

MELANIA D'ANGELOSANTE

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

Documento in pre-print in corso di pubblicazione sull'Opera collettanea celebrativa del
150° DELLE LEGGI DI UNIFICAZIONE AMMINISTRATIVA
(coordinamento a cura dell'Università degli Studi di Firenze)

*Tipo di licenza: Creative Commons - Attribuzione - Non commerciale - Condividi allo stesso modo
3.0 Italia (CC BY-NC-SA 3.0)*

MELANIA D'ANGELOSANTE

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

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

1. Il punto di partenza e le ragioni dello studio

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

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

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

Il ruolo della integrazione europea rileva qui in particolare: a) per la sua incidenza sul modo di essere e di funzionare dell'amministrazione pubblica degli Stati membri nel suo raccordo con l'amministrazione dell'Ue (ma la sinteticità qui richiesta impone di rimettere l'approfondimento di questi profili agli studi specifici che se ne occupano); b) per il suo impulso alla diffusione, secondo certi criteri, della c.d. società dell'informazione e della comunicazione, nonché delle tecnologie strumentali, c.d. *Information and Communication Technologies* – ICT. Queste includono i mezzi sia *informatici* (da intendersi come «tecnologia dell'informazione» poiché funzionali al «trattamento automatico dell'informazione» e alla sua «trasposizione in un processo [...] intellettuale di controllo») sia *telematici* (funzionali alla «elaborazione a distanza delle informazioni», alla «trasmissione a distanza di messaggi in tempo reale»), legati peraltro da un rapporto di reciproca strumentalità (V. Frosini, 1984, 7 ss.; S. Lariccia, 1998, 1; F. Costantino, 2012, 11 ss.; D. De Grazia, 2011, 613 ss.).

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

Nella prospettiva descritta occorre però anche chiarire quali sono gli ambiti che esulano dalla ricerca, essendo essi oggetto di altri e distinti settori del progetto editoriale. Si tratta: dell'*e-government*, della biometria, degli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie (*Alternative Dispute Resolutions* - ADR) in modalità *on line*, dell'organizzazione amministrativa (incluso il modello tecnocratico delle Autorità indipendenti), nonché dei rapporti fra: 1) ICT e servizi pubblici; 2) ICT e contratti pubblici; 3) forma e procedimento amministrativo tradizionale e informatico; 4) tecnificazione e partecipazione al procedimento / accesso agli atti e ai documenti amministrativi in relazione alla formazione delle decisioni amministrative.

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

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

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

Nel modello metadocumentario non si fa dunque riferimento all’uso, da parte dei funzionari pubblici, degli strumenti informatici e telematici per l’esercizio dei loro compiti secondo modalità comunque tradizionali, ma piuttosto si intende far riferimento principalmente a possibili fenomeni di standardizzazione e spersonalizzazione dei processi decisionali, cui conseguono – da un lato – la riduzione dello spazio della discrezionalità nella fase di conclusione di ogni singolo procedimento, ma – dall’altro – lo spostamento della scelta a una fase anteriore, vale a dire la fase della selezione dello strumento tecnico che consente tale meccanismo, o anche a una fase successiva, che è quella della lettura del dato tecnico: l’effetto è che le decisioni non vengono annullate, ma semplicemente accorpate, razionalizzate, trasformate, su scala più o meno ampia.

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

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

Un significativo esempio di questa evoluzione può essere fornito richiamando i casi dell’accertamento delle violazioni alla normativa in materia di circolazione stradale e di sicurezza stradale e dell’applicazione delle relative sanzioni: qui, per alcune infrazioni (si pensi alla violazione dei limiti di velocità), si sarebbe passati da una condizione di *Street-Level Bureaucracy* (accertamento della violazione e applicazione della sanzione *in loco* da parte del singolo agente di polizia) a una condizione di *Screen-Level Bureaucracy* (accertamento della violazione e applicazione della sanzione in modo informatizzato e automatico, a es. col metodo dell’*autovelox*), a sua volta in corso di ulteriore sviluppo verso una condizione di *System-Level Bureaucracy* (si pensi, per restare all’esempio fatto, ai sistemi c.d. *tutor*, installati in molti tratti delle reti autostradali per il calcolo del tempo di percorrenza da un punto di rilevamento all’altro e dunque per la rilevazione della c.d. ‘velocità media su tratto’, considerando parametri quali la classe del veicolo e le

condizioni di traffico, al fine dell'applicazione automatica delle eventuali e conseguenti sanzioni) (M. Bovens – S. Zouridis, 2002, 174 ss.).

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

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

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

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

Il Piano d'azione per l'*e-government* 2011-2015¹, nell'ambito dell'Agenda Digitale Europea (a sua volta uno dei pilastri della Strategia *Europa 2020*), funzionalizza infatti l'uso delle ICT al miglioramento degli 'indici di resa' dell'amministrazione europea, prevedendo investimenti di supporto nel panorama del programma *Horizon 2020*.

Le azioni individuate per il raggiungimento di questo obiettivo riguardano in particolare la responsabilizzazione e la sensibilizzazione degli amministrati all'uso delle ICT, per il superamento del c.d. *divario digitale*² (*infra*), nonché l'impiego delle ICT per rafforzare il mercato interno, o per migliorare i risultati ottenuti dall'azione amministrativa riducendone al contempo gli oneri.

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

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

Individua inoltre, quali specifiche azioni per raggiungere tali obiettivi, la riforma del sistema del *copyright* per la gestione dei *software*, il perfezionamento dei mezzi necessari alla fruizione dei servizi pubblici in modalità digitale, l'adozione di norme di indirizzo vincolanti che indichino agli Stati gli standard minimi di sicurezza da garantire nel governo delle reti e l'incentivazione di forme di cooperazione fra gli Stati per ottimizzare le misure di sicurezza adottate o da adottare nell'esercizio di tale attività.

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

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

¹ Comunicaz. Comm. europea 15.12.2010, n. 743.

² Artt. 13 *ter* ss. d.lgs. 18.10.2012, n. 179, conv. dalla l. 17.12.2012, n. 221.

efficientamento legati all'*e-procurement* e alla adozione di un sistema di informazioni condiviso fra amministrazione/i e amministrati.

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

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

Rileva in particolare l'informatizzazione delle attività prestate dalla p.a. agli amministrati, come prevista a es. dal Codice dell'amministrazione digitale (CAD), d.lgs. 7.3.2005, n. 82 (più volte riformato sino al 2014), con riferimento alla semplificazione degli strumenti di comunicazione/contatto:

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

Il CAD qualifica in genere le ICT come strumento utile all'imparzialità e al buon andamento della p.a., nonché alla garanzia di certi diritti dei cittadini e delle imprese: si pensi all'art. 9 sulla partecipazione al processo democratico e alla conseguente formazione delle decisioni pubbliche. I riflessi di questa disposizione si intravedono a es. nell'art. 24 l.r. Abruzzo 1.10.2013, n. 31, che consente la partecipazione telematica al procedimento amministrativo. L'obiettivo dell'uso delle ICT come strumento per il rafforzamento della partecipazione democratica dei cittadini alla formazione delle decisioni pubbliche è inoltre contemplato dalla Comunicaz. Comm. europea 25.4.2006, n. 173, recante il Piano d'azione europeo per l'e-Government *i2010*. In questo senso si esprimono anche il Piano e-gov 2012 del Governo italiano e l'Agenda Digitale Italiana dello stesso anno, nonché, prima ancora, i documenti prodotti dal G8 di Genova nel 2001.

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

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

L'idea generale è che questi strumenti riescano a ottimizzare l'attività di conoscenza propedeutica alla decisione. I modi per farlo sono evidentemente diversi: si pensi alla incentivazione della partecipazione quale veicolo di informazioni, o all'incremento della possibilità (e della velocità) di accesso ai dati sulla prassi amministrativa e dunque sulle scelte compiute in casi simili, al miglioramento dei canali di comunicazione e raccordo fra apparati pubblici, o, più in generale, alla crescita esponenziale delle capacità di acquisire ogni ulteriore elemento utile alla decisione. L'art. 38 della l.r. Abruzzo 1.10.2013, n. 31 ha a es. istituito la Banca Dati Unica dei Procedimenti Amministrativi di competenza regionale (BDU-PAI), ove i singoli atti «sono riversati, entro e non oltre dieci giorni dall'emissione dei [loro] testi integrali» (co. 1). Utilizzando la banca dati la Giunta regionale, entro il 31 gennaio di ogni anno, elabora quindi i rapporti statistici sullo stato dei procedimenti amministrativi e li trasmette al Consiglio regionale (co. 2). In questo sistema «ogni ente pubblico e soggetto privato che a qualsiasi titolo partecipa al procedimento amministrativo di competenza regionale ha l'obbligo di collaborare alla informatizzazione degli atti» (co. 3).

Queste potenzialità si muovono ovviamente in senso multi-direzionale, vale a dire a beneficio di ogni amministrazione, determinando quindi un insieme di effetti disposti a rete. La multi-direzionalità riguarda, peraltro, non solo il rapporto fra amministrazioni, ma anche quello fra amministrazione e amministrati, i quali ultimi, vedendo amplificate le proprie possibilità di accesso alle informazioni, a loro volta possono realizzare, a es., una partecipazione più consapevole e dunque più idonea a rappresentare elementi utili

alla decisione. Ne scaturisce un sistema più trasparente, in quanto soggetto a una sorta di controllo diffuso, di «*horizontal accountability*» (M. Bovens – S. Zouridis, 2002, 183).

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

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

Proprio a questa problematicità sono a es. riconducibili i casi in cui si consente una deroga all'uso dei mezzi informatici se in sostanza inadeguati allo specifico compito da svolgere, come l'accertamento o la valutazione di fatti o presupposti richiedenti a es. colloqui in presenza, ispezioni, sopralluoghi (si v. l'art. 25 co. 8 d.lgs. 26.3.2010, n. 59, in materia di Sportello unico per le attività produttive).

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

Quando questi compiti consistano poi in attività prestate direttamente a beneficio degli amministrati e l'uso dello strumento informatico sia configurato non come una facoltà, bensì come un obbligo (si pensi all'art. 23 co. 1 *ter*, d.p.r. 6.6.2001, n. 380, che prevede casi in cui la denuncia di inizio attività edilizia può essere ricevuta solo in modalità telematica), si aggiungerebbe il problema dell'effetto escludente che tale obbligo avrebbe sulla possibilità di usufruire della prestazione anche da parte di utenti sprovvisti delle abilità o dei mezzi materiali adeguati (D. Sorace, 2014, 186) (c.d. *divario digitale*³, il quale peraltro può interessare non solo alcuni degli amministrati rispetto agli altri amministrati, ma anche alcune amministrazioni rispetto ad altre amministrazioni).

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

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

Gli *strumenti informatici* non sono infatti semplicemente '*macchine*' (*hardware*) a sé stanti, ma piuttosto componenti di un *macrosistema tecnico*, fondato su una vera e propria *rete* e trascendente i macchinari da cui è composto: qui si coglie una delle differenze concettuali fra informatica e telematica, attenendo la prima a una dimensione monistica e la seconda alla dimensione della rete (A. Masucci, 2003, 991 ss.). Si determina in

³ Si v. il Piano straordinario di Stato, regioni ed enti locali per l'attuazione dell'e-government "e-gov 2010", nonché il Piano e-gov 2012 del Governo italiano e, prima ancora, gli artt. 8 e 13 CAD e i documenti prodotti dal G8 di Genova nel 2001.

sostanza, per ragioni sia tecniche sia sociologiche, una condizione di *irreversibilità*: non sarebbe cioè possibile fare ritorno allo stadio precedente, in cui la macchina è solo elemento indirettamente o direttamente sostitutivo delle abilità umane e svincolato da un sistema esponenzialmente più ampio che lo governi (privandolo della originaria autonomia) (M. Nacci, 2005, 591 ss.; cfr. P. D'Alessandro, 2002, 245).

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

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

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

Qui il raggio del discorso si può ulteriormente estendere, passando dagli strumenti informatici all'elemento di cui l'informatizzazione rappresenta una delle massime espressioni: la *tecnica* intesa in senso più ampio, come sede di decisioni che nell'opinione comune si contrappongono a quelle prese in sede *politica*. A sua volta il binomio *tecnica/politica* trova il suo corrispondente, se si assume una visione 'dinamica', nel binomio *tecnocrazia/democrazia*. Per la verità, a voler essere più precisi, sarebbe rinvenibile a monte pure una differenza fra *scienza* e *tecnica*, essendo la prima «diretta alla scoperta delle leggi della natura», e pertanto «del tutto neutra», mentre la seconda «rivolta a utilizzare tali leggi per fini essenzialmente pratici» e dunque «fortemente condizionata dagli 'interessi', che in concreto si intendono perseguire» (pur se tale costruzione, condivisibile in astratto, risulta nella realtà concreta minata da fattori quali i condizionamenti finanziari e politici della ricerca scientifica, nonché dall'incipiente autoreferenzialità della tecnica nelle società scientificamente avanzate: F. Salvia, 2002, 603 ss.). Mentre a sua volta la *tecnologia* sarebbe lo studio applicativo della scienza e della tecnica (U. Galimberti, 1999; G. Finocchiaro, 2012, 831 ss.), o il connubio fra scienza e tecnica (T.E. Frosini, 2003, 487 ss.).

Il dibattito su questi temi è nato e si è proporzionalmente intensificato con la nascita e la crescita delle società economicamente evolute (o comunque caratterizzate da un certo livello di sviluppo economico), e riguarda il passaggio dalla «teologia politica» alla «teologia economica», nonché dalla autonomia alla eteronomia delle discipline giuridiche, a sua volta intensificato dai processi di globalizzazione in atto (A. Morrone, 2012, 829 ss.).

È però diffusa l'opinione che la tecnica non si auto-imponga, ma sia a sua volta frutto di una scelta politica, la quale rileverebbe non solo quando si debba o possa optare per più soluzioni tecnico-scientifiche la cui applicazione condurrebbe a risultati diversi, ma anche nel momento anteriore in cui si debba decidere quali tipi di ricerche tecnico-scientifiche promuovere (poiché «ogni tecnologia incorpora una visione del mondo, e [...] in ogni programma di ricerca vi è già un programma politico»: M. Bucchi, 2004, 1014). Si può percepire in questo dibattito l'eco di alcune delle più note teorie sull'interpretazione giuridica, in particolare in tema di distinzione fra interpretazione cognitiva, interpretazione decisoria e interpretazione creativa (R. Guastini, 2011), soprattutto nella rilettura critica propostane in termini di labilità dei confini fra queste diverse categorie, proprio alla luce del carattere 'politico' delle scelte che l'interprete è in sostanza

chiamato a fare nelle attività riconducibili a ciascuna di esse (G. Pino, 2013, 77 ss.). Può così accadere che le scelte o le valutazioni tecniche propedeutiche e strumentali al bilanciamento degli interessi finiscano per fondersi con questo in un «procedimento logico unitario»⁴ (G. Clemente di San Luca, 1993, 246 ss.; cfr. D. De Pretis, 1995; C. Marzuoli, 1985), o finiscano per «legittimare decisioni politiche intorno alle quali non è possibile aggregare un consenso unanime» (M. Raiteri, 1997, 572). Ciò è tanto più possibile quanto più la scienza e/o la tecnica propongano soluzioni divergenti per il raggiungimento di uno stesso risultato.

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

A questa si contrappone tuttavia l'altra opinione secondo cui la tecnica, soprattutto a certi livelli di 'specializzazione', può imporsi sul modo di pensare e agire, sui sistemi giuridici, e su diversi altri profili della realtà (U. Galimberti, 1999, 35; P. Grossi, 2002, 151 ss.; cfr. A. Police, 1996, 229 ss.; N. Irti – E. Severino, 2001). In questo modo, a es., la tecnicizzazione del diritto potrebbe giungere a ridurre lo spazio dell'interpretazione, che a sua volta rappresenta un elemento essenziale della 'politica' del diritto, sebbene talvolta «le competenze tecniche dei decisori» servano «a legittimare decisioni politiche intorno alle quali non è possibile aggregare un consenso unanime» (M. Raiteri, 1997, 572 ss.). Oppure potrebbe accadere che lo spazio della politica finisca per risultare limitato a quello lasciato libero dalla scienza o dai casi in cui la scienza offra indicazioni incerte (G. Endrici, 2004, 290 ss.). O, infine, potrebbe verificarsi che l'applicazione della scienza e della tecnica comprima non solo lo spazio delle decisioni politiche, ma anche quello della partecipazione degli interessati al procedimento amministrativo (E. Olivito, 2011, 575 ss.).

Non mancano infine le opinioni intermedie, secondo cui, soprattutto nella difficile composizione degli interessi che caratterizza la complessa realtà contemporanea, si è spesso al cospetto di «sfide decisionali che non possono essere ricondotte solo alla politica o solo alla scienza» (M. Bucchi, 2003, 1056; cfr. M.R. Spasiano, 2004, 297 ss.), oltre che al cospetto di situazioni in cui sia «il diritto [...] può influenzare lo sviluppo della tecnica» sia «la tecnica può condizionare il diritto», pur essendo desiderabile che il primo orienti la seconda e la utilizzi come strumento per realizzare i propri obiettivi (G. Finocchiaro, 2012, 837 ss.).

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

Già più di un decennio fa la prima Sezione civile della Corte di cassazione aveva precisato che l'esito dell'automazione della decisione non è in via di principio possibile per procedimenti (e conseguenti provvedimenti) richiedenti valutazioni e motivazioni diverse in relazione alle specificità del caso concreto, mentre sarebbe in via generale ammesso fare uso degli strumenti informatici come mezzo di documentazione⁵.

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

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

⁴ Cons. St., IV, 6.10.2001, n. 5287, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵ Cass., civ., I, 28.12.2000, n. 16204, in *Dir. & form.*, 2002, 681.

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

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

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

La differenza sta però in questo:

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

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

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

Ciò è del resto la diretta conseguenza dello schema essenziale in base al quale tale automazione opera, e che consta delle seguenti fasi: 1) predisposizione della fattispecie astratta attraverso la scelta e la impostazione del programma informatico (*software*); 2) inserimento nel programma così predisposto dei dati specifici relativi al singolo procedimento da iniziare, istruire e concludere (sussunzione di elementi

concreti nella fattispecie astratta); 3) decisione automatizzata derivante dal prodotto (*rectius*: algoritmo) delle attività descritte nei due punti precedenti (A. Contaldo – L. Marotta, 2002, 571 ss.).

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

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

Dall'altro lato la tesi affermativa risentirebbe del fascino degli obiettivi della trasparenza informatizzata, della riduzione delle disparità di trattamento, dell'incremento della legalità e dell'efficienza dell'azione amministrativa, nonché dell'ampliamento esponenziale della partecipazione degli amministrati alla formazione delle decisioni pubbliche e della certezza (nella applicazione) del diritto (F. Costantino, 2012, 174).

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

Negli studi di informatica giuridica si ipotizzano a es. tre modelli di scelta fra più soluzioni secondo le applicazioni informatiche meta documentarie (L. Lombardi Vallauri – G. Taddei Elmi, 1982, 48 ss.).

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

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

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

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

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

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

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

intellettuali, potrebbe rivelarsi una risposta non appropriata al problema, [...] parziale, incompleta o non adeguatamente flessibile» (U. Minneci, 2008).

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

Questa concezione è peraltro contrastata da quella della socializzazione e della liberalizzazione del *software* (*Free Software Movement*), che sostiene principalmente la necessità di apertura del codice sorgente dei programmi informatici, soprattutto per consentirne il controllo e la modificabilità da parte di chi se ne serve e per scardinare il corporativismo dei produttori (F. Musella, 2010, 451 ss.)⁶.

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

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

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

Il legislatore ha, sino a questo momento, espresso una posizione di preferenza per l'opzione del *software* libero⁷: l'art. 68 del CAD richiede infatti all'amministrazione di scegliere la modalità di acquisizione del *software* dietro apposita valutazione comparativa di natura tecnica ed economica. Ebbene, l'acquisto di programmi informatici di tipo proprietario mediante ricorso a licenza d'uso è ammesso solo quando risulti, sostenuta da specifica motivazione, «l'impossibilità di accedere a soluzioni già disponibili all'interno della pubblica amministrazione, o a software liberi o a codici sorgente aperto, adeguati alle esigenze da soddisfare». Le ulteriori opzioni previste dall'art. 68 riguardano l'acquisizione di software appositamente sviluppati «per conto della pubblica amministrazione» o fruibili «in modalità cloud computing»⁸ o, infine, risultanti dalla combinazione di due o più delle altre soluzioni.

Gli artt. 69 e 70 precisano inoltre, quanto ai *software* appositamente creati per la p.a., che l'amministrazione fruitrice debba metterne il codice sorgente a disposizione delle altre p.a., le quali a loro volta sono tenute a consultare le banche dati dei codici resi disponibili per verificare, prima dell'acquisto di un nuovo *software*, se ve ne sia uno compatibile fra quelli aperti all'esame e all'uso nella banca dati.

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

Ma il predetto dibattito è a sua volta dovuto, se si volge lo sguardo sull'*iter* di formazione delle decisioni amministrative, all'esistenza di una propensione a stabilire una equazione fra l'automazione del binomio procedimento/provedimento e la deresponsabilizzazione⁹ del funzionario agente, che nel nuovo scenario automatizzato finirebbe per divenire un mero «*immettitore di dati*»¹⁰.

⁶ Si v. Comunicaz. Comm. europea 18.12.2012, n. 784, avente a oggetto la revisione dell'Agenda digitale europea e la crescita digitale europea.

⁷ Simile è la preferenza espressa a es. dal legislatore spagnolo nella l. 22.6.2007, n. 11.

⁸ Per un approfondimento sull'uso di *software* fruibili in modalità *cloud computing* da parte della p.a. si v. E. ACQUATI - S. MACELLARI (a cura di), *Pubblica Amministrazione che si trasforma: cloud computing, federalismo, interoperabilità*, Firenze, Passigli, 2012; V. TUBINO – G. DE PALMA – A. LEONE, *Il valore delle nuvole: cloud computing per la P.A.*, in *E-gov*, 2009, 11, 21 ss.

⁹ Anche nel senso di mancanza di *accountability*, da intendersi come capacità (*ability*) di rendere conto (*account*) delle proprie azioni, in correlazione al concetto di *responsiveness*, da intendersi invece come consapevolezza del proprio ruolo e dei

In realtà così, a ben vedere, non è, trattandosi non di fattispecie in cui le responsabilità si estinguono, ma piuttosto di casi nei quali il soggetto leso dall'eventuale illegittimità del provvedimento o illiceità della condotta incontra di regola maggiori difficoltà nella ricerca e nella prova dei vizi. Questi possono infatti derivare, a es., da un errore di funzionamento dell'elaboratore, da difetti del *software* o da una sua inidoneità a garantire la piena osservanza dei principi del procedimento (si pensi alle ipotesi in cui il sistema informatico non consenta di rappresentare tutti quei presupposti di fatto che invece sarebbero rappresentabili con il deposito di classiche osservazioni in forma cartacea)¹¹, o ancora da un errore dell'amministrato o del funzionario nell'immissione dei dati, o dall'irragionevolezza della scelta della soluzione informatizzata¹².

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

Avranno quindi rilievo:

- a) il ruolo del funzionario che predisponga il *software* e/o inserisca e/o trasmetta i dati;
- b) il ruolo del responsabile per la gestione informatica dei documenti, dei flussi documentali e degli archivi, il quale, ai sensi dell'art. 61 del DPR 445 del 2000, deve garantire il buon funzionamento del sistema¹³;
- c) il ruolo dell'autore dell'atto interno al procedimento sottoscritto con firma elettronica avanzata in modalità qualificata o digitale (come definita dall'art. 1 CAD), che costituisce infatti piena prova, fino a querela di falso, della provenienza delle dichiarazioni da chi l'ha sottoscritto (artt. 23 *ter* e 24 CAD).

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

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

propri doveri, si v. N. PETTINARI, *Un uomo di campagna 'davanti alla legge'. Josef K. incontra le leggi e l'amministrazione: una lettura della qualità dei testi normativi e degli atti amministrativi, della burocrazia e dei suoi principi, tra diritto e letteratura*, in *Inf. dir.*, 2012, 1, 198 ss., ed ivi ulteriori riferimenti. Il termine e il concetto di *accountability* sono particolarmente diffusi nella normativa comunitaria in materia di protezione dei dati personali.

¹⁰ F. COSTANTINO, *Autonomia dell'amministrazione e innovazione digitale*, cit., 173 ss., e ivi ulteriori riferimenti; cfr. G. SARTOR, *Intelligenza artificiale e diritto. Una introduzione*, Milano, 1996, 123 ss.; D. PETRAKAKI, *Accountability in the context of E-government*, in P.G. NIXON – V.N. KOUTRAKOU – R. RAWAL (a cura di), *Understanding E-government in Europe. Issues and Challenges*, Londra – New York, Routledge, 2010, 96 ss.

¹¹ Per la tesi che riconduce la natura giuridica del *software* scelto nel procedimento informatico a quella dell'atto amministrativo generale, si v. A. MASUCCI, *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie. Il procedimento amministrativo elettronico a istanza di parte*, cit., 111. Per quella che lo riconduce agli atti presupposti si v. A. CONTALDO – L. MAROTTA, *L'informatizzazione dell'atto amministrativo: cenni sulle problematiche in campo*, cit., 585.

¹² Per la tesi della insindacabilità della scelta dell'uso dell'informatica si v. A.G. OROFINO, *La patologia dell'atto amministrativo elettronico: sindacato giurisdizionale e strumenti di tutela*, in *Foro amm. CdS*, 2002, 2256 ss.

¹³ Simile è anche in questo caso il modello di responsabilità scelto a es. dal legislatore spagnolo nella legge n. 11 del 22 giugno 2007. Gli artt. 38 e 39 precisano tuttavia che, in caso di conclusione informatizzata e/o automatizzata del procedimento, deve essere assicurata l'identificabilità dell'organo che ha emanato il provvedimento e comunque dell'organo da considerarsi responsabile ai fini della sua eventuale impugnazione. Per un approfondimento si v. inoltre M.J. FABRA VALLS – J.L. BLASCO DIAZ, *L'Amministrazione elettronica. Fini, principi e linee guida nel diritto spagnolo*, cit.; I. MARTÍN DELGADO, *De la administración electrónica a la administración abierta: el acceso libre a la información administrativa*, cit.

- «il documento informatico [...], la memorizzazione su supporto informatico e la trasmissione con strumenti telematici conformi alle regole tecniche di cui all'articolo 71 sono validi e rilevanti agli effetti di legge» (art. 20 c. 1);

- «il documento informatico sottoscritto con firma elettronica avanzata, qualificata o digitale, formato nel rispetto delle regole tecniche [...] che garantiscano l'identificabilità dell'autore, l'integrità e l'immodificabilità del documento», costituisce piena prova, fino a querela di falso, della provenienza delle dichiarazioni da chi l'ha sottoscritto (art. 21 c. 2);

- per la sottoscrizione dei documenti informatici a rilevanza esterna la p.a. può provvedere direttamente, previo proprio accreditamento, o rivolgendosi a certificatori accreditati, al rilascio dei necessari certificati qualificati (art. 34 c. 1);

- la determinazione delle regole tecniche per la formazione, la memorizzazione e la trasmissione dei documenti informatici è rimessa ad apposito dpcm (art. 71).

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

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

Il dPCM del 3 dicembre 2013 si concentra invece sulla conservazione dei documenti e distingue i ruoli del *produttore*, dell'*utente* e del *responsabile della loro conservazione*, per il quale ultimo prevede che operi «d'intesa con il *responsabile del trattamento* dei dati personali, con il *responsabile della sicurezza* e con il *responsabile dei sistemi informativi* [...], oltre che con il *responsabile della gestione documentale*»¹⁴ (art. 7).

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

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

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

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

Del resto la stessa giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di precisare, in una controversia in materia di accesso al documento amministrativo informatico, che:

- «l'atto stesso dell'inserimento nel sistema e della digitazione della dicitura costituisce provvedimento amministrativo, e la presenza delle "registrazioni di log" è in grado di attribuire la paternità dello stesso al funzionario che lo ha compiuto»;
- «in maniera non dissimile, l'inserimento di un atto o di un'annotazione scritta nella "pratica" determina conseguenze giuridiche»;

¹⁴ Corsivi di chi scrive.

- resta «*problema diverso [...] appurare, in caso di necessità, se tale atto o tale annotazione sono stati introdotti da un soggetto che ne aveva il potere*», identificato, allo scopo, «*tramite una firma o una sigla sul materiale foglio di carta, o supporto cartaceo*»¹⁵.

5. Conclusioni provvisorie

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

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

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

È pur vero, peraltro, che l’evoluzione degli strumenti informatici e telematici verso un complesso macrosistema tecnico (con il significato sopra precisato) moltiplica quelle azioni (cognitive, di apprezzamento e di scelta della p.a.) in senso sia soggettivo sia oggettivo, aggregandole materialmente e/o dislocandole nel tempo, e perciò rendendole più difficilmente visibili e riconoscibili. Parallelamente si ramifica la rete che la tecnica e la tecnologia inesorabilmente tessono quale ‘luogo’ di realizzazione di quelle attività, attribuendo a essa il ruolo altrettanto inevitabile di regolatore indiretto e tendenzialmente a-territoriale delle azioni che vi si svolgono.

A ogni modo, i limiti della irriproducibilità dei processi mentali umani andrebbero valutati liberandosi dal pregiudizio che siano invalicabili, e dunque nella loro reale consistenza, probabilmente caso per caso: pare a es. condivisibile la tesi (espressa dall’art. 25 c. 8 d. lgs. 59 del 2010 in materia di Sportello unico per le attività produttive) della irriproducibilità, almeno allo stato attuale, degli accertamenti o delle valutazioni di fatti richiedenti attività quali colloqui in presenza, ispezioni, sopralluoghi. Alle stesse conclusioni si potrebbe giungere per le fattispecie in cui il calcolatore non sia in grado di verificare completamente la veridicità/correttezza delle informazioni fornite al sistema e dunque di provvedere in base a un’istruttoria corretta, o ancora per tutti quei casi in cui la riproducibilità sia in astratto realizzabile, ma a prezzo di investimenti tecnici, economici e/o giuridici troppo elevati, in assoluto o in relazione ai risultati conseguibili (pure con riferimento all’obiettivo della individuazione di una scelta il più possibile collimante con le

¹⁵ Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia, 8 ottobre 2007, n. 927.

peculiarità del caso concreto). In questa attività di bilanciamento possono trovare ingresso anche altre valutazioni, come quelle sul rapporto fra il divario digitale e gli eventuali obblighi inderogabili di informatizzazione, o ancora sul rapporto fra l'automazione del procedimento che preveda l'anonimato del suo responsabile e il presunto diritto dell'amministrato di avere (nel responsabile del procedimento) un interlocutore personalizzato.

Del resto, in una discussione che ruota evidentemente attorno alla riproducibilità dei processi mentali umani coinvolti nell'esercizio della funzione amministrativa, è altrettanto evidente che all'amministrazione non potrebbe essere riferito alcuno di tali processi (ossia di quelli umani tradizionalmente intesi) se non ricorrendo a una *finzione giuridica*, ossia quella di attribuirle, tramite la teoria della immedesimazione organica, la volontà espressa dalle persone fisiche che compongono i suoi organi. Ciò avviene semplicemente per rispondere a esigenze materiali: è infatti ben noto che, in ambito giuridico, ogni *finzione* «salva transitoriamente le esigenze della pratica»¹⁶. E, pur trattandosi di conseguenze espressamente previste dalla legge, nondimeno deve ritenersi che di finzione (giuridica o normativa, la si chiami come si preferisce) si tratti, poiché nella realtà materiale solo le persone fisiche possono evidentemente e direttamente esprimere la loro volontà. Dunque, allo stesso modo, per rispondere a esigenze materiali¹⁷, si potrà ricorrere alla finzione giuridica di attribuire all'amministrazione certi processi prodotti dalla intelligenza artificiale, sulla base peraltro di una decisione assunta in precedenza da una o più delle persone fisiche che compongano i suoi organi, superando così le obiezioni sulla impossibilità di considerare atto amministrativo la decisione automatizzata per la asserita e parallela impossibilità di qualificare questa come dichiarazione di volontà¹⁸.

Le conseguenze sul versante della responsabilità dell'amministrazione e dei suoi agenti per le attività automatizzate (nel senso sopra chiarito), e dunque sul versante degli strumenti di tutela dei soggetti lesi da esse, possono pertanto seguire le regole generali, fatta salva la necessità degli adattamenti dovuti alle peculiarità del caso.

Bisognerebbe a es. distinguere il profilo della ricerca della prova da quello della responsabilità.

Per il primo possono rilevare la liberalizzazione dei software utilizzati dalla p.a. (a favore della quale il legislatore italiano si è già espresso con norme precettive), utile ad agevolare la contestabilità di vizi come quelli derivanti da un errore di funzionamento dell'elaboratore o nell'immissione dei dati, dall'irragionevolezza della scelta della soluzione informatizzata in relazione all'interesse pubblico specifico da perseguire, da difetti del software o da una sua inidoneità a garantire la piena osservanza dei principi del procedimento.

Per il secondo rilevano i doveri e gli obblighi dei funzionari che a vario titolo sono coinvolti nei procedimenti automatizzati, e proprio in ragione dell'automazione: in particolare i doveri e gli obblighi del funzionario che predisponga il *software* e/o inserisca e/o trasmetta i dati, del funzionario responsabile per la gestione informatica dei documenti, del funzionario autore dell'atto interno al procedimento o del provvedimento sottoscritto con firma elettronica avanzata in modalità qualificata o digitale, o ancora dei funzionari responsabili del trattamento dei dati personali, della sicurezza dei dati trattati e dei sistemi informativi.

¹⁶ S. PUGLIATTI, *Finzione*, in *Enc. dir.*, vol. XVII, Milano, Giuffrè, 1968, 67.

¹⁷ Si pensi ai riflessi che l'automazione di certe attività cognitive, valutative e decisionali della p.a. potrebbe in certi casi avere sulla riduzione delle disparità di trattamento e sul rafforzamento della trasparenza, della legalità e dell'efficienza della sua azione, o ancora sull'incremento della partecipazione al procedimento e della certezza nella applicazione del diritto.

¹⁸ Per un approfondimento su queste posizioni si v. I. MARTÍN DELGADO, *De la administraciòn electrònica a la administraciòn abierta: el acceso libre a la informaciòn administrativa*, cit.

Se scegliere a monte la via dell'automazione non equivale dunque a rinunciare all'autonomia, rimane però aperto il quesito sulla equivalenza fra questa scelta e la rinuncia alla discrezionalità, che dell'autonomia dell'amministrazione rappresenta l'elemento centrale.

Rimane aperto anche il connesso quesito sulla irreversibilità della scelta: la risposta dipende evidentemente dal rapidissimo evolversi delle ICT e dunque dei modi di funzionamento dei macrosistemi tecnici. In questo scenario il diritto insegue la tecnica per poterne fare uso.

L'ultimo quesito a sua volta si trascina dietro l'interrogativo sulla natura, tecnica o normativa, di possibili limiti all'uso dell'automazione. I limiti del primo tipo hanno una capacità di imporsi e di resistere che dipende proprio dalla evoluzione delle ICT. Quelli del secondo tipo si riferiscono al rapporto fra la scelta e il parametro normativo / principio di legalità: inducono in sostanza a domandarsi se occorra una fonte che legittimi l'opzione dell'automazione o se al legislatore si chieda semplicemente di disciplinare l'imputazione dell'atto automatizzato e le responsabilità che vi si correlano.

Riferimenti Bibliografici

- AMBRIOLA V. – FLICK C., *La cittadinanza amministrativa telematica fra previsioni normative ed effettività*, in *Il diritto dell'informaz. e dell'informat.*, 2006, 6, 825 ss.
- BOVENS M. – ZOURIDIS S., *From Street-Level to System-Level Bureaucracies: How Information and Communication Technology Is Transforming Administrative Discretion And Constitutional Control*, in *Public Administrative Review*, 2002, 62, 2, 174 ss.
- BUCCHI M., *La democrazia alla prova della scienza*, in *il Mulino*, 2003, 6, 1056
- BUCCHI M., *Per uscire dall'impasse delle decisioni sulla tecnoscienza*, in *il Mulino*, 2004, 6, 1014
- CARLONI E., *L'amministrazione aperta*, Rimini, Maggioli, 2014
- CAVALLO PERIN R., *La tutela cautelare nel processo avanti al giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 4, 1165
- CIVITARESE MATTEUCCI S., *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento liberal democratico*, in *Dir. pubb.*, 2009, 478
- CIVITARESE MATTEUCCI S., *La forma presa sul serio*, Torino, Giappichelli, 2006
- CLEMENTE DI SAN LUCA G., *Libertà dell'arte e potere amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 1993
- CONTALDO A. – MAROTTA L., *L'informatizzazione dell'atto amministrativo: cenni sulle problematiche in campo*, in *Il dir. dell'informaz. e dell'informat.*, 2002, 3, 571 ss.
- COSSUTTA M., *Questioni sull'informatica giuridica*, Torino, Giappichelli, 2003
- COSTANTINO F., *Autonomia dell'amministrazione e innovazione digitale*, Napoli, Jovene, 2012
- COSTANZO P., *La democrazia elettronica (note minime sulla c.d. e-'democracy')*, in *Il diritto dell'informaz. e dell'informat.*, 2003, 3, 465 ss.
- D'ALESSANDRO P., *Critica della ragione telematica. Il pensiero in rete e le reti del pensiero*, Milano, LED, 2002
- DE GRAZIA D., *Informatizzazione e semplificazione dell'attività amministrativa nel 'nuovo' codice dell'amministrazione digitale*, in *Dir. pubb.*, 2011, 2, 613 ss.
- DE PRETIS D., *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, Cedam, 1995
- DUNI G., *Teleamministrazione*, in *Enc. giur. Trecc.*, 1993
- ENDRICI G., *La tutela dell'ambiente urbano*, in *Dir. pubb.*, 2004, 1, 290 ss.
- FABRA VALLS M.J. – BLASCO DIAZ J.L., *L'Amministrazione elettronica. Fini, principi e linee guida nel diritto spagnolo*, in *Inf. dir.*, 2009, 2, 39 ss.
- FINOCCHIARO G., *Riflessioni su diritto e tecnica*, in *Il dir. dell'informaz. e dell'informat.*, 2012, 4-5, 831 ss.
- FROSINI T.E., *Tecnologie e libertà costituzionali*, in *Il dir. dell'informaz. e dell'informat.*, 2003, 3, 487 ss.
- FROSINI V., 1984. *L'informatica nella società contemporanea*, in *Inf. dir.*, 1984, 3, 7 ss.
- FUGGETTA A., *Per una Strategia Digitale delle Amministrazioni Pubbliche del Paese*, in www.astrid-online.it, 2014
- GALIMBERTI U., *Psiche e tecne. L'uomo nell'età della tecnica*, Milano, 1999
- GROSSI P., *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Foro it.*, 2002, V, 151 ss.
- GUASTINI R., *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè, 2011

IRTI N. – SEVERINO E., *Dialogo su diritto e tecnica*, Bari, Laterza, 2001

LARICCIA S., *Telematica* (ad vocem), in *Enc. giur. Trecc.*, XXX, 1998, 1

LOEVINGER L., *Jurimetrics, The next step forward*, in *Minn. Law Rev.*, 1949, 455

LOMBARDI VALLAURI L. – TADDEI ELMI G., *Integrazione e informatica giuridica*, in *Inf. e dir.*, 1982, 2, 35 ss.

LOSANO M.G., *La giuscibernetica dopo quattro decenni*, in *Il dir. dell'informaz. e dell'informat.*, 2005, 5, 727 ss.

LUCATUORTO P.M.L. – S. BIANCHINI, *Discrezionalità e temperamento degli interessi nei processi decisionali dell'amministrazione digitale*, in *Cib. dir.*, 2008, 41 ss.

MAGGIPIGINTO A., *Internet e pubbliche amministrazioni: quale democrazia elettronica*, in *Il dir. dell'informaz. e dell'informat.*, 2008, 1, 45 ss.

MARONGIU D., *L'attività amministrativa informatizzata*, Rimini, Maggioli, 2003; F. SATTÀ, *Liberalizzare e semplificare*, in *Dir. amm.*, 2012, 177 ss.

MARTIN DELGADO I., *De la administraciòn electrònica a la administraciòn abierta: el acceso libre a la informaciòn administrativa*, in questo Volume

MARZUOLI C., *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, Giuffrè, 1985

MASUCCI A., *Erogazione on line di servizi pubblici e teleprocedure amministrative – Disciplina giuridica e riflessi sull'azione amministrativa*, in *Dir. pubb.*, 2003, 3, 991 ss.

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

MATTARELLA B.G., *La trappola delle leggi. Molte, oscure, complicate*, Bologna, il Mulino, 2011

MERCATALI P. – ROMANO F., *Un manuale di regole per la redazione degli atti amministrativi. Recensione del seminario di studio del 18 giugno 2010*, in *Inf. dir.*, 2010, 153 ss.

MERUSI F., *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli, Editoriale scientifica, 2011

MINERVA M., *L'attività amministrativa in forma elettronica*, in *Foro amm.*, 1997, 1300 ss.

MINNECI U., *L'avvento della digitalizzazione nei rapporti tra pubblica amministrazione e imprese*, in *federalismi.it*, 2008

MORRONE A., *Teologia economica v. teologia politica? Appunti su sovranità dello Stato e «diritto costituzionale globale»*, in *Quad. cost.*, 2012, 4, 829 ss.

MUSELLA F., *Legge, diritti e tecnologie. Approcci a confronto*, in *Pol. dir.*, 2010, 3, 451 ss.

NACCI M., *Governare la tecnica: una proposta per i riformisti*, in *il Mulino*, 2005, 3, 591 ss.

OLIVITO E., *Partecipazione e ambiente – Uno sguardo critico*, in *Dir. pubb.*, 2011, 2, 575 ss.

PANEBIANCO S., *Burocrazia europea e interessi organizzati: il lobbying sulla Commissione*, in *Amministrare*, 2001, 2, 282 ss.

PINO G., *Interpretazione cognitiva, interpretazione decisoria, interpretazione creativa*, in *Riv. fil. dir.*, II, 1, 2013, 77 ss.

PIRAS P., *L'amministrazione nell'era del diritto amministrativo elettronico*, in *Dir. dell'internet*, 2006, 6, 550 ss.

POLICE A., *La predeterminazione delle decisioni amministrative: gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, ESI, 1997

POLICE A., *Trasparenza e formazione graduale delle decisioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 1996, 2, 229 ss.

RAITERI M., *Ceto dei giuristi e neutralità politica dell'intellettuale*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1997, XXVII, 2, 572

RUSSI L., *L'impiego degli elaboratori elettronici nel campo del diritto: limiti e possibilità dell'unificazione dei metodi*, in *Inf. e dir.*, 1975, 100

SALVIA F., *Considerazioni su tecnica e interessi*, in *Dir. pubb.*, 2002, 2, 603 ss.

SARTOR G., *Sistemi basati sulla conoscenza giuridica e servizi pubblici*, in *Dir. inf.*, 2008, 469 ss.

SILVESTRI G., *Scienza e coscienza: due premesse per l'indipendenza del giudice*, in *Dir. pubb.*, 2004, 2, 411 ss.

SORACE D., *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, Il Mulino, 2014

SPASIANO M.R., *La funzione amministrativa: dal tentativo di frammentazione allo statuto unico dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2004, 2, 297 ss.

TARULLO S., *Buone prassi e continuità dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 2013, 1-2, 149 ss.

VENTURI A., *Questioni tecnico-scientifiche e tutela delle posizioni giuridiche*, in *Quad. cost.*, 2006, 3, 535 ss.

Indici di legislazione, giurisprudenza e altri atti e/o documenti

Cass., civ., I, 28.12.2000, n. 16204

Comunicaz. Comm. europea 26.9.2003, n. 567

Comunicaz. Comm. europea 25.4.2006, n. 173

Comunicaz. Comm. europea 15.12.2010, n. 743

Comunicaz. Comm. europea 18.12.2012, n. 784

Comunicaz. Comm. europea 6.5.2015, n. 192

Cons. St., IV, 6.10.2001, n. 5287

d.lgs. 7.3.2005, n. 82

d.lgs. 18.10.2012, n. 179

d.m. Istruzione 7.6.2012, n. 76

d.p.r. 6.6.2001, n. 380

l. 7.8.1990, n. 241

l. 22.6.2007, n. 11 (Spagna)

l. 17.12.2012, n. 221

l.r. Abruzzo 1.10.2013, n. 31

Piano e-gov 2012 del Governo italiano

Piano straordinario di Stato, regioni ed enti locali per l'attuazione dell'e-government "e-gov 2010"