

*La tecnicizzazione dell'amministrazione**Stefano Civitarese Matteucci, Luisa Torchia**(Bozza provvisoria destinata ai discussants, da non far circolare)**Tecnica e tecnicizzazione. Profili Introduttivi*

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.

In questo quadro, appare affermazione pressoché scontata che alla *tecnica* debba riconoscersi un ruolo centrale nell'ambito di una ricerca che ambisce a censire i 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 tecnologia.¹ 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 relazioni creano bisogni e interessi che domandano di essere a loro volta governati. Esemplare è, in proposito, la questione delle cosiddette ICTs (*Information and Communication Technologies*).

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 “tecnicizzazione” 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 “tecnicizzazione” 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

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.

discrezionalità amministrativa, è comunemente accettato che le autorità amministrative compiano scelte che definiscono assetti di interessi.²

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 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 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 colgono 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 pervasivo.³ Qui, al di là delle molte questioni di carattere più specifico, che verranno toccate più avanti in questo saggio e 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

² E 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, etc.) dei quali si occupa un altro studio della ricerca complessiva.

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 sottostorie 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?

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 scala, 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.

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 I

La digitalizzazione della pubblica amministrazione *

Sommario

1. *Premesse terminologiche e concettuali*
 2. *L'impatto delle ICTs sulla pubblica amministrazione. Le Agende digitali e il principio "digital first"*
 3. *Gli effetti della digitalizzazione sul funzionamento delle amministrazioni pubbliche*
 4. *Profili concettuali dell'impatto delle ICTs su funzionamento e organizzazione delle amministrazioni pubbliche*
 - 4.1. *I dati aperti*
 - 4.2. *Procedimento amministrativo e partecipazione*
 - 4.3. *L'organizzazione e le forme procedurali. Gli effetti di orientamento delle ICT.*
 5. *Utopie e distopie digitali. Spunti conclusivi per proseguire*
- Discrezionalità e responsabilità*

* Questa parte è stata redatta da Stefano Civitarese Matteucci

1. *Premesse terminologiche e concettuali*

Il presente capitolo introduttivo di questa parte della ricerca sulla “tecnificazione” dell’amministrazione è articolato come segue.

In questo 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 secondo 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 terzo 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 quarto paragrafo, suddiviso in tre sub-paragrafi, 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 quinto e ultimo paragrafo presenta alcune brevi riflessioni conclusive.

Operazione preliminare è, dunque, la delimitazione del fenomeno oggetto d’indagine, cui ci riferiremo indifferentemente come ICTs o *e-governement*, 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* [A. Osnaghi, *Pubblica amministrazione che si trasforma: “Cloud Computing”, federalismo, interoperabilità* (2013) Amministrare, 23, 59 ss].

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 (Springer, 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, J, & Be' langer. (2001). *Privacy Strategies for Electronic Government*, E-Government Series. Pricewaterhouse Coopers Endowment for the Business of Government, Arlington, VA).

La prima dimensione riguarda il livello di sofisticazione tecnologica, la seconda dimensione i destinatari del servizio.

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 (sul punto vedasi Cammarota iqv). 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» (C. Batini, *Un'introduzione ai servizi di e-government* (2013) Amministrare, 23, 38).

Il livello di sofisticazione del servizio può a sua volta essere articolato in cinque stadi: informazione; comunicazione bidirezionale; transazione; integrazione; partecipazione politica.⁴

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 Pietrangelo iqv).

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. il lavoro di Cammarata iqv.

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 (D.R. Johnson and David Post, 'Law and Borders - the Rise of Law in Cyberspace' (1996) 48 Stan. L. Rev. 1367; B Santos (ed), *Democratizing Democracy: Beyond the Liberal Democratic Canon* (Verso, London 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 (John Morison, *Online government and e-constitutionalism*, Public Law 14, 2003, 15).

Non sembra, peraltro, che su questo versante gli auspici dell'indirizzo ottimalista si siano realizzati o siano vicini a esserlo (Burkhard 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 2006, 9 and 11; Graham Longford and Steve Patten, *Democracy in the Age of the Internet* (2007) 56 U.N.B.L.J. 5, 5.).

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 (Philip E. Agre, *Real-Time Politics: The Internet and the Political Process* (2002) 18 The Information Society 311, 317; Longford and Patten (n 5) 9).

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 (Bert-Jaap Koops, *Criteria for Normative Technology: The Acceptability of "Code as Law" in Light of Democratic and Constitutional Values* in R Brownsword and K Yeung (eds) *Regulating Technologies: Legal Futures, Regulatory Frames and Technological Fixes*, Hart Publishing, Oxford 2008, 158) 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 Bellomo iqv), 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, etc., 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. D'Angelosante iqy]. 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 (A. Tat-Kei Ho 2002, A., *Reinventing Local Governments and the e-Government Initiative*, Public Administration Review, 62, 4, 434-44).

Considerando la seconda dimensione sopra menzionata – quella che si riferisce ai destinatari dell'*e-government* – un punto è qui di preminente rilievo, salvo poi 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.

L'art. 3 CAD 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 M. Pietrangelo, *Il diritto all'uso delle tecnologie nei rapporti con la pubblica amministrazione: luci ed ombre*, in *Informatica e diritto*, XIV, 2005, n. 1-2, pp. 73-87). Non è chiaro se quanto di recente prevede l'art. 1 .1 della legge delega di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche 7 agosto 2015, n. 124 – c.d. Madia – 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.

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 (v. Codagnone, D. Osimo, *Beyond i2010. E-Government current challenges and future scenarios*, in P.G. Nixon, V.N. Koutrakou, R. Rawal, eds, *Understanding E-Government in Europe*, Routledge, 2010, p. 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 riduzione. 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, etc. 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 (C. Codagnone, D. Osimo, *cit.*, 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» (*op. loc. ult. cit.*).

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 (P. Dunleavy, H. Margetts, *New Public Management Is Dead – Long Live Digital-Era Governance*, in *Journal of Public Administration Research and Theory*, 2006, 16, 467-494).

In altre parole la dimensione dei "servizi online" non coglie tutte le potenzialità del fenomeno ICTs. È comprensibile che il momento attiziale (la transazione) attiri maggiormente la curiosità degli studiosi, specialmente dei giuristi. Si pensi alla figura dell'atto amministrativo telematico (Martin Delgado *iqv* e *infra*). 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 (G. Duni, *Verso un'amministrazione integrata nei procedimenti amministrativi*, Informatica e diritto, Vol. XIV, 2005, n. 1-2, pp. 43-47).

2. 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 4 e negli studi di base, che riguarda la delineazione 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 sviluppatasi 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 in H. Margetts, P.6 and C.Hood (eds.) *Paradoxes of modernization; unintended consequences of public policy reform*, Oxford, Oxford University Press).

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>), 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>).

La legge delega di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche 7 agosto 2015, n. 124 – c.d. Madia – all'art. 1, rubricato con qualche prosopopea “cittadinanza digitale”, punta a modificare e integrare il CAD nella direzione di una ulteriore enfaticizzazione della 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 semplificazione 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

Fondato è il dubbio che vi siano problemi strutturali, di tipo culturale e tecnologico, che andrebbero individuati e affrontati in radice prima di investire su programmi che rischiano di restare proclami (v. sul punto i rilievi marcatamente critici di G. De Michelis, *Agenda digitale: di cosa si sta parlando?*, Amministrare, 2013, 69 ss.).

La questione di maggior momento riguarda proprio il tema cruciale di 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.

3. Gli effetti della digitalizzazione sul funzionamento delle amministrazioni pubbliche

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

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”).

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, etc.

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 esplicitivi dei possibili effetti delle tecnologie digitali sul funzionamento delle amministrazioni pubbliche: capacità (*capabilities*), interazioni (*interactions*), orientamenti (*orientations*) e valori (*value distribution*) (K.N. Andersen, H. Z. Henriksen, R. Medaglia, J. N. Danziger, M. K. Sannarnes, M. Enemærke, *Fads and Facts of E-Government: A Review of Impacts of E-government* (2003–2009), *International Journal of Public Administration*, 33: 564-579, 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 1 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 etc.

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 (K.N. Andersen e al., cit., 574-5). 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 (Å Grönlund, 2003, *Emerging electronic infrastructures: Exploring democratic components*, *Social Science Computer Review*, 21(1), 55–72).

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 (V. Pina, L. Torres, B. Acerete, *Are ICTs promoting government accountability?: A comparative analysis of e-governance developments in 19 OECD countries*, *Critical Perspectives on Accounting* 18 (2007) 583–602).

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.

4. 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.

4.1. 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, V. and Cukier, K. (2013) *Big data: a revolution that will transform how we live, work and think*, New York, Houghton-Mifflin).

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 (G. Misuraca, F. Mureddu, D. Osimo, *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, 2014, 174).

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 (D. Kahneman, D. (2012) *Thinking Fast and Slow*, London, Penguin).

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 (iqv) 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, etc.

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

4.2. *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, quello 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 attraversa 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 (G. Duni, *L'amministrazione digitale*, Milano, 2008, p. 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-ICTs, 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 (P. Dunleavy e al., cit., 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 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».

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, etc. (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 procedimentali, è quello della consultazione dei cittadini nei processi decisionali, oggi evocata come visto nella legge di riforma delle pubbliche amministrazione 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 (v. S. Civitarese Matteucci, *Public Participation in Infrastructure Planning: Italy*, in T. Gross ed., *Public Participation in Infrastructure Planning. Comparative Analysis of 10 European Countries*, European Public Law Organisation, 2015, 137-166.).

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.

In attesa del decreto delegato, 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" (Y. Benkler, *The Wealth of Networks. How Social*

Production Transforms Markets and Freedom, Yale University Press, 2006, 133 ss.) 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.

4.3. *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, etc. La digitalizzazione potenzia considerevolmente la realizzazione dell'uno o 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 capitolo di Orofino iqv.

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 (D. Petrakaki, *Accountability in the Context of E-Government*, in P.G. Nixon e al., cit., 100).

Nell'ordinamento italiano la disciplina del fascicolo elettronico di cui all'art. 41 CAD sembra prestarsi a interpretazioni in questa direzione. Nel fascicolo informatico 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» (Martin Delgado iqv). 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 *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, Merusi).

Nella letteratura politologica questo tema è diffusamente affrontato sotto l'etichetta di *joined-up government* (C. Pollitt, *Joined-up Government: a Survey*, *Political Studies Review*, 2003, 1, 34-49). 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 (S. Zouridis, V. Bekkers, *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, 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 (M. Cole, J. Fenwick, *UK Local Government: The Impact of Modernisation on Departmentalism*, *International Review of Administrative Sciences*, 2003, 69, 259-270; B. Illsley, G. Lloyd, B. Lynch, *From Pillar to Post? A one-Stop Shop Approach to Planning Delivery*, *Planning Theory & Practice*, 2000, 1, 111-122; N. Curthoys, P.M. Eckersley, P.M. Eckersley, *E-Government*, 2003, Routledge, 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 avente 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. Martin Delgado iqv).

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 precostituita 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.

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.

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 (N. Luhmann, *Funktionen und Folgen formaler Organisation*, Berlin, 1999 (prima ed. 1964), 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 (M. Lipsky (1980) *Street-Level Bureaucracy: Dilemmas of the Individual in Public Services*, Russell Sage Foundation, New York; S. Halliday, *Judicial Review and Compliance with Administrative Law*, Hart, 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 (iqv), 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* (D'Angelosante iqv) –, 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 HA. 1983. *Reason in Human Affairs*. Stanford, CA: Stanford Univ. Press; J.S. Lerner, Ye Li, P. Valdesolo, K. S. Kassam, *Emotion and Decision Making*, Annual Rev. Psychol., 2015, 66, 799-823), 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 (R. Rubino, G. Sartor, *Source Norms and Self-regulated Institutions*, in P. Casanovas, G. Sartor, N. Casellas, R. Rubino, a cura di, *Computable Models of the Law*, Springer, 2008, 263-274).

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 si 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 (O. E. Klapp, *Meaning Lag in the Information Society*, Journal of Communication, 1982, 57-60).

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 (*Op. ult. cit.*).

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*» (E. Pruyt, *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, 2015, 90).

Uno dei “guru” della fisica contemporanea scrive che a metà secolo XXI l’era dei “robots emozionali” potrebbe essere in pieno rigoglio (M. Kaku, *Physics of the Future*, Penguin Books, 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.

5. 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 proprio 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 (Castells, M. (1996) *The Rise of the Network Society*. Oxford: Blackwell Publishers) 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 (W. Dutton, *The Fifth Estate. Democratic social accountability through the emerging network of networks*, in R. Rawal e al., cit., 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.

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 ITCs 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 (C. Reddick, *Comparative E-government*, cit).

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 (L. Anderson, P. Bishop, *E-Government to E-Democracy: Communicative Mechanisms of Governance*, *Journal of E-Government*, 2005, 2:1, 11).

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 (vedasi il caso delle autorità locali svedesi menzionato al par. 3).

Moneta, banca e finanza fra unificazione europea e crisi economica*

Sommario

1. *Una moneta senza Stato di fronte alla crisi*
2. *Processi di unificazione e regolazione tecnica: i nuovi regolatori*
3. *Unificazione e centralizzazione fra regole ed apparati amministrativi*
4. *I rimedi giustiziali*
5. *Unificazione amministrativa versus unificazione politica: il ruolo (e i limiti) della tecnica*

* Questa parte è stata redatta da Luisa Torchia

1. 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 e come un caso di particolare difficoltà.

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, come emerge con chiarezza dagli studi di Macchia, De Bellis e Clarich, 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 europee⁷, 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

⁷ V., anche se ormai risalente, l'analisi di H. Mendras, *L'Europe des européens. Sociologie de l'Europe occidentale*, Paris, Gallimard, 1997; H. Mendras, E. Suleiman (a cura di), *Le recrutement des élites en Europe*, Paris, La Découverte, 1995.

paesi debitori (si pensi alla crisi greca)⁸. 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)⁹ e di *quantitative easing*¹⁰, fortemente sostenuti dalla Bce e altrettanto significativamente osteggiati da alcune istituzioni tedesche¹¹. 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 SEBC.¹²

Gli studi del gruppo di lavoro che qui si introducono non hanno preso a specifico oggetto la disciplina della moneta, ma hanno mostrato come (v. in particolare il contributo di M. Macchia) 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

⁸ V. l'osservazione di G. Soros, *The Tragedy of the European Union: Disintegration or Revival?*, Public Affairs, 2014: "Rather than an association of equals, the eurozone became divided into two classes: creditors and debtors. In a financial crisis, the creditors call the shots. The policies they are imposing perpetuate the division because the debtors have to pay risk premiums, not only on government bonds but also on bank credit. The additional cost of credit, which is a recurrent burden, makes it practically impossible for the heavily indebted countries to regain competitiveness".

⁹ 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*".

¹⁰ 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.

¹¹ 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").

¹² Corte di giustizia, sentenza 16 giugno 2015.

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 realizzata¹³. 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 modello 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 ESA¹⁴), 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 (si veda in proposito il contributo di M. De Bellis). 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.

¹³ 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" (*Discorso inaugurale del Meccanismo unico di supervisione*, Francoforte, 20 novembre 2014, consultabile su <http://www.ecb.europa.eu>). Fra gli scritti più recenti v. S. Cassese, *La nuova architettura europea*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2014, p. 79 ss.; E. Barucci, M. Messori (a cura di), *Towards the European Banking Union*, Passigli, 2014; L. Torchia, *L'Unione bancaria europea: un approccio continentale?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2015, 11 ss.

¹⁴ 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). V. R. Mayntz (a cura di), *Crisis and Control. Institutional Change in Financial Market Regulation*, Frankfurt/New York, Campus, 2012. Con particolare riferimento al grado di accentramento o decentramento dei diversi settori v. M. Scholten, A. Ottow, *Institutional Design of Enforcement in the EU: The Case of Financial Markets*, in *Utrecht Law Review*, vol. 10, issue, 5, 2014, p. 80 ss.

2. *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 regole¹⁵.

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. Come bene dimostrano i contributi di Macchia e di De Bellis, 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.

¹⁵ In termini generali v. V. Cerulli Irelli, *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 e A. Natalini, Bologna, Il Mulino, 2013.

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"¹⁶.

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

¹⁶ Corte di giustizia, Grande Sezione, 22 gennaio 2014, causa C-270/12, spec. par. 85. Sulla sentenza v. i commenti di M. De Bellis, *I poteri di intervento dell'Esma sulle vendite allo scoperto*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 7, 2014; D. Rossano, *Lo short selling e i poteri dell'Esma*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, n. 4, 2014.

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 settore¹⁷.

3. Unificazione e centralizzazione fra regole ed apparati amministrativi

Le ricerche svolte e illustrate nei contributi di Macchia, De Bellis e Clarich documentano e illustrano alcune tendenze importanti derivanti dalla concentrazione degli apparati e delle regole.

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 nuove rispetto alla tradizione, perchè 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.

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.

¹⁷ 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.

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*¹⁸) e i gruppi di vigilanza congiunti¹⁹. 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 unitari²⁰.

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, ad esempio in materia di agenzie di *rating* e di vendite alla scoperta, che esso esercitano per così dire, "in proprio", 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, mediante un procedimento ben illustrato nel contributo di M. De Bellis.

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 differenze²¹.

¹⁸ 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.

¹⁹ 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.

²⁰ V. F. Guarracino, *Le procedure "comuni" nel meccanismo di vigilanza unico sugli enti creditizi: profili sostanziali e giurisdizionali*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, n. 4, 2014, pp. 252 ss.

²¹ V. B. Eichengreen, *Hall of Mirrors. The Great Depression, The Great Recession, and the Uses-and Misuses-of History*, Oxford, Oxford University Press, 2015; G. Napolitano (a cura di), *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, Bologna, il Mulino, 2012.

4. I rimedi giustiziali

Ciascuno di questi sistemi sta sviluppando un proprio assetto di rimedi giustiziali. I Board of appeal²² combinano caratteristiche eterogenee. Per un verso, essi costituiscono un'articolazione organizzativa, perché hanno natura 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.

5. 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

²² L'introduzione di questi uffici conosce diversi precedenti nell'ordinamento europeo, ad esempio in materia di proprietà intellettuale e in materia di energia.

unitaria dei mercati finanziari²³. 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.

²³ V. per un esame dell'esperienza italiana G. Napolitano, *Le norme di unificazione economica*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2011, p. 97 ss. Il vero banco di prova per la costituzione di un assetto unitario è, però, la condivisione del debito, non a caso oggi oggetto di profonde divaricazioni nell'Unione europea: in proposito v., per l'esperienza italiana, S. Cassese, “*Fare l'Italia per costituirli poi*”. *La continuità dello Stato*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 2, 2011, pp. 305 ss. e, per l'esperienza americana, T. McCraw, *The Founders and Finance: How Hamilton, Gallatin, and Other Immigrants Forged a New Economy*, Belknap Press; Reprint edition, 2014, specie nel capitolo dedicato ad Hamilton, dove riporta una sua lettera a Morris del 1781 nella quale si legge: “A national debt if it is not excessive will be to us a national blessing; it will be a powerfull cement of our union” (ripresa da *The Papers of Alexander Hamilton*, Columbia University Press, 1961-1978, vol. 2, pp. 400-417).

E' 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 regolati²⁴. 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 necessitino, 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 che emerge dai contributi che seguono questa breve introduzione 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.

²⁴ 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.

SEZIONE II - Studi sulla digitalizzazione della PA

Gianluca Bellomo, *Biometria e digitalizzazione della pubblica amministrazione*

Daniele Marongiu, *Dati aperti e partecipazione al procedimento amministrativo*

Marina Pietrangelo, *Le pubbliche amministrazioni sul web tra comunicazione, consultazione e partecipazione*

Giuseppe Cammarota, *Servizi pubblici on line e partecipazione migliorativa*

Isaac Martín Delgado, *L'amministrazione digitale come nuovo modello di amministrazione pubblica*

Melania D'Angelosante, *La consistenza del modello dell'amministrazione 'invisibile' nell'età della tecnificazione: dalla formazione delle decisioni alla responsabilità per le decisioni*

Angelo Giuseppe Orofino, *Forma e formalismo nei procedimenti elettronici*

SEZIONE III - Studi sulla “tecnificazione” dell'economia

Marco Macchia, *L'architettura europea dell'unione bancaria*

Maurizia De Bellis, *Unificazione, differenziazione e tecnificazione nella regolazione europea dei mercati finanziari*

Marcello Clarich, *Il riesame amministrativo delle decisioni della Banca centrale europea*