

Il volume raccoglie gli studi svolti nell'ambito del PRIN «Garanzia dei diritti e qualità dei servizi nella prospettiva dello sviluppo territoriale integrato. Buon andamento, *multilevel governance* e cooperazione territoriale per una nuova strategia di acquisizione di risorse e razionalizzazione della spesa pubblica» rispetto al quale si è posta la necessità di analizzare la reazione dell'amministrazione alle sfide del tempo presente, caratterizzato da contingenze peculiari, anche se forse non irripetibili. Nel volume sono analizzati i cambiamenti che nel corso del tempo ha subito il potere amministrativo, indagando gli effetti correlati agli interventi normativi intervenuti, da ultimo con la legge 21 aprile 2023, n. 41, di conversione del decreto legge 24 febbraio 2023 (Disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza – PNRR – e del Piano nazionale degli investimenti complementari al PNRR – PNC), per far fronte all'emergenza pandemica, soprattutto nella prospettiva di non minare, o ridurre, le garanzie legate ai diritti fondamentali.

Il territorio torna, seppur in una veste nuova, ad essere la pietra angolare del rapporto tra autorità e diritti, in un periodo di auspicate ripartenze e riprese, per evitare che i centri di aggregazione e regolazione esterni al circuito del principio di legalità catturino le opportunità, generando ipotesi di deficit democratico delle scelte pubbliche.

ISSN 2611-0466

euro 42,00

ISBN 979-12-5976-652-6



9 791259 766526

5

TERRITORI E ISTITUZIONI
PROBLEMI E PROSPETTIVE NEL TEMPO DELLA RIPARTENZA

ES

CONTRIBUTI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO

CLASSICI E NUOVE PROSPETTIVE

Collana diretta da

F.G. Scoca, G. Corso

M. D'Orsogna, L. Gianì, M. Immordino, A. Police, M.A. Sandulli, M. Spasiano

TERRITORI E ISTITUZIONI

*Problemi e prospettive
nel tempo della Ripartenza*

a cura di

Giovanna Colombini Marina D'Orsogna

Loredana Gianì

editoriale scientifica
napoli

Contributi di Diritto amministrativo

5

Classici e nuove prospettive

CONTIBUTI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO

Collana diretta da

FRANCO GAETANO SCOCA, GUIDO CORSO
MARINA D'ORSOGNA, LOREDANA GIANI, MARIA IMMORDINO, ARISTIDE POLICE,
MARIA ALESSANDRA SANDULLI, MARIO SPASIANO

Classici e nuove prospettive

TERRITORI E ISTITUZIONI

Problemi e prospettive nel tempo della Ripartenza

a cura di

Giovanna Colombini, Marina D'Orsogna, Loredana Giani

EDITORIALE SCIENTIFICA
NAPOLI

Il volume è stato finanziato con i fondi del MUR nell'ambito della ricerca interuniversitaria di interesse nazionale, PRIN 2017 su «Garanzia dei diritti e qualità dei servizi nella prospettiva dello sviluppo territoriale integrato. Buon andamento, multilevel governance e cooperazione territoriale per una nuova strategia di acquisizione di risorse e razionalizzazione della spesa pubblica», coordinatore nazionale Loredana Giani.

Proprietà letteraria riservata

© Copyright 2023 Editoriale Scientifica s.r.l.
via San Biagio dei Librai, 39
Palazzo Marigliano
80138 Napoli

www.editorialescientifica.com info@editorialescientifica.com

ISBN 979-12-5976-652-6

INDICE

<i>Prefazione</i>	7
<i>Appropriatezza dell'amministrazione ed effettività dei diritti fondamentali</i> Loredana Giani	13
<i>Garanzia dei diritti e appropriatezza. Quadro programmatico, traiettorie di innovazione e sfide aperte per lo sviluppo sostenibile del sistema sanitario</i> Valentina Castello	37
<i>Effettività dei diritti sociali nell'emergenza</i> Luisa Azzena	87
<i>Garanzia dei diritti sociali e vincoli di bilancio nell'emergenza pandemica</i> Benedetta Ciferri	103
<i>I principi di armonizzazione dei bilanci e lo strumento del coordinamento della finanza pubblica nel prisma delle più recenti giurisprudenze della Corte costituzionale e della nozione di "bilancio bene pubblico"</i> Gianmarco Cialone	125
<i>La risposta dell'Unione europea all'emergenza da Covid-19 e la nuova fase di gestione del bilancio unionale</i> Lucia Giuditta Sciannella	167
<i>I diversi limiti all'indebitamento nella multilevel governance</i> Salvatore Cimini	189
<i>La Cassa Depositi e Prestiti, modello italiano di banca nazionale di promozione "alla prova" dell'emergenza sanitaria Covid-19: la parabola delle diverse vesti dello "Stato salvatore"</i> Vanessa Manzetti	213
<i>Buon andamento nell'amministrare e digitalizzazione: note di attualità e persistenti problematicità di un 'inammissibile baratto'</i> Vinicio Brigante	259

<p>“To no other end, but the... safety, and public good of the people”: <i>le limitazioni alla protezione dei dati personali per contenere la pandemia di Covid-19</i></p> <p>Filippo Vari, Francesca Piergentili</p>	313
<p><i>Principio di proporzionalità, logiche interne e interessi di natura politico-economica</i></p> <p>Massimiliano Mezzanotte</p>	331
<p><i>Controlli e sanzioni tra emergenza sanitaria e ordinaria amministrazione</i></p> <p>Mario Palma</p>	347
<p><i>La responsabilità del medico nel contesto emergenziale</i></p> <p>Maria Teresa Paola Caputi Jambrenghi</p>	369
<p><i>Elenco ISTAT delle PA e giurisdizione della Corte dei conti: i confini soggettivi della finanza pubblica alla luce delle misure connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19</i></p> <p>Sonia Caldarelli</p>	389
<p><i>I controlli della Corte dei conti sul PNRR tra performace e legittimità finanziaria</i></p> <p>Giovanna Colombini</p>	431
<p><i>La sezione regionale di controllo della Corte dei conti del Lazio interviene per correggere la metodologia di contabilizzazione di crediti e debiti degli enti del Servizio sanitario nazionale. Il caso delle delibere 30, 31, e 34 del 2021 della Corte dei conti, Sezione controllo Lazio</i></p> <p>Laura D'Ambrosio</p>	461

Prefazione

Il presente volume racchiude gli esiti delle riflessioni svolte nell'ambito del PRIN «*Garanzia dei diritti e qualità dei servizi nella prospettiva dello sviluppo territoriale integrato. Buon andamento, multilevel governance e cooperazione territoriale per una nuova strategia di acquisizione di risorse e razionalizzazione della spesa pubblica*» e in particolare delle ricerche condotte dalle diverse unità tra le quali il progetto risulta articolato¹.

La crisi pandemica prima, e quella energetica poi, hanno posto le amministrazioni di fronte a nuove sfide che hanno riportato all'attenzione degli studiosi questioni e temi che sembravano ormai sopiti, e sui quali si erano confrontati autorevolissimi studiosi.

I contributi contenuti nel presente volume si inseriscono, come preliminare momento di riflessione, in un orizzonte culturale che non si interroga solo sulle metamorfosi del potere nelle società contemporanee, in termini disgiuntivi o combinatori, ma si pone dall'angolo visuale dei diritti, della *governance* reticolare e della sistematica dei controlli, per far sì che potere e mercato, seppur in potenziale conflitto, parlino lo stesso linguaggio e soprattutto mirino alla garanzia della effettività dei diritti fondamentali.

Così il taglio prescelto muove da una attenzione sul tema del rapporto tra autorità e diritti, evidenziando la necessità di ripensare il ruolo delle amministrazioni per orientare le traiettorie dello sviluppo sostenibile e dell'innovazione sociale, definendo le basi su cui poggiare una riflessione sul ruolo della *governance*, e in particolare della *governance* territoriale, in una prospettiva che pone il territorio al centro dello sviluppo, come attore principale (insieme a quello istituzionale) della sostenibilità e della resilienza.

In questo contesto, vengono individuati nel primo contributo (*Appropriatezza dell'amministrazione ed effettività dei diritti fondamentali*) diversi livelli di analisi del territorio, come luogo di espressione di un bi-

¹ Le Unità di ricerca del Prin sono: Università europea di Roma (PI Prof.ssa Loredana Giani); Università degli studi di Pisa (responsabile Unità di Ricerca Prof.ssa Vanessa Manzetti); Università degli studi di Teramo (Responsabile Unità di Ricerca Prof. Salvatore Cimini); Università degli studi di Bologna (Responsabile Unità di Ricerca Prof. Giuseppe Caia). Nel presente volume sono confluiti i contributi correlati a linee di ricerca condotte dalle prime tre Unità menzionate.

sogno, luogo della comunità, e quindi destinatario di interventi, in una dimensione in cui l'azione pubblica, in un contesto multilivello e multiattoriale tipico di un sistema di *governance* a rete, viene proiettata in una dimensione dialettica che lega organizzazione e funzione e che consente una lettura, dell'amministrazione e della sua azione, non solo in termini di risultato e sostenibilità ma, prima ancora di appropriatezza riferita a tutti gli elementi (anche organizzativi) che ne rappresentano i presupposti logici ed essenziali.

Muovendo dalla considerazione di questa dimensione, viene effettuata una riflessione specifica sul sistema sanitario (*Garanzia dei diritti e appropriatezza. Quadro programmatico, traiettorie di innovazione e sfide aperte per lo sviluppo sostenibile del sistema sanitario*) considerando l'analisi del legame tra attuazione del PNRR e i processi di sviluppo, socialmente, economicamente e ambientalmente sostenibili dello stesso sistema, ciò anche al fine di individuare e definire nuove logiche e sistemi di programmazione, monitoraggio e controllo, sviluppati attorno a un sistema equilibrato di dimensioni e indicatori di appropriatezza e sviluppo sostenibile che dovrebbero fungere da bussola per la "qualità" della spesa pubblica e l'appropriatezza, nelle diverse dimensioni evidenziate, dei sistemi e dei servizi.

Una prospettiva, quella considerata, che pone al centro della riflessione l'esigenza di garantire efficacia ed effettività dei diritti fondamentali, e tra questi dei diritti sociali (*Effettività dei diritti sociali nell'emergenza*) indagando anche le coordinate all'interno delle quali effettuare quel bilanciamento tra contrapposti interessi, ivi incluso quello relativo alla sostenibilità finanziaria degli interventi pubblici a garanzia della predetta effettività. Una dimensione, quella appena richiamata, che non può prescindere dalla considerazione della concezione, indagata nel volume (*Garanzia dei diritti sociali e vincoli di bilancio nell'emergenza pandemica*), del bilancio inteso come bene pubblico, e dunque non come luogo, realtà a contenuto meramente contabilistico, ma come sede principale di individuazione delle linee di definizione delle scelte politiche che si pongono a monte dell'azione amministrativa (*I principi di armonizzazione dei bilanci e lo strumento del coordinamento della finanza pubblica nel prisma delle più recenti giurisprudenze della Corte costituzionale e della nozione di "bilancio bene pubblico"*). Prospettiva che ha richiesto un esame delle coordinate in cui si inscrivono le decisioni di spesa, le prospettive di equilibrio di bilancio anche nel medio periodo, per un'armonizzazione che non sia solo un principio *una tantum*, ma che rappresenti un obiettivo concreto di politica pubblica.

L'indagine si è poi sviluppata con riferimento alla valutazione della portata e dell'impatto che ha avuto il Next Generation EU sulla *governance* economica, ma anche sulla dinamica dei rapporti tra centro e periferie (*La risposta dell'Unione Europea all'emergenza da Covid-19 e la nuova fase di gestione del bilancio unionale*).

L'analisi così condotta ha consentito di rileggere in chiave critica lo stesso PNRR nelle sue diverse dimensioni, soprattutto economica, andando ad indagare anche il profilo della partecipazione dei livelli territoriali alla *governance* multilivello per attuare una programmazione flessibile e commisurata agli obiettivi prefissati (*I diversi limiti all'indebitamento nella governance multilivello*).

In questa prospettiva, sempre nella dimensione sostanziale, nel corso della ricerca, sono stati esaminati i profili relativi alla rilettura del rapporto tra Stato e mercato, andando ad analizzare il caso peculiare della Banca di Sviluppo e Promozione, nell'ambito della risposta dello Stato all'emergenza sanitaria, nonché il ruolo del MEF nel contesto del PNRR, evidenziando la necessità di trovare una soluzione di lungo periodo per evitare che il ruolo di salvatore dello Stato diventi un ostacolo al raggiungimento degli obiettivi (*La Cassa Depositi e Prestiti, modello italiano di banca nazionale di promozione "alla prova" dell'emergenza sanitaria Covid-19: la parabola delle diverse vesti dello "Stato salvatore"*).

A seguire, nel volume, è stato indagato, in chiave critica, il rapporto tra digitalizzazione e governo efficiente, isolando anche gli ostacoli che si frappongono al perfezionamento di un modello che appare tutt'altro che compiuto e che si presenta come un ibrido che necessita di continue correzioni, come peraltro ampiamente dimostrato dal supporto che le ICT hanno fornito alle varie amministrazioni in occasione della gestione della pandemia (*Buon andamento nell'amministrare e digitalizzazione: note di attualità e persistenti problematicità di un 'inammissibile baratto'*). Una dimensione problematica che è stata indagata anche nel rapporto con la esigenza di garantire un bilanciamento con le esigenze di tutela dei dati personali ("To no other end, but the... Safety, and public good of the People": *le limitazioni alla protezione dei dati personali per contenere la pandemia di COVID-19*).

Nel contesto della ricerca una particolare attenzione è stata offerta anche alla diversa prospettiva in cui l'azione dell'amministrazione è stata proiettata, focalizzando l'analisi sul doppio nucleo del principio di proporzionalità, che emerge in una dimensione forte, per i diritti, cui fa da contraltare una dimensione debole per le questioni economiche, rilevando, in questa seconda prospettiva, non tanto una tecnica di bilancia-

mento volta a dare la massima tutela e garanzia ai diritti e, quindi, la sua applicazione finalizzata a graduare le forme di limitazione, ma piuttosto un mezzo per ottenere il massimo risultato con il minor sacrificio possibile, in un'analisi costi-benefici tendente a valutare la giustificazione delle scelte economiche adottate (*Principio di proporzionalità, logiche interne e interessi di natura politico-economica*). Una attenzione che ha portato anche ad indagare il sistema sanzionatorio strutturato a garanzia delle misure adottate per far fronte all'emergenza sanitaria (*Controlli e sanzioni tra emergenza sanitaria e ordinaria amministrazione*) nonché le coordinate entro le quali inquadrare la responsabilità medica (*La responsabilità del medico nel contesto emergenziale*).

Nella seconda parte ideale del volume, prendendo le mosse dalla diversa dimensione sostanziale in cui l'organizzazione e l'azione amministrativa vengono proiettate, l'attenzione è stata rivolta alla sistematica dei controlli che, necessariamente, non può che risentire delle diverse coordinate di contesto emerse. E così è stato indagato, in prospettive differenti, il ruolo cui le Corti dei conti sono chiamate.

Volgendo lo sguardo alla dimensione nazionale, l'analisi ha toccato in primo luogo i confini soggettivi della finanza pubblica andando a indagare il potere che gli Stati membri hanno, nell'esercizio della loro autonomia procedurale, nella previsione di un controllo giurisdizionale speciale sul corretto perimetro del settore delle amministrazioni pubbliche, rilevante per la trasmissione dei dati consolidati del conto economico alla Commissione europea (*Elenco Istat delle PA e giurisdizione della Corte dei conti: i confini soggettivi della finanza pubblica alla luce delle misure connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*).

L'indagine svolta dalle unità di ricerca ha trovato poi un momento di chiusura, nel quale si tracciano le linee dei futuri approfondimenti dei gruppi, nell'esame dell'impatto che il quadro delineato dal PNRR ha avuto sulla sistematica dei controlli a livello nazionale. Una indagine che, assumendo una chiave critica, ha evidenziato luci e ombre del disegno riformatore, evidenziando anche l'impatto che esso ha avuto sui poteri inerenti al controllo di legittimità e regolarità finanziaria, che è parte integrante del processo di risanamento finanziario degli enti locali e la cui interruzione non può che portare a un peggioramento della situazione finanziaria piuttosto che garantirne la stabilità. Un approfondimento che ha offerto spunti per una rilettura e ridefinizione del ruolo della Corte dei conti, evidenziando anche i pregi di quel processo virtuoso di auto-correzione in atto, essenziale per evitare la sospensione o la revoca dei finanziamenti, da un lato, e la responsabilità amministrativa o penale per

frode, dall'altro, evitando quei comportamenti che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, contro i quali gli Stati membri sono tenuti ad adottare le stesse misure assunte per contrastare la lesione degli interessi finanziari degli Stati (*I controlli della Corte dei conti sul PNRR tra performance e legittimità finanziaria*). Seguendo questa traccia, nel volume si è anticipato, in parte, quello che sarà il prosieguo della ricerca, andando ad analizzare il ruolo che la Corte dei conti ha rispetto alla irregolare contabilizzazione delle variazioni di stima dei crediti e dei debiti da parte degli enti del SSN, con particolare riferimento a una specifica realtà regionale (*La sezione regionale di controllo della Corte dei Conti del Lazio interviene per correggere la metodologia di contabilizzazione di crediti e debiti degli enti del servizio sanitario nazionale. Il caso delle delibere 30, 31 e 34 del 2021 della Corte dei conti Sezione controllo Lazio*).

Le curatrici

VINICIO BRIGANTE

BUON ANDAMENTO NELL'AMMINISTRARE
E DIGITALIZZAZIONE: NOTE DI ATTUALITÀ E PERSISTENTI
PROBLEMATICITÀ DI UN 'INAMMISSIBILE BARATTO'

ABSTRACT: *Relation between digitization and efficient government is less unambiguous than it may at first appear, or that it is in terms of programmatic manifestos far removed from daily reality in administrations, and that digitization itself demonstrates how the trade-off between efficiency and rule of law sometimes presents itself in terms of unfairness to the detriment of the latter, and conversely, to the harm of the citizen. It not meant to deny obvious advantages that technological progress brings and will be able to bring to the progress of administrative action, but it is appropriate to identify and isolate the obstacles that stand in the way of perfecting a model that appears far from being accomplished, and, which presents itself as a hybrid that needs continuous corrections, as, moreover, amply demonstrated by the support that ICTs have provided to the various administrations on the occasion of the management of the recent pandemic.*

SOMMARIO: 1. La declinazione pubblica dell'efficienza e le zone d'ombra della legalità. Obiettivo della ricerca e tesi sostenute. – 2. La digitalizzazione e l'amministrazione. Brevi note critiche su una nozione (pericolosamente) indefinita. – 3. Potere amministrativo, legalità e digitalizzazione: i termini di una 'inevitabile frattura'. – 3.1. L'apprendimento istruttorio della pubblica amministrazione e le evidenti criticità della dimensione digitale dell'attività conoscitiva. – 3.1.1. Il patrimonio conoscitivo pubblico in forma digitale e l'illusione di un'amministrazione onnisciente. – 3.1.2. I flussi del patrimonio conoscitivo digitale e l'insussistenza di un apposito conferimento del potere: ulteriori elementi probatori. – 3.2. L'algoritmo e l'attività amministrativa, dall'ignoto all'imprescindibile: note su una rapida (e inattesa) ascesa. – 4. Continuità teorica e pericolose convinzioni. – 5. (*Un'appendice necessaria*) Note preliminari su amministrazione, risultato, digitalizzazione. Le traiettorie del PNRR.

1. *La declinazione pubblica dell'efficienza e le zone d'ombra della legalità. Obiettivo della ricerca e tesi sostenute*

Il progressivo, ma lento e ondivago, affermarsi della digitalizzazione¹

¹ La presente analisi utilizza in senso fungibile le espressioni 'digitalizzazione' e 'trasformazione digitale' anche se si condivide l'approccio di S. EPIFANI, *Retail transforma-*

– si potrebbe utilizzare l'espressione, coniata dal PNRR, di transizione digitale, tentativo sterile di *marketing* legislativo – nozione alquanto vaga, indefinita e priva di apposita previsione normativa qualificante, nell'amministrare e il relativo legame, apparentemente inscindibile, con il principio di buon andamento², nelle pur diverse declinazioni evolutive che la scienza giuridica ha coniato³, si pongono quale terreno elettivo

tion: persone, aziende, tecnologie digitali, in *Digital transformation institute*, 2019, «l'attenzione al tema eminentemente tecnologico della digitalizzazione non solo mette in secondo piano la dimensione economica, psicologica e sociale, che sono invece connotanti della trasformazione digitale, ma non ne fa cogliere la reale natura. Trasformazione digitale è il concetto che descrive l'impatto trasformativo delle tecnologie digitali sulla società, sul *business*, sulle relazioni e su ogni aspetto della nostra vita. Trasformazione che non riguarda soltanto – come nella digitalizzazione – il modo in cui si fanno le cose, ma definisce un cambiamento più profondo, che agisce a livello di senso e di struttura», citato da L. ATTIAS, G. SCORZA, *La consapevolezza digitale al servizio dell'etica*, in *Dir. inf.*, 2019, 1191; in senso conforme, si v. D.U. GALETTA, J.G. CORVALÁN, *Intelligenza artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi, sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *Federalismi*, 2019, 3, 6 febbraio 2019, la pubblica amministrazione è interessata, ormai da anni, da un cambiamento epocale, «un'evoluzione monumentale che è connessa, essenzialmente a due grandi fenomeni: la mutazione esponenziale delle nozioni di spazio e di tempo che è derivata dall'uso massiccio di nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione, la trasformazione della maniera di elaborare dati e informazioni», «in questo mutato contesto la burocrazia amministrativa si trova a dovere fare fronte ad opportunità e sfide senza precedenti»; F. MANGANARO, *Trasparenza e digitalizzazione*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2019, 25 ss., 31, «l'innovazione digitale non è solo l'eliminazione del cartaceo o una maggiore efficienza amministrativa, ma qualcosa di più significativo e pregnante, tale da coinvolgere il modo stesso di amministrare»; G. DUNI, *L'amministrazione digitale. Il diritto amministrativo nella evoluzione telematica*, Giuffrè, Milano, 2008, 26, 34; V. FROSINI, *Telematica e informatica giuridica ad vocem*, in *Enc. dir.*, XLIV, Giuffrè, Milano, 1992, 60 ss., sul tema del rapporto tra telematica e trasferibilità dei dati con funzione certificativa; G. PELLEGATTI, *Valutazioni tecniche dell'amministrazione pubblica e sindacato giudiziario. Un'analisi critica dei recenti sviluppi della dottrina giuspubblicistica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, 158, «la tematica dello sviluppo tecnologico – nella sua complessa e varia fenomenologia – ha costituito nelle scienze sociali, com'è noto, un momento centrale della elaborazione del pensiero»; sul tema, di recente, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *The rise of technological administration and the ragged route towards a digital administrative law*, in D. SORACE, L. FERRARA, I. PIAZZA (a cura di), *The changing administrative law of an EU Member State*, Giappichelli, Torino, 2020, 127 ss.

² Principio che si è dimostrato più longevo di quanto non prevedesse la dottrina, unanime, con qualche eccezione, a manifestare un atteggiamento scettico sulla relativa portata giuridica, come sostenuto da R. RESTA, *L'onere di buona amministrazione*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, II, Padova, 1940, 109.

³ Identificato, talvolta, in termini di dovere, cfr. G. FALZONE, *Il dovere di buona amministrazione*, Milano, 1953, 27, la funzione intesa quale nozione teorica non è so-

per indagare le condizioni di un 'inammissibile' quanto 'volgare' baratto⁴, tra l'efficienza e la legalità⁵.

vrapponibile al momento dinamico della particolare attività che della funzione costituisce oggetto, notazione che emerge proprio in relazione alla buona amministrazione; recenti riferimenti, in una prospettiva differente, in A. GIUFFRIDA, *Il diritto a una buona amministrazione pubblica e profili sulla sua giustiziabilità*, Torino, 2012; nella medesima chiave interpretativa, di recente, si v. A. POLICE, *L'interesse collettivo alla buona amministrazione e la sua giustiziabilità: riflessioni sulla c.d. class action pubblica*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, V, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, 4041 ss.

⁴ In questi termini, anche il titolo dell'indagine, si deve all'autorevole e condivisa posizione di F. LEDDA, *Dal principio di legalità al principio di infallibilità dell'amministrazione*, in *FA*, 1997, 3303 ss., ora anche in *Scritti giuridici*, CEDAM, Padova, 2002, 454 ss., il quale rileva, in maniera inequivocabile, che «l'efficienza dei giuristi, quella che si pretende di misurare e registrare, costituisce il motivo ricorrente di un discorso stanco, tanto monotono e inutile quanto una litania che venga recitata soltanto per ragioni di carattere rituale», poiché «se pur si consentisse l'inaccettabile baratto tra l'efficienza e la legalità, si avrebbe una transazione *sine causa*, o meglio contro qualsiasi causa ragionevole che possa individuarsi»; il discorso, nella medesima prospettiva, è ripreso da R. FERRARA, *L'interesse pubblico al buon andamento delle pubbliche amministrazioni: tra forma e sostanza*, in *Dir. e proc. amministrativo*, 2010, 1, 31 ss., che lo definisce in termini di "scambio transattivo" e lo giustifica come «frutto di un trend di cultura istituzionale ed amministrativa (di scienza politica e scienza dell'amministrazione)»; analogamente, nella prospettiva di una lettura costituzionalmente orientata del principio, in termini dubitativi, sempre F. LEDDA, *L'attività amministrativa*, in *Il diritto amministrativo degli anni '80. Atti del XXX° Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione. Varenna - Villa Monastero 1984*, Giuffrè, Milano, 1987, 83 ss., in part. 98, 99, secondo il quale il buon andamento può essere inteso in vario modo ma non può essere identificato con «alcuna delle specifiche esigenze che al principio costituzionale vengono più comunemente ricondotte, e in particolare con quella di efficienza». L'efficienza, come nozione in sé, è vincolata alla massimizzazione dell'interesse e mal si concilia con il *munus* dell'amministrazione, che non può massimizzare "l'interesse di cui è attributaria", poiché è deputata al bilanciamento di tutti gli interessi compresenti; si v. F. BENVENUTI, *Introduzione ai lavori*, in *L'azione amministrativa fra garanzia ed efficienza*, in *Quaderni Formez*, 1981, 7 ss.; sempre in senso conforme, si v. A. PUBUSA, *Forma e sostanza nel procedimento. Considerazioni sull'art. 21octies della legge n. 241 del 1990*, in *Dir. pubbl.*, 2006, 511 ss., «anche per il più celebre e ammirato teorico del raggiungimento dello scopo, la svalutazione della legge non è segno di civiltà. Il principio, infatti, richiede al titolare del potere di *operare contro alla fede, contro alla carità, contro l'umanità*»; emblematica è l'indagine condotta da M.S. GIANNINI, *Corso di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1965, 18 ss., che, trattando i principi della funzione amministrativa, cita legalità, azionalità e imparzialità e omette alcun riferimento al buon andamento. Tuttavia, lo stesso Autore, in *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1982, 263, ne ammette implicitamente l'importanza, ma si domanda «in quali comandi giuridici si concreti»; meno netta appare la posizione di F. SALVIA, *Valore e limiti della managerialità nella pubblica amministrazione*, in *Dir. econ.*, 1996, 3, 585 ss., in part. 587, il quale distingue le ipotesi di immissione di precetti manageriali in una amministrazione erogatrice di servizi,

Il tema, posto in tale ottica investigativa, sembra portare con sé una centralità e una relativa carica problematica, indifferibile nel dibattito

in relazione alla quale tale approdo può costituire una spinta di rilievo, dalle ipotesi in cui, in relazione alle funzioni espletate, sia impossibile ancorare l'analisi dell'efficienza con i parametri di matrice aziendalistica; A. PIOGGIA, *La managerialità nella gestione amministrativa*, in F. MERLONI, A. PIOGGIA, A. SEGATORI (a cura di), *L'amministrazione sta cambiando?*, Giuffré, Milano, 2007, 117 ss., sul tema del delicato equilibrio tra aspetti organizzativi e operativi di tale approdo teorico; U. ALLEGRETTI, *Valori costituzionali e pubblica amministrazione: un nuovo inizio?*, in *Amministrazione pubblica e Costituzione*, CEDAM, Padova, 1996, 216 ss., osserva che il fine economicistico o di redditività, che può esservi nei settori dell'amministrazione qualificati da finalità economiche, deve essere reso funzionale ai principi che orientano l'azione dell'amministrazione; in termini ottimistici sul tema, cfr. G. PERICU, *Brevi note in tema di efficienza e doverosità dell'azione amministrativa*, in *Studi in onore di Umberto Pototschnig*, II, Giuffré, Milano, 2002, 923 ss., che rileva che efficacia e efficienza sono termini che caratterizzano un'amministrazione capace; nella prospettiva statica dell'organizzazione, non si può non condividere la posizione di M. COLACITO, *La pubblica amministrazione*, in G. PIVA (a cura di), *Potere, poteri emergenti e loro vicissitudini nell'esperienza giuridica italiana. Atti del convegno nazionale. Roma, Accademia dei Lincei, 20-22 marzo 1985*, CEDAM, Padova, 1986, 436, secondo il quale la visione aziendalistica del buon andamento rischia di generare analisi poco utili, poiché in alcuni settori della pubblica amministrazione «i dirigenti non esistono o esistono in forma attenuata»; C. PINELLI, *Il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione. Art. 97-98*, in A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Roma, 1994, 53 ss.

⁵ Il tema non involge solo una questione di ricerca di stabili equilibri in termini di coerenza logica interna del sistema, ma rappresenta un momento di sintesi del valore della coerenza assiologica che deve informare il rapporto tra cittadini e amministrazione, come rilevato da A. ROMANO TASSONE, *Osservazioni su invalidità e irregolarità degli atti amministrativi*, in *Annuario AIPDA 2002*, Giuffré, Milano, 2003, 102; M. MAGRI, *La legalità costituzionale dell'amministrazione. Ipotesi dottrinali e casistica giurisprudenziale*, Giuffré, Milano, 2002, l'amministrazione è apparsa, per anni, come un sistema in sé concluso, indipendente, incapace per sua natura di agire in conformità a disposizioni che non fossero dirette, in senso inequivocabile, all'esercizio del potere; A. TRAVI, *Il metodo nel diritto amministrativo e gli 'altri saperi'*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 3, 865 ss., in part. 871, «nel diritto amministrativo il principio di legalità esige per sua natura un elevato livello di certezza e di oggettività (altrimenti perderebbe ogni ragion d'essere), ma nello stesso tempo è caratterizzato dalla frammentarietà della normativa positiva, dall'ampiezza e dalla profondità delle lacune, nel contesto tuttavia di esigenze tipicamente operative»; S. FOIS, *La crisi delle istituzioni*, in *Dir. soc.*, 1992, 1 ss., in part. 3, che osserva come il tema possa essere interpretato nella prospettiva del 'volere essere' o del 'dover essere' delle istituzioni, e quindi dell'amministrazione; si condivide l'approccio offerto da F. LIGUORI, *Attività liberalizzate e compiti dell'amministrazione*^{11ed}, Editoriale Scientifica, Napoli, 2000, 31, in ordine alla dialettica, anche in termini di metodo, tra i diversi approcci investigativi, rispetto ai quali si predilige, in questa sede, quello deputato alla rivalutazione della centralità del principio di legalità, come presidio di libertà, per «garantire il cittadino dall'invasione dei poteri pubblici».

odierno – anche per ciò che riguarda i nodi problematici riferibili alle misure attuative del PNRR, come si vedrà *infra*, par. § 5 – non solo nell'ambito accademico, sebbene il taglio della presente analisi si manifesti principalmente in una visuale giuridico-teorica⁶.

La prospettiva indagata, nel suo connotato dialettico tra diverse scienze, impone di prendere, «in considerazione il cosiddetto punto di vista amministrativo, un criterio di indagine, di valutazione e di azione, che discende da un illuminato senso di opportunità, il quale si sviluppa, si educa e si perfeziona con lo studio di scienze tecniche e giuridiche⁷».

In tale scenario, la trasformazione digitale dell'amministrazione – al di là di quanto si palesi come risultato di scelte consapevoli e ponderate o di quanto si imponga quale deriva necessaria del progresso tecnologico – rischia di configurare diverse ipotesi di cessione o di rinuncia del principio di legalità⁸.

Si potrebbe, a tal proposito, obiettare che il tradizionale rapporto tra legalità ed efficienza non si risolve più in termini di contrasto, ma di necessaria integrazione⁹ e che, la tesi esposta in questa sede, sia – se non inattuale¹⁰ – quantomeno soggetta a interpretazioni critiche difformi.

⁶ In senso ostativo sulla possibilità di tale approccio, R. CAVALLO PERIN, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, in *Dir. amm.*, 2020, 305 ss., «Le considerazioni sui pregi e difetti della digitalizzazione nella pubblica amministrazione si possono avvertire su taluni fenomeni che derivano da una determinata innovazione, non possono essere d'aiuto all'incedere della disamina teorica, poiché attengono più alla descrizione che all'impatto teorico che una certa innovazione tecnologica ha avuto e possa avere sull'assetto di un determinato settore scientifico»; in senso difforme da tale riflessione, l'innovazione tecnologica dell'attività dell'amministrazione pubblica obbliga i teorici a un'attenta rivisitazione delle tradizionali categorie giuridiche, anche qualora ci si riferisca al principio di legalità e all'attività conoscitiva delle amministrazioni pubbliche, posta in termini di base delle scelte di interesse generale, oggetto di analisi nella presente indagine.

⁷ Cfr. U. BORSI, *L'unità didattica del diritto amministrativo e della scienza dell'amministrazione*, estratto dal *Filangieri*, 1906, 509 ss.

⁸ Particolarmente incisiva e attuale è l'analisi di F. BENVENUTI, *L'azione amministrativa tra garanzia e efficienza*, ora anche in *Scritti giuridici*, IV, Giuffrè, Milano, 2006, 3647 ss., 3652, che osserva come la legalità sia tesa più a «rendere più difficile la parzialità dell'agire» che a garantire l'imparzialità, considerazione che assume un significato che va ben oltre il dato letterale.

⁹ In questi termini, tra gli altri, L. MERCATI, *Efficienza della pubblica amministrazione* ad vocem, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, III, Giuffrè, Milano, 2006, 2144 ss., in part. 2147.

¹⁰ In questo senso, emblematico è il rilievo operato da N. LONGOBARDI, *La posizione istituzionale dell'amministrazione pubblica e la Costituzione*, in *Dir. e proc. amministrativo*, 2018, 24 ss., «con il tramonto dell'amministrazione legalitario-burocratica, per evi-

In tal senso, – pur condividendosi le riflessioni secondo cui «la legalità resta il parametro dell'azione, ma l'efficienza il risultato», da cui discende il «piano informale in cui gioca il criterio¹¹» – proprio il tema della digitalizzazione rischia di far transitare la tradizionale duttilità di comportamento riservata alle pubbliche amministrazioni verso una deriva patologica, le c.d. zone d'ombra della legalità¹², ossia un sostanziale tradimento della logica garantistica che il principio in questione assicura,

dente sfaldamento del principio di legalità», il principio di buon andamento acquisisce nuovi significati, non potendo «essere assorbito nella legalità, che si risolve nell'aderenza – per lo più formalistica – a discipline normative»; in senso conforme, cfr. l'editoriale a firma di G. DELLA CANANEA, *Re-Theorizing public law*, in *It. J. Pub. L.*, 2012, 257; sul tema, in termini di sintesi tra i principi, si v. P. TANDA, *Principio di legalità ed efficienza amministrativa*, in *Scritti in memoria di Roberto Marrama*, II, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, 1147 ss., in part. 1148, «si è assistito ad una netta divaricazione tra legalità ed effettività».

¹¹ Cfr. P. CALANDRA, *Il buon andamento dell'amministrazione pubblica*, in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet. Amministrazione e Organizzazione*, I, Giuffrè, Milano, 1987, 155 ss., in part. 157, 161; cfr. L. IANNUCILLI, A. DE TURA (a cura di), *Il principio di buon andamento dell'amministrazione nella giurisprudenza costituzionale*, in *cortecostituzionale.it*, 4, «il principio di buon andamento è stato, di volta in volta, identificato con la predisposizione di strutture e moduli di organizzazione volti ad assicurare un'ottimale funzionalità; o rappresentato come obiettivo di tempestività e efficienza o come esigenza generale di efficienza dell'azione amministrativa; o definito 'principio di efficienza'; o inteso come economicità di gestione e contenimento dei costi dei servizi pubblici. La giurisprudenza costituzionale non offre un compiuto catalogo di contenuti specifici riconducibili al buon andamento, ma solo indicazioni parziali, da cui possono comunque desumersi regole esplicative e corollari»; di recente, R. URSI, *La giuridificazione del canone dell'efficienza della pubblica amministrazione*, in B. MARCHETTI, M. RENNA (a cura di), *La giuridificazione*, in D. SORACE, L. FERRARA (coordinato da), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Studi*, III, Firenze University Press, Firenze, 2016, 445 ss., 447, «L'efficienza è l'adeguatezza ad un fine, la capacità potenziale di raggiungere un obiettivo. Essa è percepita come contributo al raggiungimento di uno obiettivo e giammai nel senso economico di relazione tra risorse e risultati»; sul tema dell'informalità dell'agire, cfr. G. BERTI, *Stato di diritto informale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, 3 ss., in part. 13, «le regole insomma percorrono anche insospettiti sentieri e possono imporsi pure a coloro che si propongono solo di utilizzarle. Una razionalità sotterranea mantiene distinto l'arbitrio da una giustizia comunque accettabile».

¹² Corte Cost., 24 marzo 1988, n. 331, in *Giust. civ.*, 1989, I, 18; in questi termini, G. D'ALESSIO, *Il buon andamento dei pubblici uffici*, CLUA, Ancona, 1992, 64; sul tema, si v., proprio nell'ottica della tecnica, C. VIDETTA, *Tecnica e buona amministrazione*, in A. CONTIERI, F. FRANCIARI, M. IMMORDINO (a cura di), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, I, Editoriale Scientifica, Napoli, 2010; sul 'pendolarismo' del principio in questione, in termini di verifica del fine ultimo di tangibilità degli interessi, si v. E. BUOSO, *Proporzionalità, efficienza e accordi nell'attività amministrativa*, CEDAM, Padova, 2012, 216 ss., 222.

e, che non può essere sanata unicamente con il ricorso agli istituti partecipativi¹³ o con un recupero e una valorizzazione della funzione della motivazione¹⁴, intesa nella sua accezione più ampia, come si avrà modo di specificare nel corso della trattazione.

Tuttavia, è opportuno precisare che non si intende negare l'irrinunciabile e consolidata prospettiva teleologica¹⁵ del principio di legalità nel diritto amministrativo odierno, orientato al fine dell'agire, e pertanto necessariamente coerente (anche) con il parametro del buon andamento¹⁶, che mal si concilia, però – e l'assunto è particolarmente pertinente con riferimento alla digitalizzazione – con la cor-

¹³ In questa sede, la prospettiva legata alla partecipazione democratica e alla nozione di open data non è oggetto di indagine, per la quale si rinvia, *ex multis*, a G. CARULLO, *Open data e partecipazione democratica*, in *Ist. fed.*, 2019, 685 ss.; D.U. GALETTA, *Open Government, open data e azione amministrativa*, in *Ist. fed.*, 2019, 663 ss.

¹⁴ Il riferimento è alla tendenza alla dequotazione della funzione della motivazione, in relazione alla quale si rinvia allo studio di M. RAMAJOLI, *Il declino della decisione motivata*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 3, 894 ss., tendenza che pare essere debba essere necessariamente disattesa in relazione alla digitalizzazione dell'attività amministrativa.

¹⁵ Si rinvia, sul tema, a A. ROMEO, "Certeza del diritto e amministrazione di risultato" alla prova della trasformazione digitale, in *Scritti in onore di Maria Immordino*, III, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, 3187 ss.; A. CIOFFI, *Il problema dell'interpretazione nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2020, 1, 127 ss.; cfr. M.R. SPASIANO, *Potere amministrativo e interesse pubblico nell'evoluzione del pensiero giuridico e filosofico*, in L. GIANI, M. IMMORDINO, F. MANGANARO (a cura di), *Temi e questioni di diritto amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, 11 ss., in part. 11, «anche nei paesi democratici i cui ordinamenti sono fondati sul principio di legalità, qualsiasi centro di imputazione di potere pubblico è obbligato non soltanto a dare esecuzione formale ai dettati normativi che lo disciplinano, ma a conseguire sul piano della effettività le finalità per le quali è previsto e istituito»; l'approccio a tale impostazione è datato ed autorevole, come dimostrato dallo studio di E. PRESUTTI, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*^{VI ed.}, I, Athenaeum, Roma, 1920, 47, «la formazione delle norme di diritto pubblico è determinata unicamente dalla considerazione del pubblico interesse e dalla necessità di soddisfarlo»; analogamente F. SATTA, *Introduzione a un corso di diritto amministrativo*, CEDAM, Padova, 1980, 44, 53, «dietro l'interpretazione più o meno estensiva del principio di legalità, infatti, si nasconde una grave incertezza sulla funzione odierna dell'amministrazione e sul suo modo di adempiere ai compiti che le sono affidati. Non il principio di legalità, cioè, come creazione dottrinale, ma la legge, l'amministrazione – cioè i termini del rapporto – sono in crisi, e da questa crisi discende quella del principio di legalità. Esso sembra travolto dalle cose, superato dalle realizzazioni positive e conseguentemente privato di un contenuto concreto e vitale».

¹⁶ Significativa la riflessione di D. SORACE, *Come rifare la pubblica amministrazione italiana e il suo diritto? (Discutendo con Bruno Dente e Carlo Marzuoli)*, in *Dir. pubbl.*, 1996, 381 ss., in part. 401, l'imparzialità è il risultato del buon andamento e, al contempo, il buon andamento impone di relativizzare l'imparzialità.

rispondenza formale dell'attività amministrativa al predefinito tipo legislativo¹⁷.

Le trasformazioni in essere, che interessano la società, e di converso l'amministrazione e il diritto che ne regola i rapporti con i cittadini, richiedono un percorso di *decostruzione e ricostruzione* degli istituti e delle relative dinamiche, ma il presidio di un potere amministrativo basato sul primato della legge sembra indefettibile ed è anzi necessario che si ponga quale strumento di garanzia di tali mutamenti, con ancora maggior forza, senza però esserne travolto.

Ulteriore proposito dell'indagine è quello di sostenere la tesi secondo la quale il rapporto tra digitalizzazione e buon andamento sia meno univoco di quanto possa *prima facie* apparire – o che lo sia in termini di manifesti programmatici¹⁸ lontani dalla realtà quotidiana delle ammini-

¹⁷ Su tale aspetto, sono attuali le riflessioni di F. MERUSI, *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo le recenti riforme*, in *Gerarchia e coordinamento degli interessi pubblici e privati dopo la riforma delle autonomie locali e del procedimento amministrativo. Atti del XXXVII° Convegno di studi di scienza dell'amministrazione promosso dalla Amministrazione provinciale di Como, Varenna, Villa Monastero, 19-21 settembre 1991*, Giuffrè, Milano, 1994, 34 ss., l'esercizio del potere pubblico, dunque, tende a non rinvenire più la propria fonte di legittimazione nella norma di legge in quanto la disposizione normativa, in un contesto sociale ed economico ad elevata complessità, non è in grado di contenere in sé e contemperare tutti gli interessi aventi natura giuridica pubblica che l'amministrazione incontra e coinvolge quando esercita concretamente la sua funzione.

¹⁸ L'incipit del *Referto al Parlamento sullo stato di attuazione del piano triennale per l'informatica 2017-2019*, redatto dalla Sezione Autonomie della Corte dei Conti, 2020, 1, consultabile in *cortedeiconti.it*, rileva come il principio di buon andamento possa essere attuabile solo «vincendo la sfida posta dall'innovazione tecnologica», condivisibile in termini di obiettivo programmatico, che rischia però di diventare l'unica e salvifica soluzione alle innumerevoli criticità che caratterizzano costantemente l'agire amministrativo; tale impostazione critica è condivisa, con una visione parzialmente difforme in tema di sviluppi del tema, tra gli altri, da F. COSTANTINO, *Informatizzazione della p.a.* ad vocem, in *Enc. giur. Treccani*, 2015; sono attuali le risalenti riflessioni di G. DUNI, *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.*, 1978, I, 407 ss., «le apparecchiature elettroniche arrecano indubbiamente dei grandi benefici, ma questi sono sempre settoriali e, nel complesso, non hanno risolto il problema delle gravi disfunzioni delle amministrazioni»; in tal senso, appare non condivisibile, poiché priva di pregio critico, la considerazione di G. MOCAVINI, *Le sfide della digitalizzazione della pubblica amministrazione*, in S. CASSESE (diretto da), *Rapporto Aspen Institute Italia. Le riforme della pubblica amministrazione nella XVIII legislatura. I motivi ispiratori, i risultati conseguiti, gli obiettivi da raggiungere*, 2018, consultabile in *aspeninstitute.it*, 81, secondo il quale «la digitalizzazione è considerata la condizione necessaria per rendere l'azione della pubblica amministrazione più efficace ed efficiente».

strazioni – e che proprio la digitalizzazione dimostri come il baratto tra efficienza e legalità si presenti, talvolta, in termini di iniquità a danno di quest'ultima e, di converso, ai danni del cittadino.

Coerentemente con tale linea di ricerca, si condivide la autorevole riflessione, secondo cui, la diffusione della modernizzazione tecnologica, nell'esercizio di poteri pubblici, può determinare un “indebolimento delle garanzie, e in special modo di quelle connesse all'osservanza di forme e procedure esclusive¹⁹”.

In tal senso, non si intendono negare gli evidenti vantaggi che il progresso tecnologico porta e potrà portare all'incedere dell'agire amministrativo – di cui si darà conto, seppur in maniera non esaustiva, nel corso dell'indagine e in relazione ai quali sono disponibili accurati studi²⁰ – ma è opportuno identificare e isolare gli ostacoli che si frappongono al perfezionamento di un modello che appare lontano dall'essere compiuto, e, che si presenta come un ibrido che necessita di continui correttivi²¹, co-

che rischia di banalizzare un tema estremamente complesso nel suo divenire, mentre si condividono i correttivi proposti per le differenti criticità; a tale visione se ne affianca una più pragmatica, secondo la quale la tecnologia «non ha nulla di particolarmente nuovo da offrire alla democrazia e all'esercizio del potere pubblico», come rilevato, tra gli altri, da P.E. AGRE, *Real-Time Politics: The Internet and the political process*, in *Inf. Soc.*, 2002, 311 ss.; S. CASSESE, *Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, 27 ss., 31, «le amministrazioni devono innovare sia i processi che i servizi finali e le politiche in coerenza con il modificarsi dei bisogni da soddisfare interpretando in modo strategico e anticipatorio la propria missione istituzionale»; si condividono le perplessità e l'ammonimento operato da A. POGGI, *Le occasioni perse per riformare la pubblica amministrazione e quelle ... da non perdere*, in G.C. DE MARTIN, D. MORANA (a cura di), *Democrazia e amministrazione. Atti della Giornata di studi per il ventennale del Centro Vittorio Bachelet*, Giuffrè, Milano, 2013, 59 ss.; si condivide l'approccio cauto offerto da M. SIMONCINI, *Lo 'Stato digitale'. L'agire provvedimentale dell'amministrazione e le sfide dell'innovazione tecnologica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, 529 ss., per la quale il supporto algoritmico desta rilevanti preoccupazioni in ordine all'esercizio stesso del potere e delle contestuali garanzie procedurali.

¹⁹ G. BERTI, *Diritto e Stato: riflessioni sul cambiamento*, CEDAM, Padova, 1979, 94.

²⁰ *Ex multis*, cfr. M.L. MADDALENA, *La digitalizzazione della vita dell'amministrazione e del processo*, in *Foro amm. CDS*, 2016, 2535 ss.

²¹ Sono condivise, in senso assoluto, le riflessioni di P. PIRAS, *Il tortuoso cammino verso un'amministrazione nativa digitale*, in *Dir. inf.*, 2020, 1, 43 ss., «Diverse, però, le criticità emerse nel tempo. Innanzitutto, l'equivoco, frutto di un'ancora immatura consapevolezza del ruolo dell'innovazione tecnologica nell'Amministrazione, legato al farsi strada dell'idea che 'amministrazione' e 'amministrazione digitale' connotassero realtà distinte e non, invece, la medesima, l'Amministrazione, appunto, alla quale applicare obbligatoriamente tecnologia e nuove regole. In secondo luogo, la contestualizzazione della legge attraverso parole progetto, quali 'cambiamento' e 'innovazione' spesso ripetute senza essere, però, riempite di contenuti. A queste va aggiunta un'ulteriore criticità, la

me, peraltro, ampiamente dimostrato dal supporto che le ICTs hanno fornito alle diverse amministrazioni in occasione della gestione della recente pandemia²².

L'argomentazione sostenuta può apparire fin troppo cauta e conservatrice, poiché presenta evidenti profili di diffidenza, non nei riguardi del progresso tecnologico in quanto tale²³, ma nei confronti del contesto

principale forse. Si è, infatti, sottovalutato il profilo infrastrutturale, la portata del cambiamento e l'incidenza delle tecnologie sull'organizzazione e i procedimenti e, nella fase di attuazione, si è, erroneamente, ritenuto che sovrapporre nuovi strumenti a vecchi modelli potesse essere sufficiente per indurre il cambiamento aprendo a nuovi processi. Così non poteva essere e, infatti, non è stato. Questa è la ragione per cui, a distanza di anni, ciclicamente, affiora il tema della riforma dell'amministrazione e riemergono i suoi punti di debolezza e si alimenta il già tortuoso percorso verso l'informatizzazione»; in senso conforme, emblematiche sono le riflessioni di A. CELOTTO, *La burocrazia digitale*, in *An. Giur. econ.*, 2020, 1, 265 ss., in part. 265, 272, «nell'epoca del digitale, l'amministrazione è ancora fondata sul modello ottocentesco», «sul quale sono stati inseriti, negli anni, 'pezzi' digitali», «i problemi sono evidenti e ben noti: scarsa conoscenza e applicazione del digitale, approccio episodico e non organico alle nuove tecnologie, mancanza di ogni consapevolezza della centralità e pervasività del digitale, applicazione del digitale nella organizzazione e nei processi tradizionali, mancanza di una regia unitaria nel processo digitale e adesione alle nuove procedure come atto di adempimento simbolico»; sul tema, cfr. F. SALVIA, *Considerazioni su tecnica e interessi*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 2, 603 ss., in part. 610, «Secondo Simon – fine studioso dei processi cognitivi e decisionali – la logica che presiede a tali valutazioni non è quella dichiarativa, ma quella ingegneristica che tende a raggiungere il massimo dei risultati in termini di funzionalità, estetica, sicurezza, con i minori costi possibili».

²² Il riferimento è trasversale in riferimento alla raccolta dei dati, l'utilizzo degli algoritmi e la fallimentare esperienza delle *app* di *contact tracing*; sul tema, si v., da ultimo, il documento, di matrice organizzativa, rilasciato dal Governo degli Stati Uniti, il 21 gennaio 2021, *Executive Order on ensuring a Data-Driven response to Covid-19 and future high-consequence public health threats*, consultabile su *astridonline.it*, 2021; sul tema, di recente, C. DI COSTANZO, *Access to intensive care and artificial intelligence. A Constitutional perspective*, in *It. J. Pub. L.*, 2021, 594 ss.

²³ Si v., *ex multis*, il rilievo operato da G. PASTORI, *Amministrazione pubblica (Voce del Dizionario di Politica, 1976)*, in *Amministrare*, 2005, «le strutture esistenti non si mostrano capaci di un flessibile e tempestivo adattamento e l'azione amministrativa, continuando ad articolarsi su atti e competenze puntuali, si complica oltre misura dal punto di vista procedurale e sortisce effetti paralizzanti sulla vita del Paese. In tal modo quello che doveva essere un tipo di organizzazione che assicurava rispondenza ed efficienza amministrativa finisce per essere un meccanismo funzionante secondo regole superate dai tempi e secondo criteri di autodifesa e di autopertpetuazione»; tali carenze contribuiscono a delineare la nozione di buon andamento che oscilla tra il programmato e l'attuale, come rilevato da A. ANDREANI, *Buon andamento dell'amministrazione, partecipazione dei cittadini e decentramento dei comuni*, in *Atti del XXII° Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione. Varenna - Villa Monastero 1976*, Giuffrè, Milano, 1977, 338 ss., il buon andamento si esprime in una «qualificazione funzionale, la quale peraltro

organizzativo e di personale nel quale la digitalizzazione è necessariamente calata, in quanto si intende evidenziare quanto marginali siano i miglioramenti in termini di buon andamento dell'agire pubblico, in assenza di un'adeguata programmazione²⁴.

La sintesi tra le due tesi sostenute – da un lato, la rivalutazione del principio di legalità, in termini assoluti, e dall'altro, come eccedente conguaglio in cambio di una presunta efficienza – non può nemmeno porsi come proiezione dell'indagata compatibilità tra legalità formale e legalità di risultato²⁵, perché quest'ultimo aspetto, valutato come esito dei progressi digitali, risulta modesto e foriero di incertezze.

non acquista un contenuto concreto definito se non attraverso la precisazione degli elementi strutturali e strumentali che concorrono a determinarla, sicché la precisazione degli elementi funzionali, che fanno parte dell'essenza, e degli elementi strutturali, in cui la nozione si estrinseca, pur andando di pari passo non può mai sovrapporsi, a pena di perdere di vista i connotati essenziali del concetto e di scambiare il fine per il mezzo».

²⁴ Cfr. S. CASSESE, *Che cosa resta dell'amministrazione pubblica?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 1, 1 ss., in part. 3, «l'invecchiamento rende impossibile introdurre nuove tecnologie senza delle quali è difficile decidere e gestire. L'ossificazione amministrativa trasforma l'amministrazione spaventata, rallentata, in assenza di incentivi e in presenza di impedimenti, in una forza ostativa dove domina l'inerzia»; in senso conforme, è emblematico il rilievo operato da Camera dei Deputati (*Commissione parlamentare d'inchiesta sul livello di digitalizzazione e innovazione delle pubbliche amministrazioni e sugli investimenti complessivi riguardanti il settore delle tecnologie e della comunicazione*), Doc. XXII-bis, n. 14, in *camera.it*, 2016, 7, «a fronte di un'abbondante produzione legislativa in materia di digitalizzazione, spesso le pubbliche amministrazioni si siano dimostrate pervicacemente inadempienti»; G. ALBERTI, *Attuali tendenze dell'analisi organizzativa: il neo-strutturalismo*, in *Riv. trim. sc. Amm.*, 1983, 47 ss., in part. 50, osserva che le ricerche empiriche sulla pubblica amministrazione consentono di passare all'analisi macro-organizzativa, il cui referente è fornito dai campi strutturati d'azione inter-organizzativi. La tentazione di accrescere il contenuto simbolico del diritto come strumento di regolazione politica e socio-economica sembra arginato dal progressivo maturare nella cultura giuridica e amministrativa del senso dell'economicità e della funzionalità dell'intervento.

²⁵ Sul tema, la letteratura è particolarmente estesa e autorevole, tuttavia l'indagine condotta fa riferimento a A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula 'amministrazione per risultati'*, in *Scritti in onore di E. Casetta*, II, Jovene, Napoli, 2001, 815 ss.; il rapporto tra il principio di legalità e il risultato amministrativo può porsi o in termini di contraddizione e arretramento o in una relazione di contenenza e assoggettamento o una completa autonomia tra i due, che opererebbero su piani diversi, come rilevato da S. PERONGINI, *Principio di legalità e risultato amministrativo*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultato. Atti del convegno, Palermo 27-28 febbraio 2003*, Giappichelli, Torino, 2004, 41 ss., 47, il quale osserva, nell'ultima ipotesi, che «la valutazione del risultato implica l'impiego di criteri diversi da quelli che si utilizzano per valutare la legittimità di un'azione amministrativa»; si condivide la posizione, espressa su altra tematica, da C. MARZUOLI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, II, Jovene, Napoli, 2005, 1529 ss, in part. 1557, «il tratto pubbli-

L'emersione di notevoli tensioni, ormai costantemente presenti nelle dinamiche istituzionali odierne, tra buon andamento, la cui coincidenza – oggetto di un dibattito mai sopito di cui non si può dar conto nella presente analisi²⁶ – con il concetto di efficienza, non è mutuata da scienze economiche²⁷, ma è elaborata da autorevoli studi giuridici²⁸ – e legali-

cistico del fine, di per sé, non dovrebbe poter pesare, nel processo interpretativo, oltre l'elemento fine assunto come dato neutro. Il principio di legalità esiste per questo: per impedire l'onnipotenza dell'interesse pubblico»; sulla distorsione del rapporto tra i due aspetti, in relazione all'articolato tema della valutazione, cfr. G. IACOVONE, *Indicatori di valutazione e buon andamento amministrativo nella performance dei pubblici dipendenti*, in *Federalismi*, 2020, 1, 101 ss., in part. 109, il concetto di risultato legato agli indicatori compositi dei pubblici dipendenti – divenuti un fattore nella 'tragedia della valutazione' – è transitato in una dimensione di presidio della legalità formale e non del buon andamento, considerazione che palesa la tensione interpretativa che intercorre tra i due principi.

²⁶ In termini critici su tale coincidenza concettuale, *ex multis*, si v. G. PASTORI, *La burocrazia*, CEDAM, Padova, 1967, 91 ss.; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Libertà dell'arte e potere amministrativo. L'interpretazione costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 1993, 166 ss.

²⁷ Su tale aspetto, di recente, F. TIGANO, *Efficienza amministrativa, principio di buon andamento e ruolo della Corte dei Conti*, in *Diritto e processo amministrativo*, 1, 2021, 127 ss., 147 «nel buon andamento è ontologicamente presente una connotazione centripeta, in ragione della quale esso è proteso a incidere fisiologicamente sui momenti organizzativi come su quelli dell'attività delle amministrazioni pubbliche»; si v. G. PEDRINI, *Il principio di efficienza pubblica sotto il profilo economico: aspetti salienti ed evoluzioni possibili*, in *Amministrare*, 2009, 3, 453 ss., il quale analizza la componente allocativa e la componente tecnica della nozione di efficienza pubblica, attraverso una analisi diretta a legittimare l'accostamento dell'aggettivo 'pubblica' al sostantivo 'efficienza'; si v., inoltre, lo studio condotto da A. DE SIANO, *Spunti di riflessione sul concetto di efficienza riferito all'attività amministrativa*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2017, 2, 711 ss.; in una prospettiva differente, si v. G. COGLIANDRO, *Gli indicatori di efficacia e di efficienza dell'attività amministrativa. Introduzione*, in *Riv. trim. sc. Amm.*, 1996, 8, il limite più vistoso del modello riferibile al formalismo giuridico è rappresentato dal parametro di riferimento, che si incentra solo sulla legittimità. Le amministrazioni, strutturalmente, non nascono per osservare leggi, ma per raggiungere obiettivi, perseguire interessi pubblici, soddisfare bisogni collettivi, risolvere problemi attraverso la predisposizione di risposte adeguate.

²⁸ Il riferimento è al noto studio di M. NIGRO, *L'azione nei pubblici poteri. Lineamenti generali*, in G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Il Mulino, Bologna, 1984, 836 ss.; L. MERCATI, *Responsabilità amministrativa e principio di efficienza*, Giappichelli, Torino, 2002, 5, la nozione di efficienza, nel suo connotato aziendalistico, è stata utilizzata come viatico per legittimare la portata precettiva del principio di buon andamento. È opportuno rilevare, sinteticamente, che tale approdo è stato proposto con diverse formule, difforni nei presupposti concettuali; in senso conforme a tale ultima impostazione, si v. O. SEPE, *L'efficienza nell'azione amministrativa*, Giuffrè, Mila-

tà²⁹, rinviene nella digitalizzazione un campo di indagine privilegiato per l'interprete. La caratterizzazione del rapporto tra i due principi, che dovrebbe muoversi su un piano di complementarità costante – come se fos-

no, 1975, 14, 21; di recente, si v. A. MORRONE, *Verso un'amministrazione democratica. Sui principi di imparzialità, buon andamento e pareggio di bilancio*, in *DA*, 2019, 2, 381 ss., 384, 389, «il principio di buon andamento possiede margini semantici irriducibili *ad unitatem*», «poiché ha assunto tutti i possibili significati dell'efficienza», che inducono a qualificare il buon andamento, in base alle interpretazioni pretorie della giurisprudenza costituzionale, in termini di «principio senza fattispecie, la cui sagoma si estende a qualsiasi profilo organizzativo e funzionale dell'amministrazione»; sulla delimitazione stessa della nozione di efficienza, D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*^{VIIed}, Il Mulino, Bologna, 2014, 69; sul tema, particolarmente evocative sono le riflessioni svolte da M.R. SPASIANO, *L'organizzazione comunale. Paradigmi di efficienza pubblica e buona amministrazione*, ESI, Napoli, 1995, 15, il quale rileva, nell'introduzione dell'indagine, che «efficienza pubblica e buona amministrazione sono concetti complementari, aventi precipua pregnanza anche sotto il profilo giuridico e che costituiscono le linee guida per un'amministrazione che non voglia cadere né nella mitizzazione del principio di efficienza quale si estrapola dall'esperienza aziendalistica, né nel mero vagheggiamento di più efficienti – ma solo astratti – modelli di gestione per la cura dell'interesse pubblico»; in senso difforme, sul tema della sovrapposizione concettuale tra buon andamento ed efficienza, si v. U. ALLEGRETTI, *La Costituzione interpretata dall'amministrazione*, in *Costituzionalismo*, 2018, 2, 35 ss., in part. 39, «la nozione di buon andamento va intesa non tanto, come in genere si fa, come efficienza ma più latamente come efficacia, ossia capacità della amministrazione di realizzare i suoi fini, quelli appunto condensati nella imparzialità. Invece, volgendosi a un uso più economico che non giuridico dei concetti, l'efficacia dell'amministrazione viene intesa il più spesso come rifluente in efficienza, come risparmio di spesa, aumento del profitto, diminuzione dell'attività del pubblico»; sulla coincidenza semantica tra 'buon andamento' e 'buona amministrazione', prima degli approdi eurounitari, Cons. St., sez. IV, 14 aprile 1981, in *Cons. Stat.*, 1981, I, 387; sul tema, si v. le risalenti ma attuali riflessioni di R. RESTA, *L'onere di buona amministrazione*, cit., 104, 114; sul tema della declinazione giuridica del concetto di efficienza, di recente, si v. D. VESE, *Sull'efficienza amministrativa in senso giuridico*, CEDAM, Padova, 2018, 257 ss.; A. LIPPI, M. MORISI, *Scienza dell'amministrazione*, Il Mulino, Bologna, 2005, 202 ss.

²⁹ Cfr. F. BENVENUTI, *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, in *Riv. trim. sc. Amm.*, 1978, 6 ss., 10, l'agire dell'amministrazione s'inserisce in un sistema di azione complesso e articolato, che corrisponde – o quantomeno dovrebbe corrispondere – ai «disegni generali delineati dalla legge»; coeva e conforme è la posizione di H.A. SIMON, *Il comportamento amministrativo*, Il Mulino, Bologna, trad. it., rist., 1979, 130, l'azione amministrativa si dovrebbe porre come realizzazione di un disegno normativo, informato a un criterio di determinazione preventivo; in senso difforme, in relazione a un'analisi svolta sulla prospettiva storica del tema, B. SORDI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. La prospettiva storica*, in *Dir. amm.*, 2008, 1, 1 ss., 14, rileva la tendenza a sostituire il modello semplicistico della legalità con «un più vasto e comprensivo rispetto del diritto».

se «unito quasi in endiadi³⁰» – è entrata, ormai costantemente, in una dimensione di continue frizioni e bilanciamenti che prediligono, in maniera sproporzionata negli esiti, l'una rispetto all'altra; d'altronde «anche la legalità è costretta a misurarsi con la storia, e l'efficienza non costituisce di per sé un valore ma dei valori può condizionare il realizzarsi; e se concettualmente si distingue dalla legalità, il suo difetto è quasi sempre indicativo di mancato rispetto della legge³¹».

Appare opportuno, pertanto, – come si esporrà in prosieguo (v. *infra* par. § 2) – delimitare l'oggetto dell'indagine, attraverso una specificazione delle nozioni di digitalizzazione e buon andamento, non in termini assoluti, ma affinché le stesse diventino funzionali alla valorizzazione delle tesi esposte. Conseguisce la necessità di una ulteriore premessa di carattere metodologico: la formula letterale utilizzata nel titolo del lavoro, *amministrare*, consente di estendere lo studio sia al profilo organizzativo, sia a quello dell'attività – sebbene si condivida, evidentemente, l'impostazione secondo cui l'attività corrisponde a un principio di carattere organizzativo³² – poiché proprio tale artificiosa distinzione presenta, talvolta, elementi di attualità in relazione ai profili di digitalizzazione.

³⁰ Corte Cost., 23 luglio 1993, n. 333, in *Quad. reg.*, 1993, 1511; P. CALANDRA, *Il buon andamento*, cit., 158.

³¹ Cfr. F. LEDDA, *La legalità nell'amministrazione: momento di sviluppo e fattori di «crisi»*, in G. MARONGIU, G.C. DE MARTIN (a cura di), *Democrazia e amministrazione. In ricordo di Vittorio Bachelet*, Giuffrè, Milano, 1992, 153 ss., in part. 157; lo stesso Autore, in altro pregevole scritto, rileva che «l'efficienza non garantisce la democrazia: ma la storia c'insegna che l'inefficienza può gravemente minacciarla».

³² Proprio con riferimento al profilo del buon andamento, A. ANDREANI, *Il principio costituzionale del buon andamento della pubblica amministrazione*, CEDAM, Padova, 1979, 46 ss., «nella formula costituzionale che esprime il concetto di buon andamento si fondono le due nozioni – funzionale e strutturale – in quanto gli elementi organizzativi costituiscono criteri di aggregazione e di specificazione degli interessi pubblici e contribuiscono a enucleare un primo livello di esplicazione normativa del parametro valutativo individuato nel principio di buon andamento», «inoltre, tra il momento della organizzazione e la norma sulla attività – parametro valutativo – il collegamento è determinato dalla stessa funzionalità della organizzazione al risultato»; sempre con riferimento al principio del buon andamento, si v. M.R. SPASIANO, *Il principio di buon andamento: dal meta-giuridico alla logica del risultato in senso giuridico*, in *Ius Publicum*, 2011, 3, il quale ripercorre l'articolato dibattito su tale aspetto del tema, rilevando che il buon andamento si esplica in una dimensione contestualmente unitaria e relazionale dell'ordinamento, poi ulteriormente confermata dalla successiva evoluzione giurisprudenziale e normativa; sul raccordo operato tra fase organizzativa e attività amministrativa, L. ARCIDIACONO, *Organizzazione pluralistica e strumenti di collegamento*, Giuffrè, Milano, 1974, 89, «buon andamento significa espletamento della funzione amministrativa in base ai canoni che la reggono; peraltro il valore di questa espressione si atteggia in modo diverso secondo il

Pertanto, il proposito dell'indagine è la salvaguardia della continuità precettiva della nozione di buon andamento³³, intesa quale valore unitario e non frammentato in corollari potenzialmente in contraddizione tra loro, proprio con il fine di valutare le problematiche che emergono in relazione al contesto digitale.

tipo di organizzazione»; M.S. GIANNINI, *La priorità dei problemi di organizzazione*, in *Il motore immobile*, Roma, 1980, 15 ss., 20, che rileva come i problemi di struttura abbiano priorità logica e cronologica rispetto a quelli in tema di attività ma che a questi sono collegati; in senso conforme, cfr. M. MONTEDURO, *L'organizzazione amministrativa: riflessioni sul pensiero di Domenico Sorace*, in S. TORRICELLI (a cura di), *Ragionando di diritto delle pubbliche amministrazioni*, ESI, Napoli, 2020, 77, «non avrebbe senso distinguere principi propri dell'organizzazione e principi propri dell'attività, frapponendo ostacoli al 'travaso' reciproco da una sfera all'altra, proprio perché la sfera sarebbe unica, quella della funzione, con la conseguente 'condivisione' dei medesimi principi tra attività e organizzazione»; S. STAMMATI, *Il buon andamento dell'amministrazione: una rilettura e principi per un ripensamento (Riattraversando gli articoli 95, 3° comma e 97, 1° comma della Costituzione)*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, III, Giuffrè, Milano, 1988, 795 ss., in part. 804, «nella formula costituzionale, le due nozioni di buon andamento strutturale (regola di composizione degli interessi pubblici dell'amministrazione pluralistica) e di buon andamento funzionale (scopo in vista del quale la composizione è operata) sono tanto collegate da apparire fuse»; L. TORCHIA, *Le norme costituzionali sull'attività*, in *Atti del XXXIX° Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione. Varenna - Villa Monastero 1993*, Giuffrè, Milano, 1995, 55 ss.; sul tema, al fine di apprezzare la transizione della tenuta del principio, cfr. S. VALENTINI, *Legalità e organizzazione in Italia al volgere del Secolo*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, III, Jovene, Napoli, 2005, 2585 ss., 2591, in merito all'intersecarsi di aspetti organizzativi e procedimentali; di recente, si v. L.R. PERFETTI, *L'organizzazione amministrativa come funzione della sovranità popolare*, in *Dir. econ.*, 2019, 1, 43 ss., in part. 48, 50, «è piuttosto diffusa l'idea che l'organizzazione amministrativa abbia natura funzionalizzata e che l'autorità sia costituita in una persona giuridica nella quale l'organizzazione assolve allo scopo di imputare gli effetti giuridici dell'attività cui è funzionalizzata. Pur senza indulgere in nominalismi, sembra molto difficile negare la natura funzionale dell'organizzazione. Nessuna organizzazione nasce se non funzionalmente ad uno scopo, ad un obiettivo, ad un'esigenza. Si tratta di un semplice punto di fatto, del quale non sembra ragionevole dubitare».

³³ Cfr. S. STAMMATI, *Il buon andamento dell'amministrazione*, cit., 798, «la riflessione scientifica, e forse lo stesso atteggiamento giurisprudenziale, sembra, perciò, attraversato dalla percezione dell'esigenza di istituire una continuità fra i vincoli normativi che dal principio costituzionale di buon andamento possono distaccarsi e indirizzarsi verso le varie funzioni pubbliche, e da quella dello scacco che quell'esigenza sperimenta quando, al constatare il mancato invero del principio delle funzioni pubbliche superiori nell'ordinamento, si accompagna la verifica dell'inesistenza di veri strumenti di garanzia giuridica che consentano di stabilire, tra principio e funzioni, l'armonia necessaria»; per una lettura critica, si v. E. CHELI, *Modello costituzionale e scienza amministrativa*, in *La necessaria discontinuità. Immagini del diritto pubblico*, Il Mulino, Bologna, 1990, 106 ss., 111.

2. *La digitalizzazione e l'amministrazione. Brevi note critiche su una nozione (pericolosamente) indefinita*

La crescente complessità³⁴ del reticolo organizzativo, la eterogeneità dei propositi e delle conoscenze che sono necessarie al raggiungimento degli obiettivi da parte della pubblica amministrazione, sono temi che hanno assunto un'importanza nodale nell'esercizio della funzione amministrativa³⁵, e il coordinamento di tali approdi conduce alla consapevolezza di dover supportare l'amministrazione con ausilio di strumenti informatici³⁶.

³⁴ Per un'analisi di tale aspetto, in senso particolarmente incisivo, cfr. G.D. COMPORI, *Il principio di buon andamento tra complessità della geografia amministrativa ed unicità della funzione*, in *Azione amministrativa e rapporto con il cittadino alla luce dei principi di imparzialità e buon andamento. Atti del Convegno svoltosi a Milano il 13 novembre 2018*, Giuffrè, Milano, 2019, 37 ss., che accosta la semplificazione a una frontiera morta, a protezione dell'amministrazione «contro il minaccioso deserto della complessità della vita»; si v., nella sua intera trattazione, G. AMATO, G. MARONGIU (a cura di), *L'amministrazione della società complessa. In ricordo di Vittorio Bachelet*, Il Mulino, Bologna, 1982; R. SPAGNUOLO VIGORITA, *Amministrare la complessità, complessità di amministrare. Una introduzione*, in S. TUCCILLO (a cura di), *Semplificare e liberalizzare. Amministrazione e cittadini dopo la legge 124 del 2015*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, 61 ss.; F. OST, M. VAN DE KERKOVE, *Pensare la complessità del diritto: per una teoria dialettica*, in *Soc. dir.*, 1997, 1, 5 ss.; F. FRACCHIA, *The science of administrative law, juridical method and epistemology: the roles of paradigms in the era of the crisis of modernity*, in *It. J. Pub. L.*, 2013, 1, 5 ss.; sul tema, si condivide la tradizionale posizione di G. BERTI, *Diritto e Stato*, cit., 100, «il campo dello Stato, come organizzazione politica, non è sufficiente a contenere le dinamiche profonde e complesse della società, onde si deve inseguire non già l'invenzione di formule o strumenti formali, quanto il rafforzamento in ogni settore dell'autonomia e dell'indipendenza dell'apparato pubblico»; F. MERLONI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2012, 151 ss.; la complessità deve essere interpretata nei presupposti teorici dell'operatività, come rileva E. DI ROBILANT, *Sistemi informativo-normativi e operatività nella società complessa*, in *Studi in memoria di Giovanni Tarullo*, II, Giuffrè, Milano, 1990, 405 ss., 413; U. BRECCIA, *Immagini dalla giuridicità contemporanea tra disordine delle fonti e ritorno al diritto*, in *Pol. dir.*, 2006, 3, 361 ss.

³⁵ Cfr. G. BERTI, *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, CEDAM, Padova, 1975, 779 ss., 792, discorre, nella prospettiva della funzione, di una preventiva reiezione della impostazione soggettivistica ed organica della conoscenza dell'amministrazione ed in genere dei fenomeni del diritto pubblico, con il rischio di svalutazione del procedimento e di tutte le potenzialità in esso insite, ossia divenire la sede di incontro dinamico tra amministrazione e società. «La funzione significa che l'attività non è necessariamente schiava dell'organizzazione, che le esigenze dell'organizzazione, il peso e l'autorità dell'organizzazione pubblica non si trasferiscono in modo totalitario nell'attività e non dominano il rapporto tra il pubblico e il privato. L'attività è obiettiva, non è frutto di volontà o di decisione del soggetto pubblico, essa è insomma funzione e anche processo» (793).

³⁶ In maniera convenzionale, si fa riferimento al noto *Rapporto sui principali proble-*

In via preliminare, al fine di valutarne l'impatto in termini prescrittivi, in senso sostanziale³⁷, del principio di buon andamento, è opportuno delimitare la nozione di digitalizzazione – che sconta la mancanza di una previsione legislativa definitoria³⁸ – senza poterne, però, ripercorrere gli sviluppi e le criticità che ne hanno caratterizzato il lento incedere, anche

mi dell'amministrazione dello Stato, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1982, 722 ss., come prima analisi organica in relazione allo stato di informatizzazione dell'apparato pubblico; M.S. GIANNINI, *Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato*, in *Foro amm.*, 1979, I, 2667 ss.; sull'amara attualità del contenuto del Rapporto, sono condivisibili le parole di M. BISOGNO, *La digitalizzazione della pubblica amministrazione. Un salto digital-temporale*, in *Poliorama*, 2020, in riferimento al Rapporto 'Giannini', rileva che «il testo del rapporto è disarmante, infatti, decontestualizzato temporalmente, esprime un progetto quanto mai attuale anche ai nostri giorni, creare un polo centralizzato composto dai soli sistemi effettivamente utilizzati a seguito di un'attività di monitoraggio. Purtroppo, dal 1979 ad oggi, in proporzione, sono stati fatti pochissimi passi avanti, al punto tale che la visione del Ministro Giannini era utopistica all'epoca e tale è rimasta»; analogamente, le entusiastiche parole di S. RICCIO, *L'informatica nella pubblica amministrazione*, in *Studi per il Centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, I, Istituto poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 1981, 295 ss., «il fenomeno dell'informatica ha una potenzialità di sviluppo tale da lasciar prevedere, in un futuro non molto lontano, trasformazioni tali da non far sembrare esagerato un raffronto con le principali rivoluzioni tecnologiche dei secoli diciannovesimo e ventesimo», sembrano essere tradite dall'attuale configurazione del tema; uno dei primi studi organici sul tema, al quale si rinvia per la esaustività delle argomentazioni, è A. PREDIERI, *Gli elaboratori elettronici nell'amministrazione dello Stato*, Il Mulino, Bologna, 1971; sotto il profilo dell'attuazione delle prime riforme, si v. S. CASSESE, *Informatica e amministrazione pubblica*, Roma, 1980, 219 ss., 227; il tema, nella prospettiva europea, rinviene nella risoluzione del Consiglio dei Ministri delle Comunità Europee, 15 luglio 1974, in *eur-law.eu*, uno dei primi documenti organici relativi all'assunzione di consapevolezza, da parte delle istituzioni, di programmare un piano di riforme digitali per le pubbliche amministrazioni degli stati europei.

³⁷ Sul tema si v. A. ANDREANI, *Il principio costituzionale*, cit., 147 ss. (spec. cap. § IV) la definizione in termini precettivi del principio di buon andamento, considerata ardua agli albori degli studi sul tema, è assicurata con la enucleazione di regole determinative, diretta a valutare, in concreto, il corretto criterio di composizione degli interessi. Per garantire tale approdo interpretativo, è necessario far riferimento a norme di organizzazione, di indirizzo, di coordinamento sostanziale e alle «c.d. regole di opportunità dell'azione amministrativa». «L'affermazione del carattere giuridico degli elementi determinativi della graduazione degli interessi pubblici immanenti nell'ordinamento non vuol essere peraltro né la utopistica accettazione di una visione pannormativa, né il disconoscimento delle esigenze pratiche già affermate, immanenti al principio di buon andamento».

³⁸ Per una ricostruzione dettagliata delle previsioni normative che si sono susseguite, fino al 2015, si v. F. CARDARELLI, *Amministrazione digitale, trasparenza e principio di legalità*, in *Dir. inf.*, 2015, 2, 227 ss.

in termini di predisposizione di riforme e di politiche pubbliche³⁹, più o meno specifiche, nelle cui trame legislative il termine indagato è utilizzato.

La controversa dialettica tra diritto e tecnologia sembra essere lontana da quella convergenza ‘tra logiche e obiettivi programmatici’ auspicata nei primi studi sul rapporto tra procedimento amministrativo e digitalizzazione⁴⁰.

Appaiono, pertanto, quanto mai attuali le considerazioni, secondo cui, il processo di modernizzazione si connette strettamente alla generale vicenda di trasformazione ed evoluzione del diritto amministrativo⁴¹, con la continua, e spesso improduttiva, ricerca di strumenti di razionalità giuridica⁴².

La nozione di digitalizzazione, nella più recente rappresentazione fornita dalla realtà dell’agire pubblico, sembra identificarsi con il supporto che le ICTs possono fornire alle pubbliche amministrazioni⁴³, an-

³⁹ Sulla necessità, costantemente disattesa, di predisporre un disegno organico di riforma, si v. la condivisa e recente analisi D. NATALI, I. GUARDIANCICH, *Le politiche pubbliche nell’era digitale: introduzione alle principali sfide di analisi*, in *Riv. it. pol. pubbl.*, 2020, 1, 5 ss., 9; G. MASSARI, *Il lento incedere di internet veloce. Una breve cronistoria delle politiche in materia di banda ultralarga*, in *Munus*, 2015, 3, 685 ss., 696, con riferimento al tema della c.d. regolazione anticipata nel diritto eurounitario; sul tema, di recente, cfr. C. ACOCELLA, *Innovazione tecnologica e innovazione amministrativa. L’automazione delle decisioni nel quadro della riforma della p.a.*, in F. LIGUORI (a cura di), *Il problema amministrativo. Aspetti di una trasformazione tentata*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, 185 ss., 194.

⁴⁰ A. MASUCCI, *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie. Il procedimento amministrativo elettronico ad istanza di parte*, Giappichelli, Torino, 2011; in termini critici, si v. U. FANTIGROSSI, *Perché è così difficile digitalizzare la P.A.*, in *Giustizia Amministrativa*, 2018.

⁴¹ Cfr., *ex multis*, M. RAMAJOLI, *A proposito di codificazione e modernizzazione del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 2, 347 ss.

⁴² Si v. N. LUHMANN, *L’autoriproduzione del diritto e i suoi limiti*, in *Pol. dir.*, 1987, 41 ss., [il testo costituisce una traduzione ampliata di N. LUHMANN, *The Self-Reproduction of Law and its Limits*, in G. TEUBNER (ed.), *Dilemmas of Law in the Welfare State* (1986), Berlin-NewYork, 111-127], in base al presupposto che la crescente complessità degli ambiti – ossia la struttura normativa, gli attori e gli esiti – potrebbe condurre a una degiuridificazione, con conseguente deformalizzazione dell’agire

⁴³ Si v. G. PESCE, *Digital first. Amministrazione digitale: genesi, sviluppi, prospettive*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, 11, l’amministrazione digitale consente, almeno in via programmatica, di ridurre i costi e i tempi dell’azione pubblica, in una prospettiva orientata a una decisione più razionale, poiché più consapevole; G. DE MAIO, *Semplificazione e digitalizzazione: un nuovo modello burocratico*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, 121, 126; sul tema, in relazione alla bibliografia straniera, si rinvia al condivisibile scritto di R. KENNEDY, *E-regulation and the rule of law: Smart government, institutional information infrastructures, and fundamental values*, 21 *Inf. pol.*, 2016, 77 ss.

che se tale prospettiva appare riduttiva; inteso in questi termini, si tratta, di un processo incrementale, di carattere quantitativo, guidato dallo sviluppo tecnologico, cui il legislatore deve adeguarsi, con le evidenti difficoltà dovute alla rapidità del progresso e alla relativa e inevitabile obsolescenza del dato normativo⁴⁴.

Questa rappresentazione – che coincide con il modello di *e-government*⁴⁵, inteso quale processo di matrice tecnologica, integrato e a

⁴⁴ Cfr. G. ORSONI, E. D'ORLANDO, *Nuove prospettive dell'amministrazione digitale: open data e algoritmi*, in *Ist. fed.*, 2019, 3, 593 ss., «la pubblica amministrazione e il diritto amministrativo si trovano da qualche decennio a fronteggiare le sfide digitali. Si tratta di fenomeni molto pervasivi e con plurime epifanie»; di recente, A. MASUCCI, *L'automatizzazione delle decisioni amministrative algoritmiche fra 'big data' e 'machine learning'. Verso l'algocratic governance?*, in *Dir. e proc. amm.*, 2022, 2, 265 ss. (spec. parr. § 17, 18).

⁴⁵ Sull'analisi della nozione di *e-government*, si rinvia, senza pretesa di esaustività a M. BOMBARDELLI, *Informatica pubblica, e-government e sviluppo sostenibile*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, 5, 991 ss, in part. 992, «Per *e-government* si intende invece l'uso, in sostituzione degli strumenti tradizionalmente utilizzati, delle ICT nell'azione di governo e nell'attività amministrativa, al fine di ottimizzare, attraverso una migliore circolazione dell'informazione, le relazioni interne ed esterne degli apparati amministrativi e di migliorare, attraverso una maggiore rapidità e flessibilità nella loro erogazione, l'offerta di servizi ai cittadini»; per una traccia evolutiva, sul tema, si v. A. CONTALDO, *Dalla teleamministrazione all'e-government: una complessa transizioni in fieri*, in *Foro amm. CDS*, 2002, 4, 1111 ss.; F. MERLONI (a cura di), *Introduzione all'e-government: pubbliche amministrazioni e società dell'informazione*, Giappichelli, Torino, 2005, 3 ss., 5.; M.L. MADDALENA, *La digitalizzazione della vita*, cit., 2535, «In via di prima approssimazione, può tuttavia dirsi che l'*e-Government*, inizialmente concepito esclusivamente come *office automation*, è oggi essenzialmente inteso come attinente all'interazione digitale tra amministrazione e privati e in particolare come offerta di servizi on-line a cittadini e imprese»; tra i primi studi sul tema, è necessario citare A. NATALINI, *L'e-Government nell'ordinamento italiano*, in G. VESPERINI (a cura di), *L'e-Government*, Giuffrè, Milano, 2004, 5, 8 ss.; C. LEONE, *Il ruolo del diritto europeo nella costruzione dell'amministrazione digitale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, 867 ss., in part. 870, «l'uso dei servizi di *e-government* consente non solo di integrare significativamente il quadro delle misure atte a semplificare l'azione amministrativa e ad alleggerire gli oneri burocratici per le imprese, ma anche di ridurre la forte asimmetria informativa tra soggetto pubblico e soggetto privato ampliando l'incidenza del privato nella definizione e nel controllo dell'attività procedimentale amministrativa e facendo così emergere un nuovo concetto di cittadinanza amministrativa (cittadinanza amministrativa digitale) che si fonda sulla nuova interazione per via telematica tra pubblica amministrazione e privato»; M.P. GUERRA, *Circolazione dell'informazione e sistema informativo pubblico: profili giuridici dell'accesso interamministrativo telematico. Tra Testo Unico sulla documentazione amministrativa e codice dell'amministrazione digitale*, in *DP*, 2005, 525 ss.; si v. G. GARDINI, *Le regole dell'informazione. Dal cartaceo al bit*, Giappichelli, Torino, 2014, 274; F. DONATI, *La gestione delle informazioni trasmesse sulla rete: il ruolo dell'Unione Europea e delle organizzazioni internazionali*, in O. POLLICINO, E. BERTOLINI, V. LUBELLO (a cura di), *Internet:*

supporto di soggetti titolari di funzioni pubbliche – si palesa almeno in due dimensioni distinte⁴⁶: la prima, legata al processo di innovazione tecnologica in quanto tale, e la seconda – di interesse per lo studio condotto – legata agli effetti e alle conseguenze sugli amministrati, nella prospettiva richiamata del bilanciamento tra la congruità dell'attività ai canoni del buon andamento e il sacrificio del principio di legalità, “oggetto di graduale disaffezione o antipatia⁴⁷”.

Al fine di valutare il rilievo che la materia riveste nell'odierno dibattito, appare opportuno operare un'analisi dettagliata dei delicati equilibri esistenti⁴⁸, con riferimento a due aspetti dell'attività amministrativa – la fase istruttoria e quella decisoria – in merito ai quali la digitalizzazione sembra aver stravolto la nozione e la configurazione stessa dell'esercizio del potere amministrativo.

3. *Potere amministrativo, legalità e digitalizzazione: i termini di una 'inevitabile frattura'*

La digitalizzazione ha accentuato, e, per certi versi accelerato, un processo evolutivo già ampiamente in atto, che, se da un lato può – o potrebbe – condurre a un dispiegarsi dell'attività più razionale e più consapevole, dall'altro rende più evidente la recisione con il principio di legalità, nella citata accezione ancillare per la tutela e la garanzia del cittadino⁴⁹.

regole e tutela dei diritti fondamentali, Aracne, Roma, 2013, 62 ss., 68; di recente, E.N. FRAGALE, *La cittadinanza amministrativa al tempo della digitalizzazione*, in *Dir. amm.*, 2022, 2, 471 ss.

⁴⁶ Tale distinzione, operata da J. HILLER, J.F. BÉLANGER, *Privacy strategies for electronic government*, Arlington (VA), 2001, è citato da S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA, *La tecnificazione dell'amministrazione*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA (a cura di), *La tecnificazione*, in L. FERRARA, D. SORACE (coordinato da), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Studi*, cit., 14 ss.

⁴⁷ F. LEDDA, *Dal principio di legalità*, cit., 451 (l'indicazione della pagina è relativa a *Scritti giuridici*, CEDAM, Padova, 2002).

⁴⁸ Condivisibile, sul punto, l'analisi di N. MARZONA, *Sulla individualità costituzionale dell'amministrazione*, in *DP*, 1996, 97 ss., in part. 105, la congiunzione tra amministrazione ed esigenze, per certi aspetti forzata e rispondente a equilibri astratti, recede sistematicamente e ciò appare evidente in relazione al grado di razionalità debole insito nell'esercizio della funzione amministrativa; sul tema, M. MAZZAMUTO, *La legalità debole dei principi*, in *DeS*, 1993, 3, 473 ss., in part. 481, il quale, riporta le teorie di Dworkin, in ordine ai diritti presi sul serio, nell'ambito degli enunciati normativi di garanzia.

⁴⁹ In relazione agli scritti sul tema, si opera un rinvio alla concezione garantistica, in-

Il ricorso alle ICTs non assicura che si pervenga a una soluzione esatta o esattamente prevedibile – che non può, e non deve essere, l'obiettivo utopistico cui aspirare – ma, di converso, è necessario che l'attività amministrativa sia 'giustificabile'⁵⁰.

Non si vuol certo negare che talune prescrizioni normative – senza spingersi ad analizzare le evidenti e ampiamente indagate, criticità della qualità della normazione, dalle quali non è esente la disciplina che regola la c.d. amministrazione digitale – abbiano condizionato in senso negativo l'attività amministrativa, ma disattendere o ignorare il dato normativo può comportare gravi *vulnus* di tutela; d'altronde anche la legalità ha un suo costo⁵¹.

Non si pretende di affrontare il tema in tutte le numerose declinazioni che l'interprete è tenuto a verificare, considerando che, avendo come parametro tensioni normative divergenti, la scelta di un aspetto a discapito dell'altro, condurrebbe a soluzioni investigative totalmente incompatibili tra loro⁵².

tesa quale raffrontabilità dell'atto rispetto al dato legislativo, operata da S. PAJNO, *Considerazioni su principio democratico e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 2005, 2, 467 ss., in part. 468; sulla sovrapposizione di aspetti legati ai vincoli imposti dal principio di legalità, si v. A. TRAVI, *Nuovi fermenti nel diritto amministrativo verso la fine degli anni '90*, in *Foro it.*, 1997, V, 168 ss.; in termini ampi, ma in senso conforme a quanto riferito, si v. G.U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, in *DP*, 1995, 245 ss., 259, sul principio di legalità quale criterio di valutazione generale di un insieme ma anche come possibile declinazione di realizzazioni diverse e spesso incompatibili tra loro in concreto, ma non per questo non conformi al principio in questione.

⁵⁰ Si v. N. PAOLOANTONIO, *Interesse pubblico specifico e apprezzamenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 1996, 413 ss., 432; G. TEUBNER, *Il trilemma regolativo. A proposito della polemica sui modelli giuridici post-strumentali*, in *Pol. dir.*, 1987, 85 ss., 95, «occorre rafforzare le risorse cognitive, organizzative e di potere in modo che il diritto possa assolvere ai suoi compiti di orientamento», affinché il diritto pubblico possa fungere da tecnica sociale di tipo compensativo.

⁵¹ V. BACHELET, *Evoluzione del ruolo e delle strutture della pubblica amministrazione*, in *Scritti giuridici*, Giuffrè, Milano, I, 1981, 419 ss.; F. LEDDA, *L'attività*, cit., 274 (l'indicazione della pagina è relativa a *Scritti giuridici*, CEDAM, Padova, 2002), «il costo reale della legalità, non soltanto in termini di efficienza ma anche in termini di razionalità dell'amministrazione, può essere più direttamente rilevato quando la verifica *ex post* abbia ad oggetto, non tanto il modo di affermarsi dell'autorità attraverso la decisione singola, quanto l'attività produttiva di quest'ultima»; si v. l'interessante approdo interpretativo, legato all'esercizio della funzione giudiziale, di F. TRIMARCHI BANFI, *Ragionevolezza e razionalità delle decisioni amministrative*, in *DPA*, 2019, 2, 313 ss., «l'applicazione giudiziale dei principi, quando non si limita a fornire il criterio di scelta tra più interpretazioni possibili di un testo e diviene attuazione dei principi, insidia il principio di legalità, sia sul lato della relazione tra legislazione e giurisdizione, sia sul lato della relazione tra giurisdizione e amministrazione».

⁵² Una lettura di sintesi, pur se riferita a un caso di specie e in un'ottica differente da quella assunta nel presente scritto, è offerta da W.L. BALK, G. BOUCKAERT, K.M. BRON-

Per tali ragioni, l'opzione di studio eletta in questa sede propende per l'esame di due fasi cruciali nell'esercizio della funzione amministrativa, l'attività conoscitiva e quella decisoria, affinché possa rappresentarsi un'autonomia strutturale, rispetto al fine di valutare l'impatto che le ICTs hanno apportato, o avrebbero dovuto apportare, in termini migliorativi e dimostrare l'iniquità di una opzione che ha prediletto il buon andamento a discapito del principio di legalità.

Nonostante i due momenti vivano in un rapporto funzionale, anche per ciò che riguarda il dato innovativo che ne caratterizza il mutamento – i c.d. Big Data⁵³, definiti in un illuminato studio del 1965 'gigantesca massa di informazioni'⁵⁴, sono l'elemento costitutivo del mutato momento conoscitivo e necessitano di una rielaborazione attraverso gli strumenti di automazione, il cui avvento ha ristrutturato il momento decisivo – si propende per una trattazione disgiunta, con l'obiettivo di rilevare le fasi di rottura e di discontinuità con i principi generali, inteso nella citata accezione di vincolo e garanzia⁵⁵, e dimostrare come tali fattori di sviluppo digitale possano contribuire ai fenomeni di cattiva amministrazione⁵⁶.

3.1. *L'apprendimento istruttorio della pubblica amministrazione e le evidenti criticità della dimensione digitale dell'attività conoscitiva*

«L'utilità pratica della raccolta di cognizioni appartenenti alle scien-

NER, *Annotazioni sulla teoria e la pratica del miglioramento della produttività amministrativa*, in *Probl. Amm. Pubbl.* (Formez), 1991, 71 ss.

⁵³ Sull'incertezza definitoria, si v. A. PERRUCCI, *Dai Big Data all'ecosistema digitale. Dinamiche tecnologiche e di mercato e ruolo delle politiche pubbliche*, in *An. Giur. econ.*, 2019, 1, 61 ss., in part. 69; F. COSTANTINO, *Lampi. Nuove frontiere delle decisioni amministrative tra open e big data*, in *DA*, 2017, 4, 799 ss.

⁵⁴ Si v. G. CATALDI, *Le informazioni come oggetto*, cit., 283.

⁵⁵ In tema di digitalizzazione, cfr. I.M. DELGADO, *La riforma dell'amministrazione digitale: un'opportunità per ripensare la pubblica amministrazione*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA (a cura di), *La tecnificazione*, in L. FERRARA, D. SORACE (coordinato da), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Studi*, cit., «il processo di digitalizzazione non è asettico, le tecnologie e le decisioni pubbliche di sfruttamento delle stesse non sono neutre; l'instaurazione delle tecnologie nell'amministrazione può avere conseguenze negative, se il diritto non assicura il mantenimento delle garanzie giuridiche necessarie per la protezione dei diritti dei cittadini», «la sfida giuridica consiste nello stabilire tali esigenze di garanzia (adattarle in alcuni casi, crearle in altri) nel contesto delle nuove tecnologie e determinare il regime giuridico della sua applicazione, senza porre ostacoli inutili e ingiustificati allo sviluppo della tecnologia in ambito giuridico».

⁵⁶ Cfr. M. LA TORRE, *L'evoluzione del diritto e 'la pretesa di progresso'*. *Per una modesta filosofia della storia del diritto*, in *Ragion pratica*, 2017, 1, 197 ss., 201, 209.

ze più diverse non è contestabile, poiché il campo proprio della scienza giuridica appare limitato e lontano dal modello di diritto razionale», «ed allora una descrizione critica impone che il punto di vista giuridico conosca le multiformi modalità con cui i rapporti giuridici sono regolati nella vita pratica⁵⁷».

Tale prolusione, distante esattamente un secolo dalla presente indagine, palesa l'immanente esigenza, per l'agente pubblico, di acquisire una conoscenza completa del reale e del contesto fattuale di riferimento, per poter esercitare il potere consapevolmente, per non tradire la tradizionale funzione di certezza pubblica di cui l'amministrazione è strutturalmente titolare⁵⁸; l'incremento⁵⁹ – e l'utilizzo di un termine che evoca un'accezione quantitativa non è casuale – digitale potrebbe condurre a un tendenziale superamento dei “*problemi del certo*”, poiché conferirebbe l'occasione di condurre il momento conoscitivo, da una condizione legata a “*dati sufficientemente sicuri*”, ad una, potenzialmente, caratterizzata da “*dati assolutamente sicuri*”⁶⁰.

⁵⁷ E. PRESUTTI, *Istituzioni di diritto*, cit., 40, 42 (si v. nota § 3, *La definizione di scienza dell'amministrazione*) [si v., sull'impostazione offerta da Presutti, F. LIGUORI, *La discrezionalità tecnica nel pensiero di Errico Presutti: una categoria 'a tempo'*, in *Nomos*, 2022, 1.

⁵⁸ Sul tema, in termini critici, si v. R. ORESTANO, *Conoscere e agire nel sapere giuridico*, in *Dir. soc.*, 1984, 384 ss., che osservava come l'asserita distinzione tra due tipi di conoscenza, quella storica e quella scientifica del diritto, fosse ormai tramontata così come lo erano i presupposti concettuali fondanti. Il diritto scientifico, con la sua presunzione universalistica di generalità e astrattezza, costituisce il momento di frattura con la conoscenza storica (390). L'A. osservava come fosse necessario fare «piazza pulita di questa inutile e dannosa inerzia concettuale».

⁵⁹ Il termine non è utilizzato in modo casuale, poiché, come rilevato da G. MORBIDELLI, *Il diritto amministrativo tra particolarismo e universalismo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, 22 ss., «negli studi di diritto amministrativo dominano oggi sei parole: cambiamento, rivoluzione, riforma, transizione, rottura, crisi», e la contaminazione digitale dell'agire amministrativo si innesta perfettamente in questa tendenza; sul punto, in senso conforme, A. PAGANO, D. PAGANO, *Il diritto amministrativo spiegato*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, 12.

⁶⁰ I virgolettati del periodo sono riferiti alla voce enciclopedica curata da M.S. GIANNINI, *Certezza pubblica* ad vocem, in *Enc. dir.*, VI, Giuffrè, Milano, 1960; osserva F. DE LEONARDIS, *Big Data, decisioni amministrative e povertà di risorse della pubblica amministrazione*, in *Munus*, 2020, 2, 367 ss., come la condizione costante di risorse limitate incida sui flussi dei dati e di come tale assetto possa condizionare l'adozione delle decisioni amministrative; in senso conforme, M.T. PAOLA CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione di produzione di certezza pubblica nella riflessione di Antonio Romano Tassone*, in *Studi in memoria di Antonio Romano Tassone*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, 371 ss.; cfr. L. TORCHIA, *Quando lo Stato impara a conoscere i suoi beni*, in *Amm. Civ.*, 2008, 1, 131 ss.;

La declinazione amministrativa delle certezze rinviene nel momento conoscitivo il proprio punto di sintesi e, pertanto, di esplicazione nei confronti degli amministrati e del potere giurisdizionale, sebbene, anche in relazione a tale tema, appare opportuno operare una revisione critica delle acquisizioni che, per la rapidità e la fruibilità dei dati che possono modificarne il contenuto⁶¹, non si prestano più ad essere “percepibili e durevoli”, ma entrano in una dimensione diversa, destrutturata⁶², e soggetta a repentini cambiamenti e adeguamenti rispetto al mutare delle condizioni.

L’acquisizione di conoscenze⁶³ e di saperi da parte della pubblica amministrazione, l’accertamento storico di eventi, intesi quali momenti

un episodio particolarmente significativo è relativo all’inserimento dei dati del Ministero degli Interni, per il quale si rinvia N. FUSARO, *La banca dati del Ministero degli Interni e i dati illegittimamente inseriti: una sentenza discutibile*, in *Dir. inf.*, 1992, 1, 148 ss.

⁶¹ Su tale dialettica, si v. A. CONDELLO, *Il non dato e il dato. Riflessioni su uno «scarto» fra esperienza giuridica e intelligenza artificiale*, in *Ars Interpretandi*, 2021, 1, 97 ss., in part. 98, che rileva uno scollamento tra verità storica e verità che confluisce nel dato nella sua versione aggregata. «L’esperienza giuridica si caratterizza per uno sforzo di completamento e determinazione dei contenuti degli enunciati giuridici, uno sforzo che riflette un suo carattere essenziale e profondamente connesso a informazioni necessariamente incomplete, implicite o ipotetiche»; sulla modalità di acquisizione dei dati e sulla relativa elaborazione di statistiche, si v. R. THOMAS, *Perché lo Stato elabora statistiche*, in *Probl. Amm. Pubbl.* (Formez), 1985, 55, 69, che in una prospettiva di scienza dell’amministrazione isola il principio del dato oggettivo minimo che l’amministrazione “dovrebbe sapere”, fermo restando la legittimazione per l’amministrazione di fissare ordini e direttive per il discernimento di tali dati. L’A. riferisce, anche in termini critici, dell’impostazione fornita dalle teorie di Rayner, per il quale la formulazione del momento politico della decisione può essere integrata, ma mai in modo decisivo, dalle statistiche.

⁶² Il riferimento è operato allo spazio digitale, non fisico, per la conservazione dei dati, metaforicamente sovrapponibile con la nozione di *cloud*, come rilevato da V. BERLINGÒ, *Il fenomeno della datafication e la sua giuridicizzazione*, in *RTDP*, 2017, 643, «La scelta della nuvola come luogo figurato di abitazione discende dal tipo di attività riconducibili al *cloud computing*. Invero il rilievo assunto dallo spazio digitale continua a caratterizzarsi per l’attenzione rivolta ad una dimensione fisico-materiale rinvenuta nel «paesaggio sommerso in continua trasformazione», riprodotto dal motore di ricerca *Submarine Cable Map*: un planisfero *open source* costantemente aggiornato che monitora e traccia i cavi sottomarini, cavi lunghi quattro, sei, dodicimila chilometri entro cui la luce corre veloce, da una *landing station* all’altra».

⁶³ S. PUGLIATTI, *Conoscenza* ad vocem, in *Enc. dir.*, IX, Giuffrè, Milano, 1964, 46, «la parola conoscenza è ambivalente, poiché designa l’atto e il risultato del conoscere: il primo esprime un rapporto; il secondo indica, per via di astrazione il termine soggettivo del rapporto medesimo», “la conoscenza non va intesa nel senso staccato e riflesso di ragione puramente teorica, bensì, concretamente come lavoro di vita e inerente alla vita: solo in questo senso e come tale essa è regolativa dello slancio pratico» (47).

procedimentali, funzionali a un esercizio del potere consapevole, l'istruzione amministrativa ai fini di collegamento tra il potere pubblico e la realtà fattuale⁶⁴ – attività che riveste carattere sostanziale e autonomo, nell'ambito della ponderazione di diversi interessi – rischiano di abbandonare la 'visione dinamica' e di mutare veste, in relazione alla dimensione digitale che il patrimonio conoscitivo pubblico assume⁶⁵.

L'ininterrotto sviluppo, in senso digitale, degli apparati conoscitivi e delle tecnologie per il trattamento, l'elaborazione e l'aggregazione dei dati, richiedono una riflessione sulla compatibilità di tale approdo – peraltro non supportato da adeguate previsioni legislative – con la tradizionale conformazione dell'attività conoscitiva⁶⁶.

A tal proposito è necessario osservare che la funzione conoscitiva, nella sua componente principalmente interna e organizzativa, si integra e rende complementare all'adozione di un atto che si rivolge all'esterno – due momenti definiti come 'polarità di un *continuum*'⁶⁷ –, e, per tale ra-

⁶⁴ Cfr. L. AMMANATI, *I 'signori' nell'era dell'algoritmo*, in *DP*, 2021, 2, 381 ss., 405, osserva, in termini critici, che l'algoritmo diviene la chiave per conoscere, e quindi valutare, il potere.

⁶⁵ Di recente, sul tema, M. TRESCA, *Lo 'Stato digitale', big data, open data e algoritmi: i dati al servizio della pubblica amministrazione*, in *RTDP*, 2021, 2, 545 ss., per un'analisi dei percorsi legislativi elaborati nelle sedi europee.

⁶⁶ In questa sede si fa riferimento alla componente interna del potere conoscitivo, il dato e l'informazione come aspetti funzionali all'esercizio delle funzioni generali dell'amministrazione, come rilevato da M. CAMMELLI, *Attività conoscitiva e organizzazione della pubblica amministrazione*, in M. CAMMELLI, M.P. GUERRA (a cura di), *Informazione e funzione amministrativa*, Maggioli, Rimini, 1997, 387 ss., rilevava che l'attività conoscitiva è rimasta lungamente in un cono d'ombra, non visibile e dunque non regolamentata; sul ruolo ancillare della conoscenza, si v. I.M. MARINO, *La programmazione come sistema giuridico* (Parte II), in *DeS*, 1990, 427 ss.; uno dei primi studi sul tema, al quale si rinvia per un approccio critico, S. SIMITIS, G. CAIZZONE, *Crisi dell'informazione giuridica ed elaborazione elettronica dei dati*, Giuffrè, Milano, 1977.

⁶⁷ Si v. G. ARENA, *La funzione pubblica di comunicazione*, in G. ARENA (a cura di), *La funzione di comunicazione nelle pubbliche amministrazioni*, Maggioli, Rimini, 2001, 48; per ciò che si dirà nel prosieguo in tema di automazione del concreto provvedere da parte dell'amministrazione, con riferimento alla comunicazione, si v. G. ARENA, *L'utente sovrano*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, I, Mucchi, Modena, 1996, 147 ss., che focalizza l'analisi sulla componente semantica del rapporto tra amministrazione e cittadino, attraverso la funzione di comunicazione e informazione, destinata a mutare con l'avvento delle tecnologie; G. MORBIDELLI, F. DONATI (a cura di), *La nuova disciplina delle comunicazioni elettroniche*, Giappichelli, Torino, 2009; con riferimento a un profilo specifico, si v. L. SALTARI, *La regolazione asimmetrica nelle comunicazioni elettroniche tra Agcm, Agcom e giudice amministrativo*, in *GDA*, 2006, 11, 1212 ss.; G. DE MINICO, *Regulation, banda larga e servizio universale. Immobilismo o innovazione?*, in *Pol. dir.*, 2009, 4, 531 ss.; L. SALTARI, *Tutele e coordinamento nei procedimenti amministrativi europei delle*

gione, l'indagine si riferisce, sia all'apprendimento cognitivo delle amministrazioni, sia alle ricadute sull'adozione del provvedimento finale.

L'amministrazione ha assunto una fisionomia cognitiva, nelle modalità istruttorie e decisorie, la stessa struttura è indirizzata a comporsi di dati e informazioni, al fine di garantire l'oggettiva funzionalità della conoscenza acquisita⁶⁸.

Il tema, sulla base delle premesse e delle tesi sostenute, si sviluppa in una duplice direzione; la prima, diretta a rilevare le criticità e gli equivoci sottesi all'utilizzo dei *Big Data* in termini di sostegno al principio di buon andamento dell'azione amministrativa, e la seconda, diretta a valutare la compatibilità di tale modalità di acquisizione di conoscenze con un «potere vero e proprio, in senso tecnico, che precede ogni scelta, formale o meno, della pubblica autorità, informato al principio costituzionale di legalità⁶⁹».

comunicazioni elettroniche, in *DE*, 2013, 3, 651 ss., sul tema del delicato e, per certi versi inesigibile, equilibrio, tra armonizzazione, convergenza e divergenza del tema.

⁶⁸ Su altro tema, si v. le riflessioni di N. IRTI, *Viaggio tra gli obbedienti*, La nave di Teseo, Milano, 2021, 158; il tema delle informazioni nel settore pubblico, anche con riferimento alla difficoltà di individuare un regime giuridico unitario e coerente con i principi, è analizzato da H. BURKERT, *L'informazione del settore pubblico: Il segreto, la trasparenza, il commercio*, in *Probl. Amm. Pubbl.* (Formez), 1996, 433 ss., il quale riscontra l'esistenza di un notevole sforzo della dottrina amministrativistica a ridefinire in modo pragmatico, e non senza una certa rassegnazione, la linea di demarcazione tra pubblico e privato, come accade ogni qualvolta gli eventi richiedono un ampliamento o un ridimensionamento della base della legittimità dell'agire, cioè la funzione pubblica (438).

⁶⁹ Si v. F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Giappichelli, Torino, 1967, 7, 93, al cui studio si deve il decisivo approdo verso l'autonomia sostanziale dell'attività, attraverso la progressiva espansione degli apparati conoscitivi, in una prima fase confinati a una sfera puramente interna; F. BENVENUTI, *Franco Levi, una testimonianza sul metodo nel diritto*, in *Riflessioni sulle ragioni*, Giuffrè, Milano, 1983, XVIII ss., «è necessario raccordare le esigenze concrete dell'autorità pubblica di conoscere e le risposte che si debbono trarre dal sistema generale»; cfr. F. TRIMARCHI, *Funzione consultiva e amministrazione democratica*, Giuffrè, Milano, 1974, 84, 87 ss.; E. CARLONI, *Le verità amministrative. L'attività conoscitiva pubblica tra procedimento e processo*, Milano, 2011, 67 ss., 74; sul tema, si v. G. PASTORI, *Principi costituzionali sull'amministrazione e principio inquisitorio nel procedimento*, in M. CAMELLI, M.P. GUERRA (a cura di), *Informazione e funzione amministrativa*, Maggioli, Rimini, 1997, 11 ss.; B.G. MATTARELLA, *Informazione e comunicazione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, 1, 1 ss., in part. 3; si condivide in pieno la posizione di P. PIRAS, *Comunicazione e innovazione nell'amministrazione gattopardo. I social media per un nuovo rapporto cittadino-pa: nulla di fatto?*, in *DE*, 2020, 2, 241 ss., che in riferimento alla comunicazione, che riguarda anche i dati e quindi la diffusione delle conoscenze, da parte della pubblica amministrazione, osserva che «l'analisi della via perseguita dall'amministrazione evidenzia un gap tra ambizioni e risultati, la crescente centralità assunta dai dati per favorire le attività, ma la

3.1.1. *Il patrimonio conoscitivo pubblico in forma digitale e l'illusione di un'amministrazione onnisciente*

Il percepibile e necessario mutamento della modalità di acquisizione e raccolta di dati non finalizzati ad un singolo episodio di esercizio del potere, ma diretti allo sviluppo complessivo del patrimonio conoscitivo pubblico⁷⁰, ha riposto una fiducia eccessiva nella digitalizzazione⁷¹;

parallela e persistente difficoltà delle amministrazioni nel guidare il cambiamento e l'organizzazione della comunicazione in linea con l'evoluzione di una società moderna e al fine di indurre un circuito virtuoso tra amministrazione e amministrati che fosse portatore di idee e cambiamenti»; in relazione al complesso dispiegarsi di rapporti tra diritto e conoscenza, si v. S. PUGLIATTI, *Conoscenza e diritto*, Giuffrè, Milano, 1961, 65 ss.; si condivide, in termini generali, G. BERTI, *Procedimento, procedura*, cit., 797, che ammonisce sul rischio di un procedimento puramente formale, interessante all'effetto di valutare la regolarità della formazione del provvedimento (validità), e due tipi di procedimento sotto il profilo strutturale e sostanziale. Il procedimento è diretto a superare l'approccio di una disciplina puramente tecnica, anche se, rispetto al profilo indagato, c'è il rischio che si ripresentino le aporie del passato.

⁷⁰ Su tale distinzione, M.P. GUERRA, *Funzione conoscitiva e pubblici poteri*, Giuffrè, Milano, 1996, 82, «Il dibattito ha risentito della mancata focalizzazione di due diverse prospettive di analisi da cui il tema generale dell'attività dell'organizzazione amministrativa per l'informazione può essere riguardato. L'una – che è venuta precisandosi con lo studio dell'istruttoria procedimentale – riferentesi all'attività di acquisizione di elementi conoscitivi in quanto finalizzata all'emanazione di questo o quello specifico provvedimento, o al compimento di una singola attività amministrativa, e dunque attinente al ruolo da assegnare all'attività di conoscenza del fatto nel complesso processo di applicazione della legge al caso concreto. L'altra – solo sporadicamente affiorata, fino alla fase più recente, all'attenzione della scienza amministrativistica – avente riguardo alle informazioni raccolte *ab initio* per una pluralità indefinita di processi decisionali, o, meglio per essere organizzate e conservate come 'patrimonio informativo' della pubblica amministrazione per l'esercizio in generale della funzione amministrativa»; B. PONTI, *Il patrimonio informativo pubblico come risorsa. I limiti del regime italiano di riutilizzo dei dati delle pubbliche amministrazioni*, in *DP*, 2007, 3, 991 ss., 993, «l'insieme delle informazioni, documenti, dati, detenuti dalle pubbliche amministrazioni, accumulati in larga misura in ragione dell'attività conoscitiva delle stesse amministrazioni, in quanto indispensabili ai fini dell'assolvimento dei relativi compiti sono considerati e trattati dall'ordinamento come una risorsa dell'intero sistema pubblico»; F. MERLONI, *Le attività conoscitive e tecniche delle amministrazioni pubbliche. Profili organizzativi*, in *DP*, 2013, 2, 481 ss., in part. 483, che rileva l'esistenza di una «tensione che si è realizzata tra le esigenze conoscitive strumentali alla decisione amministrativa e quelle collegate alla più generale funzione conoscitiva, di per sé rilevante. Se poste in rapporto alla cura di interessi generali assunti dall'ordinamento (funzioni amministrative), le attività conoscitive e tecniche rivelano sempre una relazione strumentale con la funzione, in due modi: a) come fondamento tecnico-conoscitivo di singole decisioni pubbliche (normative e amministrative) (una strumentalità 'stretta'); b) come contributo più generale alla conoscenza della realtà (dei

l'innovazione, specie se riferita al settore dell'agire pubblico, impone una ricerca sincronica degli elementi di rottura e dei tratti di continuità⁷², approccio che, però, sembra essere carente in relazione al tema considerato.

L'attività di ispezione amministrativa garantisce l'esigenza di concreta realizzazione dei valori giuridici e provvede a fornire la componente dinamica della conoscenza del reale al soggetto pubblico, prospettiva che palesa un nesso funzionale che interessa ispezione e conoscenza⁷³.

I vantaggi che possono derivare dalla digitalizzazione delle modalità

fenomeni naturali ed economico-sociali (una strumentalità 'larga'), cui corrisponde un dovere della Repubblica di promuovere e organizzare una più adeguata (e sempre aggiornata) conoscenza della realtà (un dovere di ricerca della verità)».

⁷¹ Sul tema, al fine di valutare il tradimento degli obiettivi fissati, si v. M. MINERVA, *Verso l'integrazione dei sistemi informativi pubblici: la rete unitaria della pubblica amministrazione*, in *Dir. inf.*, 1998, 623 ss.; disarmante è l'attualità dell'indagine di B. SELLERI, *Gli atti informatici in forma elettronica*, in *DeS*, 1982, 135 ss., «per evitare una crisi dell'informazione giuridica e per aver sotto controllo il mastodontico apparato, la pubblica amministrazione deve necessariamente utilizzare quelle memorie elettroniche, quei rafforzatori di intelligenza, costituiti dai calcolatori elettronici. E la diffusione, in tempi brevissimi, delle nuove tecniche è stata considerevole, anche se completamente affidata alle iniziative delle singole amministrazioni». «L'impianto e lo sviluppo dei centri di elaborazione dati sta infatti avvenendo per "compartimenti stagni": ogni amministrazione ha operato ed opera senza tener presenti le esigenze e i programmi delle altre amministrazioni e, soprattutto, eventuali interazioni che il sistema può implicare. Tale stato di cose è senz'altro aggravato dalla diffusione, verificatisi a partire dagli anni '60, dei programmi di automazione anche in periferia: gli enti locali continuano a realizzare sempre nuovi centri di elaborazione, nella maggioranza dei casi, costosi ed inutili doppioni»; A. NATALINI, *Sistemi informativi e procedimenti amministrativi*, in *RTDP*, 1999, 449 ss., 467.

⁷² In questi termini, cfr. C. PINELLI, *Modernizzazione amministrativa, principio di legalità, interpretazione costituzionale*, in *DP*, 2001, 1, 83 ss., in part. 84, lo scritto condivide e riprende la costruzione operata da E. CHELI, *Modello costituzionale e scienza amministrativa*, in *La necessaria discontinuità. Immagini del diritto pubblico*, Il Mulino, Bologna, 1990, 97 ss.

⁷³ Sul tema, cfr. M. BOMBARDELLI, *Le ispezioni amministrative*, in *RTDP*, 1989, 1111 ss., 1113, «L'ispezione non si limita ad essere un'attività che conduce genericamente ad una conoscenza, ma, come è stato osservato, diviene atto giuridicamente rilevante quando l'azione di ispezionare incide nella sfera giuridica altrui, non è necessario che questa incidenza si realizzi, potendo anche essere virtuale. L'ispezione è sempre esercizio di una potestà che la norma attribuisce a taluni, di fronte alla quale di una figura soggettiva e in situazione di soggezione»; sul tema, si rinvia, per una trattazione completa, a M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*^{11ed}, Giuffrè, Milano, 1988, 921; G. PASTORI, *Le trasformazioni del procedimento amministrativo*, in *DeS*, 1996, 483 ss., 489, la propensione a dissociare il dato funzionale da quello formale rischia di essere resa inefficace dal progressivo digitalizzarsi delle singole fasi, mutandone i fondamenti di ordine sostanziale.

di gestione, fruizione e diffusione dei dati e delle conoscenze tra le pubbliche amministrazioni⁷⁴ appaiono evidenti e rappresentano un'esigenza avvertita e improcrastinabile, anche in dottrina⁷⁵.

Il flusso⁷⁶, continuo e ininterrotto, di dati e di conoscenze detenute dalla pubblica amministrazione, la riorganizzazione complessiva

⁷⁴ Sul tema, *ex multis*, si v. M. FALCONE, *Big data e pubbliche amministrazioni: nuove prospettive per la funzione conoscitiva pubblica*, in RTDP, 2017, 3, 601 ss., (spec. par. § 6), «l'utilizzo sempre più frequente dei *big data* nella decisione amministrativa genera delle implicazioni giuridiche relevantissime sul fenomeno conoscitivo pubblico, sulle sue regole procedurali e organizzative, l'esigenza delle amministrazioni pubbliche di conoscere la realtà su cui vanno ad incidere è il fondamento dell'attività delle amministrazioni pubbliche, in quanto attività essenzialmente razionale. L'azione amministrativa, infatti, si sviluppa sulla base di un fatto di realtà che coinvolge principalmente, ma non solo, l'interesse pubblico: un fatto che l'amministrazione non sempre conosce a pieno».

⁷⁵ Cfr. G. ABBAMONTE, *In margine al disegno di legge*, in F. TRIMARCHI (a cura di), *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione. Atti del Convegno Messina-Taormina, 25-26 febbraio 1988*, Giuffrè, Milano, 1990, 153 ss., 158, il quale, rileva, nell'ambito dell'esigenze di modernizzazione del procedimento amministrativo, la necessità di ripensare alle modalità di formazione e tenuta delle informazioni, intese quali unità del patrimonio conoscitivo pubblico; proprio con riferimento al parere reso in occasione dell'emanazione del Codice dell'Amministrazione Digitale (d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82), Cons. St., parere 7 febbraio 2005, n. 11995, in *Giustizia Amministrativa*, 2005, si osservava che «la presenza di nuovi mezzi di svolgimento dell'attività amministrativa impone, quando le innovazioni lo consentono, il compimento di operazioni di adattamento dei vecchi istituti alle nuove situazioni», operazione che, al netto di sporadici interventi legislativi, raramente contestualizzati in prospettive di lungo termine, sembra non essere stata condotta; appare evidente, inoltre, il contenimento dei costi di una istruttoria realizzata in modalità digitale, in considerazione del rilievo economico dell'acquisizione di informazioni e dati da parte dell'amministrazione e di converso sull'impatto in tema di programmazione dell'assetto decisionale, come rilevato da M. DE BENEDETTO, *Istruttoria amministrativa e ordine del mercato*, Giappichelli, Torino, 2008, 147 ss.

⁷⁶ Sul tema si v. il rapporto curato dall'Agenzia per l'Italia Digitale, *Flussi documentali e protocollo informatico*, in *agid.gov.it*, 2020; il termine è utilizzato, proprio con riferimento al rilievo della completa istruttoria, da G. CATALDI, *Le informazioni come oggetto di attività amministrativa*, in *Studi in memoria di Guido Zanobini*, I, 1965, 281 ss., in part. 283, «si pone in evidenza la sempre più crescente esigenza di cultura ed in particolare di cognizioni tecniche, ma non si pone nella dovuta luce l'assoluta necessità, per il lavoro intellettuale, di poter disporre dell'aumentato flusso informazioni ed i relativi strumenti e mezzi di documentazione. Il reperimento la diffusione e l'ordinamento della documentazione e dell'informazione non possono più essere effettuati con i tradizionali mezzi e vanno affidati ai numerosi e molto più efficienti altri moderni strumenti di comunicazione del pensiero»; per una lettura costituzionale dell'utilizzo dell'informazione da parte dell'amministrazione in una prospettiva costituzionale, si v. C. CHIOLA, *L'informazione nella Costituzione*, CEDAM, Padova, 1973, 118 ss.

dell'attività istruttoria, la ricollocazione e il ripensamento critico delle funzioni del responsabile unico del procedimento (o, eventualmente, del provvedimento)⁷⁷, l'obsolescenza e l'auspicabile abrogazione della conferenza di servizi⁷⁸ (quantomeno nella sua attuale e controversa struttura), si rivelano, ad oggi, obiettivi illusori e lontani dall'essere attuati; l'amministrazione della conoscenza, l'uso allargato e tendenzialmente illimitato delle informazioni hanno trovato nella digitalizzazione una fonte di complicazione, foriera di ulteriore incertezza, e il dibattito legato alla gestione dei dati durante la pandemia⁷⁹ rappresenta l'apice, evidentemente patologico, di tale proposito⁸⁰.

Le previsioni normative, ormai datate⁸¹, in base alle quali la digitalizzazione avrebbe dovuto essere assistita e sostenuta da un contestuale intervento di acquisizione e miglioramento delle competenze tecniche e delle condizioni culturali e organizzative indispensabili per il suo buon esito, sembrano, purtroppo, ferme allo stadio di buone intenzioni⁸².

⁷⁷ In termini ottimistici, si v. D.U. GALETTA, *Digitalizzazione e diritto a 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*, Giappichelli, Torino, 2020, 88 ss. (spec. par. § 2) la quale rileva come il funzionario responsabile del procedimento potrebbe rappresentare la figura chiave per tentare di colmare il c.d. *digital divide*, che sussiste tra amministrazione e cittadini; D. DONATI, *Digital divide e promozione della diffusione delle ICT*, in F. MERLONI (a cura di), *Introduzione all'e-government*, cit., 209 ss.

⁷⁸ In tema di impatto della digitalizzazione sulla conferenza di servizi, si v. G. DUNI, *Il procedimento amministrativo tra conferenza di servizi, multimedialità e teleamministrazione*, in *FA*, 1995, 226 ss., il quale poneva il problema in termini di ricerca di un punto di sintesi, al fine di rendere compatibile la digitalizzazione, quale progetto unitario in divenire, con la conferenza di servizi, istituto.

⁷⁹ Cfr. P. ZUDDAS, *Covid-19 e digital divide: tecnologie digitali e diritti sociali alla prova dell'emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, 2020, 3, 285 ss.

⁸⁰ Il rapporto non è stato costantemente negletto, anche se caratterizzato da evidenti e persistenti criticità, come dimostrato, sempre in tema di politiche pubbliche in ambito sanitario, da M. FALCONE, *Le potenzialità conoscitive dei dati amministrativi nell'era della 'rivoluzione dei dati': il caso delle politiche di eradicazione dell'epatite C*, in *Ist. fed.*, 2017, 2, 421 ss.

⁸¹ Il riferimento è operato al noto d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 in tema di razionalizzazione della organizzazione della pubblica amministrazione e all'analisi, particolarmente afferente al tema in esame, operata da M.P. GUERRA, *Funzione conoscitiva*, cit., 254 ss., che, nonostante le numerose riforme occorse, anche nella prospettiva eurounitaria, sembra essere attuale nelle problematiche riscontrate; L. MATTALUCCI, A. VINO, *L'Information Technology nella p.a. Ostacoli organizzativi e culturali*, Franco Angeli, Milano, 1993, 43 ss., i quali rilevano il sostanziale fallimento delle azioni di innovazione tecnologica.

⁸² Sul tema, si v. M. RAMAJOLI, *Quale cultura per l'amministrazione pubblica?*, in

Il tema presenta profili problematici, afferenti anche ad aspetti tra loro divergenti⁸³; ci si sofferma sull'attendibilità di tali dati e di quale (marginale) ruolo sia titolare l'amministrazione che debba integrare, o surrogare, la propria istruttoria con un dato prodotto e rielaborato in altre sedi.

I dati detenuti dalle pubbliche amministrazioni⁸⁴ – i quali, a loro volta, sono classificati in base alla modalità di acquisizione e non per la titolarità dell'istruttoria condotta⁸⁵ – rappresentano una utilità per l'intero

Giorn. dir. amm., 2017, 2, 187 ss., che osserva quanto siano insopprimibili le esigenze di trasformazione dell'amministrazione pubblica che devono transitare necessariamente da un mutato contesto culturale.

⁸³ Emblematico è il titolo dell'incisiva indagine condotta da V. BERLINGÒ, *Il fenomeno della datafication e la sua giuridicizzazione*, cit., 641 ss., 643, «l'impiego delle tecnologie permette una globalizzazione delle relazioni prima inimmaginabile, incidendo pure sul tipo del luogo dell'incontro. Il flusso dei rapporti resi possibili dall'energia dei bit, che si sviluppa attraverso il supporto pur sempre materiale delle reti, si delocalizza, dematerializzandosi e, ad un tempo, dilatandosi: crea uno spazio nuovo, cui convenzionalmente possiamo ricondurre la metafora della nuvola (*cloud*)»; G. CARULLO, C. ERNST, *Data Storage by Public Administration*, 26 Eur. Pub. L. (2020), 545 ss.; J.-B. AUBY, *Il diritto amministrativo di fronte alle sfide digitali*, in *Ist. fed.*, 2019, 3, 619 ss., in part. 620, «i dati tendono a diventare il carburante essenziale per tutte le attività che hanno un impatto nella società, siano esse economiche o meno»; in senso ampio, sul tema delle insufficienze italiane rispetto all'evolversi della componente statica del tema, U. ALLEGRETTI, *Globalizzazione e sovranità nazionale*, in *Dem. Dir.*, 1995, 47 ss., 49, che critica «le nicchie locali» dello sviluppo dei temi che consentirebbero un'apertura trasversale che riguarda l'articolazione organizzativa e, quindi, per quanto di interesse la gestione della conoscenza da parte del potere pubblico.

⁸⁴ Sul tema si rinvia alla condivisa analisi di F. PINTO, *L'utilizzo di piattaforme informatiche da parte della pubblica amministrazione: tra falsi miti e veri rischi*, in *Amministrativamente*, 2018, 1-2, il quale rileva le aporie sottese alla presunta gratuità che dovrebbe essere garantita, ex art. 69 del Codice dell'Amministrazione Digitale, in occasione del riutilizzo delle informazioni da parte della pubblica amministrazione e di quali ricadute tale norma – e il suo sostanziale continuo aggiramento – abbia in merito ai rapporti tra imprese e amministrazione; sul tema, in senso conforme, C. ALBERTI, *E-Society e riutilizzo dell'informazione nel settore pubblico. Disciplina europea e riflessi nazionali*, in *RIDPC*, 2005, 5, 1237 ss., 1241; B. PONTI, *Il riutilizzo di documenti nel settore pubblico*, in *GDA*, 2006, 8, 817 ss., 820; con riferimento a lavori monografici, si v. F. GASPARI, *L'agenda digitale europea e il riutilizzo dell'informazione del settore pubblico. Il riutilizzo dei dati ipotecari e catastali*, Giappichelli, Torino, 2016; per una lettura critica in merito alla sfida di regolare in maniera organica il tema delle piattaforme digitali, si v. L. AMMANATI, *Verso un diritto delle piattaforme digitali?*, in *Federalismi*, 2019, 7, 3 aprile 2019, in part. 13, la quale analizza, nel dettaglio, la proposta di regolamento della Commissione UE, COM (2018) 238 final (26.4.2018), 1, 4, orientata all'utilizzo leale dei dati in un'ottica di mercati digitali.

⁸⁵ Cfr. V. AMBRIOLA, F. MARTINI, *Gestione e fruibilità del patrimonio informativo*

settore pubblico, la cui possibilità di riutilizzo si basa sul principio di fruibilità, da un punto di vista soggettivo e di titolarità pubblica⁸⁶, e sull'accesso alle banche dati interconnesse⁸⁷, come presupposto di natura operativa.

Ben oltre le note carenze strutturali e organizzative⁸⁸, e a tacere delle eventuali, ma non remote, ipotesi di malfunzionamento dei sistemi informatici, in relazione ai quali, in assenza di un procedimento di conservazione sostitutiva, si determinerebbe il tradimento del proposito della *datafication*, appare palese l'esistenza di un sistema normativo e organizzativo, tutt'altro che improntato al buon andamento.

Infatti, la pubblica amministrazione si trova nella posizione – in termini di fruizione allargata e di titolarità soggettiva – di poter accedere a un dato, inteso quale risorsa di sistema, che comprende e aggrega innumerevoli informazioni incrociate e rielaborate, da poter porre alla base

pubblico, in *Dir. inf.*, 2002, 148 ss., 163, la classificazione dei dati è funzionale al regime di diffusione.

⁸⁶ Sotto il profilo soggettivo, si può fare riferimento alla delimitazione della sfera pubblica di cui alla Direttiva 2003/98/CE, ai sensi della quale rientrano nella nozione di «ente pubblico», «le autorità statali, regionali o locali, gli organismi di diritto pubblico e le associazioni formate da una o più di tali autorità oppure da uno o più di tali organismi di diritto pubblico».

⁸⁷ *Ex multis*, si v. G. CARULLO, *Gestione, fruizione e diffusione dei dati dell'amministrazione digitale e funzione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2017, 41 ss.; F. CARDARELLI, *Le banche dati pubbliche: una definizione*, in *Dir. inf.*, 2002, 2, 321 ss., in tema di mancata univocità definitoria, da parte del diritto positivo interno; una delle prime analisi è condotta da R. FERRARA, *Premesse ad uno studio sulle banche dati della pubblica amministrazione: fra regole della concorrenza e tutela della persona*, in *Convivenza nella libertà: scritti in onore di Giuseppe Abbamonte*, I, Jovene, Napoli, 1999, 611 ss.

⁸⁸ Si segnala l'interessante soluzione prospettata da P. FORTE, *Diritto amministrativo e data science. Appunti di intelligenza amministrativa artificiale (AAI)*, in *PA Persona amministrazione*, 2020, 1, 247 ss., in part. 253, 254, «È anche diffusa l'idea che, per un verso, il diritto amministrativo non sia ancora adeguato alla *data science*, e per altro che la pubblica amministrazione non sia attrezzata, innanzitutto per l'incompetenza specifica dei funzionari, che potrebbero essere all'altezza solo se venissero addestrati ed orientati alle conoscenze che sarebbero necessarie, e se le organizzazioni amministrative venissero dotate di *data scientists*.” “Si intende dire che mentre è già solida la percezione della necessità di attrezzare la pubblica amministrazione con competenze – e dunque persone, oltre che tecnologie – in grado di lavorare in termini di cultura del dato, occorre anche considerare la possibilità di operare in senso contrario, ovvero versare nella cultura del dato le cognizioni e le secolari conoscenze sviluppate negli ambiti giuridici, ed in particolare modo nel diritto amministrativo, il quale ha piena contezza, e per qualche verso è figlio, di molto di ciò che gli ambiti della *data science* stanno affrontando».

dell'istruttoria⁸⁹, con il presupposto, tutt'altro che scontato, dell'affidabilità di tale dato.

Il soggetto pubblico, anche nell'ipotesi irrealistica di un'amministrazione digitalmente adeguata, non può strutturalmente essere in grado, da un punto di vista tecnico e cognitivo, di valutare il contenuto del dato, al fine di poter rilevare eventuali errori e inesattezze che si sono verificate nel corso dell'elaborazione – si pensi all'inserimento di un dato inesatto o non aggiornato che condiziona l'intera programmazione – e deve, pertanto, affidarsi, in maniera quasi mistica e sicuramente acritica, ad un'istruttoria condotta attraverso sistemi di automazione, assumendosi, però, la responsabilità⁹⁰, che emerge in sede di adozione della decisione finale, di negligenze ed errori generati in altre sedi⁹¹.

In alternativa, in fase di istruttoria – ma l'obbligo è posticipabile alla fase decisoria, poiché «appare persistente l'idea del provvedimento come mero riepilogo della decisione che si forma all'interno

⁸⁹ M. DE BENEDETTO, *Istruttoria amministrativa*, cit., 1 ss., l'istruttoria rappresenta il manifestarsi del potere pubblico, «è proiezione dell'equilibrio istituzionale contemporaneo tra gli attori che contribuiscono in vario grado a formarla».

⁹⁰ Sul tema, in senso ampio, in merito ad un aspetto prossimo a quello indagato, si v. L. FERRARA, *Profili problematici della responsabilità della pubblica amministrazione per mancata o inesatta informazione*, in *DP*, 2004, 748 ss. (spec. par. § 5); J.-B. AUBY, *Il diritto amministrativo*, cit., 633, «vi è la questione della possibile responsabilità amministrativa per decisioni prese sulla base di algoritmi distorti, mal progettati, fonte di errori. L'accertamento di tale responsabilità può essere difficile, se non altro perché la dimostrazione dei difetti dell'algoritmo può essere complicata, ma ovviamente non può essere esclusa»; in termini generali, sul tema della comunicazione degli atti amministrativi e i relativi profili problematici, cfr. G. GARDINI, *La comunicazione degli atti amministrativi: uno studio alla luce della Legge 7 agosto 1990, n. 241*, Giuffrè, Milano, 1996; per uno studio sui profili di obiettività dei dati e delle informazioni a cui l'amministrazione deve riferirsi nell'esercizio delle sue funzioni, si v. L. TINELLI, *Lo Stato e l'informazione, per Scienza e tecnica nella pubblica amministrazione*, Milano, 1961, 33 ss.; M.M. PROCACCINI, *La dimensione amministrativa della comunicazione*, in F. MERLONI, A. PIOGGIA, R. SEGATORI (a cura di), *L'amministrazione sta cambiando?*, cit., 217, le criticità legate al profilo funzionale della comunicazione da parte dell'amministrazione svelano la presenza persistente di ambiguità destinate a persistere nell'ambito della complessa convivenza tra la legislazione vigente e l'istaurarsi di nuove prassi innovative.

⁹¹ In senso pienamente conforme, cfr. F. COSTANTINO, *Lampi. Nuove frontiere*, cit. (spec. par. § 7) «seguire la predizione risultante dai big data esonererebbe da responsabilità l'amministrazione che agisse come suggerito dagli elaboratori (il contenuto della decisione non avrebbe potuto essere diverso, per riecheggiare una formula nota), dall'altro un mancato adeguamento condannerebbe quasi senza scampo l'amministrazione ad essere ritenuta responsabile dei pregiudizi prodotti».

dell'istruttoria⁹²» – l'amministrazione procedente sarebbe tenuta, tramite apposito onere motivazionale, a disattendere il contenuto istruttorio inserito nei dati, poiché tale attività rientrerebbe nell'ambito della nozione di 'elaborazioni aggiuntive'⁹³.

Inoltre, in relazione alla linea di ricerca condotta in questa sede, tale dato, potenzialmente inesatto, conserverebbe un valore conoscitivo distinto e autonomo rispetto alla strumentalità della singola applicazione, con il rischio concreto di generare indefinite e illimitate aporie.

Per altro verso, si rileva la vigenza, da qualificare in termini di forzata sopravvivenza, delle norme in materia di istruttoria procedimentale, che regolano i doveri del responsabile del procedimento⁹⁴, il quale, anacronisticamente, accerta i fatti, chiede il rilascio di dichiarazioni e perimetra i confini dell'istruttoria; tali doveri rimandano a un modello di amministrazione tradizionale nel quale «il momento decisivo diventa l'istruttoria⁹⁵», che, però, appare meritevole di una revisione al fine di rendere attuale l'intero impianto legislativo.

⁹² Si v. G. TROPEA, *Motivazioni del provvedimento e giudizio sul rapporto: derive e approdi*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 4, 1235 ss., 1240; conforme a tale impostazione, L. TORCHIA, *Teoria e prassi delle decisioni amministrative*, in *DA*, 2017, 1, 1 ss., in part. 2, «È divenuto difficile distinguere fra il termine 'decisione' e il termine 'atto' o 'provvedimento' amministrativo»; sul tema dell'istruttoria, *ex multis*, si v. A. ZITO, *Il procedimento amministrativo*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2008, 221 ss. (spec. par. § 5); M.T. SERRA, *Contributo ad uno studio sulla istruttoria del procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1991, 71 ss.; P.M.V. VIPIANA, *Il procedimento amministrativo*, CEDAM, Padova, 2010.

⁹³ Art. 50, comma 2., d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82.

⁹⁴ Si v., per tutti, lo scritto di G. SCIULLO, *Il responsabile del procedimento. In ricordo di Giorgio Pastori*, in *DP*, 2019, 3, 863 ss., che ripercorre la genesi legislativa della figura in seno alla Commissione Nigro e il porsi, da parte del responsabile, «a cavallo di un duplice crinale: organizzazione e attività amministrativa»; F. FRACCHIA, S. VERNILE, *Una rilettura della figura del responsabile del procedimento dal punto di vista dell'illecito erariale*, in *PA Persona amministrazione*, 2020, 1, 83 ss., i quali valorizzano i risvolti personali degli obblighi gravanti in capo al responsabile del procedimento; G. PERICU, *L'attività amministrativa*, in AA. VV. (a cura di), *Diritto amministrativo*, II, Monduzzi, Bologna, 1993, 1061 ss.

⁹⁵ M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (Il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *L'azione amministrativa tra garanzia e efficienza*, Formez, Napoli, 1981, 14, 15, citato anche da M. RAMAJOLI, *Lo statuto del provvedimento amministrativo a vent'anni dall'approvazione della legge n. 241/90, ovvero del nesso di strumentalità triangolare tra procedimento, atto e processo*, in *DPA*, 2010, 2, 459 ss., 462; sul tema, in termini di bilancio e analisi delle relative criticità, si v. G. CORSO, *Administrative procedures: twenty years on*, in *It. J. Pub. L.*, 2010, 2, 273 ss., in part. 286.

Si osserva, pertanto, l'esistenza di un modello ibrido, rappresentato da due corpi normativi – la legge generale sul procedimento e il codice dell'amministrazione digitale – emanati in epoche storiche differenti e, evidentemente, legati a esigenze diverse, e parametrati su due modelli di amministrazione non sovrapponibili.

L'impianto legislativo complessivo palesa la coesistenza, da un lato, di un'irrealizzata amministrazione digitale, onnisciente, rispettosa dei termini perentori e foriera di decisioni inattaccabili, poiché basate su un patrimonio cognitivo illimitato⁹⁶ costantemente aggiornato, e, dall'altro, di un modello di amministrazione reale, cartacea, con responsabili del procedimento («uomini del fare, raffigurati come un Brambilla affannato e sudaticcio»⁹⁷) che faticosamente esigono documenti (di cui spesso l'amministrazione è già in possesso, con continue violazioni di una delle norme più profanate del panorama amministrativo) cui consegue un travaglio conoscitivo decisionale totalmente alieno dalla dimensione digitale delineata da un legislatore troppo distante dalla realtà⁹⁸.

Peraltro, la mancanza di coordinamento tra i due testi di legge – reso necessario dalla circostanza che l'amministrazione digitale non è configurata come un modello organizzativo in sé, ma come un processo dinamico nell'ambito del quale le tecnologie disponibili imporrebbero profili di rimodulazione organizzativa e di modelli di gestione⁹⁹ – rendono non cogenti le disposizioni legate all'utilizzo dei dati.

L'insussistenza di un obbligo specifico in capo al responsabile unico del procedimento di supportare il corredo istruttorio con i *Big Data*, di cui la stessa amministrazione è – o dovrebbe essere – in possesso, rende l'ampliamento quantitativo dell'asset cognitivo un mero esercizio di stile,

⁹⁶ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Giuffrè, Milano, 1970, 59, «le pubbliche amministrazioni sono spaventose per potenza e insieme inermi, sopraffanno ma si lasciano puerilmente gabbare, hanno ricchezze immense e vivono lesinando».

⁹⁷ Sul punto, si v. la emblematica analisi di F. SALVIA, *Prove di realismo nello studio del diritto amministrativo. Sulla conferenza dei servizi e dintorni (Psicoanalisi degli "uomini del fare" e rivisitazione della "donna è mobile")*, in *DE*, 2018, 2, 319 ss.

⁹⁸ F. CAIO, *Lo Stato del digitale*, Marsilio, Padova, 2014, 7, «una digitalizzazione di facciata che ha semplicemente trasferito fogli di carta dentro i computer»; proprio con riferimento ai delicati equilibri indagati in questo scritto, E. CARLONI, *Algoritmi su carta. Politiche di digitalizzazione e trasformazione digitale delle amministrazioni*, in *DP*, 2019, 2, 363 ss., 368, osserva che la letteratura, anche non strettamente giuridica, segnala, da tempo, sotto il profilo organizzativo, che il rapporto tra rivoluzione digitale, disponibilità dei big data e rivoluzione manageriale richieda figure dotate di competenza, per rendere le *data-driven decisions* più consapevoli.

⁹⁹ Cfr. F. CARDARELLI, *Amministrazione digitale*, cit., 228.

non suscettibile di apportare alcun miglioramento tangibile alla cura dell'interesse pubblico.

Tale incomunicabilità legislativa – oltre a non integrare la portata precettiva del buon andamento¹⁰⁰ - rende necessario ampliare l'area di indagine e collocare i *Big Data* nell'ambito dell'attività conoscitiva, dotata di una propria autonomia e identità strutturale, che impone la ricerca di una correlazione con il conferimento di un potere amministrativo che legittimi l'attività in tal senso.

3.1.2. *I flussi del patrimonio conoscitivo digitale e l'insussistenza di un apposito conferimento del potere: ulteriori elementi probatori*

«I dati potrebbero raggiungere in breve tempo l'atto al centro della concettualizzazione dei sistemi del diritto amministrativo¹⁰¹», eppure, la loro collocazione all'interno della sequenza procedimentale e il fondamento legislativo che ne legittimerebbe l'immissione nell'ambito del momento istruttorio e conoscitivo, sono di incerta e nebulosa identificazione¹⁰².

L'avvento di termini quali *datizzazione*¹⁰³ o *datafication*, applicati all'esercizio del potere pubblico, rappresentano e raffigurano al meglio la trasformazione della condizione delle amministrazioni nel mutevole scenario odierno.

Nessun momento della sequenza procedimentale, ivi compreso il *farsi* dell'atto amministrativo, può considerarsi libero; ogni segmento dell'azione deve muoversi nel segno della legittimazione giuridica e tale principio assume un connotato specifico se relazionato con la fase indagata, sede naturale della composizione degli interessi¹⁰⁴.

¹⁰⁰ In senso difforme, S. D'ANCONA, *Trattamento e scambio di dati e documenti tra pubbliche amministrazioni, utilizzo delle nuove tecnologie e tutela della riservatezza tra diritto nazionale e diritto europeo*, in *RIDPC*, 2018, 3/4, 587 ss., in part. 592, 596, «è evidente che la creazione di banche dati e lo scambio di informazioni fra soggetti pubblici favoriscano la rapidità dell'azione amministrativa consentendo ai soggetti pubblici di realizzare con maggiore efficacia gli interessi pubblici ad essa affidati».

¹⁰¹ Si v. J.-B. AUBY, *Il diritto amministrativo*, cit., 638.

¹⁰² B. PONTI, *Il patrimonio informativo pubblico*, cit., 1003, il quale osserva che i limiti riscontrati in merito alla disciplina nazionale in materia di riutilizzo dell'informazione pubblica sono riconducibili alla mancata enucleazione di una funzione di supporto, di guida e di garanzia da parte delle amministrazioni. La legittimazione di una figura istituzionale potrebbe garantire la funzionalità del patrimonio informativo come risorsa.

¹⁰³ Cfr. E. CARLONI, *Algoritmi su carta*, cit., 364 ss.

¹⁰⁴ Attuale si rivela essere l'indagine di O. SEPE, *Partecipazione e garantismo nel procedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, 331 ss., 339, che osserva l'esistenza di tre aspetti della partecipazione amministrativa, la p. procedimentale, la p.

La nozione di procedimento aperto¹⁰⁵ – formula e sintesi verbale conosciuta da autorevole dottrina – rischia di diventare oscura e di essere tradita, demandata a masse indefinite di informazioni, un modello nel quale lo spazio per la dialettica e la partecipazione è ridotto, e per certi versi, finanche superfluo¹⁰⁶.

L'attività conoscitiva deve essere concepita in termini di dovere che grava in capo all'amministrazione per la valutazione delle condizioni di fatto della scelta concreta¹⁰⁷; l'intero procedimento di formazione della volontà pubblica, «preordinato alla determinazione autoritativa di ciò che deve essere¹⁰⁸», impone di individuare il fondamento della doverosità conoscitiva.

In tal senso, l'analisi strutturale del momento cognitivo consente di

istituzionale e la p. intersoggettiva; sul tema, cfr. G. DELLA CANANEA, *Diritto, letteratura e filosofia negli scritti di Antonio Romano Tassone*, in *Studi in memoria di Antonio Romano Tassone*, cit., 1091 ss., in part. 1093, la teoria della legittimazione basata sul procedimento deve rinvenire un nucleo comune nella dimensione legislativa, giurisdizionale e amministrativa. Nello specifico, si fa riferimento all'opera di Luhmann come momento di rottura nella modalità di ricerca dei vincoli all'azione dei pubblici poteri.

¹⁰⁵ Il riferimento è operato agli studi di F. Pugliese, ripresi da A. CONTIERI, *Il procedimento aperto nel pensiero di Franco Pugliese*, in E. FOLLIERI, L. IANNOTTA (a cura di), *Scritti in ricordo di Franco Pugliese*, I, ESI, Napoli, 2014, 49 ss.; F. PUGLIESE, *Il contraddittorio nel procedimento*, in *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, cit., 25 ss.; in senso conforme, si v. P. LAZZARA, *Il procedimento amministrativo: passato, presente e futuro*, in F. PUBUSA, S. PUDDU (a cura di), *Procedimento, provvedimento e autotutela. Evoluzione e involuzione*, ESI, Napoli, 2019, 71 ss., in part. 73.

¹⁰⁶ In senso difforme, anche se con riferimento a profili differenti, si v. F. COSTANTINO, *Lampi. Nuove frontiere*, cit., 818, «i dati messi a disposizione dalle amministrazioni possono favorire sia nuove forme di partecipazione e di controllo diffuso sull'operato dell'amministrazione che di discriminazione»; in termini critici, L. VIOLA, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell'arte*, in *FA*, 2018, 9, 1619 ss. il quale, in relazione al ruolo dei tribunali amministrativi, rileva «come il corso dell'evoluzione giurisprudenziale non sia per nulla stabilizzato ed occorra tornare a ragionare, in termini concreti, sulla tematica della partecipazione all'attività amministrativa svolta in ambiente informatico».

¹⁰⁷ Per un profilo critico in relazione a tale nozione, con riferimento alla doverosità della funzione e obbligo di provvedere, si v. S. TUCCILLO, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, 71 ss., 269 ss., 301, la quale pone, in chiave critica, la necessità di delineare i confini dell'esigibilità del dovere posto in capo alle diverse amministrazioni; A. POLICE, *Doverosità dell'azione amministrativa, tempo e garanzie giurisdizionali*, in L.R. PERFETTI (a cura di), *Le riforme della legge 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità e amministrazione di risultato*, CEDAM, Padova, 2008, 15 ss., 20.

¹⁰⁸ Cfr. F. LEDDA, *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 1964, 86, 99.

ridefinire la nozione di interesse pubblico come ragione del provvedimento, e, l'istruttoria condotta da un responsabile del procedimento, che interpreti questo ruolo in senso conforme allo spirito informatore della legge, assume portata recessiva; nessuna istruttoria, per quanto condotta con dovizia di particolari e cura da parte del funzionario, può aspirare al dettaglio informativo¹⁰⁹ offerto dai *Big Data*, anche se, con uno spostamento pericoloso della soglia di legalità, non se ne rileva il titolo legittimante che consente agli stessi dati di incidere in maniera decisiva nella ponderazione di interessi procedimentali¹¹⁰.

La doverosità dell'istruttoria, condotta sotto il presidio del principio

¹⁰⁹ Si deve dar conto di una lettura critica su tale aspetto, analizzato in questa sede in relazione alla esaustività dell'istruttoria, ma, in termini generali, corollario del principio di certezza dei rapporti giuridici, per la cui analisi, cfr., in senso ampio, L. TORCHIA, *Lontano dal giuspositivismo: incertezza, sicurezza, fiducia*, in *GDA*, 2017, 2, 171, «L'incertezza viene considerata non più un errore da correggere, ma un elemento almeno in certa misura irriducibilmente connesso alla ricca articolazione delle società moderne e democratiche».

¹¹⁰ In senso parzialmente difforme, M. FALCONE, *Big data e pubbliche amministrazioni*, cit., 622, «la possibilità di ricostruire in maniera sempre più oggettiva la realtà e i fatti, derivante dall'elaborazione dei *big data* può permettere sia un progressivo recupero della dimensione dell'istruttoria legata alla ricostruzione dei fatti rispetto a quella della composizione degli interessi, sia il raggiungimento di un maggiore equilibrio tra il momento istruttorio e quello decisorio, all'interno di una visione del procedimento come di un percorso di emersione progressiva della decisione «giusta», in cui prima si determina la precisazione del quadro normativo, la determinazione degli elementi di fatto, la compiuta rappresentazione delle diverse posizioni, l'enucleazione degli elementi conoscitivi fino a giungere alla delineazione di una o più scelte possibili per il decisore pubblico». Tuttavia, lo stesso Autore chiarisce che «i risultati derivanti dalle elaborazioni dei *big data* si prestano ad essere utilizzate certamente come presupposto per iniziare un procedimento», mentre «Più complicato e più problematico potrebbe essere l'utilizzo dei dati e delle informazioni frutto dell'elaborazione e dell'analisi dei *big data* – prodotti durante la fase istruttoria del procedimento – come un elemento di fatto dell'istruttoria, magari come unico elemento o elemento prevalente su cui si baserà la decisione amministrativa finale. In questo caso la riflessione più immediata da fare è quella in merito alla natura dei risultati di questi strumenti, all'opportunità di rendere questi risultati, tendenzialmente incerti, presupposti di fatto della decisione amministrativa, la quale può incidere fortemente sui diritti e sugli interessi dei cittadini: si pensi a casi in cui, sulla base delle sole elaborazioni dei *big data*, le amministrazioni procedessero a negare o concedere autorizzazioni o concessioni o, in via ancora più invasiva nei confronti dei diritti e degli interessi dei cittadini, procedessero ad espropri o a comminare delle sanzioni amministrative»; sul tema, appare interessante vagliare la prospettiva comparata, E. FALLETTI, *Decisioni automatizzate e diritto alla spiegazione: alcune riflessioni comparatistiche*, in *Dir. inf.*, 2020, 2, 169 ss., 181 (spec. par. § 4), con riferimento alla legittimità della raccolta di dati in 'black box' per l'erogazione di sussidi pubblici nel diritto olandese.

di legalità¹¹¹ – poiché, fortunatamente, «il diritto amministrativo ha due facce: la faccia del potere e la faccia della tutela contro il potere¹¹²» – limita le antinomie insite nell'esercizio della funzione pubblica attraverso due momenti, complementari tra loro: l'interpretazione del dato normativo e la elaborazione del dato fattuale.

Non si intende assolutamente auspicare una salvaguardia di un modello di istruttoria tradizionale, solo perché presidiato dal principio di legalità, ma la necessità di un meccanismo di regolazione dell'usurpazione dei dati nella fase istruttoria appare indifferibile¹¹³.

Inoltre, l'attualità del tema – del nodo¹¹⁴ – della partecipazione al procedimento amministrativo si svela sotto altra veste, poiché, francamente, appare particolarmente complesso figurarsi in che termini dovrebbe svolgersi il contraddittorio tra l'interessato e i dati, intesi quale interlocutore che surroggi l'intera fase istruttoria tradizionale¹¹⁵.

A mero titolo esemplificativo, con riferimento all'istituto della comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, è opportuno chiedersi quali mirabolanti argomentazioni debba allegare il privato – peraltro nell'opprimente termine di dieci giorni – per poter provare a

¹¹¹ Nella prospettiva dell'ispezione amministrativa, di cui si è fatto cenno in precedenza, si v. R. PEREZ, *L'acquisizione di notizie da parte della pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1968, 1383, secondo la quale la specifica finalità istituzionale dell'ispezione risiede nella disponibilità di fatti, conoscenze e realtà giuridiche a vantaggio della pubblica amministrazione.

¹¹² G. CORSO, *Riflessioni su amministrazione e mercato*, in *DA*, 2016, 1-2, 4 ss., in part. 7.

¹¹³ In termini più dialoganti, si v. P. FORTE, *Diritto amministrativo e data*, cit., 259, «è possibile sostenere che la disciplina già sussistente per la fase che abitualmente definiamo istruttoria, e che forse qui converrà riferire più ampiamente al “predecisionale”, quella lavorazione decisionale che afferisce alla acquisizione di elementi di conoscenze (dati), pur pensata per un lavoro umano, può ben funzionare da principio utilizzabile – in termini giuridici – per il medesimo lavoro operato da macchine (*hardware* e *software* o algoritmi)»; A. MASUCCI, *Procedimento amministrativo*, cit., 28 ss., in tema di istruttoria per via telematica; B. SELLERI, *Gli atti amministrativi*, cit., 139, il quale rilevava, in un'epoca storica in cui l'evoluzione tecnologica non aveva raggiunto la definizione odierna, come fossero «evidenti i campi di immediato e ottimale utilizzo, lì dove si rinvenivano attività a carattere ripetitivo, di routine, con masse rilevanti e continue di dati da immagazzinare ed elaborare».

¹¹⁴ R. FERRARA, *La partecipazione al procedimento amministrativo: un profilo critico*, in *Dir. amm.*, 2017, 2, 209 ss., in part. 213.

¹¹⁵ Si rileva il tradimento del principio della partecipazione procedimentale, dell'«*audi alteram partem*», per la cui analisi si rinvia a G. TREVES, *Il principio “audi alteram partem” nel procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1957, (estratto da *La tecnica della organizzazione nelle pubbliche amministrazioni*, 1957, IV, 19 ss.).

sovertire il proposito di rigetto dell'amministrazione, impostato, in termini di corredo argomentativo, su un'automazione dell'istruttoria condotta con dati illimitati¹¹⁶.

Si potrebbe obiettare che tale approdo sarebbe funzionale al buon andamento¹¹⁷, alla tempestività della conclusione del procedimento, ma la conseguenza ulteriore, e inaccettabile, porterebbe alla soppressione di qualsiasi tipo di contributo partecipativo, apporto che preserva, tra le evidenti difficoltà rilevate in questa sede, l'insostituibile funzione di avallo e consolidamento delle condotte amministrative.

È tuttavia innegabile che le potenzialità collaborative che gli amministratori potrebbero apportare sarebbero vanificate da una condizione di perenne frustrazione e inadeguatezza, poiché non disporrebbero degli strumenti in dotazione al soggetto pubblico.

Ad analoga conclusione, si perviene con riferimento ai procedimenti per l'adozione di misure generali, nei quali l'istruttoria, orientata alla ricostruzione degli elementi conoscitivi necessari al concreto disporre, sarebbe orientata, in maniera decisiva, da informazioni aggregate ed elaborate, caratterizzate da una complessità tale da neutralizzare qualsiasi tipo di dialettica.

¹¹⁶ In termini critici, con i dovuti accorgimenti teorici, già la dottrina tedesca rilevava che le verifiche e le integrazioni non possono protrarsi fino a quando l'apporto dei diversi uffici, e quello dei soggetti eventualmente intervenuti, abbia assicurato la completezza di informazione e l'impossibilità di realizzare in termini assoluti questo proposito è data per acquisita [il riferimento è a N. LUHMANN, *Potere e complessità sociale*, Il Saggiatore, Milano, trad. it., 1979].

¹¹⁷ Per diversa lettura, cfr. M.A. SANDULLI, *Partecipazione e autonomie locali*, in *Dir. amm.*, 2002, 4, 555 ss., in part. 557, che osserva come centrale sia il momento partecipativo per la realizzazione dei principi di buona amministrazione; di recente, su altra tematica, insiste su questo rapporto T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 5 ottobre 2020, n. 4225, «La partecipazione del cittadino al procedimento amministrativo costituisce non solo espressione del principio di democraticità dell'ordinamento, ma anche lo strumento per l'attuazione dei principi di buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa; ciò anche ai fini di un più adeguato esercizio del sindacato giurisdizionale del G.A. sull'atto oggetto di contestazione. In definitiva, l'istituto del c.d. preavviso di rigetto ha lo scopo di far conoscere alle Amministrazioni le ragioni fattuali e giuridiche dell'interessato che potrebbero contribuire a far assumere agli organi competenti una diversa determinazione finale, derivante dalla ponderazione di tutti gli interessi in campo e determinando una possibile riduzione del contenzioso tra le parti»; sui profili critici registrati in base alla lettura della norma, si v. L. FERRARA, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza nel riformato quadro delle garanzie procedurali*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli*, II, CEDAM, Padova, 2007, 83 ss., per il quale l'istituto non ha mai smarrito un alto tasso di problematicità e opinabilità nelle applicazioni pratiche, in un continuo e incerto andamento, che oscilla tra il ridimensionamento sostanziale e quello processuale.

Il processo di formazione della volontà della pubblica amministrazione, affermatosi con non poche difficoltà di carattere dogmatico, rischia di sparire, surrogato con dotazioni che non si sviluppano nel tempo, ma sono istantanee¹¹⁸, cui consegue il necessario ripristino della centralità del momento provvedimentale, in luogo di quello istruttorio.

La fase conoscitiva, qualificata come variabile dipendente del modo in cui si configurano i rapporti tra amministrazione e amministrati¹¹⁹, transita in una dimensione asettica, ascrivibile a codici binari e a calcoli di automazione, come se la miglior definizione della cura del pubblico interesse potesse dipendere solo dalla celerità della procedura¹²⁰ o dalla dimensione quantitativa dell'istruttoria, momenti amministrativi dei quali, in ogni caso, non si nega l'utilità.

Si assiste a una contrazione della fase dialettica, della c.d. partecipazione conoscitiva¹²¹ – o per riprendere una espressione di Giannini, dell'istruttoria in contraddittorio¹²² – una sorta di obsolescenza tacita dell'intero corpo normativo della legge sul procedimento amministrativo, un ritorno, operato per altre vie ed esigenze, al clima di scetticismo che aveva accolto la promulgazione della legge.

¹¹⁸ Il riferimento è a F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *RTDP*, 1952, 118 ss., in part. 121, che osserva come il concretarsi del potere in un atto non sia istantaneo.

¹¹⁹ G. PASTORI, *Il procedimento amministrativo tra vincoli formali e regole sostanziali*, in U. ALLEGRETTI, A. ORSI BATTAGLINI, D. SORACE (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, II, Maggioli, Rimini, 1987, 806 ss., in part. 818; G. CATALDI, *Il procedimento amministrativo nei suoi attuali orientamenti giuridici e non giuridici*, Giuffrè, Milano, 1967, 13, il profilo sostanziale del procedimento si pone all'esito della manifestazione della funzione, la c.d. forma funzionale.

¹²⁰ Si rinvia alla elaborata analisi di L. GIANI, *I tempi (dell'azione e della decisione) dell'amministrazione tra certezza e affidamento*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, III, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, 2461 ss., in relazione al complesso rapportarsi tra conoscibilità, prevedibilità e tempestività dell'azione.

¹²¹ In questi termini, A. ANDREANI, *Buon andamento dell'amministrazione*, cit., 339, che opera la distinzione tra partecipazione conoscitiva e sostanziale.

¹²² Come rilevato da F. SATTA, *Contraddittorio e partecipazione nel procedimento amministrativo*, in *DA*, 2010, 2, 299 ss., in part. 305, i termini 'contraddittorio' e 'partecipazione' sono utilizzati con il medesimo significato; F. FIGORILLI, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo: dal processo al procedimento con pluralità di parti*, ESI, Napoli, 1996, 110 ss., 118; A.M. SANDULLI, *Conclusioni all'incontro di studio su 'L'azione amministrativa tra garanzia ed efficienza'*, in *Probl. amm. Pubbl.* (Formez), 1981, 177, «il contraddittorio soddisfa il privato anche quando gli dà torto»; in un'ottica diversa, ma nella stessa visuale teorica e argomentativa, con rinvii al diritto eurounitario, M. CARTABIA, *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo: la Legge n. 241 del 1990 alla luce dei principi comunitari*, Giuffrè, Milano, 1991, 29 ss.

Non si pretende di fornire una soluzione interpretativa univoca in relazione a un tema, il cui rapido e imprevedibile divenire rende necessario un costante aggiornamento dell'impostazione accolta, ma si intende quanto meno evidenziare che il condizionamento e l'esaurimento dell'attività conoscitiva e istruttoria tradizionale operato dai dati, per quanto dettagliati ed elaborati in forma aggregata, siano circostanze da ascrivere, a pieno titolo, alle «disavventure della legalità amministrativa»¹²³.

3.2. *L'algoritmo e l'attività amministrativa, dall'ignoto all'imprescindibile: note su una rapida (e inattesa) ascesa*

Non si ha memoria, nel campo del diritto amministrativo, né in tempi recenti, né più risalenti, di un'ascesa così rapida e improvvisa come avvenuto nel caso degli algoritmi e della relativa ricerca di compatibilità rispetto all'attività amministrativa, con pronunce dei tribunali amministrativi, che, con inusuale impellenza, hanno cercato di conferire veste giuridica a tali strumenti di automazione¹²⁴, senza i quali, pare, non si possa più amministrare¹²⁵.

La prospettiva indagata – lungi dall'integrare la non inattendibile ipotesi che il diritto faccia propria la normatività inerente alla tecnica al

¹²³ Il riferimento è all'indagine di F. MERUSI, *Nuove avventure e disavventure della legalità amministrativa*, in *DA*, 2011, 4, 741 ss., in part. 741, «Le avventure, e le disavventure, della legalità amministrativa non finiscono mai. Ogni sentiero che la legalità imbocca ogni tanto si interrompe. La foresta si fa talora impenetrabile. Dietro ogni albero può nascondersi un nemico della legalità pronto a brandire qualche arma *legale*».

¹²⁴ Cfr. il condivisibile scritto di E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2020, 3, 273 ss., 288, «mentre ammette l'ingresso dell'algoritmo nel cuore della decisione pubblica, il giudice amministrativo cerca però da ultimo di alzare l'asticella della legalità algoritmica, definendo una serie di condizioni solo in presenza delle quali la decisione robotizzata risulta ammissibile. Questo, con la consapevolezza dei benefici, ma anche dei rischi legati all'introduzione delle intelligenze artificiali nei meccanismi più intimi di funzionamento delle amministrazioni pubbliche: rischi legati in particolare al rispetto delle garanzie dei cittadini nel loro rapporto con il potere pubblico, al rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, primi tra tutti quelli alla protezione dei dati personali ed all'uguaglianza. Rischi, ancora, connessi alla presunta neutralità di un meccanismo che opera spesso in condizioni di opacità, senza fornire una spiegazione trasparente e comprensibile del suo operato».

¹²⁵ Il riferimento, anche esso di stretta attualità, riguarda la gestione della pandemia e la collocazione in fasce delle diverse regioni in base a una struttura algoritmica, sul tema si v. F. PINTO, *Abbiamo evitato il rosso grazie a un algoritmo*, in *Il Corriere della sera*, 6 novembre 2020.

fine di tradurla in normatività giuridica – riscontra, anche in tale ipotesi, una palese disaffezione nei confronti del valore della garanzia insito nel principio di legalità, a fronte di un, non meglio precisato, buon andamento, foriero, ad oggi, solo di un corposo contenzioso amministrativo.

Appare necessario ribadire che il sentimento di scetticismo palesato non è rappresentativo di un ostracismo preventivo e aprioristico nei confronti di tali strumenti di supporto (e talvolta di sostituzione) della decisione amministrativa¹²⁶, ma è auspicabile un atteggiamento meno fideistico e teso a recuperare il valore della tutela insito nella legalità, alla luce della prassi registrata.

Un approccio totalizzante può essere solo precursore di approcci miopi, e il proposito concettuale offerto aspira ad evitare ciò.

Tale improvviso, e per certi versi inatteso nelle modalità¹²⁷, avvento, si pone quale punto di emersione di tematiche classiche e sensibili, quali, ad esempio, il rapporto tra diritto e tecnica, la riduzione tendente all'esaurimento della discrezionalità, l'applicabilità differenziata in base al carattere vincolato o discrezionale della decisione, ma, per non tradire l'impianto argomentativo prospettato in premessa, ci si riferirà ai temi della legalità e del buon andamento, con ordine invertito rispetto a quanto svolto in tema di attività conoscitiva e dati.

Inoltre, sebbene sia opportuno operare una distinzione tra le diverse tipologie di algoritmi applicabili all'agire pubblico, con riferimento alle ipotesi di c.d. *machine learning*¹²⁸, lo studio mira a preservare il punto di vista dell'amministrazione, e non si opererà alcuna distinzione in merito ai, pur non assimilabili, casi di supporto e sostituzione della deliberazione amministrativa tradizionale.

¹²⁶ P. FORTE, *Diritto amministrativo e data*, cit., 274, «da tempo il diritto amministrativo si è liberato del pregiudizio mentale dell'idea dell'autorità come ragione sufficiente di legittimazione ed affidabilità della decisione».

¹²⁷ Profetiche sembrano essere, ancora una volta, le parole di F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *DPA*, 1983, 371 ss., in part. 374, «rinunciando senz'altro alle pur facili profezie sui mutamenti che, con il progresso tecnologico potranno aversi nel modo stesso dell'amministrare».

¹²⁸ Particolarmente incisiva è l'analisi di A. ZUCKERMAN, *Artificial intelligence - Implications for the legal profession, adversial process and rule of law*, 136 *L. Quart. Rev.* 427-453 (2020); C. COGLIANESE, D. LEHR, *Regulating by robot: administrative decision making in the machine-learning era*, 105 *Georg. L. Journ.* 1152-1157 (2016); si v. M. TIMO, *Algoritmo e potere amministrativo*, in *DE*, 2020, 1, 753 ss., in part. 760, «al momento attuale, svariate sono le declinazioni dell'intelligenza artificiale (c.d. "I.A."), tanto che non sussiste la possibilità di fornire della medesima una definizione compiuta: elemento questo che contribuisce a rendere percepibile un senso di indeterminatezza e che alimenta la difficoltà di pervenire ad una regolazione normativa del fenomeno».

La posizione espressa non ha la pretesa, evidentemente inesigibile, di preservare una nozione di legalità immutabile e intangibile, ma il nucleo garantistico che questa mira a custodire deve rimanere intatto, perché l'esercizio del potere che si ponga al di fuori di tale nucleo espone l'ordinamento al rischio di assistere al ritorno delle 'zone franche' del diritto, definite, in tal modo, e con disprezzo, da Bachelet¹²⁹.

L'ipotesi che un calcolo decisionale, posto all'esito di un'automazione istruttoria, possa surrogare l'atto intenzionale umano¹³⁰, espressione di volontà pubblica e, dal punto di vista oggettivo, misura di valore dell'interesse primario posto dall'amministrazione come momento di sintesi tra il potere conferito e la situazione di fatto concretamente individuata, integra una scelta che riversa sulla legalità un peso, ad oggi, eccessivo.

La contraddizione appare fin troppo evidente, anche in base a ciò che si è detto in tema di istruttoria: «ci si rappresenta un mondo nel quale l'autorità quasi si dissolve, grazie alla partecipazione», mentre «di autorità ne avremo sempre pure troppa e che noi dobbiamo studiarci di limitarla anche attraverso una rigorosa applicazione del principio di legalità».

In questo contesto evolutivo, si accetta l'idea di una devoluzione compiuta dell'agire pubblico, unilaterale e imperativo, a uno strumento di intelligenza artificiale¹³¹, peraltro ben lontano dall'essere imperfettibi-

¹²⁹ V. BACHELET, *Disciplina militare e ordinamento giuridico statale*, cit., 137 ss., 154, 156.

¹³⁰ Sul tema, si v. S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Umano troppo umano. Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in *DP*, 2019, 1, 5 ss., in part. 8 ss., «L'ipotesi che si possa prescindere dalla norma permissiva della decisione amministrativa automatizzata può non sembrare a prima vista problematica ove si acceda all'idea che il potere sostanziale di cui si sta parlando rimanga ascrivibile a una fattispecie giuridica secondo lo schema consueto delle norme costitutive. Queste sono le norme che consentono a un agente di creare una certa conseguenza nella realtà giuridica in presenza di determinate condizioni»; sul tema, in senso pienamente conforme alla presente analisi, si v. A. DI MARTINO, *L'amministrazione per algoritmi ed i pericoli del cambiamento in atto*, in *DE*, 2020, 3, 599 ss., «Ciò che preoccupa maggiormente è che la prevalenza di un'amministrazione per algoritmi rispetto al tradizionale apparato amministrativo – caratterizzato da una "personificazione" della pubblica amministrazione e da una fase istruttoria partecipata o, quantomeno, contraddistinta dalla presenza di un nucleo essenziale di garanzie indefettibili per il privato – possa comportare, inevitabilmente, una lenta decadenza dell'amministrazione stessa» (602), di recente, cfr. G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative. Indagine sui limiti dell'automazione decisionale tra procedimento e processo*, CEDAM, Padova, 2023.

¹³¹ Si v. A.G. OROFINO, G. GALLONE, *L'intelligenza artificiale al servizio delle fun-*

le, che, in assenza dei tradizionali istituti di partecipazione e garanzia, resi inefficaci dalla tecnologia, conduce ad accogliere come modello «la più tremenda delle autorità pensabili, cioè quella che può disporre in via esclusiva di verità rivelate¹³²», quelle algoritmiche, per l'appunto.

La questione non deve porsi nella, pericolosamente semplicistica, visione di un elemento che si interpone, imponendosi, nella relazione dialettica tra potere conferito e individuo, la cui «cifra binaria è in decostruzione¹³³» per differenti e altre ragioni, ma si tratta di valutare come tale intromissione incida sulla valenza garantistica del principio di legalità.

Né tantomeno appare convincente, come accennato in premessa, lo spostamento integrale della funzione legittimante in capo all'onere motivazionale, nella pur doppia veste di argomentazione diretta a spiegare la scelta di carattere organizzativo legata al ricorso all'algoritmo e come ragioni di ingresso di *input* che condizionano la decisione.

Tale insufficienza è dovuta all'assenza del tradizionale tratto discorsivo insito nella motivazione, che rimanderebbe a un codice sorgente, e ad un articolato svolgersi della procedura, caratterizzato dalla carenza dell'immagine antropomorfa della manifestazione della volontà pubblica¹³⁴.

La motivazione della decisione algoritmica, per struttura, non può trasmettere al cittadino l'identità dell'agire della pubblica amministrazione, che, recapitata attraverso calcoli dettagliati, smarrisce la dialettica e restituisce un farsi asettico, inspiegabile, «un nudo e cieco re¹³⁵».

zioni amministrative: profili problematici e spunti di riflessione, in *Giur. it.*, 2020, 7, 1738 ss.; D.-U. GALETTA, *Human-stupidity-in-the-loop? Riflessioni (di un giurista) sulle potenzialità e i rischi dell'Intelligenza Artificiale*, in *Federalismi*, 2023, 5, 4 ss.

¹³² F. LEDDA, *Dal principio di legalità*, cit., 470.

¹³³ L. FERRARA, *Individuo e potere. In un giuoco di specchi*, in *DP*, 2016, 3, 11 ss., in part. 33; in senso pienamente conforme, cfr. E. CASSETTA, *Profili dell'evoluzione dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione*, in *DA*, 1993, 3 ss., 7.

¹³⁴ Tali tratti sono oggetto, nella veste di premesse teoriche, dell'insuperato studio di A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Giuffrè, Milano, 1987, 7, 11.

¹³⁵ N. IRTI, *Riconoscersi nella parola. Saggio giuridico*, Il Mulino, Bologna, 2020, 12; in senso conforme, si v. G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Il ruolo del giurista studioso nel processo di modernizzazione della p.a.*, in *DP*, 2016, 3, 1019 ss., in part. 1021, «Il diritto è forma, ovvero – in termini marxiani – è «sovrastruttura», che 'costruisce' i suoi contenuti a seconda di come evolvono quelli della «struttura» economico-sociale, le cui evoluzioni subiscono, a loro volta, quelle delle scienze 'dure' e della tecnologia. Esso, dunque, mai può smettere di relazionarsi alle altre discipline, che dettano i contenuti ai quali occorre

Inoltre, si omette, in questa sede, l'analisi della funzione legittimante della trasparenza¹³⁶, della cui tenuta teorica, però, si dubita fortemente, poiché è come se l'(oscura) ostensibilità del codice sorgente dell'algoritmo sanasse il *vulnus* di potere originario¹³⁷; tutt'al più alla trasparenza può riconoscersi – consapevoli delle aporie che il tema presenta nel diritto interno – una funzione di mediazione informativa¹³⁸.

Come sostenuto autorevolmente di recente, la tecnica del linguaggio deve porsi al centro di ogni indagine sul potere – di cui strutturalmente si compone la parte più rilevante dell'attività amministrativa – poiché l'obbligatorietà del precetto implica l'omogeneità della comprensione, anche linguistica, che sembra smarrirsi nel contesto del dizionario algoritmico¹³⁹.

Da ultimo, in relazione al primo dei due profili indagati, è insolito notare come l'algoritmo abbia fatto riemergere, nell'orizzonte non solo teorico della dottrina, la 'storia della decisione', 'l'attività produttiva che precede la soluzione del problema amministrativo'¹⁴⁰, progressivamente

che esso dia forma. Ciò non significa, però, che il diritto debba perdere la sua specificità, che resta, appunto, la forma».

¹³⁶ Sul tema del rapporto dialettico tra algoritmo e trasparenza, in una prospettiva anche di diritto comparato, si v. S. SASSI, *Gli algoritmi nelle decisioni pubbliche tra trasparenza e responsabilità*, in *An. Giur. econ.*, 2019, 1, 109 ss., 118. Si v. A. CORRADO, *La trasparenza necessaria per infondere fiducia in una amministrazione algoritmica e antropocentrica*, in *Federalismi*, 2023, 5, 175 ss.

¹³⁷ Il riferimento è all'interpretazione fornita dalla ormai celebre Cons. St., sez., VI, 13 dicembre 2019, n. 8472, in *Foro it.*, 2020, 6, III, 340; si v., tra le altre, la nota di M. TIMO, *Il procedimento di assunzione del personale scolastico al vaglio del Consiglio di Stato*, in *Giur. it.*, 2020, 5, 1191 ss.

¹³⁸ Cfr. B. PONTI, *La mediazione informativa nel regime giuridico della trasparenza: spunti ricostruttivi*, in *Dir. inf.*, 2019, 2, 383 ss., che osserva la necessità che sia garantita non solo l'«astratta conoscibilità», ma il diritto alla comprensione; di recente, G. FASANO, *Gestione dell'algoritmo in ambito pubblico: le smart cities quale crocevia di diritti fondamentali*, in *Federalismi*, 2022, 29, 40 ss.

¹³⁹ Il tema, analizzato da J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto: fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice*, ESI, Napoli, 1983, 28, è ripreso nel contesto dell'obbedienza rispetto al comando da N. IRTI, *Viaggio*, cit., 16; sulla varietà degli enunciati linguistici, descrittivi, prescrittivi, performativi e espressivi, F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, CEDAM, Padova, 2009, 31, 40.

¹⁴⁰ Entrambi i virgolettati sono di F. LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993, 133 ss., 151, ora anche in *Scritti giuridici*, CEDAM, Padova, 2002; particolarmente emblematiche sono le parole di A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti*, cit., 390, «se infatti si riconsidera il ruolo del provvedimento all'interno del *decision-making process* amministrativo, la sua qualificazione di

recessiva in favore del momento provvedimentale che esternalizza la volontà pubblica¹⁴¹.

Con riferimento al secondo profilo indagato, relativo alla non scontata strumentalità del rapporto tra digitalizzazione e buon andamento, sono pienamente valide le conclusioni cui si è pervenuti in relazione all'attività conoscitiva, con l'aggravante che il supporto decisionale fornito da algoritmi palesa una autonoma carica lesiva, che ad oggi, in relazione all'utilizzo su larga scala – si pensi alla nota vicenda relativa al personale scolastico e al controverso utilizzo durante la gestione della pandemia – ha generato una conflittualità giurisdizionale tra cittadini e amministrazione di estremo rilievo e ha alimentato un clima di sfiducia che mina la continuità di azione¹⁴², uno dei corollari del principio del buon andamento.

somma manifestazione dell'autorità può spesso apparire eccessivamente enfatica, e non corrispondente a una realtà che vede i reali momenti decisionali concentrati altrove, mentre il provvedimento ha solo il compito di trascrivere, formalizzandoli, i termini della decisione già assunta».

¹⁴¹ Si fa riferimento, oltre ai lavori già citati nel corso dello studio, senza pretesa di esaustività, a A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, in *RTDP*, 2019, 1, 1149 ss.; sui problematici profili legati alla responsabilità, si v. M.C. CAVALLARO, G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, in *Federalismi*, 2019, 16, 4 settembre 2019; in senso conforme alla linea di ricerca condotta, si v. A. DI MARTINO, *L'amministrazione per algoritmi*, cit., 606; F. LAVIOLA, *Algoritmico, troppo algoritmico: decisioni amministrative automatizzate, protezione dei dati personali e tutela delle libertà dei cittadini alla luce della più recente giurisprudenza amministrativa*, in *BioLaw Journ.*, 2020, 3, 389 ss.; P. SAVONA, *Administrative Decision-Making after the Big Data revolution*, in *Federalismi*, 2018, 19, 10 ottobre 2018; il profilo della decisione è analizzato da P. OTRANTO, *Decisione amministrativa e digitalizzazione della p.a.*, in *Federalismi*, 2018, 2, 2 ss.; per una trattazione monografica, si v. G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici. Predeterminazione, analisi predittiva e nuove forme di intelligibilità*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, 5 ss., 35 ss.; si v. l'intero vol. 1, iss. 1-2 di *Eur. Rev. Dig. Admin. L.*, 2020; F. HERMSTRÜWER, *Artificial Intelligence and administrative decisions under uncertainty*, in T. Wischmeyer, T. Rademacher (a cura di), *Regulating Artificial Intelligence*, Berlin, 2020, 199 ss.; M. OSWALD, *Algorithm-assisted decision-making in the public sector: framing the issues using administrative law rules governing discretionary power*, 376 *Phil. Trans. R. Soc.* (2018), 45 ss.; di recente, in senso non propriamente conforme rispetto all'argomentazione dell'indagine, si v. A. MASUCCI, *L'algoritmizzazione delle decisioni amministrative tra Regolamento europeo e leggi degli Stati membri*, in *DP*, 2020, 3, 943 ss., ma in senso opposto in tema di rapporto tra automazione ed efficienza (949).

¹⁴² Sul tema, si condividono le ampie e argomentate conclusioni di S. TARULLO, *Buone prassi e continuità dell'amministrazione pubblica, Parte II: Le buone prassi, l'amministrazione ed il cittadino*, in *DA*, 2013, 1/2, 149 ss., 167.

4. *Continuità teorica e pericolose convinzioni*

Lo studio condotto e le tesi sostenute potrebbero far trapelare una vena nostalgica, di preventivo rifiuto nei confronti del cambiamento, un'affezione quasi devota nei confronti di un modello di amministrazione del passato, al contrario oggetto di una costante e trasversale disapprovazione, essenzialmente unanime; per tali ragioni, alcune precisazioni – lungi dall'aspirare al rango di conclusioni – si rendono necessarie.

Il *baratto* di cui si sono tratteggiati gli elementi sembra fortemente iniquo a danno della legalità, per il ruolo marginale cui la stessa è demandata e per il corrispettivo, in termini di buon andamento, a tutto voler concedere, modesto.

Tuttavia, ogni stravolgimento e ogni rivoluzione, specie se riferite a un potere conferito per legge, come quello amministrativo – e la digitalizzazione, per le recenti applicazioni, è ascrivibile a entrambe le nozioni – dovrebbe indurre un ripensamento critico degli istituti e dei principi, che devono persuadere il legislatore e gli interpreti a «tessere daccapo il discorso giuridico-istituzionale¹⁴³», mentre, al contrario, si osserva una arrendevolezza pericolosa, soprattutto per la tenuta dei valori garantistici e di tutela dell'amministrato. La legalità non è mai un dato, ma un risultato voluto¹⁴⁴, costruito in vista di individuati scopi che, in diritto amministrativo, trova le coordinate in una ininterrotta attenzione critica nei confronti dell'autorità¹⁴⁵.

In altri termini, si assiste a una soccombenza dell'amministrazione rispetto al momento tecnico, la 'resa dell'amministrazione', un progressivo «abbandono di terreni e di spazi compiutamente conoscibili con gli istituti del diritto amministrativo¹⁴⁶», i cui elementi risultano determinati da

¹⁴³ G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Il ruolo del giurista*, cit., 1037.

¹⁴⁴ Si v. N. IRTI, *Riconoscersi*, cit., 14.

¹⁴⁵ Su tale aspetto, oltre agli scritti di Ledda citati, si v. L. GIANI, *Il problema amministrativo tra incertezza della tecnica ed esigenze di tutela sostanziale del cittadino (il contributo di Franco Ledda)*, in L. GIANI, A. POLICE (a cura di), *Itinerari interrotti. Il pensiero di Franco Ledda e di Antonio Romano Tassone per una ricostruzione del diritto amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, 135 ss.; analogamente, in senso conforme, cfr. A. PUBUSA, *La 'sardità' di Franco Ledda*, in *Jus*, 2005, 1-2.

¹⁴⁶ Si v. M. CAMMELLI, *Gli studi giuridici tra istituzioni e garanzie*, in *La necessaria discontinuità. Immagini del diritto pubblico*, Il Mulino, Bologna, 1990, 167, che osserva come si crei una profonda frattura tra 'il diritto delle garanzie' che ha ad oggetto la legalità dell'azione amministrativa e 'il diritto delle istituzioni' che presuppone un orizzonte teorico legato alle condizioni di legittimazione delle istituzioni, in una condizione di isolamento rispetto al dispiegarsi delle istanze degli amministrati.

condizioni aliene al principio di legalità, cui consegue una sensazione di recisione netta rispetto ai valori che l'amministrazione deve strutturalmente garantire.

Per quanto analizzato, un'attività istruttoria disinteressata all'apporto informativo dell'interventore¹⁴⁷ e un'attività decisoria algoritmica giustificata solo dai principi di non discriminazione e trasparenza – elevati al rango di valori legittimanti, quando, al contrario, dovrebbero essere connaturati all'ordinario e diligente svolgersi dell'attività amministrativa – integrano una profonda frattura con il principio di legalità.

Non si può immaginare un principio di legalità immutabile, fermo nel tempo, ma «vi è l'esigenza di una realtà sociale nuova, non ancora esistente, e la cui realizzazione è vista e sentita come conforme all'interesse pubblico¹⁴⁸»; tuttavia, il tema, analizzato nell'orizzonte teorico della tradizionale, ma mai scontata, prospettiva del rapporto autorità-libertà, deve preservare il garantismo determinato da regole poste preventivamente, e mai barattabili con alcun grado di efficienza.

Peraltro, come osserva Bachelet, «il principio di legalità dell'azione e dell'organizzazione amministrativa, pur se talora esasperati e dimentichi dei minimi di efficienza al di sotto dei quali i meccanismi di garanzia garantiscono il nulla, hanno costituito pur sempre una notevole conquista nei confronti degli arbitrii del potere assoluto e degli abusi sempre possibili¹⁴⁹».

Siano consentite due brevi note di chiusura, in merito alle quali sarà opportuno, in futuro, svolgere consapevoli e informate riflessioni.

In primo luogo, l'automazione e la acclamata dequotazione della componente umana dell'agire comportano un rischio inaccettabile, ossia

¹⁴⁷ Si fa riferimento all'articolata valutazione della pertinenza del discorso informativo del privato, per un'analisi del tema cfr. F. LEDDA, *Problema amministrativo*, cit., 140 ss., il confronto delle parti si può tradurre in uno scambio di informazioni di ragguardevole efficacia; F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, CEDAM, Padova, 1969, 118 ss., sul tema della formazione successiva e conseguente della fattispecie.

¹⁴⁸ F. SATTA, *Principio di legalità*, cit., 37.

¹⁴⁹ V. BACHELET, *Evoluzione del ruolo e delle strutture della pubblica amministrazione*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, II, Giuffrè, Milano, 1977, 10; una lettura di sintesi è elaborata, anche attraverso la riproposizione *de relato* di diversi approcci, da R. BETTINI, *La pubblica amministrazione tra legalità ed efficienza: i contributi di M. Weber e T. Geiger in tema di efficacia delle norme ed efficienza degli apparati*, in *Riv. trim. sc. Amm.*, 1981, 3, 3 ss., che osserva che le amministrazioni sono costantemente sospese tra razionalità rispetto allo scopo e razionalità formale.

il superamento indebito della fase di programmazione¹⁵⁰, la cui comunicabilità con gli strumenti analizzati appare francamente articolata da elaborare e complessa da immaginare e disciplinare.

In secondo luogo, una nota legata a un dato positivo, poiché il d.l. 16 luglio 2020, n. 76, (convertito successivamente in l. 11 settembre 2020, n. 120), uno degli innumerevoli ‘decreti semplificazione’, ha introdotto, nel corpo normativo della l. 241 del 1990, tra i principi generali dell’attività amministrativa, l’obbligo che i rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione siano improntati ai principi di collaborazione e buona fede, canone, quest’ultimo, di precedente e pacifica applicazione, in ragione della relativa profonda sistemazione scientifica ottenuta¹⁵¹.

Alla luce di quanto osservato, il principio di buona fede, raccordato con il potere amministrativo, dovrebbe filtrare valori sociali entro la forma giuridica, al fine di determinare la fattispecie concreta e, di converso, il pubblico interesse, con il fine di perfezionare gli obblighi di correttezza che gravano in capo all’amministrazione; al contrario, tali doveri sembrano dissolversi in dati e algoritmi che integrano, ad oggi, un’interruzione teorica della dialettica partecipativa tra amministrazione e amministrato, risultato di un lungo e sofferto percorso di conquista, che, però, sembra in questo modo vanificato.

5. *(Un’appendice necessaria) Note preliminari su amministrazione, risultato, digitalizzazione. Le traiettorie del PNRR*

Le riforme per la pubblica amministrazione che si rendono necessarie per una corretta e adeguata attuazione del PNRR (Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza) paiono non poter prescindere dalla digitalizzazione. Anche la cautela utilizzata e i dubbi palesati devono essere fugati con co-

¹⁵⁰ *Ex multis*, di recente, si condivide in pieno sul tema l’impianto teorico offerto da R. DIPACE, *L’attività di programmazione come presupposto di decisioni amministrative*, in *Dir. soc.*, 2017, 4, 647 ss.

¹⁵¹ Il riferimento è al noto e insuperato studio di F. MERUSI, *L’affidamento del cittadino*, Giuffrè, Milano, 1970, 72 ss.; più di recente, si v., *ex multis*, G.D. COMPORI, *Il principio di buon andamento tra complessità della geografia amministrativa ed unicità della funzione*, in C. BERIA DI ARGENTINE (a cura di), *Azione amministrativa e rapporto con il cittadino alla luce dei principi di imparzialità e buon andamento*, Giuffrè, Milano, 2019, 42, 45; L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *DA*, 2013, 3, 309 ss. (spec. par. § 7); proprio con riferimento alla fattispecie partecipativa nel procedimento amministrativo, Corte Cost., 13 novembre 2020, n. 237.

scienza, in primo luogo dal legislatore, al fine di comprendere se si tratti di una reale e consapevole volontà di programmazione o se vi sia un ritorno agli schermi verbali e alle clausole di stile per celare le citate – e difficilmente superabili¹⁵² – oscurità.

Il PNRR propende, rispetto ai due poli dell'analisi condotta, in maniera evidente in favore del buon andamento, o del risultato, qualora si voglia riconoscere al Piano un nucleo normativo chiaro che, al momento, latita. Non vi sono riferimenti specifici, come è ovvio per un testo con natura programmatica, alle questioni di cui dovrà farsi carico il legislatore delegato, ma la sensazione di una riforma calata – si potrebbe azzardare imposta, visti i tempi asfittici richiesti – nei confronti di un'amministrazione che diviene soggetto passivo e non, come auspicabile, co-attuatore delle riforme, non svanisce; al contrario, è pericolosamente avvertita.

La 'forte accelerazione alla digitalizzazione' cui il PNRR¹⁵³ opera diffusamente riferimento sembra non tener conto non solo del contesto amministrativo e istituzionale nel quale le riforme devono innestarsi, ma anche della legislazione vigente. Il Piano è ammantato da una sorta di aurea salvifica rispetto ai secolari, e spesso insuperati, problemi della pubblica amministrazione e la polarizzazione dell'intero testo verso una visione aziendalistica non sembra solo tradire ampiamente i canoni di legalità dell'agire, ma non appare nemmeno adeguatamente tarata sul risultato – francamente difficile da individuare – che si propone di raggiungere; sembrano esserci tutte le premesse per tradire, contemporaneamente, entrambi i termini del baratto cui si è fatto cenno.

Si percepisce una sorta di stallo, voluto, da parte delle amministrazioni, in attesa del Piano e delle soluzioni miracolose in esso contenute¹⁵⁴, per non alterare non si sa bene quale ottimale equilibrio o stabilità

¹⁵² S. STAIANO, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza guardato da Sud*, in *Federalismi*, 2021, 14, IV ss., che osserva, con spirito attento e condiviso, ma anche consapevole, in relazione al movimento culturale che deve permeare l'attuazione del PNRR, che ci sono «I vuoti: i vuoti sono inevitabili, al momento attuale, perché colmarli richiederebbe una capacità dell'intera classe politica di assumere un punto di vista a sé interno, che la conducesse a valutarsi e a determinarsi a correzioni non lievi del suo modo d'essere, per conformarlo a 'spirito repubblicano'». G. PIPERATA, *PNRR e pubblica amministrazione: attuazione, riforme, cambiamenti*, in *Ist. fed.*, 2022, 2, 211 ss.

¹⁵³ Di recente, sul tema dell'equilibrio dei modelli contrattuali adottabili nel prisma del PNRR, proprio tra pubblico e privato, cfr. A. MOLITERNI, *Le prospettive del partenariato pubblico-privato nella stagione del PNRR*, in *DA*, 2022, 2, 441 ss.

¹⁵⁴ Di recente, D.U. GALETTA, *Transizione digitale e diritto ad una buona amministrazione: fra prospettive aperte per le Pubbliche Amministrazione dal Piano Nazionale di*

efficiente; come riferito rispetto ad altro ambito, altrettanto problematico, occorrerebbe assumere un atteggiamento di «sospensione dell'incredulità¹⁵⁵».

Il termine discrezionalità non compare mai nel testo del Piano, a conferma di quanto crescente sia la percezione che la stessa costituisca, a priori, un ostacolo; si oblitera il ruolo tradizionale – pur corredato dalle note questioni – del potere, per affidare, o forse esternalizzare, rinunciandovi, l'amministrare secondo moduli tradizionali. Si deve, seppur brevemente, dar conto dell'art. 18, del d.l. 24 febbraio, n. 13, convertito in l. 21 aprile 2023, n. 41, in tema di infrastrutture digitali e di acquisto di beni e servizi strumentali alla realizzazione del PNRR, che modifica il CAD, nella misura in cui amplia la portata soggettiva degli enti che sono obbligati alla gestione e alla conservazione dei documenti informatici. Si tratta di una presa di coscienza legislativa rispetto all'esigenza indifferibile di garantire una comunicazione ininterrotta di dati, del patrimonio conoscitivo, che si perfeziona tra soggetti aventi natura e fini diversi.

Ulteriore aspetto oggetto della disposizione in esame è relativo al processo di perfezionamento digitale delle centrali di committenza, poiché è prevista una misura di incentivo per la banda larga – misura che nel primo periodo riguarderà solo il settore sanitario – con un peculiare procedimento autorizzatorio allo stesso connesso.

Si tratta di misure quantomai necessarie ma che, indubbiamente non esauriscono, né sono assolutamente risolutive delle questioni emerse nel corso della trattazione.

Potrebbe, infatti, palesarsi, in sede di attuazione delle misure, una propensione amministrativa ad adagiarsi sulle stesse, facendo ripiombare il settore pubblico in ataviche situazioni di ritardo e inadeguatezza, anche se, ma si deve essere cauti sul punto, gli atti di indirizzo parrebbero essere diretti ad evitare proprio tale deriva.

Le brevi e preliminari note – in attesa di poter fornire un'analisi dettagliata delle misure adottate – sono percorse dall'auspicio per il quale il bisogno di conoscere, e di converso decidere, non rinneghi il ruolo servente dell'amministrazione, che deve potersi avvalere di supporti offerti

Ripresa e Resilienza e problemi ancora da affrontare, in *Federalismi*, 2022, 7, 103 ss., in part. 122, avverte di non digitalizzare la complicazione, con un monito, per legislatore e amministrazioni, riferito al tema dell'archiviazione dei dati e delle informazioni.

¹⁵⁵ F. LIGUORI, *Il problema amministrativo in trent'anni di fermento normativo: dalla legge sul procedimento del 1990 al decreto semplificazioni del 2020. Una introduzione*, in F. LIGUORI (a cura di), *Il problema amministrativo. Aspetti di una trasformazione tentata*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, 10 ss., 29.

dallo sviluppo, ma senza separare, indebitamente, la funzione dagli uomini che la esercitano.

L'indole pubblica della funzione deve potersi rinvenire e legittimare nell'interesse pubblico, mutevole e instabile, ma in ogni caso immedesimato con la portata democratica del potere; rinunciare all'amministrazione potrebbe, astrattamente, corrispondere a una graduale restaurazione della libertà del cittadino, mentre, al contrario, rischia di condurre, pericolosamente e in modo irreversibile, alla tirannia della tecnica¹⁵⁶.

¹⁵⁶ Si v. N. LETTIERI, *Antigone e gli algoritmi. Appunti per un approccio giusfilosofico*, Mucchi, Modena, 2020, 25, 34.

CONTRIBUTI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO

Collana diretta da

FRANCO GAETANO SCOCA, GUIDO CORSO
MARINA D'ORSOGNA, LOREDANA GIANI, MARIA IMMORDINO, ARISTIDE POLICE,
MARIA ALESSANDRA SANDULLI, MARIO SPASIANO

Sezione Studi e Monografie

1. M. Ragusa, *Porto e poteri pubblici. Una ipotesi sul valore attuale del demanio portuale*, 2017
2. A. Iacopino, *Modelli e strumenti per la valorizzazione dei beni culturali. Spunti di riflessione nella prospettiva del risultato amministrativo*, 2017
3. F. Aperio Bella, *Tra procedimento e processo. Contributo allo studio delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, 2017
4. A. Giannelli, *Concessione di beni e concorrenza. Contributo in tema di compatibilità tra logica pro-concorrenziale e principi di diritto interno in tema di gestione dei beni pubblici*, 2017
5. N. Gullo, *Emergenza criminale e diritto amministrativo, l'amministrazione pubblica dei beni confiscati*, 2017
6. M. Trimarchi, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, 2018
7. C. Miccichè, *Beni comuni: risorse per lo sviluppo sostenibile*, 2018
8. A. Giusti, *La rigenerazione urbana. Temi, questioni e approcci nell'urbanistica di nuova generazione*, 2018
9. C. Celone, *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed Enti locali*, 2018
10. G. Pesce, *Digital First. Amministrazione digitale: genesi, sviluppi, prospettive*, 2018
11. V. Berlingò, *Contributo ad uno studio dell'attività amministrativa interna nelle riforme dell'Italia e della Cina*, 2018
12. C. Feliziani, *Giustizia amministrativa, amministrazione e ordinamenti giuridici. Tra diritto nazionale, diritto dell'Unione europea e Cedu*, 2018
13. N. Posteraro, *Domande manifestamente inaccoglibili e dovere di provvedere*, 2018
14. A. Areddu, *Contributo allo studio degli itinerari culturali*, 2019
15. G. Strazza, *La s.c.i.a. tra semplificazione, liberalizzazione e complicazione*, 2020
16. A. Paire, *Contributo allo studio degli usi civici*, 2020
17. E. Parisi, *Le sospensioni del processo amministrativo*, 2020
18. G. Iacovone, *Decisioni cautelari amministrative*, 2020
19. G. Terracciano, A.M. Colarusso, *L'indizio nella decisione amministrativa*, 2021
20. S. Tranquilli, *Il malum discordiae del potere amministrativo*, 2022
21. V. Brigante, *Garanzie della forma e pubblica amministrazione*, 2022
22. F. Follieri, *Il silenzio nei procedimenti ad iniziativa officiosa*, 2023
23. G. Gargano, *La riserva di procedimento amministrativo*, 2023

Sezione Classici e Nuove Prospettive

1. L. Giani, A. Police (a cura di), *Itinerari interrotti. Il pensiero di Franco Ledda e di Antonio Romano Tassone per una ricostruzione del diritto amministrativo*, 2017
2. L. Giani, M. D'Orsogna, A. Police (a cura di), *Dal diritto dell'emergenza all'emergenza del rischio*, 2018
3. G. Colombini, M. D'Orsogna, L. Giani, A. Police (a cura di), *Infrastrutture di trasporto e sistemi di regolazione e gestione*, 2018