

Carullo, Gherardo. 2016. «Posta Elettronica Certificata e domicilio digitale: futuro e incertezze in una prospettiva europea». *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario* (1):51–75.

GERARDO CARULLO

POSTA ELETTRONICA CERTIFICATA E DOMICILIO DIGITALE: FUTURO E INCERTEZZE IN UNA PROSPETTIVA EUROPEA (*)

The article deals with some issues arising from the Italian certified mail (posta elettronica certificata, PEC). To this end, the paper considers first of all the principal advantages of the PEC by comparing it to traditional mail systems, and, secondly, the importance that this system has gained in Italy, especially in light of the draft of the legislative decree amending the Digital Administration Code approved by the Council of Ministers on January 20th, 2016. The author then introduces two of the main issues found from an European perspective: the risk of lock-in of users and the possibility that the use of the PEC in the Italian legal system is limited to guarantee the effectiveness of European law. The author prospects therefore a review of the PEC, hoping that these critical issues can be resolved and that this tool will be exported to Europe.

SOMMARIO: 1. Introduzione: il crescente rilievo della PEC nel nostro ordinamento. — 2. Profili problematici: premessa metodologica in vista dell'adottando Schema di Decreto di riforma del Codice dell'Amministrazione digitale. — 3. Il lock-in degli utenti nel sistema PEC. — 4. I problemi derivanti dall'adozione di uno strumento nazionale per risolvere un problema comune nel mercato interno. — 4.1. I creditori stranieri e l'uso della PEC nelle procedure concorsuali. — 4.2. L'uso della PEC nelle procedure ad evidenza pubblica e la partecipazione degli operatori economici stranieri. — 5. Conclusione: la necessità di adeguamento e di successiva esportazione del sistema PEC.

(*) Pubblicazione PRIN 2012 (2012SAM3KM) sulla codificazione dei procedimenti dell'Unione europea.

1. INTRODUZIONE: IL CRESCENTE RILIEVO DELLA PEC NEL NOSTRO ORDINAMENTO.

Già da più di una decade, e precisamente a partire dall'adozione del D.P.R. dell'11 febbraio 2005, n. 68 (di seguito, Regolamento), che ne ha disciplinato l'utilizzo (1), è stata introdotta nel nostro ordinamento la posta elettronica certificata (PEC). Secondo quanto previsto dall'articolo 27, comma 8, lett. e, della Legge n. 3/2003 — sulla base del quale detto regolamento è stato adottato (2) — l'introduzione della PEC aveva lo scopo di consentire la « *estensione dell'uso della posta elettronica nell'ambito delle pubbliche amministrazioni e dei rapporti tra pubbliche amministrazioni e privati* ». Si tratta, dunque, di uno strumento concepito inizialmente quale nuovo ed innovativo mezzo di comunicazione per le Pubbliche Amministrazioni, tra loro (3), e nei rapporti con i privati (4).

La necessità avvertita dal legislatore, di introdurre un sistema di posta elettronica più avanzato rispetto a quello tradizionale si fondava su molteplici fattori, che possono oggi essere ben compresi pensando ai vantaggi che la PEC presenta rispetto ai comuni messaggi di e-mail. Tra questi se ne possono ricordare tre particolarmente significativi.

In primo luogo, la PEC permette di avere certezza in ordine all'identità del mittente e del destinatario. Al fine di garantire l'identità dell'intestatario di ciascun indirizzo PEC, infatti, si richiede che i fornitori dispongano nel proprio organico di responsabili specifica-

(1) Si tratta del Regolamento recante disposizioni per l'utilizzo della posta elettronica certificata, a norma dell'articolo 27 della L. 16 gennaio 2003, n. 3, pubblicato nella Gazz. Uff. 28 aprile 2005, n. 97. Per un inquadramento generale dell'istituto, cfr. A. BARLETTA, *Posta elettronica certificata (PEC)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 2012, p. 572 e ss..

(2) Come risulta dal titolo stesso del regolamento, e dal terzo "Visto" di cui all'epigrafe dello stesso.

(3) A norma dell'articolo 47, comma 3, lett. a, del D.Lgs. del 7 marzo 2005, n. 82 (c.d. Codice dell'amministrazione digitale), difatti, le pubbliche amministrazioni centrali furono le prime a dover « *istituire almeno una casella di posta elettronica istituzionale ed una casella di posta elettronica certificata ... per ciascun registro di protocollo* ».

(4) Prevede infatti l'articolo 45 del Codice dell'amministrazione digitale — sin dalla sua prima versione — che « *I documenti trasmessi da chiunque ad una pubblica amministrazione con qualsiasi mezzo telematico o informatico, ivi compreso il fax, idoneo ad accertarne la fonte di provenienza, soddisfano il requisito della forma scritta e la loro trasmissione non deve essere seguita da quella del documento originale* ». Sul valore che tale innovazione ha comportato per i cittadini, anche alla luce delle più recenti riforme, vale ricordare quanto affermato da F. CARDARELLI, *Amministrazione digitale, trasparenza e principio di legalità*, in *Dir. informaz.*, 2, 2015, par. 8, secondo il quale « *il diritto all'uso delle tecnologie continua ad essere una posizione giuridica soggettiva strumentale verso la pubblica amministrazione, che si concretizza nella pretesa di uno standard comunicativo liberamente determinabile da parte del privato* ».

mente preposti alla registrazione dei soggetti a cui viene assegnata una casella di posta elettronica certificata (5), e che l'accesso alla casella di posta sia protetto con sistemi di autenticazione idonei ad assicurare l'identità dell'utente (6).

In secondo luogo, il sistema PEC permette di avere certezza dell'avvenuta consegna e ricezione dei messaggi inviati grazie alle c.d. ricevute di accettazione e consegna (7) — ivi inclusa l'esatta data e ora (8) —. Il che supera i noti dubbi che sorgono al mittente sul destino delle e-mail inviate quando queste restano senza risposta (9).

In terzo luogo, e proprio perché il sistema PEC consente di avere certezza in ordine ai due punti precedenti, il legislatore ha ritenuto di riconoscere a questo strumento una precisa valenza probatoria, in ordine sia all'avvenuta consegna al destinatario del messaggio, sia della precisa ora in cui ciò è avvenuto (10).

(5) Cfr. articolo 21, comma 1, lett. a, del D.M. del 2 novembre 2005. Ai sensi dell'articolo 1, comma 2, lett. l, del Regolamento, sono utenti di posta elettronica certificata « *la persona fisica, la persona giuridica, la pubblica amministrazione e qualsiasi ente, associazione o organismo, nonché eventuali unità organizzative interne ove presenti, che sia mittente o destinatario di posta elettronica certificata* ». A garanzia dell'affidabilità dei controlli effettuati dai gestori, vi sono poi tutta una serie di requisiti economici, di onorabilità e di affidabilità che questi devono possedere per essere iscritti nell'« *Elenco dei gestori di posta elettronica certificata* » e poter così fornire i loro servizi al pubblico.

(6) Il manuale operativo di cui all'articolo 23 del D.M., recante « *Regole tecniche del servizio di trasmissione di documenti informatici mediante posta elettronica certificata* », prevede infatti, tra gli « *aspetti relativi alla sicurezza* », precise disposizioni in ordine alla fase di « *autenticazione* » degli utenti, che devono essere tali da garantire che « *il messaggio sia inviato da un utente del servizio di posta elettronica certificata i cui dati di identificazione siano congruenti con il mittente specificato, al fine di evitare la falsificazione di quest'ultimo* ».

(7) Il sistema PEC, difatti, permette all'utente di richiedere al gestore la produzione di una ricevuta completa di avvenuta consegna del messaggio inviato. Tale ricevuta permette in sostanza di avere certezza non solo dell'avvenuta consegna del messaggio, ma anche di dare effettiva prova, ove ve ne fosse necessità, del contenuto dello stesso, considerato che, ai sensi del combinato disposto dell'articolo 6, comma 4, del Regolamento, e dell'articolo 1, lett. i, del citato D.M. del 2 novembre 2005 la stessa contiene « *i dati di certificazione ed il messaggio originale* ».

(8) La rilevanza dell'elemento temporale è del resto ben rappresentata dalla specificità e severità delle norme dettate sul punto. L'articolo 10, comma 2, del Regolamento prevede infatti l'onere per tutti i gestori di apporre un « *riferimento temporale* » « *su ciascun messaggio e quotidianamente una marca temporale sui log dei messaggi* ». Tale « *riferimento temporale* » è definito dall'articolo 1, comma 2, lett. i, come « *l'informazione contenente la data e l'ora che viene associata ad un messaggio di posta elettronica certificata* », e le regole tecniche che lo disciplinano sono dettate, ai sensi dell'articolo 10, comma 1, dall'articolo 9 del D.M. del 2 novembre 2005. Infine, anche il manuale operativo di cui all'articolo 23 del D.M. detta specifiche previsioni in merito ai formati di detto « *riferimento temporale* » e dei valori di data ed ora.

(9) Mette in particolare in luce tale positivo aspetto della PEC per le Pubbliche Amministrazioni G. CAMMAROTA, *Circolazione cartacea e circolazione telematica delle certezze pubbliche. Accertamento d'ufficio ed acquisizione d'ufficio*, in *Foro amm.-T.A.R.*, 11, 2004, par. 7.

(10) Dispone difatti l'articolo 6, comma 3, del Regolamento che « *la ricevuta di avvenuta consegna fornisce al mittente prova che il suo messaggio di posta elettronica certificata è effettivamente pervenuto all'indirizzo elettronico dichiarato dal destinatario e certifica il momento della*

Come noto, a fronte di tali vantaggi, il legislatore ha ritenuto, a pochi anni dalla sua introduzione, di estendere l'uso della PEC non solo a tutte le Amministrazioni (11), ma anche ai professionisti (12) ed alle imprese (13), rendendone l'adozione obbligatoria (14). Un valido esempio della rilevanza che la PEC ha assunto nei tempi più recenti è fornito, tra i tanti, dal c.d. processo telematico (15), nell'ambito del quale sempre più spesso è richiesto l'uso di detto strumento nei rapporti con gli uffici giudiziari (16), anche laddove il mittente non sia il difensore, ma la parte personalmente (17).

consegna tramite un testo, leggibile dal mittente, contenente i dati di certificazione ». Sul punto ha di recente chiarito l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con ordinanza in data 10 dicembre 2014, n. 33, che « *a fronte delle garanzie tecniche di sicurezza della PEC e ... dell'efficacia giuridica delle relative comunicazioni, occorre rilevare che al destinatario che intenda contestarne, in concreto, la valenza e l'idoneità alla trasmissione della conoscenza dell'atto processuale non resta che dedurre il difetto di funzionamento del sistema o una causa di forza maggiore, come tale non imputabile al destinatario, che gli abbia impedito la ricezione del messaggio. Al di fuori di queste circostanze ed eccezionali evenienze, il sistema resta presidiato da fattori tecnologici di affidabilità tali da escludere la deducibilità di contestazioni afferenti a cause genericamente imputative della tempestiva conoscenza del documento processuale trasmesso via PEC* ».

(11) Vale peraltro in proposito notare che, rispetto alla prima formulazione del citato articolo 47 del Codice dell'amministrazione digitale, le successive modifiche estesero a tutti i soggetti di cui di cui all'articolo 1, comma 2, del D.Lgs. del 30 marzo 2001, n. 165, nonché alle società interamente partecipate da enti pubblici o con prevalente capitale pubblico inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, l'obbligo di « *istituire e pubblicare nell'Indice PA almeno una casella di posta elettronica certificata per ciascun registro di protocollo* ». Nonostante tale ampia teorica diffusione, nota tuttavia F. COSTANTINO, *Autonomia dell'amministrazione e innovazione digitale*, Napoli, 2012, p. 22, le « *estreme difficoltà nel rendere concreto l'uso della posta elettronica certificata da parte della Pubblica Amministrazione* ».

(12) L'articolo 16, comma 7, del D.L. 29 novembre 2008, n. 185, ha infatti istituito l'obbligo per tutti i professionisti iscritti in albi ed elenchi istituiti con legge dello Stato di comunicare ai rispettivi ordini o collegi il proprio indirizzo di posta elettronica certificata o analogo indirizzo di posta elettronica.

(13) Analogamente a quanto previsto per i professionisti, il medesimo articolo 16, comma 6, ha previsto l'obbligo per tutte le imprese costituite in forma societaria di indicare il proprio indirizzo di posta elettronica certificata nella domanda di iscrizione al registro delle imprese o analogo indirizzo di posta elettronica basato su tecnologie che certifichino data e ora dell'invio e della ricezione delle comunicazioni e l'integrità del contenuto delle stesse, garantendo l'interoperabilità con analoghi sistemi internazionali.

(14) L'articolo 16, difatti, prevede precise conseguenze in caso di omissione di tale onere, tra cui, ad esempio, la sospensione del procedimento di iscrizione nel registro delle imprese in caso di mancata indicazione dell'indirizzo PEC.

(15) Per le novità nel processo telematico civile, cfr. E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *L'incontro tra informatica e processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 4, 2015; nel giudizio amministrativo, cfr. F. CORTESE, *Giustizia amministrativa e processo telematico: prime avvisaglie*, in *Giornale dir. amm.*, 4, 2015; nel processo penale, cfr. C. RUSSO, *Le notifiche telematiche nel processo penale. Alcune note a margine dell'art. 4, comma 3, della l. 22 febbraio 2010, n. 24*, in *Cass. pen.*, 9, 2011.

(16) Nell'ambito del processo telematico, difatti, l'articolo 13, comma 1, del D.M. 21 febbraio 2011, n. 44, dispone che « *i documenti informatici di cui agli articoli 11 e 12 sono trasmessi da parte dei soggetti abilitati esterni e degli utenti privati mediante l'indirizzo di posta elettronica certificata risultante dal registro generale degli indirizzi elettronici, all'indirizzo di posta elettronica certificata dell'ufficio destinatario* ».

(17) Sul che si veda *infra*, p. 3.2.

Da ultimo, con lo « *schema di decreto legislativo recante modifiche e integrazioni al codice dell'amministrazione digitale* », approvato dal Consiglio dei ministri il 20 gennaio 2016 (d'ora in avanti, anche Schema di Decreto) (18), la PEC ha assunto oggi un ancor più rilevante posizione, essendo stata indicata quale strumento preferenziale per l'elezione del domicilio digitale, che dovrebbe trovare compiuta definizione quale « *indirizzo di posta elettronica certificata o altro servizio qualificato di recapito che consenta la prova del momento di ricezione di una comunicazione tra i soggetti di cui all'articolo 2, comma 2, e le persone fisiche e giuridiche* » (19).

A fronte, dunque, dell'espansione delle fattispecie in cui la PEC assume rilevanza nel nostro ordinamento, occorre valutare con attenzione alcune delle criticità che tutt'oggi affliggono tale innovativo strumento del nostro ordinamento, in particolare alla luce delle proposte di modifica del citato Schema di Decreto. Il che deve necessariamente essere fatto tenendo conto che la PEC, ideata e realizzata in Italia (20), pur basandosi su molteplici standard internazionalmente riconosciuti (21), e benché sia ormai da tempo sperimentata nel nostro ordinamento, ad oggi non risulta purtroppo essere stata adottata da nessun altro paese.

2. PROFILI PROBLEMATICI: PREMESA METODOLOGICA IN VISTA DELL'ADOTTANDO SCHEMA DI DECRETO DI RIFORMA DEL CODICE DELL'AMMINISTRAZIONE DIGITALE.

La prima criticità che si deve sottolineare è legata al carattere esclusivamente nazionale della PEC, e quindi al rischio che iniziative

(18) Secondo la bozza resa momentaneamente disponibile dal Governo stesso all'indirizzo <http://www.funzionepubblica.gov.it/comunicazione/notizie/2016/gennaio/riforma-pa-approvati-i-primi-11-decreti-attuativi.aspx>, poi pubblicato in *LexItalia.it*, n. 2/2016.

(19) Sarebbe così definito dalla nuova lettera *n-ter* del novellato articolo 1, comma 1, del Codice dell'Amministrazione Digitale, rispetto invece alla nozione di cui all'attuale articolo 3-bis, comma 1, rubricato « *domicilio digitale del cittadino* », ai sensi del quale « *al fine di facilitare la comunicazione tra pubbliche amministrazioni e cittadini, è facoltà di ogni cittadino indicare alla pubblica amministrazione, secondo le modalità stabilite al comma 3, un proprio indirizzo di posta elettronica certificata quale suo domicilio digitale* ».

(20) In proposito è doveroso sottolineare che l'« *invenzione* » introdotta dal nostro legislatore è stata in realtà di recente contestata in quanto asseritamente lesiva di un brevetto depositato qualche anno prima. Ad ogni modo, poco cambia in ordine all'origine italiana dell'istituto, considerato che anche i depositari del brevetto asseritamente violato sono italiani.

(21) La maggior parte dei quali sono indicati dall'articolo 3 del D.M. del 2 novembre 2005, recante *Regole tecniche per la formazione, la trasmissione e la validazione, anche temporale, della posta elettronica certificata*.

europee possano mettere in crisi il sistema adottato dal nostro ordinamento per le comunicazioni con la Pubblica Amministrazione.

In proposito si deve quindi anzitutto richiamare il recente Regolamento UE n. 910/2014 in materia di identificazione elettronica e servizi fiduciari per le transazioni elettroniche nel mercato interno (22), in relazione al quale si possono svolgere in questa sede solo due brevi considerazioni, rinviando alla dottrina che già si è occupata dello stesso per una più completa analisi dell'identità digitale (23).

Mentre tale Regolamento disciplina le modalità di identificazione digitale dei soggetti, istituendo un sistema fondato sul reciproco riconoscimento dei sistemi di identità elettronica degli Stati Membri, in questa sede la PEC viene invece analizzata quale strumento di comunicazione, anche nella sua veste di preferenziale metodo di individuazione del domicilio digitale.

Tra i vari vantaggi della PEC che si sono ricordati, dunque, non viene qui in rilievo l'aspetto relativo all'identificazione del mittente. E ciò in quanto, considerata l'imminente entrata in vigore del Regolamento n. 910/2014 (24), si deve naturalmente dare per acquisito il fatto che l'identificazione elettronica dovrà avvenire in modo conforme alle previsioni di cui alla disciplina europea.

In secondo luogo, si deve premettere che le riflessioni svolte nel proseguo si fondano sull'ulteriore presupposto, invero da verificare, che il domicilio digitale sia una nozione effettivamente compatibile con l'istituendo regime europeo di identità elettronica. Non è infatti da escludere che tale nozione, introdotta in via esclusiva dal nostro legislatore, possa essere giudicata — anche solo in limitate fattispecie — in contrasto con la disciplina europea, qualora dovesse emergere che la stessa costituisca un limite alla concreta possibilità per i cittadini europei di avvalersi dell'identità elettronica, secondo le modalità dettate dal Regolamento n. 910/2014.

(22) Si tratta in particolare del Regolamento (UE) n. 910/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 luglio 2014, che abroga la direttiva 1999/93/CE.

(23) Sulla nuova normativa europea si veda, per tutti, il recente contributo di C. LEONE, *EU Regulation no. 910/2014 on Electronic Identification and Trust Services: an effort towards the elimination of barriers for electronic transactions and internal market consolidation*, in questa *Rivista*, 3-4, 2015, p. 1045. Per un più generale quadro dell'influenza europea sulle trasformazioni in atto in tema di Pubblica Amministrazione e digitalizzazione, della stessa Autrice si veda invece C. LEONE, *Il ruolo del diritto europeo nella costruzione dell'amministrazione digitale*, in questa *Rivista*, 3-4, 2014, p. 867.

(24) Fissata al 1° luglio 2016.

Non pare tuttavia opportuno, per il momento, valutare tali aspetti, non solo in quanto la specificazione della nozione di domicilio digitale è per ora provvisoria, ma soprattutto in quanto tale eventuale incompatibilità dovrà essere valutata alla luce delle modalità con cui il domicilio digitale sarà strutturato, e sarà, o meno, affiancato agli strumenti di identificazione digitale di cui alla disciplina europea sui servizi fiduciari dettata dal Regolamento n. 910/2014.

Dunque, tralasciando tali aspetti, in relazione ai quali lo stato della vigente normativa e delle misure di riforma in corso di adozione appare ancora prematuro per giustificare una compiuta analisi critica, conviene per il momento concentrarsi su due aspetti che sono, viceversa, già attuali e non risolti dallo Schema di Decreto.

3. IL *LOCK-IN* DEGLI UTENTI NEL SISTEMA PEC.

Un primo ordine di problemi dato dall'utilizzo della PEC, secondo le modalità previste dal nostro legislatore (25), risiede nel fatto che l'utente, qualora voglia cambiare gestore, è di norma costretto a cambiare indirizzo di posta. Il che può dunque portare ad una indesiderata fidelizzazione verso il gestore.

La necessità di dover modificare il proprio indirizzo PEC ogniqualvolta si voglia cambiare fornitore del servizio comporta infatti la sconsigliata conseguenza di doverne dare comunicazione a tutti coloro i quali siano in possesso del vecchio indirizzo. E vale sottolineare in proposito che tale onere, nel caso della PEC, assume un carattere niente affatto secondario. In caso si voglia cambiare fornitore del servizio PEC — e, così, indirizzo — si rende infatti necessario, anzitutto, attivare una nuova casella con un nuovo gestore. Dopo di che è naturalmente necessario comunicare il nuovo indirizzo a tutti i soggetti interessati, tra cui in primo luogo, per coloro che abbiano l'obbligo di possedere un indirizzo PEC *ex lege*, tutti i

(25) Quanto alla fornitura del servizio, il sistema PEC è stato infatti strutturato alla stregua di un comune servizio di e-mail, nel quale, ai sensi dell'articolo 2 del d.P.R. 68/2005 vengono perciò in gioco tre soggetti: « a) il mittente, cioè l'utente che si avvale del servizio di posta elettronica certificata per la trasmissione di documenti prodotti mediante strumenti informatici; b) il destinatario, cioè l'utente che si avvale del servizio di posta elettronica certificata per la ricezione di documenti prodotti mediante strumenti informatici; c) il gestore del servizio, cioè il soggetto, pubblico o privato, che eroga il servizio di posta elettronica certificata e che gestisce domini di posta elettronica certificata ». Ed, in tale contesto, l'articolo 4, comma 7, del medesimo d.P.R. precisa altresì che « il mittente o il destinatario che intendono fruire del servizio di posta elettronica certificata si avvalgono di uno dei gestori di cui agli articoli 14 e 15 ».

soggetti nei confronti dei quali vige l'obbligo di comunicazione del proprio indirizzo (26), i quali devono poi comunicare l'aggiornamento ai soggetti terzi deputati al mantenimento degli indirizzi PEC (27). Ciò fatto, e solo quando si sia avuta certezza che tutte le comunicazioni sono andate a buon fine, per maggior cautela si dovrebbe poi comunque monitorare la vecchia casella sino a quando questa non sia effettivamente e definitivamente disattivata.

Si tratta, com'è evidente, di procedura non rapida, che peraltro deve essere condotta con una certa attenzione: ciascuno di detti oneri, ove non correttamente e tempestivamente assolto, può comportare conseguenze particolarmente gravose, considerata la valenza probatoria della ricevuta di consegna, nonché della rinnovata nozione di domicilio digitale.

Invero, un problema simile fu risolto tempo addietro a livello europeo quando si avviò il processo di liberalizzazione del mercato delle telecomunicazioni (28). Sin dalla Direttiva 97/33/CE (29) il legislatore europeo introdusse infatti la c.d. portabilità dei numeri (30), « grazie alla quale gli utenti finali che ne facciano richiesta possono conservare il loro numero o i loro numeri nella rete telefonica pubblica fissa in un luogo specifico, a prescindere dall'organismo che fornisce il servizio » (31). In altri termini, tale sistema, come ben noto a chiunque abbia cambiato operatore di telefonia, permette in sostanza di mantenere il proprio numero, ponendo a carico dell'operatore l'onere di trasferire al nuovo gestore il numero collegato all'utenza.

(26) Quali, ad esempio, gli ordini di appartenenza per i professionisti, la Camera di Commercio per le imprese.

(27) Ad esempio, per professionisti ed imprese, il registro gestito dal servizio INIPEC, consultabile al sito www.inipec.gov.it, ovvero, per le Pubbliche Amministrazioni, quello consultabile all'indirizzo internet www.indicepa.gov.it.

(28) Su tale processo di liberalizzazione, e per un approfondimento sul tema del mercato europeo delle telecomunicazioni si veda R. PEREZ, *Comunicazioni elettroniche*, in M.P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte Speciale* (coordinato da G.F. Cartei e da D.-U. Galetta), vol. II, II Ed., Milano, 2007. Sul punto cfr. anche N. RANGONE, *Le telecomunicazioni*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di Diritto Amministrativo*, vol. III, II Ed., Milano, 2003; F. BASSAN, *La riforma italiana delle telecomunicazioni: profili generali*, in *Dir. comm. internaz.*, 1, 1998.

(29) Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 giugno 1997 sull'interconnessione nel settore delle telecomunicazioni e finalizzata a garantire il servizio universale e l'interoperabilità attraverso l'applicazione dei principi di fornitura di una rete aperta.

(30) Che, tuttavia, come sottolinea N. RANGONE, *Le telecomunicazioni*, cit., p. 2408, nel nostro ordinamento fu concretamente attuata dopo il termine fissato dalla Direttiva, con la conseguente apertura di una procedura di infrazione.

(31) Cfr. articolo 12, paragrafo 5, della Direttiva.

Come chiarito dallo stesso legislatore europeo, nel momento in cui si avviò la riforma del settore delle telecomunicazioni, la portabilità dei numeri rappresentò « *un'opportunità importante per gli utenti* » (32). Non v'è infatti bisogno di molte parole per motivare la convenienza, per l'utente finale, e l'opportunità, sotto il profilo della promozione della concorrenza, di garantire la c.d. portabilità, rispetto ad un sistema nel quale, ogni volta che si voglia cambiare operatore, si debba cambiare recapito, con l'onere poi di comunicarlo a tutti i propri contatti (33).

Per ovviare ai problemi di “switching” sopra descritti che attualmente caratterizzano il servizio PEC, si potrebbe allora suggerire di imporre, anche in tale mercato, la portabilità dell'indirizzo PEC. Tale soluzione, tuttavia, risulterebbe allo stato tecnicamente non percorribile, in ragione delle modalità stesse di funzionamento del sistema PEC.

Va anzitutto sottolineato che gli indirizzi PEC — in ragione di quanto previsto dall'articolo 1, comma 2, lett. *d*, del Regolamento, ed in quanto in sostanza indirizzi di posta elettronica strutturati in modo del tutto analogo a quelli tradizionali — sono per loro natura legati ad un dominio di secondo livello (34), ossia a quella parte dell'indirizzo che segue il simbolo @, ma che precede il domi-

(32) Considerando 15 della Direttiva.

(33) Ha infatti sul punto affermato l'Avvocato Generale Christine Stix-Hackl nelle conclusioni presentate il 23 marzo 2006, nella causa C-438/04, *Mobistar*, p. 4, che « *la portabilità assume un significato decisivo con riguardo ad una concorrenza effettiva, poiché essa aumenta la propensione dell'utente al cambiamento ovvero poiché, al contrario, l'impossibilità di trasferire i numeri o i costi dell'operazione possono dissuadere l'utente dalla scelta di un nuovo offerente* ». In dottrina, V. LOSTORTO, *I servizi pubblici: il quadro normativo, l'organizzazione, i modelli gestionali*, Milano, 2007, p. 99 definisce la portabilità del numero « *tema di fondamentale importanza per la promozione e la realizzazione di una effettiva concorrenza* ». In tal senso, M. OROFINO, *Il Telecoms Package: luci ed ombre di una riforma molto travagliata*, in questa *Rivista*, 2, 2010, par. 7, sottolinea che una rapida portabilità « *appare in grado di accentuare la propensione al cambiamento e, quindi, rafforzare la concorrenza tra operatori nei mercati al dettaglio* ». Sul punto si veda anche R. PEREZ, *Comunicazioni elettroniche*, cit., p. 814, la quale sottolinea che pratiche anticoncorrenziali che impediscono la portabilità del numero irrigidiscono il mercato riducendo la mobilità della clientela e modifica in ultima analisi il gioco della concorrenza. Sotto diversa prospettiva, L. SALTARI, *Accesso e interconnessione. La regolazione delle comunicazioni elettroniche*, Milano, 2008, pp. 158-159, sottolinea che la regolazione della portabilità del numero è riconducibile « *all'idea della “asimmetria benigna”, finalizzata cioè al ridimensionamento dell'incumbent* », il qual a sua volta richiama L.G. RADICATI DI BROZOLO, *Simmetria e asimmetria nel diritto comunitario delle telecomunicazioni*, in *Dir. informaz.*, 1997 e S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2, 2002, il quale in particolare spiega che la portabilità, favorendo il passaggio degli utenti dagli *incumbents* ai nuovi operatori, rappresenta un esempio in cui « *regole formalmente eguali per tutti sono, di fatto, più convenienti per alcuni degli operatori che per altri* » (*ibid.*, p. 270).

(34) Prevede infatti la norma citata che si intende per « *dominio di posta elettronica certificata* », « *l'insieme di tutte e sole le caselle di posta elettronica certificata il cui indirizzo fa*

nio di primo livello (35). Ad esempio, nell'indirizzo fi mario.rossi@providerposta.it, il dominio di secondo livello è *providerposta*, mentre il dominio di primo livello è *it* (36).

Tale caratteristica degli indirizzi PEC è particolarmente rilevante, ai fini dell'effetto di *lock-in*, in quanto ogni qualvolta viene inviato un messaggio di posta elettronica — sia esso tradizionale o PEC —, il sistema dei nomi di dominio (37) identifica il fornitore di posta (*rectius*, server di posta) a cui i messaggi devono essere consegnati attraverso i Mail eXchanger record (MX record) restituiti dal server a cui punta il dominio di secondo livello (38). In altri termini, con una estrema semplificazione, si può dire che il sistema di posta del mittente, per sapere a chi consegnare il messaggio in uscita, “chiede” al dominio di secondo livello contenuto nell'indirizzo del destinatario (nel nostro esempio, *www.providerposta.it*) a quale sistema di posta debba consegnare il messaggio. È poi il servizio di posta del ricevente (*providerposta*) che materialmente colloca il messaggio nella casella di posta del singolo utente (mario.rossi).

Perciò, ogniqualvolta un messaggio debba essere inviato all'indirizzo del nostro esempio mario.rossi@providerposta.it, il primo gestore che viene inevitabilmente contattato è quello che amministra il dominio di secondo livello *www.providerposta.it*. Ciò significa che un'effettiva portabilità dell'indirizzo PEC non sarebbe possibile in quanto, anche laddove si consentisse di trasferire la gestione della casella PEC ad altro gestore, il proprietario del dominio di secondo livello dovrebbe comunque continuare ad amministrare tutte le richieste legate alla casella avente nell'indirizzo il proprio dominio di secondo livello. Il che, oltre a moltiplicare i costi, impedirebbe comunque di conseguire il completo trasferimento dell'utente al nuovo gestore.

Il discorso potrebbe essere parzialmente diverso solo in quei casi in cui il destinatario del messaggio (il Sig. Mario Rossi del nostro

riferimento, nell'estensione, ad uno stesso dominio della rete Internet, definito secondo gli standard propri di tale rete ».

(35) In breve, sono domini di primo livello quelli rappresentati dalla stringa alfanumerica che segue il “punto” più a destra dell'indirizzo *internet*.

(36) Per un approfondimento sul tema dei domini di primo e secondo livello, da una prospettiva giuridica, si può rinviare a G. ZICCARDI, *Informatica giuridica. Manuale breve*, Milano, 2008, p. 384.

(37) Meglio noto come DNS, *Domain Name System*.

(38) Sul punto si veda, sotto un profilo strettamente tecnico, la Sezione 10.3, *MX and NS records*, del documento RFC 2181, *Clarifications to the DNS Specification*, redatto da R. ELZ, R. BUSH nel luglio 1997 e reperibile all'indirizzo <https://tools.ietf.org/html/rfc2181>.

esempio) sia anche proprietario del dominio di secondo livello (ad es. *@mariorossi.it*). In questo caso, difatti, il proprietario del dominio (il Sig. Mario Rossi) sarebbe senz'altro libero in qualsiasi momento di trasferire ad altro fornitore la gestione del proprio dominio e di tutti i relativi servizi, ivi incluso quello PEC.

Un tale scenario, tuttavia, non risolve a ben vedere il problema del *lock-in* attualmente posto dal sistema PEC.

In primo luogo, difatti, si deve sottolineare che la maggior parte degli indirizzi PEC fanno capo a domini di secondo livello di proprietà non del singolo utente, bensì dei fornitori del servizio PEC. Sicché, per tutti gli utenti che non siano proprietari del dominio a cui fa riferimento il proprio indirizzo, una tale soluzione non sarebbe percorribile.

In secondo luogo, sarebbe davvero difficile immaginare che ciascun utente PEC debba registrare un dominio di secondo livello. Non solo per le difficoltà tecniche che ciò comporterebbe, ma soprattutto in quanto la moltiplicazione dei domini di secondo livello sarebbe ben presto insostenibile, con l'inevitabile esaurimento in tempi brevi dei domini. Basti ancora pensare al nostro esempio, ed a quanti "Mario Rossi" avrebbero necessità di registrare il dominio *mariorossi.it*, od uno analogo.

È naturalmente estranea all'oggetto del presente scritto la ricerca e l'esposizione delle possibili soluzioni tecniche in grado di ovviare al problema qui analizzato, sicché si può in questa sede solo ricordare quella dottrina che ha sottolineato che, a differenza di quanto avviene nei sistemi di posta certificata tradizionali — ossia cartacei, quali la raccomandata con ricevuta di ritorno —, nel campo digitale « *certified mail services can be logically separated from message delivery services. Consequently, a certified mail service can be provided by a TTP [trusted third party, n.d.r.] that is independent and has nothing to do with the message delivery service provider(s). In fact, anybody can provide a certified mail service for arbitrary message handling and delivery systems (to provide a value-added service)* » (39).

Il che, in altri termini, equivale a dire che il fornitore del servizio di e-mail, e quello del sistema di certificazione (TTP), in quanto tra

(39) Cfr. R. OPPLIGER, P. STADLIN, *A certified mail system (CMS) for the Internet*, in *Computer Communications*, vol. 27, 13, 2004, p. 1235. Più recentemente, cfr. anche solo R. OPPLIGER, *Providing Certified Mail Services on the Internet*, in *IEEE Security Privacy*, vol. 5, 1, 2007, p. 17.

loro separabili, possono essere due soggetti tra loro distinti. Cosa che, invece, non avviene nell'attuale sistema PEC italiano, considerato che il gestore del servizio di posta cumula in sé anche la funzione di TTP (40).

Rinviando l'individuazione della soluzione tecnica ottimale ai numerosi scritti specialistici che già si sono occupati del tema (41), per quanto qui interessa ci si può limitare a suggerire, sulla base della premessa posta dalla dottrina richiamata, che per superare le criticità sin qui analizzate si potrebbe affidare il ruolo di certificazione (TTP) ad un'Autorità pubblica indipendente, alla quale i singoli altro non dovrebbero fare se non comunicare l'indirizzo e-mail sul quale desiderano che la certificazione abbia luogo. Se pur in tal modo non si eliminerebbe il problema di dover comunicare un eventuale cambiamento di indirizzo e-mail ai propri contatti — ma ciò, come si è visto, è connaturale al servizio e-mail stesso —, una tale soluzione potrebbe viceversa eliminare qualsivoglia fidelizzazione dell'utenza verso un particolare fornitore. Potendo essere certificato qualsiasi indirizzo e-mail, l'utente sarebbe infatti libero di cambiare gestore di posta in qualsiasi momento, portando immediatamente sul nuovo indirizzo la certificazione, senza dunque subire le complicazioni che si sono invece viste oggi esistere qualora fornitore e-mail e TTP siano cumulati in un unico soggetto.

Ciò che, tuttavia, si dovrà valutare, è se ciò potrà essere conseguito senza stravolgimenti dell'attuale sistema. Ma anche questo appare un problema di natura tecnica al quale non si può certamente fornire una risposta in questa sede. Ad ogni modo, prima ancora di valutare la fattibilità e la convenienza di una trasformazione dell'attuale sistema, si deve comunque esaminare una seconda essenziale

(40) In tal senso A. TAUBER, *A survey of certified mail systems provided on the Internet*, in *Computers & Security*, vol. 30, 6-7, 2011, p. 471, il quale spiega precisamente che nel sistema PEC « *delivery agents (so-called PEC providers) ensure strong fairness by acting as an inline TTP between senders and recipients* ». In tal senso cfr. anche R. FALCIAI, L. LIBERATI, *The Italian certified e-mail system*, in *Digital Evidence and Electronic Signature Law Review*, 1, 2014, p. 51.

(41) Tra le tante soluzioni che sono state proposte ed analizzate, alle quali peraltro fanno eco altrettanto numerosi depositi di brevetti, si possono in questa sede ricordare: A. PAULIN, T. WELZER, *A universal system for fair non-repudiable certified e-mail without a trusted third party*, in *Computers & Security*, vol. 32, 2013; A. TAUBER, T. RÖSSLER, *A Scalable Interoperability Architecture for Certified Mail Systems*, in Atti del Convegno « *2010 IEEE 12th Conference on Commerce and Enterprise Computing (CEC)* », novembre 2010, in *2010 IEEE 12th Conference on Commerce and Enterprise Computing (CEC)*; J.L. FERRER-GOMILLA, J.A. ONIEVA, M. PAYERAS, J. LOPEZ, *Certified electronic mail: Properties revisited*, in *Computers & Security*, vol. 29, 2, 2010; A. TAUBER, T. RÖSSLER, *Enhancing Security and Privacy in Certified Mail Systems Using Trust Domain Separation*, in M. BURMESTER, G. TSUDIK, S. MAGLIVERAS, I. ILIĆ (a cura di), *Information Security*, Berlin, 2010.

criticità del sistema PEC che, del pari, dovrebbe essere adeguatamente risolta.

4. I PROBLEMI DERIVANTI DALL'ADOZIONE DI UNO STRUMENTO NAZIONALE PER RISOLVERE UN PROBLEMA COMUNE NEL MERCATO INTERNO.

Come si è anticipato, la PEC è sostanzialmente un'invenzione italiana. Tale circostanza non è certamente di per sé problematica, potendo semmai rappresentare un valido esempio della capacità innovativa del nostro ordinamento. Ciò che tuttavia solleva alcuni dubbi è che, allo stato, il sistema non sia stato adottato da nessun altro ordinamento.

Val la pena di chiarire subito che tale circostanza non è certamente dovuta al fatto che i problemi a cui mirava a dare soluzione il nostro legislatore con l'introduzione della PEC fossero avvertiti solo nel nostro ordinamento. Al contrario, già da diversi anni, in molti altri ordinamenti sono stati introdotti sistemi di posta elettronica certificata con il preciso fine di rispondere ad esigenze del tutto analoghe a quelle cui mira assolvere la PEC italiana (42). Il che, del resto, è confermato dalla mole di lavori specialistici che hanno tentato di individuare un sistema di posta elettronica efficiente e rispondente all'esigenza di portare nel mondo digitale il concetto di posta certificata già noto nei sistemi di posta tradizionali (43).

Non è ad ogni modo opportuno ulteriormente indagare, in questa sede, le molteplici soluzioni tecniche proposte dalla dottrina specialistica; né pare utile operare un'indagine in prospettiva comparata dei diversi sistemi in essere in altri Stati membri dell'Unione Europea, potendosi sul punto rinviare agli studi di settore già esi-

(42) Per una panoramica degli aspetti tecnici delle diverse soluzioni adottate a livello europeo, tra cui la PEC italiana, i sistemi *DDS* ed *ERV* austriaci, quello tedesco *De-Mail* e quello Sloveno *Moja.posta.si*, cfr. A. TAUBER, *A survey of certified mail systems provided on the Internet*, cit. Più in particolare, sul sistema di posta con crittografia end-to-end sviluppato in Germania, c.d. *De-Mail*, cfr. J. DIETRICH, J. KELLER-HERDER, *De-Mail - verschlüsselt, authentisch, nachweisbar*, in *DuD*, vol. 34, 5, 2010. Si può poi ricordare anche il sistema di *mailbox* introdotto nel 2009 in Repubblica Ceca, cfr. Z. KUČERA, L. KYNCL, *Data Mailboxes in the Czech Republic - Useful or Useless?*, in *Data Mailboxes in the Czech Republic*, 1, 2010. Quanto all'Austria, invece, si possono altresì menzionare i sistemi *MOA ZS* e *openZUSE*, in relazione ai quali si può positivamente apprezzare l'impegno di renderli completamente open source, con un'ampia documentazione tecnica di dettaglio sui meccanismi di funzionamento del sistema resi disponibili tramite il portale europeo Joinup, rispettivamente agli indirizzi <https://joinup.ec.europa.eu/software/moa-zs/description> e <https://joinup.ec.europa.eu/software/openzuse/description>.

(43) Sul che si vedano i già citati lavori alla nota 41.

stenti (44). Viceversa, conviene in questa sede cercare di mettere in luce quali conseguenze possano derivare dal fatto che la PEC sia utilizzata solo nel nostro ordinamento e, quindi, quali problematiche possano eventualmente da ciò discendere.

In proposito giova tuttavia una pur breve precisazione in ordine alle norme primarie europee che possono venire in gioco. Le disposizioni europee che, a vario modo, hanno ad oggetto mezzi di comunicazione in forma elettronica (45), infatti, sono state adottate sulla base dell'articolo 95 TCE, oggi 114 TFUE, sul ravvicinamento delle legislazioni funzionali all'instaurazione ed al funzionamento del mercato interno. Si tratta, quindi, di norme volte a promuovere l'esercizio delle c.d. libertà fondamentali previste dai Trattati (diritto di stabilimento e di libera circolazione), mentre non è naturalmente rinvenibile tra le norme primarie una base giuridica specifica per il commercio elettronico o per le comunicazioni in forma digitale.

È dunque in tale prospettiva che risulta opportuno valutare in quale misura l'obbligatorietà di uno strumento proprio solo del nostro Paese possa creare problemi laddove vi siano, viceversa, procedure di derivazione europea. Le fattispecie che possono venire in gioco sono naturalmente numerosissime, come ben rappresentato da quella dottrina che già ha studiato i modi in cui amministrazione europea ed amministrazione nazionale si intrecciano (46). Ci si può

(44) Sul punto, per tutti, cfr. ancora il già citato A. TAUBER, *A survey of certified mail systems provided on the Internet*, cit..

(45) Si pensi ad esempio alla già richiamata Direttiva 97/33/CE sull'interconnessione nel settore delle telecomunicazioni o la Direttiva 2002/58/CE relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche.

(46) Sul punto si possono per tutti ricordare quei lavori che, in una coerente linea evolutiva dagli anni '90 ad oggi, hanno studiato il fenomeno, partendo da C. FRANCHINI, *Amministrazione italiana e amministrazione comunitaria*, Padova, 1992, il quale, in un momento ancora anteriore al vento di liberalizzazioni europeo, aveva studiato i rapporti tra amministrazione nazionale ed europea, individuando un « nuovo modello di amministrazione fondato sul principio della coamministrazione » (*ibid.*, pag. 31 e *passim*). Sul filo di tale ricerca, L. SALTARI, *Amministrazioni nazionali in funzione comunitaria*, Milano, 2007, in epoca più recente ha poi portato la ricerca un passo oltre, studiando l'evoluzione di detti rapporti ed analizzando vari settori oggetto di disciplina europea dagli anni '90 in poi, concludendo in favore del superamento dei tradizionali modelli di azione comunitaria (diretta, indiretta, coamministrazione, integrazione decentrata), e sottolineando invece l'esigenza di « conferire unità alla cura della funzione che incorpora un interesse pubblico composito che trascende gli Stati membri » (*ibid.*, pag. 260). In linea con tale pensiero, in una prospettiva allargata rispetto al solo Diritto Amministrativo, G. DELLA CANANEA, *Al di là dei confini statuali. Principi generali del diritto pubblico globale*, Bologna, 2009, che ha avanzato « il dubbio che non sia in atto una sorta di *translatio imperii*, dai vecchi ai nuovi detentori della sovranità, ma un processo ben più complesso di moltiplicazione e diversificazione delle istanze decisionali » (*ibid.*, pag. 20). Ed, infine, a "chiusura" dei precedenti studi, si inserisce il recente contributo di G. VESPERINI, *Il vincolo europeo sui diritti amministrativi nazionali*, Milano, 2011, il quale, attraverso

dunque limitare, in questa sede, ad analizzare due tra i più significativi esempi in cui la PEC viene in gioco nell'ambito di procedimenti a vario modo legati al diritto europeo, in quanto ben sufficienti a rappresentare la dimensione del problema.

4.1. *I creditori stranieri e l'uso della PEC nelle procedure concorsuali.*

Per quanto riguarda le procedure concorsuali, giova anzitutto ricordare che le stesse sono state disciplinate, per gli aspetti transfrontalieri di interesse europeo, con il Regolamento del 20 maggio 2015, n. 848 (47). Tra le varie disposizioni applicabili alle procedure nazionali ricadenti nell'ambito di applicazione del Regolamento (48), vale in questa sede ricordare l'articolo 53, disciplinante il « *diritto di insinuazione dei crediti* », ai sensi del quale « *un creditore straniero può insinuare i crediti nella procedura d'insolvenza con qualunque mezzo di comunicazione ammesso dalla legge dello Stato di apertura. Ai fini esclusivi dell'insinuazione dei crediti non è obbligatorio essere rappresentati da un avvocato o da un altro professionista legale* ».

Al fine di rendere effettiva la possibilità per i creditori stranieri di insinuare i propri crediti nella procedura d'insolvenza, il successivo articolo 54 prevede l'obbligo, per l'autorità giudiziaria competente, di inviare agli stessi una comunicazione che indichi « *i termini da rispettare, le sanzioni previste circa i termini, l'organo o l'autorità legittimati a ricevere l'insinuazione dei crediti e altri provvedimenti prescritti* ». In tale comunicazione la norma prescrive altresì che venga in particolare inclusa « *copia del modulo uniforme per l'insi-*

un'attenta analisi di alcune discipline specifiche (diplomi d'istruzione superiore, regimi nazionali di autorizzazione preventiva, circolazione e diritti di soggiorno dei cittadini europei e dei loro familiari, autorità indipendenti), offre un rinnovato inquadramento dell'assetto del diritto amministrativo e delle amministrazioni, sia nazionali che europee in un contesto "unitario". Sul tema dell'intreccio tra amministrazione nazionale ed europea, si veda poi anche S. STICCHI DAMIANI, *L'atto amministrativo nell'ordinamento comunitario: contributo allo studio della nozione*, Torino, 2006, il quale analizza le conseguenze di tale fenomeno sul regime degli atti amministrativi.

(47) Che ha sostituito il precedente Regolamento (CE) n. 1346/2000 del Consiglio, del 29 maggio 2000, relativo alle procedure di insolvenza.

(48) Ai sensi del combinato disposto di cui all'articolo 1, paragrafo 1, terzo periodo, e dell'Allegato A, rientrano nell'ambito di applicazione del Regolamento — per quanto riguarda l'Italia — il fallimento, il concordato preventivo, la liquidazione coatta amministrativa, l'amministrazione straordinaria, gli accordi di ristrutturazione, le procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento del consumatore (accordo o piano), la liquidazione dei beni.

nuazione di crediti di cui all'articolo 55 o le informazioni su dove reperire detto modulo ». Modulo che, ai sensi dell'articolo 55, paragrafo 5, può peraltro essere presentato « *in qualunque lingua ufficiale delle istituzioni dell'Unione* », proprio al fine di « *agevolare i creditori che intendono insinuare i loro crediti nelle procedure aperte in un altro Stato membro* » (49).

Il nostro legislatore ha così previsto la possibilità per tutti i creditori, anche non stranieri, di insinuare personalmente i crediti nella procedura d'insolvenza. Nel fare ciò, ha tuttavia previsto, quale « *mezzo di comunicazione* » successivo a tale insinuazione, l'uso esclusivo della PEC.

Nell'ambito del fallimento, l'articolo 93 del Regio decreto del 16 marzo 1942, n. 267, prevede in particolare che il ricorso contenente la domanda di ammissione al passivo di un credito, di restituzione o rivendicazione di beni mobili e immobili, pur potendo essere presentato anche personalmente dalla parte, deve essere trasmesso all'indirizzo di posta elettronica certificata del curatore. Ai sensi del successivo comma 4, n. 5, il ricorso deve inoltre contenere « *l'indicazione dell'indirizzo di posta elettronica certificata, al quale ricevere tutte le comunicazioni relative alla procedura, le cui variazioni è onere comunicare al curatore* ».

Val la pena di sottolineare, poi, che l'uso della PEC non è peraltro essenziale solo per l'insinuazione, ma assume anche rilievo nel corso di tutta la procedura. L'articolo 31-bis, comma 1, prevede che le comunicazioni del curatore « *ai creditori e ai titolari di diritti sui beni che la legge o il giudice delegato pone a carico del curatore sono effettuate all'indirizzo di posta elettronica certificata da loro indicato nei casi previsti dalla legge* ». E in caso di omessa comunicazione, l'articolo 93, comma 5, prescrive espressamente che si applichi la non indifferente conseguenza stabilita dall'articolo 31-bis, secondo comma, secondo cui « *tutte le comunicazioni sono eseguite esclusivamente mediante deposito in cancelleria* ».

Disposizioni del tutto analoghe sono poi dettate dagli articoli 171, 207 e 208 per la convocazione, comunicazione e partecipazione dei creditori e dei terzi, nell'ambito del concordato preventivo, degli accordi di ristrutturazione e della liquidazione coatta amministrativa. Ed anche in questo caso le norme dispongono l'espressa applicazione

(49) Cfr. considerando 64 del Regolamento 848/2015.

della medesima conseguenza prevista dal citato articolo 31-*bis*, secondo comma, in caso di omessa comunicazione di un indirizzo PEC.

Va peraltro sottolineato al riguardo che, a differenza di quanto oggi prevede lo Schema di Decreto per il domicilio digitale, tutte le norme citate non prevedono la possibilità di avvalersi di un « *altro servizio qualificato di recapito che consenta la prova del momento di ricezione di una comunicazione* » (50). L'articolo 93 del R.D. n. 267/1942, difatti, prevede in via esclusiva la sola possibilità di indicare un indirizzo di posta elettronica certificata, né lo Schema di Decreto, a quanto consta, ha previsto di aggiornare tale disposizione.

La (sola) PEC assume perciò un ruolo primario per tutte le comunicazioni da effettuare ai creditori nell'arco di tutte le procedure concorsuali disciplinate dal citato Regio Decreto ricadenti nell'ambito di applicazione del Regolamento 848/2015 (51). V'è dunque da chiedersi se il ricorso ad uno strumento esclusivamente italiano, possa, o meno, porsi in contrasto con la citata disposizione di cui all'articolo 53 del Regolamento. Occorre difatti verificare se — la necessità di disporre di un indirizzo PEC — non possa pregiudicare la concreta possibilità per un creditore straniero di stare in giudizio personalmente.

Si potrebbe pensare al riguardo che non vi siano incompatibilità europee in quanto l'articolo 53 del Regolamento ammette l'uso di « *qualunque mezzo di comunicazione ammesso dalla legge dello Stato* ». Senonché si deve altresì considerare che la PEC è uno strumento tecnologico proprio solo dell'ordinamento italiano, la cui concreta disponibilità al di fuori del nostro Paese varia sensibilmente. Sicché il ricorso in via esclusiva a tale strumento non è da escludere che possa pregiudicare, in via di fatto, i creditori di altri Stati Membri.

(50) Cfr. articolo 1, comma 1, lett. *b*, dello Schema di Decreto.

(51) Devono infatti essere comunicati a mezzo PEC, tra gli altri, il rapporto semestrale del curatore riepilogativo delle attività svolte di cui all'articolo 33, comma 5; il progetto quadrimestrale di ripartizione delle somme disponibili di cui all'articolo 110; il rendiconto finale del curatore di cui all'articolo 116; la proposta di concordato di cui all'articolo 125, che a sua volta deve contenere l'indicazione dell'indirizzo di posta elettronica certificata qualora il ricorso sia proposto da un terzo; l'omologazione del concordato di cui all'articolo 129; il ricorso di esdebitazione ed il relativo decreto di chiusura del fallimento di cui all'articolo 143; la relazione particolareggiata sulle cause del dissesto, sulla condotta del debitore, sulle proposte di concordato e sulle garanzie offerte ai creditori di cui all'articolo 172; la comunicazione sull'apertura della procedura per la revoca dell'ammissione al concordato di cui all'articolo 173; il rapporto semestrale del liquidatore di cui all'articolo 182; la relazione del commissario di cui all'articolo 205; lo stato passivo di cui all'articolo 209.

Si può infatti facilmente immaginare che un soggetto straniero che si vedesse recapitata via raccomandata o via telefax la comunicazione circa l'apertura di una procedura concorsuale nei confronti di un proprio debitore (52) potrebbe essere impossibilitato, o gravemente limitato, ad attivare un indirizzo di PEC nei tempi utili per la partecipazione alla procedura concorsuale, rispetto invece a quanto potrebbe fare un creditore italiano. Si deve infatti tener presente che detto creditore straniero potrebbe ignorare del tutto cosa si intenda, nel nostro ordinamento, per posta elettronica certificata e, soprattutto, potrebbe non sapere come attivare una nuova casella mail. Ed anche laddove tale creditore riuscisse ad avere tali informazioni, si scontrerebbe poi con il fatto che la maggior parte dei gestori PEC si rivolgono ad un pubblico esclusivamente italiano, a partire dalla lingua di promozione e comunicazione dei loro servizi, che sicuramente non sono pensati per essere diffusi nelle 24 lingue dell'Unione Europea.

Conseguenza di tali difficoltà — di natura prettamente procedurale — è che un creditore straniero, onde evitare il rischio di presentare la propria domanda tardivamente, ed essere certo di aver proceduto ritualmente, dovrebbe in sostanza rivolgersi ad un difensore italiano munito di PEC. Ma se così è, la procedura italiana potrebbe porsi in contrasto con il principio di effettività. Quest'ultimo, infatti, pone viceversa in capo alle Autorità nazionali, nella « *scelta autonoma dei mezzi* » finalizzati a sanzionare il rispetto del diritto comunitario », un « *obbligo di non rendere, in pratica, impossibile l'esercizio di quei diritti che i giudici nazionali sono tenuti a tutelare* » (53).

Va da sé che, al fine di verificare se l'onere di dotarsi di un indirizzo PEC pregiudichi, o meno, l'effettività del diritto previsto dall'articolo 53 del Regolamento n. 848/2015, sarebbe naturalmente necessario valutare, caso per caso, le concrete difficoltà incontrate dal creditore straniero. Tra queste in primo luogo dovrebbe essere presa in considerazione la lingua di quest'ultimo. Essendo infatti la

(52) Per l'apertura delle procedure, difatti, gli articoli 92, 171, 207 prevedono, in alternativa alla PEC, anche la lettera raccomandata od il telefax, nei confronti dei creditori per i quali non risulti un indirizzo PEC dal registro delle imprese ovvero dall'Indice nazionale degli indirizzi di posta elettronica certificata delle imprese e dei professionisti.

(53) I passaggi citati sono tratti da D.U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati Membri dell'Unione europea, Paradise Lost?*, Torino, 2009, p. 21, a cui si rinvia per un più approfondito studio sui limiti derivanti dal diritto europeo rispetto alla definizione delle procedure nazionali a vario modo collegate con il diritto europeo.

PEC propria solo dell'ordinamento italiano, occorrerebbe verificare se i gestori presenti sul mercato offrano i propri servizi anche in lingua straniera e, precisamente, nella lingua in cui il creditore potrebbe presentare la propria domanda di insinuazione. Parallelamente, andrebbero inoltre analizzate le informazioni sul servizio PEC eventualmente contenute nella comunicazione inviata ai creditori stranieri *ex* articolo 54 del Regolamento n. 848/2015, onde verificare se questi siano stati di fatto informati sulla necessità di dotarsi di una casella PEC, e su come dover procedere a tal fine.

Laddove tuttavia risultasse da tale verifica che l'esercizio del diritto di cui all'articolo 53 del Regolamento n. 848/2015 sia di fatto reso impossibile per i creditori stranieri, potrebbe essere messa in serio dubbio la compatibilità dell'obbligo di PEC rispetto alle previsioni europee. Di conseguenza, in una siffatta ipotesi non si può escludere che, ove vi fosse un eventuale rinvio pregiudiziale, la Corte di giustizia possa giungere alla conclusione che l'obbligatorietà della PEC risulta in contrasto con il principio di effettività del diritto riconosciuto ai creditori dal menzionato Regolamento UE.

4.2. *L'uso della PEC nelle procedure ad evidenza pubblica e la partecipazione degli operatori economici stranieri.*

Una situazione analoga si potrebbe poi porre anche in relazione alle procedure ad evidenza pubblica introdotte dal legislatore europeo per la selezione dei contraenti della Pubblica Amministrazione per gli appalti di lavori, servizi e forniture, e per le concessioni (54). Anche all'interno di queste ultime, infatti, il legislatore italiano ha previsto l'obbligo per le amministrazioni aggiudicatrici e gli operatori economici di comunicare tramite PEC (55). Ed in applicazione di tale disposizione, di sovente l'indicazione di un indirizzo PEC viene posto quale requisito essenziale, a pena di automatica esclusione (56).

(54) Si allude alle ben note Direttive via via succedutesi nel tempo, cfr. da ultimo Direttiva del 26 febbraio 2014 n. 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione (nel proseguo, Direttiva Concessioni), ed alle correlate Direttive in pari data n. 2014/24/UE (Direttiva appalti ordinari), e n. 2014/25/UE (Direttiva settori speciali).

(55) L'articolo 77 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, c.d. Codice dei contratti pubblici, disciplinante le regole applicabili alle comunicazioni prevede che « *gli scambi di comunicazioni tra amministrazioni aggiudicatrici e operatori economici deve avvenire tramite posta elettronica certificata* ».

(56) Cfr. T.A.R. Abruzzo L'Aquila, Sez. I, 7 maggio 2015, n. 345; T.A.R. Lazio Roma,

Nemmeno in questo caso la norma prevede peraltro la possibilità di avvalersi di « *altro servizio qualificato di recapito che consenta la prova del momento di ricezione di una comunicazione* » (57). Né, del pari, lo Schema di Decreto, a quanto consta, ha previsto di aggiornare tale disposizione.

In proposito si deve perciò ricordare che un principio fondamentale, comune a tutti i settori disciplinati dalle direttive europee in materia, è che tutti gli operatori economici devono essere trattati su un piano di parità e in modo non discriminatorio, e che la procedura di gara deve essere strutturata in modo da non limitare artificialmente la concorrenza, ossia, non deve favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici (58).

La Corte di giustizia ha infatti da tempo chiarito che il principio della parità di trattamento ed il principio di trasparenza implicano che « *gli offerenti, anche potenziali, devono trovarsi su un piano di uguaglianza e disporre delle stesse possibilità nella formulazione dei termini delle loro domande di partecipazione o delle loro offerte* » (59).

Certo è che la Corte di giustizia ha anche da tempo affermato che « *va riconosciuta agli Stati membri una certa discrezionalità nell'adozione delle misure destinate a garantire il rispetto di tali principi* » (60). Ma tale facoltà, secondo l'interpretazione fornita dalla stessa Corte, va sempre parametrata al principio di proporzio-

Sez. III *quater*, 7 agosto 2013, n. 7873. Cfr. in particolare la sentenza del T.A.R. Puglia Bari, Sez. I, in data 11 febbraio 2014, n. 200, se pur resa nel contesto di una procedura concorsuale non disciplinata dal Codice degli appalti, con la quale si è ritenuta legittima l'esclusione di un candidato che aveva ommesso l'indicazione della PEC nella domanda di partecipazione, pur richiesto a pena di esclusione dal bando. Vale poi sottolineare che l'uso della PEC ha precise conseguenze per i concorrenti, come ad esempio in relazione alla data di presunta conoscenza della comunicazione dell'aggiudicazione, considerato che « *la comunicazione dell'aggiudicazione, ai sensi dell'art. 79 del d.l.vo 2006 n. 163, che sia effettuata a mezzo di posta elettronica certificata, si intende avvenuta nella data indicata nella ricevuta di avvenuta consegna* » (T.A.R. Lombardia Milano, Sez. III, 3 dicembre 2013, n. 2677).

(57) Cfr. articolo 1, comma 1, lett. *b*, dello Schema di Decreto.

(58) Si veda in tale senso, oltre alle norme dei Trattati in tema di libera circolazione, ed in particolare l'articolo 56 TFUE, l'articolo 3, paragrafo 1, della Direttiva 2014/23/UE, l'articolo 18, paragrafo 1, della Direttiva 2014/24/UE, e l'articolo 36 della Direttiva 2014/25/UE.

(59) *Ex multis* cfr. sentenza del 12 novembre 2009, nella causa C-199/07, *Commissione c. Grecia*, p. 37. In senso analogo cfr. sentenza del 6 novembre 2014, nella causa C-42/13, *Cartiera dell'Adda*, p. 44; sentenza del 16 dicembre 2008, nella causa C-213/07, *Michaniki*, pp. 44 e 45; sentenza del 29 aprile 2004, nella causa C-496/99, *Commissione c. CAS Succhi di Frutta*, punti da 108 a 111; sentenza del 12 dicembre 2002, nella causa C-470/99, *Universale-Bau e a.*, p. 93.

(60) Cfr. sentenza del 23 dicembre 2009, nel procedimento C-376/08, *Serrantoni*, p. 31; in senso analogo cfr. anche sentenza *Michaniki*, cit., p. 44.

nalità (61), in quanto « *le misure adottate dagli Stati membri non devono eccedere quanto necessario per raggiungere tale obiettivo* » (62). Ed in tale contesto, la Corte ha ritenuto che la misura di esclusione automatica, laddove non sia proporzionata alla violazione sanzionata, può costituire un trattamento discriminatorio (63).

V'è dunque da chiedersi se la normativa europea non osti alla previsione che rende obbligatorio l'uso (esclusivo) della PEC nelle comunicazioni con le Amministrazioni aggiudicatrici, e, in particolare, la previsione contenuta nei bandi per cui l'indicazione di tale indirizzo nella domanda di partecipazione è requisito necessario a pena di esclusione (automatica).

Si può infatti anzitutto dubitare della compatibilità con il diritto europeo dell'obbligo di comunicazione mediante PEC in quanto, così come accade in relazione alle procedure concorsuali poc'anzi analizzate, gli operatori economici stranieri possono trovarsi in una situazione di svantaggio rispetto a quelli italiani. A questi ultimi, difatti, lo strumento della PEC non solo è perfettamente noto, ma è anche già imposto dal legislatore, sicché le imprese italiane non devono di norma sopportare alcun onere aggiuntivo. Viceversa, le imprese straniere devono dotarsi di un indirizzo PEC necessariamente prima della scadenza del bando. Il che, al pari di quanto si è detto in relazione alle procedure concorsuali, potrebbe risultare problematico, in prospettiva europea, specie laddove nel bando od in altro documento di gara non vi sia alcun riferimento a cosa si intenda per posta elettronica certificata, ed alle modalità attraverso cui sia possibile acquisirne un indirizzo.

In secondo luogo, anche ove si ritenesse che non vi sia *ex se* una disparità di trattamento tra operatori nazionali ed operatori stranieri in contrasto con la disciplina europea, l'automatica esclusione non parrebbe scevra da critiche in rapporto al principio di proporzionalità. Si può infatti dubitare che non vi siano altri rimedi, meno gravosi per l'impresa, per sanzionare l'omessa indicazione della PEC. Ad esempio, si potrebbe certamente immaginare che, in caso di indicazione di un indirizzo non certificato, la citata presunzione di cui

(61) Sul quale si rinvia alla copiosa dottrina che se ne è occupata, tra cui, per tutti, ci si può limitare in questa sede a richiamare D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012.

(62) Sentenza *Serrantoni*, p. 33; in senso analogo sentenza *Michaniki*, cit., pp. 48 e 61, nonché sentenza del 19 maggio 2009, nella causa C-538/07, *Assitur*, pp. 21 e 23.

(63) Sentenza *Serrantoni*, p. 37.

all'articolo 6, comma 3, del D.P.R. n. 68/2005 — in merito alla consegna degli indirizzi di posta elettronica certificata — si applichi dal momento di invio del messaggio, in mancanza della certificazione di avvenuta consegna.

5. CONCLUSIONE: LA NECESSITÀ DI ADEGUAMENTO E DI SUCCESSIVA ESPORTAZIONE DEL SISTEMA PEC.

In considerazione della crescente diffusione della PEC nel nostro ordinamento, e della confermata volontà di individuare la stessa quale strumento preferenziale per l'elezione del rinnovato domicilio digitale, appare certamente utile sfruttare l'attuale momento di riforme per superare le criticità che si sono messe in luce. E ciò non solo al fine di salvaguardare gli ingenti investimenti — pubblici e privati — sino ad oggi realizzati per lo sviluppo e la diffusione della PEC nel nostro ordinamento, ma anche per contribuire alla diffusione nel mercato interno di innovativi sistemi tecnologici in grado di contribuire alla certezza dei rapporti e degli scambi.

In questa prospettiva sarebbe dunque opportuna una duplice azione: da un lato, occorre rimuovere gli elementi critici che potrebbero essere fonte di dubbi di compatibilità europea. D'altro canto, sarebbe certamente opportuno superare l'attuale situazione di isolamento che connota i sistemi di posta elettronica certificata (64), tra cui, per quanto di nostro interesse, quello PEC.

Sotto il primo profilo si potrebbe immaginare che, ogniqualvolta sia richiesto l'uso della PEC, sia altresì ammessa la possibilità di avvalersi di uno strumento alternativo, che dovrà a tal fine essere reso interoperabile con quello « nostrano ». In tal senso si può certamente guardare con favore alla più volte citata espressione che dovrebbe essere inserita nella nuova definizione di domicilio digitale di cui all'articolo 1, comma 1, lett. b), dello Schema di Decreto: « *o altro servizio qualificato di recapito che consenta la prova del momento di ricezione di una comunicazione* ».

Senonché, l'inserimento di tale inciso, se da un lato appare sintomatico della consapevolezza di non poter imporre uno stru-

(64) Come ha infatti sottolineato A. TAUBER, *A survey of certified mail systems provided on the Internet*, cit., p. 482 e ss., gli attuali principali sistemi europei di posta elettronica certificata non solo non permettono (ancora) alcuna interoperabilità tra i diversi Stati Membri, ma addirittura in taluni casi non sono neppure in grado di interfacciarsi tra loro neppure laddove esistano due diversi protocolli all'interno del medesimo ordinamento.

mento nazionale senza alcuna apertura alle soluzioni adottate negli altri Stati Membri, d'altro canto appare inidonea a garantire sia l'effettivo riconoscimento di un qualche strumento alternativo, non indicando quali strumenti alternativi siano effettivamente considerati perfetti sostituti della PEC, sia l'effettiva possibilità di avvalersene, non essendo chiarito quali strumenti alternativi alla PEC siano con questa effettivamente interoperabili.

La valutazione di quali strumenti possano essere alternativi alla PEC non è, peraltro, né semplice, né immediata, involgendo una delicata analisi tecnico-giuridica, in una prospettiva comparata di diritto internazionale. Dunque, in relazione agli strumenti che possono essere considerati equivalenti alla PEC, ai sensi dell'attuale formulazione dell'articolo 1, comma 1, lett. b), dello Schema di Decreto, pare difficile immaginare che sia l'utente finale a potersi assumere la responsabilità della relativa individuazione, anche considerate le gravi conseguenze che ne discenderebbero nell'ipotesi in cui lo strumento adottato non sia effettivamente alternativo o, comunque, non sia ritenuto dalla pubblica amministrazione idoneo ad assolvere l'onere di dotarsi di un indirizzo PEC.

Del resto, proprio per superare difficoltà di tal genere, il Regolamento n. 910/2014, nel sancire il « *riconoscimento reciproco* » dei « *mezzi di identificazione elettronica* » (65), ha previsto l'istituzione e la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea di un elenco dei sistemi di identificazione adottati nei diversi sistemi nazionali (66), proprio in quanto si è ritenuto « *opportuno che il principio del riconoscimento reciproco si applichi ove il regime di identificazione elettronica dello Stato membro notificante soddisfi le condizioni di notifica e la notifica sia stata pubblicata nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* » (67).

Appare dunque necessario non solo prevedere in via generale che alla PEC possa sempre affiancarsi un altro strumento « *qualificato di recapito che consenta la prova del momento di ricezione di una comunicazione* », ma anche che sia prevista la successiva adozione di uno strumento, sia esso un decreto ministeriale o un altro atto analogo, con il quale vengano individuati in concreto gli istituti del

(65) Cfr. articolo 6, Regolamento n. 910/2014.

(66) Cfr. articolo 9, paragrafo 2, Regolamento n. 910/2014.

(67) Considerando 14 del Regolamento n. 910/2014.

nostro ordinamento, o degli altri ordinamenti europei, in grado di assolvere a tale onere.

Ma come è già successo per l'identità elettronica, la sede più opportuna per una simile azione appare a ben vedere quella Europea. Sicché, la strategia legislativa volta a sostenere l'uso della PEC quale « *servizio qualificato di recapito che consent[e] la prova del momento di ricezione di una comunicazione* » (68), e volta altresì a rinforzare la nozione di domicilio digitale, appare doversi sviluppare lungo due direttrici: l'una di breve periodo, l'altra di lungo periodo.

Nell'immediato, risulta necessario che l'uso della PEC e la nozione di domicilio digitale vengano riformate secondo modalità atte a superare ogni dubbio di compatibilità europea. Nel lungo periodo, invece sarebbe indubbiamente opportuno che, tramite una sapiente azione politica, si portassero questi due istituti all'attenzione delle istituzioni europee, anche al fine di introdurre il concetto di domicilio digitale, così come concepito dal nostro legislatore, nel mercato interno.

Prima di fare ciò, tuttavia, sarà necessario risolvere uno dei nodi più problematici, in un'ottica europea, della PEC che sarebbe certamente ostativo ad una sua più ampia adozione: il problema dell'effetto di *lock-in* che l'attuale sistema determina.

Considerata, infatti, la costante preferenza, a livello europeo, per soluzioni che favoriscono quanto più possibile la concorrenza tra operatori sul mercato, nella prospettiva del mercato unico, è difficile immaginare che la PEC, per come è strutturata oggi, possa essere adottata e fatta propria senza indugi dal legislatore europeo. Come si è detto, infatti, la PEC determina una indissolubile connessione tra gli indirizzi ed i gestori. Il che induce a ritenere che un simile strumento, per quanto sponsorizzato dal nostro legislatore, difficilmente potrebbe trovare il favore delle istituzioni europee, rispetto ad altra soluzione maggiormente idonea, specie sotto un profilo tecnico, a garantire la libertà dell'utente finale di cambiare fornitore, conformemente al principio della portabilità dell'utenza, rivolgendosi ad un altro operatore sul mercato (comune).

In ultima analisi, dunque, se da un lato risulta opportuno tentare di esportare in Europa il sistema PEC, d'altro canto è necessario prima procedere ad una profonda riforma dello stesso, onde eliminare quelle caratteristiche tecniche intrinseche che lo rendono poco

(68) Cfr. articolo 1, comma 1, lett. *b*, dello Schema di Decreto.

compatibile con i principi propri dell'ordinamento europeo e del mercato interno.

Viceversa, ove si mantenga inalterata l'attuale impostazione e, parallelamente, non si provveda in alcun modo ad esportare in Europa detto strumento, si correrà il rischio di aver inutilmente investito tempo e denaro in un mezzo tecnologico destinato a divenire presto obsoleto e sempre più solo italiano.