

SANTO GAETANO

**LA DIGITALIZZAZIONE
DEL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO**

**Edizione aggiornata al D. Lgs. 13 dicembre 2017 n. 217,
modifiche ed integrazioni al Codice
dell'amministrazione digitale**

Prefazione di Donato A. Limone

ISBN 978-88-94968-21-7

© 2018 - Clio S.r.l., Lecce

www.clioedu.it

Proprietà letteraria riservata. Printed in Italy

*Al ricordo di mio padre,
"La terra è fatta di cielo, non ha nido la menzogna.
Mai nessuno si è smarrito. Tutto è verità e passaggio."*

(Fernando Pessoa)

Indice

Prefazione	Pag. 9
Introduzione	“ 13

CAPITOLO I

LE TRADIZIONALI CATEGORIE DELL'ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA NEL QUADRO DELLA DIGITALIZZAZIONE DEL SUO SVOLGIMENTO.

1. L'attività discrezionale della pubblica amministrazione: sua prospettiva quale attività amministrativa proceduralizzata attraverso l'utilizzo di strumenti informatici, ma anche come limite all'automazione delle decisioni amministrative.	“ 23
1.1. (segue): <i>L'automazione dell'attività discrezionale della Pubblica Amministrazione e il problema dell'autolimita.</i>	“ 26
2. L'attività vincolata, la discrezionalità tecnica: dalla predeterminazione delle decisioni amministrative all'automazione decisionale.	“ 32
3. Intelligenza artificiale e automazione dell'attività amministrativa: i sistemi esperti.	“ 34

CAPITOLO II

LA NOZIONE ED I PRINCIPI PROPRI DEL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO DIGITALE

1. Dalla nozione tradizionale di procedimento amministrativo alla nozione di atto amministrativo digitale composto, attraverso il percorso di digitalizzazione e deprocedimentalizzazione.	“ 39
2. I principi propri del procedimento amministrativo digitale.	“ 48
2.1. <i>Art. 3-bis, L. n. 241/90, e art. 41 Codice amministrazione digitale: il principio di digitalizzazione dei procedimenti amministrativi.</i>	“ 49
2.2. <i>Il principio di esclusività digitale.</i>	“ 55
2.3. <i>I principi di multicanalità e di accesso unitario ai servizi.</i>	“ 60
2.4. <i>I principi di dematerializzazione, telematizzazione ed automazione dell'azione amministrativa.</i>	“ 63
2.5. <i>Il principio di neutralità tecnologica.</i>	“ 71
2.6. <i>Il principio di disponibilità ed accessibilità dei dati delle pubbliche amministrazioni: l'accesso interamministrativo in funzione dell'automazione istruttoria.</i>	“ 76

CAPITOLO III

LE FORME DI DIGITALIZZAZIONE DEL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO

1. I procedimenti amministrativi digitali. " 82

SEZIONE I

L'INSTAURAZIONE TELEMATICA DEL RAPPORTO PROCEDIMENTALE E DELLA FASE PREPARATORIA

1. L'assunzione telematica dell'iniziativa procedimentale: la preparazione dell'istanza. " 85

1.1. *La presentazione dell'istanza per via telematica: il problema dell'identità digitale.* " 88

1.2. *Il protocollo informatico e la sua automazione.* " 93

1.3. *Il responsabile del procedimento e i nuovi connotati di tale figura.* " 95

2. I caratteri dell'istruttoria per via telematica. " 99

2.1. *La comunicazione dell'avvio del procedimento e le sue nuove funzioni.* " 101

2.2. *Gestione telematica dell'istruttoria: gli automatismi procedurali dell'istruttoria "formale".* " 103

2.2.1. *(segue) L'istruttoria sostanziale: le acquisizioni istruttorie di informazioni, interessi, pareri e valutazioni.* " 104

3. L'esercizio telematico delle garanzie partecipative. " 109

3.1. *La via telematica del diritto di accesso documentale: rapporti con l'accesso civico.* " 111

3.2. *La partecipazione "collaborativa" per via telematica: presentazione di documenti e memorie.* " 116

3.3. *La partecipazione "antitetica" per via telematica: presentazione di osservazioni in contraddittorio.* " 116

3.4. *La partecipazione "paritaria" per via telematica: conclusione in rete di accordi procedimentali.* " 117

SEZIONE II

LA FASE CONCLUSIVA DEI PROCEDIMENTI AMMINISTRATIVI DIGITALI " 118

1. L'adozione del provvedimento finale nell'ambito di un procedimento amministrativo telematico ed a cooperazione applicativa. " 118

1.1. *L'atto amministrativo dematerializzato ed incorporato in un documento informatico: l'atto amministrativo "digitale".* " 119

1.2. *La sottoscrizione tramite firma digitale dell'atto amministrativo digitale.* " 122

1.2.1. *(segue): gli standard CADES e PAdES di firma elettronica avanzata (firma digitale) e la recente giurisprudenza.* " 125

1.3. <i>La prospettiva del provvedimento dematerializzato e “destrutturato”, l’atto amministrativo digitale a video.</i>	“	128
2. L’adozione del provvedimento nell’ambito di un procedimento amministrativo ad automazione decisionale.	“	129
2.1. <i>L’atto-software: sua predisposizione e qualificazione giuridica.</i>	“	131
2.1.1. <i>(segue) La compilazione dell’atto-algoritmo quale tramite tra volontà dell’amministrazione e programma; limiti all’automazione della decisione amministrativa.</i>	“	134
2.2. <i>L’adozione dell’atto finale: l’atto amministrativo “automatizzato” (o atto ad elaborazione informatica), sua imputabilità e natura.</i>	“	139
2.3. <i>(segue): contenuti motivazionali e forme di esternazione dell’atto automatizzato.</i>	“	143
2.4. <i>Le peculiarità del responsabile del procedimento ad automazione decisionale.</i>	“	146
2.5. <i>La compatibilità tra procedimento ad automazione decisionale e partecipazione dei privati.</i>	“	147
2.5.1. <i>(segue): il riconoscimento del diritto di accesso all’atto-software: TAR, Lazio-Roma, sez. III bis, sentenza 22 marzo 2017, n. 3769.</i>	“	151
3. Gli strumenti digitali per l’integrazione dell’efficacia del provvedimento amministrativo.	“	155
3.1. <i>La comunicazione individuale dell’atto amministrativo attraverso l’utilizzo della PEC (posta elettronica certificata).</i>	“	157
3.2. <i>La pubblicità in Rete dell’atto amministrativo: l’art. 32 della legge n. 69 del 2009 e la prospettiva dei siti web pubblici in funzione di “albo pretorio virtuale”.</i>	“	160

CAPITOLO IV

PROFILI DI INVALIDITÀ DELL’ATTO ADOTTATO CON PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO DIGITALE E RESPONSABILITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

1. Violazione delle norme sul procedimento amministrativo digitale e rapporti con l’art. 21-octies L. n. 241/1990.	“	163
2. I vizi comuni degli atti amministrativi digitali: i requisiti essenziali dell’atto.	“	169
2.1. <i>Carenza dei requisiti di forma dell’atto (documento) informatico: violazione delle regole di formazione, violazione delle regole di equivalenza.</i>	“	170
2.2. <i>Il requisito della sottoscrizione dell’atto informatico, tra formalismo essenziale e strumentale.</i>	“	173
2.3. <i>Il requisito della volontà.</i>	“	177
3. I vizi di legittimità specifici dell’atto amministrativo automatizzato.	“	179

3.1. (segue): Nuove figure sintomatiche dell'eccesso di potere.	"	184
3.2. Vizi derivanti da disfunzioni tecnologiche del sistema informatico di automazione (Hardware).	"	186
3.3. Vizi derivanti da anomalie del programma (Software).	"	188
3.4. Vizi derivanti da inesattezza o incompletezza del dato informatico inserito nel sistema (Input): illegittimità relative all'istruttoria.	"	190
4. Il sindacato e i poteri del Giudice Amministrativo sugli atti amministrativi informatici.	"	193
5. Le tipologie e la risarcibilità del danno da atto amministrativo informatico invalido.	"	200
5.1. (segue): prospettiva di una responsabilità oggettiva della Pubblica Amministrazione.	"	204
5.2. (segue): responsabilità della Pubblica Amministrazione per l'anomalo utilizzo di firme elettroniche.	"	208
6. Invalidità dell'atto amministrativo digitale ed esercizio del potere di autotutela.	"	211
BIBLIOGRAFIA	"	213

Prefazione

Il tema del procedimento amministrativo può essere analizzato rispetto alla filiera decisionale e documentale che contraddistingue il procedimento in generale (in astratto: istanze, istruttoria, conclusione) ed i singoli procedimenti amministrativi nel concreto e rispetto alle singole amministrazioni dove i procedimenti sono stati “generati”, hanno preso corpo e struttura, hanno contribuito a facilitare la relazione (spesso faticosa, contorta e costosa) tra cittadino e amministrazione pubblica. I procedimenti sono regolati nei principi e nei criteri dalla legge 241/90 e sm ma la definizione dell’iter, delle fasi, della durata, della modularità di ciascun procedimento è frutto di prassi amministrative, di processi di formalizzazione spesso non codificati, di tradizioni amministrative e gestionali orali. Tra i principi/criteri del procedimento e la concreta azione procedimentale c’è sempre stata una grossa “frattura”: il procedimento non è mai stato definito come un *“sistema di dati, documenti, decisioni, atti, procedure, ruoli dei soggetti interessati e coinvolti nel/dal sistema stesso”*. In un “sistema” infatti le parti (tutte) interagiscono (in modi e tempi diversi) e non “a caso” perché il sistema viene pre-definito, viene progettato e realizzato. I procedimenti sono frutto di operazioni gestionali a “strati”, frutto di una sequenza (spesso non logica) di azioni incrementalmente. Nelle burocrazie manuali/analogiche e miste (analogiche/digitali) i procedimenti sono frutto di un *“equilibrio instabile” tra discrezionalità, iter non definiti del tutto, tentativi di chiarezza e completezza, attenzione ai costi/prestazioni procedurali*.

Il procedimento come “sistema” oggi è realizzabile in quanto la digitalizzazione di un procedimento richiede un intervento di razionalizzazione e semplificazione, un intervento di formalizzazione e descrizione precisa di tutta la filiera decisionale e documentale:

- informazioni sul procedimento stesso da rendere chiare e complete agli interessati (chi entra nel sito di un’amministrazione deve esercitare il diritto di conoscere il procedimento nella sua totale struttura; non per approssimazione né per sintesi né per un misto di intuizione/certezza);
- utilizzazione di istanze nativamente digitali da attivare sul sito;
- protocollazione delle istanze e degli eventuali documenti digitali allegati;
- istruttoria informatica;
- interazione e partecipazione con i soggetti interessati;
- conclusione del procedimento stesso;
- comunicazione degli atti e pubblicazione degli stessi sul sito (considerando le norme sul trattamento dei dati personali e sul diritto di accesso/informazione)

- monitoraggio sulla qualità dei procedimenti, sulla soddisfazione dei cittadini/interessati, sulla qualità dell'azione amministrativa.

Ma si possono trattare attività procedurali che non presentano un tasso consistente di razionalizzazione e formalizzazione ma dove l'intervento del responsabile del procedimento (o responsabili) richiede una attività "discrezionale" particolare e ci sono casi in cui il procedimento potrebbe essere formato, gestito e concluso in modalità totalmente digitale senza intervento "umano" ma tramite sistemi esperti (robotica amministrativa, intelligenza artificiale, ecc.).

Il procedimento amministrativo informatico, così come definito dal Codice dell'amministrazione digitale (dlgs 82/2005 e sm) all'art. 41, stabilisce al comma 1 che il procedimento amministrativo deve essere gestito con le tecnologie dell'informazione e della comunicazione (anche con servizi di interoperabilità e integrazione), ma al comma 2 il procedimento viene considerato nella logica del "fascicolo" (analogico). All'art. 15 il Codice stabilisce un principio fondamentale: prima si semplifica e poi si digitalizza. Il Codice regola in modo non lineare la relazione tra procedimenti e digitalizzazione.

Il procedimento amministrativo informatico inteso come "sistema" di regole, decisioni, documenti, istruttoria, ecc. non è rilevabile direttamente né dalla legge 241/90 né dal Codice dell'amministrazione digitale ma da una serie di riflessioni sul concetto di documento informatico (regolamento eIDAS), di gestione documentale nativamente digitale (CAD, art. 20, comma 1 bis, 40 e ss.; regole tecniche), sul trattamento dei dati personali (regolamento UE n. 679/2016) e sulla sicurezza informatica (Circolare Agid del 18 aprile 2017; principi del regolamento UE 679/2016 sulla protezione dei dati personali; da ultimo dal dlgs 65/2018 di recepimento della direttiva NIS), sul diritto di accesso/informazione (dlgs 33/2013 e sm). Ma la lettura delle leggi/norme/regole con un approccio sistemico ed integrato è sempre più necessaria se si intende operare nella logica dell'amministrazione digitale (semplificata, digitalizzata, trasparente). Oggi le nostre macchine burocratiche (gran parte) sono da "rottamare" (per modelli organizzativi datati, perché non operano secondo una cultura dei servizi di qualità e di riduzione degli oneri amministrativi, perché operano nella logica della "gestione di pratiche").

Rispetto a questo contesto problematico una riflessione globale sui procedimenti amministrativi e sulle attività amministrative non può che essere utile, funzionale, necessaria.

È lo scopo di questo volume e la struttura del lavoro rivela un approccio sistemico, "oltre" la logica di una relazione puramente formale tra cittadino e amministrazione.

La prima parte del volume è dedicata alle tradizionali categorie dell'attività amministrativa nel quadro della digitalizzazione dell'azione amministrativa

(il procedimento trattato con processi informatici; il procedimento informatico verso una interazione forte uomo/macchina; il procedimento formato e gestito tramite sistemi esperti).

La seconda parte del testo riguarda la nozione ed i principi propri del procedimento amministrativo digitale: dalla nozione tradizionale di procedimento amministrativo alla nozione di atto amministrativo digitale composto, attraverso il percorso di digitalizzazione e deprocedimentalizzazione; il principio di digitalizzazione dei procedimenti amministrativi; il principio di esclusività digitale, di multicanalità e di accesso unitario ai servizi; i principi di dematerializzazione, telematizzazione ed automazione dell'azione amministrativa; il principio di neutralità tecnologica; il principio di disponibilità ed accessibilità dei dati delle pubbliche amministrazioni: l'accesso interamministrativo in funzione dell'automazione istruttoria.

La terza parte del volume riguarda le forme di digitalizzazione del procedimento amministrativo: l'assunzione telematica dell'iniziativa procedimentale: la preparazione dell'istanza; la presentazione dell'istanza per via telematica: il problema dell'identità digitale; il protocollo informatico e la sua automazione; il responsabile del procedimento e i nuovi connotati di tale figura; i caratteri dell'istruttoria per via telematica; la comunicazione dell'avvio del procedimento e le sue nuove funzioni; la gestione telematica dell'istruttoria: gli automatismi procedurali dell'istruttoria "formale"; l'esercizio telematico delle garanzie partecipative; la partecipazione "collaborativa" per via telematica: presentazione di documenti e memorie; la partecipazione "antitetica" per via telematica: presentazione di osservazioni in contraddittorio.

Il volume di Santo Gaetano è certamente denso di implicazioni e considerazioni sotto il profilo dottrinario, metodologico, organizzativo-procedurale ed informatico. Si tratta del lavoro più avanzato che, oltre a delineare il contesto corretto per formare e gestire i procedimenti informatici, apre ad una "nuova visione" del modello di amministrazione digitale, di relazione cittadino/amministrazione, di burocrazia nella società dell'informazione.

Donato A. Limone