

Primi commenti al nuovo Codice dell'amministrazione digitale

G. Penzo Doria (La Gazzetta degli Enti Locali 25/1/2011)

1. Premessa

Con la pubblicazione del [d.lgs. 30.12.2010, n. 235](#) nella *Gazzetta Ufficiale* del 10.1.2011, n. 6 – s.o. 8/L, sono state introdotte nel nostro ordinamento modifiche e integrazioni al [d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82](#), contenente il Codice dell'amministrazione digitale. Tali modifiche e integrazioni sono così importanti e di così ampia portata che possiamo parlare di *nuovo Codice dell'amministrazione digitale*.

In questo breve intervento esamineremo solo alcune tra le più importanti novità introdotte in materia di amministrazione digitale. In altra sede, invece, interverremo per alcuni chiarimenti, ad esempio, sul *disaster recovery* (art. 34) e sul sistema di conservazione dei documenti informatici (art. 44, comma 1-bis), che ora prevede tre figure imprescindibili: il responsabile della conservazione, il responsabile della privacy e il responsabile degli archivi. Si tratta, infatti, di tematiche strategiche che meritano una trattazione separata. Anche il nuovo quadro sulle firme elettroniche, il sesto in poco più di dieci anni, sarà oggetto di ulteriore analisi. Tuttavia, alcuni spunti sono ineludibili già in questa sede.

2. Gestione documentale, posta elettronica e PEC

Si riscontrano novità positive in materia di gestione documentale. È stato, infatti, introdotto l' art. 40-bis che recita:

Art. 40-bis (*Protocollo informatico*). - 1. Formano comunque oggetto di registrazione di protocollo ai sensi dell'articolo 53 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, le comunicazioni che pervengono o sono inviate dalle caselle di posta elettronica di cui agli articoli 47, commi 1 e 3, 54, comma 2-ter e 57-bis, comma 1, nonché le istanze e le dichiarazioni di cui all'articolo 65 in conformità alle regole tecniche di cui all'articolo 71.

Ciò significa che, ferma restando la verifica della provenienza, ora risulta obbligatoria la registrazione dei documenti spediti o ricevuti da:

- a. casella di posta elettronica standard o tramite cooperazione applicativa (art. 47, comma 1);
- b. casella di Pec collegata al registro di protocollo (art. 47, comma 3);
- c. casella di posta elettronica standard o Pec utilizzata per comunicare con i propri dipendenti (ancora art. 47, comma 3);
- d. casella di Pec, che qui per la prima volta viene definita "istituzionale" (ma non sarebbe il caso di normalizzare tutta la nomenclatura?), pubblicata sul sito informatico (art. 54, comma 2-ter);
- e. casella di posta elettronica iscritta all'Indice degli indirizzi delle pubbliche amministrazioni (art. 57-bis, comma 1).

Va subito chiarito che tale registrazione può essere una registrazione di protocollo oppure una registrazione particolare come previste dall'art. 53, comma 5, del d.P.R. 445/2000 e ciò deve avvenire con le eccezioni previste dalla normativa appena citata. In altre parole la trasmissione via Pec non è di per sé condizione necessaria e sufficiente per la registrazione di protocollo. In concreto, non va protocollato un invito ad una manifestazione (cioè un depliant e non un invito del Prefetto a presenziare con il gonfalone), anche se pervenuto via Pec. Parimenti, nel manuale di gestione del protocollo informatico (d.P.C.M. 31 ottobre 2000), dovrà essere descritta la casistica relativa.

Il novellato, invero, parla di "comunicazioni", non di documenti. Questa imprecisione lessicale, tuttavia, non deve inficiare l'interpretazione autentica, che non può che essere riferita ai documenti e non a semplici comunicazioni. Viceversa, le amministrazioni si troverebbero di fronte ad uno *tsunami*

di email da protocollare.

Una novità importante è rappresentata dall'obbligatorietà del fascicolo informatico. La precedente versione dell'art. 41 aveva novellato che «la pubblica amministrazione *può raccogliere* in un fascicolo informatico gli atti, i documenti e i dati del procedimento». Ora quel «può raccogliere» è stato cassato e sostituito dal più corretto «raccolge» (art. 28). In questo modo, si stabilisce in via definitiva che la fascicolatura dei documenti è un'operazione imprescindibile anche in ambiente digitale, soprattutto per il fascicolo procedimentale, in armonia con quanto già stabilito *passim* dal d.P.R. 445/2000 negli articoli 38, 62, 64, 65 e 67, ma soprattutto dal buon senso. Infatti, la corretta tenuta dei fascicoli, che non ha nulla a che spartire con la memorizzazione di file in una o più directory, è un'operazione imprescindibile ben nota alle amministrazioni pubbliche, nonostante sia stata negli ultimi trent'anni quasi completamente dimenticata ([1](#)).

Dotata di forza strategica per l'amministrazione digitale, ma con un errore clamoroso, risulta invece la modifica introdotta dall'art. 44, comma 1-*bis*, sul sistema di conservazione dei documenti informatici:

Art. 44, comma 1-*bis*

Il sistema di conservazione è gestito da un responsabile che opera d'intesa con il responsabile del trattamento dei dati personali di cui all'articolo 29 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e, ove previsto, con il responsabile del servizio per la tenuta del protocollo informatico, della gestione dei flussi documentali e degli archivi di cui all'articolo 61 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, nella definizione e gestione delle attività di rispettiva competenza.

Questa appena presentata è la versione approvata e vigente. La precedente versione, circolata in maniera non ufficiale tra gli addetti ai lavori, prevedeva solo due figure: il responsabile della conservazione e l'archivista. La versione approvata, invece, ha aggiunto correttamente il responsabile della privacy, ma ha introdotto un inciso destabilizzante. Quel «ove previsto», riferito al responsabile del servizio per la tenuta del protocollo informatico, della gestione dei flussi documentali e degli archivi, infatti, sembra introdurre il concetto di opzionalità per una figura che nel nostro ordinamento è prevista come obbligatoria dall'art. 61 del d.P.R. 445/2000 e dalla quale nessun sistema di gestione e di conservazione dei documenti può prescindere. Viene dunque un sussulto di indignazione per quell'incidentale, che risulta dettata solo da una fretta mai amica della correttezza giuridica. Qui il legislatore dovrà porre necessariamente rimedio.

Invece, una buona notizia giunge sul fronte della verifica della provenienza di un documento. Il nuovo testo, accanto alla firma digitale, alla firma elettronica qualificata (ma è una svista: si sarebbe dovuto correggere in «avanzata»), alla Pec e a quanto previsto dalle regole tecniche dell'art. 71 (che, però, non sono state ancora emanate), novella anche la segnatura di protocollo. Correttamente, infatti, è stata cassata quell'imprecisa dicitura di «protocollo informatizzato», che mai è esistita nel nostro ordinamento e che, con quella formulazione, nulla avrebbe significato.

È stato inoltre completamente riscritto il comma 3 dell'art. 47, che ora novella:

Art. 47, comma 3

Le pubbliche amministrazioni e gli altri soggetti di cui all'articolo 2, comma 2, provvedono ad istituire e pubblicare nell'Indice PA almeno una casella di posta elettronica certificata per ciascun registro di protocollo. Le pubbliche amministrazioni utilizzano per le comunicazioni tra l'amministrazione ed i propri dipendenti la posta elettronica o altri strumenti informatici di comunicazione nel rispetto delle norme in materia di protezione dei dati personali e previa informativa agli interessati in merito al grado di riservatezza degli strumenti utilizzati.

Al di là del refuso (*La* pubbliche amministrazioni), viene ribadita l'obbligatorietà della casella di Pec per ciascun registro di protocollo e, quindi, per ciascuna area organizzativa omogenea. La vera innovazione sarebbe consistita nel togliere la parola «almeno» e far finalmente identificare quella casella come l'unico parallelo digitale della sede legale di ciascun ente pubblico. Ovviamente, come abbiamo più volte ribadito, ad ogni casella di Pec deve essere associato anche un sistema di conservazione, con evidente spreco di risorse economiche nel caso di apertura di più caselle.

Ai dirigenti o ai politici che chiedono, in ragione del loro ruolo, una casella di Pec va chiarito che ogni documento trasmesso deve essere obbligatoriamente protocollato. Si tratta di un deterrente formidabile, che pone dei chiarimenti sul vero ruolo della casella di Pec come vettore qualificato e non come benefit di posizione (2).

Inoltre, prima di iniziare a comunicare con i propri dipendenti attraverso la posta elettronica o altri sistemi informatici, è necessaria un'informativa preventiva sul grado di riservatezza degli strumenti utilizzati.

Anche l'art. 48 sulla posta elettronica certificata è stato completamente riscritto, ma la novità più significativa consiste nell'affiancare alla Pec una generale previsione di «altre soluzioni tecnologiche individuate con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, sentito DigitPA». Sarà quindi necessaria una normativa tecnica di riferimento tutta da pensare, redigere e pubblicare in forma diacronica, visto che non si può fermare l'evoluzione tecnologica.

Problemi in arrivo, peraltro noti e già felicemente affrontati, per il dicastero dei Beni culturali. L'art. 22, comma 6, così formulato e se interpretato in modo "aggressivo" e decontestualizzato rispetto all'impianto del Codice, soprattutto da quanto previsto all'art. 43, potrebbe mettere a rischio l'eliminazione legale dei documenti. Esso, infatti, recita:

Art. 22, comma 6

Fino alla data di emanazione del decreto di cui al comma 5r per tutti i documenti analogici originali unici permane l'obbligo della conservazione dell'originale analogico oppure, in caso di conservazione sostitutiva, la loro conformità all'originale deve essere autenticata da un notaio o da altro pubblico ufficiale a ciò autorizzato con dichiarazione da questi firmata digitalmente ed allegata al documento informatico.

Al di là di un altro refuso (5r, in luogo di 5), sarebbe stato opportuno ribadire che la conservazione sostitutiva non rende implicita l'autorizzazione alla distruzione del documento originale cartaceo, magari richiamando l'art. 43, comma 4, grazie al quale "Sono fatti salvi i poteri di controllo del Ministero per i beni e le attività culturali sugli archivi delle pubbliche amministrazioni e sugli archivi privati dichiarati di notevole interesse storico ai sensi delle disposizioni del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42".

L'autorizzazione, infatti, va rilasciata (in sede di "vigilanza") dalle Soprintendenze archivistiche per gli archivi degli enti pubblici e per gli archivi privati dichiarati di notevole interesse storico oppure va rilasciata (in sede di "sorveglianza") dall'Archivio di Stato competente per territorio provinciale per gli enti statali periferici o dall'Archivio centrale dello Stato per gli enti statali centrali, giusto quanto previsto dall'art. 21 del d.lgs. 42/2004. In difetto, lo stesso d.lgs. 42/2004 e soprattutto l'art. 490 del codice penale prevedono un apparato sanzionatorio molto gravoso (3).

3. Istanze e dichiarazioni

Almeno due novità importanti si riscontrano anche sul fronte della presentazione di istanze e di dichiarazioni, come rubricate nell'art. 65 e normate parallelamente dall'art. 38 del d.P.R. 445/2000. Una modifica da segnalare riguarda la completa riscrittura del comma 1, lett. c-bis), che era stato introdotto dall'art. 17, comma 28, del d.l. 1.7.2009, n. 78 (convertito nella legge 2/2009) e che ora novella:

Art. 65, comma 1, lett. c-bis)

ovvero se trasmesse dall'autore mediante la propria casella di posta elettronica certificata purché le relative credenziali di accesso siano state rilasciate previa identificazione del titolare, anche per via telematica secondo modalità definite con regole tecniche adottate ai sensi dell'articolo 71, e ciò sia attestato dal gestore del sistema nel messaggio o in un suo allegato

In poche parole, a fianco delle credenziali di accesso (cioè userid e password), serve anche un'attestazione del gestore con la quale si certifichi l'avvenuta identificazione del titolare della casella di Pec. Si mette così correttamente fine a una stortura ordinamentale basata sulla sovrastima della Pec

già ampiamente segnalata (4).

Inoltre, con il nuovo comma 1-*bis*, è stata tolta alle amministrazioni pubbliche la facoltà di stabilire i casi per i quali era prevista la sottoscrizione mediante la firma digitale. Ora, correttamente, verrà stabilita con un decreto interministeriale emanato dai dicasteri della Funzione pubblica e della Semplificazione normativa e non più, in maniera avulsa dal contesto nazionale, dalle singole amministrazioni.

4. Copie dei documenti

Chiariamo subito che, per fortuna e nel rispetto del nostro ordinamento, è stata tolta la svista introdotta con la modifica dell'art. 23 novellata dall'art. 16 della legge 28.1.2009, n. 2. L'avevamo fortemente criticata a suo tempo con il "Siamo tutti pubblici ufficiali?", visto che in applicazione del testo di allora risultava sufficiente "detenere" un dispositivo di firma digitale, anche senza essere un pubblico ufficiale, per poter dichiarare la conformità di una copia a un originale ().

In materia di valore dei documenti informatici e delle loro copie, sono stati invece sostanzialmente modificati gli art. 20 e 21, mentre sono stati completamente riscritti per l'ennesima volta, rivoluzionando ancora la diplomazia del documento digitale, gli art. 22 e 23, addirittura con l'aggiunta di altri tre nuovi articoli sul tema (23-*bis*, 23-*ter* e 23-*quater*). Si tratta, con ogni evidenza di una materia molto complessa, che le continue modifiche tendono a rendere anche complicata persino per gli addetti ai lavori.

Nel nuovo Cad, inoltre, sono previsti altri quattro distinti concetti di *exemplum*, così come introdotti nelle definizioni dell'art. 1:

Copia informatica di documento analogico (lett. <i>i-bis</i>))	Il documento informatico avente contenuto identico a quello del documento analogico da cui è tratto
Copia per immagine su supporto informatico di documento analogico (lett. <i>i-ter</i>))	Il documento informatico avente contenuto e forma identici a quelli del documento analogico da cui è tratto
Copia informatica di documento informatico (lett. <i>i-quater</i>))	Il documento informatico avente contenuto identico a quello del documento da cui è tratto su supporto informatico con diversa sequenza di valori binari
Duplicato informatico (lett. <i>i-quinquies</i>))	Il documento informatico ottenuto mediante la memorizzazione, sullo stesso dispositivo o su dispositivi diversi, della medesima sequenza di valori binari del documento originario

Commenteremo a breve questo complesso articolato, che pure lascia permanere alcuni dubbi sostanziali soprattutto sull'efficacia probatoria e sulla forma scritta del documento informatico non sottoscritto e di quello informatico sottoscritto solo con firma elettronica semplice. Ora, infatti, entrambi risultano liberamente valutabili in giudizio tenuto conto delle caratteristiche oggettive di qualità, sicurezza, integrità e immodificabilità e spalancano le porte dei tribunali a perizie tecniche.

Perdura, invece, l'indistinto utilizzo dei termini "riproduzione" e "copia", che invece in ambito civilistico, soprattutto nell'art. 2712 c.c. com'era stato modificato dallo stesso Cad, hanno significati diversi, considerando che il termine "riproduzione (meccanica)" si riferisce a una copia priva della dichiarazione di conformità e che forma piena prova solo se non è disconosciuta.

La buona notizia, però c'è: è stato cassato quel sintagma di "originale analogico informatico" che circolava nelle prime bozze del decreto legislativo e che per buona sorte non si è cristallizzato. E sarebbe stato idoneo maggiormente a un commento divulgativo, più che a una norma. Gli slogan, le frasi ad effetto mal si attagliano in queste sedi e non devono trovare dignità di pubblicazione in Gazzetta ufficiale. Nel caso, avremmo dovuto commentare un *monstrum* giuridico e diplomatistico,

che sarebbe diventato l'emblema della negazione dell'informatica applicata alle amministrazioni pubbliche.

La continua e ossessiva ricerca di paralleli in ambiente digitale dei documenti cartacei non deve più esistere, perché, altrimenti persistendo, si perderanno di vista le rispettive peculiarità che sono parallele, mai convergenti. Nulla di più sbagliato, dunque: il "vero" digitale può essere ibrido, ma mai promiscuo.

Un'annotazione però si rende necessaria: siamo fuorviati dalla fotocopia digitale e abbiamo dimenticato che per il documento informatico, purtroppo, non è più possibile parlare di "originale" in senso proprio e in senso diplomatistico, ma eventualmente di esemplare autentico o di copia, visto che ogni bit copiato, fermi restando i metadati, è sempre uguale a se stesso. Le forzature, particolarmente in ambito giuridico, sono purtroppo destinate a provocare contenzioso e costi sociali.

5. Le firme elettroniche

È stata reintrodotta la "firma elettronica avanzata", in armonia con la Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, 13 dicembre 1999, n. 1999/93/CE. A onor del vero, va ricordato che essa era stata cassata proprio dalla prima versione del Cad (2005) e che la sua modifica aveva lasciato intatta questa stortura (2006).

Il Cad vigente prevede, dunque, le seguenti tipologie di firma, con le rispettive nuove definizioni:

firma elettronica (lett. q))

firma elettronica avanzata (lett. q-bis))

firma elettronica qualificata (lett. r)

firma digitale (lett. s))

In sintesi, rispetto alla firma elettronica semplice, quella avanzata ha in più l'identificazione del firmatario attraverso mezzi sui quali chi firma ha un controllo esclusivo, quella qualificata ha in più un certificato qualificato (come previsto dalla direttiva europea 1999/93/CE) e, infine, quella digitale ha in più le chiavi crittografiche asimmetriche che garantiscono la verifica della provenienza e l'integrità del documento.

La vera innovazione sarebbe consistita nel dimezzare le tipologie da quattro a due, oppure nell'eliminare almeno della firma elettronica qualificata, la cui inutilità, allo stato attuale dell'evoluzione normativa, è data da due fattori. Essa, infatti, rappresenta un tipo di firma elettronica avanzata, mentre l'unico tipo di firma elettronica qualificata esistente fino al 2010 in Italia era, appunto, la firma digitale, che ora non lo è più, essendo diventata un tipo di firma elettronica avanzata.

Pesanti riserve, invece, rimangono sul fronte della possibilità di considerare come "firma elettronica" la firma scansata, quella cioè che riproduce in un'immagine informatica la firma autografa (ad es., da tablet o da scanner). È pur vero che, di fatto, l'art. 25, comma 2, pone alcune condizioni, come la firma in presenza, il rispetto della legalità, l'accertamento dell'identità personale e la validità del certificato elettronico. Tuttavia, al di là della previsione normativa, che peraltro riprende quanto già novellato nell'art. 52-bis della legge 16.2.1913, n. 89, cioè la c.d. "legge notarile" così come introdotto dal d.lgs. 2 luglio 2010, n. 110, l'identificazione di un'immagine informatica riproducente una caratteristica personale quale la firma "autografa" rappresenta un *monstrum* giuridico e del buon senso, che manda in soffitta le differenze tra digitale e analogico.

Siamo, pertanto, di fronte ad una promiscuità non in linea con la definizione di firma elettronica del nostro ordinamento e dell'Unione europea, se non attraverso forzature pericolose. Ritorneremo a breve su questo delicatissimo argomento, perché in questo caso più che di innovazione si può parlare di involuzione normativa.

Inoltre, una disattenta revisione redazionale novella una firma elettronica "qualificata", quando invece ora dovrebbe essere "avanzata" in ben due ricorrenze. Infatti, l'art. 22, comma 2 recita che "hanno piena efficacia, ai sensi degli articoli 2714 e 2715 del codice civile, se ad essi è apposta o associata, da parte di colui che li spedisce o rilascia, una firma digitale o altra firma elettronica qualificata". Inoltre, non è stata adeguata la formulazione dell'art. 47, comma 2, lett. a), al nuovo dettato normativo, riportando 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”. In entrambi i casi, con ogni evidenza, si sta facendo riferimento a quella “avanzata” e non più a quella “qualificata”.

Un solo accenno a un'altra disattenzione redazionale, stavolta piuttosto grave. Riguardo alla firma elettronica autenticata, l'art. 25, comma 4, riportando concetti già introdotti con la modifica della legge notarile (legge 89/1913), rinvia alle disposizioni contenute nell'art. 23, comma 5. Il problema è che l'art. 23 è stato interamente riformulato dall'art. 16, comma 1 del d.lgs. 235/2010 e ora contiene solo due commi, con la conseguenza che il comma 5 a cui si rinvia, dunque, non c'è più. In una battuta, si è dematerializzato.

[\(1\)](#) A proposito di buon senso, anche in caso di *vacatio legis*, l'art. 36 delle *Disposizioni attuative del codice di procedura civile* sui fascicoli di cancelleria recita: «Il cancelliere deve formare un fascicolo per ogni affare del proprio ufficio, anche quando la formazione di esso non è prevista espressamente dalla legge».

[\(2\)](#) PENZO DORIA G., *La PEC e due falsi problemi di democrazia: l'assegnazione interna e la configurazione della casella “chiusa”*, in “Altalex” (2010) e “Filodiritto” (2010).

[\(3\)](#) PENZO DORIA G., *Massimario e prontuario: la selezione dei documenti dopo la riforma della pubblica amministrazione (1997-2001)*, in *Lo scarto. Teoria, normativa e prassi*, a cura di G. Zacchè, San Miniato, Archilab, 2002, pp. 57-94.

[\(4\)](#) LISI A.- PENZO DORIA G., *Che PEC-cato! La posta elettronica certificata tra equivoci e limitati utilizzi concreti*, in “Altalex” e “Filodiritto”, 2010.

[\(5\)](#) PENZO DORIA G., *Siamo tutti pubblici ufficiali?*, in “Lexitalia”, 2009.