

La forma come garanzia di sostanza “umana”: l’impatto dell’automazione procedimentale sull’art. 21-*octies*, co. 2, della legge n. 241 del 1990

Daniele Diaco

SOMMARIO: 1. L’importanza sistematica dell’art. 21-*octies*, co. 2, della legge sul procedimento. – 2. Sulla natura dell’art. 21-*octies*, co. 2. – 3. *Segue*: le correlate incidenze sul piano probatorio. – 4. Forma e procedimento come garanzia del corretto esercizio della funzione amministrativa. – 5. La portata applicativa dell’art. 21-*octies*, co. 2, nel procedimento automatizzato. – 6. I principi di legalità algoritmica alla prova della dequotazione. – 6.1. La teoria del rafforzamento della legalità procedimentale. – 6.2. La barriera euro-unitaria. – 6.3. Un cambio di prospettiva: la valenza sostanziale e non formale dei principi di legalità algoritmica. – 7. Il peculiare caso del vizio di motivazione. – 8. L’omessa comunicazione di avvio del procedimento automatizzato. – 9. Conclusioni.

1. *L’importanza sistematica dell’art. 21-*octies*, co. 2, della legge sul procedimento*

Tra le disposizioni più dirompenti della l. 241/90, non vi è dubbio che un posto di rilievo spetta all’art. 21-*octies*, co. 2¹.

¹ Il comma è stato introdotto dall’art. 14, co. 1, della legge 11 febbraio 2015, n. 15, recependo precedenti e consolidati indirizzi giurisprudenziali (cfr., *ex plurimis*, Cons. St., Sez. V, 22 maggio 2001, n. 2823, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, 1245): «[n]on è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell’avvio del procedimento qualora l’amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. La disposizione di cui al secondo periodo non si applica al provvedimento adottato in violazione dell’articolo 10-*bis*». La previsione trae origine dal diritto tedesco, in particolare dal par. 46 *VwVfG*, che, però, diversamente dal modello italiano, sembrerebbe andare oltre l’art. 21-*octies*, co. 2, e ricomprendere nel suo alveo anche le decisioni discrezionali, non già solo quelle vincolate: sul punto, E. Schmidt Aßmann, *L’illegittimità degli atti amministrativi per vizi di forma del procedimento e la tutela del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2011, 3, 471 ss.

Le conseguenze che il suo ingresso ha comportato sul piano della teoria generale del diritto amministrativo sono notevoli e ampiamente dibattute².

In primo luogo, l'art. 21-*octies*, co. 2, ha sancito l'abdicazione dell'antico "dogma" secondo cui la violazione di tutte le disposizioni, sostanziali e procedurali, del diritto amministrativo comportava automaticamente l'annullabilità del provvedimento³.

Strettamente connesse sono, poi, le ripercussioni sulla stessa ontologia del processo amministrativo, realizzando, quantomeno per gli atti vincolati, il sugello ultimo al passaggio da una giurisdizione sull'atto a una giurisdizione sul rapporto. Per poter esaminare l'incidenza del vizio formale o procedurale sul contenuto del provvedimento, infatti, il giudice deve compiere una valutazione di carattere sostanziale in ordine alla fondatezza della pretesa (entrando, perciò, nel merito del rapporto amministrativo): laddove riscontri che, palesemente, il contenuto dispositivo del provvedimento privo di vizi non avrebbe potuto essere diverso da quello adottato, egli non procede all'annullamento della decisione amministrativa per i vizi sollevati⁴.

Infine, la norma abbatte la perfetta simmetria tra illegittimità e invalidità del provvedimento amministrativo, configurando ipotesi in cui lo scostamen-

² Non considera, invece, la norma rivoluzionaria B.G. Mattarella, *La nuova legge sul provvedimento amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 5, 480, perché, già prima dell'introduzione dell'articolo in questione, la giurisprudenza aveva elaborato diversi metodi per eludere l'annullamento di provvedimenti contrassegnati da vizi influenti nella sostanza.

³ Sull'imperatività di tutte le norme di diritto pubblico, cfr. Cons. St., Sez. VI, 14 luglio 1999, n. 948, in *Cons. St.*, 1999, I, 1179, per il quale sono «di regola imperative» tutte le norme di diritto pubblico, in particolare quelle concernenti «lo svolgimento procedimentalizzato dei poteri pubblici». Per una riflessione sul problema dell'eccessiva pervasività della normazione amministrativa e la conseguente dilatazione dell'area dell'invalidità degli atti amministrativi, v. V. Cerulli Irelli, *Note critiche in materia di vizi formali degli atti amministrativi*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 1, 187 ss.

⁴ Il che pone – come si approfondirà *infra* – il problema circa la condizione giuridica dell'atto connotato dai vizi formali e procedurali e la qualificazione delle conseguenze discendenti dalla violazione delle relative norme: in particolare, si destreggiano le opposte tesi di chi ritiene che si tratti di vizi minimali, che non inficiano aspetti di legalità sostanziale (cfr. A. Romano Tassone, *Vizi formali e vizi procedurali*, in *GiustAmm.it*, 2006, 6) e chi sostiene sia opportuno distinguere la «non annullabilità» dell'atto dalla relativa validità sostanziale, configurando l'art. 21-*octies*, co. 2, come ipotesi di «invalidità non pronunciata» (L. Ferrara, *I riflessi sulla tutela giurisdizionale dei principi dell'azione amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento: verso il tramonto del processo di legittimità?*, in *Dir. amm.*, 2006, 3, 605 ss.); in quest'ultimo caso, rievocando la distinzione di stampo privatistico tra regole di validità e regole di condotta, i vizi non invalidanti potrebbero determinare, in ogni caso, una qualche forma di responsabilità in capo all'autore: cfr. L. Ferrara, *La partecipazione tra "illegittimità" e "illegalità". Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, in *Dir. amm.*, 2008, 1, 105 ss.; D. Sorace, *Il principio di legalità e i vizi formali dell'atto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 2, 394; D. Corletto, *Vizi "formali" e poteri del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 2, 72. Sulla sussistenza di un potere in capo al giudice di condannare la pubblica amministrazione al risarcimento del danno, senza esercitare i poteri di annullamento, v. G. Greco, *Ampliamento dei poteri cognitori e decisori del giudice amministrativo nella legge 241/1990 e successive modifiche*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Riforma della l. n. 241 del 1990 e processo amministrativo* (supplemento a *Foro amm. T.A.R.*, n. 6/2005), Milano, 2006, 75.

to dalla disciplina procedimentale non provoca automaticamente (secondo una valutazione *ex ante*) l’annullamento del provvedimento stesso⁵.

2. Sulla natura dell’art. 21-octies, co. 2

Effettuate queste brevi riflessioni sulla tenuta della disposizione all’interno del sistema di diritto amministrativo, in questa sede si porrà l’attenzione in merito alle conseguenze teoriche e applicative derivanti dall’introduzione dei moderni strumenti di automazione nel procedimento amministrativo sulla sua natura e sulla sua portata. In particolare, si tenterà di capire se la dequotazione dei vizi formali e procedimentali possa riguardare anche i provvedimenti amministrativi automatizzati e, in caso affermativo, in che termini.

Spostando la lente d’ingrandimento sulla natura dell’art. 21-octies, co. 2, è noto l’annoso dibattito in dottrina e giurisprudenza.

Senza pretesa di esaustività, un primo orientamento ritiene che i vizi formali declinati dall’art. 21-octies, co. 2, rientrerebbero nella categoria delle “irregolarità” degli atti amministrativi, ossia quelle difformità attinenti ad aspetti estrinseci dell’atto e che non intaccano il corretto esercizio della funzione⁶.

Altra tesi, ricalcando il modello processualcivilistico della nullità degli atti processuali, sostiene che la previsione introduca nel sistema amministrativo una norma analoga a quella contenuta nell’art. 156, co. 3, c.p.c., il quale esclude la

⁵ La dottrina, un tempo, infatti, individuava il principio dell’eguale rilevanza dei vizi, sicché qualunque ipotesi di legittimità non avrebbe potuto che comportare l’annullamento del provvedimento: cfr. F. Guarino, *Atti e poteri amministrativi*, Milano, 1994, 237 ss. L’attuale giurisprudenza, piuttosto, incardina sul giudice il dovere di vagliare il contenuto sostanziale del provvedimento «alla luce del caso concreto», non annullandolo aprioristicamente per ragioni meramente formali (v., *ex plurimis*, Cons. St., Sez. III, 13 luglio 2017, n. 2935, in www.giustizia-amministrativa.it). Il nodo da sciogliere è, poi, se, «sancendo la non annullabilità del provvedimento, la legge abbia inteso escludere la possibilità che esso (comunque illegittimo) ed i suoi effetti vengano eliminati dal giudice amministrativo, ovvero si sia spinta a concludere nel senso che l’atto non sarebbe più qualificabile, sul piano sostanziale, come annullabile» (F. Fracchia, M. Occhiena, *Teoria dell’invalidità dell’atto amministrativo e art. 21-octies, l. 241/1990: quando il legislatore non può e non deve*, in *GiustAmm.it*, 2005, 4): è il tema della natura della norma, su cui *infra*, spec. 18 ss.

⁶ Cfr. A. Romano Tassone, *Contributo sul tema della irregolarità degli atti amministrativi*, Torino, 1993; D.U. Galetta, *Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento*, Milano, 2003, 159 ss.; F. Luciani, *Il vizio formale*, cit.; P.M. Vipiana, *Gli atti amministrativi: vizi di legittimità e di merito, cause di nullità ed irregolarità*, Padova, 2003. La principale critica che può rivolgersi – ed è stata rivolta – alla tesi dell’irregolarità concerne la rilevanza della norma violata: svilendo il vizio a mera irregolarità, non è difficile comprendere come la non incidenza dello stesso sull’atto amministrativo derivi già in astratto dall’attività di interpretazione e ricostruzione della *ratio* dispositiva, non essendo, invece, necessaria, come al contrario richiesto dall’art. 21-octies, co. 2, una verifica *ex post* da parte del giudice.

pronuncia di nullità dell'atto processuale laddove quest'ultimo abbia comunque raggiunto il suo scopo⁷.

Infine, le due principali teorie sull'argomento, alle quali occorrerà dedicare qualche riflessione in più, sono, senza subbio, la tesi processualistica e quella sostanzialistica.

Secondo la prima, «la circostanza che il contenuto [del provvedimento amministrativo] non possa essere diverso priva il ricorrente dell'interesse a coltivare un giudizio, da cui non potrebbe ricavare alcuna utilità»⁸.

Si tratta della tesi maggiormente seguita dalla giurisprudenza⁹, ma non per questo esente da obiezioni, poiché il giudice amministrativo, seguendo tale impostazione, nega la tutela al cittadino sulla base non già di circostanze obiettive, ma di una prognosi circa la possibile determinazione successiva della pubblica amministrazione¹⁰. Da qui il timore che l'impostazione seguita produca un'immotivata lesione del diritto alla tutela giurisdizionale di cui agli artt. 24 e 113 Cost¹¹.

Orbene, la solidità di quest'orientamento viene ancor di più ad erodersi nel momento in cui si ha a che fare con vizi di un provvedimento automatizzato. Va, infatti, precisato che la prognosi svolta dal giudice-essere umano non può certo riguardare il "comportamento" della macchina, non essendo di sua assoluta comprensione, quanto piuttosto quello della pubblica amministrazione nella sua

⁷ Cfr. Cons. St., Sez. VI, 2 marzo 2017, n. 990, in *www.giustizia-amministrativa.it*, secondo cui: «[I]a norma di sanatoria dell'art. 21 *octies* (annullabilità del provvedimento) L. n. 241/1990 ha carattere processuale ed è espressione di un principio generale dell'ordinamento, codificato anche dall'art. 156 c.p.c., per cui il raggiungimento dello scopo sana i vizi formali di un atto. Per tal ragione, essa è applicabile come parametro di legittimità anche ai procedimenti svoltisi prima della sua formale introduzione»; negli stessi termini, Cons. St., Sez. VI, 28 gennaio 2016, n. 283, *ibidem*. Si constata, però, che il portato dell'art. 21-*octies*, co. 2, va ben al di là rispetto a quello dell'art. 156, co. 3, c.p.c.: non si tratta, infatti, di verificare che la norma violata con riferimento a un certo atto abbia comunque raggiunto il suo scopo, quanto, piuttosto, che, nonostante la sua violazione, il contenuto dell'atto non avrebbe potuto essere diverso da quello concretamente adottato.

⁸ Cons. St., Sez. VI, 16 maggio 2006, n. 2763, in *Urb. e app.*, 2006, 7, 861.

⁹ *Ex multis*, Cons. St., Sez. III, 24 novembre 2022, n. 10353, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

¹⁰ Così F. Follieri, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, Padova, 2016, 405: «bisogna immaginare un ipotetico corso della realtà che differisce da quello effettivo solo per il fatto che l'amministrazione ha tenuto il comportamento imposto dalla norma formale o procedimentale violata e per ciò che ne consegue»; allo stesso modo, E. Follieri, *L'annullabilità del provvedimento amministrativo*, in *Urb. e app.*, 2005, 6, 625 ss.; F. Volpe, *La non annullabilità dei provvedimenti amministrativi illegittimi*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 2, 327 ss.

¹¹ Si veda G. Farina, *L'art. 21-octies della nuova legge 241/1990: la codificazione della mera irregolarità del provvedimento amministrativo*, in *www.lexitalia.it*, 2005, 9. I dubbi di incostituzionalità vengono superati dalla dottrina tradizionale sulla base di due argomenti: da un lato, insistendo sulla mancanza di un interesse del privato meritevole di tutela o, comunque, sull'impossibilità, pur sussistendo, di soddisfarlo mediante una sentenza di annullamento, che comunque non garantirebbe la spettanza del bene finale (L. Ferrara, *I riflessi sulla tutela giurisdizionale*, cit., *passim*, spec. 604); dall'altro, sviluppando un'interpretazione degli artt. 24 e 113 Cost. coerente con il principio di ragionevolezza, si da ritenere legittima l'esclusione dell'annullamento laddove i vizi riscontrati appaiano irrilevanti rispetto al contenuto dispositivo del provvedimento (G. Morbidelli, *Invaldità e irregolarità*, in *Annuario AIPDA 2002*, Milano, 2003, 99).

umana composizione¹². In sostanza, secondo la ricostruzione che qui si sta discutendo, riscontrato l'errore formale o procedurale, il giudice dovrebbe chiedersi cosa l'amministrazione umana (e non già la macchina) avrebbe fatto in assenza di quel vizio. Non potendo, infatti, prevedere le azioni degli attuali strumenti di automazione, specie se di *machine-learning* o di *deep-learning*, al giudice non rimarrebbe altro che operare un salto mentale, in cui tornerebbe ad essere protagonista la pubblica amministrazione umana: una previsione, insomma, ancor meno certa di quanto già non lo sia utilizzando *ab initio* il metodo tradizionale, perché riguarderebbe la probabile azione di un apparato “fisico” in risposta a irregolarità dell'apparato “digitale”.

Si può, allora, escludere con assoluta sicurezza che manchi l'interesse a ricorrere? Piuttosto, si ritiene opportuno riconsiderare la natura giuridica della norma, approdando alla c.d. tesi sostanzialistica¹³, sulla base della quale il comma 2 della disposizione in esame contribuirebbe a specificare il significato della formula “violazione di legge”, presente nel comma 1, determinando un'ipotesi di giustizia della decisione pur in presenza di un provvedimento illegittimo¹⁴.

La dottrina ha, al riguardo, enunciato l'insorgere di una nuova categoria di vizio: la c.d. “mera illegittimità”, diversa tanto dall'annullabilità, stante la giustizia del contenuto dispositivo dell'atto, quanto dall'irregolarità, essendo comunque relativa alla violazione di regole primarie di garanzia dei diritti del cittadino nel rapporto autorità-libertà¹⁵.

Sul piano applicativo, queste riflessioni contribuiscono, altresì, a risolvere un altro tema, strettamente connesso a quello della natura giuridica: la risarcibilità del danno.

In astratto, se si adottasse la tesi processualistica e, dunque, si ritenesse che il provvedimento sia invalido, ma non annullabile, potrebbe ammettersi la sussistenza di un danno derivante dall'illegittimità provvedimentoale; diversamente,

¹² Il tema, fortemente sentito soprattutto quando si ha a che fare con l'Intelligenza Artificiale (IA), è connesso a quello dell'opacità, cui prima si è fatto cenno. Lo stesso Libro bianco sull'Intelligenza Artificiale al servizio del cittadino sottolinea che «a causa della mancanza di trasparenza (opacità dell'IA) è difficile individuare e dimostrare eventuali violazioni delle disposizioni normative (comprese quelle che tutelano i diritti fondamentali)» (in *ia.italia.it*, Versione 1.0, marzo 2018, 15). Se questo è vero, ancor più difficile è dimostrare quanto necessario per l'applicazione dell'art. 21-*octies*, co. 2.

¹³ Cons. St., Sez. V, 20 marzo 2007, n. 1307, in *Foro Amm. CdS*, 2007, 3, 912 ss.

¹⁴ Neanche questa tesi è esente da obiezioni: se è vero che il comma sembra porsi in linea di perfetta continuità con il primo (che – com'è noto – descrive un profilo sostanziale), è da considerare anche che tanto il primo quanto il secondo periodo della disposizione si occupano altresì delle regole di ripartizione dell'onere della prova (profilo meramente processuale).

¹⁵ M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2019, 213.

accogliendo la tesi sostanzialistica, il provvedimento sarebbe legittimo già sul piano sostanziale, precludendosi, dunque, l'esistenza di un danno risarcibile¹⁶.

In realtà, anche adottando la tesi sostanzialistica, è possibile ipotizzare una tutela risarcitoria partendo da un'altra prospettiva. Quando l'amministrazione ricorre a uno strumento informatico per automatizzare un procedimento, trasla la fiducia che il cittadino ripone in essa sulla macchina: ne consegue che quei pochi vizi formali del procedimento automatizzato suscettibili di dequotazione *ex art. 21-octies*, co. 2, seppur non invalidanti, determinano comunque una violazione, quantomeno, della buona fede nei rapporti amministrazione-cittadino, aggravata dall'affidamento che la prima ha riposto nel sistema informatico¹⁷, con ciò giustificando la risarcibilità del danno¹⁸.

3. Segue: le correlate incidenze sul piano probatorio

Chiuso il tema della natura, non si può non effettuare qualche cenno sul problema probatorio, tanto nel primo quanto nel secondo alinea della disposizione in commento.

Partendo dal primo, la questione è se l'art. 21-*octies*, co. 2, debba entrare in giudizio in via di eccezione o all'interno del ricorso¹⁹.

In quest'ultimo caso, il rischio potrebbe essere, infatti, quello di addossare sul privato un onere eccessivamente gravoso, una vera e propria *probatio diaboli-ca, a fortiori* per le decisioni automatizzate, ove si è in presenza di un sistema di cui, per ovvie ragioni, non si hanno informazioni dettagliate né necessariamente competenze idonee per comprenderne il funzionamento.

¹⁶ In vero, anche adottando la tesi processualistica, si hanno seri dubbi, in dottrina, circa la configurabilità di una tutela risarcitoria, non già per l'insussistenza dell'annullamento dell'atto, quanto per l'inconfigurabilità dell'ingiustizia del danno: «infatti, una volta che risulti palese (mercè il carattere vincolato del provvedimento lesivo di cui alla norma più volte menzionata) che il contenuto dispositivo del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, ne risulta escluso – per così dire – ‘a monte’ lo stesso carattere di ingiustizia, intesa come contrarietà *sostanziale* al diritto obiettivo, concretantesi nell'adozione di un atto non conforme, nella sua parte dispositiva, al proprio paradigma normativo» (C. Contessa, *La previsione di ipotesi di “illegittimità non invalidante” fra pregiudiziale e logica della spettanza*, in *GiustAmm.it*, 2005, 4, 4). M. Clarich, *op. ult. cit.*, 214, sostiene che, pur non potendo percorrere la strada della tutela risarcitoria, si potrebbe ipotizzare «una responsabilità di tipo disciplinare nei confronti del funzionario al quale sia imputabile la violazione formale o procedurale riscontrata»; ancora «[d]e *jure condendo*, potrebbe essere valutata l'opportunità di introdurre una sanzione di tipo pecuniario a carico dell'amministrazione, analogamente a quanto già dispone il Codice del processo amministrativo in materia di contratti pubblici».

¹⁷ Per approfondire, G. Pesce, *Funzione amministrativa, intelligenza artificiale e blockchain*, Napoli, 2021, 116 ss.

¹⁸ Viene, infatti, violata una norma d'azione: l'art. 1, co. 2-*bis*, della l. n. 241/1990.

¹⁹ La giurisprudenza, sul punto, è altalenante, e, alle volte, riconosce finanche un potere officioso del giudice: Cons. St., Sez. V, n. 1307/2007, cit.

Sembrirebbe più logico, al contrario, far ricadere l'onere sull'amministrazione, in via d'eccezione, essendo quest'ultima a scegliere di dotarsi di uno strumento informatico e, quindi, maggiormente in grado di sondarne le caratteristiche tecniche. In questo modo, oltretutto, già in sede difensiva, l'amministrazione umana darebbe modo di confrontarsi con la propria controparte digitale, facilitando il successivo lavoro “prognostico” del giudice, tutt'altro che scontato.

Il secondo inciso dell'art. 21-*octies*, co. 2, invece, semplifica la questione, individuando nell'amministrazione il soggetto competente a introdurre la norma mediante formulazione di un'apposita eccezione, sul cui concreto contenuto, però, non v'è unanimità di opinioni.

Secondo una tesi, infatti, la pubblica amministrazione dovrebbe dimostrare l'impraticabilità assoluta di soluzioni diverse prospettabili dal privato²⁰; altro orientamento, invece, esige dal ricorrente un'indicazione concreta, in sede di ricorso, circa l'apporto che avrebbe potuto esercitare nel rispetto delle forme per indirizzare a suo favore l'azione amministrativa. La parte pubblica avrebbe poi semplicemente l'onere di dimostrare l'ininfluenza dell'apporto specifico che il ricorrente sostiene che avrebbe potuto rendere, se messo in condizione di partecipare al procedimento²¹.

Giustamente, in dottrina è stato notato che il trasferimento della prova dell'utilità della partecipazione in capo al privato, da un lato, consente di constatare che, almeno per una certa giurisprudenza, l'omessa comunicazione di avvio del procedimento sarebbe priva di un rilievo autonomo invalidante e, dall'altro, introdurrebbe sul singolo una prova molto più gravosa di quella che eventualmente sarebbe richiesta all'amministrazione seguendo il primo orientamento²².

Spostando le suddette riflessioni sul piano del procedimento automatizzato, è di immediata comprensione che incardinare un simile onere sul ricorrente sarebbe oltremodo iniquo, non avendo questi la possibilità di comprendere appieno il funzionamento del *software*: ancora una volta, una *probatio diabolica*, del tutto ingiustificata e *contra legem*, atteso che, chiaramente, l'art. 21-*octies*, co.

²⁰ Così, Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 26 luglio 2006, n. 440, in *www.giustizia-amministrativa.it*: «la dimostrazione che l'Amministrazione è onerata di fornire in giudizio circa il fatto che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato non può essere intesa come limitata alla mera illegittimità dell'atto emanato, ma dovrebbe spingersi a dimostrare che in nessun caso sarebbe stato materialmente possibile adottare un atto di contenuto diverso». Oltretutto, secondo questo filone giurisprudenziale, non basta asserire l'impossibilità di adottare un provvedimento di contenuto diverso, ma si richiede una «prova particolarmente rigorosa»: Cons. St., Sez. VI, 7 luglio 2006, n. 4307.

²¹ *Ex plurimis*, Cons. St., Sez. III, 7 aprile 2021, n. 2809, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Campania-Salerno, Sez. II, 13 aprile 2022, n. 993, *ibidem*; T.A.R. Sicilia-Palermo, Sez. III, 27 marzo 2023, n. 1002, *ibidem*. Sul punto, per una critica, v. F. Saitta, *Omessa comunicazione dell'avvio del procedimento: il lupo perde il pelo, ma non il vizio (ovvero “in claris... fit interpretatio”)*, in *GiustAmm.it*, 2009, 1; Id., *Art. 21-*octies*, comma 2, della legge n. 241 del 1990; ecco perché si finisce per “rimpiangere il passato”*, in *ivi*, 2008, 5.

²² F. Saitta, *op. cit.*, 2.

2, nel secondo paragrafo, pone l'*onus probandi* in capo all'amministrazione e non già al cittadino (è il caso, allora, di ammettere che *in claris... fit interpretatio*²³).

4. *Forma e procedimento come garanzia del corretto esercizio della funzione amministrativa*

Passando, adesso, ad esaminare la portata concreta dell'art. 21-*octies*, co. 2, a seguito dell'avvento delle decisioni automatizzate, occorre partire da una preventiva analisi della disposizione nei procedimenti tradizionali.

L'attenzione sarà rivolta, principalmente, al primo alinea dell'articolo, atteso che la mancata comunicazione d'avvio del procedimento – oggetto del secondo capoverso – riveste, comunque, la qualifica più generale di vizio formale.

Nello specifico, la disposizione normativa effettua una netta distinzione tra vizi sostanziali e vizi di forma e di procedimento²⁴, ponendo i primi in una posizione sovraordinata ai secondi.

Il rischio discendente da quest'impostazione gerarchica è lapalissiano e si sostanzia nella possibile svalutazione dei requisiti di forma e delle garanzie del procedimento amministrativo, definiti dalla l. 241/1990 (e non solo), tanto da renderne del tutto inutile la predisposizione in appositi testi normativi²⁵.

Allo stesso modo, un'altra importante conseguenza dell'articolo in commento si ravvisa nella necessità di rivedere il significato e la portata delle cc.dd. norme d'azione²⁶.

²³ F. Saitta, *ibidem*; Id., *Interprete senza spartito? Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo*, Napoli, 2023, 488-491.

²⁴ Entrambe le categorie possono essere ricondotte alla più generica formula di "vizi formali". Per una definizione delle due tipologie di vizio, v. D. Sorace, *Il principio di legalità*, cit., 389-390: i vizi di forma si ricollegano a norme che stabiliscono «con quale veste e secondo quali modalità la decisione deve apparire, essere manifestata»; i vizi procedurali, invece, concernono «le norme che stabiliscono quali atti ed in quale relazione reciproca sono necessari a tal fine».

²⁵ Parte della giurisprudenza aveva, in effetti, sollevato la questione in relazione, principalmente, all'obbligo di comunicazione d'avvio del procedimento, in particolare sostenendo che lo stesso fosse «subordinato alla condizione che dalla comunicazione [potesse] conseguire, attraverso la partecipazione del privato al relativo procedimento, una qualche utilità all'azione amministrativa sotto forma d'arricchimento del contenuto conoscitivo delle fonti di prova o di diverse prospettazioni degli interessi coinvolti»: così TAR Calabria-Reggio Calabria, 12 ottobre 2000, n. 1662.

²⁶ Sull'opposizione tra norme d'azione e norme di relazione, v. E. Guicciardi, *Concetti tradizionali e principi ricostruttivi nella giustizia amministrativa*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1937, 51 ss.; Id., *Giustizia amministrativa*, Padova, 1957, 9 ss.; A. Romano, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975, 33 ss.; più recentemente, F. Volpe, *Norme di relazione, norme d'azione e sistema italiano di giustizia amministrativa*, Padova, 2004, 12 ss., secondo cui le norme di relazione si limitano a costituire un potere in capo a un soggetto, attribuendo ad esso la capacità di produrre effetti giuridici, mentre le norme d'azione disciplinano in modo dinamico il modo con cui il potere viene esercitato.

Notoriamente, queste ultime hanno la funzione di determinare in dettaglio l'esercizio del potere riconosciuto dalla legge, sicché gli ordinari vizi di legittimità (violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere) conseguono alla loro violazione²⁷.

È evidente, tuttavia, alla luce dell'art. 21-*octies*, co. 2, che non tutte le violazioni delle norme d'azione costituiscono il presupposto per l'annullamento, in sede giurisdizionale, del provvedimento amministrativo²⁸: qualora la violazione di una di queste norme si sostanzia in un vizio formale, infatti, il provvedimento vincolato, che non avrebbe potuto avere contenuto diverso da quello in concreto adottato, non potrà essere annullato²⁹. Ne discende un ridimensionamento dello stesso principio di legalità.

La dottrina, in merito, si è attestata su fronti opposti: da un lato, valorizzando più l'incidenza dei vizi sul contenuto del provvedimento rispetto al «monopolio della legalità delle forme», secondo una logica fondata sui principi di efficienza e di risultato³⁰; dall'altro, escludendo che esigenze fondate su questi ultimi principi possano essere poste sul medesimo piano della legalità³¹.

Il pericolo avvertito dai sostenitori di questo secondo orientamento, sostanzialmente, è quello di finire per svuotare di senso il procedimento come «forma

²⁷ E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, XXIII ed., Milano, 2021, 498.

²⁸ E. Casetta, *op. cit.*, 326, secondo cui l'art. 21-*octies*, co. 2, «dequota la rilevanza di alcune norme sull'azione amministrativa».

²⁹ L'art. 21-*octies*, co. 2, esprime limpidamente la duplice finalità sottostante alle norme d'azione, le quali non necessariamente si pongono a tutela del solo interesse pubblico, ma anche eventuali interessi privati, purché, però, vi sia, «oltre all'obbligo, anche un presupposto dovere che proteggendo un diverso interesse pubblico spinga la pubblica amministrazione ad un'azione coincidente con quella pretesa dal privato»: F. Volpe, *op. cit.*, 340. Nei casi di applicabilità del 21-*octies*, co. 2, l'interesse privato sotteso alle norme di forma e di procedimento non potrebbe comunque trovare tutela, stante l'indiscutibilità del contenuto decisorio finale dell'amministrazione, sicché quelle norme non possono che cedere il passo al prioritario interesse pubblico discendente dal principio di buon andamento della pubblica amministrazione, il quale sarebbe inevitabilmente violato qualora si consentisse la riedizione di un potere che finirebbe per estrinsecarsi nelle medesime modalità, pur nel rispetto della singola norma precedentemente violata.

³⁰ F. Luciani, *L'annullabilità degli atti amministrativi*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, 381 e 384; S. Cognetti, “Qualità” e “quantità” della partecipazione. Tutela procedimentale e legittimazione processuale, Milano, 2000, 71; v., altresì, A. Romano Tassone, *Osservazioni su invalidità e irregolarità degli atti amministrativi*, in *Annuario AIPDA 2002*, Milano, 2003, 103, secondo cui l'esigenza del risultato in via preordinante rispetto alla forma rientrerebbe nel nuovo e mutato «quadro delle aspettative sociali nei confronti dell'amministrazione», evidenziando la «fondamentale discrasia ed inadeguatezza di una disciplina dell'invalidità calibrata sulla pura illegalità del provvedimento»; nonché F. Mangano, *Principio di legalità e semplificazione dell'azione amministrativa*, Napoli, 2000, 181 ss., che ha ben precisato come non sempre il rispetto delle regole, sul piano formale, garantisce una decisione adeguata rispetto al bene giuridico tutelato dall'ordinamento, ammettendo il “declassamento” ogniqualvolta il vizio formale non incida sul contenuto sostanziale del provvedimento.

³¹ In questi termini, cfr. F. Satta, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova, 1969, 120, secondo cui il principio di efficacia, o di risultato, diversamente dal principio di legalità, non esprimerebbe un valore sociale condiviso, quanto un elemento di ordine economico; negli stessi termini, altresì, F. Ledda, *Dal principio di legalità al principio d'infallibilità dell'amministrazione*, in *Foro amm.*, 1997, 3307; S. Perongini, *Principio di legalità e risultato amministrativo*, in M. Immordino, A. Police (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati* (Atti del Convegno di Palermo, 27-28 febbraio 2003), Torino, 2004, 44 ss.

della funzione» amministrativa³²: se è vero, infatti, che l'amministrazione è preordinata al raggiungimento di determinati fini, è altrettanto vero che essa è chiamata a farlo nel rispetto di precisi vincoli³³. In altri termini, nell'ottica del principio di legalità, le garanzie formali posseggono un medesimo livello di rilevanza di quelle sostanziali e s'inseriscono nella corretta definizione degli interessi in conflitto all'interno della norma attributiva del potere, ragion per cui non può ottenersi un risultato conforme all'interesse pubblico che sia del tutto avulso dalle regole di forma previste per l'esercizio dell'azione diretta al suo conseguimento³⁴.

Si tratta, certo, di critiche pertinenti, che mettono in risalto il rischio conseguente di sacrificare il principio di certezza del diritto «sull'altare dell'antiformalismo»³⁵; allo stesso tempo, la loro pregnanza si affievolisce per il ristretto ambito applicativo della disposizione (sebbene non del tutto pacifico)³⁶, nonché in quanto la dequotazione, più correttamente, si deve ritenere operativa solo con riferimento a quei «difetti procedurali che non abbiano alterato i valori e l'andamento di un *iter*

³² F. Benvenuti, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1953, 118 ss., spec. 123.

³³ G. Corso, *Manuale di diritto amministrativo*, IX ed., Torino, 2020, 378.

³⁴ Si vedano le due anime del procedimento amministrativo, garantista ed efficientista, secondo E. Casetta, *La difficoltà di semplificare*, in *Dir. amm.*, 1998, 3-4, 345 ss., spec. 351; sul tema, *amplius*, M.A. Sandulli, *Semplificazione amministrativa e amministrazione di risultati*, in M. Immordino, A. Police, *op. cit.*, 233; F. Fracchia, M. Occhiena, *Articolo 21 octies, comma 2*, in N. Paolantonio, A. Police, A. Zito (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Torino, 2006, 639.

³⁵ D. De Carolis, *La "forma" e la "sostanza" della comunicazione di avvio del procedimento*, in S. Civitarese Matteucci, G. Gardini (a cura di), *Dal procedimento amministrativo all'azione amministrativa*, Bologna, 2004; F. Fracchia, M. Occhiena, *op. cit.*, 619.

³⁶ Ad esempio, la giurisprudenza amministrativa ha applicato l'art. 21-octies, co. 2, primo alinea, in relazione alla mancata acquisizione di pareri o valutazioni tecniche: v., *ex multis*, Cons. St., Sez. VI, 21 settembre 2010, n. 7007, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Sez. IV, 31 luglio 2014, n. 4043, *ibidem*; Cons. Giust. Amm. Reg. sic., 24 gennaio 2022, n. 116, *ibidem*. Ancora, un altro vizio per il quale la giurisprudenza ha provveduto ad applicare l'istituto in questione è quello dell'incompetenza relativa: *ex plurimis*, Cons. St., Sez. III, 13 maggio 2020, n. 3046, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. St., Sez. VI, 18 ottobre 2022, n. 8846, *ibidem*, che qualifica il vizio come di organizzazione; T.A.R. Campania-Napoli, Sez. VII, 10 marzo 2022, n. 1614, *ibidem*; *contra*, Cons. St., Sez. IV, 31 agosto 2023, n. 8099, *ibidem*, secondo cui «[I]e norme sulla competenza non possono essere incluse tra quelle sul procedimento amministrativo o sulla forma degli atti giacché, nel comma 1 dell'art. 21 octies, si è inteso fare riferimento alla classica tripartizione dei vizi di legittimità dell'atto amministrativo, in base alla quale la violazione delle norme sulla competenza configura il vizio di incompetenza, mentre la violazione delle norme sul procedimento o sulla forma rientra nell'ambito più generale della violazione di legge». Un altro settore travagliato di applicazione dell'art. 21-octies, co. 2, riguarda il preavviso di rigetto: secondo l'orientamento da ultimo emerso in giurisprudenza, la mancanza del preavviso non comporta l'annullamento del provvedimento laddove si tratti di attività vincolata: v., *ex multis*, Cons. St., Sez. III, 24 ottobre 2016, n. 4452, *ibidem*; Sez. IV, 10 febbraio 2020, n. 1001 e 20 gennaio 2021, n. 594, *ibidem*; Sez. II, 1° settembre 2021, n. 6166 e 2 febbraio 2022, n. 711, *ibidem*. Per le applicazioni della disposizione in presenza di vizio di motivazione e omessa comunicazione di avvio del procedimento, v. *infra*, par. 5-6.

istruttorio già funzionalmente corretto», poiché solo questi ultimi non mortificherebbero «i valori sottostanti alla prescrizione violata»³⁷.

Da ultimo, il rilievo dell'elemento formale può desumersi anche da un'ulteriore constatazione: non è affatto detto che la sussistenza di un vizio del provvedimento sia automaticamente causa di annullabilità di quest'ultimo, e ciò a prescindere dall'applicazione dell'art. 21-*octies*, co. 2.

La forma, infatti, riveste, in alcune circostanze, la qualifica di carattere essenziale dell'atto e del provvedimento amministrativo: in questi casi è la legge stessa a prevederla a pena di nullità *ex art. 21-septies*³⁸.

Ciò conferma che l'art. 21-*octies*, co. 2, non può essere interpretato nel senso di bypassare *tout court* l'elemento formale o, ancor peggio, i canoni procedurali: il procedimento costituisce, come si è già detto, il canale di manifestazione della funzione amministrativa e la forma, se prevista, ha un evidente scopo di tutela di interessi bilanciati all'interno con quello pubblico perseguito dalla norma attributiva del potere. Insomma, entrambi costituiscono dei limiti all'esercizio del potere amministrativo, impedendo che lo stesso sfoci nell'arbitrio e, piuttosto, favorendo la sua riconduzione nell'alveo della legalità³⁹.

Una lettura squisitamente antiformalistica finirebbe per rendere non più giustificabile la situazione di potere che la pubblica amministrazione innatamente possiede ed esercita per il benessere dei cittadini⁴⁰.

³⁷ P. Lazzara, *Annullabilità del provvedimento*, in A. Romano *et al.*, *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, 852.

³⁸ Si pensi agli accordi *ex art. 11* della l. n. 241/1990, per i quali è espressamente prevista la forma scritta a pena di nullità. In generale, nonostante la dottrina sostenga la vigenza, nel diritto amministrativo, del principio di libertà delle forme, esso è limitato a quei pochi casi in cui la legge non prescrive una forma (di qualunque genere): E. Casetta, *op. cit.*, 483.

³⁹ Si considerino le parole di R. Von Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel, Leipzig, II.2, § 45, 471, secondo cui la forma è da considerare «nemica giurata dell'arbitrio e sorella gemella della libertà».

⁴⁰ Interessantissime riflessioni vengono poste da S. Civitarese Matteucci, *La forma presa sul serio*, Torino, 2006, che, in particolare, sottolinea come non si possa rinunciare alla dimensione formale del diritto; anzi, può dirsi che il ragionamento giuridico si differenzia «da altri ragionamenti pratici per il fatto di incontrare limitazioni legali rispetto alle ragioni che possono essere addotte a giustificazione di una determinata scelta» (97). Pur tuttavia, l'A. ritiene che il procedimento abbia una rilevanza preponderante quando si elabora una decisione «secondo la funzione» (espressione con la quale egli indica la discrezionalità), meno pregnante, invece, quando la stessa viene adottata «secondo la regola» (ossia, sia vincolata): in questi ultimi casi, la procedura non è inutile (208), ma è discutibile se la violazione di quelle norme debba essere posta sul piano della validità o se, piuttosto, a queste ultime debba essere riconosciuta una «valenza 'interna' (proprio come le regole procedurali di una organizzazione privata) o comunque riferita ad un ordinamento normativo distinto da quello generale» (211).

5. *La portata applicativa dell'art. 21-octies, co. 2, nel procedimento automatizzato*

Le precedenti riflessioni valgono con ancor più forza nel caso in cui si abbia davanti un provvedimento adottato mediante strumenti di automazione⁴¹.

Per prima cosa, è necessario chiarire se vi sia o meno il rischio, sul piano del campo applicativo, della dequotazione *ex art. 21-octies, co. 2*, anche laddove il procedimento sia connotato dalle elaborazioni della macchina su più livelli.

Al riguardo, è doveroso distinguere le ipotesi di automazione completa da quelle di automazione parziale.

In quest'ultimo caso, infatti, si estenderanno pacificamente ai procedimenti in esame le medesime riflessioni che ordinariamente concernono i procedimenti tradizionali, di matrice totalmente umana; in aggiunta, bisognerà verificare la rispondenza del meccanismo di automazione al canone della conoscibilità⁴².

L'automazione completa, che postula inevitabilmente una forma di decisione da parte della macchina, richiede, invece, qualche osservazione in più.

Il nostro sistema amministrativo, nella sua attuale configurazione, non contempla astrattamente la possibilità di un'automazione completa, poiché, sotto l'operatività del principio di non esclusività (sul quale si dirà più approfonditamente *infra*), nessun procedimento può essere retto dalla sola macchina⁴³.

Epperò, pur condividendo quest'impostazione, si ritiene comunque possibile distinguere tra procedimenti parzialmente automatizzati, dove l'automazione interviene solamente o nella fase dell'iniziativa o in quella dell'istruttoria, e procedimenti con decisione automatizzata, in cui il provvedimento è, in effetti, ela-

⁴¹ Sul tema, al giorno d'oggi, la letteratura è sterminata: per tutti, L. Torchia, *Lo Stato digitale*, Bologna, 2020; G. Avanzini, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici*, Napoli, 2019. Sul tema del rapporto tra forma e provvedimento automatizzato, V. Brigante, *Garanzie della forma e pubblica amministrazione*, Napoli, 2020, 247 ss., nel quale, in particolare, l'A. mette in guardia dal rischio di una «rinuncia consapevole alla legalità e alla forma per accedere a incerti, ma ad oggi irrealizzati, vantaggi in termini di efficienza amministrativa».

⁴² Si vedrà *infra*, infatti, che i vizi discendenti dalla violazione di uno dei tre principi di legalità algoritmica resistono alla dequotazione dell'art. 21-octies, co. 2. Tuttavia, nell'ipotesi di automazione parziale, il tema si pone solo con riguardo all'eventuale violazione del principio di conoscibilità/comprendibilità. Ha, invece, meno rilievo interrogarsi sui vizi che determinino una discriminazione, essendo chiaramente risalenti alla programmazione sul piano sostanziale. Non si pone, infine, il problema del principio di non esclusività, perché il procedimento ad automazione parziale è nel pieno dominio del responsabile-funziionario amministrativo.

⁴³ Sul punto, G. Avanzini, *Decisioni amministrative*, cit., 130: «nessuna decisione è mai completamente automatizzata; quelle definite come tali escludono l'intervento umano nella fase conclusiva relativa all'adozione materiale del provvedimento. Tuttavia anche questa forma di decisione presuppone un intervento umano sia a monte che a valle»; nonché, *amplius*, G. Gallone, *Digitalizzazione, amministrazione e persona: per una "riserva di umanità" tra spunti codicistici di teoria giuridica dell'automazione*, in *Pers. e Amm.*, n. 2023, 1, 373-374, secondo il quale sarebbe finanche sbagliato parlare di "decisione automatizzata", in primo luogo perché sarebbe contraddittorio sul piano logico, prima ancora che giuridico, parlare di una decisione che poi venga sottoposta a "validazione" da un funzionario umano; ancora, perché striderebbe con quell'impostazione dogmatica «che vuole l'algoritmo come mero *instrumentum* incapace di esprimere un'autentica decisione in senso giuridico».

borato dalla macchina, mentre il controllo umano avviene in una diversa fase del procedimento amministrativo, che è quella dell'integrazione dell'efficacia⁴⁴.

Altro tema al quale non si può non accennare brevemente, sia pur solo per richiamarne le conclusioni, concerne il dibattito circa l'utilizzo degli strumenti di automazione nelle attività amministrative vincolate e discrezionali.

La giurisprudenza e la dottrina più risalenti riconoscevano la possibilità di automatizzare la sola azione vincolata⁴⁵. Ciò, prim'ancora che ad argomenti giuridici, era probabilmente dovuto ai limiti tecnici degli strumenti utilizzabili all'epoca, fondati sulla semplice logica dell'*if...then*, e, quindi, incapaci di operare valutazioni discrezionali, che di per sé postulano un'ampiezza di significato, non pienamente riconducibile ad un meccanismo consequenziale⁴⁶.

Una prima apertura giurisprudenziale vi è stata con una celeberrima pronuncia del Consiglio di Stato⁴⁷, la quale, seppur in principio riconosca che la discrezionalità non possa essere integralmente demandata a un *software*, in realtà prevede che essa possa essere esercitata dalla pubblica amministrazione (e non già, quindi, dal *software*) in una fase antecedente allo stesso avvio del procedimento, ossia al momento della programmazione della macchina: è la c.d. teoria della discrezionalità *ex ante*⁴⁸.

Come giustamente evidenziato, essa poggia sull'implicito assunto «che ogni fattispecie sia predeterminabile e prevedibile *a priori*, come se il sistema informatico operasse in uno spazio finito di cui fosse ipotizzabile ogni possibile variante»; il che, di fatto, riduce l'applicabilità della stessa alle sole fattispecie procedi-

⁴⁴ Si è, invece, meno propensi ad accogliere la tesi che, al riguardo, valorizza l'art. 6, co. 1, lett. e), della l. n. 241/1990: cfr. R. Rolli, M. D'Ambrosio, *La necessaria lettura antropocentrica della rivoluzione 4.0*, in *Pers. e Amm.*, 2021, 1, 590; G. Gallone, *Digitalizzazione*, cit., 352; Id., *Riserva di umanità e funzioni amministrative*, Milano, 2023, 169 ss. Ritenere applicabile, nel caso di specie, la struttura dell'art. 6, co. 1, lett. e), implicherebbe immaginare l'utilizzo della macchina per i soli fini istruttori (automazione parziale), ossia per l'accertamento dei fatti e l'acquisizione degli interessi; al contrario, gli attuali strumenti digitali sono in grado di compiere un passo ulteriore, che è quello di offrire una valutazione e rendere, quindi, un concreto risultato alla luce dell'istruttoria condotta (funzione decisoria). Diverso è il discorso – che qui si può solo accennare – con riferimento alle attività amministrative connesse al ciclo di vita dei contratti pubblici, ove il meccanismo procedimentale, del tutto peculiare, si connota per la compresenza di una proposta di aggiudicazione, atto endoprocedimentale privo di valore decisorio, e l'aggiudicazione vera e propria, ossia il provvedimento definitivo (con carattere decisorio). In tale settore, la struttura del procedimento – che non è quella di cui alla l. n. 241/1990 generalmente applicabile – sembrerebbe avvalorare la tesi circa l'arretramento della soluzione automatica alla soglia della proposta di aggiudicazione, lasciando al competente organo (di composizione umana) la definitiva decisione sull'affidamento o meno dell'opera, del servizio o della fornitura.

⁴⁵ Per tutti, S. Civitaresse Matteucci, L. Torchia, *La tecnificazione dell'amministrazione*, in S. Civitaresse Matteucci, L. Torchia, *La tecnificazione*, Firenze, 2016, 7 ss.

⁴⁶ G. Avanzini, *Intelligenza artificiale e discrezionalità*, in *Annuario AIPDA 2022*, Napoli, 2023, 131.

⁴⁷ Cons. St., Sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁴⁸ Il padre fondatore di questo nuovo modo di concepire il procedimento automatizzato è, senza dubbio alcuno, A. Masucci, *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie*, Torino, 2011, 82-85.

mentali caratterizzate «da un basso tasso di discrezionalità o la cui discrezionalità possa esaurirsi»⁴⁹.

Da ultimo, l'intervento, sempre più imponente, delle tecnologie di *machine-learning* e *deep-learning*, unitamente al superamento della mera logica causale, ha sfondato definitivamente la barriera giurisprudenziale della limitazione aprioristica ai procedimenti discrezionali. Ecco, allora, che «anche l'attività discrezionale, ed in specie tecnica, può in astratto beneficiare delle efficienze e dei vantaggi offerti dagli strumenti stessi»⁵⁰.

Un'indagine più accurata di quest'ultima giurisprudenza, tuttavia, rivela delle difficoltà notevoli nella combinazione di un'automazione integrale (nei termini che abbiamo chiarito *supra*) e procedimenti discrezionali, sicché, alla fine, sembra proprio che la valutazione debba essere compiuta caso per caso.

Non essendo questa la sede per approfondire il tema⁵¹, ai fini che più interessano, invece, possiamo concludere che la giurisprudenza attuale pacificamente concorda sull'uso dell'automazione integrale non solo nei procedimenti vincolati, ma anche in quelli a bassa discrezionalità o a discrezionalità tecnica⁵², secondo il modello della discrezionalità *ex ante*.

Delineato il perimetro applicativo dell'automazione procedimentale, occorre adesso individuare i punti di contatto con quello dell'art. 21-*octies*, co. 2.

Partendo dal primo alinea, sono noti i dibattiti circa la nozione di «natura vincolata del provvedimento». Sul punto, la dottrina preminente aveva sposato una concezione restrittiva, intendendo come provvedimento vincolato il solo atto predeterminato *in toto* nel contenuto⁵³; la giurisprudenza, invece, in linea con un

⁴⁹ G. Avanzini, *op. ult. cit.*, 133.

⁵⁰ Cons. St., Sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁵¹ Trattasi di una questione affatto sopita in dottrina e che ha dato adito anche a riconfigurazioni dello stesso paradigma della discrezionalità. Interessantissime conclusioni, ad esempio, si rinvencono in A. Zito, *Teoria della scelta razionale e teoria giuridica della discrezionalità amministrativa: prolegomeni per un inquadramento sistematico*, in *Scritti in onore di Maria Immordino*, Napoli, 2023, IV, 4065 ss., che, in particolare, riconduce la teoria della discrezionalità amministrativa alla teoria economica della scelta razionale, con specifico riferimento alla razionalità rinforzata, e individua dei punti di contatto tra la decisione discrezionale (in senso amministrativo) e la decisione automatizzata: entrambe si basano sull'esame di dati passati, su un'ipotesi di sviluppo degli scenari futuri (in termini amministrativi, delle alternative decisionali), sul rispetto di vincoli (parametri normativi, eventualmente riproposti sul piano informatico) e sono finalizzate alla massimizzazione della funzione di utilità (ossia, per quel che riguarda l'attività amministrativa, la cura dell'interesse pubblico).

⁵² Sull'impatto delle tecnologie d'automazione, specie di IA, sui provvedimenti caratterizzati dalla discrezionalità tecnica, v. L. Parona, *Poteri tecnico-discrezionali e 'machine learning': verso nuovi paradigmi dell'azione amministrativa*, in A. Pajno, F. Donati, A. Perrucci (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?*, Bologna, 2022, II, 131 ss., il quale mette in chiaro come «il ricorso all'IA può contribuire a rendere maggiormente prevedibile ed oggettivo l'esercizio della funzione amministrativa quand'essa coinvolga poteri discrezionali – in particolare, di natura tecnica», sebbene non manchino rischi per siffatta integrazione tecnologica, quali la riduzione di flessibilità che ordinariamente giustifica l'attribuzione di un potere discrezionale, anche tecnico, all'amministrazione e la potenziale reiterazione di pratiche discriminatorie dovute ai *biases* nella configurazione dei *set* di dati per l'addestramento dei sistemi di automazione.

⁵³ V., *ex multis*, F. Luciani, *L'annullabilità degli atti amministrativi*, cit., 385.

orientamento più esteso e ad oggi preferibile, considera vincolato anche quel provvedimento che risulti delimitato nel contenuto a seguito dell’istruttoria svolta⁵⁴.

Traslando queste considerazioni sul piano del procedimento a decisione automatizzata, i vizi relativi a un’attività vincolata sono tranquillamente suscettibili di dequotazione *ex art. 21-octies*, co. 2, in presenza di tutti gli altri presupposti previsti dalla norma. Non solo. Alla luce della teoria della discrezionalità *ex ante* – che, come visto, sembrerebbe essere ormai accolta con una certa enfasi dalla giurisprudenza – non si pongono ostacoli aprioristici anche alla dequotazione dei vizi formali e procedurali nelle attività a bassa discrezionalità o a discrezionalità tecnica: questo per la chiara ragione che, seguendo la tesi del Consiglio di Stato, l’attività discrezionale verrebbe tutta sviluppata dall’amministrazione nella fase di programmazione della macchina.

Se questo è vero in linea teorica, il passo successivo è verificare se le garanzie procedurali, in combinazione con le nuove logiche dell’automazione, mantengano la medesima forza che hanno nei procedimenti tradizionali o si rivestano di una qualche forma di protezione, quasi un giubbotto antiproiettile per evitare di perire miseramente dinanzi ai colpi delle pistole automatiche.

6. *I principi di legalità algoritmica alla prova della dequotazione*

6.1. *La teoria del rafforzamento della legalità procedimentale*

Cosa succede nel momento in cui il vizio formale o procedimentale s’insinua nel provvedimento finale, a carattere decisorio, elaborato da una macchina? Quale valore assumono le garanzie formali e procedurali con riguardo a tale categoria di decisioni amministrative?

Un’analisi compiuta della giurisprudenza in materia porta a concludere che queste ultime, ritenute ineliminabili con riferimento al provvedimento algoritmico, siano finanche potenziate dallo sviluppo dei cc.dd. principi di legalità algoritmica: principio di conoscibilità/comprendibilità, principio di non esclusività e principio di non discriminazione⁵⁵.

⁵⁴ *Ex plurimis*, Cons. St., Sez. VI, 26 ottobre 2005, n. 5969, in www.giustizia-amministrativa.it; Sez. III, n. 2935/2017, cit., e 28 luglio 2020, n. 4791, *ibidem*, secondo cui il dovere del giudice non è tanto quello di non annullare formalisticamente l’atto, ma di valutare il contenuto sostanziale del provvedimento “alla luce del caso concreto”.

⁵⁵ V. Cons. St., Sez. VI, nn. 2270/2019 e 8472/2019, cit., e 4 aprile 2020, n. 881, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Campania-Napoli, Sez. III, 14 novembre 2022, n. 7003, *ibidem*. Per approfondire, E. Carloni, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2020, 1, 273 ss. Sul concetto di “legalità dell’algoritmo”, v. G. Marchianò, *La legalità algoritmica nella giurisprudenza amministrativa*, in *questa Rivista*, 2020, 3, 236-240.

Questi principi, sia pur elaborati compiutamente dai giudici amministrativi, trovano il loro fondamento nel diritto sovranazionale⁵⁶ e hanno l'obiettivo di rafforzare la tutela dei destinatari dell'azione amministrativa, evitando, così, il rischio di veder compromesso quel "giusto procedimento" che, dopo tanti sforzi, è stato riconosciuto quale principio generale del nostro ordinamento⁵⁷.

Essi disvelano delle precise regole di legalità al nucleo del procedimento automatizzato, instaurando «una nuova generazione di pretese procedurali, dopo quelle riconosciute all'interno della l. 241/1990»⁵⁸.

Orbene, proprio per l'importanza che la forma (così come il procedimento) di per sé assume a sugello del principio di legalità, quindi come limite effettivo all'esercizio del potere, la dequotazione di eventuali vizi formali o procedurali *ex art. 21-octies*, comma 2, non può operare nel momento in cui le sotto-stanti garanzie siano rafforzate⁵⁹. Dunque, se i succitati principi di legalità algoritmica determinano il rafforzamento della legalità procedimentale in un contesto di automazione, la loro inosservanza produce l'annullabilità del provvedimento amministrativo, ancorché quest'ultimo «non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato».

Stando così le cose, non resta che interrogarsi sulle condizioni da soddisfare affinché la giurisprudenza amministrativa riconosca il rafforzamento delle singole garanzie procedurali.

In linea di principio, la creazione di una barriera più spessa attorno alla legalità procedimentale è strettamente connessa a un *deficit* di legalità sostanziale⁶⁰: si

⁵⁶ In particolare, nel Regolamento generale sulla protezione dei dati (*GDPR*): per i riferimenti alle puntuali disposizioni, v. *infra*, par. 4.2. Accanto a *GDPR*, vi sono altri importanti atti europei di *soft law* che hanno contribuito a declinare le regole di legalità della decisione algoritmica: fra gli altri, CEPEJ, *Carta etica europea sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e negli ambiti connessi*, 3-4 dicembre 2018 (<https://rm.coe.int/carta-etica-europea-sull-utilizzo-dell-intelligenza-artificiale-nei-si/1680993348>).

⁵⁷ Questi principi integrano le garanzie della l. n. 241/1990, mirando a una maggiore trasparenza e comprensibilità del *software*, nonché alla necessità dell'intervento umano: F. Nassuato, *Legalità algoritmica nell'azione amministrativa e regime dei vizi procedurali*, in *CERIDAP*, 2022, 1, 163.

⁵⁸ E.N. Fragale, *La cittadinanza amministrativa al tempo della digitalizzazione*, in *Dir. amm.*, 2022, 2, 501.

⁵⁹ È da salutare con favore quell'orientamento giurisprudenziale secondo il quale l'art. 21-*octies*, co. 2, «ha previsto in generale una "dequotazione della legalità procedimentale"», ma, nelle ipotesi in cui la legalità sostanziale, in stato di deficienza, viene compensata mediante la legalità procedimentale, occorre «realizzare un rafforzamento di tale legalità», e dunque delle garanzie di contraddittorio e di partecipazione al procedimento, «per compensare la "dequotazione della legalità sostanziale"»; ovviamente, questo «impone di interpretare l'art. 21-*octies* nel senso che esso non possa trovare applicazione» nei casi suddetti (Cons. St., Sez. VI, 27 dicembre 2006, n. 7972, 24 maggio 2016, n. 2182 e 14 dicembre 2020, n. 7972, in *Giur. it.*, 2007, 1811, e in www.giustizia.amministrativa.it).

⁶⁰ Il tema, com'è noto, riguarda la configurabilità di poteri impliciti nel nostro ordinamento. La questione ha principalmente riguardato le autorità indipendenti, per le quali il riconoscimento di poteri impliciti, in particolare normativi, è stato spesso giustificato dalla giurisprudenza mediante il rafforzamento delle regole procedurali e partecipative. Per un approfondimento, si vedano M. Clarich, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, 155 ss.; R. Titomanlio, *Potestà normativa e funzione di regolazio-*

ritiene, cioè, che l’indeterminatezza legislativa nella delimitazione del potere possa essere compensata da un irrobustimento delle forme o delle garanzie procedurali volte a garantire un certo risultato⁶¹.

Non è né semplice né immediato individuare una norma che abiliti l’esercizio del potere amministrativo mediante algoritmi⁶². Ciononostante, a nostro avviso, difficilmente potrebbe parlarsi di un *deficit* assoluto di legalità sostanziale, trattandosi di un potere secondario, comunque discendente da un potere primario in capo all’amministrazione “fisica” e per il quale sussiste un adeguato fondamento legislativo.

È pur vero, però, che i caratteri intrinseci di esercizio di questo potere secondario comportano un insieme di valutazioni ulteriori, non contemplate ad oggi nel nostro ordinamento se non nella giurisprudenza amministrativa e, sia pur con un evidente aggancio a un preciso settore, nel nuovo Codice dei contratti pubblici⁶³.

È doveroso, a questo punto, distinguere: nell’esercizio delle attività amministrative connesse al ciclo di vita dei contratti pubblici, i principi di legalità algoritmica, espressamente codificati, rientrano appieno nella legalità procedimentale, la connotano *ab interno*, non la rafforzano *ab externo*. Così ragionando, a una prima lettura, non si individua il presupposto della teoria giurisprudenziale della legalità procedimentale rafforzata, né, di conseguenza, il limite alla paventata dequotazione *ex art. 21-octies*, co. 2.

Parzialmente diverso è il discorso con riferimento a quei procedimenti connessi agli altri settori dell’attività amministrativa. Per questi ultimi, infatti, manca un’espressa previsione circa le modalità e le garanzie peculiari derivanti dall’uso di strumenti informatici, anche di automazione, sicché non si riscontrano ragio-

ne. *La potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2012, 52 ss.; F. Zammartino, *Il modello molteplice. La potestà normativa delle Autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2020, 77 ss.; F.L. Maggio, *Questioni interpretative sui poteri normativi delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Federalismi.it*, 2021, 10, 150 ss.

⁶¹ Sul rapporto tra legalità sostanziale e legalità procedimentale, v. G. Manfredi, *Legalità procedurale*, in *Dir. amm.*, 2021, 4, 749 ss.

⁶² Per tutti, S. Civitaresse Matteucci, *Umano troppo umano. Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 1.

⁶³ Il riferimento è, chiaramente, all’art. 30, co. 3, del d.lgs. 36/2023 che effettua una vera e propria trasposizione dei tre principi di legalità algoritmica elaborati dalla giurisprudenza, unitamente ad altre garanzie di cui al comma 2, ossia la disponibilità del codice sorgente e l’introduzione, negli atti di indizione delle gare, di clausole volte ad assicurare le prestazioni di assistenza e manutenzione necessarie alla correzione degli errori e degli effetti indesiderati derivanti dall’automazione: per approfondire, v. D. Diaco, *Fidarsi è bene, non fidarsi è...? L’Intelligenza artificiale entra nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, 2023, 17, 133 ss. Deve essere precisato come i principi in questione ben si riconnettono ai principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici, in particolare garantendo il perseguimento di un risultato efficiente e trasparente (principio di conoscibilità/comprendibilità), un buon grado di fiducia tra operatori economici e stazioni appaltanti nonostante l’uso di strumenti tecnologici complessi (principio di non esclusività, con annesso meccanismo *human-in-the-loop*) e l’accesso al mercato senza discriminazioni di sorta (principio di non discriminazione).

ni per escludere *a priori* l'applicazione della teoria del rafforzamento della legalità procedimentale ai principi elaborati dalla giurisprudenza.

A posteriori, però, non sarà difficile notare come la diversa disciplina dell'inosservanza dei tre principi nelle procedure ad evidenza pubblica e negli altri procedimenti amministrativi appaia totalmente ingiustificata e inevitabilmente *contra Constitutionem*, per violazione degli artt. 24 e 113.

Non vi è motivo, in effetti, per cui concedere ai privati una maggior tutela nei procedimenti diversi da quelli insiti nel ciclo di vita dei contratti pubblici, anche perché i principi enunciati in quella sede, oltre a ricalcare pedissequamente le formulazioni della giurisprudenza, che non riguardavano affatto la materia dei contratti pubblici, non si riconnettono a una qualche specificità del settore, quanto, piuttosto, alle peculiarità tecniche degli strumenti adoperati. In assenza di un'espressa previsione, non è, perciò, da escludere un'applicazione analogica dei principi in questione al di fuori della contrattualistica pubblica, in un'ottica sistematica ed evolutiva⁶⁴.

È evidente, insomma, che i principi di legalità algoritmica non possono, allo stesso tempo, essere soggetti alla dequotazione di cui all'art. 21-*octies*, co. 2, nel campo dei contratti pubblici e resistere alla stessa in tutti gli altri.

6.2. *La barriera euro-unitaria*

Esaminando singolarmente i principi di legalità algoritmica, si constata la corrispondenza di ciascuno di essi a disposizioni contenute nel *GDPR*⁶⁵, il che, astrattamente, potrebbe consentire di ragionare in termini di applicazione diretta di queste ultime all'interno del procedimento automatizzato.

⁶⁴ La stessa Relazione al nuovo Codice esplicita come l'art. 30 costituisca «una disposizione volta a disciplinare il futuro (prossimo), in quanto, allo stato, nell'ambito delle procedure di gara sono utilizzati per lo più algoritmi non di apprendimento, utilizzati per il confronto automatico di alcuni parametri caratterizzanti le offerte e conoscibili. Tuttavia, non si può escludere che, a breve, la disponibilità di grandi quantità di dati possa consentire l'addestramento di algoritmi di apprendimento da applicare alle procedure di gara più complesse; da qui l'utilità dell'inserimento di una disciplina che richiami i principi destinati a governare tale utilizzo, anche alla luce dei principi affermati sia in ambito europeo che dalla giurisprudenza amministrativa». Partendo dalla Relazione, G. Carloti, *I principi nel Codice dei contratti pubblici: la digitalizzazione*, in www.giustizia-amministrativa.it, 26 aprile 2023, ritiene che quelli di legalità algoritmica siano principi proattivi che avranno una «prevedibile *vis expansiva* nei confronti di ogni profilo dell'attività procedimentale e dell'organizzazione amministrativa».

⁶⁵ Il principio di conoscibilità/comprendibilità trova il suo fondamento negli artt. 13, co. 2, lett. *f*), 14, co. 1, lett. *g*), e 15, co. 2, lett. *h*), *GDPR*, relativi al diritto di informazione di accesso; il principio di non esclusività richiama il disposto dell'art. 22 *GDPR*, riguardante il diritto a non essere sottoposto ad una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato; infine, il principio di non discriminazione ha, invece, una sua precisa connessione con il Considerando 71 del Regolamento, che manifesta, tra le altre cose, la necessità di garantire il carattere non discriminatorio delle procedure utilizzate dal titolare del trattamento dei dati personali.

Tali norme, essendo poste in una posizione di primazia rispetto al diritto nazionale, innalzerebbero un muro attorno a quei principi, contrastando qualsiasi assalto da parte della dequotazione *ex art. 21-octies*, co. 2.

È necessario, tuttavia, tener conto di due circostanze.

La prima si collega a uno dei principali problemi che si sono posti rispetto al dettato dell'art. 21-octies, co. 2, ossia la sua natura sostanziale o processuale⁶⁶.

Nel momento in cui si riconosca alla norma natura processuale (tesi prevalente), deve altresì ritenersi operativo il principio di autonomia procedurale degli Stati membri, secondo cui sono i singoli ordinamenti nazionali a fissare modalità e limiti della tutela giudiziale delle situazioni giuridiche, nel rispetto dei principi di equivalenza e di effettività⁶⁷: di conseguenza, l'art. 21-octies, co. 2, in presenza dei suoi presupposti applicativi, non può essere limitato dalla superiore barriera euro-unitaria costruita attorno ai principi di legalità algoritmica, a meno che l'inosservanza di questi ultimi non pregiudichi l'effettività delle norme europee, ossia l'esercizio dei diritti in esse previsti in capo al privato⁶⁸.

La seconda nota critica si riferisce all'ambito applicativo del *GDPR*, notoriamente riguardante i soli procedimenti caratterizzati dal trattamento dei dati personali: se ne desume che la primazia del diritto europeo non avrebbe comunque capacità di rafforzamento con riguardo alle garanzie di procedimenti che non contemplino un siffatto trattamento⁶⁹.

Certo, si potrebbe tranquillamente affermare che almeno i principi di conoscibilità e di non discriminazione (maggiori dubbi, invece, si pongono rispetto al principio di non esclusività) travalichino i confini del *GDPR*⁷⁰, assurgendo a

⁶⁶ La giurisprudenza è, ad oggi, salda nel riconoscimento della natura processuale: *ex multis*, Cons. St., Sez. VI, n. 990/2017, cit.; Sez. V, 15 luglio 2019, n. 4964, in www.giustizia-amministrativa.it; Sez. II, 9 gennaio 2020, n. 165 e 12 marzo 2020, n. 1800 e 14 marzo 2022, n. 1790, *ibidem*; Sez. VI, 20 gennaio 2022, n. 359, *ibidem*. La questione sarà approfondita *infra*.

⁶⁷ Sul concetto di autonomia procedurale, Corte giust. CEE, 16 dicembre 1976, C-33/76, *Rewe-Zentralfinanz eG e Rewe-Zentral AG c. Landwirtschaftskammer für das Saarland*, in eur-lex.europa.eu. In argomento si vedano D.U. Galetta, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost? Studio sulla c.d. autonomia procedurale: ovvero sulla competenza procedurale funzionalizzata*, Torino, 2009; di recente, A. Iermano, *I principi di equivalenza ed effettività tra autonomia procedurale e 'limiti' alla tutela nazionale*, in *Dir. Un. eur.*, 2019, 3, 525 ss. Sul rilievo dell'autonomia procedurale degli Stati membri in relazione all'ipotesi di conflitto tra l'art. 21-octies, co. 2, e il diritto europeo, cfr. S. Civitarese Matteucci, *Obbligo di interpretazione conforme al diritto UE e principio di autonomia procedurale in relazione al diritto amministrativo nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, 6, 1186-1188. Da ultimo, Cons. St., Sez. IV, 9 luglio 2020, n. 4403, in www.giustizia-amministrativa.it, ha confermato che «l'applicazione del diritto europeo [...] deve sottostare alle regole del processo amministrativo».

⁶⁸ Così, F. Nassuato, *op. cit.*, 165.

⁶⁹ Cfr. S. Civitarese Matteucci, *Umano troppo umano*, cit., 27.

⁷⁰ F. Nassuato, *op. cit.*, 165. Per il principio di conoscibilità, si veda Cons. St., Sez. VI, n. 8472/2019, cit., che effettua un collegamento diretto tra tale principio e quello generale di buona amministrazione *ex art. 41* della Carta di Nizza, del quale esso costituisce «diretta applicazione specifica». Il principio di non discriminazione è, invece, un corollario del principio di eguaglianza, sancito a livello europeo dall'art. 9 TUE e dall'art. 20 della Carta di Nizza. Sul principio di non esclusività, F. Nassuato, *op. cit.*, 166, secondo la quale l'art. 22

principi generali dell'ordinamento europeo e trovando applicazione anche per i residuali procedimenti⁷¹. Rimarrebbe, però, il fatto che, per il principio di autonomia procedurale, l'art. 21-*octies*, co. 2, continuerebbe ad essere applicabile, senza limiti di sorta, pur con riferimento a inosservanze di siffatti principi.

6.3. *Un cambio di prospettiva: la valenza sostanziale e non formale dei principi di legalità algoritmica*

Alla luce di quanto sopra argomentato, la conclusione è che non vi sono ragioni per negare la dequotazione dei vizi connessi all'inosservanza dei principi di legalità algoritmica. Tutto ciò, però, partendo dall'inevitabile premessa che questi ultimi posseggono una natura meramente formale o procedimentale.

Impostando diversamente la questione, v'è da chiedersi, in prima battuta, se questi principi abbiano effettivamente un siffatto valore o, piuttosto, non acquisiscano una connotazione sostanziale: se non si trattasse di vizi di forma o di procedimento, infatti, il temuto comma 2 dell'art. 21-*octies* non riceverebbe attuazione.

Al riguardo, non si pongono dubbi sul principio di non discriminazione, diretta espressione del principio di uguaglianza.

Qualche dubbio in più si pone per il principio di conoscibilità, che certa dottrina ricollega all'obbligo di motivazione *ex art.* 3 della l. 241/1990⁷².

Invero, la valenza sostanziale del principio in questione emerge chiaramente nel momento in cui si riflette sulla circostanza che, essendo il procedimento automatizzato caratterizzato da un'esigua partecipazione umana, la conoscibilità/comprendibilità, intesa come necessità di dare una "forma" intelligibile alle risultanze algoritmiche, si ammanta di un forte valore giuridico che non può essere in alcun modo sacrificato. Se il diritto è «un viaggio dell'uomo nell'uomo, un'avventura antropologica»⁷³, allora la sua funzione è di rispondere alle esigenze umane, sicché una decisione amministrativa non comprensibile perderebbe la sua onto-

GDPR, che si è visto essere la disposizione del Regolamento connessa al principio in questione, è una regola accompagnata da eccezioni, la cui ampiezza pone il dubbio circa il residuo ambito di applicazione della regola.

⁷¹ Ciò per il rinvio di cui all'art. 1, co. 1, della l. n. 241/1990.

⁷² F. Nassuato, *op. cit.*, 166, che, a sostegno, richiama quella giurisprudenza secondo cui la violazione dell'obbligo di motivazione non integra un mero vizio di forma o di procedura, ma si ammanta di una valenza sostanzialistica: cfr. Cons. St., Sez. III, 7 aprile 2014, n. 1629, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Sez. VI, 18 luglio 2016, n. 3194, 27 aprile 2021, n. 3385, e 23 agosto 2021, n. 6018, *ibidem*; Sez. II, 6 maggio 2020, n. 2860, *ibidem*. Non si tratta, però, di un orientamento unitario: cfr. Cons. St., Sez. IV, 28 marzo 2018, n. 1959 e 21 febbraio 2019, n. 1201, *ibidem*. V. nota 61 per l'affine problema dell'integrazione della motivazione (o motivazione postuma).

⁷³ F. Caringella, G. Rovelli, *Il ragionamento giuridico*, Arzano, 2021, XVI.

logica giuridicità, la sua tendenziale natura di comporre un quadro armonico tra gli interessi degli uomini all'interno di una società.

La violazione di questi due principi, perciò, non integra un mero vizio procedimentale, invalidando in ogni caso il provvedimento amministrativo che ne sia affetto.

Il discorso sul principio di non esclusività, invece, appare connotato da una complessità intrinseca, che discende, *in primis*, dal suo fondamento.

Esso si collega all'ineliminabile componente umana all'interno del procedimento, trovando, dunque, radici nella «particolare interpretazione ed applicazione di alcune specifiche regole procedurali contenute nella l. 241/1990»⁷⁴.

Per poter teorizzare la resistenza del principio di non esclusività alla dequotazione dei vizi formali e procedimentali, si richiede, dunque, l'individuazione di un suo fondamento sostanziale e non solo procedurale.

Una recente dottrina focalizza l'attenzione sulle norme che attribuiscono compiti al responsabile del procedimento (art. 6 della l. 241/1990)⁷⁵, espressione di un generale principio antropomorfo⁷⁶.

Normalmente, le norme sul responsabile vengono considerate meramente procedurali⁷⁷, anche perché, in caso di omessa nomina e individuazione della figura, «supplisce il criterio legale d'imputazione del ruolo al dirigente preposto all'unità organizzativa competente»⁷⁸.

Tuttavia, in un procedimento algoritmico in cui l'automazione fosse astrattamente assoluta, il responsabile non interverrebbe mai nella sequenza, mentre mediante il principio di non esclusività si esaltano le garanzie riconnesse alla sua presenza e ai suoi compiti, evitando una pretermissione definitiva del contributo umano nella dinamica procedimentale: non dobbiamo dimenticare, infatti, che

⁷⁴ F. Nassuato, *op. cit.*, 167.

⁷⁵ F. Nassuato, *op. cit.*, 170 ss.

⁷⁶ L'esistenza di un principio antropomorfo è sostenuta da S. Civitarese Matteucci, *“Umano troppo umano”*, cit., 22: «[è] degna di nota la contrapposizione tra le formule impiegate rispettivamente all'art. 4 e all'art. 5. Nel primo si parla, asetticamente, dell'unità organizzativa responsabile del procedimento, nel secondo del responsabile del procedimento [...] come di un “dirigente” o altro dipendente addetto all'unità. Non a caso, i primi commentatori della legge sul procedimento sottolinearono la novità costituita dal fatto che grazie a questa disciplina sul responsabile del procedimento si dava corpo all'idea di un'interfaccia “in carne e ossa” dell'amministrazione con i cittadini». Ad avviso di E. Carloni, *I principi della legalità algoritmica*, cit., 283, «è chiara la presenza di un funzionario “umano” e di relazioni “tra persone” sullo sfondo della legge 241 del 1990. In particolare, la figura del “responsabile del procedimento”, che nel quadro della riforma degli anni '90 del secolo scorso era rivolta dichiaratamente a “dare un volto umano” all'amministrazione, ad evitare dinamiche di “spersonalizzazione burocratica”, e difficilmente, sia per motivi testuali che per ragioni di fondo, si presta ad essere trasposta su una dimensione di completa, o comunque sostanziale, automatizzazione».

⁷⁷ Sulla valenza meramente procedurale di tali disposizioni, M. Immordino, M.C. Cavallaro, N. Gullo, *Il responsabile del procedimento amministrativo*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 542.

⁷⁸ Cons. St., Sez. III, 24 settembre 2013, n. 4694, in www.giustizia-amministrativa.it.

«pure in presenza di un procedimento affidato interamente agli algoritmi [...] la sorte della decisione amministrativa è rimessa, o è comunque riconducibile, alla libertà/discrezionalità/responsabilità del decisore umano», il quale ben potrebbe discostarsi dal provvedimento automatizzato, fornendone le ragioni⁷⁹.

La valenza sostanziale di queste disposizioni emerge, altresì, per il pregiudizio che la loro eventuale violazione provoca per la partecipazione del privato al procedimento⁸⁰. Non è erroneo, perciò, connettere il principio di non esclusività agli istituti partecipativi, così da enfatizzarne la portata garantistica.

È nota la giurisprudenza secondo la quale, in presenza di un'attività interamente vincolata (che è il campo di riferimento del primo paragrafo dell'art. 21-*octies*, co. 2), la partecipazione del privato risulterebbe del tutto superflua. Si tratta, invero, di un orientamento non unitario e non del tutto condivisibile, dovendosi piuttosto distinguere «tra i casi in cui i fatti che ne costituiscono il presupposto e la loro valutazione siano pacifici ed incontestati da parte del privato, casi nei quali appare superfluo ogni spazio di intervento da parte del cittadino inciso, e i casi in cui, invece, tali presupposti siano contestati e la partecipazione del privato appaia proficua, essendovi circostanze che, qualora fossero state rappresentate dall'interessato, avrebbero potuto indurre l'autorità a chiudere il procedimento in senso favorevole all'interessato stesso»⁸¹.

Nelle ipotesi di fatti complessi o ad accertamento complesso, dunque, il privato sarebbe in grado di influire concretamente sul contenuto della decisione vincolata: la partecipazione avrebbe, anche in tal caso, un risvolto garantistico sostanziale tale da paralizzare l'applicazione dell'art. 21-*octies*, co. 2⁸².

Come ben sottolineato in dottrina, insomma, «la triangolazione fra partecipazione procedimentale, necessario intervento del responsabile umano e divieto di procedimenti interamente automatizzati incardinerebbe uno strumento di garanzia sostanziale – e non dequotabile – per i destinatari dell'azione amministrativa, che peraltro confliggerebbe con l'ipotesi di attuare il contraddittorio

⁷⁹ Così G. Sorrentino, *Funzione amministrativa, Costituzione e algoritmi. Divagazioni minime*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, Napoli, 2020, 4721 ss.

⁸⁰ M. Immordino, M.C. Cavallaro, N. Gullo, *op. cit.*, 542.

⁸¹ Cons. St., Sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1281, in www.giustizia-amministrativa.it; in termini, Sez. III, 14 settembre 2021, n. 6288, *ibidem*, secondo cui, in caso di «situazioni peculiari e giuridicamente complesse», la «natura vincolata degli atti impugnati non costituisce valido motivo per omettere il rispetto delle garanzie partecipative [...] anche nell'ipotesi di provvedimenti a contenuto totalmente vincolato, sulla scorta della condivisibile considerazione che la pretesa partecipativa del privato riguarda anche l'accertamento e la valutazione dei presupposti sui quali si deve comunque fondare la determinazione amministrativa».

⁸² «La partecipazione, insomma, assumerebbe sempre di più le sembianze di un meta-principio di garanzia del giusto procedimento automatizzato, in grado di porsi a fondamento della valenza sostanzialistica del principio di non esclusività algoritmica, sottraendolo così all'applicazione dell'art. 21-*octies*, comma 2, anche in virtù del suo collegamento con il principio europeo di buona amministrazione»: F. Nassuato, *op. cit.*, 172.

solamente nella fase finale del procedimento, ossia facendolo vertere su uno schema di decisione già preconfezionato dallo strumento algoritmico»⁸³.

Ad abundantiam, non è peregrino ricordare che un ancor più recente contributo, meritoriamente, ricollega il principio a una imprescindibile “riserva di umanità”, che, a sua volta, ha un suo saldo appiglio nella tutela costituzionale della dignità umana, con ciò confermandone la portata sostanziale⁸⁴.

Semberebbe potersi concludere, in definitiva, nel senso della resistenza alla dequotazione anche con riferimento al principio di non esclusività⁸⁵.

D'altronde, a medesime conclusioni – ossia la natura sostanziale dei principi di legalità algoritmica – si giunge anche attenzionando l'ambito applicativo dell'art. 21-*octies*, co. 2, nei procedimenti tradizionali. Come si è già visto, infatti, la giurisprudenza fa uso della disposizione ogniqualvolta il vizio inficiante il provvedimento non possa in alcun modo alterarne la sostanza: si tratta di ipotesi in cui le guarentigie procedurali appaiono del tutto recessive, stante l'assoluta incontestabilità della decisione amministrativa a prescindere dalla regolarità procedurale, che, dunque, potrebbe essere svolta – indistinguibilmente – da un uomo o da una macchina.

Orbene, poiché i principi di legalità algoritmica trovano concretezza in tutti quei casi, assolutamente maggioritari, in cui l'attività della macchina, proprio per via della sua intrinseca distinzione con quella umana, rischia di causare distorsioni al procedimento e, conseguentemente, al provvedimento, incidendo, perciò, sulla sua sostanza, è chiaro come siffatti principi non possano che avere, a loro volta, una connotazione sostanziale.

Ovviamente, questo non significa che, in linea di principio, il primo alinea dell'articolo non possa mai trovare applicazione. Vi sono, infatti, vizi formali degli atti automatizzati che non presentano necessariamente una valenza sostanziale e non si ricollegano ai principi di legalità algoritmica appena esaminati⁸⁶. In questi casi, sia pur limitati, non si può escludere l'intervento del meccanismo di sanatoria dell'art. 21-*octies*, co. 2. Si pensi, a titolo puramente esemplificativo, al difetto discendente dalla mancata indicazione del termine e dell'autorità avanti alla quale è possibile impugnare l'atto (art. 3, co. 4, l. 241/1990)⁸⁷.

⁸³ F. Nassuato, *ibidem*.

⁸⁴ G. Gallone, *Riserva di umanità*, cit., 41 ss.

⁸⁵ Tra l'altro, i tre principi andrebbero sempre considerati reciprocamente interdipendenti, sicché la forza sostanziale di uno dovrebbe diffondersi automaticamente agli altri due: A. Simoncini, *Amministrazione digitale algoritmica. Il quadro costituzionale*, cit., 37; M.C. Cavallaro, G. Smorto, *op. cit.*, 18-19.

⁸⁶ In un'ottica comparatistica, si ripropone in questa sede la distinzione, operata dalla dottrina francese, tra formalità “sostanziali” e formalità “non sostanziali”: v. A. Calogeropoulos, *Le contrôle de la légalité externe des actes administratifs unilatéraux*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Parigi, 1983, 189; R. Chapus, *Droit administratif général*, Parigi, 1995, 906.

⁸⁷ In realtà, però, è importante evidenziare che, con riferimento a questi vizi – che, invero, costituiscono delle mere irregolarità –, il giudice amministrativo non ha bisogno di invocare l'art. 21-*octies*, co. 2, per elu-

7. *Il peculiare caso del vizio di motivazione*

Diversa natura ha il vizio di motivazione nel momento in cui il procedimento segue le logiche di uno strumento di automazione.

Com'è noto, il dibattito sulle conseguenze della violazione dell'obbligo di motivazione è particolarmente ampio⁸⁸, riflettendosi sugli attigui problemi dell'applicabilità dell'art. 21-*octies*, co. 2, e dell'ammissibilità di una motivazione "successiva" o "postuma".

Non essendo questa la sede per approfondire la cospicua dottrina con riguardo a siffatto tema, ci si limita a ripercorrere le due letture, presenti in giurisprudenza, in relazione alla natura dell'obbligo di motivazione⁸⁹.

Sulla base di un primo orientamento, il difetto di motivazione non subisce la dequotazione riservata ai vizi di forma e di procedimento, sicché la sua presenza rende annullabile il provvedimento.

Un secondo filone giurisprudenziale considera, invece, ininfluenza tale vizio in presenza di provvedimenti vincolati, perché, connotando l'obbligo di motivazione da un punto di vista sostanziale, ritiene che, in presenza di un provvedimento

dere l'annullabilità del provvedimento. Le prescrizioni non rispettate «non hanno la finalità di indirizzare il processo decisionale dell'amministrazione, condizionandone la finale composizione di interessi [...]», in quanto «sono estranee al *decision-making process* e hanno di mira esclusivamente altri interessi, la cui eventuale lesione non può in alcun modo influire sulla corretta determinazione del contenuto decisionale del provvedimento»: così, A. Romano Tassone, *Vizi formali*, cit.; M.S. Giannini, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, 429, considera queste irregolarità una «sorta di inosservanza di legge [...] innocua». Per ulteriori esempi di irregolarità, si consenta il rinvio a B.G. Mattarella, *Il provvedimento amministrativo: struttura del provvedimento*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, cit., 1019-1020; R. Villata, *L'atto amministrativo*, in L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, 839; F. Luciani, *Il vizio formale nella teoria dell'invalidità amministrativa*, Torino, 2003, 292 ss.

⁸⁸ Si passa, dapprima, dalla concezione c.d. "psicologica" (C.M. Iaccarino, *Studi sulla motivazione*, Società editrice del Foro italiano, Roma, 1933) all'impostazione sostanzialistica, secondo cui «ciò che balza in rilievo non è la motivazione, ma sono il motivo o il presupposto nella loro realtà effettiva (...) conta ciò che si è fatto, non ciò che si è dichiarato di voler fare»: M.S. Giannini, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 265 ss. Entrambe le posizioni vengono criticate da A. Romano Tassone, *Motivazione nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, Appendice, XIII, Torino, 1997, 684, secondo cui alla concezione "psicologica" la legge oppone le ragioni giuridiche "oggettive", discendenti dalle risultanze dell'istruttoria, mentre alla concezione sostanzialistica la legge oppone la necessità di un segno linguistico. Da qui, in dottrina emerge un nuovo profilo della motivazione, la quale dovrebbe fornire degli elementi giustificativi della decisione a quei soggetti che possono valutarne la legittimità (ossia il soggetto inciso dal provvedimento, in quanto potenziale ricorrente, la collettività, ai fini della legittimazione democratica del potere, e il giudice amministrativo): in questi termini, v. Id., *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987, 14; sulla stessa linea, cfr. G. Corso, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, Agg., V, Milano, 2001, 774 ss.; A. Cassatella, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Padova, 2013, 249 ss.

⁸⁹ G. Mannucci, *op. cit.*, *passim*.

che non avrebbe potuto avere un contenuto diverso da quello in concreto adottato, l'eventuale difetto si ponga solo su un piano formale, e dunque sia dequotabile⁹⁰.

Orbene, a prescindere dalle successive considerazioni che verranno svolte con riferimento all'automazione procedimentale, diversi sono gli elementi a favore dell'orientamento garantista-formalista rispetto a quello sostanzialista-giurisdizionale.

In primis, la motivazione costituisce un'illustrazione del processo decisionale seguito dall'amministrazione per l'adozione di un atto: in questo senso, essa consente di «cogliere eventuali vizi del provvedimento o del processo di formazione del provvedimento, ed è in ciò che se ne manifesta la “sostanza”»⁹¹.

In secundis, la stessa lettura dell'art. 21-*octies*, co. 2, nel momento in cui esclude l'annullamento dell'atto laddove sia «palese in giudizio» che lo stesso non avrebbe potuto avere un contenuto diverso da quello adottato in concreto, implicitamente conforta sull'importanza, tanto formale quanto sostanziale, dell'ob-

⁹⁰ Il tema s'intreccia con il tradizionale divieto di motivazione postuma del provvedimento. Per una rassegna dei diversi argomenti a favore del divieto di integrazione postuma della motivazione, v. M. Occhiena, *Il divieto di integrazione in giudizio della motivazione ed il dovere di comunicare l'avvio dei procedimenti ad iniziativa di parte: argini a contenimento del sostanzialismo*, in *Foro amm. TAR*, 2003, 535 ss. Successivamente, in particolare con la riforma del 2005 della l. n. 241/1990 e l'entrata in vigore dell'art. 21-*octies*, co. 2, in giurisprudenza si è manifestata una tendenza ad ammettere l'integrazione in corso di giudizio della motivazione – che implicitamente postula una convalida del provvedimento – entro certi limiti, ossia quando si tratti di atti vincolati, in fase endoprocedimentale siano percepibili le ragioni sottese all'emissione del provvedimento gravato e non sia stato leso il diritto di difesa dell'interessato: cfr. Cons. St, Sez. IV, 4 marzo 2014, n. 1018, in *www.giustizia-amministrativa.it*. La dottrina ha, al riguardo, individuato una “circolarità” delle affermazioni giurisprudenziali che, prima, tentano di ampliare il portato dell'art. 21-*octies* per ricomprendervi il difetto di motivazione e, poi, adoperano la norma per giustificare l'integrazione postuma: in questi termini, v. R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 279 ss. Più di recente, la giurisprudenza amministrativa ha escluso l'integrazione postuma della motivazione: infatti, «[a]nche a seguito dell'introduzione da parte del legislatore [...] della regola della non applicabilità della misura caducatoria in presenza di difformità dallo schema legale che non abbiano influenzato la composizione degli interessi prefigurata nel dispositivo della decisione [...], le pronunce che hanno ritenuto di fare applicazione della predetta clausola di non annullabilità, considerando il difetto di motivazione come vizio di carattere meramente formale reso irrilevante dall'accertamento che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, sono rimaste sporadiche e isolate, in quanto l'indirizzo maggioritario della giurisprudenza amministrativa si è ben presto orientato nel senso che “il difetto di motivazione nel provvedimento non può essere in alcun modo assimilato alla violazione di norme procedurali o ai vizi di forma [...] e, per questo, (costituisce) un presidio di legalità sostanziale insostituibile, nemmeno mediante il ragionamento ipotetico che fa salvo, ai sensi dell'art. 21-*octies*, comma 2, della legge n. 241 del 1990, il provvedimento affetto dai cosiddetti vizi non invalidanti”» (Cons. St, Sez. IV, 7 giugno 2023, n. 5592, in *www.giustizia-amministrativa.it*). In questi termini, i giudici amministrativi si sono conformati anche all'orientamento sviluppato, nel mentre, dalla Corte costituzionale, che ha evidenziato a chiare lettere l'importanza della motivazione come «il presupposto, il fondamento, il baricentro e l'essenza stessa del legittimo potere amministrativo» (ord. 26 maggio 2015, n. 92, in *www.cortecostituzionale.it*), nonché della Corte di giustizia dell'Unione europea, che qualifica la motivazione come “forma sostanziale” e motivo d'ordine pubblico, il cui vizio è da sollevarsi d'ufficio (*ex plurimis*, Sez. VII, 11 aprile 2013, n. 652, C-652/11).

⁹¹ In questi termini, M.C. Cavallaro, *Attività vincolata dell'amministrazione e sindacato giurisdizionale*, in *Il Processo*, 2020, 1, 12.

bligo di motivazione, atteso che trattasi dell'«unico elemento dal quale il giudice può desumere la circostanza predetta»⁹².

La rilevanza dell'obbligo di motivazione emerge in maniera ancor più forte nell'ipotesi di provvedimenti adottati mediante i nuovi strumenti digitali di automazione.

Nel procedimento automatizzato, infatti, l'obbligo di motivazione si ricollega al più generale principio di conoscibilità/comprendibilità, incidente sul piano sostanziale e non formale.

Inoltre, preso atto che le garanzie partecipative canoniche, nella loro attuale configurazione, difficilmente riescono a incidere sulle logiche dello strumento informatico e sulla sequenza di operazioni dallo stesso sviluppata⁹³, ammettere finanche un'integrazione *ex post* della motivazione (dunque, considerare il vizio di motivazione come meramente formale) risulta oltremodo lesivo delle «irrinunciabili» garanzie della legge sul procedimento amministrativo⁹⁴.

L'immediata conclusione è che, nei procedimenti automatizzati vincolati, il difetto di motivazione non può essere sanato dalla norma in commento⁹⁵, e ciò per l'intrinseca rilevanza, nel caso di specie, della motivazione sul piano sostanziale: essa, infatti, costituisce l'aggancio ultimo del procedimento automatizzato al mondo degli uomini⁹⁶.

Si conferma, dunque, quella dottrina che aveva, a suo tempo, evidenziato come la motivazione non fosse un mero requisito di forma del provvedimento, ma elemento essenziale dello stesso⁹⁷.

⁹² M.C. Cavallaro, *op. cit.*, 13, che, tra l'altro, ritiene che la giurisprudenza che ammette la motivazione postuma conforti siffatta lettura, poiché l'integrazione *ex post* non avrebbe tanto lo scopo di sanare un presunto vizio di forma, ma quello di «accettare in modo palese che l'atto non avrebbe potuto avere un contenuto diverso da quello in concreto adottato».

⁹³ *Ex multis*, I. Alberti, *La partecipazione procedimentale per legittimare gli algoritmi nel procedimento amministrativo*, in R. Cavallo Perin (a cura di), *L'amministrazione pubblica con i big data: da Torino un dibattito sull'intelligenza artificiale*, Torino, 2021, 285 ss.; G. Pinotti, *Amministrazione digitale algoritmica e garanzie procedurali*, in *Labour&Law Issues*, 2021, 1, 88 ss.

⁹⁴ Così ritenute dallo stesso Cons. St., Sez. V, n. 8472/2019, cit., con riguardo al procedimento automatizzato.

⁹⁵ Nei procedimenti automatizzati, perciò, può dirsi che torna quell'orientamento tradizionale della prima giurisprudenza che assimilava l'obbligo di motivazione con il dovere di *clare loqui* dell'amministrazione, ossia quel dovere a fronte del quale «sorge per il privato la legittima aspettativa a conoscere il contenuto e le ragioni giustificative del provvedimento incidente sui suoi interessi, anche al fine di poter esercitare efficacemente le prerogative di difesa dinanzi all'autorità giurisdizionale» (Cons. St., Sez. VI, 4 novembre 2013, n. 5293, in *www.giustizia-amministrativa.it*).

⁹⁶ Per approfondire, D. Diaco, *L'algoritmo di cristallo: alcune considerazioni in tema di trasparenza algoritmica (nota a T.A.R. Lazio, Sez. III-ter, n. 10788/2023)*, in *GiustAmm.it*, 2023, 7, 9 ss.

⁹⁷ F.G. Scoca, *I vizi formali nel sistema delle invalidità dei provvedimenti amministrativi*, in V. Parisio (a cura di), *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, Milano, 2004, 55 ss. Secondo D.U. Galetta, *Algoritmi, procedimento amministrativo e garanzie: brevi riflessioni, anche alla luce degli ultimi arresti giurisprudenziali in materia*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, Napoli, 2021, III, 2220, «[c]he questa autorevole Dottrina non sia rimasta inascoltata emerge [...] chiaramente anche dagli arresti giurisprudenziali del Consiglio di Stato in

L’intellegibilità umana delle logiche espresse nel linguaggio e nella logica *machinaria* sovrasta qualunque *ratio* sottostante all’art. 21-*octies*, co. 2, che sappiamo essere normalmente ricondotto ai principi di buon andamento, efficacia, efficienza, risultato⁹⁸.

8. *L’omessa comunicazione di avvio del procedimento automatizzato*

Passando, adesso, alla disamina del secondo alinea dell’art. 21-*octies*, co. 2⁹⁹, è importante chiarire l’importanza della comunicazione d’avvio del procedimento in un contesto di automazione totale (*rectius*, in un procedimento a decisione automatizzata).

In altra sede, è stato valorizzato il ruolo che potrebbe avere la comunicazione di avvio ai fini della trasparenza algoritmica¹⁰⁰. Se, infatti, l’atto in questione diviene il canale privilegiato per la conoscibilità del *pre-software*, ossia delle istruzioni impartite dall’amministrazione per la programmazione della macchina, alla luce del primo principio di legalità algoritmica, la sua omissione resisterà alla dequotazione di cui al comma 2 dell’art. 21-*octies*.

È, tuttavia, altrettanto vero che non necessariamente il *pre-software* deve pervenire alla conoscenza dell’interessato mediante comunicazione. Adottando un modello a partecipazione successiva (che, in realtà, sembrerebbe auspicabile rispetto a quello a partecipazione preventiva teorizzato dalla dottrina¹⁰¹ e dalla giurisprudenza¹⁰²), non si può escludere che il *pre-software* emerga nella motivazione del provvedimento automatizzato, consentendo, comunque, al privato di

tema di decisione algoritmica qui esaminati [il riferimento è, principalmente a Cons. St., Sez. VI, n. 8479/2019, cit.]: che è proprio intorno al rispetto del “principio di motivazione e/o giustificazione della decisione” – cui è riconducibile appunto l’esigenza di trasparenza sull’uso e sul contenuto dell’algoritmo – che costruiscono l’intero loro ragionamento».

⁹⁸ Si tratta del classico problema delle tecnologie di automazione circa il bilanciamento tra il grande apporto in termini di efficienza e la perdita in termini di intellegibilità: sul tema, in particolare con riferimento alle diverse opacità di queste ultime v., *ex multis*, F. Di Porto, *Opacità algoritmica e trasparenza delle decisioni*, in R. Cavallo Perin, *op. cit.*, 69 ss.; G. Lo Sapio, *La trasparenza sul banco di prova dei modelli algoritmici*, in *Federalismi.it*, 2021, 11, 242 ss.

⁹⁹ Per una disamina della giurisprudenza sull’omessa comunicazione di avvio del procedimento alla luce del 21-*octies*, co. 2, cfr. Cons. St., Sez. VII, 4 gennaio 2023, n. 151, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Lazio-Roma, Sez. I, 4 febbraio 2020, n. 1461, *ibidem*; Sez. II, 2 marzo 2020, n. 2663, *ibidem*; T.A.R. Lombardia-Brescia, Sez. II, 30 settembre 2020, n. 672, *ibidem*; T.A.R. Lazio-Roma, Sez. II, 3 febbraio 2021, n. 1388, *ibidem*; T.A.R. Campania-Napoli, Sez. IV, 1° settembre 2021, n. 5679, *ibidem*.

¹⁰⁰ D. Diaco, *op. ult. cit.*, 7-9.

¹⁰¹ *Ex plurimis*, G. Avanzini, *Decisioni amministrative*, cit., *passim*.

¹⁰² Si rinvia a Cons. St., n. 2270/2019, cit.

instaurare il contraddittorio in una fase immediatamente successiva, una sorta di prolungamento del procedimento stesso¹⁰³.

Con quest'ultima impostazione, l'omessa comunicazione di avvio del procedimento acquisisce una connotazione ben diversa, esulando dal principio di conoscibilità/comprendibilità cui, invece, si è prima fatto riferimento: non sarebbe, cioè, da escludere *a priori* che, in tali circostanze, il vizio possa essere dequato, indipendentemente dal fatto che il procedimento sia stato avviato *ex officio* o su istanza di parte.

9. Conclusioni

Le riflessioni svolte s'inseriscono pienamente nella rivoluzione 4.0 della pubblica amministrazione¹⁰⁴, collocandosi lungo un filo sottile che consente di rimanere in equilibrio tra la necessità di «vincere la permanente tendenza a irrigidire le regole nell'ambito del diritto amministrativo per l'uso delle TIC (sempre più severe di quelle del diritto privato) e, allo stesso tempo, [...] evitare di ritenere che l'intelligenza artificiale (IA) sia la rivoluzione definitiva nella PA, che cambia tutto»¹⁰⁵.

L'avvento delle tecnologie di automazione porta inevitabilmente con sé una serie di ansie e preoccupazioni, del tutto lecite. Altrettanto lecito, però, è domandarsi se queste possano contribuire a fornire una chiave di lettura diversa del nostro sistema amministrativo, delle sue garanzie per i cittadini, dei suoi principi cardine. Ed è proprio questo ciò che si è tentato di dimostrare, in tale sede, con riferimento al dibattuto art. 21-*octies*, co. 2.

Provando a trarre delle conclusioni, quanto osservato nei precedenti paragrafi dovrebbe se non altro contribuire a definire in maniera più chiara cosa si debba intendere per forma e per vizi formali e procedurali.

Si condivide, al riguardo, quell'opinione dottrinale che distingue tre categorie di vizi formali¹⁰⁶.

La prima concerne i vizi formali per marginalità della violazione, inquadrati già dalla più risalente dottrina come mere irregolarità e, dunque, di per sé sottratte al regime d'invalidità per violazione di legge¹⁰⁷. Il comma 2 dell'art. 21-*octies*

¹⁰³ D. Diaco, *Amministrazione umana versus amministrazione algoritmica: prolegomeni su un modello procedimentale a partecipazione successiva*, in *Judicium*, 10 novembre 2023, *passim*.

¹⁰⁴ D.U. Galetta, J.G. Corvalán, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *Federalismi.it*, 2019, 3, 2-3.

¹⁰⁵ I.M. Delgado, *Automazione, intelligenza artificiale e pubblica amministrazione: vecchie categorie concettuali per nuovi problemi?*, in *Ist. fed.*, 2019, 3, 644.

¹⁰⁶ V. Cerulli Irelli, *Note critiche*, cit., 195 ss.

¹⁰⁷ Si pensi alla necessità di indicare termini e organi davanti ai quali è impugnabile il provvedimento amministrativo, o, ancora, il responsabile del procedimento; si pensi, ancora, ad alcune violazioni della norma-

ivi escluderebbe l'annullamento del provvedimento per siffatti vizi anche nei procedimenti ottenuti mediante automazione¹⁰⁸.

La seconda macroarea di *deficit* formali riguarda quelle norme che, nonostante la violazione, hanno in ogni caso raggiunto il loro scopo¹⁰⁹. È in questa categoria che – a nostro avviso – va ricondotta l'omessa comunicazione di avvio del procedimento.

Per riassumere, la violazione dell'art. 7 della l. 241/1990 è irrilevante laddove il soggetto portatore dell'interesse abbia comunque avuto modo di esercitare i suoi diritti di partecipazione. Se, dunque, come si ritiene preferibile, viene adottato un modello procedimentale a partecipazione successiva, il rilievo dell'omessa comunicazione acquisisce una portata del tutto marginale nel momento in cui l'interessato venga, in ogni caso, a conoscenza (ad es., in sede di motivazione del provvedimento) di tutti i dettagli circa le istruzioni fornite dall'amministrazione e la logica seguita dal sistema informatico per l'assunzione della decisione. Nessun dubbio, insomma, si manifesterebbe circa la dequotazione operata dalla norma in commento.

Infine, vi è la categoria dei vizi formali ininfluenti sul contenuto dispositivo del provvedimento, ossia quei vizi che non incidono sul precetto provvedimentale, ma hanno comunque un rilievo sostanziale non di poco conto in termini di comprensibilità dell'intera sequenza procedimentale.

Si pensi nuovamente al difetto di motivazione, la cui presenza influisce in termini di intellegibilità della decisione amministrativa, tanto nei procedimenti tradizionali quanto in quelli automatizzati.

V'è, però, una sottile differenza: se, nei primi, vi può essere una previsione, anche da parte dell'interessato, circa l'*iter* logico seguito da un funzionario amministrativo (che, in sostanza, dovrebbe limitarsi ad accertare i requisiti previsti per l'esercizio del potere), la medesima non è del tutto possibile quando a prendere la decisione sia una macchina. Ciò, forse, non crea problemi nei procedimenti in cui l'atto è obbligatorio *ex ante*, ma certamente li pone laddove vi sia stata una riduzione della discrezionalità. In questi casi, infatti, la non predeterminabilità *a priori* della fattispecie induce a qualche considerazione aggiuntiva sulla corretta programmazione del *software* che s'impiegherà per lo svolgimento della procedu-

tiva elettorale, fiscale o sulle procedure di notificazione. Per approfondire, V. Cerulli Irelli, *op. ult. cit.*, 196-197.

¹⁰⁸ Si è già detto che non necessariamente occorrerebbe riferirsi all'art. 21-*octies*, co. 2, per escludere l'annullabilità del provvedimento: a favore dell'inquadramento dell'irregolarità nel primo disposto dell'art. 21-*octies*, co. 2, cfr. A. Romano Tassone, *Vizi formali*, cit., secondo il quale, «a dispetto di qualche imprecisione del dettato normativo [...] è di immediata evidenza che, se il vizio denunciato risulta in “astratto” inidoneo a compromettere la correttezza del dispositivo del provvedimento, ciò si verificherà necessariamente anche in concreto»; L. Ferrara, *I riflessi sulla tutela giurisdizionale*, cit., 605; G. Virga, *Le modifiche ed integrazioni alla legge n. 241 del 1990 recentemente approvate. Osservazioni derivanti da una prima lettura*, in www.lexitalia.it, 2005, 1.

¹⁰⁹ Sono le ipotesi c.d. di “irregolarità estesa, forte o non minimale” (contrapposte alle precedenti irregolarità, per l'appunto, “deboli o minimali”): cfr. G. Morbidelli, *Invalidità*, cit., 88; F. Luciani, *Il vizio formale*, cit., 292 ss.

ra, sicché è del tutto doveroso, soprattutto alla luce del principio di conoscibilità, che il privato sia messo nelle condizioni di capire appieno l'*iter* seguito dalla macchina per l'adozione del provvedimento che lo riguarda.

Traendo, quindi, le fila del discorso, si può certamente concludere che l'avvento delle nuove tecnologie digitali riesumi un'importanza della forma che non può essere sottaciuta.

Invero, già negli anni '80, la dottrina aveva ritenuto che «la condizione ottimale di ogni società giuridicamente organizzata [stesse] nell'equilibrata presenza e nel corretto temperamento della componente sostanziale e della componente formale del diritto»¹¹⁰.

Si ritiene di poter condividere apertamente quest'ultima riflessione. Nell'era delle nuove tecnologie, specie di IA, la forma offre una garanzia sostanziale, che è garanzia di umanità: aiuta, cioè, a inserire l'operato della macchina all'interno del sistema giuridico, un sistema degli uomini e per gli uomini¹¹¹.

¹¹⁰ A. Falzea, *Forma e sostanza nel sistema culturale del diritto*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica civile*, Milano, 1999, I, 178.

¹¹¹ In termini, v. anche G. Gallone, *Riserva di umanità*, cit., 196-197, in riferimento alla violazione della riserva d'umanità: «[q]uanto osservato [...] con riguardo al rapporto tra riserva di umanità ed esercizio del potere amministrativo [...] spinge a ritenere che essa possa essere considerata una norma sul procedimento. Il che potrebbe importare, in teoria, l'applicabilità, nell'ipotesi di attività amministrativa vincolata, del meccanismo disegnato dall'art. 21-*octies*, comma 2, della L. n. 241 del 1990, con un conseguente, consistente rischio di dequotazione del vizio medesimo»; tuttavia, «pare difficile ridurre a meramente formale la violazione di un principio a portata immediatamente precettiva, come quello in parola, che affonda le proprie radici nell'art. 2 Cost. e nella tutela della dignità della persona. Tanto che, probabilmente, all'intervento umano nell'adozione del provvedimento va riconosciuto un rilievo non solo procedimentale ma sostanziale ed essenzialmente organizzativo, in maniera non dissimile a quanto accade per la garanzia della motivazione».

Daniele Diaco - Abstract

La forma come garanzia di sostanza "umana": l'impatto dell'automazione procedimentale sull'art. 21-octies, co. 2, della legge n. 241 del 1990

Il lavoro si pone l'obiettivo di sviluppare un quadro analitico delle implicazioni dell'automazione procedimentale sull'art. 21-octies, co. 2, della legge n. 241/1990, in particolare evidenziando i riflessi sulla reale "misura" del vizio formale, così come sulla natura sostanziale o processuale della regola in questione. Il lavoro proverà a dimostrare come la forma, nei procedimenti automatizzati, si ammanti di una più grande forza di resistenza rispetto alla logica dequotativa sottesa a quest'articolo di legge e a delineare uno schema dei principali vizi formali che, in specifici casi, nascondono un'intrinseca garanzia sostanziale.

Form as guarantee of "human" substance: the impact of procedural automation on art. 21-octies, co. 2, of law no. 241/1990

The work aims to develop an analytical framework of the implications of procedural automation on art. 21-octies, co. 2, of the law no. 241/1990, in particular highlighting the reflections on the real "measure" of the formal defect, as well as on the substantial or procedural nature of the rule in question. This paper will try to demonstrate how the form, in automated procedures, is cloaked in a greater force of resistance compared to the dequotation logic which underlies this article of law and will try to outline a scheme of the main formal defects which, in specific cases, hide an intrinsic guarantee of substance to protect human primacy over the machine.

