

a cura di
Luca BORDIN

TRACCE e TEMI di **AMMINISTRATIVO**

Temi svolti su tracce **non estratte** negli ultimi concorsi
e su **questioni di centrale attualità**

Edizione 2024


Neldiritto
Editore

Traccia 1

Attività “algoritmica”, discrezionalità amministrativa e garanzie procedurali

◆ Tar Napoli, Sez. VII, 14 novembre 2022, n. 7003, Cons. St., Sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881

di Luca Bordin

Mappa del tema

- **La decisione amministrativa automatizzata:**
 - Brevi riflessioni sul contesto normativo.
 - Il codice dell'amministrazione digitale e la riforma della legge sul procedimento amministrativo (art. 3 *bis*, l. n. 241/1990, introdotto dal d.l. n. 76/2020).
 - La normativa sovranazionale: il Reg. n. 679/2016/UE.
- **L'impiego di algoritmi nelle decisioni amministrative.**
 - lo statuto pretorio del provvedimento amministrativo algoritmico: i criteri della conoscibilità, comprensibilità, controllabilità e riserva di umanità.
 - Decisione algoritmica e attività vincolata
 - Decisione algoritmica e attività discrezionali: la c.d. bassa discrezionalità. Tesi giurisprudenziali a confronto.
 - La sindacabilità della decisione automatizzata
- **Natura giuridica del provvedimento automatizzato e vizi:**
 - Natura giuridica della decisione algoritmica.
 - La tesi del provvedimento.
 - La tesi del modulo procedimentale.
 - I vizi dell'algoritmo e il rapporto con il provvedimento.
 - La necessaria osservanza delle regole del procedimento amministrativo e delle garanzie procedurali
- **Conclusioni**

Normativa di riferimento

- D.lgs. n. 82/2005
- L. n. 15/2005
- D.l. n. 76/2020
- Art. 22, Reg. n. 679/2016/UE
- Art. 3 *bis*, l. n. 241/1990
- Art. 1, co. 1, lett. b), l. n. 124/2015
- Art. 30, d.lgs. n. 36/2023

Svolgimento dell'elaborato

L'attività amministrativa si sostanzia nella cura, da parte dell'amministrazione, degli interessi ad essa affidati dalla legge, mediante operazioni, comportamenti e decisioni posti in essere nell'esercizio della funzione. Simile attività è espletata per il tramite dell'elemento organizzativo dell'amministrazione. Il rapporto tra attività e organizzazione è difatti una fondamentale chiave di lettura per la comprensione dell'ordinamento amministrativo.

L'organizzazione – quale insieme di uomini e mezzi – è, infatti, elemento necessario affinché la cura degli interessi pubblici possa essere effettivamente espletata da parte della pubblica amministrazione.

L'elemento umano si appalesa, dunque, consustanziale rispetto alle operazioni, ai comportamenti e alle decisioni funzionalizzate alla cura concreta di un interesse pubblico e alla valutazione (e poi ponderazione) degli altri interessi che vengono in rilievo nella singola vicenda di amministrazione. Su tale contesto ha impattato – e, si ritiene, continuerà ad impattare a ritmi crescenti – la rivoluzione tecnologica e la diffusione dell'informatica e della telematica.

L'amministrazione, infatti, è stata investita da tale rivoluzione, con effetti potenzialmente dirompenti tanto sull'organizzazione amministrativa, quanto sulla sua attività.

Con particolare riferimento a quest'ultima, questione che ha recentemente animato il dibattito dottrinario e giurisprudenziale è quella inerente alla ammissibilità dell'utilizzo di algoritmi nell'ambito del procedimento amministrativo, e cioè quella sequenza di atti e operazioni tra loro funzionalmente collegati, e del provvedimento amministrativo, quale atto amministrativo preordinato a rendere manifesta all'esterno la volontà

dell'amministrazione e idoneo ad incidere in via diretta sulle sfere giuridiche di coloro che ne sono destinatari.

Come attentamente osservato in dottrina, nel nostro ordinamento, pur in assenza di specifiche norme che riconoscano alla pubblica amministrazione la possibilità di adoperare sistemi automatizzati nell'adozione delle decisioni amministrative, emerge da tempo una certa attenzione verso le regole del c.d. procedimento amministrativo elettronico.

Invero, non solo alla c.d. amministrazione digitale è stato dedicato addirittura un codice (d.lgs. n. 82/2005), ma la possibilità di fare ricorso agli strumenti della telematica è stata esplicitamente riconosciuta su di un piano generale mediante nella l. n. 241/1990, ad opera della l. n. 15/2005. Si fa riferimento, segnatamente, all'art. 3-*bis*, la cui attuale formulazione è il risultato delle modifiche ad esso apportate dal d.l. n. 76/2020 (c.d. decreto semplificazioni), emanato nell'ambito delle strategie di contrasto all'emergenza epidemiologica da Covid-19 e di quella – da quest'ultima riveniente – di carattere economico.

Anche a livello sovranazionale si è mostrata una certa attenzione per le nuove forme di decisione amministrativa. Infatti, il regolamento n. 679/2016/UE sulla protezione dei dati personali (c.d. GDPR) prevede espressamente all'art. 22 la possibilità anche per le amministrazioni pubbliche di adottare atti automatizzati, laddove vi sia una disposizione espressa a livello legislativo ovvero nei casi di accordo tra le parti.

In disparte alle disposizioni normative appena richiamate, pare opportuno rilevare che non si rintraccia nell'ordinamento una puntuale previsione legislativa volta a regolare l'utilizzo di strumenti automatizzati e algoritmici nel procedimento e per l'assunzione di decisioni amministrative.

Solo di recente, nell'ambito della riforma che ha interessato la disciplina della contrattualistica pubblica inverte nel nuovo codice dei contratti (d.lgs. n. 36/2023), il legislatore ne ha sancito l'utilizzo nell'ambito delle procedure di appalto, inducendo taluni commentatori a desumerne una applicazione generale all'attività amministrativa.

Si deve osservare, peraltro, che la dottrina si interroga già da tempo sugli spazi di impiego della tecnologia nello svolgimento della funzione amministrativa, quale strumento cruciale per accrescere l'efficienza della stessa attività in una logica di risultato.

Importanza cruciale, però, presenta il formante giurisprudenziale che, come sovente accade, nel supplire all'assenza di un quadro normativo esaustivo, ha posto le regole a presidio di questa forma “innovativa” di esercizio del potere pubblico. La questione si è inizialmente posta con riguardo all'adozione di un