

Il procedimento amministrativo come strumento di organizzazione e le conseguenze legate all'uso delle ICT

*Diana-Urania Galetta**

1. Note introduttive

In uno scritto di più di dieci anni orsono, preparato all'occasione di un convegno di diritto comparato dedicato al procedimento amministrativo¹, avevo iniziato il mio intervento sul tema del procedimento nella scienza del diritto amministrativo in Italia ricordando un aspetto che, a tutt'oggi, mi pare essere di importanza cruciale. E cioè che – salve talune limitatissime eccezioni – sino alla pubblicazione, nel 1940, della ben nota monografia di Aldo Mazzini Sandulli sul procedimento amministrativo² tutta l'attenzione della scienza giuridica italiana si era concentrata quasi esclusivamente sullo studio dei caratteri e degli effetti del provvedimento amministrativo. Mentre la nozione e la *ratio* del procedimento amministrativo erano state quasi del tutto trascurate.

In questa sede³ non posso, in effetti, che prendere di nuovo le mosse dalla stessa, identica osservazione. Giacché, anche nelle riflessioni dottrinarie sul rapporto fra digitalizzazione e pubblica amministrazione, il tema del procedimento amministrativo è stato inizialmente molto trascurato. Al pari di come è stata trascurata la tematica dell'organizzazione della p.a. di fronte a – o meglio a fronte – della digitalizzazione: tema

* Professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Milano e Direttore CERIDAP

¹ D.U. GALETTA, *Il procedimento amministrativo nella scienza del diritto amministrativo in Italia, dalle origini ad oggi: linee generali di sviluppo e critica di alcune recenti «involuzioni»*, in *Foro amm.* – TAR, 11, 2011, p. 3779 ss.

² A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1940.

³ Il presente contributo riprende, ampliandole, le riflessioni da me proposte in occasione del Convegno dal titolo “La digitalizzazione e l'organizzazione della Pubblica Amministrazione”, organizzato presso l'Università Ca' Foscari di Venezia lo scorso 4 novembre 2022 dal gruppo di ricerca internazionale “Venice Network on Smart Cities and Digital Administration” <https://venicenetwork.net/>.

cui sarà invece sicuramente opportuno dedicare, in futuro, un adeguato approfondimento.

La dottrina che si è occupata del tema della digitalizzazione della p.a. e dei suoi effetti si è infatti inizialmente concentrata, in prevalenza, sull'analisi dei caratteri del provvedimento amministrativo digitalizzato. E successivamente sugli effetti sul provvedimento amministrativo della digitalizzazione.

Mentre si è occupata molto poco del resto.

Rispetto alle caratteristiche specifiche del provvedimento amministrativo digitalizzato, i primi contributi dottrinari rilevanti sono stati infatti (al di là della densa e interessantissima riflessione di Mario G. Losano⁴, come filosofo del diritto⁵) la relazione di Giovanni Duni⁶, sulla utilizzabilità delle tecniche elettroniche nell'emanazione degli atti da parte delle pubbliche amministrazioni, presentata al secondo congresso sull'informatica giuridica al servizio del Paese, tenutosi a Roma nel giugno 1978⁷. Ma, soprattutto, occorre menzionare l'assai interessante e primo studio monografico sul tema, del compianto Alfonso Masucci, che data 1993⁸. Dopo di che – come ben ci ricorda Roberto Cavallo Perin in suo recente saggio⁹ – lo stesso legislatore ha riconosciuto l'atto amministrativo

⁴ A tale proposito si rinvia a M.G. LOSANO, *Introduzione. La lunga marcia dell'informatica nelle istituzioni italiane*, in R. CAVALLO PERIN, D.U. GALETTA (a cura di), *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, Torino, Giappichelli, 2020, p. XXIII ss.

⁵ Occorre a tale proposito precisare che, più in generale, l'informatica giuridica arriva in Italia e viene presa in considerazione quasi esclusivamente grazie al contributo di filosofi del diritto: le due prime opere di riferimento sono infatti entrambe di filosofi del diritto: V. FROSINI, *Umanesimo e tecnologia nella giurisprudenza*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 2, 1966, p. 451 ss.; M.G. LOSANO, *Giuscibernetica. Macchine e modelli cibernetici nel diritto*, Torino, Einaudi, 1969.

⁶ G. DUNI, *L'informatica giuridica al servizio del Paese. L'utilizzabilità delle tecniche elettroniche nell'emanazione degli atti e nei procedimenti amministrativi. Spunto per una teoria dell'atto amministrativo emanato nella forma elettronica*, in *Riv. amm. Repubb. It.*, 1978, p. 407 ss.

⁷ Roma, Corte di Cassazione, 1-3 giugno 1978.

⁸ A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico: primi lineamenti di una ricostruzione*, Napoli, Jovene, 1993. V. più di recente il contributo monografico di D. MARONGIU, *L'attività amministrativa automatizzata*, Maggioli, Rimini, 2005.

⁹ R. CAVALLO PERIN, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, in *Dir. Amm.*, 2, 2020, p. 305 ss.

informatizzato», nella stagione delle grandi riforme della pubblica amministrazione degli anni '90, con l'art. 3 del d.lgs. 12 febbraio 1993, n. 39¹⁰. A ciò si è aggiunta, ovviamente, tutta la discussione dottrinarie più recente sulla natura della decisione adottata dal c.d. algoritmo. È un provvedimento discrezionale fondato sulle risultanze di un'istruttoria algoritmica¹¹? Oppure è attività amministrativa vincolata: se l'algoritmo rappresenta, di fatto, una sorta di atto di normazione secondaria che vincola l'attività decisionale della pubblica amministrazione?

Dall'altro lato, la discussione dottrinarie si è concentrata invece sulla questione degli effetti di decisioni adottate grazie all'applicazione di algoritmi, anche e soprattutto in relazione alle ipotesi di patologie/vizi del provvedimento finale.

2. Digitalizzazione e procedimento amministrativo

È vero però che, già nel 2011, sempre Alfonso Masucci aveva pubblicato un breve contributo monografico sulla relazione fra procedimento amministrativo e nuove tecnologie¹².

Tuttavia, è soprattutto grazie al contributo della giurisprudenza amministrativa più recente (le prime pronunzie rilevanti sono del 2018) che il focus della discussione sulla digitalizzazione della p.a. si è davvero spostato anche sul procedimento.

Con varie pronunzie il TAR Lazio (Roma, sez. III-*bis*), dapprima, e il Consiglio di Stato, poi, hanno infatti richiamato l'attenzione sulla circostanza che a determinare al "cosa provvedimentale" contribuisce essenzialmente

¹⁰ Art. 3 che recitava: «1. Gli atti amministrativi adottati da tutte le pubbliche amministrazioni sono di norma predisposti tramite i sistemi informativi automatizzati. 2. Nell'ambito delle pubbliche amministrazioni l'immissione, la riproduzione su qualunque supporto e la trasmissione di dati, informazioni e documenti mediante sistemi informatici o telematici, nonché l'emanazione di atti amministrativi attraverso i medesimi sistemi, devono essere accompagnati dall'indicazione della fonte e del responsabile dell'immissione, riproduzione, trasmissione o emanazione. Se per la validità di tali operazioni e degli atti emessi sia prevista l'apposizione di firma autografa, la stessa è sostituita dall'indicazione a stampa, sul documento prodotto dal sistema automatizzato, del nominativo del soggetto responsabile».

¹¹ R. CAVALLO PERIN, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, cit., p. 308.

¹² A. MASUCCI, *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie Il procedimento amministrativo elettronico ad istanza di parte*, Torino, Giappichelli, 2011.

il “come procedimentale”: anche – e, forse, *a fortiori* – in un contesto di pubblica amministrazione digitalizzata.

In particolare, la sezione VI del Consiglio di Stato ha sottolineato come l'utilizzo di procedure «robotizzate» non possa «essere motivo di elusione dei principi che conformano il nostro ordinamento e che regolano lo svolgersi dell'attività amministrativa», quale quelli di «pubblicità e trasparenza (...) di ragionevolezza, di proporzionalità, etc.»¹³.

Il che corrisponde perfettamente alla logica sposata dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che identifica quello alla buona amministrazione come un diritto fondamentale della persona; che viene poi declinato concretamente – al paragrafo 2 ss. dell'art. 41 CDUE – in diritti che si esplicano e vivono all'interno ed in stretta connessione con il procedimento amministrativo: il diritto di essere ascoltati; il diritto d'accesso al proprio fascicolo; l'obbligo di motivazione delle decisioni (che si pone ovviamente in relazione alla dinamica procedimentale); il diritto all'utilizzo della propria lingua per comunicare con le amministrazioni UE. Occorre però, a questo punto, chiarire che cosa tutto questo abbia a che fare col tema dell'organizzazione della pubblica amministrazione.

Per spiegarlo, per quanto rapidamente, è necessario fare un altro salto indietro: al momento in cui venne adottata, nel luglio del 1990, la nostra legge italiana sul procedimento amministrativo¹⁴.

In linea di estrema sintesi può dirsi che il procedimento amministrativo – così come disciplinato dalla legge italiana n. 241 nella sua versione originaria del 1990 – mirava ad intercettare quelle che in dottrina erano state da tempo identificate come le quattro funzioni principali da ricondurre al procedimento.

In primo luogo, la funzione di accertamento: accertare la corrispondenza fra il provvedimento da emanare e le previsioni normative in vigore, sulla base dell'accertamento dei fatti. In secondo luogo, la funzione di integrazione della legge, attraverso l'esercizio della c.d. discrezionalità amministrativa. La terza funzione – fondamentale nella architettura del

¹³ Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270, p. 8.2, in <https://www.giustizia-amministrativa.it>.

¹⁴ V. da ultimo G. MELIS, *Per una storia del procedimento amministrativo prima della legge sul procedimento*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2021, p. 571 ss.

1990 della l. n. 241/1990 – era quella di consentire l’acquisizione e la selezione degli interessi¹⁵.

Ma vi era anche una quarta funzione del procedimento, importantissima e particolarmente cara ad uno degli ideatori della l. n. 241/1990, il Prof. Mario Nigro: si tratta della funzione «di organizzazione».

Nella concezione di Mario Nigro, infatti, il procedimento esprime «forme o ipotesi di collegamento delle pubbliche amministrazioni»¹⁶; ed ha soprattutto un «valore organizzativo» degli interessi, sulla base dell’applicazione di principi generali, poiché il procedimento non si limita «a legare gli atti e i fatti in una serie progredente verso il risultato finale, ma cuce dinamicamente soggetti (...) e interessi, in una trama che è anzitutto organizzativa»¹⁷.

In questa prospettiva, gli obiettivi di una più efficace protezione del privato e della diffusione del metodo della partecipazione erano gli aspetti a lui più cari¹⁸. Li aveva infatti posti al centro degli sforzi compiuti dalla Commissione Nigro, i cui due documenti (lo “schema” sul procedimento e quello sul diritto di accesso) furono poi (come è noto) la base concreta per l’adozione della legge 7 agosto 1990, n. 241. Questo in ossequio, appunto, alla sua visione che implicava la centralità dell’organizzazione¹⁹: in quanto sarebbe proprio quest’ultima, e non l’attività, elemento idoneo a creare i presupposti per dar vita allo stato di diritto²⁰.

¹⁵ Cfr. per tutti F. BENVENUTI, *Disegno dell’Amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, Cedam, 1996, p. 222 ss., su «Natura e significato del procedimento» e sulla «Rilevanza del procedimento».

¹⁶ Cfr. M. NIGRO, *Scritti giuridici*, a cura di J. BUCCISANO, A. NIGRO, Milano, Giuffrè, 1996, p. 1607.

¹⁷ Così M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Scritti giuridici*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1966, p. 1429 ss. (1446).

¹⁸ M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale*, cit., p. 1437 ss. V. anche Id., *Il nodo della partecipazione*, *ibidem*, vol. II, p. 1412 ss.

¹⁹ Per tutti: M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1966.

²⁰ Sul punto cfr. le osservazioni di E. CARDI, *I maestri della seconda metà del XX secolo: Mario Nigro*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2007, p. 537 ss. (542).

3. *Procedimento amministrativo, funzione di organizzazione e ICT*

Il procedimento amministrativo inteso come strumento di organizzazione (degli interessi) assume una valenza ancora più importante in un contesto di amministrazione che faccia uso delle tecnologie dell'informazione e comunicazione (ICT, se si utilizza l'acronimo della lingua inglese).

Occorre infatti sottolineare come, al di là delle belle promesse, nei fatti la digitalizzazione rischi di travolgere del tutto la partecipazione *al* e *nel* procedimento amministrativo, in nome di ragioni di efficienza e rapidità decisionale.

Il responsabile del procedimento – cui competerebbe la funzione di “raccolta” e organizzazione degli interessi coinvolti nella decisione da adottare – rischia infatti di venire totalmente esautorato dall’attività “automatica” di efficientissimi algoritmi di *Machine Learning*²¹. Questi ultimi danno infatti all’amministrazione la falsa illusione di potere prevedere il futuro, sulla base di dati statistici riferiti al passato. E scontano pesantemente il rischio di elaborare previsioni sulla base di dati incompleti, inaccurati e non adeguatamente aggiornati. Oppure, peggio ancora, viziati da pregiudizi e c.d. “*bias* di conferma”: data la naturale tendenza degli esseri umani a cercare e “validare” solo quelle informazioni che supportano le loro convinzioni e ad ignorare, invece, quelle che le contraddicono. Non è ovviamente questa la sede per approfondire queste importanti questioni, che sono da tempo oggetto di analisi da parte degli studiosi delle scienze cognitive²².

Mi limito perciò a osservare che, alla luce di questo complesso quadro di riferimento – che implica senz’altro la comprensione di fenomeni che vanno ben al di là del mero ambito della scienza giuridica – per il momento è soprattutto la nostra giurisprudenza amministrativa che ha tentato di fornire indicazioni all’amministrazione su come non perdere la retta via, quella disegnata dal “diritto ad una buona amministrazione”,

²¹ In argomento v. l’interessante volume di R. MARMO, *Algoritmi per l’intelligenza artificiale*, Milano, Hoepli, 2020, che fornisce utili chiavi di comprensione del fenomeno anche per non “addetti ai lavori”.

²² Si veda ad es. la interessante raccolta di saggi sul tema di J.P. CAVERNI, J.M. FABRE, M. GONZALES (a cura di), *Cognitive Biases*, Amsterdam, Elsevier, 1990.

per inseguire il sogno della c.d. amministrazione di risultato²³. Un risultato che, potenzialmente, può conseguirsi assai più rapidamente grazie all'uso di "macchine" che facciano uso di algoritmi di Intelligenza Artificiale.

Si tratta, in effetti, di quel sogno di "efficienza" dell'azione amministrativa che, nel 2005, ha fatto "derubricare" i vizi procedurali a meri "vizi minori", grazie all'inserimento, nell'impianto originario della l. n. 241/1990, del famigerato art. 21-*octies* (sono ormai vent'anni che me ne lamento: da ancor prima che la modifica venisse approvata con la l. n. 15 dell'11 febbraio 2005!)²⁴.

Da lì all'idea che l'efficiente trattazione della pratica amministrativa sia tutto quello sui cui la pubblica amministrazione deve concentrarsi, il passo è davvero breve. Soprattutto in uno scenario di pubblica amministrazione che faccia uso delle più moderne tecnologie della comunicazione e dell'informazione.

Mi pare invece evidente che si debba salvaguardare in tutti i modi l'essenziale funzione di strumento di organizzazione (degli interessi) del procedimento, tanto cara a Nigro. Se è vero, infatti, che le ICT possono aiutare a superare anche quelle distanze fisiche che impediscono talora ai cittadini di partecipare alla fase decisionale, oltre che di accedere ai servizi erogati, affinché ciò avvenga realmente è necessario adottare delle misure organizzative concrete per fa sì che l'"ambiente amministrativo" dominato dall'utilizzo delle ICT sia conforme ad esigenze primarie di partecipazione e trasparenza.

In questa prospettiva, occorre a mio parere anzitutto potenziare la figura del responsabile del procedimento. È lui la vera figura chiave di un'amministrazione digitale che sia in linea con le più essenziali esigenze di civiltà giuridico-amministrativa: quelle codificate nel diritto ad una buona amministrazione.

È infatti al responsabile del procedimento che dovrebbe competere la scelta di adottare soluzioni organizzative concrete che permettano di

²³ Fra le tante, si veda, oltre a Cons. Stato n. 2270/2019, cit., in particolare: TAR Lazio, Roma, sez. III-*bis*, 10 settembre 2018 n. 9224; Cons. Stato, sez. VI, 13 dicembre 2019 n. 8472, tutte in <https://www.giustizia-amministrativa.it>.

²⁴ Mi permetto infatti di rinviare su questo a D.U. GALETTA, *Le norme di disciplina dei c.d. "vizi formali" del provvedimento contenute nel d.d.l. n. AS-1281, di modifica della legge 241/90: spunti critici*, in *Il Foro amm.* – TAR, 5, 2003, p. 1813 ss.

potenziare (anziché depotenziare) gli strumenti di partecipazione grazie alle ICT. Sicché, il suo compito in uno scenario digitale, assume senz'altro un'importanza che va ben al di là di quel che concerne il mero obbligo (statuito dall'art. 41 CAD) di predisporre il c.d. "fascicolo informatico"²⁵.

4. *Riflessioni conclusive*

In conclusione, è mia convinzione che non vi siano obiezioni "sostanziali" rispetto alla scelta di consentire alle pubbliche amministrazioni di fare ricorso agli strumenti di automatizzazione della propria attività messi oggi a disposizione dalle ICT, nel quadro della loro potestà auto-organizzatoria²⁶.

Tuttavia, mi pare necessario anche sottolineare che questi strumenti debbono venire utilizzati dalle amministrazioni pubbliche in maniera tale da consentire che il procedimento amministrativo continui ad assolvere anche alla sua essenziale funzione di organizzazione degli interessi.

Solo così sarà possibile garantire che la digitalizzazione dell'amministrazione pubblica serva non solo allo scopo di rendere più rapida ed efficiente (in ipotesi) l'attività delle pubbliche amministrazioni. Ma anche allo scopo di garantire un'istruttoria più completa e quindi maggiormente corrispondente ai principi di imparzialità e buon andamento sanciti dall'art. 97 della nostra Costituzione, oltre che a quel diritto ad una buona amministrazione sancito espressamente dall'art. 41 della Carta dei diritti UE.

²⁵ Per approfondimenti D.U. GALETTA, *Digitalizzazione e diritto ad una buona amministrazione (Il procedimento amministrativo, fra diritto UE e tecnologie ICT)*, in R. CAVALLO PERIN, D.U. GALETTA (a cura di), *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, cit., p. 85 ss.

²⁶ A tale riguardo si segnala che, nel frattempo, è stato approvato il nuovo Codice dei contratti pubblici, con d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 (Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici), in *GU*, n. 77 del 31 marzo 2023. All'art. 30 esso prevede espressamente che «Per migliorare l'efficienza le stazioni appaltanti e gli enti concedenti provvedono, ove possibile, ad automatizzare le proprie attività ricorrendo a soluzioni tecnologiche, ivi incluse l'intelligenza artificiale e le tecnologie di registri distribuiti nel rispetto delle specifiche disposizioni in materia».

Administrative Procedure as an Organisational Tool and the Consequences Related to the Use of ICT

Diana-Urania Galetta

Abstract: Pur nella convinzione che non vi siano obiezioni “sostanziali” rispetto alla scelta di consentire alle pubbliche amministrazioni di fare ricorso agli strumenti di automatizzazione della propria attività messi oggi a disposizione dalle ICT, nel quadro della loro potestà auto-organizzatoria, occorre segnalare come questi strumenti debbono venire utilizzati in modo da consentire che il procedimento amministrativo continui ad assolvere anche a quella essenziale funzione di “organizzazione degli interessi” tanto cara a Mario Nigro. Solo così sarà possibile garantire che la digitalizzazione dell’amministrazione pubblica serva non solo allo scopo di rendere più rapida ed efficiente (in ipotesi) l’attività delle pubbliche amministrazioni, ma anche maggiormente corrispondente ai principi di imparzialità e buon andamento di cui all’art. 97 Cost., oltre che al diritto ad una buona amministrazione ex art. 41 della Carta UE.

Abstract: Although convinced that there are no “substantial” objections to the choice of allowing public administrations to make use of the tools of automation of their activities made available today by ICT, in the framework of their power of “self-organisation”, it should nonetheless be pointed out that these instruments must be used in such a way as to enable the administrative procedure to continue to fulfil its essential function of “organising the interests” so dear to Mario Nigro. Only in this way will it be possible to ensure that the digitalisation of public administration serves not only the purpose of speeding up and making the work of public administrations more efficient (in hypothesis), but also more in line with the principles of impartiality and good performance referred to in art. 97 Cost., and in compliance with the right to a good administration ex art. 41 of the EU Charter.

Parole chiave: pubblica amministrazione; digitalizzazione; TIC; procedimento amministrativo; organizzazione amministrativa

Keywords: Public Administration; Digitalisation; ICT; Administrative Procedure; Administrative Organisation