

CAPITOLO I

I PRINCIPI DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA

SEZIONE I - L'ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA IN GENERALE

***1.** L'attività amministrativa. ***2.** Attività di diritto pubblico e attività di diritto privato. ***3.** Attività di amministrazione attiva, consultiva e di controllo. ***4.** Attività discrezionale ed attività vincolata. ***5.** La semplificazione. ***5.1.** Le cause della complicazione amministrativa e le tecniche di intervento. ***5.1.1.** La delegificazione. ***5.1.2.** Il procedimento amministrativo tra semplificazione e liberalizzazione. S.c.i.a., silenzio assenso e conferenze di servizi. *Rinvio.* ***5.1.3.** Autocertificazioni e dichiarazioni sostitutive. La decertificazione di cui all'art. 15, l. 12 novembre 2011, n. 183 e il d.l. 16 luglio 2020, n. 76. ***5.1.4.** L'informatizzazione della pubblica amministrazione: il d.lgs. 26 agosto 2016, n. 179. Le novità introdotte dal d. l. 16 luglio 2020, n. 76. ***5.1.4.1.** Agenda digitale e *e-government*. ***5.1.4.2.** Il CAD. ***5.1.4.3.** Il procedimento digitale. ***5.1.4.3.A.** Utilizzo dell'algoritmo nell'esercizio dell'attività amministrativa. I principi di conoscibilità, non esclusività della decisione algoritmica, non discriminazione algoritmica. ***5.1.4.4.** Gli strumenti dell'informatizzazione della P.A. ***5.1.4.5.** In particolare: la posta elettronica certificata. ***5.1.4.6.** La carta di identità elettronica. ***5.1.4.7.** P.A. digitale e diritti dei cittadini e imprese. ***5.1.4.8.** Difensore civico digitale. ***5.1.4.9.** Utilizzo dell'algoritmo nell'attività amministrativa: *rinvio*.

SEZIONE II - I PRINCIPI COSTITUZIONALI

***6.** Il principio di legalità. ***6.1.** I poteri impliciti della Pubblica amministrazione. ***7.** Il principio di imparzialità. ***7.1.** Il principio del contraddittorio. ***7.2.** Il principio di ragionevolezza. ***8.** Il principio di buon andamento della Pubblica amministrazione. ***9.** Il principio di pubblicità e trasparenza. L'attività amministrativa c.d. "algoritmica". ***10.** Il principio di sussidiarietà. ***11.** I principi di consensualità dell'azione amministrativa e della capacità negoziale della P.A. I principi di collaborazione e di buona fede positivizzati dal d.l. 16 luglio 2020, n. 76. ***12.** Il principio di responsabilità.

SEZIONE III - I PRINCIPI EUROPEI

***13.** Inquadramento generale. ***14.** Il principio di proporzionalità. ***15.** Il principio di legittimo affidamento. ***15.1.** Affidamento e atti endoprocedimentali: è meritevole di tutela l'affidamento generato da un atto amministrativo non definitivo del procedimento? ***15.2.** Gli atti rilevanti ai fini dell'affidamento: atti di diritto privato. ***16.** La tutela della concorrenza.

5.1.4.2. Il CAD.

Il legame tra semplificazione e digitalizzazione ha trovato un'affermazione positiva nel Codice dell'amministrazione digitale – c.d. CAD (d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, a più riprese modificato, da ultimo dal d.l. 31 maggio 2021, n. 77, e dalla l. 30 dicembre 2021, n. 234, Legge di bilancio 2022), che impone alle Pubbliche amministrazioni di provvedere a razionalizzare e semplificare i procedimenti amministrativi, le attività gestionali, i documenti, la modulistica, le modalità di accesso e di presentazione delle istanze da parte dei cittadini e delle imprese, assicurando l'utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione.

5.1.4.3. Il procedimento digitale.

I principi alla base del nuovo codice si fondano sull'esigenza di garantire, in materia di erogazione di servizi da parte delle pubbliche amministrazioni, il diritto di accesso dei cittadini e delle imprese ai dati, documenti e servizi di loro interesse in modalità digitale, nonché la semplificazione dell'accesso ai servizi alla persona, riducendo la necessità di accesso fisico agli uffici pubblici.

Il CAD ha introdotto una serie di misure volte a garantire:

- un livello minimo di erogazione dei servizi on line da parte amministrazioni pubbliche;
- la piena applicazione del principio del *digital first*, in base al quale il digitale è il canale principale per tutte le attività delle P.A.;
- la partecipazione con modalità telematiche ai processi decisionali pubblici;
- l'utilizzo del c.d. PIN unico;
- la promozione dell'elezione del domicilio digitale;
- l'adeguamento alle norme europee in materia di identificazione elettronica e servizi fiduciari per le transazioni elettroniche;
- la diffusione dei pagamenti digitali.

5.1.4.3.A. Utilizzo dell'algoritmo nell'esercizio dell'attività amministrativa. I principi di conoscibilità, non esclusività della decisione algoritmica, non discriminazione algoritmica.

Una questione recentemente emersa attiene alla ammissibilità dell'utilizzo dell'algoritmo nella gestione di talune procedure amministrative.

La questione si è posta con riguardo all'adozione in ambito scolastico di un piano straordinario assunzionale demandato ad un algoritmo per effetto del quale sono stati operati i trasferimenti e le assegnazioni. In particolare, i ricorrenti lamentavano che l'assegnazione delle sedi scolastiche fosse avvenuta utilizzando un algoritmo criptico nel suo funzionamento, non attento peraltro alle preferenze espresse dai docenti.

La giurisprudenza amministrativa²¹ ha al riguardo espresso un favor per la possibilità che l'Amministrazione utilizzi le rilevanti potenzialità della c.d. rivoluzione digitale. Il ricorso ad algoritmi informatici per l'assunzione di decisioni che riguardano la sfera pubblica e privata può infatti produrre favorevoli effetti in termini di efficienza e neutralità, oltre che qualità dei servizi resi ai cittadini e agli utenti. In molti campi, infatti, gli algoritmi possono consentire di *“correggere le storture e le imperfezioni che caratterizzano tipicamente i processi cognitivi e le scelte compiute dagli esseri umani”*, atteso che *“le decisioni prese dall'algoritmo assumono un'aura di neutralità, frutto di asettici calcoli razionali basati su dati”*.

In particolare quando vengono in considerazione procedure seriali o

²¹ Cons. St., Sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881; Cons. St., Sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472; Tar Lazio, Roma, Sez. III *bis*, 10 settembre 2018, n. 9230.

standardizzate -implicanti l'elaborazione di ingenti quantità di istanze e caratterizzate dall'acquisizione di dati certi ed oggettivamente comprovabili e dall'assenza di ogni apprezzamento discrezionale- l'ammissibilità di tali strumenti risponde pertanto ai canoni di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa (art. 1, l. n. 241 del 1990), i quali, secondo il principio costituzionale di buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.), impongono all'amministrazione il conseguimento dei propri fini con il minor dispendio di mezzi e risorse e attraverso lo snellimento e l'accelerazione dell'iter procedimentale. L'utilizzo di una procedura informatica che conduca direttamente alla decisione finale *“non deve essere stigmatizzata, ma anzi, in linea di massima, incoraggiata: essa comporta infatti numerosi vantaggi quali, ad esempio, la notevole riduzione della tempistica procedimentale per operazioni meramente ripetitive e prive di discrezionalità, l'esclusione di interferenze dovute a negligenza (o peggio dolo) del funzionario (essere umano) e la conseguente maggior garanzia di imparzialità della decisione automatizzata”*.

Riconosciuta pertanto la possibilità per l'amministrazione di ricorrere all'algoritmo, senza che rilevi al riguardo la distinzione tra attività amministrativa vincolata o discrezionale, la stessa giurisprudenza amministrativa si è mostrata consapevole del fatto che tali strumenti presuppongono una serie di scelte e di assunzioni tutt'altro che neutre: *“l'adozione di modelli predittivi e di criteri in base ai quali i dati sono raccolti, selezionati, sistematizzati, ordinati e messi insieme, la loro interpretazione e la conseguente formulazione di giudizi sono tutte operazioni frutto di precise scelte e di valori, consapevoli o inconsapevoli”*.

Ha conseguentemente definito un catalogo di condizioni di legittimità del ricorso all'algoritmo nell'esercizio dell'azione amministrativa.

In primo luogo, è necessaria la piena conoscibilità a monte del modulo utilizzato e dei criteri applicati.

Conoscibilità del modulo e dei criteri

Tale conoscibilità -riferita tanto alla stessa amministrazione titolare del potere quanto ai soggetti incisi e coinvolti dal potere stesso- deve riguardare gli autori dell'algoritmo, il procedimento usato per la sua elaborazione, il meccanismo di decisione, comprensivo delle priorità assegnate nella procedura valutativa e decisionale.

Tanto al fine di consentire la verifica che criteri, presupposti e esiti del procedimento robotizzato siano conformi alle prescrizioni e alle finalità stabilite dalla legge o dalla stessa amministrazione a monte del procedimento.

È inoltre necessaria l'imputabilità della decisione all'organo titolare del potere, il quale deve quindi poter svolgere la necessaria verifica di logicità e legittimità della scelta e degli esiti affidati all'algoritmo.

Si tratta del c.d. principio di non esclusività della decisione algoritmica.

Il principio di non esclusività della decisione algoritmica

Nel caso in cui una decisione automatizzata “produca effetti giuridici che riguardano o che incidano significativamente su una persona”, questa ha diritto a che tale decisione non sia basata unicamente su tale processo automatizzato. Deve infatti esservi, nel processo decisionale, un contributo umano in grado di controllare, validare ovvero smentire la decisione automatica.

In terzo luogo, va osservato il principio di non discriminazione algoritmica. L'algoritmo non deve assumere carattere discriminatorio.

Il principio di non discriminazione algoritmica

Il titolare del trattamento deve quindi utilizzare procedure matematiche o

statistiche appropriate per la profilazione, mettendo in atto misure tecniche e organizzative adeguate al fine di garantire, in particolare, che siano rettificati i fattori che comportano inesattezze dei dati e sia minimizzato il rischio di errori e al fine di garantire la sicurezza dei dati personali, secondo una modalità che tenga conto dei potenziali rischi esistenti per gli interessi e i diritti dell'interessato e che impedisca tra l'altro effetti discriminatori nei confronti di persone fisiche sulla base della razza o dell'origine etnica, delle opinioni politiche, della religione o delle convinzioni personali, dell'appartenenza sindacale, dello status genetico, dello stato di salute o dell'orientamento sessuale, ovvero che comportano misure aventi tali effetti.

5.1.4.4. Gli strumenti dell'informatizzazione della P.A.

I principali strumenti dell'informatizzazione della P.A. sono identificati:

- nella posta elettronica certificata, finalizzata, da un lato, a dare certezza giuridica alle comunicazioni e, dall'altro, ad abbattere i costi delle tradizionali raccomandate andata/ritorno;
- nella firma digitale, anch'essa utilizzata per garantire l'identificazione del soggetto che firma, la sua volontà di sottoscrivere e dare validità giuridica alle attestazioni che coinvolgono privati o P.A.;
- nei documenti informatici, per la cui archiviazione il Codice impone la tenuta dell'archivio elettronico, con enormi vantaggi in termini di spazio e tempi di ricerca;
- nelle carte elettroniche (carta di identità elettronica e carta nazionale dei servizi), che fungono da strumento di autenticazione ed accesso ai servizi in rete della P.A.;
- nella formazione del fascicolo informatico dei procedimenti amministrativi;
- nei siti internet della P.A., vere e proprie piattaforme di accesso per qualsiasi cittadino, caratterizzate da reperibilità, chiarezza nel linguaggio, affidabilità, semplicità, omogeneità. All'interno di ogni sito internet, secondo le disposizioni del Codice, devono essere presenti taluni contenuti fondamentali, quali l'organigramma, gli indirizzi e-mail utili, i servizi forniti in rete, i bandi di gara, i procedimenti a carico di ciascun ufficio nonché il loro responsabile.

5.1.4.5. In particolare: la posta elettronica certificata.

La posta elettronica certificata (PEC) viene definita dal Codice dell'amministrazione digitale (CAD) come il sistema di comunicazione in grado di attestare l'invio e l'avvenuta consegna di un messaggio di posta elettronica e di fornire ricevute opponibili ai terzi.

Il decreto-legge n. 185/2008, ha esteso a tutte le amministrazioni pubbliche l'obbligo di istituire una casella di posta elettronica certificata, o analogo indirizzo di posta elettronica. Il medesimo provvedimento ha previsto anche l'attribuzione gratuita di una casella di posta elettronica certificata - PEC a tutti i cittadini che ne facciano richiesta.

L'indirizzo di PEC consente l'invio di documenti informatici per via telematica con valenza legale ed è strumento valido giuridicamente ai fini dei rapporti con le pubbliche amministrazioni, che sono tenute ad utilizzarlo per le comunicazioni e le notificazioni aventi come destinatari i dipendenti della stessa o di altra amministrazione. A seguito delle modifiche che hanno interessato il CAD, le pubbliche amministrazioni sono tenute a utilizzare la PEC ai fini della trasmissione telematica di comunicazioni che necessitano di una ricevuta di invio e di una di consegna a soggetti che abbiano preventivamente dichiarato il proprio indirizzo; la trasmissione del documento informatico tramite PEC equivale, altresì, alla notificazione a mezzo posta, salvo che la legge disponga diversamente.

5.1.4.6. La carta di identità elettronica.

La carta di identità elettronica (CIE), è definita dal Codice dell'amministrazione digitale (CAD) come il documento d'identità munito di elementi per l'identificazione fisica del titolare, rilasciato su supporto informatico dalle amministrazioni comunali.