma elettronica*, in *Foro amm.*: 1300 sgg.
- Minneci U. 2008, *L'avvento della digitalizzazione nei rapporti tra pubblica amministrazione e imprese*, in *Federalismi.it*.
- Morrone A. 2012, *Teologia economica v. teologia politica? Appunti su sovranità dello Stato e «diritto costituzionale globale»*, in *Quad. cost.*, 4: 829 sgg.
- Musella F. 2010, *Legge, diritti e tecnologie. Approcci a confronto*, in *Pol. dir.*, 3: 451 sgg.
- Nacci M. 2005, *Governare la tecnica: una proposta per i riformisti*, in *il Mulino*, 3: 591 sgg.
- Olivito E. 2011, *Partecipazione e ambiente – Uno sguardo critico*, in *Dir. pubb.*, 2: 575 sgg.
- Orofino A.G. 2002, *La patologia dell'atto amministrativo elettronico: sindacato giurisdizionale e strumenti di tutela*, in *Foro amm. CdS*: 2256 sgg.

- Panebianco S., *Burocrazia europea e interessi organizzati: il lobbying sulla Commissione*, in *Amministrare*, 2001, 2, 282 ss.
- Petrakaki D. 2010, *Accountability in the context of E-government*, in P.G. Nixon, V.N. Koutrakou, R. Rawal (a cura di), *Understanding E-government in Europe. Issues and Challenges*, Routledge, Londra-New York, 96 sgg.
- Pettinari N. 2012, *Un uomo di campagna 'davanti alla legge'. Josef K. incontra le leggi e l'amministrazione: una lettura della qualità dei testi normativi e degli atti amministrativi, della burocrazia e dei suoi principi, tra diritto e letteratura*, in *Inf. dir.*, 1: 198 sgg.
- Pino G. 2013, *Interpretazione cognitiva, interpretazione decisoria, interpretazione creativa*, in *Riv. fil. dir.*, II (1): 77 sgg.
- Piras P. 2006, *L'amministrazione nell'era del diritto amministrativo elettronico*, in *Dir. dell'internet*, 6: 550 sgg.
- Police A. 1996, *Trasparenza e formazione graduale delle decisioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 2: 229 sgg.
- 1997, *La predeterminazione delle decisioni amministrative: gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, ESI, Napoli.
- Pugliatti S. 1968, *Finzione*, in *Enc. dir.*, vol. XVII, Giuffrè, Milano.
- Raiteri M. 1997, *Ceto dei giuristi e neutralità politica dell'intellettuale*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXVII (2): 563-581.
- Russi L. 1975, *L'impiego degli elaboratori elettronici nel campo del diritto: limiti e possibilità dell'unificazione dei metodi*, in *Inf. e dir.*: 100.
- Salvia F. 2002, *Considerazioni su tecnica e interessi*, in *Dir. pubb.*, 2: 603 sgg.
- Sartor G. 1996, *Intelligenza artificiale e diritto. Una introduzione*, Giuffrè, Milano.
- 2008, *Sistemi basati sulla conoscenza giuridica e servizi pubblici*, in *Dir. inf.*: 469 sgg.
- Satta F. 2012, *Liberalizzare e semplificare*, in *Dir. amm.*: 177 sgg.
- Silvestri G. 2004, *Scienza e coscienza: due premesse per l'indipendenza del giudice*, in *Dir. pubb.*, 2: 411 sgg.
- Sorace D. 2014, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, il Mulino, Bologna.
- Spasiano M.R. 2004, *La funzione amministrativa: dal tentativo di frammentazione allo statuto unico dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2: 297 sgg.
- Tarullo S. 2013, *Buone prassi e continuità dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 1-2: 149 sgg.
- Tubino V., De Palma G., Leone A. 2009, *Il valore delle nuvole: cloud computing per la P.A.*, in *E-gov*, 11: 21 sgg.
- Venturi A. 2006, *Questioni tecnico-scientifiche e tutela delle posizioni giuridiche*, in *Quad. cost.*, 3: 535 sgg.

L'ESTERNAZIONE INFORMATICA DEGLI ATTI AMMINISTRATIVI

Angelo Giuseppe Orofino

SOMMARIO – 1. Considerazioni preliminari. 2. Firme elettroniche e documenti informatici: brevi cenni. 3. L'uso delle tecniche elettroniche nella sottoscrizione dei provvedimenti amministrativi. 3.1 Le firme (e le forme) elettroniche utilizzabili. 3.2 Il valore giuridico degli atti privi di firma 'forte'. 3.3 Gli atti con rilevanza interna. 4. Brevi riflessioni di sintesi.

1. Considerazioni preliminari

L'evoluzione della tecnica ha sempre spiegato la sua influenza sul mondo del diritto il quale, non di rado, si è servito delle soluzioni offerte dalla scienza per trovare nuovi strumenti in grado di riscontrare, in maniera più appagante, esigenze da sempre avvertite dai giuristi, e mai soddisfatte appieno con i mezzi sino ad allora avuti a disposizione (Pascuzzi, 2002: 9 sgg.).

Al processo innanzi accennato non avrebbero potuto sottrarsi né l'organizzazione degli enti pubblici, né lo svolgimento dei procedimenti amministrativi (Duni, 2008: 10 sgg.; Tatti, 2009: 49 sgg.; Costantino, 2012: 28 sgg.).

Oggi le p.a. fanno uso costante delle tecnologie dell'informazione, utili a vari fini. L'informatica pubblica sta, infatti, cambiando il modo di amministrare, giacché consente di ottenere risultati di immediato rilievo, quali lo snellimento agire amministrativo, l'accrescimento della partecipazione procedimentale, la garanzia di una maggiore trasparenza, una più piena attuazione dei canoni di buon andamento e imparzialità.

Proprio per questo, è molto alta l'attenzione del legislatore verso i temi dell'amministrazione digitale, che sono sempre più frequentemente oggetto di riforme di sicuro rilievo.

Si pensi alle disposizioni che promuovono l'uso della telematica, vista quale strumento utile a garantire una maggiore efficienza nello svolgimento dell'attività delle p.a.¹, ovvero a quelle che canonizzano un diritto all'uso delle tecnologie nelle comunicazioni con le amministrazioni², ovvero garantiscono la partecipazione procedimentale mediante internet³, anche attraverso l'istituzione di un domicilio digitale dei cittadini⁴ e la incentivazione dell'uso della Pec negli scambi tra amministrazioni ed imprese⁵.

Si pensi, poi, all'impulso verso un più pieno uso dei nuovi strumenti propiziato con le riforme 'Madia' di cui alla l. 7.8.2015, n. 124, il cui art 1 (enfatica-

mente rubricato *Carta della cittadinanza digitale*) ha delegato il Governo all'adozione di uno o più decreti legislativi – non ancora pubblicati alla data di redazione del presente contributo – volti ad incentivare il ricorso alle tecniche digitali di interlocuzione, anche al fine di procedere ad una riorganizzazione dei procedimenti amministrativi, in relazione alle esigenze che sorgono dall'uso delle forme elettroniche nello svolgimento degli stessi.

Senonché, l'informatica e la telematica, se da un lato costituiscono un'opportunità che semplifica moltissimo alcuni passaggi e rende immediato e agevole il contatto tra enti pubblici e soggetti privati, dall'altro pongono dei problemi di non poco momento che, se non affrontati con adeguata cautela e sicura consapevolezza, rischiano di trasformare l'informatizzazione in un ulteriore male endemico dell'amministrazione italiana (D'Elia Ciampi, 2003: 1627).

I problemi che appaiono di maggiore importanza e di più difficile soluzione sono proprio quelli riferiti alle forme da usare nell'esternazione dei provvedimenti o degli atti adoperati ai fini dello svolgimento dell'attività amministrativa e, quindi, degli strumenti di sottoscrizione utilizzabili (su questi argomenti v. già Duni, 1978; Selleri, 1982).

La ragione dell'interesse verso i temi innanzi accennati deriva dalla evidente esigenza di fornire adeguate garanzie in relazione alla imputabilità dei documenti sui quali gli atti vengono a perfezionarsi e, quindi, alla certezza della integrità di tali documenti (Orofino, 2008: 73 sgg.).

Il che, in un mondo, come quello delle amministrazioni pubbliche, nel quale è accentuata l'attenzione per le garanzie formali (Ledda, 2000; Luciani, 2003; Civitaresse Matteucci, 2006), suscita problemi di non poco momento (Giannini, 1986: 140), che debbono essere esaminati e risolti con atteggiamento cauto e sorvegliato e, soprattutto, con una particolare attenzione agli elementi tecnico-fattuali.

La dimensione normativa della fattualità, su cui più volte si è soffermata la dottrina (Grossi, 2007: 20 sgg.; Iannotta, 2013), si manifesta con sicura evidenza nelle branche giuridiche caratterizzate da un intenso rapporto con l'evolversi della tecnica: in questi settori ordinamentali, il pieno governo dell'elemento fattuale è tanto necessario alla formulazione di norme 'consapevoli' – cioè in grado di dare disciplina compiuta delle situazioni oggetto dell'intervento normativo –, quando difficile da conquistare (Barone, 2006: 51 sgg.), proprio per via delle difficoltà di dominio del dato empirico, la cui penetrazione richiede conoscenze tecniche, spesso non padroneggiate dal legislatore (Gentili, 2003; Finocchiaro, 2012: 831; su questi temi v. anche Irti, Severino, 2001).

Ed è anche a causa delle cennate difficoltà che la materia risulta oggetto di numerosi, quanto incerti, interventi di riforma, tesi a definire il valore giuridico dei documenti informatici e le forme elettroniche che possono essere adoperate dalle pubbliche amministrazioni nello svolgimento della loro attività.

2. *Firme elettroniche e documenti informatici: brevi cenni*

Quelli accennati in chiusura del paragrafo che precede sono i 'grandi temi' del diritto informatico, branca che si contraddistingue proprio per la estrema varietà di mezzi tecnici di esternazione degli atti giuridici, varietà alla quale consegue un differente valore attribuito alle diverse forme elettroniche di volta in volta adoperate.

E difatti, laddove gli atti manifestati su supporto cartaceo si caratterizzano per una certa omogeneità nelle forme utilizzabili – così che vi sarà una tendenziale equivalenza⁶ tra il valore di un documento firmato, che sia stato vergato integralmente a mano, e quello di altro documento confezionato con strumenti di dattiloscrittura o di videoscrittura e, solo successivamente, segnato con firme autografe poste in calce al testo predisposto meccanicamente (in tal senso v. Orlandi, 1997: 323 sgg., il quale, riferendosi alle varie tipologie di scritture private, parla di pluralità di figure equipollenti; in termini v. anche Breccia, 2006: 564) – innegabili differenze saranno sussistenti tra i vari documenti informatici in ragione: *a*) della loro peculiare struttura (in ipotesi, dovuta al supporto sul quale sono impressi); *b*) dei mezzi adoperati per validarli; *c*) della conseguente idoneità a soddisfare le esigenze di certezza che, inevitabilmente, accompagnano la formazione di ogni mezzo documentale (Ricci, 2003: 85 sgg.).

Ed è proprio per questo che l'art. 20, c. 1 *bis* del Codice dell'amministrazione digitale dispone che il valore probatorio del documento informatico è liberamente valutabile in relazione alle sue caratteristiche oggettive di qualità, sicurezza, integrità ed immodificabilità (Buonomo, Merone, 2013).

Il pregio giuridico del documento informatico, dunque, dipende in buona parte dagli strumenti adoperati per conferirgli valore e, quindi, dalle firme elettroniche adoperate per contrassegnarlo.

La disciplina in materia è stata, però, caratterizzata da un travaglio normativo che ha portato il legislatore ad intervenire a più riprese sull'argomento, con diversi interventi riformatori.

Dopo aver precorso i tempi, con la promulgazione dell'art. 15 della l. 15.3.1997, n. 15, e con il d.p.r. 10.11.1997, n. 513 (Finocchiaro, 2000), per mezzo dei quali si è offerta una prima disciplina in tema di firme digitali e documenti informatici, il legislatore italiano è stato costretto a tornare sui propri passi per adeguare la normativa nazionale alle disposizioni comunitarie⁷ che, diversamente da quanto previsto dal d.p.r. n. 513/1997, hanno garantito la neutralità tecnologica degli strumenti di sottoscrizione informatica (Buonomo, 2004: 158 sgg.), laddove con la firma digitale si dava rilievo unicamente ad una precisa tecnologia di firma: quella basata sul sistema crittografico delle doppie chiavi asimmetriche (Zagami, 2000: 33 sgg.).

Onde conformarsi alle disposizioni comunitarie e, nel contempo, dare una compiuta disciplina di una materia nuova e difficile da ordinare, il legislatore (definito «goffo» da Gentili, 2003: 671) è intervenuto con molteplici provvedimenti di regolamentazione della materia, che hanno prima accresciuto, e poi diminuito, il numero di firme elettroniche tipizzate dalla normativa di settore, infine portandolo a quattro distinti strumenti di segnatura informatica oggi riconosciuti dal Codice dell'amministrazione digitale (Buonomo, Merone, 2013: 257 sgg.).

Ed infatti, a seguito della riforma del CAD operata con il d.lgs. 30.12.2010, n. 235, si attribuisce rilievo alla firma elettronica c.d. 'semplice', alla firma elettronica avanzata, alla firma elettronica qualificata, ed alla firma digitale.

La prima, cioè la firma elettronica 'semplice', è definita come uno strumento di identificazione informatica che utilizza un sistema di dati in forma elettronica, allegati o connessi tramite associazione logica ad altri dati elettronici⁸. Essa, dunque, può venire considerata come un mezzo che consenta di risalire all'autore di un documento informatico, anche se non possiede particolari livelli di attendibilità, ovvero non offre sufficienti garanzie in merito alla paternità, e quasi nessuna certezza in relazione alla integrità del documento stesso⁹.

Si adoperano le firme elettroniche semplici, pertanto, in tutte le occasioni in cui – per la poca importanza dell'atto venuto in essere, ovvero per la sussistenza di una particolare fiducia nel proprio interlocutore – si ritiene di poter adottare forme caratterizzate da una maggiore libertà.

Vi è, quindi, la firma elettronica avanzata, che si contraddistingue per l'essere un insieme di dati in forma elettronica allegati oppure connessi a un documento informatico, che: *a)* consentono l'identificazione del firmatario del documento; *b)* garantiscono la connessione univoca al firmatario; *c)* sono creati con mezzi sui quali il firmatario può conservare un controllo esclusivo; *d)* sono collegati ai dati ai quali detta firma si riferisce in modo da consentire di rilevare se i dati stessi siano stati successivamente modificati¹⁰.

Ulteriore strumento disciplinato dal Codice dell'amministrazione digitale è, poi, la firma elettronica qualificata¹¹, la quale non è altro che una peculiare firma elettronica avanzata che, oltre a possedere tutti i requisiti previsti per quest'ultima tipologia di sottoscrizione, dovrà possedere l'ulteriore caratteristica di essere basata su un certificato qualificato¹² e realizzata mediante un dispositivo sicuro per la creazione della firma¹³.

Infine, vi è la firma digitale, che è costituita da un particolare tipo di firma elettronica avanzata, bastata su un certificato qualificato¹⁴ e su un sistema di chiavi crittografiche – una pubblica e l'altra privata – correlate tra loro, che consentono al titolare tramite la chiave privata ed al destinatario tramite la chiave pubblica, rispettivamente di sottoscrivere, ovvero di verificare l'integrità di un documento emesso in forma elettronica.

Senza addentrarsi in una descrizione dettagliata del mezzo e delle soluzioni tecniche adoperate, preme evidenziare che la firma digitale è l'unico degli strumenti di segnatura elettronica che sia stato chiaramente tipizzato dal legislatore (Orofino, 2008: 90), anche mediante il rinvio a normativa di dettaglio¹⁵ che disciplina con puntualità ogni aspetto tecnico e procedurale relativo all'apposizione della firma, alle tecnologie a tal fine utilizzabili, ed alle modalità di verifica della validità del contrassegno informatico.

Il che ha, di fatto, reso la firma digitale il solo mezzo di sottoscrizione elettronica il cui valore giuridico possa essere stabilito *ex ante*, piuttosto che con una indagine *ex post*, volta ad appurare se lo strumento adoperato soddisfi i requisiti richiesti per essere considerato una firma elettronica semplice, avanzata o qualificata (Orofino, 2008: 100).

3. *L'uso delle tecniche elettroniche nella sottoscrizione degli atti amministrativi*

3.1 *Le firme (e le forme) elettroniche utilizzabili*

Enunciate in maniera estremamente sintetica le caratteristiche peculiari delle varie tipologie di firme elettroniche (per maggiori approfondimenti cfr., oltre gli scritti già citati in precedenza, Battelli, 2012), occorre ora indagare quali di esse si prestino per la segnatura degli atti e provvedimenti amministrativi.

La risposta al quesito che precede dovrà essere data attraverso un'analisi della specifica normativa applicabile alla materia, ma anche attraverso lo scrutinio dei principi che governano il perfezionamento dei provvedimenti o, comunque, delle regole tese a disciplinare lo svolgimento dell'agire amministrativo.

L'art. 25 del d.p.r. n. 445/2000, con disposizione oramai abrogata a seguito dell'entrata in vigore del CAD, disponeva che in tutti i documenti informatici formati o detenuti dalle pubbliche amministrazioni la sottoscrizione autografa fosse sostituita dalla firma digitale, il cui utilizzo sarebbe stato idoneo a soppiantare, ad ogni fine di legge, l'apposizione di sigilli, punzoni, timbri, contrassegni e marchi comunque previsti (Orofino, 2004).

Solo per il perfezionamento di documenti aventi rilevanza esclusivamente interna l'art. 29 del TUDA disponeva che ciascuna amministrazione potesse prevedere diversi strumenti di validazione, scelti autonomamente dalla p.a., nell'esercizio della propria potestà organizzativa.

Con la promulgazione del Codice dell'amministrazione digitale, però, l'art. 25 del TUDA è stato abrogato e sostituito dalle nuove disposizioni recate dal CAD.

Senonché, queste ultime non offrono soluzioni univoche al quesito innanzi posto, visto che non specificano con certezza le tipologie di firme utilizzabili per segnare gli atti amministrativi rivolti verso l'esterno; vi è, invece, la confer-

ma della libertà di forme adoperabili per gli atti a rilevanza interna, ma su questo si tornerà *infra* al § 3.3.

La poca chiarezza usata dal legislatore del CAD, parzialmente giustificata dall'obbligo di rispettare il principio di neutralità tecnologica di cui si è già detto *supra* al § 2¹⁶, impone di ricavare in via interpretativa le regole sulla validazione degli atti amministrativi informatici aventi valore provvedimentoale o, comunque, destinati ad esplicare effetti al di fuori dell'organizzazione amministrativa.

Un primo supporto esecutivo viene offerto dall'art. 34, c. 1, del d.lgs. n. 82/2005, il quale dispone che le p.a., nella sottoscrizione di documenti a rilevanza esterna, debbano servirsi di certificatori accreditati o, in alternativa, possano svolgere autonomamente, nei confronti dei propri organi o uffici (ma anche di terzi, ancorché esclusivamente per i rapporti che questi abbiano con la p.a. che li emette), attività di rilascio di certificati qualificati.

Occorre ricordare che i certificati qualificati sono richiesti per le firme elettroniche qualificate, e non anche per quelle avanzate¹⁷, e che i certificatori accreditati, ai sensi dell'art. 29 del d.lgs. n. 82/2005, sono coloro che hanno conseguito il possesso dei requisiti del livello più elevato in termini di qualità e sicurezza; pertanto, sono dotati di standard addirittura più severi rispetto a quelli che l'art. 27 del CAD richiede ai semplici certificatori qualificati.

Dalla norma innanzi riassunta può evincersi la regola secondo cui nell'adozione di atti con effetti diretti su terzi, gli enti pubblici sono tenuti ad adoperare firme elettroniche cui vengano associati certificati qualificati emessi da soggetti dotati di particolare affidabilità (i certificatori accreditati, per l'appunto), ed è noto che i mezzi di sottoscrizione informatica rispondenti a tali requisiti sono le firme digitali e quelle elettroniche qualificate.

Una prima conferma a quanto innanzi detto deriva, poi, dalla circostanza che l'art. 23 *ter*, c. 3, del CAD prescrive che le copie su supporto informatico di documenti prodotti (o, comunque, detenuti) dalla pubblica amministrazione in formato analogico, hanno il medesimo valore giuridico, ad ogni effetto di legge, degli originali da cui sono tratte, se la loro conformità all'originale è assicurata dal funzionario a ciò delegato nell'ambito dell'ordinamento proprio dell'amministrazione di appartenenza, mediante l'utilizzo della *firma digitale* o di altra *firma elettronica qualificata* e nel rispetto delle regole tecniche stabilite ai sensi dell'articolo 71 del CAD; quando ciò accada, la norma appena richiamata prescrive che l'obbligo di conservazione dell'originale del documento è soddisfatto con la sola conservazione della copia su supporto informatico.

Ulteriore conferma, poi, deriva dall'art. 22, c. 1, del CAD, il quale dispone che i documenti informatici contenenti copie di atti pubblici, scritture private e documenti in genere, «compresi gli atti e documenti amministrativi di ogni tipo formati in origine su supporto analogico» hanno «piena efficacia, ai sen-

si degli articoli 2714 e 2715¹⁸ del codice civile, se ad essi è apposta o associata, da parte di colui che li spedisce o li rilascia una *firma digitale o altra firma elettronica qualificata*; quando ciò accada «la loro esibizione e produzione sostituisce quella dell'originale».

Da tali articoli, che prescrivono l'utilizzo del mezzo 'forte' di segnatrice elettronica per le riproduzioni di atti amministrativi aventi pieno valore legale, al punto da essere idonei a sostituire gli originali, può ricavarsi, *a contrario*, che una firma 'forte' debba essere apposta a tutti gli atti adottati dalle p.a., tranne che per quelli interni, in relazione ai quali vige una specifica disciplina. Sarebbe, infatti, irragionevole prevedere un diverso regime per le copie, e rispetto a quello disposto per gli atti formati direttamente su supporto elettronico.

Le disposizioni sopra richiamate dimostrano lo sfavore con il quale il legislatore disciplina i documenti informatici adottati con tecniche che non garantiscano l'integrità ed immodificabilità del contenuto, così non consentendo di attribuirne con certezza la paternità e, quindi, le eventuali responsabilità connesse alla loro adozione.

Per tali ragioni, ancorché si sia attribuito valore tipico (con rinvio all'art. 2702 c.c.) sia agli atti sottoscritti con firma digitale o altra firma elettronica qualificata, che a quelli sottoscritti con firma elettronica avanzata, solo per i primi l'art. 21, c. 1, del CAD ha previsto la non ripudiabilità, laddove ha statuito che «l'utilizzo del dispositivo di firma elettronica qualificata o digitale si presume riconducibile al titolare, salvo che questi dia prova contraria».

Una simile presunzione non vi è, invece, per gli atti segnati con firme elettroniche avanzate o semplici.

Ed appare poco opportuno immaginare che possano sottoscrivere provvedimenti amministrativi mediante strumenti che non consentano una sicura attribuzione della paternità.

Da quanto precede può, dunque, dedursi che le norme vigenti in materia prevedano che gli atti aventi rilevanza esterna siano validati con firme digitali o, almeno, con firme qualificate.

Se, poi, si considera che non sono diffuse firme qualificate e che l'eventuale riconducibilità di uno strumento di segnatrice alla categoria innanzi indicata appare il frutto di una operazione valutativa condotta *ex post*, non scevra da dubbi ed incertezze (cfr. *supra*, § 2), pare oltremodo opportuno che la sottoscrizione dei provvedimenti venga fatta con firma digitale.

Possono riferirsi anche agli atti amministrativi (Orofino, 2008: 98) le perplessità manifestate dalla commissione speciale del Consiglio di Stato chiamata a rendere il proprio parere sullo schema di decreto legislativo volto ad apportare modifiche al CAD, la quale, in riferimento al valore giuridico delle prove informatiche da prodursi innanzi ad un tribunale, ha osservato che l'atipi-

cità di alcuni mezzi di firma può essere fonte di incertezza e perplessità da parte degli organi chiamati a valutare il rilievo probatorio dei documenti elettronici: per quanto concerne l'articolo 17 del decreto legislativo, recante modifiche all'art. 20 (*Validità ed efficacia probatoria dei documenti informatici*) del CAD, la commissione speciale rileva che, in base a tale disposizione, «l'idoneità del documento informatico a soddisfare il requisito della forma scritta e il suo valore probatorio sono liberamente valutabili in giudizio, in relazione alle sue caratteristiche oggettive di qualità, sicurezza, integrità e immodificabilità». La novella introdotta dal succitato articolo, quindi, demanda agli organi giudicanti la verifica dell'idoneità dei documenti informatici privi di firma a soddisfare, in relazione ai parametri individuati dall'articolo stesso, il requisito della forma scritta.

In relazione a quanto esposto potrebbe essere opportuno, in sede di stesura definitiva del presente decreto, inserire nell'articolo in esame un rinvio alla norme tecniche relative ai processi telematici, per far sì che le medesime disciplinino con un adeguato grado di dettaglio e con riferimento alla specificità dei singoli procedimenti, *i parametri tecnici* necessari agli organi giudicanti *al fine di una corretta valutazione dell'adeguatezza dei documenti informatici privi di firma a soddisfare il requisito della forma scritta*. Ciò sia in considerazione del fatto che quanto precede si trasformerebbe in un utile ausilio agli organi giudicanti che *non necessariamente sono in possesso delle competenze tecniche per poter autonomamente procedere alla valutazione* prevista nel presente articolo sia in ragione della circostanza che quanto proposto non risulta in contrasto con il più volte citato regolamento eIDAS, che non reca una disciplina specifica del valore probatorio dei documenti informatici privi di firma, limitandosi a stabilire il generale principio di non discriminazione di detti documenti, ai sensi del quale non può negarsi valore giuridico ad un determinato documento informatico solo in ragione della sua forma elettronica (art. 25 del citato regolamento)¹⁹.

E però, le conclusioni alle quali si è giunti, se paiono confermate da alcune indicazioni che si traggono da normativa di settore, nondimeno sembrano contraddette da talune altre disposizioni e da indicazioni giurisprudenziali, con cui appare doveroso confrontarsi.

È bene cominciare tale confronto con l'esame di quelle pronunce in cui, svalutando l'importanza dell'assunzione di responsabilità che si ha con l'apposizione della firma, si è sostenuto che «l'autografia della sottoscrizione non è configurabile come requisito di esistenza o di validità degli atti amministrativi quando i dati esplicitati nel contesto documentativo dell'atto consentano di accertarne la sicura attribuibilità a chi deve esserne l'autore; in questi casi, infatti, secondo le disposizioni di cui al d.lgs. 12.2.1993, n. 39 e da ultimo del d.lgs. 7.3.2005,

n. 82 – Codice dell'amministrazione digitale – e s.m.i., nel caso di emanazione di atti amministrativi mediante sistemi informatici e telematici, la firma autografa è sostituita dall'indicazione a stampa (firma digitale), sul documento prodotto dal sistema automatizzato, del nominativo del soggetto responsabile che ne attesta con certezza l'integrità e l'autenticità della firma»²⁰.

L'affermazione innanzi riprodotta non è infrequente nella giurisprudenza dei Tar²¹, e disvela un approccio perplesso in merito ai meccanismi di segnatura adoperabili per i vari atti informatici.

La sottoscrizione a stampa – espressamente prevista dalla normativa del 1993 per i provvedimenti automatizzati esternati in forma cartacea (Orofino, 2002; Marongiu, 2005: 93 sgg.) – viene ritenuta applicabile anche ad atti amministrativi manifestati su supporto elettronico, e viene, addirittura, equiparata alla firma digitale e confusa con essa: si legge, infatti, nel provvedimento giurisdizionale innanzi trascritto che «la firma autografa è sostituita dall'indicazione a stampa (firma digitale)».

Oltre che dalla giurisprudenza innanzi richiamata, le conclusioni alle quali si è giunti, paiono essere smentite anche da alcune disposizioni normative, come quella recata dall'art. 15 della l. n. 241/1990, e quella recata dall'art. 3 *bis* del CAD.

Cominciando l'analisi da quest'ultima, può osservarsi che, con l'art. 3 *bis*, il legislatore dispone che le comunicazioni fatte dalle p.a. ai cittadini possano essere sottoscritte con semplice firma avanzata, e non necessariamente con sottoscrizione qualificata o digitale. La norma, invero, pare contraddire – oltre le tesi manifestate da chi scrive – anche quanto detto nell'art. 47 del CAD, dove si legge che le comunicazioni di documenti tra enti pubblici debbono avvenire mediante l'utilizzo della Pec, e si specifica che «esse sono valide ai fini del procedimento amministrativo una volta che ne sia verificata la provenienza» (c. 1). Si spiega, poi, nello stesso art. 47, c. 2, che «ai fini della verifica della provenienza le comunicazioni sono valide se: a) sono sottoscritte con firma digitale o altro tipo di firma elettronica qualificata».

Tutto ciò pare sollevare un problema di coerenza, ove si ponga attenzione al diverso rigore richiesto per le comunicazioni ai cittadini (in relazione alle quali è sufficiente la sola firma avanzata *ex art. 3 bis*), e per quelle tra amministrazioni (da validare con firma qualificata o digitale, come prevede l'art. 47).

Il cennato problema è, però, agevolmente superabile quando si presti attenzione alla circostanza che le misure di conoscenza possono assumere una veste differente da quella rivestita dagli atti recapitati; in difetto di una norma che imponga determinate garanzie, infatti, vige il principio della libertà delle forme comunicative, purché i mezzi adoperati assicurino il soddisfacimento delle finalità conoscitive perseguite dalla disposizione che disciplina la funzione con-

cretamente esercitata (Ottaviano, 1953: 276 sgg.; Orofino, 2005b: 164; Villata, Ramajoli, 2006: 236).

Pertanto, se non vi sono particolari preoccupazioni che presiedono al perfezionamento degli atti partecipativi, maggiore cautela deve essere riservata alle comunicazioni che si svolgono tra p.a., le quali, più che scopo meramente informativo, hanno talvolta funzione di impulso (atti di iniziativa) o, comunque, possono servire ad esprimere la volontà provvedimentale dell'ente all'interno di un procedimento al quale tale ente prenda parte.

Questo pare giustificare un diverso rigore formalistico tra due situazioni apparentemente identiche, cioè quelle disciplinate dagli artt. 3 *bis* e 47 del CAD.

La tesi secondo la quale non possono validamente validarsi provvedimenti amministrativi con strumenti diversi dalla firma digitale o da quella qualificata, pare poi sconfessata dalla circostanza che l'art. 15 della l. n. 241/1990 consente la sottoscrizione di accordi tra pubbliche amministrazioni anche con semplice firma elettronica avanzata.

Volendo spiegare il differente regime previsto dalle disposizioni del CAD innanzi commentate e dall'art. 15 della legge sul procedimento, potrebbe trovarsi una possibile giustificazione nell'attenuarsi della necessità di garanzie che può venire il rilievo laddove siano raggiunti accordi tra soggetti pubblici i quali – vista la natura degli stipulanti – difficilmente potrebbero dar luogo a questioni legate al disconoscimento dell'atto sinallagmatico venuto in essere, o del suo contenuto: ciò è vieppiù vero ove si consideri che la stipula di un accordo tra p.a. è preceduta dall'adozione di atti deliberativi, nei quali viene puntualmente individuato il contenuto dello stesso accordo (Portaluri, 2015: 147).

In realtà, pare a chi scrive che la giustificazione appena enunciata – pur astrattamente ipotizzabile – non sia quella più plausibile. Si reputa, invece, probabile che il testo dell'art. 15 – nella parte in cui consente la sottoscrizione informatica con strumenti diversi dalla firma digitale – sia il frutto di una tecnica legislativa poco incisiva e, soprattutto, non particolarmente consapevole, giacché caratterizzata da una insufficiente confidenza che il legislatore dimostra con riferimento alle tematiche del diritto amministrativo informatico (v. quanto già detto *supra*, nel § 1).

Non è un caso, del resto, che – con rigidità evidentemente maggiore rispetto a quella adoperata per gli accordi tra amministrazioni – si impone la sola firma digitale (nemmeno quella qualificata) ai fini dell'esternazione informatica di documenti relativi alle note caratteristiche degli appartenenti alle forze armate²², o attestanti il rispetto di taluni obiettivi di finanza pubblica²³, ovvero l'ossequio alle norme in tema di controllo del pericolo di incidenti nell'uso di sostanze pericolose²⁴.

Il che porta a confermare l'esegesi proposta nel presente paragrafo, ritenendo necessarie per la sottoscrizione di atti amministrativi solo firme digitali o qualificate.

Tale esegesi, peraltro, pare avvalorata dalla circostanza che – secondo quanto previsto da un recente schema di decreto legislativo, emanato sulla base della delega contenuta nell'art. 1 della l. n. 124/2015, e recante prossime modifiche al CAD²⁵ – la sottoscrizione degli atti pubblici redatti su documenti informatici dovrà essere apposta con firma qualificata o digitale²⁶.

Si è certamente consapevole che non tutti gli atti amministrativi possono essere considerati atti pubblici; ciononostante ve ne sono molti che sicuramente rientrano in tale categoria (si pensi ai verbali delle delibere giuntali o consiliari, o a quelli degli verbali dalle commissioni di gara, durante le procedure di affidamento degli appalti pubblici). Distinguere tra le forme di sottoscrizione richieste per i documenti amministrativi che esternino atti pubblici, da quelle imposte per tutti gli altri, appare foriero di incertezze che non appaiono sorrette da alcuna *ratio* giuridica.

Anche tale ultimo ordine di considerazioni porta a ritenere necessario l'uso di meccanismi 'forti' di imputazione per la sottoscrizione dei provvedimenti.

3.2 *Il valore giuridico degli atti privi di firma 'forte'*

Occorre, a questo punto, domandarsi che rilievo possano avere gli atti sforniti di firma digitale o qualificata e, quindi, se essi siano da considerarsi invalidi, e se tale ipotetica invalidità possa essere eventualmente sanata in qualche modo.

La dottrina non pare essersi interessata al problema.

Anche la giurisprudenza ha affrontato la questione solo in poche occasioni e con pronunce che non hanno offerto soluzioni di un qualche rilievo sistematico.

Si è, infatti, sostenuto che una nota inviata con semplice e-mail non abbia i requisiti formali di un parere ministeriale²⁷, né possa avere il valore di atto pubblico²⁸, ma debba essere considerata semplicemente una comunicazione priva di valore provvedimento²⁹.

In altra occasione, però, si è dichiarata l'inammissibilità, per difetto di interesse, della doglianza volta a far valere un vizio della forma elettronica di un atto amministrativo, con la seguente motivazione: «quanto ai dedotti profili di illegittimità per difetto dei requisiti di forma (per mancanza della firma digitale *ex art. 15, c. 2 bis*, della l. n. 241/90) la censura è inammissibile per difetto di interesse, posto che non è lesiva per le prerogative delle parti ricorrenti la mancanza del requisito della sottoscrizione della firma elettronica tra le p.a., non essendo dubbia la riferibilità della volontà espressa nell'atto alle amministrazioni titolari dell'interesse pubblico tutelato»³⁰.

Nella pronuncia innanzi trascritta, l'organo giudicante, nel giungere alla conclusione sopra riportata, pare aver fatto applicazione del principio di strumentalità delle forme, recato dagli artt. 121 e 156, c. 2, c.p.c.

Tale principio, già invocato anche da chi scrive (Orofino, 2005b: 70), con osservazioni condivise dalla sezione consultiva del Consiglio di Stato³¹, postula la sufficienza di una determinata modalità di esternazione quando – pur diversa da quella indicata *ex lege* – si riveli comunque idonea al perseguimento dello scopo cui l'atto è preordinato: ne consegue che hanno rilievo invalidante solo gravi difformità rispetto al paradigma normativo, ma non anche violazioni di minimo rilievo che non incidano sulle garanzie offerte dal documento informatico.

Nonché, si è condivisibilmente affermato che, anche quando si usino le forme elettroniche, non è possibile «rinunciare ad un requisito essenziale dell'attività giuridica in genere e di quella pubblica in particolare: la sicura attribuitività degli atti a chi ne deve essere l'autore secondo la previsione normativa» (Duni, 1993: 3).

Simile obiettivo può essere conseguito solo ponendo adeguata attenzione alle garanzie di esternazione, il cui rilievo non deve essere oltremodo enfatizzato – pena la violazione del divieto di aggravio del procedimento *ex art. 2 della l. n. 241/1990* –, ma non può nemmeno essere svilito al punto tale da consentire una facile elusione delle responsabilità scaturenti dall'adozione del provvedimento, quando non sia certa l'attribuzione della sua paternità. Va sempre tenuto a mente il severo monito volto a ricordare che «il dovere di rispondere dei propri atti verso i singoli, esterni all'amministrazione, o verso la società, acquista una colorazione particolare, è cioè lo specifico dell'amministrazione pubblica» (così Berti, 2008: 270; in termini Berti, 1994: 375 sgg.).

Le considerazioni appena svolte giustificano, dunque, l'uso di meccanismi certi di identificazione dell'autore del documento e di garanzia della sua immutabilità (Ledda, 2000: 3452 sgg.), visto che l'informatizzazione non può condurre alla spersonalizzazione ed alla deresponsabilizzazione (Sorace, 2007: 139).

Si badi bene che quella esposta non è preoccupazione eccessiva, ove si ponga mente alla circostanza che è già accaduto che taluni funzionari pubblici si siano sottratti alle responsabilità scaturenti dall'adozione di un provvedimento, per via della sua non agevole imputazione³².

Alla luce di simili considerazioni, appare opportuno affermare l'invalidità dei provvedimenti privi di firma forte.

Ciò non significa che essi siano inidonei a produrre effetti giuridici, soprattutto quando in grado di ingenerare un affidamento nei destinatari dell'agire amministrativo (Merusi, 2001), dal quale possono scaturire anche eventuali responsabilità per l'amministrazione (Ferrara, 2004: 747).

Perché tutto questo possa accadere, però, è necessario che vi sia il mancato disconoscimento di simili documenti o, in difetto, si riesca comunque a risalire con certezza al loro autore: il che non è sempre semplice laddove manchino idonei strumenti di attribuzione della paternità dell'atto.

Quanto ricordato ha particolare rilievo con riferimento ai provvedimenti amministrativi, vista la loro attitudine ad incidere, anche invasivamente, sulle posizioni soggettive dei cittadini.

Il che, come detto *supra* (cfr. § 3.1) porta a diffidare di strumenti di sottoscrizione dal valore non tipico o, peggio, il cui rilievo debba essere di volta in volta appurato dagli organi precedenti, con un'indagine condotta con riferimento al singolo mezzo di segnatura utilizzato. Strumenti atipici, dunque, possono adoperarsi quelle volte in cui vi sia una attenuazione delle esigenze di rigore formalistico, così come accade per l'esternazione di atti interni o per taluni (ma non per tutti gli) atti recapitati dai privati alle p.a.: non si dimentichi, del resto, che una 'graduazione' delle forme è anche prevista dall'art. 21, c. 2 *bis*, del CAD in relazione alle scritture private di cui all'art. 1350 c.c.³³

Non osta, infine, all'accoglimento delle conclusioni appena rassegnate l'affermazione, ricorrente in giurisprudenza, a mente della quale la nozione di atto pubblico si caratterizza in guisa da comprendervi anche gli atti mancanti di sottoscrizione che contengano attestazioni di verità suscettibili di produrre effetti giuridici per la p.a, purché esista la possibilità di identificarne, *in modo certo*, la provenienza dall'organo pubblico, e sempre che non si tratti di operazione, in relazione alla quale la legge richieda *ad substantiam* la sottoscrizione di chi partecipò alla formazione dell'atto³⁴.

Sulla scorta di tale orientamento si è, quindi, ritenuto di attribuire valore di atto pubblico anche gli strumenti predisposti da una amministrazione per la rilevazione delle ore di lavoro prestate dai dipendenti³⁵, all'archivio informatico di una p.a.³⁶, all'estratto conto contributivo rilasciato dall'Inps³⁷.

A ben vedere nei casi innanzi indicati, si è per lo più alla presenza di documenti non dichiarativi che, in quanto tali, possono prescindere dall'apposizione di una sottoscrizione (Caernelutti, 1957: 86 sgg.), e, soprattutto, non si è in presenza di documenti che manifestino volontà provvedimentale.

Il che giustifica il diverso approccio formale: diverso approccio, si badi, rispondente comunque un fine omogeneo che accomuna tutte le situazioni di cui si è discusso (provvedimenti o archivi informatici), cioè quello di garantire la massima certezza amministrativa e la più incisiva imputazione delle responsabilità.

È questo, del resto, il fine che chiaramente ispira la giurisprudenza richiamata nelle note che precedono, la quale giunge a riconoscere agli archivi informatici pubblici (per i quali è tecnicamente impossibile l'apposizione di una sotto-

scrizione elettronica) il rilievo documentale di cui si è detto, all'evidente scopo di poter infliggere pene più severe per chi alteri illecitamente il loro contenuto.

3.3 Gli atti con rilevanza interna

Un minor rigore, invece, può essere adoperato per il perfezionamento di atti con rilevanza interna, in relazione ai quali l'art. 34, c. 2, del d.lgs. n. 82/2005 consente l'uso di mezzi atipici di individuazione della paternità, scelti autonomamente dall'amministrazione precedente nell'esercizio della propria autonomia organizzativa, senza che vi sia il necessario bisogno di utilizzare strumenti in grado di offrire garanzie equivalenti a quelle offerte dalle firme digitali o qualificate.

In questi casi, la minore attenzione alle forme si giustifica con la circostanza che gli atti interni assumono posizione strumentale rispetto ai provvedimenti i quali, poiché destinati ad incidere sulle posizioni soggettive dei cittadini, richiedono l'impiego di un rigore ovviamente maggiore che, come detto, è funzionale ad una puntuale attribuzione di ogni responsabilità scaturente dall'adozione del provvedimento stesso.

Non che tale necessità non sussista per gli atti endoprocedimentali: anche questi ultimi, infatti, possono contribuire a concretare la lesione di interessi di privati, ed essere oggetto del sindacato giurisdizionale (Giannini, 2004: 539; Giannini, 1993: 449 sgg.).

E però, visto il loro rilievo interno, appare possibile dare prevalenza alle ragioni della celerità e dello snellimento, giacché le esigenze di garanzia scaturenti dall'adozione di simili atti appaiono tutelate dalla previsione di una responsabilità – concorrente rispetto a quella facente capo al soggetto che li ha adottati – gravante su coloro che all'interno degli uffici rivestono posizione apicale, e sui quali ricade il compito di provvedere all'organizzazione della struttura anche sotto il profilo della corretta gestione informatica dei procedimenti.

4. Brevi riflessioni di sintesi

L'indagine condotta nelle pagine che precedono dimostra le incertezze – invero di non poco momento – che caratterizzano il tema analizzato in questo contributo: incertezze che derivano sia dalle problematiche connesse al dominio del dato empirico oggetto di disciplina, sia alla continua evoluzione della tecnica, che porta ad una rapida obsolescenza normativa.

Se a questo si aggiunge la difficoltà di dover coordinare le disposizioni nazionali con quelle eurolunitarie, le problematiche si acuiscono.

In un mercato libero, quale quello europeo, qualsiasi irrigidimento appare fuoriero di discriminazioni e idoneo a creare limitazioni al naturale svolgimento dei

traffici; sicché non può impedirsi che i commerci si avvantaggino di ogni soluzione utile a consentire gli scambi, senza discriminazioni che risentano di scelte tecniche aprioristiche, conseguenti ad opzioni tendenti a privilegiare determinati strumenti, in luogo di altri. Le norme devono tener conto di questo aspetto.

Al contrario, il proficuo utilizzo dell'informatica amministrativa, impone una comunanza di linguaggi ed una standardizzazione delle procedure, che serve a consentire un sereno dialogo tra enti ed amministrazioni, basato su tecniche (e tecnologie) condivise, il cui rilievo giuridico sia facilmente valutabile *ex ante*, senza particolari indagini o approfondimenti. Non è un caso, del resto, se tra le materie di competenza esclusiva statale *ex art. 117, comma 2, lett. r)*, Cost. vi sia quella riferita al coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale: si tratta di competenza normativa volta a soddisfare l'esigenza di omogeneità nella elaborazione e trasmissione dei dati tra pubbliche amministrazioni, che costituisce evidente testimonianza del bisogno unificatore di cui si è già detto (Marongiu, 2007: 85 sgg.; Orofino, 2008: 21 sgg.).

Inevitabilmente, però, i linguaggi e le forme usate dalle p.a. si interfacciano, influenzandosi reciprocamente, con i linguaggi e le forme adoperate dai privati, soprattutto quando questi interloquiscano con gli enti pubblici.

Tutto ciò, unitamente alle già cennate difficoltà di dominio del dato empirico, contribuisce a creare incertezze, in relazione alle quali non è facile trovare una giusta soluzione.

Sono questi problemi che possono rendere meno proficuo il ricorso all'informatica amministrativa, la cui crescita dovrà necessariamente essere incentivata da interventi 'propulsivi' del legislatore, che inducano le p.a. all'uso delle forme elettroniche.

Ad oggi le difficoltà cui si è fatto cenno sono state sostanzialmente risolte (praticamente, prima ancora che giuridicamente) con l'uso, da parte delle amministrazioni, unicamente di firme digitali (il cui rilievo giuridico difficilmente può essere contestato), in luogo di eventuali altri strumenti, dal valore ancora incerto.

I problemi, piuttosto, si ripresentano nella loro complessità tutte le volte in cui gli atti del cui rilievo si discute siano adottati dai privati che adoperino meccanismi diversi da quelli formalmente disciplinati dalla normativa vigente in materia; ma è questo argomento che esula dalla indagine svolta nel presente contributo.

Può, dunque, conclusivamente rilevarsi che il ricorso alle forme elettroniche da parte delle pubbliche amministrazioni, salutato anche come strumento utile per ravvivare una democrazia amministrativa troppo spesso sbiadita (Costanzo, 2003; Orofino, 2008, 193 sgg.; Costanzo, 2011: 19 sgg.), appare foriero di complessità che necessariamente risentono della (tutto sommato) recente introduzione degli strumenti informatici, e che appare possibile auspicare tenderanno a ridursi con l'evoluzione della tecnica e con la sedimentazione della prassi.

E però, se è certo vero che l'utilizzo di elaboratori comporta nuove problematiche, appare a chi scrive innegabile che non si possa prescindere dal continuare a percorrere la strada dell'ammodernamento amministrativo, giacché gli obiettivi raggiungibili ed i risultati conseguibili attraverso l'uso delle nuove tecnologie nello svolgimento dell'azione amministrativa sono di sicuro rilievo e tali da ripagare per gli sforzi profusi.

Note

- ¹ Cfr. l'art. 3 *bis* della l. 7.8.1990, n. 241.
- ² V. l'art. 3 del d.lgs. 7.3.2005, n. 82.
- ³ Cfr. l'art. 4 del d.lgs. n. 82/2005.
- ⁴ È quanto si propone l'art. 3 *bis* del d.lgs. n. 82/2005.
- ⁵ In tal senso v. l'art. 5 *bis* del d.lgs. n. 82/2005, ma anche gli artt. 6 e 6 *bis* del Codice dell'amministrazione digitale.
- ⁶ Tranne che in pochissime ipotesi, come quella prevista per la validità del testamento olografo dall'art. 602 c.c.
- ⁷ Cfr. la direttiva 1999/93/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 1999, relativa ad un quadro comunitario per le firme elettroniche.
- ⁸ V. l'art. 1, c. 1, lett. *g*), del d.lgs. n. 82/2005, nonché l'art. 3, § 1, punto 10, del regolamento (UE) n. 910/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23.7.2014 in materia di identificazione elettronica e servizi fiduciari per le transazioni elettroniche nel mercato interno e che abroga la direttiva 1999/93/CE (c.d. regolamento eIDAS).
- ⁹ Si è talvolta ritenuto che possano essere qualificate come documenti informatici con firma elettronica 'leggera' le e-mail ordinarie, la cui valenza probatoria è liberamente valutabile dal giudice in considerazione delle caratteristiche di sicurezza ed immutabilità da esse possedute: cfr. App. Catania, 10.4.2015; Trib. Termini Imerese, 22.2.2015; di diverso avviso Trib. Foggia 27.11.2014. In argomento v. anche Cass., 29.12.2014, n. 27425.
- ¹⁰ Cfr. l'art. 1, lett. *q bis*), del d.lgs. n. 82/2005, nonché l'art. 26, § 1, del regolamento (UE) n. 910/2014.
- ¹¹ Cfr. l'art. 1, lett. *r*), del d.lgs. n. 82/2005, nonché l'art. 3, § 1, punto 12, del regolamento (UE) n. 910/2014.
- ¹² E cioè su attestati elettronici che collegano all'identità del titolare i dati utilizzati per verificare le firme elettroniche, rilasciati da certificatori in possesso delle massime garanzie di serietà e professionalità previste dalla normativa vigente: v. l'art. 1, lett. *e*) ed *f*), del d.lgs. n. 82/2005.
- ¹³ Sui dispositivi sicuri v. l'art. 35 del CAD; si tratta di mezzi di generazione delle segnature informatiche che presentino requisiti di sicurezza tali da garantire che la chiave privata: *a*) sia riservata; *b*) non possa essere derivata e che la relativa firma sia protetta da contraffazioni; *c*) possa essere sufficientemente protetta dal titolare dall'uso da parte di terzi. Tali dispositivi, poi, debbono garantire l'integrità dei documenti informatici a cui la firma si riferisce.
- ¹⁴ V. quanto detto in nota 12.
- ¹⁵ Oggi contenuta nel d.p.c.m. 22.2.2013 recante «Regole tecniche in materia di generazione, apposizione e verifica delle firme elettroniche avanzate, qualificate e digitali, ai sensi degli articoli 20, c. 3, 24, c. 4, 28, c. 3, 32, c. 3, lettera *b*), 35, c. 2, 36, c. 2, e 71».
- ¹⁶ Ribadito anche dai considerando 17 e 27, nonché dall'art. 12 del regolamento (UE) n. 910/2014.
- ¹⁷ Cfr. l'art. 1, c. 1, lett. *q bis*) e *r*), del CAD, nonché quanto detto *supra* al § 2.
- ¹⁸ L'art. 2714 prescrive: «1. Le copie di atti pubblici spedite nelle forme prescritte da depositari pubblici autorizzati fanno fede come l'originale. 2. La stessa fede fanno le copie di copie di atti pubblici originali, spedite da depositari pubblici di esse, a ciò autorizzati». L'art. 2715, invece, prevede: «Le copie delle scritture private depositate presso pubblici uffici e spedite da pubblici depositari autorizzati hanno la stessa efficacia della scrittura originale da cui sono estratte».
- ¹⁹ Cons. St., comm. spec., 18.5.2016, n. 1204, i corsivi sono aggiunti.
- ²⁰ Si è trascritto da TAR Lazio, Roma, sez. II *ter*, 3.6.2015, n. 7778.
- ²¹ Il periodo innanzi ricopiato è ripreso, quasi testualmente, anche in TAR Lazio, Roma, sez. II *ter*, 3.2.2015, n. 1986; Id. Puglia, Lecce, sez. II, 11.6.2015, n. 1966; Id. Lazio, Roma, sez. II *ter*, 3.9.2015, n. 11030.

- ²² V. l'art. 1025, c. 4 *bis*, del d.lgs. 15.3.2010, n. 66, inserito dall'art. 6, c. 1, lett. *f*, del d.lgs. 28.1.2014, n. 8.
- ²³ Cfr. l'art. 1, c. 720, della l. 28.12.2015 n. 208; l'art. 1, c. 471, della l. 23.12.2014, n. 190; e, infine, art. 1, c. 539, della l. 27.12.2013 n. 147.
- ²⁴ Cfr. l'art. 13 del d.lgs. 26.6.2015, n. 105.
- ²⁵ Alla data di redazione del presente contributo, il decreto legislativo contenente le modifiche al CAD non è stato ancora pubblicato in Guri, ma una bozza dello schema dell'atto è stata già divulgata sul sito istituzionale del Dipartimento della funzione pubblica.
- ²⁶ È quanto previsto dall'art. 18 dello schema di decreto che, in sede di modifica dell'art. 21 del CAD, così dispone: « *d*) dopo il c. 2-*bis* è inserito il seguente: "2-*ter*. Fatto salvo quanto previsto dal decreto legislativo 2.7.2010, n. 110, ogni altro atto pubblico redatto su documento informatico è sottoscritto dal pubblico ufficiale a pena di nullità con firma qualificata o digitale. Le parti, i fidefacenti, l'interprete e i testimoni sottoscrivono personalmente l'atto, in presenza del pubblico ufficiale, con firma avanzata, qualificata o digitale ovvero con firma autografa acquisita digitalmente e allegata agli atti"».
- ²⁷ TAR Toscana, sez. I, 20.3.2008, n. 411.
- ²⁸ Gup Trib. Brescia, 11.3.2008, n. 348.
- ²⁹ TAR Sicilia, Catania, sez. II, 29.10.2013, n. 2591.
- ³⁰ TAR Lazio, Roma, sez. II *ter*, 2.12.2015, n. 13654.
- ³¹ Ha affermato Cons. St., sez. cons. atti norm., 7.2.2005, n. 1195/04: «L'idoneità della forma a conseguire un effetto si desume, secondo la dottrina, dall'art. 121 c.p.c., sulla strumentalità (idoneità dello scopo) delle forme. Si dovrebbe pertanto cercare di affrontare anche nel nuovo codice il tema del valore dell'atto adottato con scrittura telematica anche ove non sia munito di sottoscrizione, laddove sia conosciuto l'autore per la provenienza dal suo indirizzo elettronico, ovvero ove sia sottoscritto con firma elettronica c.d. debole».
- ³² Cfr. C. conti, sez. giur. Puglia, 1° marzo 2006, n. 207, laddove si ritiene – in difetto di alcun segno grafico accanto alla frase, contenuta in una delibera di giunta comunale, con cui si dà atto dell'avvenuto rilascio del parere favorevole di regolarità contabile da parte dell'ufficio finanziario – di non poter addebitare il pregiudizio prodotto né al responsabile del servizio di ragioneria del comune, né ad altri funzionari operanti presso tale ufficio.
- ³³ Dispone, infatti, la norma appena richiamata: «2 *bis*). Salvo quanto previsto dall'articolo 25, le scritture private di cui all'articolo 1350, primo comma, numeri da 1 a 12, del codice civile, se fatte con documento informatico, sono sottoscritte, a pena di nullità, con firma elettronica qualificata o con firma digitale. Gli atti di cui all'articolo 1350, numero 13), del codice civile soddisfano comunque il requisito della forma scritta se sottoscritti con firma elettronica avanzata, qualificata o digitale».
- ³⁴ Cfr. Cass. pen., sez. V, 9.10.1981; Id., sez. VI, 9.2.1984; Id., sez. V, 6.5.1999, n. 7587.
- ³⁵ Cass. pen., sez. V, 1.6.1982; Id., sez. II, 6.4.1991; Id., sez. V, 6.5.1999, n. 7587.
- ³⁶ Cass. pen., sez. V, 12.5.2003; Id., sez. V, 27.1.2005; Id., sez. V, 6.5.2014, n. 47052.
- ³⁷ Cass. pen., sez. V, 19.2.2003.

Riferimenti bibliografici

- Battelli E. 2012, *Il valore legale dei documenti informatici*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli.
- Barone A. 2006, *Il diritto del rischio*, Giuffrè, Milano.
- Berti G. 1994, *La responsabilità pubblica (Costituzione e Amministrazione)*, Cedam, Padova.
- 2008, *Diritto amministrativo. Memorie e argomenti*, Cedam, Padova.
- Breccia U. 2006, *La forma*, in C. Granelli (a cura di), *Trattato del contratto diretto da Roppo. Vol. I. Formazione*, Giuffrè, Milano: 463 sgg.
- Buonomo G. 2004, *Processo telematico e firma digitale*, Giuffrè, Milano.
- Buonomo G., Merone A. 2013, *La scrittura privata informatica: firme elettroniche, valore probatorio e disconoscimento in giudizio [alla luce delle modifiche introdotte dalla l. 221/2012]*, in *Dir. inf.*: 255 sgg.
- Carnelutti F. 1957, *Documento (teoria moderna)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. VI, Utet, Torino: 86 sgg.
- Civitaresse Matteucci S. 2006, *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa e illegalità utile*, Giappichelli, Torino.
- Costantino F. 2012, *Autonomia dell'amministrazione e innovazione digitale*, Jovene, Napoli.
- Costanzo P. 2003, *La democrazia elettronica (note minime sulla cd. e-democracy)*, in *Dir. inf.*: 465 sgg.
- 2011, *Quale partecipazione politica attraverso le nuove tecnologie comunicative in Italia*, in *Dir. inf.*: 19 sgg.
- D'Elia Ciampi I. 2003, *L'informatica e le banche dati*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale* (II ed.), III, Giuffrè, Milano: 1624 sgg.
- Duni G. 1978, *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 *Riv. amm.*: 407 sgg.
- 1993, *Teleamministrazione*, in *Enc. giur. Trecc.*, Ist. Enc. It., Roma, 1 sgg.
- 2008, *L'amministrazione digitale. Il diritto amministrativo nella evoluzione telematica*, Giuffrè, Milano.
- Ferrara L. 2004, *Profili problematici della responsabilità della pubblica amministrazione per mancata o inesatta informazione*, in *Dir. pubbl.*: 747 sgg.
- Finocchiaro G. 2000, *La firma digitale (artt. 2699-2720). Supplemento D.P.R. 10 novembre 1997, n. 513*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma: 112 sgg.
- 2012, *Riflessioni su diritto e tecnica*, in *Dir. inf.*: 831 sgg.
- Gentili A. 2003, *Le tipologie di documento informatico dopo il d.P.R. n. 137/03: effetti sostanziali ed effetti probatori*, in *Dir. inf.*: 671 sgg.

- Giannini M.S. 1986, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, il Mulino, Bologna.
- 1993, *Diritto amministrativo*, vol. II, III ed., Giuffrè, Milano.
- 2004, *Atto amministrativo* (1959), già in *Enc. dir.*, IV, Giuffrè, Milano, ora in *Id.*, *Scritti*, vol. IV, Giuffrè, Milano: 525 sgg.
- Grossi P. 2007, *L'Europa del diritto*, Laterza, Roma-Bari.
- Iannotta L. 2013, *Giuridicità del caso concreto*, in *Dir. e proc. amm.*: 613 sgg.
- Irti N., Severino E. 2001, *Dialogo su diritto e tecnica*, Laterza, Roma-Bari.
- Ledda F. 2000, *Elogio della forma scritto da un anticonformista*, in *Foro amm.*: 3443 sgg.
- Luciani F. 2003, *Il vizio formale nella teoria della invalidità amministrativa*, Giappichelli, Torino.
- Marongiu D. 2005, *L'attività amministrativa automatizzata. Profili giuridici*, Maggioli, Rimini.
- 2007, *Il governo dell'informatica pubblica. Tra Stato, regioni ed enti locali*, Esi, Napoli.
- Merusi F. 2001, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblic. Dagli anni «Trenta» all'«alternanza»*, Giuffrè, Milano.
- Orlandi M. 1997, *La paternità delle scritture. Sottoscrizione e forme equivalenti*, Giuffrè, Milano.
- Orofino A.G. 2002, *La patologia dell'atto amministrativo elettronico: sindacato giurisdizionale e strumenti di tutela*, in *Foro amm. C.d.S.*: 2256 sgg.
- 2004, *Firma digitale e rappresentanza in giudizio delle pubbliche amministrazioni*, in *Giorn. dir. amm.*: 69 sgg.
- 2005a, *Sull'invio telematico di istanze e dichiarazioni alla pubblica amministrazione*, in *Dir. Internet*: 66 sgg.
- 2005b, *La pubblicità telematica nell'impianto del Codice dell'amministrazione digitale*, in *Dir. inf.*: 147 sgg.
- 2008, *Forme elettroniche e procedimenti amministrativi*, Cacucci, Bari.
- 2013, *Profili giuridici della trasparenza amministrativa*, Cacucci, Bari.
- Ottaviano V. 1992, *La comunicazione degli atti amministrativi* (1953), ora in *Id.*, *Scritti giuridici*, vol. III, Giuffrè, Milano: 139 sgg.
- Pascuzzi G. 2002, *Il diritto dell'era digitale. Tecnologie informatiche e regole privatistiche*, il Mulino, Bologna.
- Portaluri P.L. 2015, *Sugli accordi di diritto amministrativo*, in *Riv. giur. ed.*, 4: 147 sgg.
- Ricci F. 2003, *Scritture private e firme elettroniche*, Giuffrè, Milano.
- Selleri B. 1982, *Gli atti amministrativi « in forma elettronica »*, in *Dir. soc.*: 133 sgg.
- Sorace D. 2007, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, il Mulino, Bologna.
- Tatti S. 2009, *La «nuova» partecipazione al procedimento amministrativo*, Jovene, Napoli.
- Villata R., Ramajoli M. 2006, *Il provvedimento amministrativo*, Giappichelli, Torino.
- Zagami R. 2000, *Firma digitale e sicurezza giuridica*, Cedam, Padova.

PARTE SECONDA
STUDI SULLA TECNIFICAZIONE DELL'ECONOMIA

L'ARCHITETTURA EUROPEA DELL'UNIONE BANCARIA TRA TECNICA E POLITICA

Marco Macchia

SOMMARIO – 1. Premessa: la frammentazione del sistema bancario. 2. La vigilanza della Banca centrale europea. 2.1 I soggetti. 2.2 I compiti di vigilanza prudenziale. 2.3 I meccanismi di cooperazione. 2.4 I poteri della BCE. 2.5 Il procedimento e il finanziamento. 2.6 Le regole comuni sulla vigilanza. 3. L'integrazione dei servizi bancari e la risoluzione delle crisi bancarie. 3.1 Il meccanismo di risoluzione delle crisi. 3.2 Il fondo unico di risoluzione delle crisi bancarie. 4. L'unione bancaria: un sistema a cerchi concentrici. 5. Gli *stress test* tra tecnica e politica. 6. La convergenza delle pratiche di supervisione elaborata dall'Eba. 7. Il piano di risoluzione tra discrezionalità e politica: il ruolo della Commissione e del Consiglio europeo. 8. La separazione tra attività di investimento e raccolta bancaria tradizionale. 9. Considerazioni conclusive.

1. Premessa: la frammentazione del sistema bancario

Il progetto di realizzazione della moneta unica europea si presentava sin dall'inizio come un progetto incompleto, che avrebbe probabilmente avuto bisogno di importanti aggiustamenti. Nei documenti europei è, da tempo, indicata la strada che conduce al rafforzamento dell'integrazione all'interno dei paesi dell'area euro. I passi più urgenti sono certamente due. L'*unione bancaria* per evitare la frammentazione del sistema bancario e per proteggere la moneta unica, date le interazioni tra produzione di moneta e sistema bancario. E l'*unione fiscale* per prendere atto che, entrando nell'euro, gli Stati nazionali si sono trovati indebitati in una moneta che non potevano più emettere. Dal che consegue la nota difficoltà a sostenere un debito pubblico in moneta estera.

Se il progetto dell'unione fiscale sembra ancora trovare molte resistenze, l'unione bancaria è un disegno ormai quasi completo¹. Essa rappresenta un elemento centrale nella costruzione dell'edificio europeo, che tenta di offrire risposta alla frammentazione (o balcanizzazione) dei mercati finanziari, dichiarando chiusa l'esperienza unicamente nazionale del sistema di controllo degli istituti bancari e del principio dell'*home country control*.

Per valutare quanto ciò sia necessario, basta soffermarsi su un dato. Se comparamo l'attività di bilancio delle banche al PIL, risulta evidente come gli enti di credito europei sono proporzionati al PIL europeo, al pari di quelle statunitensi, mentre sono sproorzionate rispetto al PIL del paese d'origine. Dieci ban-

che hanno un rapporto sopra al 50 % e cinque sopra al 100 % del PIL del paese d'origine². Insomma, gli istituti bancari si sono adattati al mercato unico. Mentre la rete di protezione e sorveglianza è rimasta nazionale, a cui è connessa la capacità fiscale del paese chiamato a proteggere detti istituti. Gli investitori, dal canto loro, hanno valutato le banche sulla base del *credit standing* del paese che offriva loro protezione, nonché dei titoli sovrani in bilancio. La rete ha faticato ad adattarsi alla dimensione ormai europea degli istituti.

Tre sono gli obiettivi che l'unione bancaria si propone di raggiungere e sempre tre sono i pilastri su cui la stessa si fonda. Cominciando dai primi, l'unione si propone di spezzare il legame tra i rischi di *default* di un istituto bancario e le conseguenze finanziarie per l'economia nazionale; di proteggere i risparmiatori; di garantire l'uniformità delle condizioni del credito nel frammentato mercato bancario europeo, in cui le aziende pagano tassi di interesse diversi a seconda dei paesi in cui operano. Quanto ai secondi, l'unione si basa appunto su tre pilastri che corrispondono a tre diversi insiemi normativi: la supervisione europea (o vigilanza centralizzata), il meccanismo di risoluzione delle crisi e il fondo unico di risoluzione delle crisi bancarie, il sistema europeo di assicurazione dei depositi. I primi due pilastri sono completi e attualmente operativi (o quasi), mentre il terzo – sebbene sia stata adottata il 16.4.2014 la direttiva n. 2014/49/UE relativa ai sistemi di garanzia dei depositi – è lontano dall'istituire un modello di garanzia dei depositi unico a livello europeo, sulla falsariga dei precedenti pilastri, in grado di eliminare le differenze tra i vari sistemi nazionali³.

Fatta eccezione per la tutela dei depositi, di ogni pilastro si proverà brevemente a ricostruire il quadro normativo, ponendo attenzione ai soggetti, ai poteri assegnati dalle norme europee, nonché ai meccanismi di ripartizione delle competenze tra istituzioni nazionali e sovranazionali. Ciò che si propone di far emergere è la relativa architettura istituzionale, da cui trarre le finalità di tale intervento pubblico sovranazionale (e domestico), anche al fine di comprendere se l'unione bancaria possa essere annoverata quale esempio di nuova unità istituzionale *in fieri*. Dall'architettura dell'unione emergerà un quadro complesso, perché connotato da stratificazione di interventi normativi, nonché dalla sovrapposizione di regimi giuridici differenti tanto nella natura quanto nelle modalità applicative. In tale quadro prevale l'uniformità o la differenziazione? E, soprattutto, qual è il rapporto tra tecnica, politica e amministrazione: prevalgono istituzioni democratiche, espressione indiretta della volontà popolare, ovvero meccanismi temperati in cui democrazia e tecnica sono congiunte insieme? Per sciogliere tali nodi saranno affrontate quattro problematiche specifiche per osservare in vitro quali sono stati i valori di fondo a cui si è data prevalenza.

2. La vigilanza della Banca centrale europea

Il Single Supervisory Mechanism (SSM) consiste nella creazione di una singola istituzione europea di controllo e vigilanza bancaria. Si fonda su due fonti disciplinari, che sono il regolamento (UE) n. 1024/2013⁴, che conferisce alla Banca centrale europea poteri per la vigilanza di tutte le banche della zona euro, e il regolamento (UE) n. 1022/2013⁵ che allinea all'assetto della vigilanza bancaria il regolamento istitutivo dell'Autorità bancaria europea (EBA). La normativa è corredata da un accordo inter-istituzionale tra Parlamento europeo e Banca centrale europea, che disciplina la diffusione delle informazioni fornite dalla BCE, in qualità di autorità di vigilanza, ai competenti organi del Parlamento europeo. Il meccanismo unico di vigilanza è operativo a partire dalla seconda metà del 2014 e serve a superare gli atteggiamenti troppo tolleranti da parte dei regolatori di ciascun paese soprattutto nei confronti delle banche nazionali vigilate di maggior dimensione.

2.1 I soggetti

Nel SSM la funzione di vigilanza bancaria è affidata alla BCE, in particolare ad una divisione separata rispetto a quella che si occupa di politica monetaria, per scongiurare potenziali conflitti di interesse. Per assicurare che le funzioni di politica monetaria e quelle di vigilanza prudenziale siano rigorosamente divise, in particolare, è stato adottato un modello di separazione *funzionale*: da un lato, il personale coinvolto nell'assolvimento dei compiti di vigilanza è separato dal punto di vista organizzativo, anche per quanto concerne la struttura gerarchica, dal personale impegnato negli altri compiti⁶; dall'altro, le spese per l'assolvimento dei compiti di vigilanza sono separate all'interno del bilancio della BCE⁷. Oltre a ciò, è garantito che il consiglio direttivo operi in modo differenziato per quanto riguarda le funzioni di politica monetaria e di vigilanza. È istituito anche un gruppo di esperti di mediazione per risolvere le eventuali divergenze in ordine alla separazione delle due funzioni⁸. Storicamente, del resto, moneta e credito vantano continue connessioni, al punto che i poteri di vigilanza bancaria in Italia sono stati (frequentemente) impiegati a scopi di politica monetaria.

Per la pianificazione e l'esecuzione dei compiti di vigilanza, è prevista l'istituzione di un comitato di sorveglianza (*supervisory board*) – organo interno della BCE – incaricato dell'istruttoria e delle attività preparatorie delle decisioni in materia di vigilanza, a cui partecipa un rappresentante dell'autorità nazionale per ogni Stato membro partecipante⁹. Le decisioni del *supervisory board* – che istituisce al suo interno un comitato direttivo privo di poteri decisionali – si considerano adottate a meno che non siano respinte dal consiglio direttivo della BCE.

I progetti di decisione sono trasmessi contemporaneamente anche alle autorità nazionali competenti¹⁰. Alle riunioni possono partecipare, in veste di osservatori, anche rappresentanti della Commissione.

Le autorità di vigilanza nazionali e la banca centrale europea vigilano in modo *indipendente*. Non possono chiedere né ricevere istruzioni da organismi dell'Unione europea o dai governi degli Stati. Anche nell'eventuale rispetto di codici di condotta, i membri della BCE agiscono in piena indipendenza e obiettività «nell'interesse dell'Unione»¹¹.

La BCE è responsabile per i compiti di vigilanza ad essa attribuiti dinanzi al Parlamento europeo, al Consiglio dell'UE e all'Eurogruppo¹². Deve trasmettere annualmente una relazione sulle attività svolte, può essere convocata in audizione ed è tenuta a rispondere alle interrogazioni e ai quesiti dei parlamentari europei. Ciò implica anche un rafforzamento del ruolo dei Parlamenti nazionali¹³, prevedendo, da un lato, l'obbligo per la BCE di inviare la relazione che indirizza al Parlamento europeo e al Consiglio dell'UE; dall'altro, la possibilità per i Parlamenti nazionali di formulare osservazioni o quesiti alla BCE in merito all'assolvimento dei compiti di vigilanza, nonché invitare il presidente o un membro del consiglio di vigilanza a partecipare a uno scambio di opinioni, insieme con un rappresentante dell'autorità nazionale competente. È fatta salva la responsabilità delle autorità nazionali nei confronti dei parlamenti nazionali sia per l'attività espletata da queste ultime sia per l'assolvimento dei compiti non attribuiti alla BCE¹⁴.

2.2 I compiti di vigilanza prudenziale

Per contribuire alla sicurezza e solidità delle banche, nonché alla stabilità del sistema finanziario, sono attribuiti alla BCE compiti di vigilanza prudenziale degli enti creditizi stabiliti negli Stati membri la cui moneta è l'euro, mantenendo le competenze residue in capo alle autorità nazionali di vigilanza, con un rischio evidente di frammentazione del mercato. Vi è, insomma, un diverso grado di profondità e velocità del processo di armonizzazione del diritto bancario dell'intera Unione europea rispetto a quello dell'unione bancaria istituita tra gli Stati membri dell'eurosistema.

Vi può essere una cooperazione stretta tra la BCE e l'autorità bancaria di uno Stato la cui moneta non è l'euro, ma esclusivamente su base volontaria e su esplicita richiesta¹⁵. Se non vi sono le condizioni, la BCE può decidere anche di sospendere tale cooperazione. Sono escluse dai compiti di vigilanza, invece, le società finanziarie come le Casse depositi e prestiti 'nazionali', presenti in diversi paesi europei.

Ai sensi dell'art. 4, i compiti di vigilanza prudenziale sono attribuiti alla *competenza esclusiva* della BCE nei confronti dei principali enti creditizi. Essi com-

prendono: rilasciare o revocare l'autorizzazione agli enti; aprire una succursale in uno Stato non partecipante; valutare le notifiche di acquisizione e di cessione di partecipazioni qualificate; assicurare requisiti prudenziali su fondi propri, su cartolarizzazione, sui limiti ai grandi rischi, sulla liquidità, sulla leva finanziaria; assicurare la presenza di dispositivi di governo societario; effettuare le prove di stress per accertare se i processi degli enti permettano una gestione solida e la copertura dei rischi; esercitare la vigilanza su base consolidata; assolvere ai compiti di vigilanza sui piani di risanamento.

La BCE esercita questi compiti cooperando con le autorità nazionali: è previsto un dovere di cooperazione, nonché un obbligo di scambio di informazioni. Non solo. Spetta alle autorità nazionali *assistere* la banca centrale nella preparazione e nell'attuazione degli atti riguardanti i compiti di vigilanza prudenziale, seguendo le istruzioni fornite dalla banca centrale stessa¹⁶. Tuttavia gli interventi della BCE non riguardano tutto il mercato bancario, ma solo le principali banche europee, definite *enti di importanza significativa*. Contano le dimensioni, la forma giuridica e la relativa propensione al rischio. In particolare, la BCE esercita i poteri di vigilanza sulle banche che hanno attivi per almeno 30 miliardi di euro o un patrimonio almeno pari al 20% del Pil del paese (all'incirca centotrenta su oltre 6.000 banche presenti nell'eurozona¹⁷). A dispetto di ciò, la BCE assolve comunque i compiti di vigilanza nei confronti dei tre enti creditizi più significativi in ciascuno Stato membro partecipante.

Per le banche che, viceversa, non rispettano questa soglia, tutte le pertinenti decisioni di vigilanza sono adottate dalle autorità nazionali secondo gli orientamenti, i regolamenti e le istruzioni generali definiti dalla BCE, in cui sono stabiliti criteri puntuali e omogenei. La competenza rimane esclusivamente della BCE, invece, per il rilascio o la revoca dell'autorizzazione e per le notifiche di acquisizione e di cessioni di partecipazioni qualificate. Se necessario per l'applicazione coerente di standard di vigilanza, la BCE può decidere di *esercitare direttamente* i poteri di vigilanza, dopo essersi consultata con le autorità nazionali competenti. In altre parole, preso atto dell'obiettivo di garantire l'esistenza di un solo sistema di regole, il regolamento calibra l'intervento diretto dell'autorità europea, limitandolo, di norma, alle banche *cross-border* di dimensioni maggiori, assegnando così alle autorità nazionali la vigilanza sulle banche minori sotto la sorveglianza dell'autorità europea, che assicurerebbe la corretta applicazione degli standard comuni fissati dall'EBA.

La creazione di un sistema di vigilanza centralizzata non esclude la necessità di far fronte a situazioni specifiche del sistema finanziario e dell'economia di uno Stato membro. A tal fine, le autorità nazionali possono applicare requisiti in materia di riserve di capitale in aggiunta a quanto già stabilito dalla BCE¹⁸. Occorre, tuttavia, una notifica alla BCE, che può sollevare obiezioni, delle qua-

li l'autorità interessate deve tenere debitamente in considerazione. Oppure, la stessa BCE, ove lo ritenga necessario, può applicare requisiti più elevati o misure più rigorose *ad hoc* miranti ad affrontare i rischi sistemici o macroprudenziali¹⁹.

2.3 I meccanismi di cooperazione

L'assolvimento dei compiti di vigilanza bancaria da parte della BCE deve avvenire nel quadro del Sistema europeo di vigilanza finanziaria (SEVIF) e in *stretta cooperazione* con le autorità di vigilanza nazionali²⁰ e l'Autorità bancaria europea (EBA). Sotto questo profilo, emerge un'architettura che combina insieme nuove istituzioni alla rivisitazione di compiti di istituzioni già pienamente operanti nello spazio giuridico europeo, calibrando diversamente il modello della rete come figura organizzativa.

Il rapporto tra BCE e banche centrali nazionali nell'esercizio della vigilanza è costruito secondo un modello di integrazione amministrativa. Le autorità nazionali agiscono in qualità di agenti della BCE dentro un quadro operativo europeo e centralizzato. È la BCE a fissare le metodologie specifiche di vigilanza, a definire le procedure compresi i termini²¹. Le autorità devono riferire periodicamente sui risultati delle attività svolte, devono notificare le procedure rilevanti di vigilanza, nonché trasmettere i progetti di decisioni rilevanti di vigilanza per dare modo alla BCE di esprimere le proprie opinioni. Tale stretta cooperazione, che caratterizza il meccanismo di vigilanza unico, presenta anche delle criticità, nel momento in cui, ad esempio, dal regolamento non sono distinguibili con certezza i provvedimenti di diretta competenza della BCE, impugnabili dinanzi alla Corte di giustizia, e quelli di competenza delle autorità nazionali, sui quali sarebbero competenti le giurisdizioni di ciascuno Stato membro.

Le autorità nazionali mantengono il potere di ottenere informazioni dagli enti creditizi e di svolgere ispezioni presso tali enti, conformemente al diritto nazionale. Delle misure adottate devono informare la BCE e coordinare le attività con quest'ultima.

Il punto centrale di questo sistema riguarda il coordinamento, che può avvenire tra banca centrale e autorità nazionali, come sopra menzionato, nonché con l'EBA. Ad esempio, al fine di assicurare un maggiore coordinamento tra l'Autorità bancaria europea e la BCE, al presidente dell'EBA è attribuito il ruolo di osservatore, senza diritto di voto, nelle riunioni del consiglio di vigilanza. Non vi è dubbio che i rapporti tra BCE e EBA rappresentano un profilo problematico. Da un lato, la BCE coopererà strettamente con le autorità nazionali di sorveglianza e l'EBA, ma l'EBA conserverà le sue competenze e le sue missioni, consistenti nell'elaborare i regolamenti uniformi ed assicurare la coerenza e la convergenza delle pratiche prudenziali. La BCE non si appropria di nessu-

na missione dell'EBA, ossia esercita le sue funzioni lasciando impregiudicate le competenze e le funzioni dell'EBA. Dall'altro, la BCE è l'autorità designata per l'esercizio dei poteri macroprudenziali, tutelando sia la sana e prudente gestione delle banche sia la stabilità del sistema finanziario, mentre l'EBA mantiene le sue funzioni ed è competente nell'analisi macroprudenziale. Il che sembra costituire una contraddizione, o comunque presta il fianco a pericolose sovrapposizioni.

2.4 I poteri della BCE

Per assolvere ai compiti di vigilanza alla BCE sono riconosciuti in via generale numerosi poteri. In primo luogo, al fine di assegnare una serie quanto più possibile completa di poteri alla banca centrale europea, quest'ultima è considerata «autorità competente» negli Stati partecipanti, secondo la terminologia impiegata dal diritto dell'Unione. Dal che consegue che essa ha tutti i poteri e gli obblighi che il diritto europeo conferisce appunto alle autorità competenti. Ciò implica l'evidente superamento della regola dell'«esecuzione indiretta» per dare vita ad un meccanismo di maggiore integrazione amministrativa secondo una dinamica di evoluzione incrementale. Se necessari per assolvere i compiti di vigilanza prudenziale, inoltre, la BCE può chiedere alle autorità nazionali di utilizzare i poteri assegnati a queste ultime, in base alle condizioni stabilite dal diritto nazionale, sempreché si tratti di poteri non espressamente attribuiti alla banca centrale.

In secondo luogo, l'autorità europea dispone di poteri di indagine. La BCE può esigere la *comunicazione delle informazioni* di cui necessita per la vigilanza prudenziale, comprese quelle che devono essere inviate con frequenza periodica²². Detta comunicazione non è considerata violazione del segreto professionale. Le informazioni ottenute tramite richiesta europea sono messe a fattor comune, poiché sono messe a disposizione anche delle autorità competenti interessate.

La BCE può, inoltre, svolgere tutte le *indagini* necessarie sugli istituti bancari, chiedendo documenti, esaminando libri e registri contabili, ottenendo spiegazioni scritte o orali e organizzando audizioni. Le banche sono obbligate a sottoporvisi²³. In caso di ostacolo, sarà l'autorità nazionale a prestare l'assistenza necessaria per l'accesso ai locali. Previa notifica all'autorità nazionale, possono essere effettuate anche *ispezioni* presso i locali della banca²⁴. Anche in questa ipotesi, in particolare qualora vi sia opposizione all'ispezione, è ammessa l'assistenza dell'autorità interna, conformemente al diritto nazionale, sotto la vigilanza e il coordinamento della BCE. Pur non potendo mettere in discussione la necessità dell'ispezione, l'autorizzazione dell'autorità giudiziaria nazionale è richiesta, allorquando la stessa sia doverosa secondo le regole nazionali²⁵.

In terzo luogo, sono riconosciuti alla BCE poteri di vigilanza specifici. In tema di autorizzazioni all'accesso all'attività degli enti creditizi, la domanda si

presenta all'autorità nazionale, nel rispetto di tutte le condizioni previste dal diritto nazionale, e rispetto ad essa l'autorità interna adotta un progetto di decisione da inoltrare alla BCE²⁶. Salvo che non ci siano obiezioni entro un termine di dieci giorni, il progetto è adottato dalla BCE. Anche l'eventuale revoca dell'autorizzazione è adottata per via di un procedimento che coinvolge l'istituzione europea e quelle nazionali, ossia con l'iniziativa della BCE previa consultazione dell'autorità nazionale competente. Per la valutazione delle acquisizioni di partecipazioni qualificate è previsto un procedimento molto simile²⁷.

La BCE può imporre a qualsiasi ente creditizio di adottare le misure necessarie per affrontare i problemi di salvaguardia della stabilità finanziaria. A tal fine può esigere dalle banche, tra le altre cose, il rafforzamento di alcuni dispositivi e processi, che presentino un piano per ripristinare la conformità ai requisiti di vigilanza, che detengano fondi propri in misura superiore a quanto stabilito, che applichino una specifica politica di accantonamenti, che riducano i rischi connessi alle attività, ai prodotti e ai sistemi degli enti, che siano tenuti ad obblighi di segnalazione supplementari²⁸. In caso di violazione da parte degli enti creditizi agli obblighi previsti, la BCE può imporre sanzioni amministrative pecuniarie²⁹.

2.5 Il procedimento e il finanziamento

Quanto al procedimento per l'adozione di decisioni di vigilanza, i provvedimenti della BCE sono motivati. Agli enti interessati dalle scelte in materia di vigilanza è data la possibilità di essere sentiti, salvo il caso in cui sia necessario intraprendere un'azione urgente e adottare una decisione provvisoria. Sono in ogni caso assicurate le garanzie procedurali del diritto di difesa delle persone interessate, nonché del diritto di accesso al fascicolo e ai documenti³⁰. Chi segnala violazioni perpetrate dagli enti creditizi merita un'adeguata protezione³¹. L'eventuale avvio di un procedimento sanzionatorio con l'irrogazione della relativa sanzione segue la disciplina procedurale prevista nell'ordinamento nazionale.

È previsto un procedimento di riesame amministrativo interno delle decisioni di vigilanza della BCE, a seguito della presentazione di una richiesta da parte dell'interessato³². A tal fine, è istituita un'apposita commissione di riesame preposta a valutare la conformità procedurale e sostanziale dei provvedimenti europei. Si tratta di un organo a composizione esterna, a cui non può partecipare personale in servizio della BCE o delle autorità bancarie nazionali. Detta commissione formula un parere, il consiglio di vigilanza ne tiene conto e presenta un progetto al consiglio direttivo, al quale è rimessa la decisione finale. È fatto comunque salvo il diritto di proporre ricorso alla Corte di giustizia.

L'attività di vigilanza della BCE è finanziata con un prelievo a carico degli operatori del settore³³. Tale contributo, versato annualmente dagli enti creditizi e dal-

le succursali negli Stati partecipanti di banche stabilite in Stati non partecipanti, è calcolato e pubblicato in via preventiva dalla banca centrale. Mira a coprire le spese sostenute in relazione ai compiti di vigilanza e non può superare tale misura.

2.6 *Le regole comuni sulla vigilanza*

La disciplina del meccanismo di vigilanza (SSM) prospetta l'applicazione di regole uniche di valutazione degli *asset* bancari: tale valutazione che prende il nome di *asset quality review* verrà effettuata dalla BCE con criteri comuni. A tal proposito, l'Autorità bancaria europea ha poteri e compiti di elaborazione di *standard tecnici*, ai fini dello sviluppo di un *corpus* unico di norme europee, alla convergenza e coerenza delle pratiche di vigilanza e alla mediazione tra le autorità di vigilanza nazionali. In questo contesto, il ruolo della *European banking authority* è ritagliato sulla definizione dei dettagli tecnici di controllo stabiliti dalla banca centrale³⁴.

Sarà l'Autorità bancaria europea a procedere all'armonizzazione delle normative applicabili alle banche, anche attraverso l'elaborazione di standard tecnici, che tengano conto della valutazione di diversi profili di rischio all'interno del sistema bancario, valorizzando – come, peraltro, già espressamente previsto nella direttiva relativa ai sistemi di garanzia dei depositi – l'azione di prevenzione e risanamento, soprattutto in presenza di meccanismi di protezione istituzionale, anche riconoscendo la forma organizzativa a rete integrata, ed assicurando comunque la massima omogeneità, a livello europeo, delle regole e delle prassi di vigilanza applicate nell'ambito delle diverse tipologie di banche³⁵.

Per evitare il rischio di penalizzare i paesi non aderenti al sistema unico di vigilanza, le decisioni in seno all'Autorità bancaria europea (EBA) verranno ad essere assunte con criteri di doppia maggioranza, ovvero con il voto favorevole dei paesi membri dell'eurozona e di quelli che non hanno adottato la moneta unica. Inoltre, per i paesi che, pur non facendo parte dell'eurozona, volessero aderire al sistema di vigilanza unica, occorre valutare la possibilità di avvalersi di clausole di *opt out*, in caso di dissenso con le decisioni adottate dal consiglio direttivo della BCE, prevedendo, in alternativa, che le proposte dell'istituendo consiglio di sorveglianza, qualora adottate all'unanimità, possano essere operative anche senza successiva pronuncia espressa del consiglio direttivo della stessa BCE.

3. *L'integrazione dei servizi bancari e la risoluzione delle crisi bancarie*

Se il sistema unico di supervisione bancaria sembra essere ispirato ad una base *federale*, viceversa il meccanismo di risoluzione delle crisi ha una chiara natura *intergovernativa*.

Il secondo pilastro si propone di fissare norme e procedure uniformi per la risoluzione degli enti creditizi nel quadro di un meccanismo unico e di un fondo unico di risoluzione bancaria. L'obiettivo finale è prevenire il rischio che gli Stati europei possano andare in *default* per colpa di un fallimento bancario. Questo rafforzamento strutturale della solidità degli Stati e del sistema bancario dovrebbe portare all'armonizzazione delle condizioni del credito, alla fine del legame finanziario tra banche e Stato e all'annullamento del contagio delle crisi che da nazionali diventano transfrontaliere.

Con il Regolamento n. 806 del 2014 del Parlamento europeo e del Consiglio del 15.7.2014 sono definite norme e procedure uniformi per la risoluzione degli enti creditizi e di talune imprese di investimento nel quadro del meccanismo di risoluzione unico e del Fondo di risoluzione unico. Tale regolamento sulla risoluzione delle crisi bancarie fa più volte riferimento alla direttiva n. 59 del 2014 del Parlamento europeo e del Consiglio³⁶, la quale ambisce all'armonizzazione delle norme nazionali in materia di risoluzione bancaria, nonché alla previsione della cooperazione tra le autorità di risoluzione in caso di dissesto di banche transfrontaliere³⁷.

Il quadro comune sugli strumenti nazionali di risanamento e di risoluzione delle crisi degli enti creditizi mira a limitare l'impatto sui bilanci pubblici degli interventi di salvataggio delle banche in crisi (c.d. *bail-out*), introducendo il principio per cui la ricapitalizzazione degli istituti di credito è affidata, in primo luogo, ad azionisti, obbligazionisti e creditori delle banche stesse (c.d. *bail-in*). Le norme europee mutano radicalmente il paradigma del correntista bancario che, in caso di difficoltà finanziarie dell'istituto, può diventare complice delle perdite.

L'ambito di applicazione di tale meccanismo, ispirato ad una logica di ravvicinamento delle legislazioni, copre sia le crisi bancarie nell'area euro sia quelle negli altri paesi aderenti, volontariamente, al sistema di vigilanza unico. La filosofia di fondo è maggiormente intergovernativa, per cui conservano una maggiore sfera decisionale i governi nazionali per il tramite della Commissione europea. Sono Stati partecipanti sia gli Stati la cui moneta è l'euro sia gli Stati che abbiano volontariamente instaurato una cooperazione stretta ai sensi del Reg. n. 1024/2013³⁸.

Il regolamento può essere suddiviso in due parti, che saranno oggetto di specifica analisi. Da un lato, l'istituzione di un meccanismo di risoluzione unica o *Single Resolution Mechanism* (SRM), il quale ambisce a consentire di salvare le banche in difficoltà mediante una pianificazione ed un intervento unitario, attraverso una 'parziale' mutualizzazione dei rischi del settore finanziario e con un sussidio minimo delle finanze pubbliche. Dall'altro, la 'graduale' creazione di un fondo unico di risoluzione delle crisi bancarie (*Single Resolution Fund*, SRF).

Entrambi condividono la tendenza ad accentrare la definizione degli *standard* di comportamento, validi per le autorità domestiche, nella prevenzione e gestione delle crisi bancarie.

3.1 *Il meccanismo di risoluzione delle crisi*

L'istituzione di un meccanismo unico europeo per la risoluzione delle banche (SRM) è un sistema che si propone di organizzare – secondo un meccanismo trasparente e uguale per tutti – se aiutare una banca in difficoltà, salvandola ed evitandone il fallimento, oppure se favorirne il fallimento stesso³⁹. Il meccanismo europeo di risoluzione è applicato alle sole banche sottoposte alla vigilanza unica della Banca centrale europea, cui si aggiungono quelle con almeno una filiale in un altro Stato membro (complessivamente, circa 250 su un totale di 6.000 banche con sede nell'UE).

La procedura per la risoluzione degli enti creditizi è applicata da un Comitato unico di risoluzione, appositamente costituito, insieme alla Commissione e alle autorità di risoluzione degli Stati partecipanti, ossia quelle designate a tal fine⁴⁰. Detto comitato è qualificato quale 'agenzia dell'Unione europea', avente personalità giuridica⁴¹. È composto dal direttore esecutivo e da un vice direttore, da un membro nominato dalla Commissione, da un membro nominato dalla BCE, da un rappresentante dell'autorità nazionale di risoluzione nominato dallo Stato partecipante, da un membro dell'Autorità bancaria europea, che partecipa in qualità di osservatore⁴². Il Comitato deve informare la Commissione di ogni provvedimento adottato: tra i due organismi esiste un stretto obbligo di cooperazione⁴³. Non solo. Anche le autorità nazionali collaborano con il Comitato e lo assistono nello svolgimento dei compiti di sorveglianza⁴⁴.

Il Comitato – unitamente alle autorità nazionali – agisce in piena indipendenza e nell'interesse generale⁴⁵ ed è responsabile nei confronti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione per i compiti in materia di meccanismo di risoluzione⁴⁶. Annualmente trasmette una relazione sull'attività svolta. La relazione è trasmessa anche ai parlamenti nazionali degli Stati partecipanti, i quali possono rivolgere a tal proposito osservazioni motivate⁴⁷. Il direttore esecutivo⁴⁸ del Comitato può essere convocato in audizione oppure può essere chiesto al Comitato di rispondere per iscritto ad eventuali osservazioni.

Le riunioni del Comitato possono essere in sessione plenaria⁴⁹ o in sessione esecutiva⁵⁰. Insieme alle autorità nazionali di risoluzione, il Comitato elabora e approva i piani di risoluzione per gli enti creditizi. Il progetto preliminare di piano può essere predisposto anche dall'autorità nazionale, da sottoporre poi all'approvazione e alla revisione della Commissione. È quest'ultima a valutare in che misura e in che modo è possibile procedere alla risoluzione di enti creditizi⁵¹.

La procedura di risoluzione è preparata dal Comitato, anche su iniziativa o segnalazione della BCE⁵². A tal fine, il Comitato valuta se l'ente è in dissesto, se non è prospettabile alcuna misura alternativa, se l'azione di risoluzione è necessaria nell'interesse pubblico. Prima di ciò deve essere effettuata una valutazione equa e realistica delle attività e delle passività dell'ente creditizio⁵³. Il progetto di decisione del Comitato è poi inoltrato alla Commissione. È quest'ultima a decidere se adottare o meno tale decisione e il quadro di riferimento per gli strumenti di risoluzione e, ove opportuno, in merito al ricorso al fondo a sostegno dell'azione di risoluzione. Se la Commissione decide di non sottoporre l'ente a risoluzione, lo stesso è liquidato in conformità alla legislazione nazionale in materia di insolvenza.

Il Comitato dispone di rilevanti poteri istruttori per l'esercizio delle funzioni a esso attribuite. Può richiedere informazioni alle banche o avvalersi di tutti i dati a disposizione della BCE o delle autorità nazionali competenti, mediante una procedura relativa allo scambio di informazioni⁵⁴. Il Comitato ha anche poteri di indagine, può esigere la presentazione di documenti, esaminare libri e registri contabili, organizzare audizioni⁵⁵. Infine, previa notifica all'autorità nazionale, il Comitato può svolgere le ispezioni presso i locali commerciali, con l'assistenza dei funzionari dell'organo nazionale⁵⁶.

Gli strumenti di risoluzione, ai sensi dell'art. 19, sono i seguenti: la vendita dell'attività d'impresa, l'ente-ponte, la separazione delle attività e il *bail-in*. Il programma di risoluzione stabilisce i dettagli relativi agli strumenti da applicare alla banca soggetta a risoluzione⁵⁷. La vendita dell'attività d'impresa è una cessione di azioni, proprietà, diritti a un ente diverso dall'ente-ponte⁵⁸. Questo strumento è adottato quando il Comitato ritenga che il dissesto dell'ente soggetto a risoluzione costituisca una minaccia sostanziale per la stabilità finanziaria. Altrimenti possono essere cedute all'ente-ponte le azioni e i titoli di proprietà, le attività, i diritti e le passività⁵⁹. La separazione delle attività consiste nella cessione di attività, diritto o passività della banca soggetta a risoluzione a una società veicolo, che agisce in modo conforme ai requisiti fissati dalla sopra menzionata direttiva europea⁶⁰. Tra queste attività di cessione è insito un rischio di aggravare la stretta creditizia, ostacolo per la ripresa, poiché le banche possono ridurre le esigenze di ricapitalizzazione mediante una riduzione dei rischi, ossia mediante la revoca dei crediti in essere o una minor concessione di nuovi crediti.

È fatto obbligo di ricorrere allo strumento del *bail-in*⁶¹. Azionisti e creditori partecipano al piano di ristrutturazione fino a un limite massimo dell'8% delle passività della banca, e secondo una precisa gerarchia di intervento (azionisti, obbligazionisti *junior*, obbligazionisti *senior* e titolari di depositi oltre i 100.000 euro; i depositi sotto questa soglia verrebbero dunque salvaguardati). Qualora le risorse conferite da azionisti, obbligazionisti e creditori non siano sufficienti,

sarà possibile rivolgersi al fondo unico di risoluzione, per un ammontare fino al 5% delle passività della banca in crisi. I singoli governi potranno considerare eccezioni al contributo delle diverse categorie di creditori, chiedendo tuttavia, caso per caso, autorizzazione alla Commissione europea, che può dare parere negativo.

La pianificazione comune della risoluzione consente l'ordinata gestione della crisi bancaria e serve a minimizzarne l'impatto, a ridurre il rischio per i depositanti, a garantire la stabilità finanziaria. Ma ciò comporta anche ingessature che possono essere un rischio sia per gli investimenti sia per il risparmio. Il regolamento SRM, imponendo che solo chi ha un rapporto con l'istituto bancario è chiamato a salvarlo, impedisce di fatto tutte quelle forme ibride di aiuto con le quali è possibile soccorrere l'istituto di credito.

In ultimo, si ricordi – come menzionato in premessa – che completa il quadro la direttiva n. 49 del 2014 relativa al sistema di garanzia dei depositi, mediante la quale sono garantiti i conti correnti, sino alla soglia di 100 mila euro, tramite fondi interbancari nazionali. In caso di liquidazione di una banca, con ciò si assicura la copertura base dei conti correnti bancari.

3.2 *Il fondo unico di risoluzione delle crisi bancarie*

Come esaminato, stando al modello europeo di crisi bancaria, ad essere penalizzati sono in prima battuta gli azionisti, seguiti dagli obbligazionisti; ove le risorse fossero insufficienti, deve intervenire lo Stato in cui ha sede la banca. Solo in ultima istanza subentra l'apposito fondo unico di risoluzione, che sarà finanziato dai prelievi a carico delle banche stesse e che dovrebbe avere – a regime – una dotazione di 55 miliardi di euro.

Il conto finale non sarà più a carico dello Stato e quindi dei contribuenti. Non sono previsti, almeno per ora, interventi a fondo perduto dello Stato. Il primo passo sarà quello del *bail-in*, una quota di perdite verrà distribuita presso i creditori privati fino all'8% degli *asset* della banca in difficoltà (azionisti, sottoscrittori di obbligazioni subordinate, forse detentori di senior bond e di depositi oltre i 100.000 euro). In seconda battuta, è previsto l'intervento del fondo di risoluzione a livello nazionale (costituito con versamenti dalle banche) oppure del fondo di risoluzione europeo chiamato SRF (*Single resolution fund*), anch'esso costituito con i versamenti delle banche⁶².

Il fondo unico di risoluzione è istituito ricorrendo a un accordo intergovernativo, sul modello del Meccanismo europeo di stabilità, il c.d. 'fondo salva-Stati'⁶³. È il Comitato ad amministrare il fondo e a decidere le relative politiche di investimento⁶⁴. L'entrata in vigore di questa parte dell'accordo è rinviata. Entra in funzione gradualmente, nell'arco di un periodo di transizione di dieci anni (dal 2016 al 2026): dunque, le risorse nazionali si affiancano a quelle comuni

(con una proporzione, il primo anno di 9 a 1), per poi essere sostituite integralmente dal fondo comune al termine del periodo transitorio. Non vi è, insomma, nel breve periodo una immissione di capitali da parte delle istituzioni europee.

La dote di questo fondo europeo è costituita con le risorse provenienti dai fondi di risoluzione nazionali: operativo a regime dopo 10 anni di versamenti per un *target* totale di 55 miliardi di euro. La dimensione del suo intervento, caso per caso, è stimata attorno al 5% degli *asset* della banca in difficoltà.

Fornendo finanziamenti a breve termine all'ente creditizio soggetto a procedura di risoluzione oppure garanzie ai potenziali acquirenti dello stesso e fondandosi sul contributo di tutti gli enti creditizi degli Stati membri partecipanti, il Fondo «consiste, in pratica, in un “meccanismo di assicurazione” creato dalle banche stesse della zona euro a proprio favore, grazie ai contributi *ex ante* forniti dall'intero settore bancario della zona euro, allo scopo di creare uno strumento finanziario in grado di intervenire in fase di emergenza, salvo casi estremi in cui siano necessari contributi *ex post*»⁶⁵.

Se le risorse dell'SRF non dovessero essere sufficienti, la gestione della crisi bancaria prevede una rete di sicurezza, una specie di paracadute, ossia un *backstop* comune europeo finanziato con risorse pubbliche oppure con l'ESM, il meccanismo europeo di stabilità. Il *backstop* sarà attivato fin dal primo giorno di vita dell'SRF, nella fase transitoria di costituzione del fondo, dopo l'operatività a pieno regime del fondo di risoluzione europeo. L'SRF potrebbe essere garantito dagli Stati europei: la garanzia permetterà al fondo di finanziarsi sul mercato e di ottenere un prestito-ponte se privo di liquidità a fronte di gravi crisi bancarie. Ad ogni modo, il fondo di risoluzione dovrà rimborsare i prestiti ricevuti, con i contributi provenienti dallo stesso sistema bancario, quello sano, anche nell'ipotesi in cui disponga di aiuti *extra* dagli Stati, ESM o mercati.

Le decisioni relative alla mobilitazione del fondo sono assunte da un comitato (*board*) composto dalle autorità nazionali di risoluzione e dalla BCE, con la possibilità per la Commissione europea di porre un veto sulla raccomandazione del *board*: in quel caso, la questione è rimessa alla valutazione dei ministri dell'eurogruppo (integrato dai ministri dei Paesi non euro che aderiscono al sistema unico di risoluzione), che si esprimono a maggioranza.

4. L'unione bancaria: un sistema a cerchi concentrici

Dalla rassegna svolta emerge in modo evidente come l'unione bancaria sia il frutto complesso di uno sforzo politico teso a offrire una risposta ai mercati per porre rimedio al circolo vizioso che può instaurarsi tra crisi dei debiti sovrani e crisi degli istituti bancari, principali finanziatori dei debiti stessi. Complesso perché raggiunto a scapito di una stratificazione di interventi normativi, nonché

di una sovrapposizione di regimi giuridici differenti tanto nella natura quanto nelle modalità applicative.

In primo luogo, l'unione bancaria non sembra rispondere ad un unico e coerente *metodo*, tale da indicare a chi spettano le decisioni. I poteri di supervisione e di risoluzione delle crisi bancarie non sono stati organizzati né dagli Stati, signori dei trattati e unici detentori della sovranità in seno all'Unione, all'unanimità o a maggioranza, relegando in secondo piano le istituzioni sovranazionali, secondo il metodo intergovernativo, né risultano dal dialogo istituzionale tra Commissione, Consiglio e Parlamento, sulla base del metodo comunitario. In realtà, sono una mescolanza dei due metodi, il che costituisce una caratteristica di originalità del sistema. Così come è originale che l'unificazione bancaria avvenga, di fatto, tra gli Stati che fanno parte dell'area euro, purtuttavia al fine di evitare che quest'ultima costituisca in sostanza un passo avanzato verso un'unione politica più ristretta, gli Stati non aderenti all'euro non sono esclusi *a priori* dai meccanismi di vigilanza, ma possono volontariamente prenderne parte, con soluzioni in cui si immagina anche una eventuale uscita in via successiva dello Stato aderente.

In secondo luogo, diversi e disuguali sono gli strumenti normativi utilizzati per cui il quadro che ne risulta è frammentato. Vi sono regolamenti nel SSM e nel SRM, direttive, come quella su *bank recovery*, nonché un accordo intergovernativo, quello su SRF adottato sulla scorta della considerazione che l'art. 114 T.F.U.E. non rappresentasse una base sufficiente per intervenire in una materia che regola il trasferimento di contributi nazionali e la parziale 'mutualizzazione' – o quantomeno quella che 'politicamente' si è riusciti a raggiungere – dei costi dei fallimenti bancari e che deve essere compatibile con la sovranità fiscale. Per ogni settore, inoltre, si riscontra più di un intervento normativo. Il regolamento SSM è integrato da una direttiva, approvata nel giugno 2013, che prende il nome di *single rule book*. Il regolamento SRM è completato dalla direttiva di armonizzazione della legislazione nazionale in materia di meccanismi di risoluzione (denominata BRRD)⁶⁶. Quest'ultimo è, inoltre, arricchito dall'accordo intergovernativo sul fondo sopra menzionato. La garanzia dei depositi è disciplinata dalla direttiva del 2014.

Il che si traduce in una duplice constatazione: da un lato, ogni settore ha la sua propria fonte normativa; dall'altro, è necessario un elevato coordinamento per evitare che vi siano antinomie e sovrapposizioni tra questi testi, dato che non vi sono norme speciali che derogano a quelle generali. Non solo. È differente pure la *base normativa* sulla base della quale le istituzioni sovranazionali hanno operato. La procedura di supervisione bancaria si fonda sull'art. 127 del T.F.U.E., che prevede la consultazione del Parlamento europeo, poi trasformata in approvazione. Viceversa, il meccanismo di risoluzione trova la sua base nell'art.

114 T.F.U.E., che dispone una procedura legislativa diversa in cui il Parlamento è co-legislatore. Fuori dalle materie disciplinate dal Trattato risulta essere estromesso il Parlamento europeo dal processo decisionale, ciò avviene con riguardo al fondo di risoluzione, per questo consacrato in un accordo intergovernativo. L'accordo si colloca fuori dall'Unione europea, sebbene debba essere interpretato in conformità con il diritto dell'Unione.

Non mancano, come accennato, i rischi di sovrapposizione, basti citare alcune ipotesi. Il meccanismo di sorveglianza unico riguarderà la sola vigilanza microprudenziale, non comprendendo l'analisi macroprudenziale, che permane di competenza del Sistema europeo di sorveglianza finanziaria. Nel sistema di supervisione la BCE deve collaborare con l'Autorità bancaria europea, non pregiudicando le sue competenze. Le modalità operative della vigilanza, dalla valutazione al *fair value* dei titoli di stato posseduti allo *haircut* in caso di aiuto di Stato, dovranno essere in pratica decise dalla cooperazione tra questi due organi. Nel SRM possono verificarsi ipotesi di contrasto tra la disciplina sulle risoluzioni e quella sugli aiuti di Stato, in particolare in materia bancaria, poiché gli interventi all'interno del sistema di risoluzione sono subordinati al parere della Commissione europea in tema di aiuti.

Ciò trova giustificazione anche nella *clausola abilitante* del richiamato art. 127 T.F.U.E., che non consentendo trasferimenti di competenze complete, autorizza solo a trasferire missioni specifiche, aprendo di conseguenza la strada ad un sistema frammentato e ad una convivenza di poteri assegnati ad organi diversi⁶⁷.

In terzo luogo, pur a fronte di accelerazioni improvvise che hanno portato all'approvazione di alcune misure legislative in tempi brevi, i mezzi approntati dall'unione bancaria hanno tempi di gestazione diversi, a volte eccessivamente lunghi per divenire operativi. Il meccanismo di supervisione unica è entrato in vigore il 4 novembre 2014, mentre l'SRM è in parte esecutivo dal 1 gennaio 2015, e in parte dal 1 gennaio 2016 riguardo al perfezionamento delle tecniche di salvataggio e alla piena operatività dei meccanismi anticrisi, ossia il *bail-in* e la funzione di risoluzione. Il fondo, invece, sarà funzionante a pieno regime di fatto tra otto anni.

In quarto luogo, il regime di vigilanza bancaria che risulta dal processo di unificazione europea non è nuovo né sconosciuto per gli istituti di credito, giacché esso discende da una stratificazione delle pratiche di controllo applicate dalle banche centrali. Nell'esercizio dei poteri di vigilanza la BCE seguirà approcci consolidati, tesi a rendere omogenee le prassi nazionali, tenendo conto del rischio, degli aspetti prospettici, impiegando strumenti sia micro che macroprudenziali. È evidente, infatti, come le attribuzioni della banca centrale europea, fatta eccezione per poche ipotesi, sono sostanzialmente le stesse delle autorità bancarie nazionali. La BCE non si configurerebbe più come *administrateur de con-*

ception, così com'è stata definita fino a prima della crisi, ma sarebbe *un administrateur de fait* capace di esercitare le sue competenze direttamente o, nel caso in cui il regolamento non preveda i poteri necessari, attraverso le autorità nazionali.

D'altronde, è necessario vi sia una base comune per dare vita ad un effettivo decentramento, fondato sul principio di sussidiarietà, che faciliti il dialogo, contenga i costi del sistema, agevoli lo scambio di informazioni, consenta controlli *in loco* con personale nazionale. La rappresentazione organizzativa di ciò è data dai *joint supervisory teams*, alimentati da dipendenti delle banche centrali nazionali e funzionali all'esercizio congiunto dei poteri con la BCE.

In quinto luogo, ad organi tecnici si affiancano organi politici. Basti vedere come è articolato il meccanismo di supervisione, in cui ad uffici della BCE deputati all'istruttoria, ai *network* di supervisione implementati dai rappresentanti delle autorità nazionali coinvolte e ispirati alla tecnicità delle regole, si aggiungono organi più *politici* come il Consiglio di vigilanza. Nel sistema SRM, allo stesso modo, ai compiti del Consiglio corrisponde un processo di politicizzazione delle questioni. Né risulta priva di spigolosità la coesistenza tra organi di diverso tipo, al punto che per impedire che eventuali conflitti politici sorti nel Consiglio di vigilanza entrino nel Comitato direttivo della BCE si è prevista la totale assenza di canali di comunicazione tra il primo e il secondo. Di non facile definizione nemmeno è il tema dei rapporti tra autorità indipendenti, come la BCE, l'Autorità bancaria europea e gli organi operanti nella procedura di risoluzione bancaria.

Oltre a ciò, sussistono anche problemi qualificatori di alcuni di questi organi. Ad esempio, il comitato esecutivo nel SRM (il *board*), composto da quattro membri indipendenti, è un organo collegiale qualificato come *agenzia europea*, pur avendo poteri decisionali. Si tratta di un'autorità di nuovo conio, che implica uno stravolgimento rispetto al modello di agenzia finora conosciuto nello spazio giuridico europeo, limitato a compiti di studio ovvero ad un ruolo propositivo in specifici settori.

Non appare come una soluzione organizzativa pienamente rispettosa dei canoni giurisprudenziali definiti nel caso 'Meroni'⁶⁸, sulla base dei quali non è possibile delegare a organi specializzati decisioni rilevanti, sebbene va aggiunto che la sentenza *ESMA* del giudice europeo ha sposato un'interpretazione meno rigida di tale dottrina, il che consente di fatto di attribuire alle agenzie poteri discrezionali⁶⁹. È permesso, insomma, assegnare ad un'agenzia di diritto europeo non prevista dal Trattato un potere discrezionale pur assai ampio, qualora l'agenzia sia un ente dell'Unione creato da quest'ultima e il legislatore europeo abbia fissato criteri e condizioni che delimitano il campo d'azione dell'agenzia in modo da escludere che essa eserciti competenze di natura politica⁷⁰. L'atto istitutivo dell'agenzia deve circoscrivere gli atti 'di esecuzione', provvedendo ad un'adeguata definizione degli stessi.

Fatta eccezione per specifiche ipotesi, l'unione bancaria non si fonda comunque su una prevalenza degli organi politici tradizionali, come gli Stati, rispetto alle strutture tecniche; e né poteva essere diversamente dato il clima di sfiducia dei mercati nei confronti delle potenzialità dei meccanismi rappresentativi consueti. Per chiarire tale aspetto basta soffermarsi sulle pratiche volte a consentire volontariamente la partecipazione al sistema degli Stati non aderenti all'euro: il rapporto si instaura con un atto di sottomissione, inoltrato alla BCE, ma a quest'ultima spetta il potere di decisione finale sulla relativa ammissione, la quale può essere eventualmente condizionata al rispetto di determinati parametri. Parallelamente, anche la decisione di scioglimento dal vincolo di sottomissione, di iniziativa dello Stato, non costituisce un atto unilaterale, ma segue ad una richiesta motivata e ad un provvedimento della banca centrale europea.

In sesto luogo, benché la supervisione, la risoluzione e il fondo a protezione delle banche si trovino in 'pilastri' separati e autonomi, non sono esclusi canali di comunicazione, poiché esistono *passerelle* mediante le quali le esperienze e le informazioni raccolte in un settore sono impiegate in altro pilastro. Si pensi al ruolo di avvio della BCE, nel sistema SRF, con il compito di segnalare il pericolo che un istituto di credito possa fallire in presenza di una serie di condizioni previamente definite. A ciò occorre aggiungere, tuttavia, che tali passerelle non sono così frequenti, mentre dovrebbero essere molto più strutturate per dare luogo ad un sistema veramente integrato.

Al fine di indagare meglio alcuni di questi profili e comprendere se prevalga l'uniformità o la differenziazione ovvero quale sia il rapporto tra tecnica, politica e amministrazione, si ritiene utile prendere a riferimento quattro problematiche specifiche, che muovono da questioni, per osservare in vitro come sono stati sciolti i nodi e quali sono stati i valori di fondo a cui si è data prevalenza. Gli interrogativi affrontati riguarderanno gli obblighi di capitalizzazione e il primo esercizio di revisione degli attivi bancari; la convergenza delle pratiche di supervisione che è l'esito di un processo di condivisione delle funzioni amministrative a livello europeo; la dimensione 'politica' dei piani di risoluzione delle crisi bancarie; la previsione di un obbligo di separazione tra attività di investimento e raccolta bancaria tradizionale. In conclusione, si proveranno a trarre alcune considerazioni di carattere generale sulle problematiche sopra evidenziate.

5. *Gli stress test tra tecnica e politica*

La capacità di concedere credito delle banche è delimitata sia dalla liquidità disponibile sia dai requisiti di capitale imposti dalle regole di Basilea. In attuazione delle decisioni proprie di tale Comitato, il regolamento UE n. 575/2013, denominato CRR, prevede che vi sia un rafforzamento della dotazione patri-

moniale delle banche, a parità di attivi di bilancio⁷¹. Si tratta di un processo a fasi graduali, che di fatto drena risorse al sistema produttivo e agli altri comparti dell'economia.

Per impedire disparità e garantire a tutte le imprese bancarie un quadro di riferimento per quanto possibile unitario, la Banca centrale europea ha proceduto nei confronti delle banche significative ad una attento riesame dei *capital requirements*, in modo da evitare squilibri nell'applicazione degli obblighi di ricapitalizzazione.

I primi *stress test*, propedeutici all'avvio della vigilanza unica⁷², sono terminati alla fine dell'ottobre 2014, e non hanno mancato di sollevare interrogativi sulle banche e sulla metodologia dell'esercizio. La revisione degli attivi bancari – la *Asset Quality Review* – ha preceduto lo *stress test* ed è questa una verifica importante, ai fini dell'indagine, poiché dà modo di misurare la credibilità dei supervisori domestici, paragonando i giudizi che essi hanno dato alle stesse banche. Difatti, mediante un esame approfondito degli attivi per verificarne la corretta valutazione in bilancio, la *asset quality review* ha comparato i valori iscritti dalle banche a bilancio a fine 2013 – che erano già stati controllati dalle autorità nazionali di vigilanza – con i valori stimati secondo criteri condivisi a livello europeo. Qual è stato il risultato? La Banca d'Italia non ha ottenuto un buon punteggio: le banche italiane sotto esame hanno riportato tra le maggiori correzioni di valore nel confronto internazionale. Se comparata con gli altri supervisori europei, gli attivi bancari sono stati sopravvalutati dalla banca centrale italiana nel complesso dell'1,1%, ossia quasi sei volte quanto hanno fatto Francia e Germania (0,2%). A parte il caso di Monte Paschi (3,2%), le sopravvalutazioni maggiori si sono avute per le banche popolari tra l'1,3% e il 2,2%⁷³.

È pure vero che, in questo clima di pesante recessione che ha colpito l'economia nazionale, le banche hanno dovuto far fronte ad un cambiamento di contesto notevole: basti pensare alla regola sui cuscinetti di capitale anti-crisi, decisivi per la crescita economica e che possono portare a strette sul credito, per cui negli ultimi anni, di fatto, si è arrivati ad una moltiplicazione quasi per tre del requisito di capitale minimo. Si è partiti dalle regole di Basilea III, che fissavano un *common equity capital ratio* minimo del 4,5%. Successivamente sono stati rafforzati i requisiti di patrimonializzazione con l'*asset quality review*: si è saliti a un requisito dell'8% di capitale, per approdare, con gli *stress test*, a indicatori impliciti di *core tier one* fino al 12 per cento⁷⁴. Nel complesso, in Italia sono state realizzate operazioni di rafforzamento patrimoniale per quasi 40 miliardi, di cui oltre 10 nel corso del 2014.

Ciò dimostra come, con l'ausilio di strumenti di valutazione tecnica, i poteri sovranazionali non si limitino a definire un quadro regolamentare comune, ma a conformare le modalità di valutazione dei presidi patrimoniali a copertura

dei rischi di mercato. Tanto da arrivare a giudicare l'operato dei regolatori domestici, nonché la loro capacità di distinguere attività rischiose da attività che non lo sono. La discrezionalità tecnica, del resto, è un tratto specifico dell'autonomia della banca centrale⁷⁵.

Sotto questo profilo, è evidente come la vigilanza unica sta portando ad un mutamento di approccio. Nel senso che il supervisore statale, quando opera come ufficio decentrato, in funzione di Francoforte, non potrà agire come un supervisore generoso verso le banche importanti rispetto all'economia del singolo Stato. Al contrario, operando a stretto contatto con funzionari europei e in base a linee guida comuni e notificando i progetti di decisioni, adottando prassi condivise e omogenee, sarà certamente un regolatore meno catturabile e un supervisore chiamato ad interagire in una visione autenticamente europea con le strutture amministrative costituite a livello sovranazionale.

Allo stesso tempo, se è giusta l'attenzione del supervisore alla dotazione patrimoniale delle banche, è parallelamente vero che un tale quadro regolatorio accentua le difficoltà per gli operatori di competere sui mercati, nonché di sostenere le necessità di finanziamento delle imprese. Il che è particolarmente vero in una realtà come quella italiana, in cui il sistema produttivo sta subendo un ridimensionamento e una contrazione anche a causa della carenza di liquidità.

Sul punto l'impostazione europea è inflessibile, poiché non riconosce alcuno spazio di cittadinanza a regole asimmetriche: a prescindere dalle condizioni di partenza, le regole dell'unificazione devono essere le medesime. Il principio di proporzionalità – che pure è richiamato più volte in questo complesso ordinamento – trova una modesta (se non nulla) applicazione e anzi opera nei fatti in senso inverso, nel momento in cui a fronte di una disparità di condizioni e dimensioni, gli oneri più stringenti ricadono sugli intermediari dei paesi più in difficoltà. E le iniezioni di liquidità, avviate dalla BCE, attraverso il *Quantitative Easing* delineano una risposta solo parziale al problema della restrizione del credito.

Lo stesso ragionamento può essere fatto a proposito di quello che viene chiamato il *capital charge* per i titoli del debito sovrano, sulla base di una previsione transitoria contenuta nel Regolamento n. 575/2013. Introducendo un requisito massimo di capitale della banca ammissibile per l'acquisto di debito pubblico, si rende in sostanza più oneroso il debito sovrano e si incide sulla liquidità dei titoli di Stato. Basti soffermarsi su un dato: al 31 marzo 2015 l'esposizione creditizia del sistema bancario nazionale verso il settore pubblico ammontava a 270 miliardi di euro. In altre parole, se si include l'esposizione verso le amministrazioni centrali nel calcolo del limite di concentrazione per le grandi esposizioni, gli acquisiti di debito pubblico potranno essere fatti nel limite del 25% del capitale della banca. Il che comporterà una significativa diminuzione del credito

sovrano. L'assenza di soluzioni asimmetriche materialmente si dimostra un grave ostacolo al raggiungimento di una effettiva unificazione del sistema bancario.

6. *La convergenza delle pratiche di supervisione elaborata dall'EBA*

Il quadro regolatorio bancario è frutto di una disciplina in parte comune e in parte nazionale, nel senso che l'attuazione della vigilanza unica, da un lato, ha uniformato regole e prassi statali per coordinarle tra loro, dall'altro, ha valorizzato le norme europee che recepiscono gli accordi di Basilea III (CRR/CRD 4), definendo un sistema omogeneo di regole prudenziali⁷⁶. Tale sistema omogeneo prende il nome di *single rulebook*, che tuttavia non elimina, ma anzi lascia intatte alcune discipline nazionali, come quelle sul calcolo degli interessi⁷⁷.

L'obiettivo è quello di costruire una disciplina unica e di armonizzare le normative prudenziali degli Stati membri. La direttiva 2013/36/UE⁷⁸ – ora recepita nell'ordinamento nazionali con il d.lgs. 12 maggio 2015, n. 72⁷⁹ – contiene disposizioni in materia di: autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria, libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi, cooperazione fra autorità di vigilanza, processo di controllo prudenziale, metodologie per la determinazione delle riserve di capitale (*buffer*), disciplina delle sanzioni amministrative, regole su governo societario e remunerazioni. Il Regolamento (UE) n. 575/2013, immediatamente applicativo, definisce le norme in materia di fondi propri, requisiti patrimoniali minimi, rischio di liquidità, leva finanziaria (*leverage*), informativa al pubblico.

Oltre ai menzionati regolamento e direttiva, il *single rulebook europeo* si compone - anche degli standard tecnici vincolanti e delle linee guida dell'European Banking Authority (EBA), cui il nuovo *framework* affida la disciplina di attuazione della normativa primaria, nonché la definizione delle regole ai fini del reporting alle autorità di vigilanza. In particolare, l'art. 107 della direttiva n. 36 puntualizza che l'Eba «valuta le informazioni fornite dalle autorità competenti al fine di sviluppare una coerenza nel processo di revisione e valutazione prudenziale. Essa può chiedere informazioni supplementari alle autorità competenti per completare la sua valutazione in misura proporzionata».

Non solo. L'Eba riferisce ogni anno al Parlamento europeo e al Consiglio sul grado di convergenza dell'applicazione delle regole prudenziali. A tal riguardo, nell'aprile 2015 ha adottato un *Report on convergence of supervisory practices*. In esso si dimostra che, dal 2011, si registrano significativi progressi nel rafforzare la convergenza nelle modalità di supervisione. Nondimeno, «further steps will be needed to neutralise the risks to the Single Market», anche perché «differences have still been identified in some aspects of supervisory methodologies; supervisory practices; and supervisory outcomes».

Ne consegue che si registra un attento monitoraggio, da parte di un organo tecnico diverso dalla BCE, per comprendere se le attuali regole comuni saranno sufficienti a garantire condizioni di parità concorrenziale tra operatori bancari nel mercato europeo. Oppure se sarà necessario procedere ad un passo ulteriore – per eliminare gli arbitraggi e le interpretazioni nazionali divergenti – superando il sistema di normative bancarie storicamente diversificate all'interno dell'Europa, e mettendo a punto un *testo unico bancario europeo*, che sistematizzi la materia e sia in grado di stabilire entro un una cornice normativa uniforme un comune piano di gioco e un sistema bancario realmente integrato.

Nel frattempo, nel Regolamento n. 1022/2013 si dà mandato all'EBA, sulla base delle sue prerogative, di «continuare a sviluppare e contribuire all'applicazione coerente di un *corpus* unico di norme valido per tutti gli Stati membri e rafforzare la convergenza delle prassi di vigilanza in tutta l'Unione». Sulla scorta di ciò, l'autorità europea sta elaborando un *European supervisory handbook on the supervision of financial institutions*. Che non sarà un atto legalmente vincolante, ma raccoglierà «best practices across the Union as regards supervisory methodologies and processes that competent authorities should use in conducting supervisory activities».

L'intento è quello di raggiungere un livello di armonizzazione molto più elevato rispetto al passato. Con strumento di questo tipo di *soft law* si realizzerà nel breve periodo un robusto allineamento delle prassi di vigilanza, che si viene ad affiancare all'assetto organico di regolamentazione e controllo sulle banche e sulle imprese di investimento in cui sono accolti i contenuti del terzo accordo di Basilea sul capitale⁸⁰. Nel complesso, strumenti di *soft* e di *hard law* mirano al rafforzamento della disciplina prudenziale e all'accrescimento del livello di armonizzazione delle regole applicabili agli intermediari che operano nel mercato unico europeo.

7. Il piano di risoluzione tra discrezionalità e politica: il ruolo della Commissione e del Consiglio europeo

I piani di risoluzione sono diretti ad individuare *ex ante* le modalità con cui la crisi di ciascuna banca può essere gestita, nonché quando si manifestano le attività di vera e propria gestione della crisi. Sono predisposti dal *Single Resolution Board*, al quale partecipano i rappresentanti delle autorità di risoluzione nazionali.

Le scelte che riguardano la risoluzione contengono ineliminabili aspetti discrezionali. Per questa ragione la decisione sul *se* avviare la risoluzione e l'individuazione degli strumenti da utilizzare non sono unicamente di competenza del *Board*, ma in tali scelte sono coinvolti la Commissione ed eventualmente il Consiglio.

Tra gli strumenti di risoluzione adottabili, con i quali si mira a rendere sempre meno indispensabile il *backstop* pubblico, impiegabile solo in casi estremi, si annoverano innanzitutto tecniche innovative, come la *bridge bank*, ossia il trasferimento dei rapporti “sani” della banca in crisi a terzi acquirenti o a veicoli appositamente costituiti che potranno gestirli temporaneamente in modo da preservare la continuità delle funzioni essenziali dell'intermediario. Oppure la *bad bank* con cui si acquisiscono le attività deteriorate dell'intermediario da sottoporre a procedure di realizzo e recupero. Altrimenti, si può fare fronte alla risoluzione con il *bail in*, che prevede di mettere a carico degli azionisti e dei creditori dell'intermediario le perdite emerse a seguito della crisi. Tali tecniche si affiancano a strumenti più tradizionali, come le procedure di amministrazione straordinaria, già sperimentate nell'ordinamento domestico.

Il *Single Resolution Board* dovrà sottoporre alla Commissione europea il programma di risoluzione, la quale potrà approvare oppure chiedere ulteriori modifiche ai fini dell'approvazione medesima⁸¹. Nondimeno, nei casi in cui è previsto l'impiego del *Single Resolution Fund* ovvero si riscontri un generico interesse pubblico, la Commissione dovrà trasmettere al Consiglio europeo il programma, il quale a sua volta potrà approvare o rigettare la proposta di risoluzione del SRB.

È evidente il tasso di discrezionalità delle scelte sottese al programma di risoluzione, in cui si decide ‘quanto’ azionisti e creditori devono sopportare le perdite e ‘quanto’ gli oneri possono ricadere a carico della collettività mediante un sostegno pubblico. Tali decisioni, peraltro, devono parallelamente valutare gli effetti sulla stabilità finanziaria. Se così è, risulta troppo delicato affidare un compito del genere ad un *board* indipendente e tecnico, per cui appare corretto che ciò sia mitigato da una procedura di approvazione che vede l'intervento di organi politici – che di quelle scelte sono tenuti ad assumere l'*accountability* – benché privi di poteri di tipo istruttorio.

8. La separazione tra attività di investimento e raccolta bancaria tradizionale

Al fondo del tema dell'unificazione bancaria si trova un orientamento strutturale particolarmente rilevante, che è quello relativo alla scelta se consentire il modello bancario generalista ovvero se introdurre forme di separazione tra attività bancaria di tipo tradizionale e attività di investimento, svolta direttamente dall'intermediario e non per conto dei propri clienti.

È evidente che la crisi finanziaria ha mostrato come le operazioni altamente speculative di una sola banca possano mettere a rischio la stabilità di tutto il sistema. Da ciò nasce l'esigenza di separare l'attività bancaria tradizionale, raccolta dei depositi e esercizio del credito, dall'attività di investimento finanziario per conto proprio o di altri, in modo che i servizi offerti con la prima non sia-

no pregiudicati dai rischi assunti con la seconda, superando così il modello della banca universale⁸².

Molte importanti banche sono diventate insolventi durante la crisi per aver compiuto operazioni finanziarie puramente speculative. E proprio per salvaguardare l'erogazione di quei servizi tradizionali gli Stati sono dovuti intervenire con salvataggi fatti a spese dei contribuenti. La separazione, dunque, mira anzitutto a far sì che i rami di una banca dedicati all'investimento possano, in caso di insolvenza, essere lasciati al loro destino, senza che ciò pregiudichi l'erogazione dei servizi bancari tradizionali. In questo modo, la garanzia piena del risparmio e della raccolta dei depositi può mettere a repentaglio la tutela degli investimenti.

Gli ordinamenti del Regno Unito e degli Stati Uniti sono già intervenuti in tal senso, mentre l'Unione europea al riguardo si trova ancora nella fase delle proposte. Nel dicembre 2013 il Regno Unito ha varato il *Banking Reform Act*. Su proposta del governo, la riforma impone agli istituti bancari di istituire una separazione, un *ring-fence*, tra le attività tradizionali di raccolta dei depositi e dei prestiti e le attività di investimento, vietando ogni passerella, ossia ogni finanziamento degli investimenti con i depositi raccolti. Per monitorare la *compliance* e rafforzare gli strumenti di *enforcement*, la legge istituisce una nuova autorità di vigilanza, la *Prudential Regulation Authority*, con il compito di verificare come le banche organizzino la separazione, nonché con il potere di imporre a singole banche o all'intero settore una scissione completa tra l'attività al dettaglio e quella di investimento.

Con la sec. 619 del *Dodd-Frank Act* del 2010 si proibisce negli Stati Uniti agli istituti di credito che raccolgono depositi di impegnarsi nel *proprietary trade* e in finanziamenti a *hedge funds* o a fondi di *private equity*. Parallelamente è stato delegato a cinque autorità di vigilanza il compito di articolare questa disposizione nota come la *Volcker rule*⁸³. Sulla scorta di ciò, nel 2013 le autorità di vigilanza coinvolte hanno elencato le attività consentite perché non rientranti nella categoria del *proprietary trade*. Per le restanti attività, viceversa, è stato invertito l'onere della prova, stabilendo che le stesse banche depositarie che intendano intraprenderle hanno l'onere di dimostrare, in contraddittorio con l'autorità, che esse non contrastino con gli intenti della *Volcker rule*.

Ritenendo appunto che la combinazione di attività bancarie tradizionali con attività di *investment banking* produca criticità, per il rischio che i clienti possano essere danneggiati dalle attività speculative dell'istituto bancario, la Commissione ha elaborato con maggiore gradualità una proposta di riforma strutturale del sistema bancario europeo⁸⁴, con cui si prevede che l'obbligo di separazione trovi applicazione esclusivamente per le banche che superano determinate soglie dimensionali o siano considerate, in base a predeterminati parametri, di importanza sistemica globale. Così la banca 'corporate' e di investimento diventa inevitabilmente diversa e separata dalla banca generalista, oggi prevalente.

In particolare, nella proposta sarà assegnato alle autorità di risoluzione il potere di chiedere modifiche agli assetti strutturali e organizzativi dei gruppi bancari, anche attraverso la separazione o la dismissione di attività o rami di azienda, se in assenza di queste misure vi fossero gravi ostacoli alla possibilità di risolvere una crisi in modo ordinato. In qualche modo, è alla banca centrale e al mercato lasciato il compito di ordinare la separazione organizzativa tra le attività bancarie tradizionali e quelle di *investment banking*. Il che implica un cambiamento significativo nell'approccio alla regolamentazione bancaria, tradizionalmente neutrale rispetto agli assetti organizzativi e operativi delle banche.

9. Considerazioni conclusive

Obiettivo del sistema amministrativo europeo con l'unione bancaria è consentire alle industrie finanziarie di competere ad armi pari nel mercato unico europeo, bilanciando, da un lato, il rischio di ripetersi di crisi finanziarie e, dall'altro, evitare di pregiudicare la capacità delle banche di finanziare la crescita delle imprese.

Nel suo complesso l'unione bancaria rappresenta un ingente sforzo di condivisione delle funzioni amministrative di vigilanza e di risoluzione, dando origine ad un sistema inedito di cogestione di regolazione e poteri amministrativi in senso stretto. Sotto tale profilo essa costituisce chiaramente un modello di unificazione. Anzi, se si adotta un approccio di più lungo periodo, può dirsi che l'unificazione bancaria – come sottolineato non ancora integralmente completata – è parte di un progetto ancora più ambizioso, ossia la costruzione dell'unione del mercato dei capitali: che ambisce ad una maggiore diversificazione del finanziamento dell'economia, riducendo il costo della raccolta di capitali; ad una più robusta integrazione dei mercati dei capitali per ottenere maggiori investimenti senza aumentare i livelli di indebitamento; a migliorare il flusso di capitali dagli investitori ai progetti di investimento europei⁸⁵.

Tali spinte all'unificazione sembrano, di converso, la risposta a tendenze disgregatrici che parallelamente si riscontrano nell'assetto istituzionale dell'Unione. Basti pensare alla rinnovata importanza delle istituzioni intergovernative, che mettono in crisi – come evidenzia Habermas (2012: 33) – il *proprium* del sistema costituzionale europeo. Ciò è evidente se si osserva l'acquisita centralità politica del Presidente del Consiglio Europeo, nonché il peso raggiunto dall'Euro Summit, un nuovo forum della politica europea, in cui i capi di stato e di governo si confrontano sulle più importanti decisioni economiche dell'eurozona.

In questo contesto, è evidente che prevalga un'istanza di unificazione che risponde ad un articolato disegno istituzionale connotato da tre caratteri. Il primo è la regia accentrata, sebbene costruita su una figura organizzativa compo-

ta. L'unificazione delle regole passa per un quadro che tende a centralizzare sia le decisioni più rilevanti sia le procedure per giungere ad alcune scelte. I meccanismi esaminati ne sono la più evidente dimostrazione.

Il secondo consiste nel rafforzare l'integrazione amministrative tanto delle norme quanto delle prassi. Il che dimostra l'ampiezza dell'unificazione medesima, la quale non si limita ad una 'omogeneizzazione' delle regole, ma mette a fuoco le procedure amministrative, il modo di fare amministrazione, nonché la rilevanza dell'applicazione da parte delle autorità di vigilanza. Ne emerge un profilo realmente innovativo, in cui, accanto alla creazione dei presupposti normativi per lo svolgimento dell'attività bancaria, si affianca una crescente attenzione al profilo della *implementation*, dimostrando in questa maniera che si intende dar vita ad un processo sinceramente integrativo che si autoalimenta vicendevolmente.

Il terzo prende forma nella preclusione rispetto a regole asimmetriche. In sé può accadere che divari economici si riflettano negativamente sul processo di unificazione, per cui si giustificano regole derogatorie e eccezionali, il che può presentare per giunta un valore di proiezione rispetto allo scenario globale. Ciò può richiedere un diverso approccio, una maggiore specializzazione, interventi diversi, che sono invece non riconosciuti come applicabili a livello europeo.

In via generale, infine, l'unificazione bancaria – per ampiezza consente di riscontrare tutte le invarianti proprie di ogni processo istituzionale di *nation building* sul piano economico – avviene nel segno della predominanza della tecnica sulla politica. Nondimeno è innegabile a volte un uso della tecnica per spingere i decisori politici ad assumere alcune decisioni 'di parte', come dimostrano gli *stress test* o gli obblighi di capitalizzazione nella valutazione della qualità degli attivi delle banche. Così come nel SRM e nei piani di risoluzione si scorgono le premesse per un cambio fondamentale del quadro di riferimento, in cui si riconosce un maggiore spazio alla politica, allorché la decisione è fortemente permeata da un elevato tasso di discrezionalità (si pensi alla *bad bank* o al *bail-out*), tale da avere rilevanti implicazioni nell'economia reale dei paesi europei.

Note

- ¹ Comunicazione *Una tabella di marcia verso l'unione bancaria*, Bruxelles, COM(2012) 510 final.
- ² Oltre a ciò, si consideri che esiste un evidente legame tra efficiente regolazione del sistema finanziario e crescita economica. Un sistema finanziario che funziona garantisce lo sviluppo economico: ad un *weak legal and financial systems* non può che accompagnarsi una scarsa crescita industriale.
- ³ I sistemi di garanzia dei depositi sono istituti nazionali, generalmente finanziati dagli enti creditizi, volti ad assicurare il rimborso di una determinata quota dei depositi bancari – la garanzia prima era di 20.000 euro, poi è stata innalzata a 100.000 euro per ciascun depositante, essendo posto il principio per cui è il depositante, non il singolo deposito, ad essere tutelato – in caso di indisponibilità degli stessi all'esito di una decisione delle autorità competenti o dell'autorità giudiziaria. La direttiva n. 49 armonizza le legislazioni nazionali, allo scopo di facilitare l'accesso all'attività degli enti creditizi, nonché l'esercizio della stessa per tutelare la stabilità finanziaria e la fiducia dei risparmiatori. I meccanismi di tutela dei depositi sono un tassello dell'unione bancaria e ciò è dimostrato dal fatto che i mezzi finanziari raccolti dagli stessi, pur destinati principalmente al rimborso dei depositanti, possono essere utilizzati, ai sensi dell'art. 11, anche per la risoluzione degli enti creditizi, conformemente alla direttiva BRRD 2014/59 a cui espressamente si fa rinvio. Per giunta sono attribuiti poteri di coordinamento all'Autorità bancaria europea, la quale dispone anche di strumenti di verifica sulla solidità dei sistemi nazionali di garanzia.
- ⁴ Regolamento (UE) del Consiglio, 15.10.2013, n. 1024/2013, che attribuisce alla Banca centrale europea compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi.
- ⁵ Regolamento (UE) del Parlamento europeo e del Consiglio, 22.10.2013, n. 1022/2013, recante modifica del regolamento (UE) n. 1093/2010, che istituisce l'Autorità europea di vigilanza (Autorità bancaria europea), per quanto riguarda l'attribuzione di compiti specifici alla Banca centrale europea ai sensi del regolamento del Consiglio (UE) n. 1024/2013.
- ⁶ Art. 25, par. 2, Reg. n. 1024/2013.
- ⁷ Art. 29.
- ⁸ Art. 25, par. 5.
- ⁹ Art. 26. Tale organo è composto da un presidente – scelto in base ad una procedura di selezione aperta tra persone di riconosciuto prestigio e grande esperienza professionale in campo bancario, che non sono membri del consiglio direttivo – quattro rappresentanti della BCE e un rappresentante per ogni autorità nazionale competente.
- ¹⁰ Art. 26, par. 8.
- ¹¹ Art. 19.
- ¹² Art. 20.
- ¹³ Art. 21.
- ¹⁴ Art. 21, par. 4.
- ¹⁵ Art. 7.
- ¹⁶ Art. 6, par. 3.
- ¹⁷ Per quanto riguarda l'Italia, sono: Intesa SanPaolo, Mediobanca, UniCredit, Popolare dell'Emilia Romagna, Popolare di Milano, Popolare di Sondrio, Popolare di Vicenza, Banca Popolare, Credito Emiliano, Iccrea Holding, Unione di banche italiane e società cooperative, Veneto Banca, Carige, Monte dei Paschi di Siena, Credito Valtellinese.
- ¹⁸ Art. 5, par. 1.
- ¹⁹ Art. 5, par. 2.
- ²⁰ Art. 9, par. 2.
- ²¹ Art. 6, par. 7.

²² Art. 10.

²³ Art. 11.

²⁴ Art. 12.

²⁵ Art. 13.

²⁶ Art. 14.

²⁷ Art. 15.

²⁸ Art. 16.

²⁹ Art. 18.

³⁰ Art. 22.

³¹ Art. 23.

³² Art. 24.

³³ Art. 30.

³⁴ Si tratta di un ruolo delicato nella costruzione del sistema unico di supervisione bancaria europea. Ad esempio, occorre rimarcare l'esigenza di tenere conto – in relazione agli intermediari sottoposti a vigilanza – della dimensione, dei modelli di business e dei diversi profili di rischio all'interno del sistema bancario, evitando il rischio di un'omologazione delle regole e delle pratiche di vigilanza. Tale esigenza riguarda in particolare le specificità del modello societario delle banche cooperative italiane, tradizionalmente impegnate nel sostegno alle piccole comunità ed economie locali.

³⁵ L'autorità di vigilanza unica e i nuovi requisiti di capitalizzazione dovranno funzionare come interventi preventivi rispetto ai rischi di risoluzione, messi in atto per prevenire e quindi evitare il fallimento delle banche.

³⁶ Direttiva 2014/59/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 15.5.2014 che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento e che modifica la direttiva 82/891/CEE del Consiglio, e le direttive 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE e 2013/36/UE e i regolamenti (UE) n. 1093/2010 e (UE) n. 648/2012, del Parlamento europeo e del Consiglio.

³⁷ Come previsto nel considerando n. 6 del Reg., «Tale armonizzazione non è però assoluta né è centralizzato il processo decisionale: essenzialmente, infatti, la direttiva [...] prevede strumenti e poteri comuni di risoluzione che sono messi a disposizione delle autorità nazionali di ciascuno Stato membro, alle quali lascia tuttavia un certo livello di discrezionalità nell'applicazione degli strumenti e nel ricorso ai meccanismi di finanziamento nazionali a sostegno delle procedure di risoluzione. A dispetto delle funzioni di regolamentazione e mediazione attribuite all'Autorità europea di vigilanza (Autorità bancaria europea, Abe) dal regolamento (UE) n. 1093/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio, la direttiva [...] non esclude completamente l'eventualità che gli Stati membri adottino, riguardo alla risoluzione dei gruppi transfrontalieri, decisioni distinte e potenzialmente incongruenti che possono incidere sui costi complessivi della procedura. Inoltre, prevedendo meccanismi di finanziamento nazionali, non affranca sufficientemente le banche dal sostegno dei bilanci nazionali né esclude la possibilità che i vari Stati membri seguano una linea diversa riguardo all'impiego di tali meccanismi».

³⁸ Art. 4.

³⁹ Il quadro comune sugli strumenti nazionali di risanamento e di risoluzione delle crisi degli enti creditizi di cui alla direttiva n. 59 del 2014 mira a limitare l'impatto sui bilanci pubblici degli interventi di salvataggio delle banche in crisi (c.d. *bail-out*), introducendo il principio per cui la ricapitalizzazione degli istituti di credito è affidata, in primo luogo, ad azionisti, obbligazionisti e creditori delle banche stesse (c.d. *bail-in*). Elementi essenziali sono: la vendita di parti delle attività detenute; la costituzione di una società 'ponte' consistente nella cessione (*bridge bank*), anche senza il consenso degli azionisti, della totalità o di una parte delle attività, diritti o passività ad un ente interamente o parzialmente di proprietà delle autorità

pubbliche (che possono includere l'autorità di risoluzione delle crisi), costituito allo scopo di esercitare alcune o tutte le funzioni dell'ente soggetto a risoluzione della crisi; la costituzione di una *bad bank* per la gestione degli asset di cattiva qualità; il coinvolgimento dei creditori alla copertura delle perdite (*bail-in*). In particolare, azionisti e creditori parteciperebbero al piano di ristrutturazione fino a un limite massimo dell'8% delle passività della banca, e secondo una precisa gerarchia di intervento (azionisti, obbligazionisti junior, obbligazionisti senior e titolari di depositi oltre i 100.000 euro; i depositi sotto questa soglia verrebbero dunque salvaguardati); qualora le risorse conferite da azionisti, obbligazionisti e creditori non siano sufficienti, sarà possibile rivolgersi al fondo unico di risoluzione, per un ammontare fino al 5% delle passività della banca in crisi; i singoli Governi potranno considerare eccezioni al contributo delle diverse categorie di creditori, chiedendo tuttavia, caso per caso, autorizzazione alla Commissione europea, che può dare parere negativo.

40 Art. 1, Reg. n. 806.

41 Art. 38.

42 Art. 39.

43 Art. 27.

44 Art. 25.

45 Art. 43.

46 Art. 41.

47 Art. 42.

48 Sulla nomina e sui compiti del direttore esecutivo, si v. art. 52.

49 Art. 46.

50 Art. 49.

51 Art. 8. La procedura decisionale è sintetizzabile in questi passaggi: a) appurata la situazione di dissesto, la BCE quale autorità di vigilanza la comunica alla Commissione, al Comitato e alle autorità e ai ministeri nazionali pertinenti; b) il Comitato valuta se si profili una minaccia sistemica e se non esistano soluzioni basate sul settore privato; c) valutata l'impossibilità di percorrere altre soluzioni, il Comitato raccomanda alla Commissione di dare avvio alla risoluzione della crisi; d) la Commissione decide di avviare la risoluzione della crisi e indica al Comitato il quadro in cui si dovranno iscrivere l'applicazione degli strumenti di risoluzione delle crisi e l'attivazione del Fondo a sostegno dell'azione di risoluzione della crisi; e) con decisione rivolta alle autorità nazionali di risoluzione delle crisi, il Comitato adotta un programma di risoluzione della crisi che prevede i pertinenti strumenti, interventi e misure di finanziamento e che ordina alle autorità nazionali destinatarie di dare esecuzione alle misure di risoluzione della crisi; f) le autorità nazionali di risoluzione delle crisi danno esecuzione in conformità alla normativa nazionale alle misure stabilite dal Comitato; g) se tali autorità non ottemperano alle decisioni del *Board*, il Comitato ha il potere di rivolgersi direttamente alle banche per talune decisioni inerenti all'attuazione delle misure di risoluzione delle crisi.

52 Art. 16.

53 Art. 17.

54 Art. 32.

55 Art. 33.

56 Art. 34, con riguardo all'autorizzazione giudiziaria, invece, si veda l'art. 35.

57 Art. 20.

58 Art. 21.

59 Art. 22.

60 Art. 23.

61 Art. 24.

62 Art. 64.

63 Non sono definite le modalità con le quali il Meccanismo europeo di stabilità (MES) potrà erogare un sostegno diretto alle banche.

⁶⁴ Art. 70.

⁶⁵ L'assicurazione offerta dal fondo è fondamentale per il buon funzionamento non solo del meccanismo di risoluzione delle crisi, ma anche per il buon funzionamento del meccanismo unico di vigilanza, in quanto, affrancando i gruppi bancari transfrontalieri dalla dipendenza dal sostegno del proprio Stato, li incentiva a rispettare i requisiti di stabilità patrimoniale imposti dagli standard di Basilea e dalla normativa europea.

⁶⁶ Le cui linee guida sono state approvate nel Consiglio di giugno 2013.

⁶⁷ Come dispone l'ultimo paragrafo dell'art. 127 T.F.U.E., «il Consiglio, deliberando all'unanimità mediante regolamenti secondo una procedura legislativa speciale, previa consultazione del Parlamento europeo e della Banca centrale europea, può affidare alla Banca centrale europea compiti specifici in merito alle politiche che riguardano la vigilanza prudenziale degli enti creditizi e delle altre istituzioni finanziarie, escluse le imprese di assicurazione».

⁶⁸ Corte di giust., 13.6.1958, C-9/56. In tema anche Id. 14.5.1981, C-98/80.

⁶⁹ Corte di giust., 22.1.2014, C-270/12. Pur in una (solo) apparente continuità con la dottrina *Meroni*, la sentenza considera legittimi i poteri di emergenza della *European Securities and Markets Authority* in materia di vendite allo scoperto di *credit default swap* quale strumento per operare in favore della stabilità finanziaria internazionale, tenuto conto dell'integrazione dei mercati finanziari e del rischio di contagio delle crisi.

⁷⁰ Tale orientamento ha trovato recente applicazione nell'opinione dell'Avvocato Generale Nii-lo Jaaskinen del 20.11.2014, caso C-507/13, *Regno Unito e Irlanda c. Parlamento e Consiglio*, in specie par. 62 ss.

⁷¹ Attualmente ciò trova copertura nell'art. 53 *ter* d.lgs. 1.9.1993, n. 385, come modificato dal d.lgs. 12.5.2015, n. 72, ai sensi del quale «la Banca d'Italia adotta le misure sulle riserve di capitale previste dal capo IV del titolo VII della direttiva 2013/36/UE nonché quelle di natura macro-prudenziale previste dal regolamento (UE) n. 575/2013, quale autorità designata ai sensi di tali normative comunitarie».

⁷² Che prende a riferimento la situazione in essere alla fine del 2013.

⁷³ Nondimeno il test è stato strutturato per capire la capacità del sistema bancario di sostenere la ripresa economica, con l'ausilio delle autorità nazionali, mettendo in luce gli eventuali maggiori fabbisogni di capitale. Per adeguarsi a ciò sono stati rafforzati e migliorati i *target* delle banche italiane: da un lato, «numerosi intermediari hanno operato in bilancio ingenti svalutazioni delle poste dell'attivo (per oltre 30 miliardi nel solo 2013, per quasi 130 dal 2008), accrescendo la trasparenza dei bilanci», dall'altro, sono state realizzate operazioni di rafforzamento patrimoniale per quasi 40 miliardi, di cui oltre 10 nel corso del 2014.

⁷⁴ Ora si è discusso al G20 di Brisbane della proposta del *Financial Stability Board* di accrescere ulteriormente tale indicatore per le banche sistemiche. È chiaro che si tratta di una regola decisiva per la crescita economica e che può provocare strette sul credito.

⁷⁵ Autonomia e discrezionalità sono insite nella natura, bancaria e non burocratica, dell'istituzione a cui è affidato il governo della moneta e del credito.

⁷⁶ Il regolamento (UE) n. 575/2013 (Regolamento CRR) e la direttiva 2013/36/UE (Direttiva CRD IV) introducono nell'Unione europea le regole definite dal Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria nel dicembre 2010 (come successivamente modificate e integrate) con l'intento di promuovere un sistema bancario più solido e resistente agli shock finanziari. Tali nuovi provvedimenti – che sostituiscono integralmente la Direttiva 2006/48/CE (CRD), relativa all'accesso all'attività degli enti creditizi e al suo esercizio, e la Direttiva 2006/49/CE (CAD), relativa all'adeguatezza patrimoniale delle imprese di investimento e degli enti creditizi – costituiscono il quadro normativo di riferimento nell'Unione europea per banche e imprese di investimento (SIM) dal 1° gennaio 2014. Il nuovo quadro normativo – promosso con un'iniziativa legislativa della Commissione europea del luglio 2011 – costituisce l'attuazione del progetto definito nel Consiglio europeo del giugno 2009 relativo all'istituzione di un *single rulebook* applicabile alle istituzioni finanziarie del mercato unico.

- ⁷⁷ Del resto la BCE, pur essendo un organo accentrato, applica diritti e regole nazionali diverse.
- ⁷⁸ Le disposizioni della direttiva che non richiedono la modifica di disposizioni legislative sono state attuate dalla Banca d'Italia con la circolare 285 del 17 dicembre 2013 e i successivi aggiornamenti.
- ⁷⁹ Recante attuazione della direttiva 2013/36/UE, che modifica la direttiva 2002/87/CE e abroga le direttive 2006/48/CE e 2006/49/CE, per quanto concerne l'accesso all'attività degli enti creditizi e la vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle imprese di investimento. Il decreto legislativo riforma la disciplina dei requisiti dei manager e dei partecipanti al capitale integrando i requisiti oggettivi di onorabilità e di professionalità con criteri di competenza e correttezza. In applicazione del principio in base al quale gli esponenti debbono dedicare un tempo adeguato all'espletamento del proprio incarico, è prevista una disciplina dei limiti al cumulo degli incarichi. In materia di poteri di intervento e correttivi delle autorità di vigilanza, si inserisce la possibilità di rimuovere uno o più esponenti aziendali quando la loro permanenza in carica sia di pregiudizio per la sana e prudente gestione della banca e non sia possibile pronunciare la decadenza per perdita dei requisiti. Vengono introdotti meccanismi per la segnalazione, sia all'interno dell'ente sia verso l'autorità di vigilanza, di eventuali violazioni normative da parte del personale delle banche (c.d. *whistleblowing*) e l'obbligo di astensione di soci e amministratori nelle deliberazioni in cui abbiano un interesse in conflitto. Infine, viene riformata complessivamente la disciplina delle sanzioni amministrative e si sancisce il passaggio ad un sistema volto a sanzionare in primo luogo l'ente e solo sulla base di presupposti individuati nel decreto legislativo anche l'esponente aziendale o la persona fisica responsabile della violazione.
- ⁸⁰ È indubbio che le norme di Basilea II e III, da un lato, livellano il campo di gioco, ma, dall'altro, comportano un vantaggio competitivo a favore delle imprese bancarie che operano in paesi che non vi hanno dato immediato recepimento.
- ⁸¹ La competenza della Commissione sui piani di risoluzione deve essere tenuta distinta da quella in tema di aiuti di Stato relativi al sostegno pubblico concesso alle banche. Con la Comunicazione «relativa all'applicazione, dal 1° agosto 2013, delle norme in materia di aiuti di Stato alle misure di sostegno alle banche nel contesto della crisi finanziaria» del 10 luglio 2013, la Commissione «ha adeguato i precedenti orientamenti alle mutate condizioni della crisi, rinvigorita dalle recenti tensioni sul mercato del debito sovrano, inasprendo le condizioni relative alla condivisione degli oneri tra pubblico e privato e stabilendo una procedura per l'approvazione permanente delle misure di ricapitalizzazione e di sostegno a fronte di attività deteriorate». In particolare, sono autorizzate «le misure di ricapitalizzazione e di sostegno in presenza di attività deteriorate soltanto a fronte della presentazione e approvazione di un piano di raccolta del capitale che preveda, *inter alia*, una adeguata condivisione degli oneri da parte di azionisti e creditori, in modo da ridurre al minimo necessario il sostegno pubblico. Oltre alle misure di ricapitalizzazione e di *burden sharing*, il piano dovrà indicare le misure di salvaguardia che lo Stato intende adottare per impedire che i nuovi fondi possano essere utilizzati per l'attuazione di politiche espansive o il pagamento di cedole e dividendi».
- ⁸² La separazione non costituisce una novità. Già il *Glass-Steagall Act* del 1933 – codificando una regola prudenziale generata dal mercato – difendeva i depositi separando le banche di investimento dalle banche commerciali, proibendo alle prime di raccogliere depositi e vietando alle seconde le attività finanziarie diverse da quella tradizionale della raccolta dei depositi e dell'esercizio del credito.
- ⁸³ *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection* dal nome dell'ex Ministro del tesoro divenutone il promotore e il sostenitore politico. Tale legge ha istituito nella gestione della vigilanza il *Consumer Financial Protection Bureau* (CFPB), che si affianca alla *Federal Reserve*, all'*Office of the Controller of the Currency* (OCC) e alla *Federal Deposit Insurance Corporation* (FDIC).
- ⁸⁴ COM(2014) 43 *final*, secondo le raccomandazioni contenute nel rapporto *Liikanen*, redatto dal *High-level Expert Group on reforming the structure of EU banking sector*.

- ⁸⁵ Commissione europea, Libro Verde *Costruire un'Unione dei mercati dei capitali*, 18 febbraio 2015, COM(2015) 63 final, in cui si specifica che «l'Unione dei mercati dei capitali non è l'Unione bancaria: mercati dei capitali di maggiore spessore necessitano di misure che differiscono dagli elementi fondamentali dell'Unione bancaria. Tuttavia, poiché intende spezzare il legame tra i dissesti delle banche e i debiti sovrani nella zona euro, l'Unione bancaria costituirà una piattaforma stabile per sostenere lo sviluppo di un'Unione dei mercati dei capitali in tutti gli Stati membri dell'UE. Parimenti, una buona integrazione dei mercati dei capitali contribuirà alla resilienza dell'Unione economica e monetaria. L'Unione dei mercati dei capitali dovrebbe basarsi sui seguenti principi fondamentali: massimizzare i vantaggi che i mercati dei capitali possono portare all'economia, alla crescita e all'occupazione; creare un mercato unico dei capitali per tutti e 28 gli Stati membri, eliminando gli ostacoli agli investimenti transfrontalieri all'interno dell'UE e promuovendo relazioni più strette con i mercati dei capitali mondiali; fondarsi su solide basi di stabilità finanziaria, con un codice unico sui servizi finanziari applicato in modo effettivo e coerente; garantire ai consumatori e agli investitori una protezione concreta; contribuire ad attirare investimenti provenienti da tutto il mondo e a rafforzare la competitività dell'UE».

Riferimenti bibliografici

- Amri P.D., Kocher B.M. 2012, *The Political Economy of Financial Sector Supervision and Banking Crises: A Cross-Country Analysis*, in *European Law Journal*: 24 sgg.
- Antoniazzi S. 2013, *La Banca Centrale Europea tra politica monetaria e vigilanza bancaria*, Giappichelli, Torino.
- Barucci E., Messori M. (a cura di) 2014, *Towards the European Banking Union. Achievements and Open Problems*, Passigli, Firenze.
- Bogdandy A. (von) 2012, *Le sfide della scienza giuridica nello spazio giuridico europeo*, in *Il Dir. UE*: 225 sgg.
- Borello I. 2003, *Il controllo pubblico del credito*, in S. Cassese (dir.), *Trattato di diritto amministrativo*, parte speciale, III, Giuffrè, Milano: 2069 sgg.
- Brescia Morra C. 2014, *From the Single Supervisory Mechanism to the Banking Union. The Role of the ECB and the EBA*, in LUISS Guido Carli/School of European Political Economy Working Papers, 2: 1 sgg.
- Cassese S. 2000, *L'Unione europea come organizzazione pubblica composita*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*: 987 sgg.
- 2014, *La nuova architettura europea*, in *Giorn. dir. amm.*: 79 sgg.
- Cerulli Irelli V. 2012, *Dalle agenzie europee alle Autorità europee di vigilanza*, in *Lo spazio amministrativo europeo. Le pubbliche amministrazioni dopo il Trattato di Lisbona*, a cura di M.P. Chiti, A. Natalini, il Mulino, Bologna: 10 sgg.
- Chiti E. 2009, *An Important Part of the EU's Institutional Machinery: Features, Problems and Perspectives of European Agencies*, in *Common Market Law Review*, 46: 1395 sgg.
- 2013, *European Agencies' Rulemaking: Powers, Procedures and Assessment*, in *European Law Journal*, 19: 93 sgg.
- Chiti E., Franchini C., *L'integrazione amministrativa europea*, il Mulino, Bologna.
- Chiti E., Vesperini G. (a cura di) 2015, *The administrative architecture of financial integration. Institutional design, legal issues, perspectives*, il Mulino, Bologna.
- Chiti M.P. 2013, *La crisi del debito sovrano e le sue influenze per la governance europea, i rapporti tra Stati membri, le pubbliche amministrazioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*: 1 sgg.
- 2014, *The transition from banking supervision to banking resolution. Players, competences, guarantees*, in E. Barucci, M. Messori (a cura di), *Towards the European Banking Union. Achievements and Open Problems*, Passigli, Firenze: 89 sgg.
- Ciocca P. 2014, *La banca che ci manca. Le banche centrali, l'Europa, l'instabilità del capitalismo*, Donzelli, Roma.
- Clarich M. 2013, *I poteri di vigilanza della Banca centrale europea*, in *Dir. pubbl.*: 976.
- Costi R. 2012, *L'ordinamento bancario*, il Mulino, Bologna.
- D'Alberti M. 2013, *Poteri regolatori tra pubblico e privato*, in *Dir. amm.*: 607 sgg.

- D'Ambrosio R. 2013, *Due process and safeguards of the persons subject to SSM supervisory and sanctioning proceedings*, in *Banca d'Italia. Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale*, 74.
- De Bellis M. 2014, *I poteri di intervento dell'Esma sulle vendite allo scoperto*, in *Giorn. dir. amm.*: 692 sgg.
- Della Cananea G. 2003, *L'Unione europea. Un ordinamento composito*, Laterza, Roma-Bari.
- Di Marco A. 2013, *Il controllo delle banche nell'UEM: la (problematica) nascita di un sistema integrato di vigilanza prudenziale*, in *Il dir. UE*: 549 sgg.
- Enria A. 2013, *L'unione bancaria europea vista da Londra*, Ottobre.
- Fabbrini F. 2014, *The Euro-Crisis and the Courts: Judicial Review and the Political Process in Comparative Perspective*, in *Berkeley Journal of International Law*, 66: 32 sgg.
- 2015, *Austerity, the European Council, and the institutional future of the European Union: A proposal to strengthen the presidency of the European Council*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 22: 269 sgg.
- Ferrarini G., Chiarella L. 2013, *Common Banking Supervision in the Eurozone: Strengths and Weaknesses*, in *ECHI Law Working Paper*, 223.
- Franchini C. 2008, *Autonomia e indipendenza nell'amministrazione europea*, in *Dir. amm.*: 87 sgg.
- Giavazzi F., Giovannini A. 2011, *Central Banks and the Financial System*, in S. Eijffinger, D. Masciandaro, Cheltenham-Northampton (a cura di), *Handbook of Central Banking, Financial Regulation and Supervision After the Financial Crisis*: 3 sgg.
- Gigliani F. 2012, *Governare per differenza. Metodi europei di coordinamento*, ETS, Pisa.
- Gliozzi E. 2015, *La tutela del risparmio e la banca universale*, in *Giur. comm.*: 465 sgg.
- Habermas J. 2012, *Questa Europa è in crisi?*, Laterza, Roma-Bari (ed orig. *Zur Verfassung Europas. Ein Essay*, Berlin 2011).
- Lamandini M. 2015, *Il diritto bancario dell'unione*, in *Banca borsa tit. cred.*: 423 sgg.
- Liberati M. 2014, *La crisi del settore bancario tra aiuti di stato e meccanismi di risanamento e risoluzione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*: 1339 sgg.
- Merusi F. 1972, *Per uno studio sui poteri della banca centrale nel governo della moneta*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*: 1425 sgg.
- 1996, *Vigilanza e vigilanze nel Testo Unico*, in *Il testo unico bancario: esperienze e prospettive. L'ordinamento bancario e creditizio dopo la riforma: nuove regole e nuovi intermediari*, Bancaria editrice, Roma.
- 2013, *Il ruolo della Bce nella vigilanza bancaria europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2.
- Micossi S., Bruzzone G., Carmassi J. 2013, *The New European Framework for Managing Bank Crises*, CEPS Policy Brief, 304, 21 november: 1 sgg.
- Napolitano G. (a cura di) 2012, *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, il Mulino, Bologna.

- 2011, *Le norme di unificazione economica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*: 124 sgg.
- Perissich R. 2013, *Dal «metodo comunitario» al «metodo dell'Unione»*, in G. Amato, R. Gualtieri (a cura di), *Prove di Europea unita. Le istituzioni europee di fronte alla crisi*, Passigli, Firenze: 267 sgg.
- Pugliese S. 2014, *L'unione bancaria europea tra esigenze di coerenza interna e risposte alle sfide globali*, in *Il Dir. UE*: 831 sgg.
- Saltari L., *Amministrazioni nazionali in funzione comunitaria*, Giuffrè, Milano.
- Sarcinelli M. 2012, *L'Unione bancaria europea*, in *Banca, Impresa, Società*: 333 sgg.
- Schillig M. 2013, *Bank Resolution Regimes in Europe? Part I: Recovery and Resolution Planning, Early Intervention*, in *European Business Law Rev.*: 751 sgg.
- 2014, *Bank Resolution Regimes in Europe? Part II: Resolution Tools and Powers*, in *European Business Law Rev.*: 67 sgg.
- Torchia L. 2015a, *Unione bancaria: un approccio continentale?*, in *Giorn. dir. amm.*: 11 sgg.
- 2015b, *I poteri di regolazione e di controllo delle autorità di vigilanza sui mercati finanziari nella nuova disciplina europea*, relazione presentata al Convegno per i 60 anni della Rivista delle società su *Regole del mercato e mercato delle regole: Il diritto societario e il ruolo del legislatore*, Venezia, 13-14 novembre 2015.
- Violante U. 2014, *Mercato del prestito e cartolarizzazione dei crediti: impatto (e interferenze) della normativa europea di vigilanza prudenziale*, in *Giur. comm.*: 1004 sgg.
- Visco I. 2014, *Il completamento dell'Unione bancaria e il finanziamento dell'economia reale*, intervento alla Conferenza interparlamentare di cui all'art. 13 del *Fiscal Compact*, Camera dei deputati, 30 settembre 2014.

UNIFICAZIONE, DIFFERENZIAZIONE E TECNIFICAZIONE NELLA REGOLAZIONE EUROPEA DEI MERCATI FINANZIARI

Maurizia De Bellis

SOMMARIO – 1. L'unificazione nella regolazione dei mercati finanziari: dal modello debole all'integrazione differenziata. 2. Cooperazione e accentramento nella regolazione dei mercati finanziari. 2.1 Il riparto di competenze tra autorità nazionali ed europee nell'ESFS. 2.1.1 I poteri di regolazione. 2.1.2 I poteri di vigilanza. 2.2 I regolamenti di settore. 2.2.1 La regolazione delle agenzie di *rating*. 2.2.2 I derivati finanziari. 2.2.3 Le vendite allo scoperto dei *credit default swaps* (CDS). 2.3 La divaricazione tra il settore finanziario e quello assicurativo. 3. La legittimità dei nuovi modelli di regolazione: la Corte di Giustizia e i limiti della tecnica. 3.1 Le censure sollevate dal Regno Unito. 3.2 La (asserita) conformità alla dottrina Meroni (e il suo superamento). 4. La tecnificazione nella prassi. 4.1 La registrazione delle agenzie di *rating*: discrezionalità tecnica e giusto procedimento. 4.2 I *rating* sovrani: il bilanciamento tra tecnica e opportunità. 5. Conclusioni.

1. L'unificazione nella regolazione dei mercati finanziari: dal modello debole all'integrazione differenziata

Le risposte ai diversi tipi di crisi che l'UE ha dovuto affrontare a partire dal 2008 – finanziaria, del debito pubblico, economica – si sono caratterizzate per una tendenza ad una progressiva centralizzazione di funzioni: si pensi ai maggiori poteri di controllo sulle finanze statali, attribuiti alla Commissione dal *Fiscal Compact*, dal *Six Pack* e dal *Two Pack*, e a quelli relativi all'assistenza finanziaria degli Stati, propri del Meccanismo europeo di stabilità (Craig, 2012; Ruffert, 2011).

Le riforme relative alla regolazione finanziaria si sono concretizzate, dapprima, nell'istituzione del Sistema europeo di vigilanza finanziaria, composto dalle tre autorità europee (*European Supervisory Authorities*, ESA) per il settore bancario, per i mercati finanziari e per le assicurazioni (rispettivamente, *European Banking Authority*, EBA, *European Securities and Markets Authority*, ESMA, e *European Insurance and Occupational Pension Authority*, EIOPA), e dal Consiglio europeo per il rischio sistemico (Esrc)¹, e, successivamente, nella costruzione dell'Unione bancaria europea (Ube), basata sui due pilastri del Meccanismo unico di vigilanza e del Meccanismo di risoluzione unico².

In ragione dell'accentramento dei poteri di vigilanza in capo alla BCE, l'Unione bancaria realizza un avanzamento del processo di integrazione considerato irraggiungibile fino a tempi recentissimi e segna un passaggio epocale nel

processo di integrazione europea (Torchia, 2015b: 1501). Al confronto, l'assetto istituzionale varato nel 2010 e preposto alla regolazione dei mercati finanziari e delle assicurazioni (incentrato, quindi, sull'ESMA e sull'EIOPA), è stato criticato quale modello 'debole', che non realizza una vera integrazione, ma mira semplicemente a rafforzare la cooperazione tra le autorità nazionali.

Fino alla crisi del 2008, il modello di regolazione finanziaria adottato in ambito europeo era basato sull'armonizzazione minima e sul principio dell'*home country control*, per cui la vigilanza era di competenza delle autorità del Paese d'origine dell'istituzione finanziaria (Dragomir, 2010). Il ruolo dei c.d. comitati *Lamfalussy*³ – il comitato delle autorità europee di regolamentazione dei valori mobiliari (*Committee of European Securities Regulators*, CESR), delle autorità europee di vigilanza bancaria (*Committee of European Banking Supervisors*, CEBS) e delle autorità europee di vigilanza delle assicurazioni e delle pensioni aziendali o professionali (*Committee of European Insurance and Occupational Pensions Supervisors*, CEIOPS) –, composti da rappresentanti delle autorità di vigilanza nazionali per i tre comparti dei mercati finanziari, era essenzialmente di tipo consultivo (Lanoo, Levin, 2004: 14). Come prima risposta istituzionale alla crisi, i preesistenti comitati *Lamfalussy* sono stati trasformati nelle tre autorità di vigilanza finanziaria (*European supervisory authorities*, ESA), e sono stati loro attribuiti rilevanti poteri di regolamentazione; la vigilanza, però, continua ad essere esercitata, in linea di principio, dalle autorità nazionali.

Come più ampiamente si vedrà nel corso dell'analisi, però, anche nei settori dei mercati finanziari e (in modo meno accentuato) delle assicurazioni si procede verso una maggiore integrazione; tuttavia, il percorso è più accidentato, meno uniforme. Per un verso, se è vero che la vigilanza spetta tuttora alle autorità nazionali, i regolamenti istitutivi precisano che, in determinate circostanze eccezionali, compiti di supervisione possano essere esercitati dalle autorità europee. Per altro verso (e, in prospettiva, con impatto ancora maggiore), le competenze delle nuove autorità non sono contenute esclusivamente nei regolamenti istitutivi ma possono – e sono stati – ampliati dai regolamenti di settore, relativi a singoli aspetti della regolazione finanziaria: è il caso, per esempio, della nuova disciplina europea in materia di agenzie di *rating* e di vendite allo scoperto di *credit default swaps* (CDS). Proprio per tale ragione, l'ESMA si differenzia nettamente dalla sua omologa per il settore assicurativo, ed emerge come l'autorità europea di vigilanza finanziaria dotata di poteri più incisivi (Moloney, 2013: 59). Nell'ambito della regolazione finanziaria, quindi, più che un modello 'debole' si realizza una integrazione 'differenziata', a seconda non solo del comparto (mobiliare o assicurativo), ma anche del tipo di operatori coinvolti (dato che le funzioni più rilevanti dell'ESMA riguardano le agenzie di *rating* e alcuni derivati).

L'emergere della nuova architettura istituzionale finanziaria conferma che l'integrazione amministrativa europea precede quella politica. Ciò induce a interrogarsi sul ruolo e sui limiti della tecnica nel processo di unificazione. Per un verso, come si vedrà, l'attribuzione di nuovi poteri alle ESA si accompagna alla previsione di un coinvolgimento di altre istituzioni dell'UE, non sempre di tipo tecnico: in determinati casi, quindi, è lo stesso diritto europeo che prevede un controllo di istituzioni politiche sulle autorità tecniche. In altri casi, invece, la delega di poteri a favore delle autorità tecniche è più ampia. Si tratta di una delega legittima? In una controversa sentenza – relativa ai poteri dell'ESMA su alcune operazioni finanziarie, lo *short selling* dei *credit default swaps* (CDS) – la Corte di Giustizia ha fornito alcune indicazioni di fondo circa la legittimità della delegazione di funzioni alle autorità di vigilanza europee.

L'analisi è divisa in tre parti: innanzitutto, si procede a una ricognizione del dato normativo, identificando le caratteristiche dei modelli di regolazione e vigilanza che emergono da tale disciplina normativa (par. 2); successivamente, si investigherà la legittimità della nuova architettura istituzionale europea, anche alla luce della giurisprudenza europea in materia (par. 3). Una piena comprensione dei progressi e dei limiti dell'integrazione nel settore in esame, però, non può limitarsi all'esame del dato normativo, ma deve tener conto anche dell'attività di vigilanza posta in essere dalle nuove autorità europee nei primi anni dalla loro istituzione. Nella terza parte dell'analisi, quindi, si esamineranno alcuni casi relativi all'attività di vigilanza dell'ESMA sulle agenzie di *rating*, cercando di verificare se i principi affermati dalla Corte di Giustizia siano stati rispettati (par. 4).

2. Cooperazione e accentramento nella regolazione dei mercati finanziari

L'istituzione dell'ESFS, prima, e dell'UBE, poi, costituisce un fattore di unificazione della regolazione finanziaria, perché tali sistemi si caratterizzano per il trasferimento di numerose competenze dalle autorità nazionali, in favore delle agenzie europee di nuova costituzione. Tuttavia, come si è anticipato, modalità e misura dell'accentramento di competenze variano sia a seconda dei diversi comparti dei mercati finanziari (nell'ambito bancario e per i Paesi dell'area euro, infatti, opera il modello dell'Ube), che delle specifiche operazioni finanziarie e degli operatori coinvolti.

Di seguito, si esaminerà, innanzitutto, il riparto di competenze tra autorità nazionali ed europee delineato dai regolamenti istitutivi dell'ESMA e dell'EIO-PA (par. 2.1); poi, si verificherà in che modo tale riparto si modifica in relazione ad alcuni specifici ambiti od operazioni, ad opera dei singoli regolamenti di settore (par. 2.2); infine, si valuteranno i diversi modelli – di cooperazione o di accentramento – che emergono dall'analisi (par. 2.3).

2.1. *Il riparto di competenze tra autorità europee e nazionali nell'ESFS*

Prima della riforma del 2011 – lo si è appena ricordato – nell'UE la vigilanza finanziaria era incentrata sull'armonizzazione e sul principio dell'*home country control*.

Le ESA (di cui, in questa sede, interessano in particolare l'ESMA e l'EIO-PA) vengono istituite a seguito del rapporto redatto dal gruppo di lavoro presieduto da Jacques de Larosière⁴. Benché disciplinate all'interno di regolamenti distinti, sono sottoposte a regole in gran parte uniformi: hanno personalità giuridica e presentano una struttura articolata, di cui fanno parte un consiglio delle autorità di vigilanza, composto dai vertici delle autorità nazionali competenti, nonché da un rappresentante della Commissione e delle altre due autorità europee; un consiglio di amministrazione, costituito da sei membri del consiglio delle autorità, selezionati con l'obiettivo di riflettere in modo proporzionato la composizione dell'UE; un presidente, un direttore esecutivo e una commissione di ricorso⁵.

La struttura delle nuove autorità si presenta problematica: come si è appena rilevato, infatti, l'organo decisionale – il consiglio – è composto dai vertici delle autorità di vigilanza nazionali, una caratteristica suscettibile di incidere negativamente sull'indipendenza delle autorità europee dagli interessi nazionali e, quindi, anche di limitare la capacità di dette autorità di costituire un efficace veicolo di unificazione.

I poteri di regolazione dell'EMSA e dell'EIOPA – analogamente a quelli della loro omologa per il settore bancario, l'EBA – sono particolarmente incisivi, mentre la vigilanza è, in linea di principio e con le eccezioni di cui si dirà, rimessa alle autorità nazionali.

2.1.1 *I poteri di regolazione*

Le ESA hanno il potere di adottare norme tecniche, linee guida e raccomandazioni. Le norme tecniche costituiscono gli atti più rilevanti e sono di due tipi: norme di regolamentazione, nella materia in cui tale potere sia stato delegato dal Parlamento e dal Consiglio alla Commissione, e norme di attuazione⁶.

Vi sono, però, dei limiti ben precisi al potere di regolazione delle ESA. Innanzitutto, si precisa che le norme tecniche non devono implicare decisioni strategiche o scelte politiche⁷. In secondo luogo, il procedimento di approvazione prevede un potere di controllo da parte delle altre istituzioni europee: infatti, il progetto di norma tecnica è sottoposto all'approvazione della Commissione⁸, e il Parlamento o il Consiglio possono sollevare delle obiezioni entro tre mesi dall'adozione della norma tecnica da parte della Commissione⁹. Tuttavia, poi-

ché – secondo quanto chiarito all'interno dei regolamenti stessi – l'idea di fondo è che i progetti di norme tecniche «dovrebbero essere modificati soltanto in circostanze molto limitate e straordinarie, dal momento che l'Autorità è l'attore a stretto contatto con i mercati finanziari», sono apposti numerosi vincoli al potere di approvazione della Commissione¹⁰. Qualora non intenda approvare o voglia modificare il progetto di norma tecnica, infatti, quest'ultima deve fornire le ragioni di tale mancata approvazione¹¹. Inoltre, la Commissione deve coordinarsi con l'autorità stessa e può sostituirsi ad essa nell'elaborazione del progetto solo nel caso in cui l'ESA non rispetti il termine di sei settimane previsto dal regolamento stesso per modificare il testo in modo coerente con le indicazioni ricevute dalla Commissione¹².

I poteri attribuiti alle ESA dai regolamenti istitutivi segnano un netto superamento rispetto al ruolo meramente consultivo che veniva svolto dai comitati *Lamfalussy* (Wymeersch, 2012: 232). La procedura appena illustrata costituisce chiaramente l'esito di un compromesso tra l'intento di attribuire alle nuove autorità più ampi poteri di regolazione e i vincoli contenuti nel Trattato per quanto riguarda la delegazione di poteri normativi (Ferran, 2012: 111). Il coinvolgimento della Commissione e del Parlamento europeo indica come non vi sia una delegazione di poteri a favore dell'autorità tecnica, ma permanga un controllo – per quanto in termini collaborativi – sull'operato di quest'ultima.

2.1.2 I poteri di vigilanza

Nonostante i limiti appena illustrati, i poteri di regolazione rimangono il *core business* delle ESA; i poteri di vigilanza, come anticipato, rimangono in linea di principio di competenza delle autorità nazionali. La normativa europea, però, prevede tre eccezioni, disciplinate dagli artt. 17-19 dei regolamenti istitutivi: le ESA possono assumere delle decisioni vincolanti nei casi di *violazione del diritto* dell'UE, nel caso di *situazioni di emergenza* o per *risolvere controversie* tra autorità nazionali di vigilanza. Si tratta di poteri eccezionali, i cui presupposti e modalità di esercizio sono dettagliatamente disciplinati dai regolamenti istitutivi.

Innanzitutto, nell'ipotesi di *violazione del diritto* dell'UE da parte di un'autorità di vigilanza nazionale, le ESA possono esercitare dei poteri di indagine nei confronti di detta autorità e, nel caso di permanente inadempimento da parte di quest'ultima, possono attivare dei poteri di vigilanza nei confronti di un singolo istituto finanziario. Ciò avviene a seguito di una procedura estremamente complessa.

Nel caso in cui vi sia un dubbio che un'autorità nazionale abbia violato il diritto comunitario, l'ESA competente può – d'ufficio o su richiesta di un'altra autorità nazionale, del Parlamento, del Consiglio o della Commissione – avviare un'inda-

gine, che deve concludersi entro due mesi con l'invio di una raccomandazione che illustri le misure cui conformarsi. In tale contesto, l'autorità nazionale ha un obbligo di fornire all'ESA competente tutte le informazioni richieste da quest'ultima.

L'autorità nazionale ha un mese per adempiere alla raccomandazione dell'ESA; in caso contrario la Commissione esprime un parere formale che tiene conto del raccomandazione dell'ESA. A questo punto, l'autorità nazionale ha un ulteriore termine di dieci giorni per informare la Commissione e l'ESA delle misure adottate o che intende adottare. Laddove l'autorità nazionale non si conformi al parere della Commissione, l'ESA può adottare una decisione nei confronti del singolo istituto finanziario solo nel caso in cui ricorrano alcune ulteriori condizioni: se sia necessario per rimediare tempestivamente a tale inosservanza, al fine di mantenere o ripristinare condizioni neutre di concorrenza sul mercato o per assicurare il regolare funzionamento e l'integrità del mercato. La decisione vincolante dell'ESA può comprendere anche la cessazione di ogni eventuale pratica considerata in violazione del diritto dell'UE¹³.

Com'è evidente, si tratta di un potere attivabile in circostanze eccezionali, e accompagnato da una serie di garanzie, che comprendono il coinvolgimento attivo della Commissione.

Inoltre, le ESA possono adottare dei provvedimenti individuali nei confronti di *un'autorità nazionale* laddove ricorrano *situazioni di emergenza* o per *risolvere controversie* tra autorità nazionali di vigilanza¹⁴; in entrambi i casi, laddove l'autorità nazionale non si conformi alla decisione, l'ESA può adottare un provvedimento nei confronti del singolo istituto finanziario¹⁵. In queste ipotesi, non è previsto un coinvolgimento della Commissione analogo a quello che caratterizza la procedura relativa alla violazione del diritto dell'UE. Ciò si può spiegare in ragione dei diversi presupposti che giustificano l'attivazione dei poteri di vigilanza. L'esistenza di una situazione di emergenza, infatti, deve essere accertata con decisione del Consiglio, che ha l'obbligo di riesaminarla ad intervalli regolari e almeno mensilmente; in caso di mancato rinnovo, essa decade automaticamente. Nel caso di disaccordo tra autorità di vigilanza nazionali, invece, le ESA sono innanzitutto chiamate a svolgere un ruolo di mediazione e di assistenza; l'esercizio di un potere vincolante è subordinato al mancato raggiungimento di un accordo entro un termine stabilito.

Le caratteristiche dei poteri di vigilanza attribuiti alle ESA sono tre: in primo luogo, essi hanno carattere eccezionale; in secondo luogo, per il loro esercizio è prevista una procedura articolata; in terzo luogo, la normativa europea prevede che le decisioni assunte dalle ESA nell'esercizio di tali poteri prevalgano su quelle adottate in precedenza dalle autorità competenti.

L'esatta portata di tale previsione, però, va valutata con cautela. Accanto al dato normativo, infatti, è necessario tener conto anche della prassi: nei pri-

mi quattro anni di attività, tali poteri di vigilanza non sono mai stati esercitati. Secondo un rapporto della Commissione, la mancata attivazione di tali poteri si spiega in ragione di tre fattori: l'assenza di chiarezza della normativa rispetto ai presupposti per il loro esercizio; l'onerosità della procedura; la struttura delle ESA stesse, dato che l'attuale composizione dell'organo decisionale, di cui fanno parte le autorità nazionali, scoraggia l'adozione di decisioni rivolte contro di esse¹⁶.

2.2 I regolamenti di settore

I regolamenti istitutivi delle ESA non esauriscono i poteri di tali autorità; al contrario, essi vanno valutati anche sulla base della normativa europea successiva, che può attribuire loro ulteriori poteri. Di particolare interesse si presenta la disciplina comunitaria in materia di agenzie di *rating* e di derivati finanziari, che hanno rafforzato in modo significativo il ruolo dell'ESMA.

2.2.1 La regolazione delle agenzie di *rating*

A seguito della crisi finanziaria globale, le istituzioni comunitarie hanno introdotto un'articolata regolazione delle agenzie di *rating* – indicate tra le responsabili della crisi –, già più volte modificata. Il primo intervento in materia si è avuto con il Regolamento (CE) n. 1060/2009, che risale al settembre 2009. Tale disciplina è stata emendata una prima volta nel 2011 (con il Regolamento [UE] n. 513/2011) e, successivamente, nel 2013 (con il Regolamento [UE] n. 462/2013). Il quadro normativo in materia di agenzie di *rating* è completato dalla direttiva 2013/14/UE¹⁷.

Oltre che sull'intento di evitare i conflitti di interesse nella loro attività, la disciplina europea è incentrata sull'obbligo di registrazione delle agenzie che operano all'interno dell'ordinamento comunitario. Con gli emendamenti del 2011, le competenze in materia di registrazione sono state attribuite all'ESMA, cui spetta anche il potere di controllare il permanere delle condizioni per la registrazione, e, eventualmente, di revocarla. Le autorità nazionali hanno un mero compito di segnalazione nei confronti dell'autorità europea; inoltre, l'ESMA può delegare loro alcuni compiti specifici, laddove sia «necessario»¹⁸. Nell'ambito delle agenzie di *rating*, quindi, si è realizzata una vera e propria centralizzazione della vigilanza in capo all'autorità di vigilanza europea (Perassi, 2012: 407). Come si vedrà, in questi anni l'attività dell'ESMA relativa alle agenzie di *rating* è stata significativa, e consente di verificare in che misura essa sia stata espressione di discrezionalità tecnica e in che misura, invece, sia stata influenzata da criteri di opportunità o da pressioni politiche (*infra*, par. 4).

2.2.2 I derivati finanziari

Un secondo ambito in cui sono stati attribuiti all'ESMA poteri estremamente rilevanti è quello dei derivati finanziari. Prima della crisi, tali strumenti finanziari venivano generalmente scambiati bilateralmente (*over the counter*, OTC), e, poiché in tal modo solo le parti coinvolte erano a conoscenza delle rispettive esposizioni, tale prassi favoriva l'opacità circa il trasferimento del rischio di credito. Il regolamento europeo sugli strumenti derivati OTC, le controparti centrali e i repertori di dati sulle negoziazioni (c.d. Emir) ha introdotto l'obbligo di compensare alcune categorie di derivati mediante una controparte centrale (CCP), ovvero una persona giuridica che si interpone tra le controparti di contratti negoziati su uno o più mercati finanziari, e di raccogliere e conservare le informazioni relative a tutte le operazioni su derivati (compensati o meno) all'interno di repertori di dati (*Trade Repositories*, TRs)¹⁹. Dato che opera come controparte per ciascuna parte della negoziazione, la CCP dovrebbe agire come «una mutua assicurazione», rendendo più agevole la gestione del rischio di insolvenza della controparte e delle garanzie²⁰. La raccolta delle informazioni su tutte le negoziazioni relative ai derivati tramite i repertori di dati, contribuendo a individuare il trasferimento dei rischi e a comunicarli alle autorità di vigilanza e al mercato, mira a favorire la trasparenza delle transazioni e la stabilità finanziaria. Nel nuovo assetto delineato dal regolamento Emir, però, il rischio di controparte si sposta sulle CCP: punto cruciale della nuova regolazione, quindi, è la vigilanza su di esse, oltre che la determinazione della linea di discriminazione tra i derivati da sottoporre a compensazione tramite CCP (che devono soddisfare alcuni requisiti legati alla liquidità e alla standardizzazione) e quelli non soggetti a compensazione e che vengono scambiati bilateralmente.

Il Regolamento Emir stabilisce una divisione di competenze tra autorità europea e autorità nazionali particolarmente complessa. La competenza ad autorizzare un soggetto giuridico a svolgere attività di compensazione quale CCP è affidata alle autorità nazionali, che devono notificare tale atto all'ESMA, e possono revocarlo in caso di violazione della normativa europea²¹. La competenza a decidere sulla domanda di una persona giuridica a essere registrata come repertorio spetta all'ESMA (anche se, nel caso in cui il repertorio di dati sia già autorizzato da un'autorità nazionale, l'autorità europea ha l'obbligo di consultarla)²². L'ESMA esercita poi compiti di supervisione sui repertori. A tal fine, oltre a chiedere informazioni e condurre delle indagini, può svolgere delle ispezioni (con obbligo di avvisare preventivamente l'autorità nazionale, che deve fornire assistenza)²³. Nel caso in cui verifichi una violazione degli obblighi derivanti dal regolamento, l'ESMA può imporre ai repertori delle sanzioni amministrative, anche pecuniarie²⁴.

Rispetto a tali funzioni, quindi, il legislatore europeo ha scelto modelli diversi di riparto di competenze: decentramento per la vigilanza sulle CCP, accentramento per la supervisione sui repertori. La *ratio* di tale differenza, indicata nel regolamento Emir, è che «Quando una CCP rischia l'insolvenza, la responsabilità di un intervento a carico della finanza pubblica può ricadere prevalentemente sullo Stato membro in cui detta CCP è stabilita. Di conseguenza occorre che le competenze in materia di autorizzazione e vigilanza delle CCP siano esercitate dall'autorità competente di detto Stato membro» (considerando 52).

2.2.3 Le vendite allo scoperto dei CDS

Con il Regolamento n. 236/2012/UE del 14 marzo 2012, il legislatore comunitario ha disciplinato le vendite allo scoperto e taluni aspetti di un particolare tipo di derivati, aventi ad oggetto la copertura del rischio di inadempimento dell'emittente (*credit default swap*, CDS)²⁵.

Le vendite allo scoperto sono delle operazioni tramite le quali un operatore vende un titolo che non possiede con l'intenzione di riacquistare un titolo identico in un momento successivo. Esse si distinguono in due tipi, 'coperte' e 'nude': al contrario delle prime, nelle seconde – che si presentano più controverse – il venditore non ha provveduto a prendere a prestito i titoli o a procurarsi la garanzia di poterlo fare. La finalità di tali vendite consiste nel garantire un dato operatore dal rischio di insolvenza della controparte. Tuttavia, dato che l'investitore che scommette sull'inadempienza di un operatore ha ogni interesse a che ciò avvenga, esse possono introdurre un incentivo perverso. Per tale ragione, si è diffusa la tesi per la quale esse avrebbero contribuito alla crisi europea del debito sovrano.

Dopo il fallimento di Lehmann Brothers, tali operazioni sono state limitate o vietate non solo in alcuni Paesi europei ma anche in Giappone e negli Stati Uniti. Nel corso del 2011, con l'aggravarsi della crisi europea del debito sovrano, il ricorso ad interventi restrittivi, da parte di singoli Paesi europei ma con il coordinamento comunitario, si è, da un lato, intensificato; dall'altro, l'iniziativa delle autorità dei singoli Stati europei è stata sostituita da un intervento complessivo di livello comunitario, confluito nel Regolamento n. 236/2012/UE (nonché nei Regolamenti delegati e nelle istruzioni fornite dall'ESMA). Si tratta, quindi, di una disciplina di particolare interesse, sotto il profilo degli effetti di unificazione, perché alla base vi era proprio l'intento di evitare gli interventi adottati in modo autonomo a livello nazionale subito dopo la crisi.

Le competenze in materia spettano, in via ordinaria, alle autorità nazionali: esse, infatti, possono proibire le vendite laddove vi sia una grave minaccia alla stabilità finanziaria di uno Stato membro, purché tale restrizione sia necessaria e

proporzionata e non abbia un effetto negativo sull'efficienza dei mercati finanziari²⁶. Tali misure sono temporanee (possono avere una durata massima di tre mesi) e rinnovabili, devono essere notificate all'ESMA e alle altre autorità europee ed entrano in vigore dopo la pubblicazione di un avviso sul sito internet delle autorità²⁷.

Il potere di vietare tali operazioni spetta invece all'ESMA, nel caso in cui ad essere minacciati siano l'ordinato funzionamento o la stabilità di tutto il sistema finanziario dell'UE. Nell'assumere tale decisione, l'autorità di vigilanza europea deve tener conto degli effetti sull'efficienza dei mercati, in particolare sulla liquidità, e dei rischi di arbitraggio. Inoltre, è necessario il parere del CESR – il nuovo organismo competente per la stabilità macroeconomica –, e la decisione dell'ESMA deve essere notificata alle autorità nazionali²⁸. Le misure adottate dall'autorità europea prevalgono su qualunque misura precedente di un'autorità nazionale²⁹.

I poteri dell'ESMA, quindi, possono essere esercitati solo in circostanze eccezionali e sono imbrigliati da numerosi condizioni sostanziali e procedurali; circostanza che, come si vedrà, è stata sottolineata dalla Corte di Giustizia al fine di sostenere la legittimità di tali poteri (*infra*, par. 3).

2.3 La divaricazione tra il settore finanziario e quello assicurativo

Dall'analisi appena svolta, risulta come nell'ambito del nuovo assetto europeo della regolazione non vi siano due velocità di integrazione, corrispondenti alla contrapposizione tra UBE e ESFS; al contrario, all'interno di quest'ultimo coesistono più modelli.

Una prima differenziazione tra i modelli disciplinati dall'ESFS emerge a seconda che si prenda in considerazione il segmento della regolazione o quello della vigilanza. Per quanto riguarda la regolazione, vi è un accentramento delle competenze in capo alle ESA; tuttavia, si è visto che non si realizza una delegazione piena a favore dell'organo tecnico, ma permangono incisivi poteri di controllo in capo alla Commissione. Ben diverso il caso della vigilanza: sotto tale profilo, i poteri spettano tuttora alle autorità nazionali, salvo le ipotesi eccezionali di violazione del diritto dell'UE, di circostanze eccezionali e di risoluzione delle controversie. Laddove, poi, vengano attivati tali poteri emergenziali, si prevede un coinvolgimento della Commissione (il cui parere è vincolante in caso di adozione di un provvedimento da parte dell'ESA per violazione del diritto dell'UE), o del Consiglio (che deve verificare l'effettiva sussistenza delle condizioni di emergenza).

Rispetto all'assetto precedente – armonizzazione tramite le direttive e principio dell' *home country control* – vi è quindi un'intensificazione della coopera-

zione istituzionale che rimane però fortemente limitata, soprattutto per quanto riguarda la funzione di vigilanza. Sotto tale profilo, sembrerebbe di poter concordare con la ricostruzione di chi ha definito il modello di vigilanza delineato dai regolamenti istitutivi delle ESA quale di «cooperazione rafforzata» (Ferrarini, Chiarella, 2013: 4).

Tuttavia, come si è visto, l'attuale assetto della vigilanza nei comparti mobiliare e assicurativo deve essere esaminato anche alla luce dei regolamenti di settore. Emerge, quindi, una seconda differenziazione, relativa alla divaricazione tra i due comparti, in ragione del rafforzamento dei poteri dell'ESMA: mentre nel settore assicurativo il modello di riferimento è quello 'debole', di cooperazione rafforzata, contenuto nel regolamento istitutivo dell'EIOPA, nel settore mobiliare si assiste a un accentramento di competenze in capo all'ESMA.

Per quanto riguarda le agenzie di *rating*, vi è una piena concentrazione dei poteri di vigilanza – in particolare, relativi alla registrazione, al controllo sulle agenzie, e alla possibilità di comminare sanzioni – in capo all'autorità di ambito europeo. L'ESMA è poi investita di poteri di vigilanza diretti – compresa la possibilità di condurre ispezioni e comminare sanzioni – nei confronti dei reperi di derivati finanziari, soggetti giuridici la cui attività è fondamentale per garantire la trasparenza del mercato dei derivati. Infine, nel caso di circostanze eccezionali e di minaccia per la stabilità del sistema finanziario dell'UE, l'autorità europea può esercitare il potere di vietare determinate operazioni su alcune categorie di derivati (le vendite allo scoperto di CDS).

3. La legittimità dei modelli: la Corte di Giustizia e i limiti della tecnica

Rispetto ad alcuni operatori di mercato – le agenzie di *rating* – e ad alcune attività – relative agli strumenti finanziari derivati – l'attribuzione di poteri all'autorità europea dotata di *expertise* tecnica, l'ESMA, si presenta quindi particolarmente consistente. Quali sono il fondamento e i limiti di tale conferimento di poteri? Una pronuncia della Corte di Giustizia, relativa allo *short selling* di CDS, fornisce alcuni spunti di interesse, suscettibili di essere estesi ben al di là della disciplina relativa a tali strumenti finanziari³⁰.

La pronuncia si inserisce in quello che è stato definito il «momento delle toglie»: a fronte della problematicità di molte delle soluzioni adottate in ambito comunitario per reagire alle sfide inedite poste dalla crisi, già in altre occasioni è stato sollecitato l'intervento sia del giudice nazionale che di quello europeo. In particolare, la sentenza è successiva al caso *Pringle*, relativo al Meccanismo europeo di stabilità (MES³¹), e precede il caso *Gauweiler*, in cui la Corte si è pronunciata per la legittimità delle operazioni definitive monetarie (*Outright Monetary Transactions*, OMT) della BCE³².

Il percorso argomentativo seguito dal giudice comunitario è di estremo interesse. Benché la Corte muova dai suoi precedenti giurisprudenziali e in particolare dalla c.d. dottrina Meroni, di fatto opera una lettura evolutiva, se non un vero e proprio superamento, di tale dottrina, e fissa dei parametri significativamente differenti circa i limiti della delegazione di poteri all'interno dell'UE.

3.1 *Le censure sollevate dal Regno Unito*

Il giudice europeo si è pronunciato sul ricorso presentato dal Regno Unito per l'annullamento dell'art. 28 del regolamento (UE) n. 236/2012, che attribuisce all'ESMA il potere di vietare le vendite allo scoperto di CDS, con efficacia vincolante negli Stati membri, nel caso vi sia «una minaccia all'ordinato funzionamento e all'integrità dei mercati finanziari o alla stabilità di tutto o di parte del sistema finanziario dell'Unione e sussistono implicazioni transfrontaliere». I rilievi britannici, quindi, non riguardano il complesso dei poteri attribuiti all'ESMA in virtù del suo regolamento istitutivo, ma uno specifico e incisivo potere assegnato all'ESMA dalla normativa di settore. Come si è prima rilevato (*supra*, par. 2.2.3), il regolamento sulle vendite allo scoperto assegna alle autorità nazionali il potere di vietare tali operazioni, laddove sia coinvolto il mercato finanziario di uno o più Stati membri, e, invece, attribuisce tale potere all'ESMA laddove il rischio riguardi il sistema finanziario dell'UE nel suo complesso e le autorità nazionali non siano intervenute con misure idonee.

A sostegno del ricorso, il Regno Unito deduce quattro motivi di annullamento. In primo luogo, sostiene che l'art. 28 del regolamento, attribuendo all'ESMA un «potere discrezionale assai ampio», violerebbe i principi in materia di delega enunciati nella sentenza Meroni/Alta Autorità. In secondo luogo, asserisce che l'articolo impugnato autorizzerebbe l'ESMA ad adottare «atti quasi legislativi» di portata generale, in contrasto con quanto stabilito dalla giurisprudenza comunitaria nella sentenza Romano. In terzo luogo, afferma che, anche laddove si ritenga che detta disposizione assegni all'ESMA il potere di adottare atti di portata generale, ma non a carattere legislativo, essa violerebbe gli articoli 290 e 291 del T.F.U.E., che disciplinano la delegazione di poteri all'interno dell'UE. In quarto luogo, osserva che l'art. 114 del T.F.U.E. – norma sulla base della quale è stato adottato il regolamento istitutivo dell'ESMA – non costituirebbe un fondamento giuridico idoneo per l'adozione della tipologia di misure previste dall'articolo impugnato.

Di particolare rilievo, in questa sede, è la censura relativa alla violazione dei principi in materia di delega di poteri stabiliti dalla sentenza Meroni/Alta Autorità. Ad avviso del Regno Unito, le valutazioni circa lo stesso presupposto di attivazione del potere previsto dalla disposizione impugnata – la sussisten-

za di una minaccia per la stabilità finanziaria – implicherebbero un «giudizio altamente soggettivo». Per altro verso, anche la scelta tra le misure da adottare avrebbe carattere discrezionale, come dimostrerebbe il fatto che in passato «gli Stati membri abbiano adottato approcci divergenti circa la vendita allo scoperto». Ciò determinerebbe il coinvolgimento dell'autorità in «una vera e propria politica economica» e costringerebbe tale organismo «ad essere arbitro di conflitti tra vari interessi pubblici» e ad «effettuare giudizi di merito».

3.2 *La (asserita) conformità alla dottrina Meroni (e il suo superamento)*

Il giudice comunitario rigetta il rilievo relativo alla violazione della dottrina Meroni, in base alla quale è legittima la delegazione di poteri che riguardi «poteri di esecuzione nettamente circoscritti», «il cui esercizio può per ciò stesso venir rigorosamente controllato in base a criteri obiettivi stabiliti dall'autorità delegante», mentre non possono essere delegati atti a carattere discrezionale, perché in questo secondo caso si determinerebbe una sostituzione degli «apprezamenti dell'autorità delegata a quelli dell'autorità delegante», determinando «un vero spostamento di responsabilità»³³.

È noto come la sentenza Meroni abbia costituito la base giuridica per definire i limiti alla possibilità di delegare poteri alle agenzie comunitarie, ma che, negli anni più recenti, la validità di tale dottrina è stata criticata sotto più profili (Chamon, 2010: 281). In particolare, è stato osservato che una lettura eccessivamente rigida della dottrina Meroni non tiene conto dell'evoluzione che ha avuto, nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, il principio che costituisce la *ratio* stessa di tale dottrina, ovvero la nozione di equilibrio istituzionale (Chiti, 2009: 1422).

Nella sentenza *short selling*, il giudice comunitario si preoccupa innanzitutto di escludere che i poteri attribuiti all'ESMA dall'art. 28 del regolamento *short selling* siano di tipo discrezionale: quindi, mira in prima istanza a negare che l'articolo impugnato sia in contrasto con la dottrina Meroni. Nell'assumere tale decisione, però, la Corte evita di riprendere l'argomentazione utilizzata dal Parlamento, in base alla quale le misure in materia di *short selling* non sarebbero «determinate da considerazioni politiche, bensì da analisi professionali complesse». La Corte non entra nel merito della natura delle decisioni che l'ESMA può adottare in forza dell'art. 28, ma si limita ad osservare che il numero delle condizioni sostanziali e procedurali che ne circoscrivono l'adozione valgono ad escludere che esse possano avere carattere discrezionale.

Il potere disciplinato dall'art. 28, infatti, è soggetto ad una pluralità di condizioni: sia per quanto attiene ai presupposti di esercizio del potere (minaccia per la stabilità del sistema finanziario dell'UE, mancata adozione di idonee mi-

sure da parte delle autorità nazionali), che alle sue modalità di esercizio (obbligo di consultazione dell'ESRF), che al carattere temporaneo delle misure adottate. Ad avviso del giudice comunitario, la quantità e la precisione di tali condizioni escluderebbero il carattere discrezionale del potere dell'ESMA.

Al riguardo, appare opportuno ricordare che l'efficacia dei divieti relativi alle vendite allo scoperto di CDS è tutt'altro che unanimemente riconosciuta dagli economisti. Secondo alcuni studi empirici relativi ai divieti deliberati successivamente al crollo di *Lehman*, tali misure restrittive determinerebbero una contrazione della liquidità sui mercati finanziari (Beber, Pagano, 2009: 10). Altri, invece, mettono in luce come l'aumento delle vendite allo scoperto costituisce un segnale della sfiducia del mercato: un loro divieto, quindi, non farebbe altro che 'coprire' le difficoltà delle banche e, quindi, la necessità di una loro ricapitalizzazione (Zingales, 2011). Per altro verso, vi è invece chi sottolinea con veemenza il rischio di un uso speculativo di tali strumenti finanziari, che quindi renderebbe opportuno, a determinate condizioni, la loro limitazione o il divieto (Stiglitz, 2010: 245).

Proprio in ragione di tale difformità di vedute, le decisioni eventualmente assunte dall'ESMA non potranno certo essere oggetto di uno scrutinio sulla base di «criteri oggettivi stabiliti dall'autorità delegante», condizione prevista dalla sentenza Meroni perché la delegazione di poteri sia legittima. La sentenza della Corte, quindi, di fatto legittima l'adozione da parte dell'autorità di vigilanza europea che sono effettivamente un esercizio di discrezionalità, anche se di discrezionalità tecnica, in ragione delle quali l'autorità potrebbe trovarsi a svolgere, secondo quanto rilevato dal Regno Unito, il ruolo di «arbitro di conflitti tra vari interessi pubblici». Pur richiamando la giurisprudenza Meroni e collocandosi esplicitamente nel suo solco, la decisione della Corte sembra di fatto indicare un fondamento diverso per la legittimità degli atti dell'autorità: non la possibilità che essi siano oggetto di controllo sulla base di parametri oggettivi (parametri che, nel caso in esame, sono del tutto controversi), ma che tali atti siano stati adottati sulla base di condizioni predeterminate e circoscritte e che siano delimitati dall'obbligo di consultazione e dal carattere temporaneo.

Nelle aree in cui la linea di demarcazione tra tecnica e politica è estremamente difficile da tracciare, la strada indicata dalla Corte di Giustizia – pur senza affermare in modo esplicito di volersi distanziare dalla giurisprudenza Meroni – sembra essere quella della legittimità dell'attribuzione del potere decisionale alle autorità di vigilanza europee, purché esso sia esercitato entro limiti sostanziali e procedurali predefiniti. In definitiva, la Corte di Giustizia sembra suggerire un possibile equilibrio tra accentramento e decentramento, nonché tra politica e tecnica – trovandosi a decidere su di una disciplina, quella contenuta nel regolamento sulle vendite allo scoperto, già a monte molto attenta agli equilibri

istituzionali, come mostra la complessa architettura di pesi e contrappesi realizzata tramite le condizioni cumulative necessarie per l'esercizio dei poteri emergenziali dell'ESMA.

4. *La tecnificazione nella prassi*

L'attribuzione di poteri ad autorità tecniche può essere uno strumento di unificazione; tuttavia, non sempre scelte tecniche sono scelte neutre rispetto agli interessi coinvolti. Contestazioni volte a evidenziare le motivazioni politiche e gli effetti di discriminazione derivanti dalle decisioni assunte da organismi dotati di una legittimazione di tipo tecnico hanno riguardato, in tempi recenti, talune scelte in materia di adeguatezza patrimoniale degli istituti creditizi e di principi contabili. Le decisioni assunte negli ultimi anni dalle autorità europee sono state espressione di discrezionalità tecnica, oppure è possibile indicare l'influenza di fattori di tipo diverso? L'attività di vigilanza delle autorità ha seguito i criteri indicati dalla Corte di Giustizia come necessari per legittimare l'attività di detti organismi, e relativi, in particolare, al rispetto di particolari requisiti procedurali? Alcuni esempi di interesse possono essere tratti dal settore delle agenzie di *rating*, rispetto alle quali, come si è detto, sono stati attribuiti all'ESMA poteri particolarmente incisivi.

4.1 *La registrazione delle agenzie di rating: discrezionalità tecnica e giusto procedimento*

Immediatamente dopo la crisi finanziaria, si è avuta una diminuzione dei *rating*, soprattutto di quelli relativi a strumenti finanziari strutturati e caratterizzati da valutazioni elevate. Secondo le stime dell'ESMA, però, a partire dal 2012 vi è stata una ripresa del mercato, e le entrate delle agenzie sono tornate nel 2013 al livello del 2008, precedente la crisi. A tale ripresa ha corrisposto un aumento del numero delle domande di registrazione da parte di nuovi operatori. Il numero delle agenzie registrate è effettivamente aumentato, ma questo non ha comportato, sempre secondo le stime dell'ESMA, una modifica nelle quote di mercato³⁴.

In tale contesto, l'attività dell'ESMA relativa alla registrazione delle agenzie è stata significativa; in particolare, l'autorità europea ha rifiutato la registrazione di alcuni operatori (nel 2013, delle cinque richieste esaminate, ne sono state rifiutate tre; nel 2014, ne sono state ricevute sette, due delle quali sono state accettate e due rifiutate, mentre due sono in corso valutazione)³⁵.

In un caso, il rifiuto di procedere alla registrazione è stato impugnato da un operatore – una società britannica, *Global Private Rating Company Standard*

Rating –davanti alla commissione di ricorso (*Board of appeal*), che ha confermato la decisione dell'ESMA. La motivazione della decisione di rifiuto adottata dall'autorità era stata che l'agenzia non aveva dimostrato l'osservanza di alcuni requisiti fondamentali previsti dal regolamento CRA sul conflitto di interessi delle agenzie e sui controlli interni svolti da queste ultime³⁶.

Nel suo ricorso, l'operatore riteneva che la decisione fosse viziata da *erroneous interpretation* da parte dell'autorità del regolamento operativo dell'agenzia, e che avrebbe avuto un esito diverso – l'ESMA avrebbe, cioè, ritenuto soddisfacenti le misure approntate dall'agenzia in materia di controlli interni e di conflitto di interessi, e avrebbe accolto la domanda di registrazione – se l'ESMA avesse fatto richiesta all'agenzia di un'integrazione dei documenti in suo possesso³⁷.

Il *Board of appeal* ha confermato il rifiuto di procedere alla registrazione da parte dell'ESMA, chiarendo che le domande devono essere complete, e che non è nella responsabilità dell'ESMA di richiedere un'integrazione della documentazione. Secondo il *Board*, «dato il rilievo delle agenzie per la stabilità finanziaria, l'onere di provare tutti requisiti deve essere sull'*applicant*»³⁸. Nel caso in cui la domanda non sia chiara, quindi, non è compito dell'ESMA porre rimedio alle eventuali carenze.

L'organo di appello, quindi, nella sua motivazione sembra ritenere che ragioni di interesse generale («il rilievo delle agenzie per la stabilità finanziaria»), consentano una deroga ai principi in materia di giusto procedimento.

4.2 I rating sovrani: il bilanciamento tra tecnica e opportunità

Nel 2014, l'ESMA ha adottato la prima sanzione nei confronti di un'agenzia di *rating*; nell'ambito della panoplia di strumenti a sua disposizione, però, essa ha scelto di adottare la sanzione più debole.

La decisione dell'autorità è originata dal *downgrading* erroneo della Francia da parte di *Standard & Poor's*. Nello specifico, nel novembre 2011 l'agenzia aveva inviato a 468 suoi *subscribers* una mail contenente un avvertimento circa il declassamento della Francia; si trattava, però, di un annuncio erroneo, dato che tale declassamento non si era realizzato. L'indagine condotta dall'ESMA aveva dimostrato che tale errore – che si era collocato temporalmente in una fase drammatica della crisi europea del debito e aveva alimentato speculazioni su di un prossimo declassamento della Francia³⁹ – era stato causato da un mancato funzionamento dei sistemi di controllo dell'agenzia, in violazione degli obblighi imposti dal regolamento⁴⁰.

In base all'articolo 24 del Regolamento CRA, in caso di violazione da parte di un'agenzia di uno di tali obblighi, l'ESMA può: a) revocare la registrazione; b) vietare temporaneamente di emettere *rating* efficaci nell'UE, finché non sia

messa fine alla violazione; c) sospendere l'uso a fini regolamentari di tali *rating*; d) imporre all'agenzia di mettere fine alla violazione; e) emanare una comunicazione pubblica. La misura adottata dall'ESMA è stata quest'ultima, la più debole.

La motivazione addotta dall'ESMA è stata quella per la quale, in base all'art. 36 *bis* del regolamento, una sanzione pecuniaria può essere imposta solo se la violazione è stata commessa «intenzionalmente o per negligenza», e che, nel caso in specie, ciò non era stato provato⁴¹. Inoltre, l'autorità ha sostenuto che la scelta a favore della comunicazione pubblica, invece che per altre misure, rispondeva all'applicazione del principio di proporzionalità.

Si tratta di una motivazione piuttosto sorprendente, se si considera che l'indagine svolta aveva dimostrato con chiarezza la negligenza dell'agenzia. Piuttosto, essa potrebbe essere stata motivata da scelte di opportunità, e quindi dall'intento di evitare un intervento troppo incisivo sulle agenzie (in controtendenza rispetto agli appelli di alcuni Governi, in particolare quello francese)⁴².

5. Conclusioni

In ambito finanziario, vi è la volontà di realizzare l'uniformità della regolazione, grazie al ruolo centrale affidato alle autorità europee ESMA ed EIOPA. All'uniformità (in via di costruzione) delle regole, però, corrisponde una differenziazione nelle prassi di vigilanza. Nel settore assicurativo, le funzioni di vigilanza spettano tuttora alle autorità nazionali, salvi i limitati (e mai attivati) poteri eccezionali attribuiti all'autorità di ambito europeo dal regolamento istitutivo. Nel settore mobiliario, il riparto di competenze tra autorità europee e nazionali dipende dagli operatori coinvolti e dalle attività disciplinate: la centralizzazione in capo ad un organismo tecnico si realizza, in particolare, per quanto riguarda le agenzie di *rating* e i derivati finanziari (entrambi ambiti che sono stati critici nelle dinamiche che hanno condotto alla crisi finanziaria).

Il rafforzamento dell'autorità europea per gli strumenti finanziari si è realizzato attraverso l'approvazione di una serie di regolamenti di settore, successivi a quelli istitutivi del Sistema europeo di vigilanza. Si può quindi affermare che la tendenza a realizzare una maggiore unificazione tramite la tecnica si è confermata, negli ultimi anni, e si è anzi accentuata rispetto ai primi interventi del 2011. Il ruolo centrale delle autorità caratterizzate da un'*expertise* e da una legittimazione di tipo tecnico ha ricevuto l'avvallo della Corte di Giustizia, che, nella sentenza sullo *short selling* dei CDS, ha identificato due elementi atti a giustificare e limitare tale ruolo: la finalità di interesse pubblico della stabilità finanziaria e le condizioni sostanziali e procedurali che ne delimitano l'attività.

L'analisi dell'attività posta in essere dall'ESMA con riguardo alle agenzie di *rating* – settore in cui detiene poteri esclusivi – suscita però alcune perplessità.

Pur con le cautele che derivano dal numero limitato di casi disponibili per l'indagine, si evidenzia come l'eccezionalità dell'oggetto della regolazione (le agenzie di *rating*, di cui viene sottolineata la rilevanza per la 'stabilità finanziaria'), giustifichi deroghe a principi generali di carattere procedurale; in controtendenza, quindi, a quanto suggerito dalla Corte di Giustizia. Per altro verso, la decisione dell'ESMA che ha (debolmente) sanzionato il comportamento di *Standard & Poor's* invoca il principio di proporzionalità, ma senza motivare adeguatamente tale richiamo. Il ruolo attribuito alle autorità tecniche, tuttavia, richiede esso stesso una maggiore precisazione, in modo che la loro attività rispetti i principi di partecipazione e l'obbligo di motivazione.

Note

- ¹ Si vedano i Regolamenti di Parlamento europeo e del Consiglio del 24 novembre 2010, 1092/2010 e 1096/2010 (relativo al Consiglio per il rischio sistemico), 1093/2010 (relativo all'Autorità bancaria europea), 1094/2010 (relativo all'Autorità europea delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e professionali) e 1095/2010 (relativo all'Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati), tutti in GUUE L 331 del 15 dicembre 2010.
- ² Si vedano i Regolamenti di Parlamento europeo e del Consiglio n. 1024/2013 del 15 ottobre 2013 e n. 1093/2010 del 15 luglio 2014.
- ³ Dal nome del Presidente del Comitato dei saggi che elaborò la procedura in cui essi intervenivano, Alexandre Lamfalussy: si veda *Final report from Wise Men on Securities Markets Regulation*, 15 febbraio 2001, consultabile sul sito web della Commissione europea all'indirizzo <http://ec.europa.eu/internal_market/securities/lamfalussy/index_en.htm> (09/2016).
- ⁴ Si veda il Rapporto redatto dall'*High-Level Group on Financial Supervision in the EU*, 25 febbraio 2009, disponibile all'indirizzo <http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/de_larosiere_report_it.pdf> (09/2016).
- ⁵ Reg. 1093/2010, 1094/2010 e 1095/2010, artt. 5, 6 e 45.
- ⁶ Reg. 1093/2010, 1094/2010 e 1095/2010, artt. 10 e 15.
- ⁷ Reg. 1094/2010 e 1095/2010, art. 10, c. 1, e art. 15, c. 1.
- ⁸ La Commissione deve decidere entro tre mesi: Reg. 1093/2010, 1094/2010 e 1095/2010, art. 10, c. 1 e 15, c. 1.
- ⁹ Decorso tale termine, la norma viene pubblicata nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea ed entra in vigore: Reg. 1093/2010, 1094/2010 e 1095/2010, art. 13. Quest'ultima disposizione non si applica alle norme tecniche di attuazione, ma solo a quelle di regolamentazione.
- ¹⁰ Reg. 1095/2010, cons. 23; 11094/2010, cons. 22.
- ¹¹ Reg. 1094/2010 e 1095/2010, art. 10, c. 1 e 15, c. 1.
- ¹² Reg. 1094/2010 e 1095/2010, art. 10, c. 2 e 15, c. 2.
- ¹³ Si vedano Reg. 1093/2010, 1094/2010 e 1095/2010, art. 17.
- ¹⁴ Si vedano 1094/2010 e 1095/2010, art. 18 e 19.
- ¹⁵ Si vedano 1094/2010 e 1095/2010, art. 18, c. 4 e 19, c. 4. I Regolamenti si preoccupano di specificare che nessuna delle decisioni adottate nelle due ipotesi appena menzionate incida sui bilanci degli Stati membri: Reg. 1093/2010, 1094/2010 e 1095/2010, art. 38.
- ¹⁶ Commissione UE, *Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the operation of the European Supervisory Authorities (ESAs) and the European System of Financial Supervision (ESFS)*, 8 agosto 2014, COM(2014) 509 final, Brussels, pp. 6-7.
- ¹⁷ Direttiva 2013/14/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, che modifica la direttiva 2003/41/CE, relativa alle attività e alla supervisione degli enti pensionistici aziendali o professionali, la direttiva 2009/65/CE, concernente il coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative in materia di taluni organismi d'investimento collettivo in valori mobiliari (OICVM), e la direttiva 2011/61/UE, sui gestori di fondi di investimento alternativi, per quanto riguarda l'eccessivo affidamento ai rating del credito.
- ¹⁸ Regolamento (UE) n. 513/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell' 11 maggio 2011, recante modifica del regolamento (CE) n. 1060/2009, art. 30.
- ¹⁹ Regolamento (UE) n. 648/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 luglio 2012, sugli strumenti derivati OTC, le controparti centrali e i repertori di dati sulle negoziazioni.
- ²⁰ Si v. Comunicazione della Commissione, *Garantire mercati dei derivati efficienti, sicuri e solidi*, 3 luglio 2009, COM (2009) 332 def, p. 6-7.
- ²¹ Regolamento (UE) n. 648/2012, art. 14 e art. 5, c. 2.
- ²² Reg. Emir, artt. 56 e 57.
- ²³ Reg. Emir, artt. 61-63.

- ²⁴ Reg. Emir, artt. 65-66.
- ²⁵ Regolamento (UE) n. 236/2012 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 14 marzo 2012 relativo alle vendite allo scoperto e a taluni aspetti dei contratti derivati aventi ad oggetto la copertura del rischio di inadempimento dell'emittente (credit default swap).
- ²⁶ Reg. n. 236/2012/UE, art. 20.
- ²⁷ Reg. n. 236/2012/UE, artt. 24-26.
- ²⁸ Reg. n. 236/2012/UE, art. 28.
- ²⁹ Reg. n. 236/2012/UE, art. 28, c. 11.
- ³⁰ Corte di Giustizia dell'Unione europea, Grande Sezione, 22 gennaio 2014, causa C-270/12, *Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord contro Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*.
- ³¹ Corte di Giustizia dell'Unione europea, Seduta Plenaria, 27 novembre 2012, causa C-370/12, *Thomas Pringle c. Government of Ireland*.
- ³² Corte di Giustizia dell'Unione europea, Grande Sezione, 16 giugno 2015, causa C62/14, *Peter Gauweiler e al. contro Deutscher Bundestag*.
- ³³ Corte di Giustizia, 1958, causa n. 9-56, *Meroni vs. Alta Autorità europea del Carbone e dell'Acciaio*, in *Racc.*: 16 sgg., in particolare 41.
- ³⁴ *ESMA supervision of Credit Rating Agencies and Trade repositories. Annual report 2014 and work plan*, 16 febbraio 2015, p. 8.
- ³⁵ *Ivi*, pp. 13-14.
- ³⁶ Board of Appeal of the Esma, *Decision given under article 60.4 Regulation (EU) No. 1095/2010 in an Appeal by Global Private Rating Company "Standard Rating" Ltd against a decision of the European Securities and Markets Authority*, 10 Gennaio 2014, parr. 28-29.
- ³⁷ *Ivi*, parr. 127-1278.
- ³⁸ *Ivi*, par. 188.
- ³⁹ *S&P censured for erroneous France downgrade alert*, in *Financial Times*, 3 giugno 2014.
- ⁴⁰ ESMA, *Decision to adopt a supervisory measure taking the form of a public notice in accordance with Articles 23e(5) and 24 of Regulation (EC) No 1060/2009 of the European Parliament and of the Council of 16 September 2009 on credit rating agencies*, 20 maggio 2014, ESMA/2014/544, parr. 7-15.
- ⁴¹ *Ivi*, par. 24.
- ⁴² *S&P censured for erroneous France downgrade alert*, in *Financial Times*, 3 giugno 2014.

Riferimenti bibliografici

- Barucci E., Messori M. (a cura di) 2014, *The European Banking Union*, Passigli, Firenze.
- Beber A., Pagano M. 2009, *Short-Selling Bans around the World: Evidence from the 2007-09 Crisis* Cepr Discussion Paper, 7557, in <<http://www.csef.it/WP/wp241.pdf>> (09/2016).
- Capriglione F. 2013, *L'Unione Bancaria Europea*, Utet, Milano.
- Cassese S. 2014, *La nuova architettura europea*, in *Giornale di diritto amministrativo*: 79 sgg.
- Chamon M. 2010, *EU Agencies: Does the Meroni Doctrine make sense?*, in *17 Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 4: 281-317.
- Chiti E. 2002, *Le agenzie europee. Unità e decentramento nelle amministrazioni comunitarie*, Cedam, Padova.
- 2013, *Il meccanismo europeo di stabilità al vaglio della Corte di Giustizia*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 148 ss.
- Chiti E., Vesperini G. (a cura di) 2015, *The administrative architecture of financial integration. Institutional design, legal issues, perspectives*, il Mulino, Bologna.
- Costi R. (a cura di) 1990, *Il diritto del mercato finanziario alla fine degli anni '80*, Giuffrè, Milano.
- Craig P. 2012, *The Stability, Coordination and Governance Treaty: Principle, Politics and Pragmatism*, in *European Law Review*, 37: 231-248.
- De Bellis M. 2010, *La nuova disciplina europea delle agenzie di rating*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 5: 453-463.
- 2012, *La regolazione dei mercati finanziari*, Giuffrè, Milano.
- 2015, *European Financial Supervision after the Crisis: Multi-Speed Models within a Two-Track Framework*, in E. Chiti, G. Vesperini (a cura di), *The administrative architecture of financial integration. Institutional design, legal issues, perspectives*, il Mulino, Bologna: 61 sgg.
- De Witte B. 2011, *The European Treaty Amendment for the Creation of a Financial Stability Mechanism*, RCAS Working Papers.
- Dragomir L. 2010, *European Prudential Banking Regulation and Supervision. The legal dimension*, Routledge, New York.
- Everson M. 2012, *A Technology of Expertise: EU Financial Services Agencies*, LEQS Paper, 49.
- Ferran E. 2012, *Understanding the New Institutional Architecture of EU Financial Market Supervision*, in G. Ferrarini, K.J. Hopt, E. Wymeersch (a cura di), *Rethinking Financial Regulation and Supervision in Times of Crisis*, Oxford University Press, Oxford: 111-158.
- Ferrarini G., Chiarella L. 2013, *Common Banking Supervision in the Eurozone: Strengths and Weaknesses*, ECGI Law Working Paper, 223: 4.
- Godano G. 2009, *La vigilanza bancaria europea. Problemi e prospettive*, in *Queste Istituzioni*: 29 sgg.

- Hunt J. 2009, *Credit Rating Agencies And The "Worldwide Credit Crisis": The Limits Of Reputation, The Insufficiency Of Reform, And A Proposal For Improvement*, in *Columbia Business Law Review*: 109 sgg.
- Lannoo K., Levin M. 2004, *Securities Market Regulation in the EU: Everything You Always Wanted to Know about the Lamfalussy Procedure*, Ceps Research Report In *Finance And Banking*, 33, in <<http://www.ceps.eu>> (09/2016).
- Lequesne-Roth C., van Waeyenberge A. 2015, *Foundation and Perspective of the Rating Agencies Regulatory Framework in the European Union*, in E. Chiti, G. Vesperini (a cura di) 2015, *The administrative architecture of financial integration. Institutional design, legal issues, perspectives*, il Mulino, Bologna: 243 sgg.
- Lucantoni P. 2014, *L'organizzazione della funzione di post-negoziazione nella regolamentazione Emir sugli strumenti finanziari derivati Otc*, in *Banca, Borsa e Titoli di Credito*: 642 sgg.
- Menendez A. 2013, *The Existential Crisis of the European Union*, in *German Law Journal*, 14: 453-526.
- Merusi F. 1998, *Profili pubblicistici dell'attività parabancaria e dell'innovazione finanziaria*, in *Studi in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano: 437 sgg.
- 2009, *Per un divieto di cartolarizzazione del rischio del credito*, in *Banca, Borsa e Titoli di Credito*: 253 sgg.
- Moloney N. 2013, *The European Securities and Markets Authority: A Prospective from One Year On*, in *68 Zeitschrift fur Offentliches Recht (Austrian Journal of Public and International Law)*: 59.
- 2014, *European Banking Union: Assessing its risks and resilience*, in *Common Market Law Review*, LI (6): 1609 sgg.
- Napolitano G. 2012, *Il meccanismo europeo di stabilità e le nuove frontiere costituzionali dell'Unione*, in *Giorn. Dir. Amm.*: 461 sgg.
- Oldani C. 2008, *Regulating Global Derivatives*, in *Growth, Innovation, Inclusion: The G20 At Ten*, a cura di J. Kirton, M. Koch, Newsdesk Media Group, The G20 Research Group, in <<http://ssrn.com/abstract=1322071>> (09/2016).
- Onado M. 2009, *La supervisione finanziaria europea dopo il Rapporto de Larosiere: siamo sulla strada giusta?*, in *Bancaria*: 16 sgg.
- Perassi M. 2012, *Verso una vigilanza europea. La supervisione sulle agenzie di rating*, in *Analisi giuridica dell'economia*: 407 sgg.
- Perez R. 2012, *Il Trattato di Bruxelles e il Fiscal compact*, in *Giorn. Dir. Amm.*: 469 sgg.
- Pluchino F. 2014, *Dalla banca di fatto alla banca fantasma: lo shadow banking system*, Cacucci, Bari.
- Quaglia L. 2012, *The Regulatory Response of the European Union to the Global Financial Crisis*, in R. Mayntz (a cura di), *Crisis and Control. Institutional Change in Financial Market Regulation*, Campus, Frankfurt-New York: 171 sgg.
- Ruffert M. 2011, *The European Debt Crisis And European Union Law*, in *Common Market Law Review*, XLVIII: 1777 sgg.
- Saltari L. 2007, *Amministrazioni nazionali in funzione comunitaria*, Giuffrè, Milano.

- Sasso L. 2012, *L'impatto sul mercato dei derivati Otc*, in *Giur. Comm.*, 6: 899 sgg.
- Sciascia G. 2015, *Credit Rating Agencies in the Context of EU Regulation of Financial Markets: Developments, Standards, Public Function*, in E. Chiti, G. Vesperini (a cura di) 2015, *The administrative architecture of financial integration. Institutional design, legal issues, prospectives*, il Mulino, Bologna: 211 sgg.
- Somek A. 2015, *Delegation and Authority: Authoritarian Liberalism Today*, in *European Law Journal*: 340.
- Spaventa L. 2009, *La crisi della nuova finanza*, in R. Perez, *Finanza privata e finanza pubblica. I mutui subprime e la Spending Review*, Maggioli, San Marino: 13 sgg.
- Stiglitz J.E. 2010, *Bancarotta*, Einaudi, Torino.
- Torchia L. 1992, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Cedam, Padova.
- 2015a, *L'Unione bancaria europea: un approccio continentale?*, in *Giornale di diritto amministrativo*: 11 sgg.
- 2015b, *Moneta, banca e finanza tra unificazione europea e crisi economica*, in *Rivista italiana di diritto comunitario*: 6.
- Wymeersch E. 2012, *The European financial supervisory Authorities or ESAs*, in G. Ferrarini, K.J. Hopt, E. Wymeersch (a cura di), *Rethinking Financial Regulation and Supervision in Times of Crisis*, Oxford University Press, Oxford: 232 sgg.
- Zingales L. 2011, *Chi vende davvero allo scoperto*, in *IlSole24Ore*, 13 agosto.

IL RIESAME AMMINISTRATIVO DELLE DECISIONI DELLA BANCA CENTRALE EUROPEA

Marcello Clarich

SOMMARIO – 1. Premessa. 2. Le caratteristiche generali del nuovo rimedio amministrativo. 3. Il carattere interno del riesame. 4. Altri profili procedurali. 5. Spunti conclusivi.

1. Premessa

I meccanismi di riesame amministrativo costituiscono un fenomeno ampiamente diffuso nel diritto europeo. Pertanto non può essere considerato come una novità assoluta il riesame non giurisdizionale delle decisioni della Banca centrale europea (BCE) in materia di vigilanza bancaria previsto dall'art. 24 del Regolamento del Consiglio (UE) 15.10.2013 n. 1024/2013 istitutivo del Meccanismo di vigilanza unica sulle istituzioni creditizie europee.

In realtà, anche a livello nazionale, questo genere di rimedio ha un'antica tradizione proprio nell'ordinamento del credito (sul punto, si cfr. Nigro, 1973; Vignocchi, 1974; Vitale, 1977; Merusi, 1972).

Infatti, già la legge bancaria del 1936 prevedeva un reclamo contro i provvedimenti adottati dalla Banca d'Italia nell'esercizio dei poteri di vigilanza innanzi al Comitato interministeriale per il credito e il risparmio, cosiddetto Cicr (Clarich, Camilli, 2012). Questo rimedio amministrativo costituiva un'espressione del rapporto di gerarchia che legava in origine il Comitato interministeriale e l'Ispettorato per il credito e il risparmio (le cui funzioni sono state ereditate dalla Banca d'Italia) secondo un approccio dirigistico e pianificatorio dell'attività bancaria, in coerenza con la visione dei rapporti tra Stato e mercato dominante a quell'epoca.

Inoltre, il rimedio giustiziale costituiva il punto di chiusura dell'ordinamento giuridico sezionale disciplinato dalla legge bancaria. Quest'ultima, infatti, già secondo la ricostruzione di M.S. Giannini (Giannini, 1940), conteneva tutti gli elementi fondamentali del modello dell'ordinamento settoriale: una pluralità di soggetti omogenei (gli istituti di credito); l'ammissione di tali soggetti all'ordinamento tramite un atto concessorio (l'autorizzazione discrezionale rilasciata agli istituti di credito); un insieme di autorità di vertice dell'ordinamento (Ministro del Tesoro, Banca d'Italia, Comitato interministeriale per il credito e

il risparmio) dotate di poteri di regolazione e di amministrazione attiva; un corpo di regole speciali distinte da quelle della generalità delle imprese (per esempio, la disciplina della liquidazione coatta); un sistema di sanzioni amministrative volte a dare effettività alle norme speciali; una giustizia domestica, sotto forma – appunto – di reclamo al Cicer.

L'intera impalcatura dirigitica della legge bancaria è venuta via via meno con l'irrompere del diritto europeo a partire dagli anni Ottanta del secolo scorso e ancor più, da ultimo, con il corpo di regole in materia bancaria intervenute dopo la crisi finanziaria del 2008 sempre più volte a realizzare un mercato unico concorrenziale dei servizi bancari con regole e stili di vigilanza omogenei a livello europeo.

Non è venuta invece meno l'esigenza di prevedere rimedi di tipo amministrativo che possano essere esperiti prima dei rimedi di tipo prettamente giurisdizionale.

In particolare, proprio nel settore creditizio, sono da annoverare: il Regolamento (UE) 24.11.2010 n. 1093/2010, istitutivo dell'Autorità bancaria europea (*European Banking Authority*, c.d. EBA), che prevede una Commissione di ricorso competente a decidere i ricorsi contro gli atti della medesima autorità¹. E inoltre, da ultimo, il Regolamento (UE) 15.7.2014 n. 806/2014 che, nell'ambito delle procedure di risoluzione degli istituti di credito, istituisce una Commissione per i ricorsi contro i provvedimenti del Comitato di risoluzione unico².

Rimedi amministrativi sono previsti anche con riferimento ad altri settori di attività nei quali a livello nazionale operano le autorità indipendenti. Si pensi soltanto al settore dell'energia elettrica nel quale il Regolamento (CE) del 13.7.2009 n. 73/2009, istitutivo dell'Agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia, prevede un ricorso contro i provvedimenti di quest'ultima innanzi alla Commissione dei ricorsi³.

Sarebbe superflua un'elencazione esaustiva dei rimedi giustiziali previsti a livello europeo con un'analisi tassonomica delle varie tipologie (si rinvia, sul punto, a De Lucia, 2013). Conviene invece in questa sede concentrare l'analisi sulle specificità del rimedio innanzi alla neoistituita Commissione amministrativa del riesame interna alla BCE soprattutto rispetto ai rimedi paralleli previsti dalla normativa bancaria sopracitata.

2. Le caratteristiche generali del nuovo rimedio amministrativo

La disciplina della Commissione amministrativa del riesame e le norme di procedura sono contenute nell'art. 24 del Regolamento (UE) del 15.10.2013 n. 1024/2013 e, sulla base della delega prevista nel paragrafo 10 dell'articolo, in una Decisione della BCE approvata il 14 aprile 2014⁴.

Conviene partire dai considerando del Regolamento dai quali si traggono almeno tre indicazioni.

In primo luogo, un considerando rammenta che la Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE) esercita, ai sensi dell'art. 263 del TFUE, il controllo di legittimità anche sugli atti della BCE diversi da raccomandazioni e pareri destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi (considerando 60). Pertanto, l'ultimo paragrafo dell'art. 24 del Regolamento fa espressamente salvo il diritto di proporre ricorso dinanzi alla Corte di giustizia (CGUE) a norma dei Trattati.

In secondo luogo, il considerando 64 descrive in termini generali il meccanismo di riesame. Chiarisce anzitutto che esso deve riguardare la conformità procedurale e sostanziale delle decisioni della Banca centrale europea nel rispetto «del margine di discrezionalità lasciato alla BCE nel decidere sull'opportunità di adottare le decisioni stesse». Precisa inoltre che si tratta di un 'riesame interno' e che la procedura dovrebbe «consentire al Consiglio di vigilanza⁵ di riconsiderare il precedente progetto di decisione in funzione delle esigenze».

In terzo luogo, si precisa che la Commissione amministrativa del riesame deve essere composta da persone di indubbio prestigio garantendo un equilibrio geografico e di genere adeguato fra tutti gli Stati membri.

Sulla base di queste indicazioni l'art. 24 disciplina sia la composizione della Commissione amministrativa, sia il meccanismo del riesame.

Quanto al primo aspetto, essa è composta da cinque persone (con in più due supplenti) di indubbio prestigio, in possesso di comprovate conoscenze pertinenti e di esperienza professionale di livello sufficientemente elevato nel settore dei servizi bancari o di altri servizi finanziari, nominate a seguito di un invito pubblico a presentare manifestazioni di interesse (par. 2). Si esclude però che possono essere nominati dipendenti in servizio della BCE e delle autorità europee e nazionali coinvolte nelle funzioni di vigilanza e ciò al fine di evitare che il rimedio interno finisca per essere, per così dire, troppo 'interno'. Il mandato è quinquennale e può essere rinnovato una sola volta.

I membri della Commissione amministrativa devono agire «in modo indipendente e nel pubblico interesse» e devono pertanto rendere una dichiarazione pubblica nella quale indicano eventuali interessi diretti o indiretti che possono essere in contrasto con la loro indipendenza (par. 4).

La Commissione amministrativa, in definitiva, per quanto incardinata all'interno della BCE, gode di un'autonomia organizzativa e funzionale che la rende in qualche misura terza rispetto agli apparati e agli altri organi della BCE. L'indipendenza è garantita anche sul versante dei soggetti regolati attraverso, appunto, l'obbligo di dichiarare i conflitti di interesse.

Va sottolineato peraltro che, a differenza di quanto previsto per i rimedi paragiurisdizionali contemplati in altri contesti incluso quello finanziario⁶, la Commissione amministrativa del riesame non può adottare norme per il proprio funzionamento e di procedura che l'art. 24, par. 10, come si è visto, rimette invero a una decisio-

ne della BCE. Ciò si spiega, come si chiarirà nel paragrafo successivo, data la natura della Commissione amministrativa in questione di organo interno della BCE.

La citata decisione della BCE n. 16/2014 attuativa dell'art. 24 riprende le disposizioni di quest'ultimo e aggiunge qualche elemento di dettaglio.

Va segnalato soprattutto il fatto che la Commissione amministrativa non dispone di una struttura propria in quanto le funzioni di segretario sono svolte dal segretario del Consiglio di vigilanza (art. 6). Il segretario ha il compito di preparare la trattazione dei riesami, di organizzare le udienze, di stendere i resoconti dei lavori e di tenere il registro dei riesami. Più in generale la BCE fornisce alla Commissione amministrativa un adeguato supporto incluse le competenze giuridiche. L'opportunità di questo tipo di scelte, forse dettate dall'esigenza di contenere i costi della struttura, può prestarsi a qualche dubbio, atteso che una maggior separatezza tra le strutture interne dei due organi avrebbe garantito di più, anche sul piano dell'immagine esterna, la distinzione tra organo controllore e organo controllato.

Sin qui non emergono specificità particolari rispetto ad altre commissioni analoghe, e soprattutto rispetto a quelle già citate istituite in materia finanziaria. Infatti, comparando le discipline settoriali dei rimedi non giurisdizionali, è facile cogliere come disposizioni dello stesso contenuto si rinvenivano nei vari testi normativi: il che costituisce una tendenza che va vista con favore perché favorisce una certa uniformità dei modelli. In particolare la menzionata Commissione per i ricorsi è disciplinata dal Regolamento (UE) n. 806/2014 con disposizioni che riproducono quasi alla lettera quelle sin qui esaminate (art. 85, par. 1).

Tuttavia, analogie a parte (non poche), il rimedio amministrativo in oggetto presenta alcune peculiarità, derivanti soprattutto dalla natura totalmente 'interna' della Commissione rispetto alla BCE.

Una prima (rilevante) specificità del nuovo rimedio previsto in materia di vigilanza bancaria è rappresentato dal suo rapporto con il ricorso innanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea. Come si è visto, il par. 11 dell'art. 24 fa espressamente salvo il diritto di proporre il ricorso giurisdizionale a norma dei trattati. Pertanto, come chiarisce il considerando 4 della Decisione della BCE n. 16/2014, il riesame è facoltativo.

Le altre discipline settoriali invece prevedono generalmente che l'attivazione dei rimedi non giurisdizionali sia pregiudiziale al procedimento giurisdizionale.

Così, per esempio, l'art. 91 dello Statuto dei funzionari della Comunità europea⁷ prevede che il reclamo amministrativo (proponibile innanzi all'autorità che ha il potere di nomina) costituisce condizione di ricevibilità del ricorso giurisdizionale (par. 2). Anche in materia di marchi comunitari il ricorso in sede amministrativa è pregiudiziale rispetto al ricorso dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea (art. 65 del Regolamento (CE) 26.2.2009 n. 207/2009).

Tale diversità di rapporto tra il rimedio interno e il ricorso giurisdizionale, atteso che il primo non è necessario per la proponibilità del secondo, nasce dal ruolo del rimedio esperibile dinanzi alla Commissione amministrativa del riesame interna alla BCE, inevitabilmente più limitato rispetto agli altri rimedi amministrativi noti a livello europeo, a fronte della particolare rilevanza dell'interesse in gioco (vigilanza del sistema bancario) ma, soprattutto, della posizione della Commissione rispetto alle decisioni che giudica.

Ciò differenzia il rimedio ex art. 24 del Regolamento (UE) n. 1024/2013 da tutti gli altri rimedi interni citati che sono invece costruiti come veri e propri 'filtri' per l'accesso alla giustizia, con finalità di deflazione del contenzioso giurisdizionale, specie nei settori, come quelli da ultimo citati (lavoratori, marchi), che coinvolgono un numero elevato di soggetti interessati. Per questa ragione essi sono strutturati in modo da comportare costi minori, tempi brevi per la decisione e garantire una maggior specializzazione.

Finanche in materia finanziaria, sia nel caso dell'Autorità bancaria europea (art. 60, Regolamento (UE) n. 1063/2010) che nel caso del Comitato preposto alla risoluzione delle istituzioni creditizie (art. 85, Regolamento (UE) n. 806/2014), i provvedimenti emanati dagli organi competenti possono essere oggetto di un ricorso alla Corte di giustizia dell'Unione europea solo allorché contro di essi non sia ammesso l'esperimento del rimedio non giurisdizionale (art. 61 Regolamento [UE] n. 1093/2010 e art. 86 Regolamento [UE] n. 806/2014). Peraltro, nel caso dell'Autorità europea di vigilanza è stato osservato che la prima esperienza attuativa dimostra che il rimedio amministrativo ha costituito effettivamente, per i caratteri sopra descritti, un utile filtro (si cfr. Lamandini, 2014).

In definitiva il nuovo rimedio amministrativo istituito nell'ambito del meccanismo unico di vigilanza bancaria, lungi dall'essere concepito come un filtro all'accesso alla giurisdizione europea con finalità deflattive, al pari degli altri strumenti amministrativi paragiurisdizionali introdotti dai regolamenti europei, può costituire per i destinatari dei provvedimenti della BCE una prima forma di tutela meno onerosa e con tempi di decisione, come si vedrà, piuttosto brevi, non pregiudiziale a quella offerta dai giudici comunitari.

3. Il carattere interno del riesame

Il carattere facoltativo del rimedio amministrativo ora esaminato costituisce una scelta forse dovuta per il legislatore europeo in considerazione del fatto che il Trattato prevede come unici organi decisionali della BCE il Consiglio direttivo e il Comitato esecutivo (art. 283 T.F.U.E.).

Pertanto, senza una modifica del T.F.U.E. non sarebbe stato possibile istituire con il Regolamento (UE) n. 1024/2013 organi con competenze esterne.

Del resto, non a caso, anche il neoistituito Consiglio di vigilanza che è preposto alle funzioni di vigilanza bancaria viene definito come organo interno della BCE (art. 26, par. 1). Esso è deputato a svolgere le attività preparatorie relative ai compiti di vigilanza attribuiti alla BCE e a proporre al Consiglio direttivo di quest'ultima «progetti di decisione completi» che vengono approvati da quest'ultima di regola attraverso un meccanismo di silenzio assenso (par. 8). In buona sostanza, sotto il profilo formale i provvedimenti in materia di vigilanza bancaria si imputano formalmente, non già al Consiglio di vigilanza, bensì al Consiglio direttivo⁸. Questa soluzione tende anche a garantire il più possibile, a Trattato invariato, una distinzione tra le funzioni di vigilanza e quelle tradizionali di politica monetaria.

In base alla stessa logica, la Commissione amministrativa del riesame, come precisa l'art. 24 Regolamento (UE) n. 1024/2013, al paragrafo 1, è incaricata di procedere «al riesame amministrativo interno delle decisioni adottate dalla BCE nell'esercizio dei poteri attribuiti dal presente Regolamento».

Il carattere interno del riesame comporta necessariamente che le decisioni assunte dalla Commissione amministrativa in relazione alle richieste di riesame presentate dalle persone fisiche o giuridiche legittimate ad attivare il rimedio non abbiano carattere vincolante. Esse infatti sono definite dal Regolamento come 'pareri' dei quali il Consiglio di vigilanza della BCE deve tener conto presentando al Consiglio direttivo della BCE un nuovo progetto di decisione (art. 24, par. 7)⁹. Il Consiglio di vigilanza adotta così un nuovo progetto di decisione che abroga quello precedente e lo sostituisce con una decisione di contenuto identico oppure con una decisione modificata che viene poi sottoposta al Consiglio direttivo della BCE per la formalizzazione attraverso il meccanismo del silenzio-assenso (par. 7). In definitiva il parere, che deve essere motivato¹⁰, per riprendere le classificazioni tradizionali in tema di funzione consultiva, non è vincolante e si sostanzia in una sorta di richiesta di riesame da parte dell'organo che ha emanato il provvedimento.

In un certo senso questo modello richiama, come modalità di funzionamento, quello ben noto nel diritto italiano del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica caratterizzato fino a pochi anni fa dal fatto che il Consiglio di Stato competente all'esame dei ricorsi si limitava a esprimere un parere al ministro competente per l'istruttoria¹¹. Sulla base di esso, ove condiviso nei contenuti, il Ministro proponeva poi al Presidente della Repubblica il decreto che formalizzava la decisione. In caso di non condivisione, invece, il ministro competente poteva sottoporre al Consiglio dei ministri una decisione difforme poi formalizzata nel decreto del Presidente della Repubblica. Se le analogie sono notevoli vi è però da dire che il meccanismo domestico, a differenza di quello previsto dal Regolamento (UE) n. 1024/2013, comportava, in caso di mancata condivi-

sione del parere, uno spostamento della competenza a un livello decisionale più elevato, e cioè il Consiglio dei ministri.

A tal proposito si potrebbe essere anche richiamare per assonanza il meccanismo di contenzioso innanzi all'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) in materia di contratti pubblici che ha preso piede sulla base di una previsione del Codice dei contratti pubblici che ha attribuito all'Autorità in questione il potere di esprimere un parere non vincolante all'esito di una richiesta da parte della stazione appaltante o di una parte privata relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento di una procedura di gara (art. 6, comma 7, lett. n) del d.lgs. 12.4.2006, n. 163 ora reso vincolante solo per le parti consezienti dall'art. 211 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50).

A conferma del carattere interno del riesame, né l'art. 24 del Regolamento, né l'art. 17 della Decisione BCE n. 16/2014 attuativa del Regolamento prevedono espressamente un obbligo di motivazione specifica in ordine alle eventuali ragioni che possano indurre il Consiglio di vigilanza a confermare il progetto di decisione disattendendo il parere. In realtà, un siffatto obbligo sembra essere implicito nel dovere di tener conto e valutare il parere della Commissione amministrativa previsto dalle disposizioni sopra citate.

Inoltre, un aspetto in apparenza di dettaglio, ma che conferma la natura particolare del rimedio, consiste nel fatto che la valutazione del Consiglio di vigilanza, nel valutare il parere della Commissione di riesame, non si limita all'esame dei motivi dedotti dal richiedente nell'istanza di riesame ma, nella formulazione della proposta di un nuovo progetto di decisione da inviare al Consiglio direttivo della BCE, «può tenersi conto anche di altri elementi» (art. 17, par. 1, Decisione BCE n. 16/2014).

Emerge qui dunque con maggior evidenza il fatto che il riesame amministrativo si inserisce nel procedimento decisionale volto all'adozione dei provvedimenti in materia di vigilanza bancaria in continuità con le funzioni attribuite al Consiglio di vigilanza che, in occasione della presa in esame del parere della Commissione di riesame e della formulazione di un nuovo progetto di decisione, non trova limiti particolari nel rivalutare *ex novo* la fattispecie.

Date queste caratteristiche sommariamente descritte può concludersi che il modello di riesame interno non vincolante per l'autorità decidente introdotto dal Regolamento (UE) n. 1024/2013 rappresenta una peculiarità che non si ritrova, allo stato, in altri contesti.

Infatti, il grado di vincolabilità delle decisioni sui ricorsi di tipo amministrativo è generalmente maggiore. Per taluni rimedi la decisione entra nel merito delle questioni e sostituisce quella oggetto del riesame. Per esempio, in materia di marchi comunitari la Commissione di ricorso «può esercitare le competenze dell'organo che ha emesso la decisione impugnata» (art. 64, par. 1, del Regolamento

[CE] n. 2017/2009). In alternativa, la Commissione di ricorso può rinviare la questione all'organo che ha emesso la decisione impugnata il quale è però vincolato ai motivi e al dispositivo della decisione della Commissione di ricorso (par. 2).

Nel caso della Commissione di ricorso competente a esaminare i ricorsi contro i provvedimenti dell'Autorità bancaria europea (e delle altre autorità finanziarie) la decisione di merito assunta a conclusione del procedimento, ove non confermi il provvedimento impugnato, è vincolante per l'Autorità alla quale viene rinviato il caso e che è tenuta ad adottare una decisione modificata (art. 60, par. 5). Lo stesso modello è previsto dal Regolamento (UE) 806/2014 in materia di risoluzione degli istituti di credito (art. 8, par. 8).

Ciò significa che il riesame amministrativo in commento andrebbe inquadrato, forse più che nella logica dell'*adjudication* tipica di rimedi alternativi alla giurisdizione, in quella dell'*implementation*, cioè della migliore applicazione una normativa di settore alle fattispecie concrete particolari (cfr. De Lucia, 2013: 331).

4. Altri profili procedurali

Un'altra particolarità del riesame amministrativo delle decisioni della BCE in materia di vigilanza bancaria riguarda la tutela cautelare.

Infatti, da un lato, vige la regola usuale per questo tipo di rimedi, secondo la quale la richiesta di riesame non ha effetto sospensivo; dall'altro lato, però, la Commissione amministrativa del riesame non può disporre direttamente alcuna misura cautelare, ma può soltanto richiedere al Consiglio direttivo della BCE di provvedere in tal senso (art. 24, par. 8, Regolamento n. 1024/2013). Il Consiglio direttivo assume la decisione sentita, se ritenuto opportuno, il parere del Consiglio di vigilanza (art. 9, par. 2, della Decisione BCE n. 16/2014).

Di regola, per altri tipi di rimedi non giurisdizionali, la sospensione del provvedimento oggetto del riesame rientra tra i poteri dell'organo paragiurisdizionale. Così, in particolare, le Commissioni di ricorso previste dal Regolamento (UE) n. 1093/2010 e dal Regolamento (UE) n. 806/2014 più volte citati, possono sospendere l'esecuzione della decisione impugnata (rispettivamente, art. 60, par. 3, e art. 85, par. 6).

La mancata attribuzione di questo potere alla Commissione amministrativa del riesame si giustifica ancora una volta in relazione al carattere tutto interno (alla BCE) del rimedio.

La stessa ragione sta anche alla base della deroga al principio generale in tema di rimedi amministrativi secondo il quale le decisioni dell'organo decidente vengono pubblicate. Così, in particolare, secondo il Regolamento (UE) n. 1093/2010 le decisioni adottate dalla commissione di ricorso sono motivate e pubblicate dall'Autorità (art. 60, par. 7).

Al contrario, secondo il Regolamento (UE) n. 1024/2013, il parere espresso dalla Commissione amministrativa, così come il nuovo progetto di decisione presentato dal Consiglio di vigilanza e la decisione finale adottata dal Consiglio direttivo della BCE, sono motivati, ma solo notificati alle parti. La stessa regola è posta, peraltro, dall'art. 85, par. 9, Regolamento (UE) n. 806/2014 probabilmente data la particolare delicatezza della materia della risoluzione degli istituti di credito.

Nel caso di impugnazione della nuova decisione della BCE che, in ipotesi, non sia conforme al parere, la parte ricorrente certamente può utilizzare a proprio favore le argomentazioni del parere della Commissione amministrativa del riesame e dunque la Corte di giustizia dell'Unione europea può trarre frutto dalla dialettica interna alla BCE per decidere in modo più ponderato. Tuttavia la mancata pubblicazione dei pareri (che sono, appunto, solo notificati alle parti) impedisce che si formi una 'giurisprudenza' della Commissione amministrativa del riesame atta a orientare i comportamenti degli operatori del settore.

Non interessa in questa sede dar conto in modo particolareggiato di tutte le norme di procedura contenute soprattutto nella Decisione della BCE n. 16/2014.

Merita però rilevare che il Regolamento (UE) n. 1024/2013 prevede una scansione temporale molto serrata e ciò in linea con l'esigenza, tipica dei rimedi non giurisdizionali, che la fase del riesame amministrativo si esaurisca in tempi brevi. La richiesta di riesame va infatti presentata entro un mese dalla notifica della decisione impugnata e la Commissione amministrativa del riesame deve esprimere il parere entro due mesi (art. 24, par. 6 e 7). La Decisione della BCE n. 16/2014, a sua volta, prevede termini brevi anche per l'adozione di un nuovo progetto di decisione da parte del Consiglio di vigilanza della BCE¹².

Il termine di due mesi per l'emanazione del parere può apparire molto stretto, specie nei casi più complessi in relazione ai quali la Commissione ritenga magari di dover autorizzare testimonianze e perizie e di concedere la deposizione in udienza (art. 15, Decisione BCE n. 16/2014).

L'«anima giustiziale» del rimedio emerge da alcune previsioni normative.

In primo luogo, la Commissione amministrativa deve limitarsi a esaminare i motivi espressamente dedotti dal richiedente e dunque trova applicazione il principio della domanda (art. 10, par. 2, Decisione BCE n. 16/2014). Una siffatta previsione non si giustificerebbe se si considerasse invece il rimedio in una logica di un coinvolgimento più diretto della Commissione amministrativa nella funzione di amministrazione attiva.

In secondo luogo, il richiedente può in ogni momento revocare l'istanza di riesame (art. 7, par. 6, della Decisione BCE n. 16/2014).

In terzo luogo, all'udienza di discussione è richiesto sia al richiedente sia alla BCE di formulare deduzioni orali (art. 14, par. 1, della Decisione BCE n.

16/2014), elemento che inserisce nel procedimento un momento di contraddittorio diretto tra le 'parti in causa'.

Un cenno va dedicato all'oggetto del riesame che, secondo il Regolamento (UE) n. 1024/2013, «riguarda la conformità procedurale e sostanziale di siffatte decisioni (da decisioni della BCE) con il presente Regolamento» (art. 24, par. 1)¹³. Un'interpretazione restrittiva fondata sul dato letterale, che peraltro non appare ragionevole, potrebbe essere nel senso di ritenere che la Commissione amministrativa del riesame non possa far applicazione di principi generali e di altre disposizioni rilevanti non espressamente richiamati dal Regolamento e debba prendere come parametro normativo di riferimento per le sue decisioni esclusivamente disposizioni espresse di questo testo normativo.

Per quanto riguarda la legittimazione a presentare l'istanza di riesame, la Decisione BCE n. 16/2014 riprende una formulazione standard per questo tipo di rimedi e cioè che l'istanza può essere presentata da qualsiasi persona fisica o giuridica nei confronti di una decisione della BCE «della quale sia destinataria o che la riguardi direttamente e individualmente» (art. 7, par. 1).

La legittimazione viene valutata dalla Commissione amministrativa prima di esaminare la fondatezza dell'istanza di riesame la quale, in assenza del requisito, viene dichiarata inammissibile. È comunque inammissibile un'istanza di riesame presentata in relazione alla decisione del Consiglio direttivo della BCE assunta sul nuovo progetto di decisione predisposto dal Consiglio di vigilanza (art. 11, Decisione BCE n. 16/2014). Contro quest'ultima resta comunque aperta la via del ricorso alla Corte di giustizia dell'Unione europea in base ai Trattati.

Il diritto di difesa è garantito dal fatto che il richiedente ha diritto di accedere al fascicolo della BCE, entro il limite della tutela del segreto commerciale e delle informazioni riservate (art. 20, Decisione BCE n. 16/2014).

5. Spunti conclusivi

Come si è messo in evidenza nei paragrafi precedenti, il riesame amministrativo delle decisioni della BCE in materia di vigilanza bancaria presenta numerosi profili di specificità rispetto ai modelli previsti usualmente dalle discipline di settore.

La principale ragione è legata, come si è visto, al fatto che la BCE è un'istituzione disciplinata direttamente dal Trattato anche nell'articolazione dei suoi due organi fondamentali. Il Regolamento (UE) n. 1024/2013 non poteva dunque far altro che istituire organi aventi natura essenzialmente interna.

Del resto l'intera operazione di accentramento della funzione di vigilanza bancaria in capo alla BCE sfociata nel Regolamento è avvenuta sotto la pressione di una crisi finanziaria aggravata dal rischio di insolvenza di alcuni Stati membri

i cui effetti si sarebbero propagati sui bilanci degli istituti di credito titolari di quote elevate di titoli pubblici. Ciò ha comportato una situazione di emergenza tale da non rendere praticabile la via di una modifica del T.F.U.E.¹⁴ Si è invece fatto ricorso, utilizzandola fino al limite estremo di tenuta, alla cosiddetta *enabling clause*, vale a dire la previsione dell'art. 127, par. 6, T.F.U.E. Quest'ultima prevede la possibilità di attribuire alla BCE, le cui funzioni principali originarie sono quelle, com'è noto, di banca centrale garante della stabilità della moneta, compiti specifici di vigilanza. In realtà, nella nuova cornice normativa, i poteri della BCE in materia sono così pervasivi da rendere legittimo il dubbio se sia pienamente rispettato il principio posto dall'articolo ora citato, benché il considerando 87 del Regolamento (UE) n. 1024/2013 dichiara che le nuove disposizioni rispettano il principio di sussidiarietà sancito dall'art. 5 T.F.U.E.

Una seconda ragione potrebbe consistere, ma la cautela è d'obbligo, nella considerazione che la BCE gode di *status* garantito a livello di fonti europee di rango più elevato e non può essere assimilata in tutto e per tutto alle numerose agenzie europee istituite soprattutto negli ultimi decenni. Merita in proposito sottolineare che, a livello nazionale, anche la Banca d'Italia ha sempre avuto e continua in parte ad avere una collocazione particolare nel panorama delle autorità indipendenti.

Del resto, rimedi di tipo non giurisdizionale non sono stati previsti per le funzioni di banca centrale e ciò anche nei casi in cui l'azione della banca centrale si sostanzia, anziché in operazioni di mercato, in provvedimenti amministrativi in senso proprio. È da ritenere non casuale che il Regolamento del Consiglio (CE) 23.11.1998 n. 2532/98 riguardante i poteri sanzionatori della BCE preveda come unico rimedio il ricorso alla Corte di giustizia dell'Unione europea ai sensi del Trattato.

Vero è peraltro che la funzione di vigilanza bancaria si distingue dalle funzioni monetarie proprio perché si esprime in gran parte in atti di regolazione e in provvedimenti amministrativi puntuali destinati a produrre effetti rilevanti nei confronti degli istituti di credito vigilati (come nel caso, per esempio, della revoca dell'autorizzazione). Nell'esercizio della funzione di banca centrale, invece, la BCE entra molto più raramente in contatto con la sfera giuridica di singoli destinatari.

In definitiva, la previsione di rimedi di tipo non giurisdizionale si giustifica di più nel primo ambito, la vigilanza, rispetto al secondo, la politica monetaria. In questo senso la disciplina introdotta dal Regolamento (UE) n. 1024/2013, nell'introdurre rimedi amministrativi non giurisdizionali nell'ambito della vigilanza bancaria, costituisce una novità senza dubbio importante. Essa potrà essere ripensata e perfezionata, se del caso, in occasione di una revisione complessiva della disciplina vigente.

Nelle more sarà molto importante vedere come la Commissione amministrativa del riesame, che fino a oggi non ha avuto molte occasioni per esercitare i propri poteri, sarà capace di interpretare il proprio ruolo (per un primissimo bilancio: Lackhoff, Meissner, 2015).

Note

- ¹ Si rinvia all'art. 60, Regolamento UE n. 1093/2010.
- ² Si cfr. art. 85 del Regolamento (UE) n. 806/2014.
- ³ Previsto all'art 19 del Regolamento(CE) n. 73/2009.
- ⁴ Cfr. Decisione BCE/2014/16 in GUCE 14.4.2014 L175/47 relativa all'istituzione di una Commissione amministrativa del riesame e alle relative norme di funzionamento.
- ⁵ Si tratta, come si dirà meglio più avanti nel testo, del nuovo organo interno della BCE istituito dal Regolamento e preposto alle funzioni di vigilanza bancaria disciplinato dall'art. 26 del Regolamento (UE) n. 1024/2013.
- ⁶ Così, nel settore finanziario, nel caso delle commissioni di ricorso previste dai Regolamenti (UE) n. 1093/2010 e n. 806/2014 (rispettivamente, art. 60, par. 6, e art. 85, par. 10).
- ⁷ Regolamento n. 31 (CEE) 11 (CEE) relativo allo statuto dei funzionari e al regime applicabile agli altri agenti della Comunità economica europea e della Comunità europea dell'energia atomica.
- ⁸ A tal proposito, l'art. 25 del Regolamento (UE) n. 1024/2013 introduce una serie di misure volte ad attuare questa separazione, per esempio, prevedendo che il Consiglio direttivo operi in modo completamente differenziato, con riunioni e ordini del giorno rigorosamente separati (par. 4). Accanto al Consiglio di sorveglianza l'art. 26, par. 10, prevede l'istituzione di un organo più ristretto, cioè il Comitato direttivo che non dispone di poteri decisionali e che assiste il Consiglio direttivo nelle sue attività.
- ⁹ L'art. 16, par. 5, della Decisione BCE n. 16/2014 chiarisce che il parere «non vincola il Consiglio di vigilanza, né il Consiglio direttivo».
- ¹⁰ Cfr. art. 16, par. 4, della Decisione BCE n. 16/2014.
- ¹¹ Cfr. art. 8 del d.p.r. 24.11.1971, n. 1199.
- ¹² Si tratta di: dieci giorni lavorativi dal ricevimento del parere della Commissione amministrativa nel caso di un nuovo progetto di decisione di contenuto identico; venti giorni nel caso di nuovo progetto di decisione che abroghi o modifichi la decisione iniziale (art. 17, par. 2, della Decisione BCE n. 16/2014).
- ¹³ Disposizione ripresa alla lettera dall'art. 10, par. 1, della Decisione BCE n. 16/2014.
- ¹⁴ Del resto il Considerando n. 83 del Regolamento (UE) n. 1024/2013 sembra presagire una modifica del Trattato anche nella direzione di «andare oltre nella separazione interna della struttura decisionale in materia di politica monetaria e di vigilanza».

Riferimenti bibliografici

- Blair W. 2012, *Board of Appeal of the European Supervisory Authorities*, I University of Oslo Faculty of Law Legal Studies. Research Paper Series, 30, in <<http://ssrn.com/ABSTRACT=2159206>> (09/2016).
- Cassese S. 1982, *La lunga durata delle istituzioni finanziarie degli anni Trenta*, in S. Cassese et al., *Le istituzioni finanziarie degli anni trenta nell'Europa Continentale*, il Mulino, Bologna: 197-218.
- Clarich M., Camilli E. 2012, *Commento agli artt. 2,3 e 4 del Testo Unico Bancario*, in M. Porzio et al., *Testo Unico Bancario. Commentario*, Giuffrè, Milano: 6 sgg.
- Costi R. 2012, *L'ordinamento bancario*, il Mulino, Bologna.
- De Lucia L. 2013, *I ricorsi amministrativi nell'Unione europea dopo il trattato di Lisbona*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*: 323 sgg.
- Giannini M.S. 1940, *Osservazioni sulla disciplina della funzione creditizia*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Cedam, Padova: 707 sgg.
- Lackhoff K., Meissner M. 2015, *Contesting decisions in the Single Supervisory Mechanism: what banks must observe for a proceeding at the Administrative Board of Review*, in *Journal of International Banking Law and Regulation*.
- Lamandini M. 2014, *ESA's Board of Appeal as a blueprint for the quasi-judicial review of European financial supervision*, in *European Company Law*, 6: 293.
- Merusi F. 1972, *Per uno studio sui poteri della banca centrale nel governo della moneta*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, VI: 1425 sgg.
- Nigro M. 1973, *Profili pubblicistici del credito*, Giuffrè, Milano.
- Vignocchi G. 1974, *Il servizio del credito nell'ordinamento pubblicistico italiano*, Giuffrè, Milano.
- Vitale P. 1977, *Pubblico e privato nell'ordinamento bancario*, Giuffrè, Milano.

COMMENTI

LA TECNIFICAZIONE

Vincenzo Cerulli Irelli

Da circa venti anni, nell'ambito dell'organizzazione amministrativa nazionale ed europea e nella disciplina dei rapporti tra organizzazioni pubbliche, cittadini ed imprese, si sono sviluppate una serie di tecniche che possiamo riassumere con l'acronimo ICT, *Information and Communications Technology*, le quali consentono la c.d. dematerializzazione degli atti e dei documenti, cioè la possibilità di non utilizzare lo strumento cartaceo e la loro trasmissione, in modo rapidissimo, non cartacea, non materiale, attraverso la posta elettronica e/o certificata.

Si parla a tale proposito anche di amministrazione o di tecniche digitali, utilizzando però una terminologia che ha una spiegazione solo scientifica che possono chiarire i matematici ed è quindi una spiegazione che, a mio giudizio, andrebbe sostituita, ma comunque è quella che usano le nostre leggi.

L'intervento sempre più massiccio di queste tecniche evidentemente ha modificato in maniera radicale il funzionamento, non solo delle organizzazioni pubbliche, ma di tutte le organizzazioni (dallo studio professionale, alle grandi aziende come la FIAT, fino allo Stato) che devono ormai applicare queste nuove tecniche per il loro funzionamento e nei rapporti con i terzi, con gli utenti, con i clienti, con i cittadini ecc.

Quindi non c'è nulla di particolare su questo punto nell'organizzazione pubblica. Quello che c'è di particolare è che inserire queste tecniche in una piccola organizzazione o comunque in un'organizzazione privata presenta caratteri di maggiore semplicità piuttosto che inserirle in un'organizzazione pubblica e segnatamente in un'organizzazione pubblica quale quella cui in questa sede ci riferiamo, cioè quella della Repubblica Italiana che si compone di alcune decine di migliaia di organizzazioni, tutte disciplinate da una serie cospicua, puntigliosa e minuta di norme, in genere di rango primario e quindi non modificabili in via autonoma né da fonti secondarie. La difficoltà risiede nel fatto che le organizzazioni pubbliche presentano all'interno statuti or-

ganizzativi (sul piano contabile, sul piano della disciplina del personale ecc.) del tutto differenziati, e presentano anche una cultura che potremmo ancora chiamare burocratica, la quale non si proietta facilmente all'apertura di queste nuove tecnologie. Vi è poi anche un ulteriore profilo da considerare: tale ambiente è probabilmente, per così dire, viziato dal diritto amministrativo, il quale è nato e si è sviluppato in tutti questi decenni come una disciplina giuridica cogente, composta di norme non derogabili con conseguenze in termini di validità degli atti.

Questo processo di digitalizzazione dell'amministrazione pubblica e di dematerializzazione degli atti amministrativi è ora avviato. Anzi, da noi è avviato a suon di tromba. Abbiamo dal 2005 una delle leggi più avanzate del mondo: il Codice dell'amministrazione digitale, d.lgs n. 7.3.2005 n. 82. Si tratta però di una legge, in larga misura inattuata.

Il Codice dell'amministrazione digitale all'art. 3 afferma il diritto soggettivo dei cittadini e delle imprese nei loro rapporti con le amministrazioni – ma anche con le società che gestiscono pubblici servizi, interamente partecipate da enti pubblici o con prevalente capitale pubblico, inserite nel c.d. indice Istat – ad usare delle tecniche della comunicazione e dell'informazione ICT: «i cittadini e le imprese hanno diritto a richiedere ed ottenere l'uso delle tecnologie telematiche nelle comunicazioni con le pubbliche amministrazioni».

Tale norma prevede un qualcosa di per sé assai rilevante, tuttavia allo stato, in larga misura illusorio, per il semplice fatto che le amministrazioni non hanno apprestato gli strumenti affinché questo diritto possa essere effettivamente esercitato. Su questo punto c'è qualche curioso spazio che si apre in giurisprudenza. Per esempio, il TAR Basilicata con una sentenza del 23.9.2001 n. 478 ha accolto il ricorso di un'associazione di consumatori (*class action* amministrativa, chiamiamola così) proposto contro la Regione Basilicata colpevole di non avere implementato il sistema della posta elettronica certificata obbligatoria. A seguito delle rimostranze dei consumatori ricorrenti, i quali avevano dimostrato di aver subito danni e ritardi dal mancato uso della posta elettronica certificata nei rapporti con l'amministrazione, il TAR Basilicata ha condannato la Regione ad adottare questi strumenti telematici.

La riforma della pubblica amministrazione, approvata con la l. 7.8.2015 n. 124, contenente deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche, all'art. 1, Carta della cittadinanza digitale, contiene un grande manifesto di civiltà digitale che serve fundamentalmente a far sì che le amministrazioni operino meglio, cioè in maniera più veloce, più informata, perché dovrebbero attingere liberamente a tutte le informazioni in circolazione in tempi rapidissimi. Tale norma prevede l'adozione di modifiche ed integrazioni al Codice dell'amministrazione digitale al fine di «[...] garantire ai cittadini e alle imprese,

anche attraverso l'utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, il diritto di accedere a tutti i dati, i documenti e i servizi di loro interesse in modalità digitale, nonché al fine di garantire la semplificazione nell'accesso ai servizi alla persona, riducendo la necessità dell'accesso fisico agli uffici pubblici».

Tra i principi ispiratori di detta riforma è espressamente contemplato il miglioramento dei servizi online delle pubbliche amministrazioni, anche in termini di «sicurezza, qualità, fruibilità, accessibilità e tempestività», prevedendo regimi sanzionatori per le amministrazioni che non si adeguano e premiali per le amministrazioni che si adeguano; la semplificazione dei procedimenti amministrativi, per «esigenze di celerità, certezza dei tempi e trasparenza nei confronti dei cittadini e delle imprese», mediante la loro digitalizzazione e per la piena realizzazione del principio 'innanzitutto digitale' (*digital first*); la disponibilità di connettività a banda larga e ultralarga e l'accesso alla rete internet presso gli uffici pubblici, la garanzia di accesso e riuso gratuiti di tutte le informazioni prodotte e detenute dalle amministrazioni pubbliche in formato aperto, l'alfabetizzazione digitale, la partecipazione con modalità telematiche ai processi decisionali delle istituzioni pubbliche, la piena disponibilità dei sistemi di pagamento elettronico nonché la riduzione del divario digitale sviluppando le competenze digitali di base ecc.

Si tratta, insomma, di dare applicazione e di garantire il principio di efficienza e di efficacia: la decisione amministrativa deve arrivare più rapidamente al destinatario e quindi deve essere pronta a produrre immediatamente effetti. Ma, si tratta anche, a ben vedere, del principio di economicità: perché tutto questo, una volta entrato a regime, certamente comporta costi minori, anche relativamente al personale, minori tempi, strutture immobiliari più piccole ecc.; che ridonda nel principio di buona amministrazione ex art. 97 Cost., perché il cittadino ha la possibilità di accedere rapidamente attraverso lo strumento telematico e riceve riscontro dall'amministrazione senza doversi recare presso gli uffici.

Sul punto, appare utile il richiamo ad una disposizione presente nel nostro ordinamento già dal 1968, ora abrogata, l'art. 10 della l. 4.1.1968 n. 15, secondo la quale «le singole amministrazioni non possono richiedere atti o certificati concernenti fatti, stati e qualità personali che risultino attestati in documenti già in loro possesso o che esse stesse siano tenute a certificare». Detta norma affermava già il principio che le amministrazioni hanno l'obbligo di reperire tutto il materiale informativo all'interno del circuito dell'amministrazione stessa.

Ora, attraverso le nuove tecnologie digitali, l'attuazione di tale obbligo è senz'altro più agevole da raggiungere.

Tuttavia, va chiarito che il presupposto tecnico per il corretto funzionamento di un tale sistema di interconnessione delle pubbliche amministrazioni è la disponibilità delle reti informatiche, l'implementazione della cd. banda larga

o ultra larga, nonché l'interconnessione delle banche dati delle diverse pubbliche amministrazioni.

Si tratta del primo problema, di carattere strettamente organizzativo a forte competenza tecnica, che occorre risolvere e per il quale sono necessari urgenti stanziamenti di bilancio.

Vi è poi un secondo problema, sempre di carattere organizzativo, che è quello dell'assetto dell'informazione.

Tutto il patrimonio informativo detenuto dalle pubbliche amministrazioni, il quale è enorme, molto ricco ed importante, deve essere connesso. In altri termini, tutte le banche dati in possesso di tutte le amministrazioni pubbliche devono essere messe in relazione tra loro, in modo da consentire alle stesse amministrazioni l'utilizzo di tale ingente patrimonio informativo. Anche sotto questo profilo, è essenziale la disponibilità di una struttura tecnica, la banda larga o ultra larga, che sia idonea a supportare tale connessione.

Ma sul punto, occorre specificare che tale patrimonio informativo non serve solo all'amministrazione per operare, ma deve essere a disposizione anche dei cittadini, deve essere accessibile ad essi. Si pone dunque un problema di trasparenza di detto patrimonio informativo.

In termini di digitalizzazione, secondo la *Relazione sui progressi del settore digitale in Europa (EDP 2016)* elaborata dalla Commissione Europea, l'Italia si posiziona al 25° posto fra i 28 Stati membri dell'UE. Nella citata Relazione si afferma che pur collocandosi ancora al di sotto della media UE, il nostro Paese fa parte del gruppo che sta recuperando il ritardo. Si riscontrano notevoli progressi nelle competenze digitali dei singoli, tuttavia dette competenze rimangono basse per le imprese ed ostacolano così lo sviluppo del Paese. Nell'ambito dei servizi pubblici digitali, l'Italia registra prestazioni medie. Tuttavia sul piano della connettività, il nostro Paese risulta all'ultimo posto in classifica, a causa della insufficiente disponibilità di banda larga ed ultralarga.

Ma qualcosa si sta muovendo.

Innanzitutto è partita l'anagrafe nazionale della popolazione residente (art. 62 Codice amm. dig.), che è un'operazione gigantesca. Con il d.p.c.m. 10.11.2014, n. 194, è stato adottato il «regolamento recante modalità di attuazione e di funzionamento dell'Anagrafe nazionale della popolazione residente (ANPR) e di definizione del piano per il graduale subentro dell'ANPR alle anagrafi della popolazione residente». Detta Anagrafe subentra gradualmente alle anagrafi tenute dagli oltre 8000 comuni (art. 1). Essa contiene i dati del cittadino, della famiglia anagrafica e della convivenza, nonché i dati dei cittadini italiani residenti all'estero, registrati dai Comuni, nonché il domicilio digitale (art. 2).

L'anagrafe informatizzata, ovviamente, è lo strumento, il presupposto, per poter realizzare l'altro punto chiave: l'identità digitale del cittadino. Nell'anagrafe,

si individuano le caratteristiche personali del cittadino ovviamente tramite i necessari controlli, e l'identità digitale tradotta in un documento diventa lo strumento attraverso cui il cittadino può accedere ai servizi, anche online, e può colloquiare con le amministrazioni.

Su questo punto, segnalo che con d.p.c.m. 24 ottobre 2014 sono state disciplinate le caratteristiche, nonché i tempi e le modalità di adozione del c.d. Sistema pubblico per la gestione dell'identità digitale di cittadini e imprese (SPID) già previsto all'art. 64 del Codice dell'amministrazione digitale.

È istituita l'Agenzia per l'Italia digitale (art. 19, d.l. 22.6.2012 n. 83 conv. l. n. 7.8.2012 n. 134) per realizzare gli obiettivi dell'Agenda digitale italiana, promuovere la diffusione delle tecnologie digitali nel Paese, dettare indirizzi e linee guida in materia di sicurezza informatica, supportare le iniziative in materia di digitalizzazione e promuovere le iniziative di alfabetizzazione informatica dei cittadini ecc. (art. 20, d.l. 83/2012 cit.).

Sono istituiti e disciplinati il fascicolo elettronico degli studenti delle università statali e non statali legalmente riconosciute (art. 10 d.l. 18.10.2012 n. 179, conv. l. n. 17.12.2012 n. 221), il fascicolo sanitario elettronico (art. 12 d.l. n. 179/2012 cit.).

Al fine di sviluppare e migliorare le competenze degli studenti e di rendere la tecnologia digitale uno strumento didattico è prevista l'adozione di un Piano nazionale per la scuola digitale (art. 1, comma 56 sgg. l. 13.7.2015 n. 107); è istituito il Portale unico dei dati della scuola (art. 1, comma 136 sgg. l. n. 107 cit.) che rende accessibili, sentito il Garante per la protezione dei dati personali, i dati del curriculum dello studente e del docente ecc.

Si è dunque avviato un processo attraverso il quale si dovrebbe arrivare a digitalizzare tutta la società italiana, nelle persone e nelle imprese, in modo che esse possano essere l'interfaccia delle amministrazioni.

Ma tutto questo di cui stiamo parlando attiene sempre, secondo l'acronimo ICT, a informazione e comunicazione, accesso (il cittadino si rivolge, dice la sua, fa domande, l'amministrazione risponde). Oppure c'è anche qualcos'altro? Cioè si può passare dall'informazione a un sistema che consenta di arrivare a decisioni attraverso strumenti informatici, cioè attraverso queste tecnologie? Qui si apre tutto uno spazio discusso anche in termini teorici, anche filosofici; uno spazio che è tutto da vedere. Io credo che a questo ci avvicineremo rapidamente, anche perché l'azione amministrativa di oggi, almeno quella puntuale, in larga misura è un'azione amministrativa sostanzialmente vincolata, che si muove attraverso parametri prefissati stabiliti da atti generali, regolamenti, direttive, atti di regolazione e quant'altro, circa i quali si possono impostare dei programmi tali da consentire di arrivare per via automatica alle decisioni.

Sul punto, appare interessante un recente caso trattato dal TAR Trento (I, 15.4.2015 n. 149) in ordine alla possibilità di presentazione telematica della domanda di assegnazione delle farmacie.

Nella provincia di Trento esiste un sistema informatico che impedisce la presentazione di una terza domanda telematica di assegnazione ad un soggetto che abbia già presentato precedentemente due domande. Il sistema telematico provvede ad escludere direttamente la domanda presentata da tale utente. Nel caso deciso dalla sentenza del TAR Trento, il ricorrente che aveva sostenuto che le sue due precedenti domande di assegnazione erano state presentate in modo errato, e non potevano essere considerate come valide, è stato ammesso con riserva alla assegnazione, e la Provincia è stata sanzionata, perché non aveva preso in considerazione la particolarità di questo caso; particolarità che la macchina non poteva esaminare dato che era programmata in quella maniera, ma (dice il TAR) il funzionario amministrativo e dirigente doveva intervenire al fine di correggere questo punto.

Si tratta di un piccolo episodio che però denota come, anche su procedimenti molto semplici come questo, c'è sempre un certo tasso di opinabilità, di adattabilità alle situazioni concrete, che rende e probabilmente renderà anche nel futuro abbastanza ristretto il campo dell'automazione nei procedimenti decisori.

PROFILI DELLA 'TECNIFICAZIONE': LA NUOVA DISCIPLINA EUROPEA DELLE BANCHE E DEI MERCATI FINANZIARI

Mario Pilade Chiti

1. Va anzitutto precisato che la nozione polisemica di 'tecnificazione' qui utilizzata – condividendo gli Autori degli studi esaminati – è quella per cui le regole, l'organizzazione dei soggetti che operano per le funzioni considerate, i loro poteri amministrativi e la loro stessa legittimazione sono caratterizzati dal dato tecnico-specialistico.

Tra i tanti rivoli delle odierne discipline tecniche, forse nessuno meglio della disciplina bancaria e dei mercati finanziari riesce ad evidenziare le trasformazioni di questa parte del diritto e dell'ordinamento italiano dal tempo dell'unificazione amministrativa.

Per le banche, il 1865 segnò – come noto – solo l'avvio di un processo di sistemazione e centralizzazione che giungerà a compimento solo vari decenni dopo, con l'attribuzione nel 1926 alla Banca d'Italia del monopolio dell'emissione della carta moneta e di altri rilevanti poteri (come la vigilanza). I 'mercati finanziari' erano addirittura di là da venire, quale sistema organizzativo e funzionale meritevole di disciplina giuridica. Oggi i due temi sono invece assolutamente centrali per le politiche pubbliche degli Stati, dell'Unione europea e delle organizzazioni internazionali, le maggiori delle quali istituite proprio a tal fine.

Il diritto nazionale su queste tematiche si è sviluppato per molto tempo in modo autoctono, anche se dalla fine dell'Ottocento si risentivano gli effetti dei primi tentativi di regolazione internazionale, come ha ben spiegato Matthias Herdegen nel suo libro seminale sul diritto internazionale economico. Solo con la fine della Seconda guerra mondiale (preceduta ai presenti fini dagli accordi di Bretton Woods) la ricostruzione delle relazioni internazionali economiche è stata connotata in modo decisivo da trattati ed altri strumenti di diritto internazionale. Purtuttavia con una perdurante 'autonomia' degli Stati partecipanti a detti accordi, nella logica dualistica propria del diritto internazionale.

Uno sviluppo del tutto originale si è avuto invece con l'istituzione della Comunità economica europea nel 1957, seguita poi dalle note evoluzioni che

hanno portato all'Unione europea, retta oggi dai tre atti costituzionali approvati con il Trattato di Lisbona (T.U.E., T.F.U.E. e Carta dei diritti fondamentali). La ragione della novità consiste nel carattere 'sovranzionale' – non internazionale, come nella tradizione – della nuova organizzazione CEE/CE/UE; che sin dal 1963 la Corte di giustizia definì come ordinamento di tipo originale, distinto dagli ordinamenti statali e dall'ordinamento internazionale, con un proprio diritto che si impone a quello degli Stati membri secondo il principio del 'primato'.

L'economia è al centro del processo di integrazione europea (addirittura per alcune politiche particolari, carbone e acciaio, l'oggetto unico del Trattato CECA del 1951 ora estinto) per realizzare, dapprima, un mercato comune, poi unico; di seguito ancora l'unione economica e monetaria (tuttora da completare negli importanti settori della finanza e della fiscalità).

Banche e mercati finanziari non potevano non essere un settore cruciale dell'economia europea, così ridisegnata. Ma per essere, soprattutto le banche, settori legati strettamente alla residua 'sovranità economica' degli Stati membri sono divenuti una diretta politica pubblica dell'Unione solo in tempi recenti. Il primo passo è stato nel 1992 la decisione di avviare l'unione economica e monetaria, che implicava – ma non determinava direttamente – l'unione bancaria e la disciplina unitaria dei mercati finanziari.

Questi sviluppi sarebbero avvenuti, se mai, con una certa lentezza ove non fosse intervenuta la grande crisi economica e finanziaria apertasi nel 2008, unita alla crisi del debito sovrano di vari Stati, anche di rilevanti dimensioni. Per una volta, l'Unione europea ha assunto decisioni molto rapide e coraggiose, considerando con saggezza che il tradizionale passo incrementale non avrebbe permesso di resistere alle poderose onde (non solo economiche) prodotte dalla crisi. Da qui l'edificazione in pochi anni di un vero e proprio ordinamento nazionale, denominato 'unione bancaria europea', e l'avvio di un sistema unitario dei mercati finanziari con il Sistema europeo di vigilanza finanziaria (SEVIF).

Si diceva inizialmente che il fenomeno complessivamente denominato (con qualche inevitabile genericità) 'tecnificazione' trova un fertilissimo terreno di analisi nella prospettiva di questi due temi. In effetti, con l'unione bancaria si è dato vita a nuovi organismi altamente specializzati (come le tre nuove Agenzie europee di vigilanza del 2010), si è rafforzato il ruolo della Banca centrale europea (BCE), si sono create procedure strutturate (i 'meccanismi') in cui l'influenza delle istituzioni e quindi della politica non è stata eliminata, ma è circoscritta a situazioni particolari.

Oltre alla ricca tematica di settore, la disciplina bancaria e quella dei mercati finanziari sono indicative di alcune tendenze di fondo che l'UE pare seguire in questa fase generale così travagliata. In particolare, la nuova disciplina del 2010-2015, suffragata come vedremo dalla giurisprudenza della Corte di giu-

stizia, manifesta un chiaro carattere 'federale' con uno spostamento di competenze verso l'UE; nel caso verso il Consiglio europeo e la BCE. Inoltre, rappresenta la più significativa affermazione di organismi 'tecnici' in un contesto sinora segnato dalla netta prevalenza delle istituzioni, in origine pure molto legate alla loro specialità funzionale, ma poi divenute irreversibilmente politiche, come è evidente soprattutto per la Commissione, legata al Parlamento europeo da una relazione fiduciaria.

Da qui l'interesse dei temi esaminati nella prospettiva del 150° dell'unificazione amministrativa italiana: l'apparente conferma di una tendenza unificante ed accentratrice della disciplina bancaria nell'UE, come nell'Italia dopo il 1865; l'affermazione di una disciplina di settore 'quasi federale' in una fase dell'integrazione europea in cui sembrano dissolversi alcuni dei tradizionali principi sovranazionali; lo sviluppo di un'amministrazione 'tecnica', assai specializzata, che pone problemi di compatibilità con le istituzioni politiche e di rispetto di alcuni principi fondamentali del sistema europeo (e degli Stati membri), come quello di democrazia.

Nella presente occasione ovviamente non si trattano organicamente i complessi problemi ora richiamati, ma, conformemente al ruolo dei 'commentatori', sono esaminate le principali risultanze dei contributi elaborati sulla scorta delle ricerche delle varie unità locali, presentati al Convegno. I contributi sono tutti correlati all'unione bancaria (v. S. Civitarese Matteucci e L. Torchia, *Tecnica e tecnificazione*; M. Clarich, *Il riesame amministrativo delle decisioni della Banca centrale europea* e M. Macchia, *L'architettura europea dell'unione bancaria tra tecnica e politica*), salvo uno (quello di M. De Bellis, *Unificazione, differenziazione e tecnificazione nella regolazione europea dei mercati finanziari*, dedicato ai mercati finanziari). A parte possibili decisioni dei coordinatori dei gruppi di ricerca, non espresse, per articolare in tal modo le ricerche preparatorie, la ragione dell'attenzione peculiare sull'unione bancaria sta nell'essere questa un sistema normativo di settore quasi compiuto, innovativo sia nei profili organizzativi che funzionali; a differenza della disciplina dei mercati finanziari, ancora assai indietro rispetto all'unione bancaria ed allo stesso programma che si erano date le istituzioni dell'UE.

I quattro contributi sono eccellenti e costituiscono la base per ulteriori approfondimenti, sia generali (come ora possibili per l'unione bancaria, dato il suo quasi completo sviluppo) sia particolari sui numerosi profili più specifici, sia normativi che giurisprudenziali. Lo studio di Torchia esamina la nuova *governance* economica dell'Unione europea e dell'unione bancaria, che mostra significative novità rispetto alla generale forma di governo dell'UE; esprime poi considerazioni generali sul ruolo ed i limiti della tecnica. Lo studio di Macchia esamina l'architettura europea dell'unione bancaria 'tra tecnica e po-

litica', ponendo in evidenza una predominanza della tecnica. Ancora sull'unione bancaria, lo studio di Clarich esamina un tema particolare (il riesame amministrativo delle decisioni della BCE) di notevole interesse per comprendere il favore che nel contesto europeo hanno le forme di tutela amministrativa; indicativo di una tendenza che potrebbe coinvolgere anche il nostro ordinamento nazionale. Lo studio di De Bellis, invece, esamina la progressiva regolazione europea dei mercati finanziari, con particolare attenzione alle autorità europee di vigilanza.

2. Dai contributi esaminati si possono individuare alcune tematiche di fondo che merita analizzare, quali principalmente: a) il fenomeno del *central banking* tra esperienze nazionali e sistema UE; b) l'unione bancaria come ordinamento sezionale 'tecnico', ma anche strumento atipico di integrazione politica; c) la portata dell'"indipendenza" della BCE e degli altri nuovi organismi di settore; d) il ruolo della giurisprudenza del Giudice europeo nella costruzione del nuovo sistema; e) l'unione bancaria come settore emblematico per testare la teoria dell'integrazione europea 'per risultati' (la c.d. legittimazione per *output*).

Iniziando dal tema del *central banking*, nei 150 anni che danno origine al volume non vi è dubbio che, dopo il 1865, il processo di unificazione delle banche centrali italiane degli Stati preunitari verso la Banca d'Italia abbia strette similitudini con il recente analogo processo di 'centralizzazione' nell'UE delle principali funzioni bancarie – a partire dalla vigilanza – verso la BCE. Analoghi ne sono in effetti i presupposti: maggiore efficienza ed efficacia della Banca centrale per il buon funzionamento della moneta e della finanza; celerità delle sue decisioni; autonomia dai decisori politici.

È variato ovviamente lo scenario di riferimento, passato dalla dimensione nazionale a quella più vasta europea; con rilevanti condizionamenti anche di carattere internazionale. Non è identico nei due ordinamenti neanche il carattere della banca centrale: nel sistema italiano, strettamente unitario negli aspetti monetari e finanziari, la Banca d'Italia è stata effettivamente un banca centrale nazionale; in quello UE, invece, la BCE ha carattere federale, essendo il centro di un sistema complesso che, per quanto centralizzato, lascia ancora agli Stati membri non pochi poteri nella materia ed utilizza tanto il diritto UE che il diritto degli Stati membri (aspetto originale dell'esperienza comunitaria rispetto ad altre esperienze nazionali).

3. Il secondo tema è quello dell'unione bancaria europea come ordinamento giuridico sezionale, come è stato detto da Martin Woolf «perhaps the most transformative institutional response to the crisis experienced by the euro-area in the last few years».

Pur con la concitazione imposta dal periodo di crisi, tuttora aperto – tanto che si inizia a discutere l'appropriatezza di parlare di crisi a fronte di una situazione che pare assumere i tratti di debolezza endemica di uno *short rate world* –, la disciplina dell'unione bancaria costituisce un sistema pressoché compiuto, con proprie regole organizzative, funzionali e di garanzie. Per definire l'unione bancaria appare dunque corretto usare la nozione 'ordinamento giuridico sezionale', proposta alcuni decenni fa. La nozione è stata a lungo malintesa come sinonimo di separatezza e di distacco dai principi costituzionali, è qua intesa quale nozione descrittiva di un plesso normativo coeso, retto da principi e regole propri; ma imbricata strettamente nel sistema costituzionale e dello Stato di diritto.

Così intesa, l'unione bancaria rappresenta oggi il più compiuto sistema giuridico interno all'UE; senza peraltro porne a rischio i principi e l'assetto istituzionale, come accertato dalla Corte di giustizia nella sentenza OMT (sentenza 16.6.2015, C-62/14, specialmente punto 32 sgg.). Le riforme non hanno, dunque, stabilito un'unione 'parallela' o 'alternativa', ma solo un settore giuridico specializzato la cui coesistenza con il diritto generale dell'UE è assicurata in ultima istanza dalla Corte di giustizia.

Inoltre, come avvenuto per la moneta unica – decisione prettamente politica, prima che tecnica – lo sviluppo dell'unione bancaria è avvenuto per volontà esplicita delle istituzioni, ed in particolare del Consiglio europeo, l'anfibia istituzione che unisce tratti sovranazionali e intergovernativi; ma che in questi frangenti ha dato lo stimolo decisivo (conformemente alla sua missione, scolpita nell'art. 15 T.U.E.) per riforme tempestive ed incisive che hanno permesso all'UE di contrastare finora con successo quanto avvenuto dopo il 2008. All'unione bancaria è stata poi assegnata l'ulteriore missione di contribuire alla costruzione politica; quando migrazioni, politiche di austerità e disaffezione di vari Stati membri mettono a serio rischio l'ulteriore sviluppo dell'integrazione.

In breve, l'unione bancaria è allo stesso tempo un sistema giuridico dell'UE ad alta valenza tecnica, con al centro la BCE, istituzione 'esperta' per eccellenza; ma anche uno strumento di integrazione politica in quanto, sotto la regia delle istituzioni ed il conforto degli Stati membri, tramite il Consiglio europeo, ha centralizzato decisioni di grande rilievo, anche politico, che solo pochi anni or sono sembravano incredibili dagli Stati.

La visione d'insieme ora proposta, ricavabile anche dagli studi esaminati, deve però essere meglio verificata nei rispetti della nozione della 'indipendenza' che da alcuni lustri è affermata dalla BCE; ora suffragata anche da talune importanti previsioni del T.F.U.E. Il problema è da considerare non solo come proprio del settore bancario, così cruciale, ma pure caratterizzante larga parte dell'amministrazione europea.

A lungo si è ritenuto che la pubblica amministrazione europea fosse così ridotta e priva di proprie regole da non meritare menzione né scientifica, né istituzionale. Secondo la lettura originaria dell'amministrazione 'ridotta' (art. 5, par. 3, CECA: «le istituzioni delle comunità esercitano queste attività con un apparato amministrativo ridotto, in cooperazione stretta con gli interessati»), rimasta poi implicitamente caratteristica anche della CEE per il principio di 'esecuzione indiretta' o dell'esecuzione del diritto europeo tramite le amministrazioni degli Stati membri, non si poneva neanche una questione di 'indipendenza' dell'amministrazione europea; né di altri principi costituzionali (dei trattati) eventualmente ad essa applicabili. Tutto è cambiato da tre lustri, con l'espandersi continuo degli uffici diretti della Comunità/Unione, l'istituzione di organismi comunitari autonomi, le agenzie europee. Organismi di varia natura e carattere, operanti secondo regole procedurali di diritto europeo, in parte speciali per ogni settore di intervento; in altra parte riportabili ai principi generali di diritto europeo. Con il Trattato di Lisbona, infine, è stato dato un preciso riconoscimento costituzionale alla pubblica amministrazione europea e sono stati introdotti nuovi principi (come nell'art. 298 T.F.U.E. e nella Carta dei diritti fondamentali, art. 41 sgg.).

Tra questi nuovi principi – o, quanto meno, ora espressamente previsti nel diritto primario dell'UE dal 2009 – rileva in particolare quello secondo cui «nell'assolvere i loro compiti le istituzioni, organi ed organismi dell'Unione *si basano su un'amministrazione europea aperta, efficace ed indipendente*» (art. 298, c. 1, T.F.U.E.).

La BCE aveva già anticipato dal suo punto di vista la questione dell'«indipendenza» dei suoi poteri rispetto ad influenze esterne sollevando nel 2000 un caso guida davanti alla Corte di giustizia (C-11/00); quando aveva contestato che il nuovo Organismo comunitario di controllo antifrodi (OLAF) fosse competente anche per il controllo della propria attività. La Corte, con una sentenza di particolare accuratezza, aveva concluso che l'«indipendenza» della BCE non ha per conseguenza di separarla interamente dal sistema istituzionale e giuridico della Comunità; come dimostrato in particolare dal controllo giurisdizionale della Corte di giustizia e da quello finanziario della Corte dei conti. In effetti, la BCE è stata istituita nel quadro del Trattato CE e non ha posizione giuridica distinta da quella delle altre istituzioni comunitarie. La sua 'indipendenza' non significa dunque separatezza dal sistema comunitario, ma garanzia da ogni influenza esterna, anche politica, nello sviluppo e realizzazione dei compiti attribuiti dal Trattato.

Il T.F.U.E. ha poi stabilito (art. 282, par. 3) che la BCE è «indipendente nell'esercizio dei suoi poteri e nella gestione delle sue finanze. Le istituzioni, organi ed organismi dell'Unione e i governi degli Stati membri rispettano tale in-

dipendenza». Ma, vista la sentenza prima citata della Corte di giustizia, non si può pensare che il T.F.U.E. abbia voluto modificare in senso additivo la precedente disciplina; così che rimane fermo il principio affermato nella sentenza *Olaf* (C-11/00) del 2003 che «the ECB, pursuant to the EC Treaty, falls squarely within the Community framework» (punto 92). Ogni eventuale residuo dubbio è stato poi superato dalla sentenza *Schrems*, 6.10.2015, C-362/14, secondo cui, in riferimento all'indipendenza delle autorità nazionali di vigilanza, la Corte ha affermato che il loro scopo è il rafforzamento della protezione dei dati personali delle persone fisiche e giuridiche; comunque sempre garantendo i principi dello Stato di diritto e sotto il controllo finale della Corte di giustizia.

Con questo si conferma, da un lato, che l'unione bancaria rappresenta un ordinamento sezionale del diritto europeo, ma non separato dal resto e permeabile ai principi generali; dall'altro, più in generale, che la nozione di 'indipendenza' dell'amministrazione europea non è in contrasto con il principio democratico affermato all'art. 6, n. 1, T.U.E. Infatti, questo principio «non osta all'esistenza di autorità pubbliche collocate al di fuori dell'amministrazione gerarchica classica e più o meno indipendenti dal governo. L'esistenza e le condizioni di funzionamento di siffatte autorità, negli Stati membri, rientrano nella sfera della legge o persino, in taluni Stati membri, della Costituzione e tali autorità sono soggette al rispetto della legge sotto il controllo dei giudici competenti. Autorità amministrative indipendenti di tale genere, come ne esistono del resto nel sistema giuridico tedesco, hanno spesso funzioni regolatrici o svolgono compiti che devono essere sottratti all'influenza politica, pur restando subordinate al rispetto della legge, sotto il controllo dei giudici competenti. Ciò si verifica precisamente nel caso delle funzioni delle autorità di controllo in materia di protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali» (sentenza *Commissione c. Germania*, 9.3.2010, C-518/07, punto 42).

Anche l'autonomia funzionale dei nuovi organismi – anche se dotati di personalità giuridica, come il Comitato di vigilanza – non è piena, dato che nell'esercizio dei poteri bancari più incisivi (es. il potere di risoluzione della crisi) «solo le istituzioni dell'Unione possono stabilire la relativa politica dell'Unione» (regolamento UE n. 806/2014). Così implicando una significativa partecipazione del Consiglio e della Commissione ai procedimenti decisionali.

4. Il quarto tema che accomuna i saggi esaminati è quello del ruolo della giurisprudenza dei giudici europei nella costruzione dell'unione bancaria e della disciplina dei mercati finanziari.

Ora, è noto in generale quanto la giurisprudenza della Corte di giustizia sia stata rilevante per lo sviluppo della Comunità e dell'Unione, ponendo essa stessa, in via pretoria, principi e nozioni non previsti dai Trattati e difficilmente af-

fermabili dalle istituzioni comunitarie. La stessa importanza sta avendo il giudice dell'UE nel consolidare il sistema dell'unione bancaria, altrimenti imperfetto a causa della fretta nel provvedere e per la non certa base giuridica degli interventi assunti.

I maggiori interventi della Corte, a parte il già citato caso OLAF sull'«indipendenza» della BCE, hanno riguardato il Trattato sul Meccanismo europeo di stabilità (sentenza 27.11.2012, C-370/12, Pringle); ipotesi di intervento per *short selling* attribuito all'European Securities and Markets Authority (ESMA), sentenza 22.1.2014, C-270/12; gli speciali poteri conferiti alla BCE per operazioni «non convenzionali» per mantenere la stabilità dei prezzi, sentenza 16.6.2015, C-62/14, OMT; la non responsabilità extracontrattuale della BCE risultante da un atto normativo lecito, sentenza del Tribunale 7.10.2015, T-70/13, Accorinti.

Particolarmente significative le conclusioni sulla legittimità dei poteri discrezionali di ESMA, che hanno portato ad attenuare (probabilmente a superare) la c.d. «dottrina Meroni» (afferma sin dagli anni Cinquanta del Novecento), sull'equilibrio delle istituzioni e la non delegabilità di particolari poteri discrezionali ad organismi *ad hoc*. Infatti, per la Corte ESMA è un ente dell'Unione creato dal legislatore di quest'ultimo; i poteri conferiti non vanno oltre del quadro normativo fissato dal regolamento istitutivo; il settore di sua competenza necessita di perizia professionale e tecnica specifica.

Importanti anche la conferma della legittimità dei poteri di intervento non convenzionali (*outright monetary transactions*) della BCE, con cui sono state consentite le più originali misure recenti, come il c.d. *quantitative easing*.

La Corte ha così partecipato attivamente al processo di costruzione di questa originale parte del diritto europeo, pur stretta tra la pochezza dei dati di partenza contenuti nei trattati, la puntigliosa giurisprudenza della Corte costituzionale tedesca (come nel caso della sentenza European Stability Mechanism del 12.9.2012, definita espressivamente come «sentenza-sì-però») e la confusa natura giuridica degli atti assunti per creare l'unione europea (atti di diritto UE, atti di diritto internazionale, atti di carattere misto, atipico).

Accanto a questo rilievo va altresì posto in luce che, attraverso la ricomposizione giuridica del sistema, la Corte di giustizia ha assicurato il pieno inserimento dell'unione bancaria e degli organismi che la compongono – anzitutto la BCE – nel quadro giuridico dell'UE; smussandone ogni particolarità atipica e dando, in via giurisprudenziale, una più certa base giuridica alle misure assunte sulla base degli artt. 114 e 127 T.F.U.E.

5. Tra i temi generali rimane da esaminare la prima esperienza dell'unione bancaria, con le questioni che l'hanno di poco preceduta, come il Sistema europeo di vigilanza finanziaria, nella prospettiva della teoria della legittimazione per ri-

sultati. Si tratta di una teoria generale sul ruolo delle istituzioni e della pubblica amministrazione in particolare, che ha avuto negli ultimi lustri, proprio per la pubblica amministrazione, vari sostenitori, come Peter Lindseth. La *output legitimation* si riferisce all'effettività/utilità/satisfattività delle decisioni assunte e davvero realizzate; ovvero ai risultati positivi dei processi decisionali. È, con tutta evidenza, una forma di legittimazione funzionale, che si ottiene dai risultati positivi – accettati come tali dalle società – dell'azione pubblica.

La disciplina europea della finanza e delle banche, ed i risultati che finora ne sono derivati, rappresentano un interessante banco di prova della sua validità. Infatti, se la valutazione delle realizzazioni effettive conseguite con il nuovo sistema europeo della finanza e delle banche fosse positiva, ne deriverebbe un importante contributo alla tesi che l'Unione europea deve principalmente svilupparsi attraverso la 'politica del fare', dei buoni risultati (nella scienza politica noti come *output*), avendo raggiunto il limite oggi consentito alle classiche forme di legittimazione democratica (peraltro non poche, né insignificanti).

Passando dunque alla valutazione del merito dell'opera della BCE e del sistema che vi fa capo, è quasi superfluo avvertire che questo tipo di valutazione è assai soggettiva e dipende anche da considerazioni non giuridiche. Ciò premesso, l'opinione largamente prevalente – da condividere – è che il sistema costruito dopo il 2008 ha funzionato con notevole efficacia, consentendo sinora un bilanciamento ragionevole – date le circostanze – come dimostrato anche dalle veementi reazioni di chi ha avvertito quanto rilevante fosse la europeizzazione in atto in questi settori cruciali per l'economia e la società.

Sia la teoria della legittimazione per risultati che la sua applicazione al settore bancario e dei mercati finanziari trovano forti critiche. Saremmo infatti di fronte alla vittoria del pragmatismo sull'ideologia, della tecnocrazia sulla legittimazione democratica; con foschi paesaggi sul tramonto della democrazia.

Non c'è dubbio che le critiche colgono elementi di verità, come il carattere 'a-democratico' della legittimazione per risultati o come la 'neutralizzazione della politica' attraverso 'il fare' (come colse sin dal 1929 Carl Schmitt), ma non possono essere ampliate sino a visioni catastrofistiche sul futuro della democrazia.

Al contrario, la legittimazione per risultati – se ben intesa – è fondamentale per la sopravvivenza di una democrazia funzionante.

I settori della banca e della finanza sono, di nuovo, un ottimo test per valutare i corretti caratteri della discussione generale. Se il nuovo sistema dell'unione bancaria entrerà positivamente a pieno regime, facendo seguito alle buone iniziative della BCE per contrastare la crisi (anche con misure 'non convenzionali'), quale miglior viatico per la tenuta della democrazia e dello Stato di diritto? Le esperienze opposte nella prima metà dello scorso secolo rimangono una lezione perenne.

GLI AUTORI

GIANLUCA BELLOMO, ricercatore di Istituzioni di diritto pubblico presso l'Università "G. d'Annunzio" di Chieti-Pescara.

GIUSEPPE CAMMAROTA, professore a contratto presso l'Università LUISS "Guido Carli" di Roma.

VINCENZO CERULLI, professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università di Roma "La Sapienza".

MARIO PILADE CHITI, professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università di Firenze.

STEFANO CIVITARESE MATTEUCCI, professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università "G. d'Annunzio" di Chieti-Pescara.

MARCELLO CLARICH, professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università LUISS "Guido Carli" di Roma.

MELANIA D'ANGELOSANTE, ricercatore di Diritto amministrativo presso l'Università di Bologna.

MAURIZIA DE BELLIS, ricercatore di Diritto amministrativo presso l'Università di Roma Tor Vergata.

MARCO MACCHIA, professore associato di Diritto amministrativo presso l'Università di Roma Tor Vergata.

DANIELE MARONGIU, ricercatore di Diritto amministrativo presso l'Università di Cagliari.

ISAAC MARTÍN DELGADO, professore associato di Diritto amministrativo presso l'Università di Castiglia-La Mancia.

ANGELO GIUSEPPE OROFINO, professore associato di Diritto amministrativo presso l'Università LUM "Jean Monnet" di Bari.

MARINA PIETRANGELO, ricercatore del Consiglio nazionale delle ricerche nell'Istituto di teoria e tecniche dell'informazione giuridica.

LUISA TORCHIA, professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università Roma Tre.

SOMMARIO GENERALE

LA TECNIFICAZIONE DELL'AMMINISTRAZIONE di Stefano Civitarese Matteucci,
Luisa Torchia

INTRODUZIONE: TECNICA E TECNIFICAZIONE. PARTE PRIMA: LA DIGITALIZZAZIONE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE. 1. Introduzione. 2. Premesse terminologiche e concettuali. 3. L'impatto delle ICTs sulla pubblica amministrazione. Le Agende digitali e il principio *digital first*. 4. Gli effetti della digitalizzazione sul funzionamento delle amministrazioni pubbliche. 5. Profili concettuali dell'impatto delle ICTs su funzionamento e organizzazione delle amministrazioni pubbliche. 5.1 I dati aperti. 5.2 Procedimento amministrativo e partecipazione. 5.3 L'organizzazione e le forme procedurali. Gli effetti di orientamento delle ICT. Discrezionalità e responsabilità. 6. Utopie e distopie digitali. Spunti conclusivi per proseguire. PARTE SECONDA: MONETA, BANCA E FINANZA FRA UNIFICAZIONE EUROPEA E CRISI ECONOMICA. 7. Una moneta senza Stato di fronte alla crisi. 8. Processi di unificazione e regolazione tecnica: i nuovi regolatori. 9. Unificazione e centralizzazione fra regole ed apparati amministrativi. 10. I rimedi giustiziali. 11. Unificazione amministrativa *versus* unificazione politica: il ruolo (e i limiti) della tecnica.

STUDI

Parte prima

Studi sulla digitalizzazione della pubblica amministrazione

BIOMETRIA E DIGITALIZZAZIONE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE di Gianluca Bellomo

1. Premessa. 2. Biometria e tecniche biometriche. 3. Biometria e pubblica amministrazione: quali applicazioni e quali prospettive. 4. Cenni sul quadro normativo nazionale ed europeo. 5. Le 'Istituzioni' della biometria. 6. Per non concludere.

I DATI APERTI COME STRUMENTO DI PARTECIPAZIONE AL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO di Daniele Marongiu

1. I dati aperti dalla dimensione extra-procedimentale alle implicazioni sul procedimento. 2. Il momento iniziale. Le banche-dati, le pubbliche amministrazioni e la proprietà intellettuale. 3. Il riutilizzo dell'informazione nella Direttiva europea n. 98 del 2003 e nel decreto attuativo. 4. Il cambio di paradigma: dal riuso economico ai dati aperti. 5. Gli *open data* come regola, fra spontaneità e obbligatorietà della pubblicazione. 6. I dati aperti nelle norme: le modifiche alla disciplina sul riutilizzo dell'informazione. 7. Dalla funzione 'post-procedimentale' dei dati aperti all'uso nel procedimento amministrativo. 8. L'uso dei dati aperti nel procedimento amministrativo: profili operativi. 9. Accesso ai dati aperti ai fini dell'uso nel procedimento e posizioni giuridiche dei cittadini.

LE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI SUL WEB TRA COMUNICAZIONE, CONSULTAZIONE E PARTECIPAZIONE di Marina Pietrangelo

1. Considerazioni introduttive. 2. Cenni storici sulla cosiddetta 'automazione' delle pubbliche amministrazioni (dagli anni Sessanta ad oggi). 3. Dalla comunicazione pubblica via web alla consultazione pubblica telematica. 4. Osservazioni a margine di alcuni casi recenti di consultazioni pubbliche telematiche. 5. Gli amministrati, la consultazione telematica e l'amministrazione.

SERVIZI PUBBLICI ON LINE E PARTECIPAZIONE MIGLIORATIVA di Giuseppe Cammarota

1. I servizi pubblici online. 1.1 Servizi pubblici online e tipi di attività amministrativa. 1.2 Servizi pubblici online, fasi di erogazione e livelli di interazione. 2. La partecipazione migliorativa in ambiente digitale. 2.1 Contenuti e modelli della partecipazione migliorativa. 2.2 Verso la partecipazione migliorativa 2.0. 2.3 Servizi pubblici online, partecipazione migliorativa e adattamento 'utente-centrico'. 2.4 Servizi pubblici online e partecipazione migliorativa nel quadro normativo vigente. 2.5 Le forme di tutela della partecipazione migliorativa. 3. I fattori abilitanti per la partecipazione migliorativa in ambiente digitale.

LA RIFORMA DELL'AMMINISTRAZIONE DIGITALE: UN'OPPORTUNITÀ PER RIPENSARE LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE di Isaac Martín Delgado

1. Introduzione e prospettive. 2. La rivoluzione delle TIC nell'organizzazione e nel procedimento amministrativo. 3. Due casi paradigmatici come ban-

co di prova: la sede elettronica e l'attività amministrativa automatizzata. 3.1 La sede elettronica: verso l'amministrazione unica dal punto di vista del cittadino. 3.2 L'attività amministrativa automatizzata come sfida concettuale. 4. Conclusioni.

LA CONSISTENZA DEL MODELLO DELL'AMMINISTRAZIONE 'INVISIBILE' NELL'ETÀ DELLA TECNICAZIONE: DALLA FORMAZIONE DELLE DECISIONI ALLA RESPONSABILITÀ PER LE DECISIONI di Melania D'Angelosante

1. Il punto di partenza e le ragioni dello studio. 2. La spinta della integrazione europea alla diffusione delle c.d. *Information and Communication Technologies*. 3. Il ruolo della tecnificazione dell'amministrazione nel processo di formazione delle decisioni amministrative. 4. Il riflesso della tecnificazione dell'amministrazione sulla responsabilità per le decisioni assunte. 5. Conclusioni provvisorie.

L'ESTERNAZIONE INFORMATICA DEGLI ATTI AMMINISTRATIVI di Angelo Giuseppe Orofino

1. Considerazioni preliminari. 2. Firme elettroniche e documenti informatici: brevi cenni. 3. L'uso delle tecniche elettroniche nella sottoscrizione dei provvedimenti amministrativi. 3.1 Le firme (e le forme) elettroniche utilizzabili. 3.2 Il valore giuridico degli atti privi di firma 'forte'. 3.3 Gli atti con rilevanza interna. 4. Brevi riflessioni di sintesi.

Parte seconda Studi sulla tecnificazione dell'economia

L'ARCHITETTURA EUROPEA DELL'UNIONE BANCARIA TRA TECNICA E POLITICA di Marco Macchia

1. Premessa: la frammentazione del sistema bancario. 2. La vigilanza della Banca centrale europea. 2.1 I soggetti. 2.2 I compiti di vigilanza prudenziale. 2.3 I meccanismi di cooperazione. 2.4 I poteri della BCE. 2.5 Il procedimento e il finanziamento. 2.6 Le regole comuni sulla vigilanza. 3. L'integrazione dei servizi bancari e la risoluzione delle crisi bancarie. 3.1 Il meccanismo di risoluzione delle crisi. 3.2 Il fondo unico di risoluzione delle crisi bancarie. 4. L'unione bancaria: un sistema a cerchi concentrici. 5. Gli stress test tra tecnica e politica. 6. La convergenza delle pratiche di supervisione elaborata dall'Eba. 7. Il piano di risoluzione tra discrezionalità e politica: il ruolo della Commissione e del

Consiglio europeo. 8. La separazione tra attività di investimento e raccolta bancaria tradizionale. 9. Considerazioni conclusive.

UNIFICAZIONE, DIFFERENZIAMENTO E TECNIFICAZIONE NELLA REGOLAZIONE EUROPEA DEI MERCATI FINANZIARI di Maurizia De Bellis

1. L'unificazione nella regolazione dei mercati finanziari: dal modello debole all'integrazione differenziata. 2. Cooperazione e accentramento nella regolazione dei mercati finanziari. 2.1 Il riparto di competenze tra autorità nazionali ed europee nell'ESFS. 2.1.1 I poteri di regolazione. 2.1.2 I poteri di vigilanza. 2.2 I regolamenti di settore. 2.2.1 La regolazione delle agenzie di *rating*. 2.2.2 I derivati finanziari. 2.2.3 Le vendite allo scoperto dei CDS. 2.3 La divaricazione tra il settore finanziario e quello assicurativo. 3. La legittimità dei modelli: la Corte di Giustizia e i limiti della tecnica. 3.1 Le censure sollevate dal Regno Unito. 3.2 La (asserita) conformità alla dottrina Meroni (e il suo superamento). 4. La tecnificazione nella prassi. 4.1 La registrazione delle agenzie di *rating*: discrezionalità tecnica e giusto procedimento. 4.2 I *rating* sovrani: il bilanciamento tra tecnica e opportunità. 5. Conclusioni.

IL RIESAME AMMINISTRATIVO DELLE DECISIONI DELLA BANCA CENTRALE EUROPEA di Marcello Clarich

1. Premessa. 2. Le caratteristiche generali del nuovo rimedio amministrativo. 3. Il carattere interno del riesame. 4. Altri profili procedurali. 5. Spunti conclusivi.

COMMENTI

LA TECNIFICAZIONE di Vincenzo Cerulli Irelli

PROFILI DELLA 'TECNIFICAZIONE': LA NUOVA DISCIPLINA EUROPEA DELLE BANCHE E DEI MERCATI FINANZIARI di Mario Pilade Chiti

PIANO DELL'OPERA

- Vol. I – *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*, a cura di Roberto Cavallo Perin, Aristide Police, Fabio Saitta
- Vol. II – *La coesione politico-territoriale*, a cura di Gabriella De Giorgi Cezzi, Pier Luigi Portaluri
- Vol. III – *La giuridificazione*, a cura di Barbara Marchetti, Mauro Renna
- Vol. IV – *La tecnificazione*, a cura di Stefano Civitaresse Matteucci, Luisa Torchia
- Vol. V – *L'intervento pubblico nell'economia*, a cura di Maurizio Cafagno, Francesco Manganaro
- Vol. VI – *Unità e pluralismo culturale*, a cura di Edoardo Chiti, Gianluca Gardini, Aldo Sandulli
- Vol. VII – *La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)*, a cura di Gian Domenico Comporti
- Vol. VIII – *Cittadinanze amministrative*, a cura di Antonio Bartolini, Alessandra Pioggia

