

LA PATOLOGIA DELL'ATTO AMMINISTRATIVO ELETTRONICO: SINDACATO GIURISDIZIONALE E STRUMENTI DI TUTELA

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. L'atto amministrativo in forma elettronica. Rinvio. — 3. L'atto amministrativo ad elaborazione elettronica. — 3.1. La sottoscrizione. — 3.2. La volontà. — 3.3. Sindacabilità giurisdizionale dell'azione amministrativa automatizzata. — 3.3.1. Vizi di legittimità dell'atto ad elaborazione elettronica. — 3.3.1.1. Eccesso di potere. — 3.3.1.2. Incompetenza. — 3.3.1.3. Violazione di legge. — 3.3.2. Onere di impugnativa degli atti contenenti le istruzioni. — 3.3.2.1. Impugnabilità del software: critica. — 3.3.2.2. Impugnabilità degli atti contenenti le regole di programmazione del software. — 4. L'istanza di riesame. — 5. Conclusioni.

1. *Premessa.*

Il compito che mi è stato affidato oggi dagli organizzatori di questo evento è quello di relazionare sulla patologia dell'atto amministrativo elettronico, e quindi di analizzare le possibili ragioni di invalidità peculiari di questa tipologia di atti amministrativi, per poi valutare gli strumenti di tutela concessi ai cittadini che si ritengono lesi da atti amministrativi elettronici, nonché l'ampiezza e le modalità secondo cui deve essere compiuto il sindacato giurisdizionale sull'attività posta in essere dalla p.a. attraverso strumenti informatici.

Prima di fare questo, però, è opportuno premettere una breve precisazione.

Avete certamente colto da quanto è stato già detto dai relatori che mi hanno preceduto che quando si parla di atto amministrativo elettronico ci si intende riferire a due diverse tipologie di atto: l'atto amministrativo su *supporto* elettronico e l'atto amministrativo ad *elaborazione* elettronica, le quali stanno all'atto amministrativo elettronico propriamente detto con rapporto di *species a genus*.

Nel primo caso (atto amministrativo su supporto elettronico) il contenuto dell'atto sarà determinato da pubblici funzionari così come accade normalmente, con l'unica differenza, rispetto all'atto per così dire « convenzionale », che lo stesso verrà ad esistenza e si perfezionerà direttamente su supporto informatico; nel secondo caso (atto amministrativo ad elaborazione elettronica), invece, sarà il computer a predisporre il contenuto dell'atto amministrativo (1).

(1) Su tali concetti cfr. A. USAI, *Le prospettive di automazione delle decisioni amministrative in un sistema di teleamministrazione*, in *Dir. inf.*, 1993, 164 s.; G. DUNI, *L'illegittimità diffusa degli appalti di informatica pubblica*, *ivi*, 1995, 38 s.; M. MINERVA, *L'atto amministra-*

Conseguentemente nel primo caso (atto amministrativo in forma elettronica) la particolarità è data dal supporto sul quale l'atto amministrativo viene ad esistere. Nel secondo caso (atto amministrativo ad elaborazione elettronica) la peculiarità è data dalle modalità di definizione della determinazione volitiva racchiusa nell'atto, giacché la stessa è affidata ad un elaboratore.

Peraltro, va detto che, benché non vi sia incompatibilità tra le due diverse specie di atto amministrativo elettronico (2), nondimeno non vi è un nesso di presupposizione tra le stesse, nel senso che può esserci atto amministrativo su supporto informatico senza che il contenuto dello stesso sia stato determinato da elaboratori, così come è possibile che vi sia atto amministrativo ad elaborazione elettronica che, però, si perfezioni ed acquisisca rilevanza giuridica solo dopo che il suo contenuto sia stato trasposto su carta (3).

Poiché sono palesi le differenze tra le due *species* di atto amministrativo elettronico innanzi elencate, è evidente che diverse saranno le patologie possibili in relazione ai due diversi tipi di atti.

Occorre quindi affrontare il tema dell'invalidità dell'atto amministrativo elettronico avendo riguardo a cogliere tali differenziazioni ed a studiare separatamente le problematiche inerenti alla invalidità dell'atto amministrativo su supporto informatico da quelle relative alla invalidità dell'atto amministrativo ad elaborazione elettronica.

2. *L'atto amministrativo in forma elettronica. Rinvio.*

Si è già detto che l'atto amministrativo in forma elettronica è atto amministrativo posto in essere in maniera tradizionale e che l'unica peculiarità di tale tipo di atto è data dal fatto che esso viene ad esistere direttamente su supporto magnetico (4).

Pertanto le sole patologie caratteristiche di tale specie di atti sono quelle

tivo in forma elettronica e la sicurezza dei sistemi informativi pubblici, ivi, 1995, 940 s.; G. DUNI, *Il documento informatico: profili amministrativi*, in *Legalità e giustizia*, 1995, 362 s.; A. SCALA, *L'automazione nella redazione degli atti amministrativi*, in *Nuova rass.*, 1995, 1792 ss.; M. MINERVA, *L'attività amministrativa in forma elettronica*, in questa *Rivista*, 1997, 1301 ss.

(2) Spiega A. USAI, *Le prospettive di automazione*, cit., 165, che « il concetto di atto amministrativo in forma elettronica non è [...] antitetico a quello di atto amministrativo elaborato elettronicamente, in quanto il primo attiene alla forma e il secondo al contenuto ». In termini G. DUNI, *L'illegittimità diffusa*, cit., 38, secondo cui « i due concetti sono totalmente diversi l'uno dall'altro, anche se sono suscettibili di combinarsi, con un risultato di sinergia certamente proficuo per il progresso della Pubblica Amministrazione ».

(3) In questo senso v. A. MASUCCI, *Atto amministrativo informatico*, in *Enc. dir.*, I agg., Milano, 1997, 224. Di diverso avviso A. USAI, *Le prospettive di automazione*, cit., 165, il quale osserva: « Ovviamente la forma elettronica può rivestire un atto amministrativo del tutto umano e tradizionale; certamente però un atto elaborato dalla macchina sarà in forma elettronica ».

(4) Per primo ha elaborato una teoria dell'atto amministrativo in forma elettronica G. DUNI, *L'utilizzabilità delle tecniche elettroniche nell'emanazione degli atti e nei procedimenti amministrativi. Spunto per una teoria dell'atto emanato nella forma elettronica*, in *Riv. amm.*, 1978, 407.

relative alla forma (scritta) ed alle modalità di sottoscrizione, giacché sotto gli altri profili, ed in particolare per quanto attiene alle modalità di determinazione del contenuto, gli atti amministrativi su supporto informatico non si differenziano in nulla dagli atti amministrativi posti in essere secondo le metodologie classiche, e quindi non vi è ragione di dubitare che nei confronti degli stessi valgano gli ordinari strumenti di tutela concessi ai cittadini per reagire ad atti amministrativi cartacei, ove ritenuti lesivi.

E quindi, per studiare le cause d'invalidità dell'atto amministrativo in forma elettronica per carenza dei requisiti di forma o di sottoscrizione si dovrà, all'inverso, valutare quali sono i requisiti — si ripete: tipici di questa categoria di atti, e non anche quelli comuni agli atti amministrativi convenzionali (5) — richiesti a pena d'invalidità per l'esternazione di atti amministrativi su supporto informatico.

Tale indagine, però, è stata già compiuta dai relatori che mi hanno preceduto: vi è stata una intera sessione dedicata alla firma digitale ed al possibile utilizzo della stessa nelle pubbliche amministrazioni, e si è già parlato delle problematiche relative al documento informatico.

Pertanto ritengo opportuno non tornare su questi temi ed approfondire, invece, il diverso aspetto della patologia dell'atto ad elaborazione elettronica.

3. *L'atto amministrativo ad elaborazione elettronica.*

3.1. *La sottoscrizione.*

Passiamo dunque ad analizzare le patologie proprie dell'atto amministrativo ad elaborazione elettronica.

Innanzitutto mi preme soffermarmi sui requisiti di forma, la cui carenza, com'è intuitivo, è causa d'invalidità dell'atto.

Dicevamo in apertura di questo intervento che gli atti amministrativi emanati mediante sistemi automatici possono perfezionarsi e venire ad esistenza sia su supporto informatico che su supporto cartaceo.

Nel caso di atto amministrativo ad elaborazione elettronica su supporto informatico i requisiti di forma richiesti saranno quelli dell'atto amministrativo in forma elettronica (6), ai quali si è già accennato innanzi, con rinvio alle relazioni tenutesi su firma digitale e documento informatico, e su cui sarebbe poco utile e ripetitivo fermarsi.

Nel diverso caso, invece, in cui l'atto ad elaborazione elettronica dovesse essere trasposto su supporto cartaceo, possono sorgere talune problematiche, relative alla sottoscrizione, che è bene approfondire.

Recita l'art. 3, comma 1, del d.lg. 12 febbraio 1993, n. 39: « Gli atti ammini-

(5) Poiché il presente lavoro è incentrato sullo studio delle cause d'invalidità specifiche del solo atto amministrativo elettronico, esula dallo scopo della trattazione analizzare le ragioni di invalidità che accomunano tutti gli atti amministrativi.

(6) Come si è avuto modo di notare l'automazione dei processi decisionali non esclude il perfezionamento su supporto magnetico dei provvedimenti adottati. Nell'ipotesi sopra indicata, quindi, si avrebbe un atto ad elaborazione ed in forma elettronica.

strativi adottati da tutte le pubbliche amministrazioni sono di norma predisposti tramite i sistemi informativi automatizzati ». Continua il comma 2 dello stesso articolo prevedendo che: « Nell'ambito delle pubbliche amministrazioni l'immissione, la riproduzione su qualunque supporto e la trasmissione di dati, informazioni e documenti mediante sistemi informatici o telematici, nonché l'emanazione di atti amministrativi attraverso i medesimi sistemi, devono essere accompagnate dall'indicazione della fonte e del responsabile dell'immissione, riproduzione, trasmissione o emanazione. Se per la validità di tali operazioni e degli atti emessi sia prevista l'apposizione di *firma autografa*, la stessa è *sostituita dall'indicazione a stampa*, sul documento prodotto dal sistema automatizzato, del *nominativo del soggetto responsabile* » (corsivo aggiunto).

La surrichiamata disposizione, quindi, al primo comma riconosce la possibilità della pubblica amministrazione di redigere atti amministrativi servendosi di sistemi informatici automatizzati, anzi prevedendo che tali atti dovranno essere predisposti « di norma » (7) mediante elaboratori elettronici; nello stesso tempo, al secondo comma, per evidenti esigenze di celerità e di snellimento dell'azione amministrativa, si dispone che, ove per gli atti formati direttamente dall'elaboratore sia necessaria l'apposizione di firma autografa, essa possa essere sostituita dalla indicazione a stampa, sul documento prodotto dal sistema automatizzato, del nominativo del soggetto responsabile.

Fatte queste premesse, è opportuno valutare se l'indicazione a stampa del nominativo del soggetto responsabile, così come recita il secondo comma dell'art. 3 del d.lg. 39/93, possa sempre validamente sostituire la firma autografa, ove richiesta, oppure possa farlo solamente in taluni casi. Correlativamente, per tornare al tema della patologia dell'atto, ci si deve domandare, ove si dimostrasse che le modalità di sottoscrizione previste dal comma 2 dell'art. 3 non sono utilizzabili per tutti gli atti amministrativi ad elaborazione elettronica, cosa accadrebbe nel caso di invalida sottoscrizione a mezzo di mera stampigliatura ovvero con sola indicazione a stampa del nominativo del soggetto responsabile.

È bene rispondere alla prima delle domande poste: le modalità di firma previste dal comma 2 dell'articolo 3 del d.lg. 39/93 possono esser utilizzate con riguardo a tutti gli atti amministrativi predisposti con sistemi automatici e venuti ad esistenza su supporto cartaceo?

Una soluzione a tale interrogativo è stata fornita dalla giurisprudenza amministrativa e della Corte di cassazione.

L'Adunanza generale del Consiglio di Stato, che per prima è stata investita della questione, con parere del 24 febbraio 1994, n. 1438 (8), ha affermato che « il meccanismo sostitutivo [...] in base al quale alla firma autografa apposta su alcuni atti può supplire l'indicazione a stampa del nominativo del soggetto responsabile, riguarda esclusivamente le certificazioni amministrative e non anche i provvedi-

(7) Per un'analitica esegesi dell'art. 3 del d.lg. 39/93 e dell'espressione « di norma » in esso contenuta si rinvia a G. DUNI, *L'illegittimità diffusa*, cit., 41 ss.

(8) Cons. St., ad. gen., 24 febbraio 1994, n. 1438, in *Cons. St.*, 1995, I, 147.

menti, per i quali la sottoscrizione con firma autografa è requisito di giuridica esistenza » (9).

La giurisprudenza amministrativa successiva ha avuto modo di occuparsi in diverse occasioni della validità o invalidità degli atti amministrativi (per lo più certificazioni) nei quali la sottoscrizione autografa del funzionario responsabile è stata sostituita con il nominativo del funzionario riportato in calce al documento o con la riproduzione a stampa della sua firma, ed ha più volte confermato la legittimità di una simile modalità di sottoscrizione (10).

Anche la Corte di cassazione ha avuto modo di pronunciarsi in argomento.

In un primo tempo la Corte regolatrice, trovatasi a valutare la legittimità di sanzioni amministrative per violazione al codice della strada predisposte mediante sistemi automatizzati e sottoscritte secondo le modalità indicate nel comma 2 dell'art. 3 del d.lg. 39/93, ha ritenuto valido il verbale di accertamento di violazione al codice della strada redatto con sistema meccanizzato in cui la firma autografa dell'agente accertatore era stata sostituita dall'indicazione nominativa del vigile urbano che aveva proceduto all'accertamento (11).

Recentemente, però, la Suprema Corte è tornata sull'argomento e, valutando l'esatta sfera di operatività dell'art. 3 del d.lg. 39/93, ha ritenuto che esso non possa che applicarsi agli *atti amministrativi informatici in senso stretto*, e cioè a quegli atti amministrativi elaborati da un sistema informatico che non richiedano valutazioni discrezionali o motivazioni correlate alla particolarità del caso concreto. Con l'art. 3 del d.lg. 39/93, spiega la Corte, il legislatore ha voluto semplificare ed accelerare, attraverso l'utilizzo degli strumenti offerti dall'informatica, l'emanazione di quelle tipologie di atti amministrativi seriali che non necessitino di una specifica motivazione, e quindi suscettibili di una completa elaborazione informatica. Tale norma, ad opinione della Corte, non può trovare applicazione nei confronti dei provvedimenti amministrativi, i quali normalmente involgono valutazioni e motivazioni differenziate in relazione alle particolarità delle singole fattispecie, rispetto alle quali lo strumento informatico può essere utilizzato solo come mezzo di documentazione e supporto dell'attività degli organi della pubblica amministrazione (12).

Nella citata sentenza, quindi, la Suprema Corte afferma due principi: ribadisce l'orientamento, già espresso in precedenza (13), della inessenzialità ontologica della sottoscrizione ai fini della validità degli atti amministrativi, e questo soprat-

(9) In termini v. E. TRINGALI, *L'atto amministrativo virtuale. Brevi note sulla « firma elettronica » ex art. 3 D.Lgv. 39/93*, in *Giust. amm. sic.*, 1998, 623, il quale sostiene l'incostituzionalità, sotto vari profili, ma soprattutto per violazione dell'art. 28 della Carta costituzionale, di una disposizione normativa che preveda la possibilità di sottoscrizione degli atti amministrativi con mera indicazione a stampa del soggetto responsabile dell'emanazione dell'atto.

(10) Sul punto v. Cons. St., sez. IV, 1° febbraio 2001, n. 367, in questa *Rivista*, 2001, 271; Cons. rg. sic., 5 maggio 1999, n. 162, in *Cons. St.*, 1999, I, 1002; TAR Marche, 9 maggio 1996, n. 205, in questa *Rivista*, 1996, 3450; TAR Molise, 7 marzo 2001, n. 58, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

(11) Cfr. Cass., sez. I, 6 marzo 1999, n. 1923, in *Cons. St.*, 1999, II, 1299 (s.m.).

(12) Così Cass., sez. I, 28 dicembre 2000, n. 16204, in *Giust. civ.*, 2001, I, 928.

(13) Cfr. Cass., sez. I, 7 agosto 1996, n. 7234, in *Dir. inf.*, 1997, 581; Id., sez. I, 24 settembre 1997, n. 9394; Id., sez. III, 5 maggio 2000, n. 5684, in *Giust. civ.*, 2000, I, 2614.

tutto nelle ipotesi in cui altri elementi dell'atto consentano di accertare la sicura attribuibilità dello stesso a colui che deve esserne l'autore secondo le norme positive (14); ma soprattutto afferma la inapplicabilità dell'art. 3 del d.lg. 39/93 (15) — unica disposizione normativa riferibile *ratione temporis* alla controversia esaminata (16) — alle procedure automatizzate per l'emanazione di atti amministrativi che richiedano valutazioni discrezionali ed, in particolar modo, ai provvedimenti amministrativi.

Anche la Cassazione, seppur per diversa via, giunge alle stesse conclusioni alle quali era giunto il Consiglio di Stato.

Quest'ultimo ha escluso l'applicabilità della disciplina sulla sottoscrizione degli atti emanati mediante sistemi informativi automatizzati contenuta nell'art. 3 del

(14) Mette conto osservare che la giurisprudenza amministrativa è di opposto avviso: cfr. TAR Abruzzo, L'Aquila, 13 febbraio 1998, n. 423, in *I TAR*, 1998, I, 1451, dove si legge: « Costituisce principio generale dell'ordinamento giuridico che gli atti giuridici redatti in forma scritta non si considerano venuti ad esistenza se non recano la sottoscrizione del soggetto che ne è l'autore; pertanto, la totale mancanza della sottoscrizione va configurata come causa di inesistenza dell'atto ». Sul punto v. anche TAR Lombardia, Milano, 22 marzo 1996, n. 351, in *I TAR*, 1996, I, 1829: « La sottoscrizione del provvedimento amministrativo costituisce un elemento essenziale per attestarne l'effettiva riferibilità alla pubblica amministrazione emanante [...] l'omissione di ogni sottoscrizione impedisce la configurazione dell'atto come provvedimento amministrativo ». In termini cfr. TAR Lazio, Roma, sez. I, 1° febbraio 1995, n. 132, in *I TAR*, 1995, I, 957; TAR Sicilia, Palermo, 26 febbraio 1999, n. 471, *ivi*, 1999, I, 1588; TAR Lazio, Roma, sez. II, 10 marzo 1999, n. 833, *ivi*, 1999, I, 1230. Aderisce alla tesi fatta propria dalla Corte regolatrice TAR Liguria, Genova, sez. II, 28 ottobre 1997, n. 328, *ivi*, 1997, I, 4401: « La mancanza di firma in calce all'atto amministrativo monocratico è irrilevante allorché sia possibile procedere all'individuazione del soggetto emanante ».

(15) E quindi anche per la parte della norma che riguarda la sostituzione della firma autografa con mera stampigliatura.

(16) Così Cass., sez. I, 28 dicembre 2000, n. 16204, cit. Nella sentenza si dice espressamente che non può essere esaminata la disciplina normativa introdotta successivamente, in attuazione dell'art. 15 della l. 15 marzo 1997, n. 59: « Il carattere estremamente ristretto della delega conferita al Governo dal sopra menzionato art. 2, comma 1, lett. mm) della legge n. 421 del 1992, fa peraltro propendere per una interpretazione restrittiva della norma, da ritenersi riferibile ai soli atti amministrativi suscettibili di una completa e automatica elaborazione informatica, mentre essa non può ritenersi riferibile ai provvedimenti amministrativi in generale, che, dovendo essere specificamente motivati in relazione al singolo caso concreto, non sono suscettibili di informatizzazione automatica ed in relazione ai quali la legge di delegazione non avrebbe potuto prescindere dalla formulazione di specifici principi e criteri direttivi, con riferimento alle caratteristiche di tali atti, riguardo alle procedure, ai limiti ed agli effetti della loro informatizzazione, così come la norma delegata non avrebbe potuto esimersi dal dettare una particolareggiata disciplina in proposito. Tale interpretazione, che a giudizio di questo collegio appare l'unica che non si ponga in contrasto con l'art. 76 cost., risulta suffragata dalla successiva legislazione, tenuto conto che l'art. 15 della legge n. 59 del 1997, sviluppando successivamente, in maniera evolutiva, il processo di informatizzazione della pubblica amministrazione e delle stesse attività giuridiche dei privati, nello statuire che « gli atti, dati e documenti formati dalla pubblica amministrazione e dai privati con strumenti informatici e telematici, i contratti stipulati nelle medesime forme, nonché la loro archiviazione e trasmissione con strumenti informatici, sono validi e rilevanti a tutti gli effetti di legge », ha previsto la emanazione di specifici regolamenti che dettino criteri e modalità per la concreta attuazione di tale disposizione, in modo da renderne possibile ogni applicazione compatibile con il mezzo informatico e la struttura giuridica degli atti informatizzati ».

d.lg. 39/93 per quegli atti che non fossero mere certificazioni; la Corte della nomofilachia, invece, ha escluso l'utilizzabilità dell'intera disposizione normativa — e quindi anche della parte relativa alle modalità di sottoscrizione degli atti automatici — con riguardo alla categoria dei provvedimenti amministrativi.

Ne consegue, ritornando al tema della patologia, che saranno invalidi gli eventuali provvedimenti redatti mediante sistemi automatizzati nella maniera prima indicata.

Peraltro, poiché la carenza di sottoscrizione, ove richiesta, determina — secondo il costante insegnamento della giurisprudenza amministrativa (17) — l'inesistenza dell'atto, i provvedimenti sottoscritti secondo le modalità previste dal d.lg. 39/93 saranno inesistenti.

3.2. *La volontà.*

Ulteriore elemento essenziale dell'atto amministrativo, la cui mancanza causa l'inesistenza dell'atto, è la volontà.

È stato rilevato, infatti, come nessun atto possa riferirsi all'autore se non sia stato consapevolmente voluto, e a questa regola non si sottraggono gli atti posti in essere da un'autorità amministrativa (18).

Con riguardo agli atti emanati mediante l'utilizzo di procedure elettroniche, la predisposizione del contenuto dell'atto da parte di una macchina potrebbe far dubitare della presenza dell'elemento della volontà e far propendere per l'invalidità degli atti automatici poiché privi di un elemento essenziale.

Un simile modo di argomentare, però, risentirebbe delle teorie civilistiche e privatistiche sulla volontà in base alle quali si ritiene viziato il negozio se l'autore dello stesso non lo abbia voluto realmente, oppure se non lo abbia voluto con quel contenuto. La volontà civilisticamente intesa, quindi, si riferisce sia all'atto che al contenuto dell'atto.

Nel caso di atti amministrativi, invece, la volontà che rileva è la sola volontà dell'atto (l'atto deve essere stato voluto dall'autorità alla quale esso è imputabile), non la volontà del contenuto dell'atto, il quale non è interamente determinato dall'autorità emanante.

Ha spiegato la dottrina amministrativistica, infatti, che nel caso di atti e provvedimenti amministrativi la volontà è *volontà procedimentale* (19): è il risultato

(17) Si rinvia alle pronunce citate in nota 14. Si ricorda, però, il diverso orientamento della Cassazione riportato in nota 13.

(18) Cfr. P. VIRGA, *Diritto amministrativo. Atti e ricorsi*^{III}, Milano, 1995, 42, il quale aggiunge: « L'elemento della volontà dell'atto è necessario, ancorché il contenuto del medesimo sia una manifestazione di scienza o di giudizio (ad es. meri atti) ».

(19) In tal senso M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 174, s., dove si legge: « La volontà nel provvedimento amministrativo, non è una volontà psicologica, né personale: il provvedimento normalmente passa per più uffici, e quindi è frutto del concorso di un numero piuttosto elevato di persone fisiche. Storicamente, in esso la volontà si presenta come un'astrazione, e, giuridicamente, come un'ipostasi ». Sul punto v. altresì B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, I, Milano, 2000, 744 ss.

della concertazione tra più uffici ed organi, ognuno dei quali ha una parte nella assunzione della decisione finale e nella formazione della determinazione volitiva contenuta nel provvedimento adottato. Per quanto riguarda gli atti e provvedimenti amministrativi, a nulla rileva il momento psichico dell'agente, ovvero dell'organo al quale il provvedimento finale è imputabile.

Fatta questa precisazione, quindi, non pare dubitabile che l'atto amministrativo ad elaborazione elettronica, seppure il suo contenuto non sia stato puntualmente individuato dall'organo emanante, non difetti dell'elemento della volontà. Esso è pur sempre voluto dall'autorità che lo emana, nonché il risultato di un preciso procedimento volto all'adozione dello stesso, durante il quale la volontà dell'atto ha avuto modo di estrinsecarsi anche nella scelta di lasciare al software la determinazione del contenuto dell'atto, nonché nella predisposizione delle istruzioni in base alle quali il programma dovrà determinarsi (20).

3.3. *Sindacabilità giurisdizionale dell'azione amministrativa automatizzata.*

A questo punto, esaminato il tema della patologia dell'atto amministrativo ad elaborazione elettronica sotto il profilo della invalidità dello stesso per supposta carenza di taluni elementi essenziali, occorre valutare se e come i provvedimenti predisposti mediante strumenti automatizzati possano essere sindacati dal giudice amministrativo, e, soprattutto, se e come possano essere fatti valere anche nei confronti di tali atti i tipici vizi di legittimità del provvedimento.

La giurisprudenza amministrativa, investita della questione, ha avuto modo di osservare che « sotto il profilo del sindacato giurisdizionale [...] l'azione amministrativa che si avvalga dell'informatica non si differenzia in alcun modo da quella ordinaria, in quanto lo schema logico-giuridico da applicare si identifica pur sempre con quello generale che assume quale strumento necessario la verifica della conformità dell'azione e dei suoi effetti alla norma che li disciplina, in relazione alla circostanziata denuncia, da parte del soggetto che invoca tale sindacato, di una lesione personale, diretta ed attuale. I programmi informatici, per altro, non sono che sequenze di ordini o precetti che la macchina elettronica deve eseguire in

(20) In termini A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico*, Napoli, 1993, 85 ss., che osserva: « La volontà dell'atto informatico è pur sempre estrinsecazione della volontà dell'autorità e non mero prodotto della macchina. Per comprovare la riferibilità dell'atto informatico all'autorità basta tener presente che, in base al principio *causa est causae causati*, la volontà del computer è, quanto alla genesi, volontà dell'autorità: attraverso il programma, lo abbiamo visto, l'autorità predispose in precedenza la « decisione » per un numero indeterminato di casi. E anche se questa decisione avviene in un momento successivo, essa è pur sempre imputabile all'autorità. [...] L'attribuzione di *suità* si fonda su un atto di volontà dell'autorità che ha programmato o fatto programmare il proprio computer in maniera tale da consentire la formazione di determinati atti e delle volontà in essi dichiarate ». Sul punto v. altresì, A. RAVALLI, *Atti amministrativi emanati mediante sistemi informatici: problematiche relative alla tutela giurisdizionale*, in *I TAR*, 1989, II, 262; U. FANTIGROSSI, *Automazione e pubblica amministrazione*, Bologna, 1993, 55.

circostanze predeterminate, cosicché anche di essi è certamente possibile il controllo giurisdizionale » (21).

Anche l'attività automatizzata delle pubbliche amministrazioni, quindi, può essere sindacata dal giudice amministrativo.

La tipologia di censure formulabili per ottenere l'annullamento dell'atto impugnato potrà aver riguardo sia a vizi derivanti dal cattivo funzionamento della macchina, sia ad errori di immissione dei dati necessari per far funzionare il sistema, sia, infine, alla inadeguatezza degli strumenti automatizzati ad apprezzare le concrete esigenze sottese all'agire amministrativo e quindi a porsi come validi strumenti per l'elaborazione del contenuto di provvedimenti.

Partendo dall'analisi di quest'ultima categoria di doglianze, mette conto notare che la giurisprudenza si è espressa indicando l'insindacabilità della decisione della pubblica amministrazione di avvalersi di procedure automatizzate di svolgimento dell'azione amministrativa, poiché scelta afferente al merito, notoriamente sottratto al sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo, tranne che nei casi di illogicità o irrazionalità manifesta delle scelte operate (22).

Esemplificando questa affermazione, si è ritenuto illegittimo, in quanto irrazionale, l'eventuale ricorso a sistemi informatici di correzione delle prove rese dai candidati ad un concorso a pubblico impiego ove la valutazione delle prove concorsuali richieda processi logici complessi di elaborazione del pensiero, poiché questi ultimi, per definizione, non sono programmabili in un elaboratore elettronico, ma realizzabili solo dal cervello umano (23). Del pari l'illegittimità potrebbe derivare dall'obsolescenza ed inadeguatezza del software e hardware utilizzati (24).

Ma a parte questi casi limite, quindi, nei quali è evidente la irragionevolezza dell'attività posta in essere dalla p.a. per l'inidoneità delle strutture informatiche utilizzate — giacché inadeguate — al perseguimento delle finalità sottese all'agire amministrativo, deve ritenersi legittima, nonché insindacabile poiché scelta di merito, la valutazione discrezionale di avvalersi di procedure informatizzate per la predisposizione di atti amministrativi (25).

(21) Così Cons. St., sez. VI, 7 febbraio 1995, n. 152, in questa *Rivista*, 1995, 364. Nello stesso senso v. Id., sez. VI, 24 ottobre 1994, n. 1561, *ivi*, 1994, 2438; Id., sez. VI, 23 novembre 1994, n. 1687, in *Cons. St.*, 1994, I, 1635; Id., sez. VI, 24 ottobre 2000, n. 5682, in questa *Rivista*, 2000, 3254; Id., sez. VI, 7 maggio 2001, n. 2531, in questa *Rivista*, 1225.

(22) In tal senso v. TAR Sicilia, Palermo, 30 aprile 1996, n. 468, in questa *Rivista*, 1996, 3482.

(23) Così TAR Campania, Napoli, sez. I, 26 ottobre 1992, n. 333, in *I TAR*, 1992, I, 4958; nella specie il TAR ha escluso che ci fosse tale illegittimità proprio perché si trattava di prova concorsuale la cui correzione non richiedeva particolari valutazioni discrezionali: « Legittimamente, pertanto, può procedersi alla valutazione di prove pratiche di dattilografia e di calcolo, mediante un lettore ottico collegato da un lato ad un terminale e dall'altro a singole macchine meccaniche » (TAR Campania, Napoli, sez. I, 26 ottobre 1992, n. 333, cit.).

(24) Così TAR Sicilia, Palermo, 30 aprile 1996, n. 468, in questa *Rivista*, 1996, 3482, che però esclude che nel caso all'esame del collegio vi sia stata la denunciata obsolescenza.

(25) In questo senso v. Cons. St., sez. VI, 26 giugno 1998, n. 1027, in questa *Rivista*, 1998, 1795, dove si spiega: « Nei pubblici concorsi legittimamente è disposta l'utilizzazione di metodologie informatiche ai fini della rilevazione dell'esattezza delle risposte ai quesiti prospettati dalla commissione esaminatrice, allorché le prove vertano su materie suscettibili

Ulteriore tipologia di censure per mezzo delle quali è possibile chiedere ed ottenere l'annullamento dell'atto amministrativo ad elaborazione elettronica at-tiene, poi, ad eventuali errori o inefficienze nel funzionamento della macchina — causate sia da problemi hardware che software (26) —, riverberatisi in motivi di illegittimità dell'atto emanato (27).

Un simile sindacato, però, impone una esatta e circostanziata denuncia degli errori in cui è incorsa la macchina e una precisa indicazione delle conseguenze pregiudizievoli sulle posizioni soggettive del ricorrente causate da tali errori dell'elaboratore (28).

di riscontri tecnico-obiettivi di sicura affidabilità, la cui esecuzione in particolare sia avvenuta mediante apparecchi elettronici». In termini cfr. TAR Marche, 26 febbraio 1999, n. 236, in questa *Rivista*, 1999, 1582.

(26) Si sofferma a valutare l'efficienza del software e dell'hardware impiegati per la correzione degli elaborati di un pubblico concorso, concludendo per la adeguatezza dell'hardware e la inadeguatezza del software, TAR Lazio, Roma, sez. II, 16 settembre 1992, n. 1809, in *I TAR*, 1992, I, 3785.

(27) Spiega A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico*, cit., 120, che « non bisogna [...] sottovalutare l'importanza dei vizi dell'atto derivanti da illegittimità dell'atto programma. Se questo atto si pone [...] come « atto-madre » del procedimento decisionale, ne consegue che eventuali illegittimità (dell'atto programma) viciano l'atto finale del procedimento. In forza del *principio di derivazione* si riflettono — è noto — sull'atto amministrativo finale tutti i vizi relativi ai singoli atti del procedimento ». Sul punto v. altresì A. USAI, *Le prospettive di automazione*, cit., 185; nonché R. BORRUSO, *Informatica giuridica*, in *Enc. dir.*, I agg., Milano, 1997, 647 s., il quale fa notare: « Si parla poi di « rischio informatico » per avvertire che più istruzioni condizionate di un *software* si possono combinare tra loro, in determinate circostanze, in modo impreveduto sì da generare un *output* abnorme ».

(28) In argomento cfr. Cons. St., sez. VI, 7 maggio 2001, n. 2531, cit., dove si legge: « Il giudice amministrativo, investito della cognizione sulla legittimità di una procedura concorsuale, non ha il potere di estendere la propria giurisdizione all'opportunità delle scelte discrezionali o, addirittura alla valutazione tecnica degli strumenti operativi adoperati ed in tale ambito devono essere ricompresi la scelta di utilizzare l'elaborazione elettronica dei dati nelle procedure concorsuali e l'idoneità di tale sistema alla selezione dei candidati, che pertanto non soggiacciono al controllo di legittimità del giudice amministrativo, con la conseguenza ulteriore che, ove, come nella specie, si verta in tema di procedura svoltasi con l'utilizzazione dell'elaborazione elettronica dei dati, *allorché nessuna censura è mossa*, sotto il profilo della legittimità, alla regolarità delle procedure seguite dall'amministrazione ed alla *funzionalità del sistema automatico di correzione*, in particolare con riferimento al programma dei caratteri per la valutazione degli errori riscontrati nelle prove [...] e nessuna prova sia stata d'altra parte offerta dagli interessati o rinvenuta dal giudice sull'uso erroneo del programma informatico o sulla sua cattiva applicazione, è viziata la decisione che poggia sul giudizio tecnico dello stesso giudice sui programmi adoperati, giudizio che, in quanto proveniente da un organo incompetente sotto tale profilo, appare per ciò stesso inattendibile ». In termini Cons. St., sez. VI, 23 novembre 1994, n. 1687, cit.

Insiste sulla necessità di specifiche doglianze volte a dedurre e provare le carenze del sistema automatizzato e gli errori da questo commessi Cons. St., sez. VI, 24 ottobre 2000, n. 5682, cit, sentenza nella quale il giudice adito — valutando censure analoghe a quelle esaminate nella sopra citata sentenza 2531/2001, ed in presenza di puntuale specificazione degli errori commessi dal sistema automatizzato e delle conseguenze dannose per le posizioni soggettive del ricorrente causate da tali errori — ha riconosciuto la sussistenza dei succitati errori, così ritenendo fondati i motivi di gravame.

Sul punto v. altresì TAR Puglia, Bari, sez. I, 30 giugno 2001, n. 2623, in *www.giustizia-amministrativa.it*, dove viene detto che « al giudice amministrativo, in assenza di prove, non

Inoltre, nell'esaminare tali tipologie di censure, il giudice amministrativo dovrà far ricorso a verificazioni o a consulenze tecniche in grado di adiarlo nella valutazione in ordine alla reale sussistenza di errori di funzionamento della macchina che abbiano avuto influenza sulla determinazione del contenuto dell'atto impugnato (29). Questo tranne che, ovviamente, l'errore non sia di tale evidenza da rendere superflua qualsivoglia ulteriore attività istruttoria (30).

Infine, non pare sussistano problemi di sorta in ordine alla impugnabilità di provvedimenti viziati a causa di errori di immissione dati nel sistema automatizzato (31). Anzi, proprio perché ogni piccola imprecisione o errore nell'immissione di informazioni nel caso di automazione amministrativa, vista la rigidità nel funzionamento di questi sistemi, può condurre a palesi illegittimità, si rende necessario porre particolare attenzione al momento dell'immissione dati (32).

è consentito sindacare la bontà dei programmi informatici utilizzati per la correzione delle prove di concorso ».

(29) Cfr. Cons. St., sez. VI, 7 febbraio 1995, n. 152, cit., dove si legge che, ai fini della verifica da parte del g.a. della presenza di errori nell'elaborazione dell'atto amministrativo « si richiede una conoscenza della scienza informatica in tale grado che consenta di valutare il contenuto di quei precetti e le funzionalità delle macchine, considerato il risultato finale a cui la macchina, in perfette condizioni di funzionamento, sia pervenuta dando ad essi esecuzione. E, benché il giudice sia « il perito dei periti », tale valutazione non può che essere rimessa al giudizio di esperti consulenti ».

(30) Cfr. TAR Lazio, Roma, sez. II, 16 settembre 1992, n. 1809, cit., con cui si annulla il giudizio di non idoneità espresso nei confronti di taluni partecipanti al concorso: « Per gli elaborati di dattilografia il collegio ha posto a confronto il testo da battere (così come distribuito ai candidati con le sue anomalie di spazi e caratteri), con il testo battuto (in ipotesi più volte), e la scheda dei punteggi contabilizzati a mo' di verbale; la sua valutazione è stata [...] di riscontro oggettivo nel computo degli errori, rilevando l'illegittimo computo di quelli inesistenti ed una disparità di valutazione fra le prove, sostenute e valutate in giorni diversi, che presentavano lo stesso (asserito) errore ». Il giudice adito, nel caso di specie, ha ritenuto di poter prescindere dal compiere attività istruttoria stante l'evidenza degli errori compiuti dal software di lettura ottica degli elaborati che aveva provveduto a conteggiare come errori parole e frasi scritte correttamente; pertanto ha ritenuto inaffidabili sia il software Ocr che quello di riconoscimento degli errori utilizzati dall'amministrazione per la correzione degli elaborati di dattilografia. Nello stesso senso v. altresì Cons. St., sez. VI, 24 ottobre 2000, n. 5682, cit.; TAR Lazio, Roma, sez. II, 4 marzo 1994, n. 278, in *I TAR*, 1994, I, 1333; TAR Lazio, Roma, sez. II, 15 luglio 1994, n. 864, *ivi*, 1994, I, 2996.

(31) Cfr. A. USAI, *Le prospettive di automazione*, cit., 186, che fa notare: « Il vizio che riguarda il momento genetico, i presupposti dell'atto amministrativo elettronico, si riverbera sul provvedimento finale per il principio di derivazione, rendendolo illegittimo ».

(32) Così A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico*, cit., 118, il quale osserva: « A rendere particolarmente rilevante il ruolo giocato dall'*input* sulla « legittimità » dell'atto finale concorre il fatto che, nel caso di procedimento automatizzato, pur piccole imprecisioni dei dati possono alterare lo svolgimento (meccanico) del procedimento e portare a conclusioni errate. Lo svolgimento automatizzato (basato sull'alternativa « o ... o ») aggrava, infatti, il tradizionale problema dell'errore nel procedimento amministrativo: una piccola imprecisione dei dati innesca nel procedimento automatizzato un meccanismo a catena che può portare ad una conclusione completamente diversa da quella che sarebbe stata plausibile ».

3.3.1. *Vizi di legittimità dell'atto ad elaborazione elettronica.*

Appurata la sindacabilità dell'azione amministrativa automatizzata, bisogna scendere ad analizzare in concreto, ora, quali sono i rimedi che l'ordinamento concede ai cittadini lesi da tale azione, e soprattutto come possano essere utilizzati con riguardo agli atti ad elaborazione elettronica i vizi di legittimità dell'atto amministrativo: l'eccesso di potere, l'incompetenza e la violazione di legge.

3.3.1.1. *Eccesso di potere.*

Il vizio di legittimità la cui utilizzazione al fine di censurare atti amministrativi ad elaborazione elettronica pone maggiori spunti problematici è l'eccesso di potere.

Questo, perché quello indicato è innanzitutto vizio attinente al cattivo uso della discrezionalità amministrativa; il ricorso all'eccesso di potere, quindi, dovrebbe presupporre l'esercizio di attività discrezionali (33).

Parlare di eccesso di potere con riferimento ad attività amministrative automatizzate potrebbe, quindi, indurre a credere che chi vi parla abbracci quell'orientamento dottrinale che ritiene possibile far ricorso alla automazione dei procedimenti amministrativi anche nel caso di attività discrezionale (34).

(33) Sull'eccesso di potere come vizio tipico dell'attività discrezionale v. Cons. St., sez. IV, 16 ottobre 1995, n. 821, in questa *Rivista*, 1995, 2164; Id., sez. V, 13 novembre 1995, n. 1533, *ivi*, 1995, 2595; Cons. rg. sic., 18 marzo 1998, n. 173, in *Cons. St.*, 1998, I, 492; Id., 25 marzo 1999, n. 98, *ivi*, 1999, I, 511; Cons. St., sez. V, 22 febbraio 2001, n. 984, in questa *Rivista*, 2001, 452; TAR Umbria, 10 ottobre 1997, n. 518, in *Rass. giur. umbra*, 1998, 539. In dottrina v. P. GASPARRI, *Eccesso di potere (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 126 ss.; F. MODUGNO, M. MANETTI, *Eccesso di potere. Eccesso di potere amministrativo*, in *Enc. giur.*, X, Roma, 1989, 2 ss.; G. SALA, *L'eccesso di potere amministrativo dopo la legge 241/1990: un'ipotesi di ridefinizione*, in *Dir. amm.*, 1993, 175 ss.; P. VIRGA, *Diritto amministrativo*, cit., 126.

(34) Vi è contrasto in dottrina sulla possibilità di utilizzo dell'elaborazione elettronica anche per l'adozione di atti a contenuto discrezionale. Tendono a negare tale eventualità G. CARIDI, *Informatica giuridica e procedimenti amministrativi*, Milano, 1983, 145 ss.; B. SELLERI, *Gli atti amministrativi « in forma elettronica »*, in *Dir. soc.*, 1982, 140 s.; E. GIANNANTONIO, *Manuale di diritto dell'informatica^{II}*, Padova, 1997, 564; M. MINERVA, *L'attività amministrativa*, cit., 1304; A. MASUCCI, *Atto amministrativo informatico*, cit., 222. Lo stesso autore, però, ha in altra opera esplicitato che può utilizzarsi l'automazione amministrativa, oltre che in ipotesi di attività vincolata, anche nel caso di fattispecie discrezionali a bassa complessità: A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico*, cit., 35. Di diverso avviso, poiché ritengono utilizzabile l'automazione anche nel caso di attività discrezionale, A. RAVALLI, *Atti amministrativi*, cit., 261 s.; V. BUSCEMA, *Discrezionalità amministrativa e reti neurali artificiali*, in questa *Rivista*, 1993, 620.

Pone particolare attenzione alle modalità di utilizzo di forme di autolimitazione al fine di determinare preventivamente, e cioè al momento della predisposizione del programma, le modalità di esercizio della discrezionalità, in maniera tale da consentire l'automazione anche di processi decisionali discrezionali U. FANTIGROSSI, *Automazione e pubblica amministrazione*, cit., 81 ss. Viceversa aderisce alla tesi che ritiene non automatizzabile l'attività discrezionale, ed in particolare contesta l'utilizzo generalizzato dello strumento dell'autolimita da parte delle pubbliche amministrazioni A. USAI, *Le prospettive di automazione*, cit. 181 s., ad opinione del quale, l'unica possibilità per l'elaborazione elettronica degli atti amministrativi discrezionali sarebbe quella di fare utilizzo di sistemi esperti, non senza, però,

In realtà, preferendo lasciare la soluzione della indicata questione della utilizzabilità di procedure automatizzate anche nel caso in cui l'attività amministrativa sia connotata da margini di apprezzamento discrezionale a chi ha le competenze tecniche necessarie per valutare un simile aspetto, ci si limita ad osservare come sia difficile che un procedimento possa essere del tutto vincolato e come spesso, anche nel caso in cui la legge non lasci ampi spazi alla discrezionalità amministrativa, l'azione stessa non sia completamente vincolata (35).

Ne consegue che anche ove si dovessero ritenere non utilizzabili le procedure automatiche con riguardo all'attività vincolata, nondimeno potrebbero residuare spazi di discrezionalità amministrativa nei relativi procedimenti, sindacabili giurisdizionalmente per eccesso di potere. E comunque, giova osservare che — per costante insegnamento del giudice amministrativo — si potrà far ricorso al vizio di eccesso di potere anche nei confronti dell'attività vincolata tutte le volte in cui l'illegittimità dell'atto sia dovuta ad un travisamento dei fatti o ad una erronea valutazione dei presupposti (36), le quali causerebbero — ovviamente — un'erronea immissione dei dati nell'elaboratore.

Procedendo ad una breve analisi della giurisprudenza in argomento, si può vedere che i giudici amministrativi hanno talora ritenuto sussistere il vizio di eccesso di potere per *difetto d'istruttoria* (37) in ipotesi di omessa verifica diretta

aver proceduto prima ad una adeguata sperimentazione (*op. ult. cit.*, 183).

Sul concetto di *sistemi esperti* si rinvia all'apposita voce in Webopedia.com (dizionario online delle tecnologie informatiche) che li definisce come « *a computer application that performs a task that would otherwise be performed by a human expert. For example, there are expert systems that can diagnose human illnesses, make financial forecasts, and schedule routes for delivery vehicles. Some expert systems are designed to take the place of human experts, while others are designed to aid them. Expert systems are part of a general category of computer applications known as artificial intelligence. To design an expert system, one needs a knowledge engineer, an individual who studies how human experts make decisions and translates the rules into terms that a computer can understand* ». Si soffermano a studiare un possibile uso giuridico di tali sistemi E. GIANNANTONIO, *Informatica giuridica*, in *Enc. giur.*, XVI, Roma, 1989, 5; A.A. MARTINO (a cura di), *Sistemi esperti nel diritto*, Padova, 1989; M.G. LOSANO, *Informatica giuridica*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., IX, Torino, 1993, 419; G. PASCUZZI, *Cyberdiritto*, Bologna, 1995, 230 ss.; R. BORRUSO, *Informatica giuridica*, cit., 662 ss.

(35) In argomento cfr. B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, I, Milano, 2000, 876, il quale fa notare come appaia preferibile esprimere il collegamento tra eccesso di potere e discrezionalità affermando che il primo è escluso solo con riferimento ai momenti vincolati dell'azione amministrativa. In argomento v. altresì M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo*, Milano, 1939, 209, ad opinione del quale si ha attività amministrativa totalmente vincolata quando la norma disponga sia in ordine al contenuto dell'atto, sia in ordine al quando lo si debba emanare, sia in ordine al come esso debba essere formato, concludendo, però, che tale evenienza ricorre in casi del tutto eccezionali.

(36) V. Cons. St., sez. VI, 1° dicembre 1999, n. 2055, in questa *Rivista*, 1999, 2575. Nello stesso senso cfr. Cons. St., sez. V, 15 settembre 1997, n. 979, in *Comuni Italia*, 1998, 590; Cons. St., sez. V, 29 aprile 2000, n. 2541, in questa *Rivista*, 2000, 1327.

(37) Benché vi sia tentativo dottrinale di ricondurre il difetto d'istruttoria ad un'ipotesi di violazione di legge (cfr. G. SALA, *L'eccesso di potere amministrativo*, cit., 183 ss.), la giurisprudenza continua ad ascrivere il difetto d'istruttoria al vizio d'eccesso di potere: cfr. Cons. St., sez. VI, 23 settembre 1998, n. 1283, in *Cons. St.*, 1998, I, 1368; Id., sez. VI, 14 ottobre 1999, n. 1360, in questa *Rivista*, 1999, 2117; Id., sez. VI, 28 gennaio 2000, n. 415, *ivi*,

della completezza dei documenti allegati all'istanza presentata al fine di conseguire taluni benefici ed agevolazioni — evidentemente atto al quale sarebbe conseguito, ove si fosse verificata la presenza dei presupposti di legge (e cioè della documentazione richiesta), l'ammissione alla seconda fase del procedimento volto alla concessione delle agevolazioni in parola —, viceversa limitandosi alla mera verifica con sistema ottico della scheda per la lettura elettronica predisposta, secondo il modulo prestampato dalla stessa amministrazione, a cura dell'interessato istante, ed indicante i documenti prodotti (38).

In altra occasione si è ritenuto sindacabile in sede di giurisdizione di legittimità per eccesso di potere, per *travisamento dei fatti e difetto di motivazione*, il provvedimento di non superamento della prova pratica causato dal non corretto funzionamento degli strumenti informatici utilizzati per la correzione delle prove di dattilografia (39), nonché per eccesso di potere per *irrazionalità dell'errore conteggiato* e di *disparità di valutazione con gli altri elaborati* (40) analogo provvedimento di non superamento della prova pratica di procedura concorsuale per l'ammissione a pubblico impiego, giacché il non superamento era stato determinato da un difettoso funzionamento del software utilizzato per la correzione della prova il quale aveva fallacemente computato come errori passaggi dattiloscritti (si trattava anche in questo caso di prova di dattilografia) scritti correttamente; peraltro — a causa della sostituzione, mentre erano ancora in corso le operazioni di correzione degli elaborati della prova concorsuale, del sistema di riconoscimento caratteri originariamente utilizzato, poiché dimostratosi poco affidabile, con un sistema Ocr maggiormente sensibile — è accaduto che elaborati con identici errori di battitura sono stati valutati diversamente. Da qui la rilevata disparità di valutazione con gli altri elaborati.

Dall'analisi dei non numerosi precedenti giurisprudenziali in materia si può rilevare come innanzitutto saranno utilizzabili quelle figure di eccesso di potere volte a censurare il difetto d'istruttoria, l'errore di fatto, il travisamento dei presupposti. Tali figure sintomatiche di eccesso di potere — per mezzo delle quali si denuncia una non adeguata valutazione del fatto ed una conseguente non corretta o insufficiente immissione dei dati nell'elaboratore — potranno essere utilizzate soprattutto nel caso di illegittimità dovuta ad inesattezze delle informazioni fornite alla macchina.

Meno probabile — anche se non impossibile — appare il ricorso a figure come la disparità di trattamento, la contraddittorietà (41), l'irrazionalità, l'illogicità, la perplessità, giacché appare poco probabile che un software ben programmato incorra in tali vizi (42). Al contrario, l'automazione amministrativa, oltre che

2000, 134; Id., sez. VI, 30 ottobre 2000, n. 5801, in *Giur. bollett. legisl. tecnica*, 2001, 168; TAR Toscana, sez. I, 15 gennaio 2001, n. 36, in *Comuni Italia*, 2001, 607.

(38) Cons. St., sez. VI, 14 ottobre 1999, n. 1360, in questa *Rivista*, 1999, 2117.

(39) Cons. St., sez. VI, 24 ottobre 2000, n. 5682, cit.

(40) TAR Lazio, Roma, sez. II, 16 settembre 1992, n. 1809, cit.

(41) Che può verificarsi nel caso in cui vi sia una modifica del software utilizzato o delle istruzioni in base alle quali questo funziona.

(42) Cfr. A. USAI, *Le prospettive di automazione*, cit., 187, dove si legge: « Il sistema [...] se ben programmato, ben difficilmente darà luogo ad atti aventi elementi contraddittori

favorire lo snellimento e la celerità dell'operato della pubblica amministrazione, dovrebbe garantire innanzitutto maggiore trasparenza, obiettività e logicità dei processi decisionali.

Del pari, appare difficile immaginare che un procedimento adottato mediante un sistema automatizzato possa essere viziato per sviamento (43). Una simile evenienza, infatti, presupporrebbe un evidente errore o sviamento già al momento dell'immissione delle istruzioni nell'elaboratore.

Di eccesso di potere per difetto di motivazione si è già detto, giacché si è visto che in un caso il Consiglio di Stato ha ritenuto di rilevare tale vizio anche con riguardo all'attività amministrativa informatizzata. Ed infatti, poiché l'art. 3 della l. 7 agosto 1990, n. 241 prevede un obbligo generalizzato di motivazione per i provvedimenti amministrativi, tranne che nelle ipotesi in cui tale onere motivazionale possa essere omissivo (44), tutti i provvedimenti, nessuno escluso, devono recare adeguata motivazione in ordine alle ragioni sottese all'agire amministrativo.

A questa regola non fanno eccezione i provvedimenti predisposti mediante sistemi automatizzati (45).

Al contrario, la regola della motivazione deve valere *a fortiori* con riguardo a

o illogici, sia tra varie parti di esso, sia in riferimento ad altri atti ». Lo stesso autore, però, osserva che « un software non idoneo, mal programmato, insufficiente, tendenzialmente renderà illegittima la decisione discrezionale per eccesso di potere dovuto a illogicità o contraddittorietà dell'atto ».

(43) In termini A. USAI, *Le prospettive di automazione*, cit., 187

(44) Come ad esempio nel caso di attività vincolata: cfr. Cons. St., sez. IV, 8 maggio 2000, n. 2637, in questa *Rivista*, 2000, 1666.

(45) Nello stesso senso A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico*, cit. 98 ss., il quale fa notare che « se nel nostro ordinamento il menzionato obbligo [di motivazione] risponde alle esigenze di rendere « leggibile » come si è formata la decisione e di dimostrare, oltre che al destinatario, alla collettività che la decisione è « giustificabile » secondo le leggi in vigore, queste « ragioni » sono del tutto valide ed attuali anche nel caso di atti amministrativi informatici. Anzi, in questo caso l'esigenza di trasparenza è più forte di quanto non lo sia per gli stessi atti amministrativi manuali. Solo una puntuale motivazione dell'atto informatico può, infatti, attutire la sensazione di oscurità e di anonimato che il privato avverte verso il procedimento automatizzato. Solo una puntuale motivazione può assicurare nel caso dell'atto amministrativo informatico l'instaurazione di quel « dialogo-controllo » tra autorità/privato e collettività che è, come abbiamo ricordato, la « ragione » a fondamento della nuova disciplina sulla motivazione ». In termini A. USAI, *Le prospettive di automazione*, cit., 178. Di avviso parzialmente diverso U. FANTIGROSSI, *Automazione e pubblica amministrazione*, cit., 134, il quale sostiene che, poiché la motivazione — secondo un pacifico insegnamento giurisprudenziale — è richiesta solo per gli atti discrezionali, « dato che nell'attività amministrativa automatizzata la discrezionalità è esaurita con l'atto-*software*, l'atto automatico si pone rispetto ad esso come vincolato e quindi non vi sarà necessità di alcuna motivazione ». Continua l'autore spiegando che « l'atto automatico più che totalmente privo di motivazione potrà dirsi motivato *ob relationem* se conterrà anche un semplice richiamo del provvedimento generale con cui è stato approvato il programma » (*op. ult. cit.*, 135).

La tesi ultima citata, però, omette di considerare come, per espressa previsione dell'art. 3, comma 2, della l. 241/90, la motivazione non è necessaria per gli atti a contenuto generale, come certamente possono essere quelli che contengono le istruzioni in base alle quali il singolo atto automatico dovrà essere emanato. Per contro, la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto necessaria la motivazione anche degli atti applicativi di provvedimenti a conte-

questa tipologia di provvedimenti, a maggior ragione ove si pensi che, in difetto di adeguata motivazione che dia contezza delle ragioni poste alla base della determinazione volitiva contenuta nell'atto, non sarebbe agevole per il cittadino — ma anche per il giudice amministrativo che in ipotesi dovesse trovarsi a sindacare la legittimità dell'atto — cogliere i motivi che hanno condotto a quel risultato. La cripticità del linguaggio macchina e la impossibilità — in difetto di adeguata spiegazione — di comprendere quali sono stati i passaggi che hanno portato all'emanazione dell'atto (46), priverebbe il cittadino del diritto di comprendere bene le ragioni della decisione amministrativa e quindi, in buona sostanza, del diritto di far valere eventuali illegittimità della stessa.

Ed infine, più probabile appare l'ipotesi di atto amministrativo informatico viziato per violazione dell'autolimita. Nel momento della predisposizione del programma in base al quale l'elaboratore provvederà a determinare il contenuto degli atti, l'autorità amministrativa indica precisi criteri (poi tradotti in linguaggio macchina) in base ai quali l'elaboratore dovrà procedere. Il non rispetto di tali criteri, quale che ne sia la causa, invalida l'atto adottato sotto il profilo della violazione dell'autolimita (47).

3.3.1.2. *Incompetenza.*

L'applicabilità del vizio di incompetenza agli atti ad elaborazione elettronica non pone particolari problemi.

Anche tali atti, come ogni atto amministrativo, e a prescindere dalle modalità di determinazione del contenuto, sono atti adottati da un'autorità amministrativa e ad essa ascrivibili.

Pertanto, sotto tale profilo, gli atti redatti con sistemi informatici non si differenziano in nulla da quelli posti in essere con metodologie convenzionali. Sia gli uni che gli altri sono imputati ad un'autorità, la cui eventuale incompetenza renderà illegittimo l'atto emanato (48).

nuto generale. In argomento v. Cons. St., sez. V, 18 aprile 2001, n. 2330, in questa *Rivista*, 2001, 872; TAR Valle d'Aosta, 22 maggio 1998, n. 67, *ivi*, 1999, 140.

(46) Questi pericoli sono molto ben illustrati da A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico*, cit., 101.

(47) Sull'eccesso di potere per violazione dell'autolimita amministrativo cfr. P. VIRGA, *Eccesso di potere per mancata prefissione dei parametri di riferimento*, in *Scritti M.S. Giannini*, Milano, 1988, I, 583.

(48) Quanto detto vale, ovviamente, nel caso che si tratti di *incompetenza relativa*. Nel diverso caso in cui vi dovesse essere *incompetenza assoluta* l'atto emanato sarà inesistente. Sull'incompetenza quale vizio di legittimità e sulla differenza tra incompetenza relativa ed assoluta cfr. L. MAROTTA, *La linea di demarcazione tra incompetenza relativa ed assoluta quali vizi di legittimità dell'atto amministrativo, nella dottrina e nella più recente giurisprudenza della Corte di cassazione*, in *Giust. civ.*, 1985, II, 171; F. MIGLIARESE, *Incompetenza (dir. amm.)*, in *Enc. giur.*, XVI, Roma, 1989; B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, cit., 885.

3.3.1.3. *Violazione di legge.*

Infine, pare potersi dire quanto già detto in merito alla competenza anche per quanto riguarda il vizio di violazione di legge.

Non sembra, infatti, potersi dubitare della censurabilità dell'atto amministrativo ad elaborazione elettronica tutte le volte in cui lo stesso possa essere viziato per violazione o falsa applicazione di una norma disciplinante il caso concreto (49); né la circostanza che le determinazioni volitive contenute nell'atto viziato per violazione di legge siano state poste in essere da un computer fa sorgere particolari problemi di applicabilità del vizio, propri di questa tipologia di atti, né richiede accorgimenti peculiari al momento dell'impugnativa.

Forse, solo per risolvere eventuali dubbi che potrebbero sollevarsi in proposito, conviene ricordare che anche con riguardo agli atti automatici può prospettarsi vizio di violazione di legge per omessa applicazione dell'art. 3 della l. 241/1990, giacché anche per questi atti vige l'obbligo di motivazione che l'art. 3 estende a tutti i provvedimenti amministrativi, tranne poche eccezioni. Di questo, però, abbiamo già detto analizzando l'eccesso di potere per difetto di motivazione e non ritengo di dover tornare sull'argomento.

Ulteriore figura tipica di violazione di legge la cui sussistenza è astrattamente ipotizzabile anche per gli atti ad elaborazione elettronica è quella della violazione delle disposizioni della l. 241/1990 in tema di partecipazione procedimentale.

Anche per gli atti predisposti automaticamente, difatti, vige l'onere di comunicazione dell'avvio del procedimento e di favorire la più ampia partecipazione degli interessati (50).

3.3.2. *Onere di impugnativa degli atti contenenti le istruzioni.*

Appurata l'utilizzabilità anche con riguardo agli atti automatici dei vizi di legittimità, e quindi la possibilità da parte del cittadino leso dall'attività ammini-

(49) Spiega A. USAI, *Le prospettive di automazione*, cit., 186, che una simile evenienza sarebbe da imputare ad istruzioni errate date al software (ad es. per errata interpretazione di una norma).

Sulla violazione di legge la letteratura è vasta. In argomento v. R. LASCHENA, *Violazione di legge (dir. amm.)*, in *Enc. giur.*, XXXII, Roma, 1994, ed *ivi* ulteriori riferimenti bibliografici.

(50) Osserva A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico*, cit., 63 s. che « un'automazione del procedimento senza fare posto alla garanzia della partecipazione darebbe luogo ad illegittimità dell'atto finale. Il destinatario del provvedimento [...] potrebbe invocare il fatto che non gli è stato dato modo [...] di intervenire su fatti e dati acquisiti e di fornire, prima della decisione, elementi giuridici e di fatto utili alla legittimità ed obiettività della decisione stessa. Fatto, questo, che assume tutta la sua importanza proprio in un procedimento automatizzato dove la raccolta dei dati posti alla base della decisione (e sulla cui completezza e legittimità il privato è chiamato ad intervenire) risulta avere [...] una sua particolare rilevanza ». Sul punto v. anche U. FANTIGROSSI, *Automazione e pubblica amministrazione*, cit., 115 ss., il quale esamina il tema della partecipazione procedimentale non solo con riguardo al procedimento teso all'emanazione del singolo atto ad elaborazione elettronica, ma anche a quello volto all'adozione dell'*atto-software*.

strativa ad elaborazione elettronica di servirsi di tali vizi per ottenere l'annullamento dell'atto lesivo, rimane da sciogliere l'ulteriore nodo dell'eventuale esistenza di un onere di impugnativa degli atti amministrativi nei quali sono contenute le istruzioni in virtù delle quali è emanato il singolo atto elettronico.

In altri termini, occorre verificare se colui che voglia gravare l'atto finale del procedimento automatizzato debba necessariamente impugnare anche quegli atti in base ai quali (o meglio: in base alle istruzioni contenute nei quali) il primo è stato emanato, e soprattutto, se sia necessario proporre gravame anche avverso il software.

3.3.2.1. *Impugnabilità del software: critica.*

Ragioni di carattere logico inducono a rispondere innanzitutto a quest'ultima domanda.

Per dare tale risposta si rende necessario stabilire se il programma informatico possa essere considerato o meno un atto amministrativo. Chiaramente avrebbe senso un'indagine sulla sussistenza di un ipotetico onere di impugnativa del software nel solo caso in cui si desse risposta affermativa all'interrogativo innanzi esposto; diversamente — ove si dovesse ritenere che il programma di emanazione degli atti ad elaborazione elettronica non possa essere considerato un atto amministrativo — quest'ultimo, per ovvie ragioni, non sarebbe suscettibile di alcuna impugnativa.

Quello che ho appena evidenziato è un problema che ha già impegnato la scienza giuridica. Gli autori che hanno avuto modo di occuparsi dell'argomento — in evidente considerazione della circostanza che la p.a., già al momento dell'adozione del software, assume decisioni con le quali autolimita la propria discrezionalità, così vincolandosi per una serie indefinita di situazioni future — hanno risolto tale problema sostenendo che anche il software utilizzato per l'emanazione degli atti automatici sarebbe un atto amministrativo (51), ed hanno qualificato quest'atto come atto generale (52), come atto interno (53) o come atto strumentale (54).

In base alla qualificazione giuridica data all'*atto-software*, poi, è stata ipotizzata la possibilità di procedere ad una sua impugnativa unitamente all'atto finale (55),

(51) Sono di questo avviso A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico*, cit., 56 ss.; U. FANTIGROSSI, *Automazione e pubblica amministrazione*, cit., 51 ss.; A. USAI, *Le prospettive di automazione*, cit., 174; D. GALLI, *L'atto amministrativo elettronico*, in G. CASSANO (a cura di), *Internet. Nuovi problemi e questioni controverse*, Milano, 2001, 495.

(52) U. FANTIGROSSI, *Automazione e pubblica amministrazione*, cit., 111 ss., il quale attribuisce addirittura natura provvedimentoale al software (*op. ult. cit.*, 56 ss.)

(53) A. USAI, *Le prospettive di automazione*, cit., 174.

(54) Parla di « atto (amministrativo) che pone delle prescrizioni generali ed astratte con le quali l'autorità amministrativa « indirizza » il proprio agire amministrativo, predeterminandone modalità e contenuti » A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico*, cit., 56 ss., il quale definisce altresì l'atto programma come *atto amministrativo strumentale* rispetto alle singole decisioni finali (*op. ult. cit.*, 103).

(55) U. FANTIGROSSI, *Automazione e pubblica amministrazione*, cit., 123; D. GALLI, *L'atto amministrativo elettronico*, cit., 495.

ovvero addirittura si è giunti persino a prevedere un eventuale autonomo gravame del programma, che prescinda dalla contestuale impugnazione del provvedimento automatico (56).

Le tesi appena esposte, lo abbiamo già rilevato, muovono tutte dall'assunto che il software sia un atto amministrativo. Tali opinioni, però, a mio sommo avviso, non possono essere condivise.

E questo perché, se è corretto affermare che non osta alla configurazione in termini di atto amministrativo del software la sua forma elettronica (57), vi sono ulteriori ragioni che impediscono di attribuire tale natura al programma per elaboratore.

Infatti, benché per quanto riguarda gli atti ed i provvedimenti amministrativi non vengano regole univoche in ordine alle modalità di esternazione della volontà contenuta negli stessi e quindi alla forma che questi devono rivestire (58), non è dubitabile che — a prescindere dalla forma utilizzata — tali atti debbano essere redatti con un linguaggio comprensibile a coloro nei cui confronti sono destinati a produrre effetti.

È questa una delle più elementari applicazioni del principio di trasparenza amministrativa: consentire agli amministrati di conoscere il contenuto delle determinazioni adottate dall'autorità.

(56) U. FANTIGROSSI, *Automazione e pubblica amministrazione*, cit., 123, che spiega: « Nel caso dell'atto-*software*, secondo la ricostruzione che è andata emergendo dalla ricerca, si verifica proprio un esercizio anticipato del potere discrezionale il quale, se non produce direttamente la modificazione giuridica propria del provvedimento finale, certamente la determina. Se quindi, come appare corretto, si colloca la lesione al momento in cui il potere discrezionale si è consumato ed è sorto quel vincolo da cui deriva l'automaticità del singolo provvedimento negativo, non si potrà negare che il soggetto già inciso possa agire in giudizio immediatamente contro l'atto-*software* ». Peraltro, spiega il Fantigrossi che « occorre avvertire che la soluzione dell'immediata impugnabilità dell'atto-*software* potrà valere solo per coloro che al momento della sua emanazione si trovano nelle condizioni di essere destinatari di un atto automatico. Coloro che invece in tali condizioni non sono [...] entrano nell'ambito di operatività dell'azione automatizzata successivamente ed è quindi logico che possano agire a tutela del proprio interesse, anteriormente insussistente, a partire da quel momento sia nei confronti dell'atto-*software* che dell'eventuale atto automatico » (*op. loc. ult. cit.*).

(57) È quanto sostenuto da U. FANTIGROSSI, *Automazione e pubblica amministrazione*, cit., 57 ss.

(58) Cfr. M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, cit., 178 che osserva: « Per i provvedimenti, e più ancora per gli atti amministrativi, non v'è una regola generale sulla forma dell'esternazione, né nel senso della libertà della forma né nel senso della necessità della forma scritta. Esistono invece norme relative a singoli atti o gruppi di atti, dalle quali per analogia si ricavano regole per i gruppi di atti omogenei ». Spiega P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*^{IV}, Milano, 1972, 170, che laddove una particolare forma è richiesta, la necessità dell'utilizzo della stessa può essere desunto direttamente dalla legge, ovvero dalla natura dell'atto, ovvero ancora dalle norme relative al suo procedimento e che « la necessità della forma scritta può risultare implicitamente dal fatto che l'atto deve essere sottoposto al controllo da parte di un'altra autorità ovvero dal fatto che esso costituisce atto preparatorio (ad es., parere, proposta) rispetto ad atti successivi ovvero infine dal fatto che esso richiede una qualsiasi forma di pubblicità (pubblicazione, notificazione), che non può darsi senza l'ausilio dello scritto », ovvero « può risultare altresì dalla natura dell'atto, per tutti quei provvedimenti che assolvono una funzione di documentazione o di certificazione ». Sul punto v. altresì M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*^{III}, Milano, 1993, 258.

Nel nostro ordinamento, poi, benché — come già detto — non vi sia una regola generale che imponga l'utilizzo della forma scritta per l'esternazione degli atti amministrativi, quest'ultima è certamente la modalità di esternazione *normale* che tali atti debbono assumere (59).

E tutte le volte in cui gli atti amministrativi devono essere redatti per iscritto, gli stessi devono essere anche scritti in italiano. L'italiano, infatti, costituisce la lingua ufficiale degli atti e dei procedimenti pubblici, ed il suo uso è doveroso, salvo nell'ipotesi in cui vi siano espresse deroghe normative (60).

Quanto detto è peraltro confermato dai principi di diritto comune desumibili dall'art. 122 c.p.c. (61).

Pertanto, coloro che assumono che il software utilizzato per l'emanazione di atti automatici sia un atto amministrativo scritto su supporto elettronico, omettono di tenere in debita considerazione i principi sull'utilizzo della lingua italiana nella redazione degli atti amministrativi esternati in forma scritta poc'anzi illustrati.

Ma l'italiano, o altro linguaggio comune agli amministratori ed ai cittadini (62), deve essere usato anche nel caso di esternazione in forma orale degli atti amministrativi.

E quindi il software, proprio perché compilato in un linguaggio (il linguaggio macchina) fatto di segni ed espressioni non comprensibili ai non addetti ai lavori, non può essere ritenuto un atto amministrativo.

Del resto pare difficilmente ipotizzabile che si consideri atto amministrativo un

(59) Che la forma scritta costituisca la regola dell'azione amministrativa è sostenuto da TAR Veneto, sez. II, 30 aprile 1992, n. 395, in *I TAR*, 1992, I, 2687; TAR Lazio, Roma, sez. III, 24 settembre 1993, n. 1560, *ivi*, 1993, I, 3562. Nello stesso senso v. B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, cit., 763, il quale parla di forma scritta come « forma normale o naturale dell'esternazione del provvedimento », aggiungendo che « ciò vale a maggior ragione in seguito all'entrata in vigore della l. n. 241, che pone la regola della motivazione dei provvedimenti amministrativi: anche se essa non richiede che la motivazione sia scritta, è evidente che la forma scritta è quella che meglio soddisfa l'esigenza che è alla base dell'obbligo di motivazione ». Lo stesso autore cita, poi, in nota 279, la sentenza Cons. St., sez. V, 16 giugno 1933, n. 366, in questa *Rivista*, 1933, I, 181 nella quale dall'obbligo della motivazione del provvedimento amministrativo l'autorità giudicante deduce l'obbligo di esternazione in forma scritta. Più recentemente che i provvedimenti amministrativi motivati debbano essere necessariamente redatti in forma scritta è stato sostenuto da Cons. St., sez. V, 19 ottobre 1979, n. 597, in *Cons. St.*, 1979, I, 1380; TAR Toscana, 9 giugno 1984, n. 387, in *I TAR*, 1984, I, 2689; TAR Friuli Venezia Giulia, 16 giugno 1988, n. 410, *ivi*, 1988, I, 2707.

(60) In questo senso v. Cons. St., sez. V, 17 settembre 2001, n. 4838, in questa *Rivista*, 2000, 2394. Numerose disposizioni a tutela di minoranze linguistiche o degli stranieri destinatari di atti amministrativi (ad es. gli atti di espulsione) prescrivono l'uso di lingue diverse dall'italiano, quando queste lingue sono meglio conosciute dal destinatario dell'atto; anche simili norme — è di particolare evidenza — perseguono il fine di rendere più facilmente intelligibile agli amministrati il contenuto dell'atto emanato. Sul punto v., altresì, Cass., sez. I, 7 marzo 2001, n. 3284, in *Giust. civ. Mass.* 2001, 422.

(61) Così TAR Lazio, sez. II, 13 marzo 2001, n. 1853, in questa *Rivista*, 2001, 1311 (s.m.).

L'art. 122, comma 1, c.p.c. recita: « In tutto il processo è prescritto l'uso della lingua italiana »

(62) Che, come si è già rilevato innanzi, può essere diverso dall'italiano nelle ipotesi in cui necessità di tutela di minoranze linguistiche lo rendano necessario.

documento il cui contenuto non può essere individuato nemmeno dall'autorità alla quale esso dovrebbe essere imputabile, giacché sono davvero molto rari i pubblici amministratori in grado di comprendere il linguaggio di programmazione utilizzato per la compilazione del software.

Ed inoltre, se gli atti amministrativi sono delle *dichiarazioni* poste in essere da un'autorità amministrativa (63), allora la dichiarazione, perché possa essere tale, deve essere compiuta con modalità che consentano ai destinatari della stessa di comprenderne il significato. Da qui la necessità di utilizzare un linguaggio di uso comune e ben comprensibile.

Da quanto innanzi detto, quindi, deriva l'impossibilità di considerare il software come un atto amministrativo. L'elaboratore elettronico (ivi compreso il programma) dovrà, invece, essere ritenuto una *nuova figura di pubblico funzionario* (64); il programma (così come anche l'hardware) ha, infatti, solo una funzione di ausilio nei confronti dell'autorità amministrativa. È uno *strumento* dell'agire amministrativo e nulla più.

Non a caso al computer è demandato il compimento di una serie di attività — da quella istruttoria a quella decisoria — normalmente affidate ai funzionari ed agli organi amministrativi.

È a queste figure, infatti, che solitamente viene assegnato il compito di valutare gli elementi di fatto della singola fattispecie e, applicando ad essi i principi giuridici utili a disciplinare il caso concreto, di determinare il contenuto del provvedimento.

Peraltro, un diverso convincimento non terrebbe conto anche delle difficoltà connesse al firmare digitalmente i programmi informatici.

Difatti, se si ritenesse che questi ultimi sono veri e propri atti amministrativi, allora gli stessi dovrebbero essere sottoscritti (65).

La firma digitale di un programma informatico, però, non è sempre possibile. Un software è formato da numerosi file. Di questi, poi, non tutti sono necessariamente destinati a rimanere immutabili ad ogni utilizzo. Spesso — soprattutto per quanto riguarda i file di configurazione — il semplice uso di un programma comporta la modifica *formale* dei file, anche se il contenuto degli stessi rimane sostanzialmente invariato. Il che impone una nuova firma dei file in discorso ogni volta che si sia utilizzato il programma, con necessaria verifica dell'integrità del loro

(63) Secondo la celebre definizione data da G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, 1958, Milano, 243 s., deve essere considerato atto amministrativo « qualunque dichiarazione di volontà, di desiderio, di conoscenza, di giudizio, compiuta da un soggetto della pubblica amministrazione nell'esercizio di una potestà amministrativa ». Lo stesso autore si sofferma sulla necessità che l'atto amministrativo si concreti in una *dichiarazione*, e quindi esclude dalla nozione di atto amministrativo tutte le attività puramente tecniche o materiali poste in essere da una p.a. La definizione data dallo Zanobini è stata fatta propria da R. VILLATA, *Attività, atti e provvedimenti amministrativi*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*^{II}, II, Bologna, 1998, 1390. Parla di « *manifestazione* di volontà avente rilevanza esterna posta in essere da un'autorità amministrativa nell'esercizio di una funzione amministrativa per un caso concreto e per destinatari determinati o determinabili » (corsivo aggiunto) P. VIRGA, *Diritto amministrativo*, cit., 3.

(64) L'espressione è di V. FROSINI, *L'informatica e la pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1983, 484.

(65) Cfr. quanto già detto in nota 14.

contenuto, onde appurare se quest'ultimo sia cambiato solo nella forma (ad esempio per la semplice registrazione della data dell'ultimo utilizzo del programma) o anche nella sostanza.

Infine, una modifica di alcuni file del programma può essere dovuta al fatto che i software che lavorano in ambiente Windows (che è il sistema operativo più utilizzato nelle p.a. italiane) (66) a pena di una integrazione quasi nulla con il sistema operativo, devono salvare taluni file di configurazione nel registro di sistema, il quale viene modificato da Windows ad ogni avvio. Il che renderebbe chiaramente inutile, per le ragioni già esposte, una eventuale firma degli stessi.

Quelle sopra indicate sono difficoltà di carattere tecnico probabilmente non insormontabili, ma che dimostrano come sia anche poco utile, oltre che giuridicamente inammissibile, un inquadramento del programma informatico nel novero degli atti amministrativi.

L'opinione qui sostenuta, peraltro, gode del conforto giurisprudenziale. Difatti, sebbene la giurisprudenza amministrativa non abbia affrontato *ex professo* il problema, implicitamente ha in diverse occasioni negato che un semplice software di elaborazione possa essere considerato un atto amministrativo. Lo ha fatto, ad esempio, non prevedendo mai improbabili oneri di impugnativa di programmi informatici (67).

3.3.2.2. *Impugnabilità degli atti contenenti le regole di programmazione del software.*

Esclusa la possibilità di proporre gravame avverso il software — poiché non si tratta di un atto amministrativo — rimane ora da verificare l'eventuale esistenza di un dovere di impugnativa di ipotetici atti contenenti le indicazioni in base alle quali il software è stato programmato.

Per rispondere a questa domanda occorre prima di tutto stabilire quale sia la natura giuridica di tali atti, nonché valutare la lesività degli stessi.

Procediamo con ordine. Analizziamo per prima la questione relativa alla natura giuridica. È di particolare evidenza, infatti, che non è indifferente ai fini della individuazione dell'esistenza o meno di un onere di impugnativa anche degli indicati atti, l'analisi della loro natura giuridica.

(66) Sul punto si rimanda all'analisi contenuta nei rapporti sulle città digitali pubblicati annualmente dalla Rur (Rete urbana delle rappresentanze) e resi disponibili sul sito Web della stessa (www.rur.it).

(67) V. le decisioni citate nelle note precedenti. La stessa sentenza Cons. St., sez. VI, 6 aprile 1982, n. 172, in *Cons. St.*, 1982, I, 527 (solo massima), riportata per esteso da U. FANTIGROSSI, *Automazione e pubblica amministrazione*, cit., 113, e citata da tale autore a sostegno delle proprie argomentazioni sulla natura di atto amministrativo generale del software, qualifica come determinazioni amministrative generali quelle « preordinate all'impostazione dei programmi di elaborazione meccanica dei dati assunti ». Dalla richiamata decisione giurisprudenziale, quindi, pare di comprendere che il Consiglio di Stato non riconosca natura di atto amministrativo generale al software, ma solo alle deliberazioni amministrative *preordinate all'impostazione dei programmi* (che sono cosa diversa dal programma).

La dottrina (68) che ha cercato di definire la natura giuridica di quello che è stato chiamato *atto-software*, ha ceduto alla tentazione di proporre una ricostruzione unitaria della fattispecie analizzata. Così è stato detto che il software sarebbe un atto generale, un atto interno o un atto strumentale (69).

Utilizzando un simile metodo anche nel ricostruire la natura giuridica di eventuali atti che contengano le istruzioni di programmazione del software (e che — se si fosse portati a ritenere che il programma sia un atto amministrativo — dovrebbero avere la stessa natura giuridica di questo, poiché di identico contenuto e rivolti agli stessi destinatari), si potrebbe cadere nell'errore di ipotizzare un inquadramento unitario di tale tipologia di atti. Viceversa, l'esperienza pratica ha dimostrato come un siffatto modo di procedere sarebbe insufficiente ad una corretta ricostruzione giuridica del fenomeno in discorso.

Ed anzi, gli atti contenenti le direttive (recepte in sede di implementazione del software) in base alle quali viene poi emanato il singolo atto possono avere varia natura giuridica.

Innanzitutto potranno essere atti normativi (70) o atti generali (71) presupposti rispetto all'atto finale emanato dall'elaboratore (72).

La natura di atti normativi o atti generali presupposti rispetto ad ogni singolo atto automatico ha come conseguenza che l'eventuale impugnativa volta a far valere l'illegittimità dell'atto ad elaborazione elettronica — sempre che la lesione derivi dalle regole definite nell'atto normativo o generale — dovrà essere proposta anche avverso gli atti ad esso presupposti, a pena d'inammissibilità del ricorso (73).

Uno specifico gravame è poi necessario — in eventualità di procedure concorsuali — anche nel caso in cui le regole di programmazione del software siano

(68) Già citata nel paragrafo che precede.

(69) V. *supra*, note 51-54.

(70) Come i regolamenti.

(71) Ad esempio gli atti di indizione di una procedura concorsuale.

(72) Sulla distinzione tra atti amministrativi generali e normativi cfr. P. VIRGA, *Il provvedimento*, cit., 143 ss.; B.G. MATTARELLA, *L'attività*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, I, Milano, 2000, 663 ss.

(73) È principio pacifico in giurisprudenza quello secondo cui nel caso in cui l'atto consequenziale si limiti ad applicare disposizioni contenute nell'atto presupposto, sia inammissibile il ricorso avverso il primo, in assenza di tempestiva impugnazione anche del secondo « poiché nessuna utilità giuridicamente rilevabile sarebbe ritraibile dall'annullamento dell'atto applicativo, posto che l'amministrazione convenuta, in sede di eventuale riemanazione del provvedimento, non potrebbe che rimettere una statuizione identica a quella impugnata, stante la perdurante efficacia dell'atto presupposto » (TAR Puglia, Bari, sez. II, 17 luglio 2001, n. 2998, in *www.giustizia-amministrativa.it*). Nello stesso senso v. altresì Cons. St., sez. V, 6 luglio 1992, n. 618, in *Giur. it.*, 1993, III, 1, 39; Cons. St., ad. plen. [ord.], 4 dicembre 1998, n. 1, in questa *Rivista*, 1998, fasc. 11-1; Cons. St., sez. IV, 22 marzo 2001, n. 1683, *ivi*, 2001, 399; TAR Puglia, Lecce, sez. II, 16 novembre 2000, n. 3593, in *Giur. it.*, 2001, 993; TAR Lazio, sez. I, 3 ottobre 2000, n. 7830, in questa *Rivista*, 2001, 961; TAR Campania, Napoli, sez. V, 11 settembre 2001, n. 4102, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

Recente giurisprudenza, però, consente la disapplicazione da parte del giudice amministrativo del regolamento illegittimo non impugnato dal ricorrente. Per indicazioni in materia v. B.G. MATTARELLA, *L'attività*, cit., 665 s.

stabilite dalla commissione, e non già con gli atti di indizione del concorso (74). In tal caso si dovrebbero impugnare, quindi, unitamente all'atto finale, anche i verbali con cui la commissione ha provveduto a stabilire i criteri di giudizio delle prove di concorso ovvero l'elaborato tipo predisposto dalla commissione.

A tal proposito giova osservare che la giurisprudenza, in una delle occasioni in cui ha avuto modo di occuparsi di attività amministrativa automatizzata in relazione ad una procedura concorsuale per l'ammissione a pubblico impiego, ha rilevato come la « possibilità di utilizzo di apparecchiature elettroniche sposta il momento valutativo dall'esame dell'elaborato del candidato alla formulazione dell'elaborato tipo inserito nella macchina, assicurando in tal modo un riscontro obiettivo altrettanto certo quale quello che può essere raggiunto dall'esame critico della commissione. Di conseguenza le eventuali *censure alla valutazione della commissione* vanno in tal caso rivolte *nei confronti dei criteri seguiti nella definizione dell'elaborato tipo* al pari di quanto avviene quando la commissione predetermina i criteri di massima ovvero la metodologia che intende seguire nelle operazioni di valutazione dei singoli elaborati » (corsivo aggiunto) (75).

Nessuna impugnativa dovrà essere proposta, infine, nel caso in cui le istruzioni di programmazione siano contenute in atti amministrativi interni.

Questo avviene, per esempio, nell'ipotesi in cui gli strumenti informatici vengano utilizzati solamente in funzione di ausilio rispetto alla assunzione di alcune determinazioni da parte della pubblica amministrazione (76), come quando ai sistemi elettronici viene demandato l'accertamento istruttorio di talune situazioni di fatto utili ai fini della emanazione di un provvedimento amministrativo. In quest'ultima ipotesi muta radicalmente lo scopo e la ragione dell'informatizzazione della procedura, così come cambia la natura dell'attività posta in essere mediante elaboratori. In questo caso, infatti, tale attività sarà sicuramente attività interna, e pertanto rispetto alla stessa non sussisterà alcun onere di impugnativa di eventuali atti endoprocedimentali che abbiano avuto influenza sull'emanazione dell'atto finale.

Ovviamente, e qui si ritorna al tema della lesività, perché possa configurarsi un

(74) Sulla inammissibilità del ricorso proposto avverso i risultati della procedura concorsuale mediante il quale si lamenti l'illegittimità delle regole seguite dalla commissione durante la procedura in discorso, ove non siano stati impugnati anche i verbali con cui la commissione ha stabilito i criteri poi applicati, cfr. Cons. St., sez. IV, 18 novembre 1980, n. 1064, in questa *Rivista*, 1980, I, 1930; Id., sez. V, 3 luglio 1996, n. 820, *ivi*, 1996, 2258; TAR Emilia Romagna, Bologna, sez. II, 8 giugno 1990, n. 269, in *I TAR*, 1990, I, 3164; TAR Valle D'Aosta, 16 febbraio 2001, n. 15, in www.giustizia-amministrativa.it.

(75) TAR Basilicata, 6 settembre 1994, n. 228, in questa *Rivista*, 1995, 455; continua la decisione citata spiegando che i « criteri tecnici di valutazione, elaborati dall'azienda che ha fornito il sistema elettronico SAC (sistema automatizzato concorso), sono stati approvati dalla commissione giudicatrice [...] che in tal modo li ha resi suoi propri ».

(76) Si pensi, ad esempio, a meccanismi automatici di rilevamento delle presenze e dell'osservanza dell'orario di lavoro, e ad eventuali sanzioni disciplinari causate dalla supposta assenza ingiustificata dal luogo di lavoro di pubblico dipendente invece presente. In questo caso il contenuto dell'atto (la sanzione disciplinare) non è predisposto dall'elaboratore, ma da un funzionario amministrativo sulla scorta degli accertamenti compiuti dalla macchina. Pertanto non è del tutto corretto parlare di automazione amministrativa.

onere di impugnativa in capo al ricorrente, e sempre che la natura dell'attività amministrativa posta in essere lo richieda, è necessario che chi propone il gravame lamenti l'illegittimità e la dannosità delle istruzioni, le quali si riverberino, invalidandolo, nell'atto consequenziale. Al contrario, se nel ricorso si fanno valere vizi propri dell'atto automatico e non vizi derivati dall'illegittima predisposizione del programma (e quindi dall'illegittimità delle istruzioni contenute negli atti con i quali sono state decise le regole di programmazione), in applicazione di quieti principi giurisprudenziali in tema di impugnazione dell'atto consequenziale per vizi propri e non derivati dall'atto presupposto (77), sarà sufficiente l'impugnativa proposta avverso l'atto applicativo.

Riassumendo, se l'illegittimità deriva dai criteri in base ai quali è stato programmato il software, allora può sussistere (tranne nelle ipotesi di attività interna della p.a.) l'indicato onere d'impugnativa degli atti contenenti le istruzioni; viceversa, nel caso in cui la illegittimità derivi dall'incompletezza o erroneità nell'immissione dei dati rilevanti per la valutazione del singolo caso concreto, allora sarà sempre sufficiente l'impugnativa proposta avverso il solo atto automatico.

4. *L'istanza di riesame.*

Ulteriore forma di reazione concessa all'interessato rispetto all'attività amministrativa informatizzata che sia illegittima (ma anche viziata nel merito) è il ricorso all'autotutela (78).

Il soggetto leso potrà invocare qualsivoglia provvedimento di autotutela, giacché lo *jus poenitendi* della p.a., nel caso di specie, non viene limitato dalla modalità di formazione o di perfezionamento dell'atto amministrativo.

5. *Conclusioni.*

Per chiudere questo intervento non rimane che rimarcare, anche alla luce di quanto si è detto e dell'analisi giurisprudenziale effettuata, come l'automazione e l'informatizzazione amministrativa non pongano particolari incognite con riguardo alle cause di invalidità dell'atto amministrativo ed alle modalità di reazione alle stesse.

Certo, sorgono taluni problemi dovuti alla natura tecnica dell'accertamento che il giudice che voglia sindacare la legittimità dell'atto dovrà compiere. E quindi emerge la necessità di un'istruttoria adeguata che permetta di cogliere malfunzionamenti e difetti di programmazione o di esecuzione delle istruzioni da parte del software che provvede alla redazione dei singoli atti automatici.

Cionondimeno, vale la pena di osservare come i problemi di natura istruttoria siano tipici di tutte quelle discipline che richiedano valutazioni tecniche utili ad appurare la legittimità (o illegittimità) dell'azione amministrativa.

(77) Per tutte v. Cons. St., sez. IV, 3 aprile 2001, n. 1929, in questa *Rivista*, 2001, 812.

(78) Sull'autotutela amministrativa v. F. BENVENUTI, *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, IV, 1959, 529; F. BASSI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1987, 121; P. VIRGA, *Diritto amministrativo*, cit., 133, ed *ivi* ulteriori indicazioni bibliografiche.

E comunque, « finché è l'informatica che si adatta, e solo traduce secondo le proprie esigenze, alle procedure amministrative esistenti, l'ordinamento giuridico contiene in sé le regole secondo le quali valutare la legittimità dell'operare mediante sistemi informatici » (79).

ANGELO GIUSEPPE OROFINO

(79) Così A. RAVALLI, *Atti amministrativi*, cit., 262.