

CERIDAP

RIVISTA INTERDISCIPLINARE SUL
DIRITTO DELLE
AMMINISTRAZIONI PUBBLICHE

FASCICOLO

1 / 2023

GENNAIO - MARZO

DIRETTORE RESPONSABILE: Prof.ssa Diana-Urania Galetta

Iscritta con delibera 16.06.2020 nell'Elenco Speciale dei direttori responsabili di periodici o riviste a carattere scientifico annesso all'Albo dei Giornalisti della Lombardia

Inserita nell'elenco delle Riviste scientifiche ANVUR con Delibera del Consiglio Direttivo n. 117 del 26.05.2022

VICEDIRETTORE E RESPONSABILE DEL COMITATO EDITORIALE: Prof. Gabriele Bottino

COMITATO EDITORIALE: Prof.ssa Elisa Arcioni, Prof.ssa Monica Bonini, Prof.ssa Barbara Boschetti, Prof.ssa Elena Buoso, Prof. Gherardo Carullo, Prof.ssa Elena D'Orlando, Prof.ssa Cristina Fraenkel-Haerberle, Prof.ssa Roberta Lombardi, Prof.ssa Micaela Lottini, Prof. Renato Ruffini, Prof.ssa Fiammetta Salmoni, Prof.ssa Renata Spagnuolo Vigorita

RESPONSABILE DEL COMITATO DI REDAZIONE: Prof. Gherardo Carullo

COMITATO DI REDAZIONE: Pierandrea Corleto, Stefano D'Ancona, Emanuela Furiosi, Massimo Giavazzi, Alessia Monica, Clara Napolitano, Giulia Pinotti, Paolo Provenzano, Pier Marco Rosa Salva, Stefano Rossa, Matteo Palma, Giulia Re Ferrè, Leonardo Scuto, Federico Votta

RESPONSABILI OSSERVATORIO DELLA GIURISPRUDENZA: Gherardo Carullo, Stefano D'Ancona, Massimo Giavazzi

COMITATO SCIENTIFICO:

- Prof. Margaret Allars (University of Sydney, Australia)
- Prof. Ricardo Alonso (Universidad Complutense de Madrid, España)
- Prof. Jean-Bernard Auby (Sciences-Po, Paris, France)
- Prof. Patrick Birkinshaw (University of Hull, UK)
- Prof. David Capitant (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, France)
- Prof. Mario Pilade Chiti (Università degli Studi Firenze, Italia)
- Prof. Stefano Cognetti (Università degli Studi di Macerata, Italia)
- Prof. Lorenzo Cotino Hueso (Universidad de Valencia, España)
- Prof. Guido Corso (Università degli Studi di Roma III, Italia)

- Prof. Paul Craig (University of Oxford, UK)
- Prof. Mary Crock (University of Sydney, Australia)
- Prof. José Luís da Cruz Vilaça (Universidade de Lisboa, Portugal e Corte di Giustizia dell'EU, Lussemburgo)
- Prof. Pedro Cruz Villalón (Universidad Autónoma de Madrid, España)
- Prof.ssa Daria de Pretis (Università degli Studi di Trento e Corte costituzionale, Italia)
- Prof. Rosario Ferrara (Università degli Studi di Torino, Italia)
- Prof. Guido Greco (Università degli Studi di Milano, Italia)
- Prof. Constance Grewe (Université de Strasbourg, France)
- Prof. Ian Harden (University of Sheffield, UK)
- Prof. Carol Harlow (London School of Economics)
- Prof. Herwig Hofmann (Université du Luxembourg)
- Prof. Martin Ibler (Universität Konstanz)
- Prof.ssa Julia Iliopoulos-Strangas (Università Nazionale e Kapodistria di Atene, Grecia)
- Prof.ssa Maria Immordino (Università degli Studi di Palermo, Italia)
- Prof. Vittorio Italia (Università degli Studi di Milano, Italia)
- Prof. Jean-Paul Jacqué (Université de Strasbourg, France et Service juridique du Conseil de l'UE, Bruxelles)
- Prof. Irena Lipowicz (Università Cardinale Stefan Wyszyński di Varsavia, Polonia)
- Prof. Mario G. Losano (Università degli Studi di Milano e del Piemonte orientale, Italia)
- Prof. Roberto Mastroianni (Università degli Studi di Napoli, Italia e Tribunale dell'UE, Lussemburgo)
- Prof. Jacqueline Morand-Deville (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, France)
- Prof. Bruno Nascimbene (Università degli Studi di Milano, Italia)
- Prof. Luke Nottage (University of Sydney, Australia)
- Prof. Angelika Nussberger (Universität Köln, Deutschland e Corte Europea dei diritti dell'uomo, Strasbourg, France)
- Prof. Giorgio Orsoni (Università Ca' Foscari Venezia, Italia)
- Pres. Alessandro Pajno (Presidente emerito del Consiglio di Stato)

- Prof. Vasco Pereira da Silva (Universidade de Lisboa, Portugal)
- Prof. Ricardo Perlingeiro Mendez da Silva (Universidade Federal Fluminense e Tribunal Regional Federal de Rio de Janeiro, Brasil)
- Prof. Gloria Regonini (Università degli Studi di Milano, Italia)
- Prof. Wojciech Sadurski (University of Sydney, Australia)
- Prof. Daniel Sarmiento (Universidad Complutense de Madrid, España)
- Prof. Jens-Peter Schneider (Universität Freiburg, Deutschland)
- Prof.ssa Maria Alessandra Sandulli (Università degli Studi di Roma III, Italia)
- Prof. Eberhard Schmitt-Aßmann (Universität Heidelberg, Deutschland)
- Prof. Jürgen Schwarze (Universität Freiburg, Deutschland)
- Prof. Karl-Peter Sommermann (Universität Speyer, Deutschland)
- Prof. Klaus Stern (Universität Köln, Deutschland)
- Prof. Albrecht Weber (Universität Osnabrück, Deutschland)
- Prof. Jacques Ziller (Università degli Studi di Pavia, Italia; Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, France; Istituto Universitario Europeo di Fiesole-IUE)

CERIDAP è una rivista ad accesso libero sul sito ceridap.eu, aggiornata on-line quotidianamente e fascicolata trimestralmente. Alla fine di ogni trimestre gli articoli riprodotti nel sito sono tutti pubblicati nel fascicolo del trimestre di riferimento.

CERIDAP è la Rivista nata nel 2020 dall'iniziativa del Direttore dell'omonimo Centro di Ricerca Interdisciplinare sul Diritto delle Amministrazioni Pubbliche dell'Università degli Studi di Milano per un'azione amministrativa più efficiente e più imparziale, anche in attuazione del principio digital first. La Rivista CERIDAP, pur indipendente dall'omonimo Centro, è la sede principale in cui vengono pubblicate le ricerche svolte in seno al Centro stesso e si è avvalsa sin da principio della collaborazione, all'interno del suo Comitato Editoriale, di un gruppo di studiosi dell'area giuspubblicistica provenienti da vari Atenei, sia italiani che stranieri, che ne condividono l'impostazione di fondo e la filosofia ispiratrice.

Obiettivo della Rivista CERIDAP è di fornire un contributo di analisi, approfondimento e proposta avente come focus principale le Pubbliche Amministrazioni: intese sia nella loro dimensione istituzionale, organizzativa e di attività, che nella loro dimensione procedurale. E con una naturale apertura prospettica anche al diritto comparato, europeo ed

internazionale nonché alla discussione interdisciplinare che è favorita dalla presenza, nel suo Comitato scientifico, di autorevoli studiosi provenienti da prestigiosi Atenei di tutto il Mondo.

Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito, e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione. La Rivista si uniforma agli standard internazionali definiti dal Committee on Publication Ethics (COPE), e fa proprie le relative linee guida.

CERIDAP è interessata a pubblicare contributi relativi a tutti gli ambiti scientifico-disciplinari che sono riferibili al c.d. Diritto Pubblico, inteso nella sua accezione più ampia e che ricomprende anche aree di analisi al confine fra la scienza giuridica e le scienze c.d. politologiche. CERIDAP è inoltre aperta all'approccio tipico dell'analisi economica del diritto. Per questa ragione si è dotata di un "Comitato dei Revisori" che include anche esperti provenienti da aree di expertise diverse da quella del Diritto Pubblico tradizionale (costituzionale ed amministrativo).

I materiali pubblicati su CERIDAP sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.0 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili). Il testo completo della licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Per la citazione dei contributi presenti in questo fascicolo di CERIDAP, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. Cognome, *Titolo del contributo*, in *CERIDAP*, 2023, 1, p. 35 ss.

Per l'invio di contributi destinati alla pubblicazione: ceridap.eu/rivista/invio-contributi

INDICE SOMMARIO

ARTICOLI

HERWIG C.H. HOFMANN, <i>Comparative Law of Public Automated Decision-Making. An Outline</i>	1
DIANA-URANIA GALETTA E GIULIA PINOTTI, <i>Automation and Algorithmic Decision-Making Systems in the Italian Public Administration</i>	13
EDUARDO GAMERO CASADO, <i>Automated Decision-Making Systems in Spanish Administrative Law</i>	24
FRANZ MERLI, <i>Automated Decision-Making Systems in Austrian Administrative Law</i>	41
IVO PILVING, <i>Guidance-based Algorithms for Automated Decision-Making in Public Administration: the Estonian Perspective</i>	51
JANE REICHEL, <i>Regulating Automation of Swedish Public Administration</i>	75
JENS-PETER SCHNEIDER E FRANKA ENDERLEIN, <i>Automated Decision-Making Systems in German Administrative Law</i>	95

RASSEGNE E COMMENTI

ESTHER HAPPACHER, <i>Trasparenza e libertà d'informazione: il caso dell'Austria</i>	116
MARIO ROSARIO SPASIANO, <i>Riflessioni in tema di centralizzazione della committenza negli appalti pubblici</i>	127

NOTE E RELAZIONI

RICCARDO CABAZZI, <i>Il Segretario Comunale ed i suoi limiti: "garante" ma</i>	
--	--

CERIDAP

<i>non “gestore”</i>	152
ALESSIA MONICA, <i>Le concessioni balneari e l’esigenza di selezione competitiva per il loro affidamento: per il Consiglio di Stato non è imperativo il ricorso alla gara</i>	162

OSSERVATORIO DELLA GIURISPRUDENZA

MATTEO PALMA, <i>Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 13 febbraio 2023, n.7</i>	175
MARGHERITA SIAS, <i>T.A.R. Campania, Napoli, Sezione II, 30 gennaio 2023, n. 670</i>	179
CORSO TOZZI MARTELLI, <i>Cassazione Civile, Sezioni Unite, 19 gennaio 2023, n. 1567</i>	182

HANNO COLLABORATO A QUESTO NUMERO:

RICCARDO CABAZZI, Dottore di ricerca in Diritto Pubblico e Istruttore direttivo nel Comune di Castelgomberto.

FRANKA ENDERLEIN, Assegnista di ricerca nel dipartimento di diritto pubblico dell'Università di Friburgo - Istituto di diritto dei media e dell'informazione.

DIANA-URANIA GALETTA, Professore Ordinario di Diritto Amministrativo nell'Università degli Studi di Milano e Direttore CERIDAP.

EDUARDO GAMERO CASADO, Professore Ordinario di Diritto Amministrativo nell'Università Pablo de Olavide, Siviglia.

ESTHER HAPPACHER, Professore Ordinario di Diritto Pubblico nella Università di Innsbruck - Istituto di Diritto Italiano.

HERWIG C.H. HOFMANN, Professore Ordinario di Diritto Pubblico europeo e transnazionale nell'Università del Lussemburgo.

FRANZ MERLI, Professore Ordinario di Diritto Pubblico nell'Università di Vienna.

ALESSIA MONICA, Ricercatore (RTDA) di Diritto Amministrativo nell'Università degli Studi di Milano.

MATTEO PALMA, Dottorando di Ricerca in Diritto pubblico, internazionale ed europeo (curriculum Diritto amministrativo) nell'Università degli Studi di Milano.

IVO PILVING, Professore Associato di Diritto Amministrativo nell'Università di Tartu.

GIULIA PINOTTI, Dottore di Ricerca in Diritto amministrativo nell'Università degli Studi di Milano.

JANE REICHEL, Professore Ordinario di Diritto Amministrativo nell'Università di Stoccolma.

JENS-PETER SCHNEIDER, Professore ordinario di Diritto Pubblico e Direttore del dipartimento di Diritto Pubblico dell'Università di Friburgo - Istituto di diritto dei media e dell'informazione.

MARGHERITA SIAS, Dottoranda di ricerca nel dottorato intersettoriale per l'innovazione (curriculum Diritto Amministrativo) nell'Università degli Studi di Milano.

MARIO ROSARIO SPASIANO, Professore Ordinario di Diritto Amministrativo nell'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli".

CORSO TOZZI MARTELLI, Dottorando di Ricerca nel dottorato Intersettoriale per l'Innovazione (curriculum Diritto Amministrativo) nell'Università degli Studi di Milano.

Comparative Law of Public Automated Decision-Making. An Outline

Herwig C.H. Hofmann

DOI: 10.13130/2723-9195/2023-1-3

I Paesi all'interno dell'UE e in tutto il mondo stanno cominciando a regolare l'uso dell'automazione nei processi decisionali pubblici. Il quadro giuridico è molto differenziato e il suo sviluppo è in una fase iniziale. Questo contributo definisce un possibile quadro di ricerca comparativa; in altre parole gli elementi per confrontare le diverse soluzioni sviluppate dai diversi sistemi giuridici di fronte alle sfide poste dall'automazione dei processi decisionali pubblici.

Jurisdictions within the EU and countries around the world are beginning to regulate the use of public Automated Decision Making (ADM). The legal framework thereof differs considerably, and its development is at an early stage. This contribution sets out a possible comparative research framework, with other words elements to compare the different solutions developed by the legal systems in the face of challenges of ADM.

Summary: 1. Introductory remarks.- 2. Background to the differentiated regulation of ADM in public law.- 3. A conceptual framework for comparison.- 3.1. (a) Regulation of data sources and input to ADM.- 3.2. (b) Regulation of the programming of procedures leading to ADM.- 3.3. (c) Regulation of individual decision-making procedures in the context of ADM. 3.4. (d) Privatisation of regulatory tasks to be conducted by ADM.- 4. Some tentative conclusions

1. Introductory remarks

The^[1] automation of public decision-making procedures is progressing in ever more policy areas. Automation affects procedures leading to administrative acts and administrative rule making where elements of the procedure are either fully

or partly executed without a direct human intervention by sophisticated computer software, increasingly using machine learning and other tools referred to loosely as Artificial Intelligence (AI). The regulation of the use of Automated Decision Making (ADM) systems in public law, although in its infancy, has already spurred various differentiated approaches in various jurisdictions.

The EU has reacted to the spread of automated decision making and the rise of AI with proposing and in some cases adopting a number of legislative acts, some of which are also applicable to the public administration^[2]. The range of tools proposed is to date is just being explored in the legal literature. The various acts in themselves contain various addressees often not distinguishing between public and private recipients. They also frequently call for complex multilevel composite cooperation schemes for their enforcement.

Some EU Member States are also actively regulating ADM in the exercise of public functions. Other states rely on the regulation of AI powered ADM systems through more traditional public law tools.

Overall, the various reactions to the rise of AI and ADM in public law are an important object of study. Each jurisdiction's approach can serve as a laboratory of ideas displaying different regulatory techniques for addressing common problems of the spread of ADM in public law. Therefore, all the papers published together in this section of issue 1/2023 of CERIDAP Journal, which allow for a comparative oversight over various jurisdictions' reactions to ADM in public law, are a highly welcome contribution to the debate of mapping and assessing regulatory options and their respective effects. This introduction to the comparative overview of possibilities explained in the following papers sets out a possible comparative research framework: with other words, elements to compare the different solutions developed by the legal systems in the face of challenges of ADM.

2. Background to the differentiated regulation of ADM in public law

The challenges to understanding the effects of ADM in public decision-making are common to public law systems around the world but have also specific relevance in the highly integrated European system of close cooperation within

multiple levels of government and administration. Accordingly, reactions to the digitalisation of public law exist on various levels – the European, the national and the sub-national. On the EU level approaches include an ever-growing list of approaches to legislation of data sources, data collections and data sharing. On the Member States level, the questions of the application of ADM in the public sectors may, on one hand, be concerned with specific services such as decisions related to benefits, housing, education, employment, and other areas that have a significant impact on people's lives. AI systems have been increasingly used for ensuring public order, support decision making and combating crime and terrorism^[3]. AI use is especially advanced in such sectors as law enforcement, migration and asylum, and especially in tax-related investigations. On the other hand, also general legislation on administrative procedure and organization has reflected on new challenges arising from ADM.

In this dynamically developing field, comparing approaches across legal systems and levels of government is a helpful tool. It allows for an orientation of various regulatory approaches. Comparative approaches widen the pool of ideas and show how various systems have conceptualised elements of these changes and which approaches have been deemed appropriate to address challenges in this context. Obviously, there are different speeds in that process, some jurisdictions deliberately waiting before regulating, others moving proactively ahead. There also will be different implications of solutions chosen. Where decision making in public law systems across the EU and beyond is increasingly supported by automation, concepts of how to establish the legal framework for ADM are still evolving. In this sense, a comparative approach will be in line with the functionalist model of comparison under which actual solutions chosen by one legal system can provide inspiration for another legal system^[4]. Each legal system or each solution within such system can act as a kind of regulatory sandbox, capable of exploring advantages and disadvantages of chosen approaches. Thereby, debates arising in the context of the creation or use of certain principles in one jurisdiction can inform the search for solutions in another. Despite the different competences on EU and Member State levels, a comparative approach to the regulation of ADM in public law may provide for a valuable learning experience in a relatively new field with to date mostly experimental approaches.

3. A conceptual framework for comparison

Studying the diversity of these possible approaches and their consequences through a comparative lens, requires a comparative framework along which the various approaches can be assessed. In the following, I suggest a framework for comparison of various jurisdictions' approaches to ADM in public law, which will be developed in several case studies to be published in the coming weeks in issue 1/2023 of CERIDAP Journal. This framework will be further developed by taking into account various factors of existing ADM regulation arising from the comparative studies. But a starting a comparison requires considering various fundamental factors of ADM regulation in public law, along which the reactions can be studied. I suggest four basic dimensions as basic common denominators for legal research.

3.1. (a) Regulation of data sources and input to ADM

The relation between ADM systems and the data sources from which they draw their input is linked to evolving notions of law on data collections. Such law of information is thus relevant in the context of understanding, through a comparative approach, public law conceptualisations of ADM. In this context, the EU legal system is striving to move towards broadening available data pools for public decision making. Considerations will be important to ensure availability but also quality and protection of certain types of data in such sources.

The current wave of EU data related legislation addresses many of the matters relating to data availability for data-driven public administration. In this context following its European Strategy for Data of February 2020, the European Commission introduced numerous data-related draft regulations, some of which by now have passed the legislative procedure and entered into force. The Commission's European Strategy for Data foresaw an approach to regulate the use of data and data services but also to foster data sharing across economic, government, cultural and scientific sectors in areas such as health, mobility, and agriculture to create various European data spaces. A prime example for a push in this direction is the European Commission's draft regulation, the "Interoperable Europe Act" of November 2022 seeking to link data sources across Europe for

use by public decision making, however being at the same time remarkably silent on discussing means to ensure data quality in such exchanges^[5]. Another legislative initiative by the Commission is the Regulation on Data Governance (DGA)^[6], which intends to support data flows between countries and sectors thus benefitting public actors next to increasing data availability of public sector data to private parties including business. Finally, in the draft regulation on a European Data Act, the Commission seeks to align rules on data transfers to outside the EU (and EEA) of non-personal data with those rules applicable in the GDPR, an aspect particularly important for cloud service offers including those used by public administrations.

Other fields of EU data related legislation are concerned with linking various administrative levels taking place by creating joint data bases on which automated administrative procedures are built upon. This requires careful design not just of the software for the automated decision-making but also the responsibility for their use in relation to the data sources^[7]. Examples for this come from the large-scale information systems in the field of the EU's Area of Freedom, Security and Justice (AFSJ) such as the Schengen Information System (SIS II)^[8]. The principle of interoperability enables interconnectivity of data collections and thereby enlarges the 'data lake' available to processing by automated decision-making technology^[9]. For example, the AFSJ's Electronic Travel Information and Authorisation System (ETIAS)^[10] and the Passenger Name Record (PNR)^[11] system will become linked with interoperability functions, allowing for searches to take place within these databases to be enriched with data from certain other interconnected databases^[12]. Maintaining large scale data collections and ensuring the interoperability of various such collections from different levels, the EU, Member States and private parties^[13] allows for an integration of automated decision making technologies into procedures. Often, this approach is EU driven, but Member States might have similar approaches for other policy areas.

The latter example as well as the cited acts from the new wave of data related and ADM governing legislative acts in the EU take many forms but are generally not published with the explicit wish of providing for general administrative law or even public law. Many, like the EU's AI act, cover the use of advanced algorithms in public law, but are equally declared applicable for public and private applications of AI.

This raises the question as to the relation between general (administrative) law solutions in various legal systems versus policy-specific regulation - especially to whether a legal system requires transparency about the use of data from certain sources. Are there any generally applicable or policy-specific requirements for disclosing how ADM systems have used specific data points in reaching certain conclusions used in decision-making? Regulating interfaces between data use and machine elements of ADM as well as between ADM and human elements of decision making can become especially relevant when considering situations in which public participation is possible and must be fed into a decision-making process or where individual hearing rights are affected.

3.2. (b) Regulation of the programming of procedures leading to ADM

ADM relies on programming of a software system identifying the automated steps of the procedure. In public law the question arises as to the definition of the legal characteristic of such software, which becomes a tool integrated into a formal decision-making procedure. Identifying the necessities of the software, the programming of the software tool underlying a system, and the definition of its role within a decision-making procedure are thus decisive elements of the automation of individual decisions to be taken on that basis. The identification of the software system then needs to be distinguished from the actual process of decision making with the help of an automated system.

The comparative question that arises here is how such ADM system is conceived of and integrated into the structure of a constituted legal system. Generally, the latter consists of a cascade beginning with a generally enabling constitutional norm, over a policy-defining legislative act to more precise administrative rulemaking identifying in ever more detailed way the considerations to be taken into account and procedures to be followed in individual decision making applied to a specific set of facts. Irrespective of modes of possible judicial review or other accountability mechanisms, distinguishing, on one hand, an ADM-system contributing to the general norms governing individual decision making from, on the other hand, the individual decision-making process, is central for an understanding of the public regulatory approach to ADM.

The nature of the ‘software element’ of ADM systems to date appears rarely explicitly addressed in legislation – neither on the EU level nor on the Member State level. Case law will be more likely to be addressing this matter where it has been developed. On the EU level, for example, the matter has been addressed by CJEU case law identifying requirements of pre-defined factors identifying what must be addressed in a legal text and what may be subject to software design^[14]. In that context, the principles evoked by the CJEU are in principle technology-neutral requiring simply that legal texts address matters to be later developed in software defining the ADM components used in public law. However, at second sight, CJEU solutions suggested in the case law so far are to a certain degree technology-specific in making additional requirements for machine learning technology. An important comparative question is thus whether approaches sought are predominantly technology neutral or whether they are designed specifically for certain challenges arising from specific technological solutions. Further, as observed from the national judicial practice, a question that has been raised is whether the addressee shall be given an access to the source code or algorithms the automation is based on. This information, it is often argued may be necessary to the addressee of the decision to assess how and what parameters have been decisive to issue the certain decision and in this line of argument concerns directly the right to defence. Yet, whether the access to the source code can indeed contribute to the right to defence realisation is questionable as the understanding of such information requires specific technical knowledge and, in advanced AI systems or with respect to ‘general purpose AI’ – systems not specifically programmed for an administrative task - the source code might give rise to understanding of the functioning of the system as such, but not to how a specific decision was made.

3.3. (c) Regulation of individual decision-making procedures in the context of ADM

The distinction between the general rules for the ADM element of a decision-making procedure and the single case decision making being based on that general rule, also have an effect on the legality of individual decision-making. Rights and principles governing decision making procedures and their protection

will be assessed following individual decision making and thus might implicitly address the general normative level. But here also the question arises whether legal systems practically develop specific approaches to decision making by ADM, or - normatively speaking - should do so. In the alternative, one might ask whether it would not be sufficient to review decisions whether with ADM or without by the same standards in order to hold public decision making to account.

Both the interaction between data sources and ADM systems as well as between the programming of ADM systems and their application within decision making procedures turns the focus also on questions of inter-faces. How does a legal system understand and regulate the use of data and the selection of data by ADM systems? How, on the other hand, does a legal system govern the interface between the automated part of a decision-making procedure and the human input into decision-making? These interfaces can arise at various points during a procedure. At this point in time, at least¹⁹¹, the use of ADM does not cover entire decision-making cycles from the initiation of a procedure over investigation, possible adoption of a measure to its implementation. Instead, ADM systems generally are employed in specific phases of decision making necessitating the creation of interfaces between human interventions and ADM or, as the case might be in the future, different ADM systems covering different phases of decision making.

Finally, questions important for subjecting to a comparative approach are matters of ensuring procedural rights of individuals including the right to a fair hearing, the right to access to one's file, the right to a reasoned decision – the latter often related to the possibility of discerning whether there would be sufficient grounds to seek judicial review.

3.4. (d) Privatisation of regulatory tasks to be conducted by ADM

Privatisation of public functions is an important element of the regulation of ADM. The degree and limitations of private involvement are especially relevant in areas in which fundamental rights are to be balanced in decision making.

On the EU level, for example, limitations of what has amounted to a de-facto delegation of powers to balance fundamental rights in the pursuit of a public

policy objective have been subject to CJEU case law from on the interpretation of elements of the EU's IP Directive^[16]. The latter had conferred on private internet service providers liability for IP violations in the context of uploading of content. It was well understood that this task contained the balancing of fundamental rights including free speech and property. It was also understood that the internet service providers were able to dispose of this task only with the help of ADM systems^[17]. According to the CJEU, therefore, the obligation of the internet service providers obliged to balance fundamental rights positions had to be framed by legislative definition of basic elements of such balancing exercise and must contain sufficient guarantees to protect individual rights effectively^[18]. The CJEU's approach points towards first conceptual considerations for setting a framework for the conferral of tasks to private parties using ADM. Many more questions concerning private involvement in public obligations may arise. These will include matters of programming or servicing of software used by public authorities for ADM purposes by private parties. Additional questions which may serve as comparative factors include the question whether the data collections as well as the programming of information sources is predominantly undertaken by private parties or by public administrations themselves and which possibilities of oversight the public bodies have over such private activities. How to ensure that the systems which are in use do not discriminate against certain groups of people and criteria such as listed in Article 21 of the Charter of fundamental rights of the European Union are complied with in that they are not used as distinguishing factors.

4. Some tentative conclusions

The above outline sets out several research questions for comparative studies of ADM in public law. Jurisdictions within the EU and countries around the world are beginning to regulate the use of public automated decision making (ADM). The legal framework thereof differs considerably. Not surprisingly at this relatively early stage of development of legal reactions to the emerging technologies of ADM and in view of the fast-paced developments of ADM technologies themselves, answers to the challenges are developing in various legal systems. The fast-paced technological developments, especially in the available AI

capabilities, result in novel regulatory questions. This makes for a compelling case for comparative learning and experimenting. The comparison of reactions in various legal systems functions similar to laboratories of experimentation for each-other. The interaction of legal systems in Europe's multi-level legal systems arguably makes such comparative approach ever more important. However, in order to undertake a meaningful comparison, it is necessary to establish a framework of comparison in order to study and mutually compare various solutions developed on the national and supranational levels. This paper has suggested several avenues for a framework of comparison, therefore outlining fundamental topics along which legal systems' reactions to the emergence of ADM with ever more sophisticated technological approaches can be studied and meaningfully compared. The framework of comparison thus serves as a mapping exercise of the main possible issues.

1. Herwig C.H. Hofmann is Professor of European and Transnational Public Law at the University of Luxembourg, FDEF, and Head of its Department of Law. He is one of the co-founders of the Research Network on European Administrative Law (ReNEUAL) and is the principle investigator of the project "Information in the EU's Digitalized Governance, INDIGO" (Norface Horizon 2020). I would like to thank Ms Laura Valtere for her valuable input into the development of this chapter.
2. E.g. Directive 2019/1024 of the European Parliament and Council of 20 June 2019 on open data and the re-use of public sector information (Open data directive, OJ 2019 L 172/56) which governs the re-use of existing documents held by public sector bodies and public undertakings of the Member States.
3. Annexes to the Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. *Foster in a European approach to Artificial Intelligence*, pp. 49-50.
4. See for a conceptual development of various frameworks for comparative public law research, see H. C.H. Hofmann, *Imagining Theoretical Frameworks*, in: P. Cane, H. C.H. Hofmann, E. C. Ip and P. Lindseth (eds.) *Oxford Handbook of Comparative Administrative Law*, OUP, Oxford: 2021, pp. 1009-1026 with further references.
5. See e.g. European Commission Proposal for a Regulation of the EP and the Council laying down measures for a high level of public sector interoperability across the Union (Interoperable Europe Act) of 18 November 2022, COM(2022) 720 final 2022/0379 (COD).
6. See e.g. Regulation of the European Parliament and of the Council on European data governance (Data Governance Act) of 25 November 2020, COM(2020) 767 final

- 2020/0340(COD).
7. S. Demková, T. Quintel, *Allocation of Responsibilities in Interoperable Information Exchanges: Effective Review Compromised?*, in *Cahiers Jean Monnet*, 6, 2020, p. 589.
 8. A large-scale information system for border management in operation in all EU Member States (with the exception of Ireland and Cyprus) and 4 associated countries (Switzerland, Norway, Liechtenstein and Iceland) based on Regulations (EU) 2018/1860-1862 (OJ 2018 L 312/1, 14 and 56). Other large-scale information systems exist for example in the areas regulating risk in food, animal feed, plant health (see Commission Implementing Regulation (EU) 2019/1715 (OJ 2019 L 261/ 37), human and veterinary medicine products (See with further references S. Demková, *The Decisional Value of Information in European Semi-Automated Decision Making*, in *Review of European Administrative Law*, 2, 2021, p. 29).
 9. T. Quintel, *Connecting Personal Data of Third Country Nationals: Interoperability of EU Databases in the Light of the CJEU's Case Law on Data Retention*, in *University of Luxembourg Law Working Paper Series*, n.2/2018, available at <<https://ssrn.com/abstract=3132506> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3132506>>.
 10. Regulation (EU) 2018/1240 of the European Parliament and of the Council of 12 September 2018 establishing a European Travel Information and Authorisation System (ETIAS) and amending Regulations (EU) No 1077/2011, (EU) No 515/2014, (EU) 2016/399, (EU) 2016/1624 and (EU) 2017/2226, OJ L 236, 19.9.2018, p. 1–71, pursuant to which visa free Third Country Nationals (TCNs) have to apply for an electronic authorization in order for the risk they pose to be assessed in advance.
 11. Directive (EU) 2016/681 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the use of passenger name record (PNR) data for the prevention, detection, investigation and prosecution of terrorist offences and serious crime, OJ L 119, 4.5.2016, p. 132–149.
 12. N. Vavoula, *Consultation of EU Immigration Databases for Law Enforcement Purposes: A Privacy and Data Protection Assessment*, in *European Journal of Migration and Law*, 2, 2022, pp. 145–146.
 13. E.g. Travel, communications, banking and finance institutions face certain data retention obligations in order to allow for subsequent access of data by public authorities. See Joined Cases C-203/15 and C-698/15 *Tele2 Sverige AB v Post- och telestyrelsen* ECLI:EU:C:2016:970; C-698/15 *Secretary of State for the Home Department v Tom Watson, Peter Brice, Geoffrey Lewis* ECLI:EU:C:2016:970; C-511-520/18 *La Quadrature du Net* ECLI:EU:C:2020:791.
 14. See e.g. C-511-520/18 *La Quadrature du Net* ECLI:EU:C:2020:791; Opinion 1/15 (EU-Canada PNR Agreement) EU:C:2017:592.
 15. I am writing this contribution in January 2023.
 16. C-401/19 *Republic of Poland v. European Parliament and Council of the European Union* ECLI:EU:C:2022:297.
 17. For example, see Article 17(4) of Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament

CERIDAP

and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC, OJ 2019 L 130/92 under which “*online content-sharing service providers shall be liable for unauthorised acts of communication to the public, including making available to the public, of copyright-protected works*”. Internet service providers facing such potential liability undertake searches for IP protected content by ADM systems, thereby potentially affecting artistic freedoms, freedom of expression, freedom to conduct a business and other individual rights.

18. C-401/19 Republic of Poland v. European Parliament and Council of the European Union ECLI:EU:C:2022:297, para 67 with reference to C-311/18 Facebook Ireland and Schrems (Schrems II) EU:C:2020:559, para. 176.

Automation and Algorithmic Decision-Making Systems in the Italian Public Administration

Diana-Urania Galetta e Giulia Pinotti

DOI: 10.13130/2723-9195/2023-1-7

Il contributo ha l'obiettivo di analizzare i sistemi di automazione decisionale attualmente utilizzati dalle Pubbliche amministrazioni in Italia. Dopo un'analisi della relativa cornice normativa, i sistemi vengono classificati e illustrati e in particolare ci si sofferma sul caso del c.d. algoritmo della "buona scuola". Le conclusioni si soffermano sul perché dello scarso ricorso a questi strumenti nel panorama italiano, anche in ragione di una digitalizzazione lenta e non uniforme del settore pubblico.

This article aims at analysing the decision-automation-systems currently used by public administrations in Italy. After an analysis of the legal framework, the different systems are classified and illustrated: in particular, the case of the so-called "good school" algorithm is discussed. The conclusions dwell on the reason for the scarce use of these tools in the Italian landscape, also due to the slow and uneven digitisation of the public sector.

Summary: 1. The national legal framework.- 2. Experiences in the use of automation and algorithms in public-decision-making in the Italian Public Administration.- 2.1 Preliminary remarks.- 2.2. Automation when initiating the procedure (submission of applications etc.). 2.3. Automation in the preliminary investigation phase.- 2.3.1. As to document acquisition.- 2.3.2. As to data processing.- 2.4. Decision-making automation and the teacher-placement-algorithm's case-law.- 3. Decision-making and automation: which, when, where and why not? Final remarks.

1. The national legal framework^[1]

In Italy, there is no national legal framework regulating algorithmic administrative decision-making, so far. The only provision which refers, although indirectly, to automation is Article 3-*bis* of l. n. 241/1990: our general law on administrative procedure, as modified by d.l. n. 76/2020 (the so-called “Simplification Decree” 2020)^[2].

According to the new of Art. 3-*bis* thereof, «*In order to achieve greater efficiency in their activities, public administrations shall act by means of computerised and telematic tools, in their internal relations, between the different administrations and between these and private parties*»^[3].

A reference to automation tools is also to be found in Article 35, of legislative decree no. 165/2001 (Consolidation Act on Public Employment), which allows them to be used in public selection procedures.

The consequences of the lack of specific general rules on the use of IA and automation in public administration decision making is that it is difficult to clearly identify the boundaries.

In some cases, the recourse to automation is expressly mentioned in secondary legislation. Most commonly the source is a soft law instrument adopted by the Public Administration: an internal guideline, mostly in the form of an administrative Circular. So, it is in fact difficult to have access to them and estimate their concrete impact on administrative decision making.

But this kind of scenario (the soft-law one) is still the best one.

In fact, one can estimate that, at present, in most cases automated and/or algorithmic decision making is a choice whose actual use by public administrations is not even made known to the addressees of administrative activity.

This occurs not only in the case of fully automated procedures, but also – and perhaps above all – in cases where the use of automation does not replace the entire procedure but only one or some stages of it.

An example to this effect is l. n. 58/2019, converting d.l. n. 34/2019, which introduced the discipline of so-called “regulatory sandboxes” (Article 36, paragraphs 2-*bis* to 2-*septies*). This legislative intervention introduced into the national legal system an instrument aimed at allowing the experimentation of

FinTech applications which, by means of new technologies, such as artificial intelligence and distributed registers, can enable the innovation of services and products in the financial, credit, insurance and regulated markets sectors^[4].

2. Experiences in the use of automation and algorithms in public-decision-making in the Italian Public Administration

2.1. Preliminary remarks

Automation in administrative procedures and/or the possibility to use algorithms in public decision making has been the subject of debate in the Italian legal doctrine and jurisprudence for some years now.

The first question which has been raised is if art. 3-*bis* of l. n. 241/90 is a sufficient legal basis for resorting to automation in Public Administration decision-making.

If one (as I do)^[5] accepts the idea that, according to Italian Public law, Public Administrations are granted a form of “organizational autonomy”, which includes the decisions on how to enact their internal activity, it certainly is. But only in as far as the use of automation stays within the boundaries of administrative procedure^[6]. It cannot therefore cover automated-decision-making as such (adoption of the final decision/single case decision making)^[7].

There are many activities that fall under the notion of “Automation within administrative procedure” but are not, as such, algorithmic-decision-making:

1. Activities of procedural automation concerning initial application or *ex officio* initiation of an administrative procedure: submission of applications, preliminary investigation by a Public Administration in order to decide whether or not to initiate the procedure etc.^[8];
2. Use of machine-learning-systems to process data the Public Administration needs in order to decide whether and how to pursue a given policy or service, to identify the existence a predetermined recipient of the measure to be adopted etc.;
3. Use of algorithms and/or machine-learning-systems in the investigation

- phase of the administration procedure^[9];
4. Activities of procedural automation concerning all necessary communications/notifications once the decision is adopted.

2.2. Automation when initiating the procedure (submission of applications etc.)

As to case of automation concerning the submission of applications etc., when initiating the procedure, the automated systems used need to be able to verify the digital identity of the submitter.

This is what the Italian “Public Digital Identity System” (Spid - Sistema Pubblico di Identità Digitale) does, according to art. 64 of the Italian Digital Administration Code (CAD - *Codice dell’Amministrazione Digitale*)^[10]. In June 2022 about 103 thousand identities had been registered via the Public Digital Identity System or the Electronic Identity Card (C.I.E - Carta d’Identità Elettronica).

In this direction goes also d.l. n. 76/2020 already mentioned on “simplification and digital innovation”, pursuant to which, as of 28 February 2021, public administrations must integrate SPID (Sistema Pubblico di Identità Digitale - Public Digital Identity System) and CIE (Carta d’Identità Elettronica - Electronic Identity Card) into their information systems as a single identification system for access to digital services^[11].

2.3. Automation in the preliminary investigation phase

As to automation in the preliminary investigation phase of administrative procedures, in this context the automation of the activity performs two different functions: of document acquisition, in the *once only* perspective, possibly automated and of data processing.

2.3.1. As to document acquisition

With regard to document acquisition, it is interesting to focus on the projects implementing the *once-only* principle.

The *once-only* principle is an e-government concept that aims to ensure that

citizens, institutions, and companies only have to provide certain standard information to the authorities and administrations once^[12].

In the direction of *once only* in obtaining data go the National Recovery and Resilience Plan (NRRP) investments that want to create a public cloud. The Presidency of the Council of Ministers, in accordance with the provisions of Article 35 of d.l. n. 76/2020, through the Department for Digital Transformation promotes the development of a high-reliability infrastructure located throughout the country for the rationalisation and consolidation of Data Processing Centres (DPCs) and related IT systems. The facility is called the “Strategic National Pole” (PSN) and is intended for all public administrations^[13].

On 22 June 2022, the European Notice was awarded for the implementation and management of the National Strategic Pole, as envisaged in the National Recovery and Resilience Plan (NRRP) and defined in the Cloud-Italy Strategy. Automation in the investigation phase is central, however, especially for processing a large amount of data in complex investigations, such as tax-related ones.

2.3.2. As to data processing

With regard to data processing, the most interesting projects so far have been developed by independent authorities, but they are not yet common among administrations^[14]. Two examples appear to be interesting, one by ARERA (the Italian Regulatory Authority for Energy, Networks and Environment) and one by Consob (the Authority for the supervision of financial markets).

Investigation support tools capable of analysing large amounts of data have been used by ARERA. ARERA uses Visual Analytics and Visual Statistics tools: these, rather than analysing the data *per se*, allow the technical staff of the different offices to have an overview and explore the data in greater depth. They are therefore tools to support the investigation, especially in the determination of tariffs^[15].

In its March 2022 report on its activities in 2021, Consob emphasised the importance of using AI tools in its preparatory activities^[16]. During 2021, the intelligence data lake project was launched and the institutional data warehouse system was completed: it integrates all the structured databases present in the

Institute. The development of these tools enables the launch of pilot projects relating to innovative services to support supervisory actions; the project on the computerisation of the supervisory activity required by the issuers' regulation is also interesting.

The first phase of the project aimed at the application of artificial intelligence for the predictive risk analysis of listed companies, to support the selection of the supervisory sample pursuant to Art. 89-*quater* of the Issuers' Regulation.

The artificial intelligence platform will allow, through machine learning algorithms, to identify a cluster of riskier companies, as well as tagging the Key Audit Matters (KAMs) indicated by auditing firms in their opinions on the annual financial statements of issuers.

The tax administration is also running a pilot project: The project "*A data driven approach to tax evasion risk analysis in Italy*". The strategic objective of the initiative (thanks to funds received from the EU with the support of the Directorate General for Structural Reform of the European Commission), aims to innovate non-compliance risk assessment processes^[17].

In essence, it will introduce, test and use innovative techniques of network analysis, machine learning and data visualisation techniques, in order to create a new system of support processes for the identification of subjects at high risk of tax fraud.

2.4. Decision-making automation and the teacher-placement-algorithm's case-law

As to the automation of the decision-making, there are so far cases in Italy than can already be classified as "case-studies", such as the ones concerning the use of the teacher-placement-algorithm (or "good-school-algorithm" - "*algoritmo della buona scuola*"). They gave rise to a huge public debate and led to considerable litigation and related administrative Court's decisions^[18].

The decision-making automation in question was based on algorithms that fall under the notion of expert system (if/then model). These systems are also referred to as rule-based systems, and their functioning is perfectly determined *ex ante*. This makes them on the one hand suitable for use in the legal sphere, but on the other hand, being very rigid, their scope of application is often minimal, and

only suitable for very simple tasks.

To explain briefly what happened, to implement the so-called law on “good school”^[19], the Italian Ministry of Education had decided to use a software which made use of expert system in order to quickly decide on the assignments of the places of service to hundreds of new selected teachers or in order to process the request for mobility of already recruited teachers.

The software in question was programmed in such a way that, once the data had been acquired (current rules, results of competitions, availability of places of service, etc.), it automatically drew up the rankings for assignments or transfers.

The very unsatisfactory results produced by this “automatic processing” gave rise to a considerable litigation that finally focused on two specific issues: the need to have access to the source code of the software and to be able to question the decisions produced “automatically” by the algorithm.

The Italian Council of State, which has had the final word on the matter, so far, on the one hand stated that, when faced with *«serial or standardised procedures»* involving the processing of large quantities of instances and characterized by the acquisition of certain and objectively verifiable data and the absence of any discretionary appreciation on the part of the Public Administration, the entrustment of this activity to an efficient algorithm is as a dutiful declinations of art. 97 of our Constitution, consistent with the current technological evolution^[20]. On the other hand, the Court drew attention to a fundamental aspect: that the use of *«instruments»* rendered available by ICT for decision-making automation cannot be a reason for circumventing *«the principles that conform our legal system and govern the conduct of administrative activity»*^[21]. The principle of transparency, which in the Court’s reasoning is connected also to the duty to give reason for the final decision, implies full knowledge of the existence of any automated decision-making processes and of the algorithms used for that purpose^[22].

3. Decision-making and automation: which, when, where and why not? Final remarks

Expert systems, even if they can raise many problems if improperly used, are suitable only for very simple and routine tasks not involving any margin of

appreciation on the part of the decision maker.

In order to have support in the exercise of discretionary powers, systems based on machine learning come into play: here, knowledge about the scope of the system is no longer provided by humans, but rather is constructed by the machine, based on the data it has access to.

Three main types in machine learning can be identified: supervised learning, reinforcement learning and unsupervised learning^[23]. However, the use of machine learning systems in decision-making raises several critical issues, especially in areas of administrative activity where a substantive notion of the principle of legality is relevant. This is the case, for instance, when dealing with sanctioning measures (administrative sanctions), or in any case where the adoption of restrictive measures is involved (according to the German concept of “*Eingriffsverwaltung*”).

The problem, as it was correctly framed by the Italian Council of State in the above-mentioned decision, is not just about the need to substantially respect the principle of legality, but also about the need to comply with the principles of administrative transparency, the duty to give reasons, accountability principles etc.^[24].

Nonetheless, there are plenty of activities carried out by Public Administrations, which do not imply imposing something on someone as an expression of “*Eingriffsverwaltung*”. These “activities” are, in fact, much better suited to the use of these types of modern ICT technologies: this is the case, for example, with public services. Here, analysis of large quantities of data allows a tailor-made approach to public service, according to the needs of the recipient: which are clearer to the administration the more data it has at its disposal.

This applies also to the more day-to-day activities of local authorities: if, for example, a local authority has to organise a summer camp, the more geographical, age and working-time data it has, the easier it can organise the service. But it applies also to the most significant national policies, which require the processing of data on the entire territory.

Interesting in this sense is the “Nuovo Sistema di Garanzia” (NSG), a tool that makes it possible, with the wealth of information now available on the New Health Information System (Nuovo Sistema Informativo Sanitario - NSIS), to measure according to the dimensions of fairness, effectiveness, and

appropriateness that all Italian citizens receive the care and services included in the so-called Essential Levels of Care (Livelli essenziali di assistenza - LEA)^[25].

This type of use, despite posing fewer reasons of conflict with the fundamental principles of our legal system, has, however, found little application so far. There are different reasons for that and the first one is, paradoxically enough, the lack of data; or rather the lack of properly structured data. In order to be properly used data must in fact not only exist, but they must be correctly collected and organised. They must be accompanied by metadata, i.e. additional information describing them, and they must be collected in standardised formats (also because risks of bias etc. are much more frequent in the case of incorrectly collected data, even if only because they are duplicated).

In addition, the use of the instrument itself is lacking, first of all because of the technological fragmentation of Italian Public Administrations. Despite what is provided for by the provisions of the Italian Digital Administration Code^[26] each administration – and especially local authorities, among the largest providers of public services to citizens – has its own technological stock, its own software, often proprietary, developed (by outsourcing them) according to its own needs. No wonder, this is one of the crucial issues the National Recovery and Resilience Plan aims at dealing with^[27], by making available substantial economic resources^[28] and with the aim of «*profoundly transforming the public administration through a strategy centred on digitalisation*»^[29].

1. 1 Para. 1., 2.2. and 2.3. are by G. Pinotti; para. 2.1., 2.4. and 3. are by D.U. Galetta.
2. On the principle of legality and automation see, *ex multis*, E. Carloni, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, in *Dir.Amm.*, 2, 2020, p. 273 et seq.; A. Masucci, *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie: il procedimento amministrativo elettronico ad istanza di parte*, Torino, Giappichelli, 2011; D.U. Galetta, J.G. Corvalan, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *Federalismi.it*, 2019; R. Cavallo Perin, I. Alberti, *Atti e procedimenti amministrativi digitali*, in R. Cavallo Perin, D.U. Galetta (Eds.), *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 120 et seq.; S. Civitarese Matteucci, "Umano troppo umano". *Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 2019, p. 23 et seq.
3. Author's translation.
4. The Regulation on the discipline of the FinTech Committee and Experimentation was

CERIDAP

- adopted by the Ministry of Economy and Finance by Decree No. 100 of 30 April 2021.
5. D.U. Galetta, *Digitalizzazione e diritto ad una buona amministrazione (Il procedimento amministrativo, fra diritto UE e tecnologie ICT)*, in R. Cavallo Perin, D.U. Galetta (Eds.), *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, cit.
 6. Each subject, whether entity or body, when it holds a power, would also hold a power of self-discipline to regulate the exercise of that power, through which it would realise a regulation of action. On this point see A. Masucci, *L'atto amministrativo informatico: primi lineamenti di una ricostruzione*, Jovene, Napoli, 1993, 47 et seq.
 7. See also Council of State case law on this point, para. 2.4.
 8. On this point, see Articles 53 and 54 of the CAD, which identify the necessary characteristics of the websites of the administrations, as well as Article 24 of d.l. n. 90/2014: «*The government, the regions and the local authorities, in implementation of the principle of loyal cooperation, shall conclude, at the Unified Conference, agreements [...] to adopt, taking into account the specific regional regulations, unified and standardised forms throughout the national territory for the submission to the regional public administrations and local authorities of applications, declarations and reports with reference to construction and the start of production activities. The regional and local public administrations shall use the unified and standardised forms within the terms set out in the aforementioned agreements or understandings*».
 9. On the administration's investigative activities see, *ex multis*, F. Levi, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 1967; M. T. Serra, *Contributo ad uno studio dell'istruttoria del procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1991; M. P. Guerra, *Funzione conoscitiva e pubblici poteri*, Milano, Giuffrè, 1996.
 10. Para. 2-bis: «*In order to promote the dissemination of online services and facilitate access to them by citizens and businesses, including on the move, the public system for managing the digital identity of citizens and businesses (SPID) is set up by the Digital Italy Agency*», Author's translation.
 11. See on this point the Guidelines for Public Administration: <https://innovazione.gov.it/dipartimento/focus/linee-guida-decreto-semplificazione/>.
 12. See, *ex multis*, G. Carullo, *Gestione, fruizione e diffusione dei dati dell'amministrazione digitale e funzione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2017.□
 13. «*The Pole will be geographically distributed across the country at appropriately identified sites to ensure adequate levels of business continuity and fault tolerance. The infrastructure will be managed by an economic operator selected through a public-private partnership at the initiative of a proposing party*». For a more complete overview see: <https://innovazione.gov.it/dipartimento/focus/polo-strategico-nazionale/>.
 14. On the reasons for this non-diffusion see par. 3.
 15. See F. Artigas, S. A. Chun, *Visual analytics for open government data*, in *Proceedings of the 14th Annual International Conference on Digital Government Research*, 2013.
 16. See in particular page 40 et seq. on the computerisation of supervisory activities <https://www.consob.it/documents/46180/46181/ra2021.pdf/5da5eda5-85a9-464b-8e08>

CERIDAP

-944e462aec33.

17. For an extensive presentation of the project see the Senate hearing of the Director of the Revenue Agency *Fiscal digitisation and technological innovation projects*: <https://www.agenziaentrate.gov.it/portale/documents/20143/232968/Audizione+ADE+04.03.21+uv.pdf/34e48b94-d781-a4d0-caca-1512a6bfebef>.
18. See on this point, *ex multis*, R. Ferrara, *Il giudice amministrativo e gli algoritmi. Note estemporanee a margine di un recente dibattito giurisprudenziale*, *Dir. Amm.*, 4, 2019, p. 773 et seq.; S. Civitaresse Matteucci, “Umano troppo umano”. *Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, *cit.*
19. L. n. 107/2015 on the Reform of the National Education and Training System and the Delegation for the Reorganisation of Existing Legislation, <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2015/07/15/15G00122/sg>.
20. Cons. St., Sec. VI, 8 April 2019, n. 2270, in <https://www.giustizia-amministrativa.it>, paragraph 8.1.
21. Author’s translation for «*dei principi che conformano il nostro ordinamento e che regolano lo svolgersi dell’attività amministrativa*».
22. See further in D.U. Galetta, *Algoritmi, procedimento amministrativo e garanzie: brevi riflessioni, anche alla luce degli ultimi arresti giurisprudenziali in materia*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 4, 2020, p. 501 et seq.
23. See further in Cfr. J-C. Heudin, *Comprendre le Deep Learning. Une introduction aux réseaux de neurones*, Science-eBook, 2016; as well as A. Gad, F. Jarmouni, *Introduction to Deep Learning and Neural Networks with Python. A Practical Guide*, Elsevier, 2020.
24. On this subject, see also G. Pinotti, *Amministrazione digitale algoritmica e garanzie procedurali*, in *Labour & Law Issues*, 7, 2021, p. 77 et seq.
25. <https://www.salute.gov.it/portale/lea/dettaglioContenutiLea.jsp?lingua=italiano&id=5238&area=Lea&menu=monitoraggioLea>.
26. See The Italian Digital Administration Code at <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2005-03-07;82>, especially para. 58 et seq.
27. See National Recovery and Resilience Plan (NRRP - NextGenerationItaly), at <https://www.governo.it/sites/governo.it/files/PNRR.pdf>.
28. As much as 27% of the NRRP resources are dedicated to the digital transition, as explicitly stated at p. 16 of the NRRP.
29. Mission 1, Component 1 of the NRRP *cit.* Author’s translation.

Automated Decision-Making Systems in Spanish Administrative Law

Eduardo Gamero Casado

DOI: 10.13130/2723-9195/2023-1-119

La legislazione spagnola sulla decisione automatizzata è tra le più avanzate a livello globale. Entrata in vigore nel 2007, essa è stata recepita nella vigente legge sul procedimento amministrativo del 2015. Attualmente, più di un terzo del settore pubblico spagnolo ricorre a tali sistemi. Permangono alcuni problemi di conformità al diritto amministrativo generale, come ad esempio rispetto al diritto ad una corretta applicazione, al diritto di presentare memorie sul preavviso di rigetto, o alla motivazione di decisioni automatizzate o alla trasparenza della programmazione. Nonostante vi siano state centinaia di decisioni automatizzate, il contenzioso in questa materia si è rivelato meramente episodico. Il contributo esamina i requisiti formulati dalla legge Spagnola per consentire l'adozione di sistemi decisionali automatizzati da parte dell'amministrazione pubblica: l'approvazione preventiva ed espressa, il controllo esterno del sistema, la firma elettronica della decisione, ecc.; e gli aspetti critici tuttora presenti.

Spain's legislation on automated administrative action is among the most advanced in the world. Enacted in 2007, it has remained the same in the current Administrative Procedure Act of 2015. Currently, more than one third of the Spanish public sector uses these systems. Some problems of compliance with general administrative law remain, such as the right to correct applications, the right to present arguments in the face of a draft before a rejection decision is issued, or the motivation of automated decisions or the transparency of programming. But despite the fact that thousands of automated decisions are taken every day, judicial litigation in this area has so far been merely anecdotal. This paper describes the requirements established by Spanish law for the implementation of automated decision-making systems used by Public Administration: their express prior approval, the auditing of the system, the electronic signature of the decisions, etc.; and the critical aspects that still remain.

Summary. 1. Legal framework; - 1.1. Arts. 41 and 42 of Act 40/2015, of 1st October, on Legal Regime of Public Sector; - a) Concept of “automated administrative action”; - b) Prior determination by the administration of the legal requirements. Algorithms, are regulations? The lack of transparency; - c) The body competent to implement AI systems and to attribute to it its activity; - d) Supervision and quality control. The lack of legal supervision; - e) Auditing of the information system and its source code. Special reference to the personal data protection regime; - f) E-signature of automated decisions (art.42 LRJSP); - 1.2. Art.23 of Act 15/2022, of 12th July, for Equal Treatment and Non-discrimination; - 1.3.- Amendment of the Workers' Statute; - 1.4. Creation of the Spanish Agency for the Supervision of AI; - 2. Soft law: charter of digital rights; - 3. Case-law and main problems in current situation; - 3.1. The "Bosco" case; - 3.2. The VioGen algorithm; - 3.3. Automatic initiation of sanctioning procedures; - 3.4. Deprivation of safeguards in automated grant award procedures; - 3.5. Non-compliance with the duty to state reasons for administrative acts.

1. Legal framework

1.1. Arts. 41 and 42 of Act 40/2015, of 1st October, on Legal Regime of Public Sector

Spanish^[1] legislation on administrative procedure was deeply amended in 2015. Until then, there were two main rules:

- A law regarding the administrative procedure and the legal regime of the public sector, when acting by *traditional* means (paper): Act 30/1992, of 26th November, on Legal Regime of Public Sector and Common Administrative Procedure.
- A law regarding those matters, when acting by electronic means: Act 11/2007, of 22nd June, on Citizens' Electronic Access to Public Services.

In 2015, these rules were replaced by two new ones, with a different regulatory scheme:

- Act 39/2015, of 1st October, on Common Administrative Procedure

(LPAC).

- Act 40/2015, of 1st October, on Legal Regime of Public Sector (LRJSP)

These rules consider that the Administration's normal means of action is electronic. And although they represent a change in the regulatory structure, they introduce only few developments in the matter under consideration.

The main rules standing a specific legal regime of automated administrative action and AI are arts.41 and 42 LRJSP (former arts.39 and 18 of 11/2007 Act, respectively). They do not regulate AI, but so-called “automated administrative action”^[3]. It is well known that not all automated administrative action is AI. But any AI system uses automated processes at least at some stage. These are, therefore, the main provisions that regulate the use of AI by the public sector in Spain. Let's start with art.41. It reads as follows^[3]:

«Article 41. Automated administrative action.

1. Automated administrative action is understood to be any decision or action carried out entirely by electronic means by a public administration within the framework of an administrative procedure, and in which a public employee has not been directly involved.

2. In the case of automated administrative action, the competent body or bodies –as appropriate–, shall be established in advance for the definition of the specifications, programming, maintenance, supervision and quality control and, where appropriate, auditing of the information system and its source code. It shall also indicate the body to be held responsible for the purposes of appeal».

The main issues arising from this provision are as follows.

a) Concept of “automated administrative action”.

The concept of automated administrative action provided by Section 1 of art. 41 is quite right. Some aspects should be highlighted.

The concept is taken from the Annex of Act 11/2007, which contained definitions, including this one. The only difference is that the 2007 Act referred to natural persons, while Act 40/2015 refers to public employees. In general, although it may seem vague, the definition is considered quite suitable^[4]. In particular, the provision is aware that it is impossible to adopt an administrative

action absolutely devoid of human intervention, at least in the design and management of the information system. Therefore, it is enough that such human intervention be indirect.

Secondly, the concept is also delimited by the context in which the automated administrative action system is applied: it is, necessarily, «*in the framework of an administrative procedure*». Therefore, this legal regime does not apply to automated systems, or AI systems, used for the improvement of the material provision of public services. It only concerns formalised administrative activity.

It is important to note that this definition does not only refer to automated decisions (administrative acts) in the strict sense, but also to algorithms, AI systems or automated actions that support decision-making, i.e. that are used in the framework of the administrative procedure as an input to be taken into consideration for the final decision in the decision-making process. This clarification is very important, because it considerably broadens its scope of application, preventing the Administration from limiting the application of the legal requirements to cases in which the final decision is adopted in an automated manner.

b) Prior determination by the administration of the legal requirements. Algorithms, are regulations? The lack of transparency

The automated actuation system must be expressly established, which is an extremely important requirement, because it prevents the implementation of *de facto* systems.

This requirement has sparked discussion among scholars about the legal nature of algorithms: are algorithms regulations? The main players in this debate have been Boix-Palop, who considers that it is, while Huergo-Lora argues that it is not^[5]. The question is not purely theoretical; on the contrary, it is the practical consequences that matter: if an algorithm is a regulation, it must be implemented through the procedure for drafting regulations, which opens the process to public participation, and also requires official publication of the rule before it comes into force. In short, if the algorithms are regulations, the problem of their transparency would be solved.

At present, and without denying that Boix-Palop's approach is very suggestive, it seems that the majority position is to consider that algorithms are... algorithms^[6]. In other words, they are not, in themselves, acts or regulations. The specific legal nature will be predictable of the administrative action in which it is inserted, but not of the algorithm itself.

An algorithm is a tool, a mere mean of action. An algorithm cannot be a regulation because it cannot innovate the legal system. An algorithm has necessary to fit in legal framework.

So, if an algorithm creates new criteria or rules for decision making, it exceeds the function and the scope in which it can act and becomes invalid.

Thus, the system of automated administrative action can be established by means of an administrative decision or by means of a regulation, even one with the force of law. For example, Article 13.2 of Royal Decree 203/2021, of 30th March, on the Electronic Functioning of the Public Sector, states that «*at the national level, the determination of an administrative action as automated shall be granted by decision of the head of the competent administrative body*», i.e. by means of an administrative act^[7]. However, automated administrative actions have also been implemented through regulations with the force of law: for example, Royal Decree-Law 2/2021, of 26th January, on the Reinforcement and Consolidation of Labour Measures, has regulated the initiation of administrative procedures in the Social Security field by means of automated official reports of infringement^[8].

This situation implies complete opacity about the algorithm or the programming of the AI system, because it does not have to be made public in any way. This is contrary to what the experts argue, both in comparative law and in Spanish law: they insist on the need for transparency in this matter, so that it can be verified that the system does not incur in bias (discrimination) or in any other infringement of the legal system^[9]. In the final section of this report, we will discuss a current legal proceeding in Spain on this issue.

c) The body competent to implement AI systems and to attribute to it its activity.

Art. 41.2 LRJSP states that the administrative body in charge of the system, and to which the action is imputed for the purposes of appeal, must be determined

prior to its start of operation. This is a requirement of the highest relevance. More specifically, the recent and aforementioned Article 13.2 of Royal Decree 203/2021, of 30th March –applicable only to the national Administration–, provides that the decision establishing areas of automated administrative action «shall specify the appeals that may be lodged against the action, the administrative or judicial body, where appropriate, before which they are to be submitted, and the time limit for submitting them». This is a guarantee known in Spanish administrative law as "pie de recurso" –food of appeal–, which requires that the notification of administrative acts includes this information. It should be noted that these provisions discard the possibility that automated administrative action can be considered as “autonomous”, as it will always be attributed to a specific administrative body. Moreover, automated administrative action is thus equated with the formalised administrative action of issuing administrative acts, imposing the same guarantees in both cases.

d) Supervision and quality control. The lack of *legal supervision*.

This provision also states the requirement for the system to be monitored. This duty is not explicitly but implicitly imposed, as is clear from the text of the article if we consider the purpose of the regulation^[10]. The rule calls the requirement of human supervision, widely demanded both in Spanish law and in comparative law^[11].

In my opinion, the problem is not only that there should be human supervision. Moreover, this supervision must be multidisciplinary. It should be made up by specialists from different fields. In particular, it must specifically include legal supervision. This is a point on which I have been particularly insistent: it is necessary that, in the team carrying out the supervision, there are legal experts to ensure compliance with the legislation^[12].

In most cases, the public sector lacks the means to carry out AI developments itself and has to rely on procuring these solutions from the market. However, a screening of public procurement tenders for AI systems in Spain shows that they do not provide for the inclusion of legal experts in the work teams. There are

engineers, mathematicians, computer scientists... even experts in communication (for publicity campaigns to publicise the implementation of the system), but jurists are conspicuous by their absence.

e) Auditing of the information system and its source code. Special reference to the personal data protection regime.

Article 41.2 LRJSP also states that the information system and its source code be audited. But it has been pointed out that the criteria for such an audit are not yet clear ^[13].

There is, however, one particular area where some methods have been developed: the protection of personal data. In this workshop, some proposals are set out. As far as Spanish law is concerned, we must cite the documents drawn up by the Spanish Data Protection Agency (Agencia Española de Protección de Datos): in particular, the guidelines “Adecuación al RGPD de tratamientos que incorporan Inteligencia Artificial. Una introducción” (2020), and “Requisitos para auditorías de tratamientos que incluyan inteligencia artificial” (2021) ^[14].

f) E-signature of automated decisions (art.42 LRJSP).

Article 42 LRJSP regulates the electronic signature that must be incorporated into the automated administrative action. It provides as follows:

«Article 42. Signature systems for automated administrative action.

In the exercise of competence in automated administrative action, each public Administration may determine the cases in which the following electronic signature systems may be used:

a) Electronic seal of a public administration, body, agency or public law entity, based on a qualified electronic certificate that meets the requirements of electronic signature legislation.

b) Secure verification code (SVC) assigned to the Public Administration, body, public agency or public law entity, under the terms and conditions established, allowing in any case the verification of the integrity of the document by accessing the corresponding electronic office» ^[15].

The main consequence of this rule is that decisions adopted by means of

automated administrative action will incorporate an electronic signature system. This makes it possible to identify the body to which the action is attributed, which is relevant for appeal purposes.

Otherwise, the text is self-explanatory and does not merit comment for the purposes of this report.

1.2. Art.23 of Act 15/2022, of 12th July, for Equal Treatment and Non-discrimination.

Just last summer, a new development concerning algorithms and AI has been approved. The Article quoted reads as follows:

«Article 23. Artificial Intelligence and automated decision-making mechanisms.

1. Within the framework of the National Artificial Intelligence Strategy, the Charter of Digital Rights and European initiatives on Artificial Intelligence, public administrations shall encourage the implementation of mechanisms so that the algorithms involved in decision-making used in public administrations take into account criteria of minimisation of bias, transparency and accountability, whenever technically feasible. These mechanisms will include their design and training data, and address their potential discriminatory impact. To this end, impact assessments will be promoted to identify potential discriminatory bias.

2. Public administrations, within the framework of their competences, shall prioritise transparency in the design, implementation and interpretability of decisions taken by algorithms involved in decision-making processes.

3. Public administrations and companies will promote the use of ethical, reliable and respectful of fundamental rights Artificial Intelligence, following in particular the recommendations of the European Union in this regard.

4. A quality label for algorithms will be promoted».

It should be noted that this provision, due to its wording, seems more like a soft-law norm than a rule, since it does not set out imperative requirements or rules for action, but rather mere guidelines.

Moreover, it just states these guidelines "whenever technically feasible", which is not solving the main problem currently posed by AI as decision-making process support: "black box" algorithms, in which it is not possible to satisfy these requirements. Such algorithms are therefore not prohibited and are exempted

from the requirements of this provision.

1.3. Amendment of the Workers' Statute

On 11 May 2021, Royal Decree-Law 9/2021 was approved, amending the Workers' Statute, which is the core of Spanish labour laws; was subsequently replaced by 12/2021 Act, of 28th September, after it was enacted by the Parliament. It adds a new provision to Article 64.4 of the Workers' Statute (Royal Legislative Decree 2/2015, of 23 October), which lays down the information rights of workers' representatives. Specifically, it recognises their right to:

«d) Be informed by the company of the parameters, rules and instructions on which algorithms or artificial intelligence systems are based, whenever they affect decision-making that may have an impact on working conditions, access to and maintenance of employment, including profiling».

This legal reform follows an Italian ruling concerning Deliveroo's riders, which had a major impact in Spain^[16]. The ruling annulled the system of assigning orders to riders because it is not possible to know how the algorithm works.

The precept is an evident boost to the transparency of algorithms and AI systems. As regards the Spanish public sector, it applies to public employees who do not have the status of civil servants, but of *labour employees*, and whose employment relationship is therefore regulated by the Workers' Statute.

1.4. Creation of the Spanish Agency for the Supervision of AI.

The National Artificial Intelligence Strategy (see below) envisages the creation of a Spanish Agency for the Supervision of Artificial Intelligence (AESIA). The General National Budget for 2022 allows the government to initiate the procedures for its creation^[17], and grants an allocation of EUR 5 million for this purpose. The procedure has already begun^[18].

The regulation establishing the Agency's competences has yet to be adopted. But it is certain that the Agency will eventually take over the tasks conferred on the national supervisory authority by the draft European Regulation.

2. Soft law: charter of digital rights

On 14th July 2021, the Spanish government approved the Charter of Digital Rights^[19]. In its introductory part this document states: *«the Charter is not normative in nature but aims to recognise the very new challenges of application and interpretation posed by the adaptation of rights to the digital environment, and to suggest principles and policies relating to rights in the digital environment»*.

In terms of content, we are interested in Section XVIII of the Charter, which is entitled: *«Digital rights of citizens in their relations with public administrations»*. In particular, paragraphs 6 and 7, relating to AI, provide: *«6. The rights of citizens in relation to artificial intelligence recognised in this Charter shall be promoted within the framework of administrative action. In all cases, the following rights are recognized:*

- a) Decisions and activities in the digital environment shall respect the principles of good administration, and the right to good digital administration, as well as the ethical principles driving the design and uses of artificial intelligence.*
 - b) Transparency on the use of artificial intelligence tools, and on their functioning and scope in each specific procedure –and, in particular, on the data involved, their margin of error, their scope of application and their decisive or non-decisive nature. The law may regulate the conditions of transparency and access to the source code, in particular to verify that it does not produce discriminatory results.*
 - c) To receive an understandable explanation in natural language of the decisions taken in the digital environment, with justification of the relevant legal rules, the technology used and the criteria for their application to the case. The individual shall have the right to have the administrative decision reasons, or an explanation, when it departs from the criteria proposed by an automated or intelligent system.*
 - d) Discretionary decision-making is reserved to human persons, unless provision is made in the rules for automated decision-making with appropriate safeguards.*
- 7. A digital rights impact assessment will be required in the design of algorithms in the case of automated or semi-automated decision-making»*.

The wording of the text is regrettable. The final version was improved in some aspects, taking into account the proposals of a group of scholars belonging to the Administrative Law and Artificial Intelligence Network^[20].

The document has had a high media impact, but little effectiveness so far. Although its approval has been considered positive, it is criticised that, instead of proclaiming new rights in a non-binding Charter, the effectiveness of the rights that citizens already have in the legislation on common administrative procedure should be guaranteed^[21].

3. Case-law and main problems in current situation

Numerous AI systems have been implemented in recent years in Spain, especially by the national government and by regional governments (autonomous communities), but there are also examples of municipalities that have implemented these systems; recent reports affirm that the third part of Spanish public sector has already implemented AI systems^[22].

Despite this, and the existence of a legal framework since 2007, judicial litigation has been virtually non-existent. This does not mean that there are no controversial cases, or social and scholar criticisms. But they have not been followed up by judicial appeals.

3.1. The "Bosco" case.

It is the only significant case to date in the public sector. "Bosco" is a computer system developed by the Ministry of Energy and used by energy companies to grant the so-called "bono social", i.e. a discount on electricity and gas bills for the benefit of certain groups: large families, low incomes, etc.

The CIVIO Foundation (for social purposes), detected that the algorithm was failing, for example by denying the social bonus to widows, so it asked the Ministry for access to the technical specifications, to the performance tests, and to the source code, in order to verify its functioning. The request was based on the right of access to public information, stated in 19/2013 Act, of 9th December, on Transparency, Access to Public Information and Good Governance, which establishes limits to the content of this right.

When access was denied, the decision was appealed to the Transparency Council, an independent administrative body. The Council partially upheld the appeal, allowing access to the technical specification and performance tests, but refusing access to the source code, in order to protect industrial property.

The Foundation lodged a judicial appeal against the Council's decision. It was resolved by ruling 143/2021, of 30th December (ordinary procedure 18/2019), of the Contentious-administrative Central Court (Juzgado Central de lo Contencioso-administrativo) nr. 8. The ruling dismissed the appeal. In this case, it was argued by the Ministry that access to the source code posed a risk to national security, since the system shared information with sensitive databases, which would be put at risk.

The judgement has been appealed to a higher court, the "Audiencia Nacional", but no judgement has yet been handed down. It has come to light, however, that the Transparency Council has modified its position and supports the appeal, based on the idea of segmenting the source code, deleting the elements that affect national security and keeping those that explain the rules or criteria applied by the algorithm.

The resolution of this case generates a lot of expectation. If the "Audiencia Nacional" upholds the appeal, it will be a great triumph for all those who have been calling for greater transparency in the use of algorithms and AI by the public sector.

3.2. The VioGen algorithm

This algorithm was developed in 2007 by the Ministry of Interior to assess the risk of gender-based violence. Since then, it has been applied more than 5 million times in police stations, despite the fact that Spain is one of the countries with the lowest rate of femicide in the world.^[23] It is also used in criminal courts, to grant precautionary measures for the protection of victims.

The system has been widely criticised^[24]. Victim advocacy organisations consider that the system tends to massively under-rate risk: approximately 45% of cases are rated as "not appreciated". An analysis of 126 cases of murdered women found that 55 of them received an insufficient protection order from "VioGen". In addition, "VioGén" has been found to adapt the risk assessed for each victim according to the police means available.

The Ministry has denied access to the algorithm, but the matter has not been brought to court.

3.3. Automatic initiation of sanctioning procedures.

Royal Decree-Law 2/2021, of 26th January, on the Reinforcement and Consolidation of Labour Measures, has regulated the initiation of administrative procedures in the Social Security field by means of automated official reports of infringement. The information systems of the Labour and Social Security Inspectorate can detect facts which may constitute an offense, which allows for the automated initiation of sanctioning procedures.

The controversy in this case arises because, even if the person concerned does not take any action (e.g., does not submit any allegations), the procedure can be pursued up to the point of imposing a sanction. Although this may be surprising, it is nothing new: the same processing scheme applies to some traffic offences, such as exceeding the speed limit on the road and being photographed by a speed camera: in this case, the start of the sanctioning procedure is also automatic, and can lead to the same consequences.

3.4. Deprivation of safeguards in automated grant award procedures.

Automated systems are also criticised for removing certain guarantees for citizens in administrative procedures.

This is the case with robotic systems for the granting of subsidies. For example, in 2020, the regional government of Andalusia implemented 35 robots to process the procedures for granting subsidies to individual entrepreneurs, because of the pandemic. The burden on 20,000 civil servants was eased, relieving 100,000 hours of work. And the entire procedure, from application to payment, was reduced to 2 months. Discounting the cost of the robots, the system has saved 1.3 million euros.

But it is not all good things. As it was an automated system, applicants were deprived of the right to correct their application, or to present arguments in the face of a draft to deny aid. If any information in the system was incorrect, the aid was refused and the applicant was forced to complain.

3.5. Non-compliance with the duty to state reasons for administrative acts.

The opacity of algorithms is often seen as a problem of transparency. But in my view, it is even more serious: it is a breach of the duty to give reasons for administrative acts.

The duty to state reasons for administrative acts is a central guarantee of administrative law. It is a requirement related to the right of defense. Failure to comply with it renders the administrative act invalid. It is unnecessary to develop this issue here.

I myself^[25], as well as some of my colleagues at Pablo de Olavide University^[26], have been particularly insistent on the idea that algorithms, automated administrative action and AI do not escape the need to give reasons for the decisions based on them. Some scholars also notice this point^[27].

This is not the time to discuss this issue at length. Suffice it to say that, as I have tried to explain in these works, the duty to state reasons has particularities in the way it is articulated in the case of automated or AI actions, but it is required in any case. According to the current regulatory framework (the common administrative procedure legislation), this entails the impossibility of allowing black box algorithms to support decision making process, because it is impossible to know why the system takes that decision and not another one. We can think of new ways to give reasons in these cases, but they will need to be explicitly regulated.

1. ORCID 0000-0002-6734-8672. This paper is a result of the research Project UPO-1381574, «Artificial Intelligence and Administrative Law», granted in the framework of Operational program FEDER Andalusia 2014-2020.
2. On automated administrative action, see especially the works of A. Cerrillo-Martínez, *Robots, asistentes virtuales y automatización de las administraciones públicas*, *Revista Galega de Administración Pública*, nr. 61, 2021, pp.271 ff.; “Automatización e inteligencia artificial”, in I. Martín-Delgado, *El procedimiento administrativo desde la perspectiva de la innovación tecnológica*, Madrid: Iustel-IVAP, 2020, pp.389 ss.; and “Actividad administrativa automatizada y utilización de algoritmos”, in F. Castillo-Blanco, S. Fernández-Ramos y J.M. Pérez-Monguió (Eds.): *Las políticas de buen Gobierno en Andalucía (I): Digitalización y transparencia*, Sevilla, Instituto Andaluz de Administración Pública, 2022, pp.259 ss. On the matter, see also A. Soriano-Arnanz:

“Decisiones automatizadas y discriminación: aproximación y propuestas generales”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 56, 2021 (also online, INAP); by the same autor, “Decisiones automatizadas: problemas y soluciones jurídicas. Más allá de la protección de datos”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol.3, 2021, pp.85 ff.; F.J. Bauzá-Martorell, “Identificación, autenticación y actuación automatizada de las Administraciones públicas”, in E. Gamero-Casado (Ed.), *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, vol.1, Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, pp.787 ff.; and R. Gómez-Padilla, “Comentario al art.41 LRJSP”, in M.A. Recuerda-Girela (Ed.), *Régimen jurídico del sector público y procedimiento administrativo común*, Cizur Menor: Aranzadi-Thomson-Reuters, 2016, p.1.222 ff.

And there are two works edited in times of 11/2007 Act, but still useful: I. Martín-Delgado, “Naturaleza, concepto y régimen jurídico de la actuación administrativa automatizada”, *Revista de Administración Pública*, n.º 180, 2009, pp.353 ff.; X. Uríos-Aparisi and I. Alamillo-Domingo, *La actuación administrativa automatizada en el ámbito de las Administraciones públicas. Análisis jurídico y metodológico para la construcción y explotación de trámites automáticos*, Escola d’Administració Pública de Catalunya, Barcelona, 2011.

3. All translations of rules into English are by the author.
4. See particularly I. Martín-Delgado (2009), pp.367 ff.
5. See A. Boix-Palop, “Los algoritmos son reglamentos: la necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la Administración para la toma de decisiones”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol.1, 2020, pp.223 ff.; A. Huergo-Lora, *Una aproximación a los algoritmos desde el Derecho administrativo*, in the book edited by himself, *La regulación de los algoritmos*, Aranzadi-Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2020, pp.64 ff.
6. See A.D. Berning-Prieto, *La naturaleza jurídica de los algoritmos*, in E. Gamero-Casado (Ed.), *Inteligencia artificial en el sector público (retos, límites y medios)*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2023 (in press).
7. This rule only applies to the national administration, not to the autonomous communities or municipalities.
8. See below, section 3.3.
9. On the need for transparency in algorithms and AI, quoting just some relevant Spanish authors, see J. Valero-Torrijos, “Las garantías jurídicas de la inteligencia artificial en la actividad administrativa desde la perspectiva de la buena administración”, *Revista Catalana de Dret Public*, nr. 58, 2019, pp.82 ff.; L. Cotino-Hueso, *Hacia la Transparencia 4.0: el uso de la Inteligencia Artificial y big data para la lucha contra el fraude y la corrupción y las (muchas) exigencias constitucionales*, in C. Ramió (Ed.), *Repensando la Administración digital y la innovación pública*, Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2021, pp. 169 ff.; I. Martín-Delgado, *La aplicación del principio de transparencia a la actividad administrativa algorítmica*, in E. Gamero-Casado, (Ed.), *Inteligencia artificial en el sector público (retos, límites y medios)*, Valencia:

- Tirant lo Blanch, 2023 (in press); A. Cerrillo-Martínez, *El impacto de la inteligencia artificial en las Administraciones Públicas: estado de la cuestión y una agenda*, in A. Cerrillo-Martínez, M. Peguera-Poch, *Retos jurídicos de la inteligencia artificial*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 83 ff.; J. Ponce-Solé, *Inteligencia artificial, Derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico*, in *Revista General de Derecho Administrativo*, nr.50, 2019 (also in INAP, open access); I Criado, J. Valero and J. Villodre: *Algorithmic transparency and bureaucratic discretion: The case of SALER early warning system*, *Information Polity*, vol.25, nr. 4, 2020, p.452; M.E. Gutiérrez-David, *Administraciones inteligentes y acceso al código fuente de los algoritmos públicos. Conjuntando riesgos de cajas negras decisionales*, in *Derecom*, nr. 30, 2021, pp. 143 ff.
10. There are other examples of implicit duties imposed on the Administration in the matter of eGovernment. For example, art.13 a) of 39/2015 Act, states that citizens have the right "To communicate with Public Administrations through an electronic General Access Point". No rule regulates this General Access Point. But it has been understood as a point that integrates all the services and procedures of each public administration, thus facilitating citizens' relations by electronic means. The Constitutional Court, in its ruling 55/2018, of 24th May, considers that the national legislator can compel all public administrations to have such an access point.
 11. See J. Ponce-Solé, "Reserva de humanidad y supervisión humana de la inteligencia artificial", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nr.100, 2022, pp.58 ff.; and bibliography cited by him.
 12. See E. Gamero-Casado, "Compliance (o Cumplimiento Normativo) de desarrollos de Inteligencia Artificial para la toma de decisiones administrativas", *Diario La Ley* (Wolters Kluwer), Nº 50, Sección Ciberderecho, 19/04/2021.
 13. See J. Bone, "Auditoría de Inteligencia Artificial", (31/07/2020).
 14. On data protection and algorithms and AI, see, recently, D. Terrón-Santos and J.L. Domínguez-Álvarez, *i-Administración pública, sistemas algorítmicos y protección de datos*, Madrid: Iustel, 2022.
 15. "Electronic office" refers to a special type of electronic access point established under Spanish law (art.38 LRJSP), the "sede electrónica", literally "electronic headquarters". Electronic offices must meet a number of IT requirements and safeguards. The use of electronic offices is mandatory for the exercise of administrative powers, i.e. for formalised administrative action.
 16. This is the ruling of the Ordinary Court of Bologna of 31/12/2020.
 17. La disposición adicional centésima trigésima de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022
 18. See the press release on the Government's website.
 19. In addition to the Charter of Digital Rights, reference can be made to the Artificial Intelligence Strategies approved in Spain, and especially, the *National Strategy: Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial, ENIA*, 2020. However, its contents have no relevance

for the purposes of this report.

20. Red Derecho Administrativo e Inteligencia Artificial (Red DAIA), to which I myself belong. To see the proposal document, follow this link.
21. Indeed, e-government is leading to a serious loss of safeguards, which must be addressed as a matter of priority; see E. Gamero-Casado, *Reflexiones introductorias: de la administración electrónica a la digital (o la historia interminable)*, in A. Cerrillo-Martínez, *La administración digital*, Madrid: Dykinson, 2022, pp.36 ff.
22. It is a report promoted by Microsoft and prepared by EY, *Inteligencia artificial en el sector público. España. Perspectivas europeas para 2020 y años siguientes*; it found 213 relevant AI use cases in Spain in 2019; of course, in practice there are many more. See also some relevant cases in JRC Datasets.
23. See statistics in Forum Libertas, 21/06/2022 (<https://www.forumlibertas.com/espana-uno-de-los-paises-europeos-con-menos-feminicidios/>)
24. See the article published in elDiario.es, el 09/03/2022.
25. See E. Gamero-Casado, *Compliance (o cumplimiento normativo) de desarrollos de Inteligencia Artificial para la toma de decisiones administrativas*, in Diario La Ley (Wolters Kluwer), N° 50, Sección Ciberderecho, 19/04/2021. See J. Bone, *Auditoría de Inteligencia Artificial*, (31/07/2020); and *Necesidad de motivación e invalidez de los actos administrativos sustentados en inteligencia artificial o en algoritmos*, in Almacén de Derecho, 04/02/2021).
26. See R. Navarro-González, *La motivación de los actos administrativos*, Cizur Menor: Aranzadi-Thomson-Reuters, 2017, pp.287 ff.; and A.D. Berning-Prieto, *Validez e invalidez de los actos administrativos en soporte electrónico*, Cizur Menor: Aranzadi-Thomson-Reuters, 2019, pp.267 ff.
27. See I. Martín-Delgado (2009), p.377; X. Uríos-Aparisi and I. Alamillo-Domingo: *La actuación administrativa automatizada en el ámbito de las Administraciones públicas. Análisis jurídico y metodológico para la construcción y explotación de trámites automáticos*, Barcelona: Escola d'Administració Pública de Catalunya, 2011, pp.21-31, 88 and 133; and A. Cerrillo-Martínez: *¿Son fiables las decisiones de las Administraciones públicas adoptadas por algoritmos?*, in *European review of digital administration & law*, vol.1, nr.1-2, 2020, pp.31 ff.

Automated Decision-Making Systems in Austrian Administrative Law

Franz Merli

DOI: 10.13130/2723-9195/2023-1-19

Il processo decisionale automatizzato è stato oggetto di discussione nel diritto amministrativo austriaco per oltre 40 anni. L'attenzione si è concentrata sempre sull'atto amministrativo (nel senso di una decisione individuale formale) e sul relativo procedimento. In questo ambito esistono principi consolidati, anche se le nuove tecnologie sollevano nuove questioni. Al di là dell'ambito della decisione amministrativa, su cui si è concentrata la maggior parte degli studi, per il resto si naviga ancora molto nel buio.

Automated decision-making has been discussed in Austrian administrative law for more than 40 years. The focus has always been on the administrative act (in the sense of a formal individual decision) and the pertaining procedure. In this area, there are established principles, although new technologies raise new questions. Beyond the administrative act, we are still very much in the dark.

Summary. 1. Automated administrative acts; - 1.1. Attribution to the administration; - 1.2. Legality; - 1.3. Comments; - 2. Administrative automation beyond the administrative act; - 2.1. The Job Center algorithm; - 2.2. Predictive analytics against tax fraud; - 3. Conclusion

1. Automated administrative acts

1.1. Attribution to the administration

The discussion^[1] started in 1980, when the Constitutional Court had to decide whether some municipalities could outsource their IT to a common external

service provider. The court saw no problem to do so and even to use the external service provider to produce administrative acts as long as (1) the decisions are clearly recognizable as being issued under the name of the competent municipal body, and (2) the external handling of the matter can be traced back in each individual case to the will of the body appointed by law to make the decision. *«It is easy to ensure that the computer-assisted decisions can actually be traced back to the will of the legal decision-maker»*, the court added. *«[T]his can be achieved, for example, by submitting the printouts created by the association's data processing system to the competent municipal body for approval. On the other hand, it is possible to have the program required for the use of the EDP approved by the legal decision-maker and to design it in such a way that the personnel operating the data processing system are not left any leeway for decision-making»*^[3].

With that, the court also answered the next question that came up. Traditionally the Austrian Administrative Procedure Act required that, before being served, an administrative act be approved and signed by a person within the administration who is authorized to do so. The approval was a constitutive feature of the administrative act: without it, a decision was not an act of the administration. Therefore, a fully automated decision was not possible. New statutory rules for automatic speed controls and predetermined penalties for violations triggered a discussion whether the approval was a constitutional necessity. The constitutional court did not think so, but repeated, that *«[t]he authority to which the act is legally attributable and which is therefore responsible for it must also actually be able to exert a determining influence on the computer-assisted process of issuing the act»*^[3].

Legislation reacted in a twofold way. On the one hand, for purposes of the general administrative procedure, it insisted on the tradition and explicitly required the approval of an authorized person also for electronically generated acts. However, a (hand) signature on a printout copy is no longer necessary; the approval can also be given and documented electronically in these cases, e.g., with an electronic signature certifying the identity of the approving person and the authenticity of the act^[4]. So unless there is a statutory exception, an administrative act within the scope of application of the general rules is still bound to the intervention of a person; fully automated decisions remain excluded. Consequently, the courts denied a purely software-produced decision

the quality as an administrative act^[5] while accepting another decision where the authorized functionary had to hit an approval button before delivery^[6].

On the other hand, fully automated decisions were permitted in tax law. Already as early as from 1969, a provision of the tax procedure code had provided that a decision «*that was produced using punch card technology or similar processes*» needed no signature^[7]; if this had meant that it neither needed an approval was unclear. As the Supreme Administrative Court insisted on it^[8], creating problems for the fiscal authorities which at that time were already serving 600.000 fully automated decisions per year^[9], the provision was amended in 1987^[10]. It now reads as follows:

«Copies prepared by means of computerized data processing [...] do not require a signature or certification and, if they do not bear a signature or certification, they shall be deemed to have been approved by the head of the tax authority designated on the copy».

The amended provision is somewhat ambiguous: Linguistically, it respects tradition because it still speaks of approval; substantively, it breaks with tradition by irrefutably presuming approval so that it no longer matters. The reaction of the Supreme Administrative Court is then also somewhat contradictory: While theoretically upholding that also the new version of § 96 BAO «*presupposes*» that the individual decision is actually initiated by an authorized person within the administration^[11], the Court practically accepted fully automated tax decisions (on surcharges for late payment) in a case where the programming had been outsourced by the ministry of finance and the tax authority figuring as issuing the decision did not even know of its existence^[12]. In the meantime, millions of automated tax decisions, e.g. on the annual adjustment of income taxes, have been issued each year^[13], but is not clear how many of them are fully automated or still initiated or approved by a person in the administration. All this should be seen in the light of the tax administration's power to modify a tax decision in any direction within a whole year after its issuance^[14].

Outside of tax law, a similar provision was enacted for the determination of study grants «*on the basis of the submitted application form without further investigation*»^[15].

1.2. Legality

Where the law does not provide for exceptions, (fully or partially) automated administrative acts are subject to the same legal requirements as traditional acts. For instance, an automated decision on a surcharge for a delayed tax return was voided by a lower tax court because the computer program based the decision only on the delay whereas the respective law required an exercise of discretion, taking into account the extent to which the time limit was exceeded, the degree of fault and the amount of any advantage the taxpayer gained from the non-compliant behavior^[16].

Procedural guarantees like the right to be heard, the right to a reasoning and legal protection are particularly important in this context. As they have a basis in constitutional and/or EU law, they limit the possibilities of permitting fully automated decisions or using existing authorizations^[17]. The right to be heard before the decision is not guaranteed without limitations, though. Under Austrian law, it extends only to the facts of case and not to their legal classification. Decisions which are exclusively favorable to the addressee, correspond to an application or rely entirely on the facts given by the party, are exempted. This allows automatizing decisions based on a tax return or a study grant application. In other cases, the right to be heard can be limited for a good reason in a proportional way. For instance, the Act on Administrative Penalties provides for abbreviated procedures for some minor penalties, for instance for traffic offences, if there is rather reliable evidence, such as a photo of radar surveillance^[18]. These procedures do not require the participation of the concerned person but produce a mere preliminary decision because a simple objection within a certain deadline by the addressee suffices to nullify the decision and to start a regular procedure. Beyond these special situations, the mere convenience of fully automated decisions is not a legitimate reason to restrict participation, though.

The requirement of a reasoning is treated in a similar way. Under general rules, a reasoning is not necessary if the decision fully corresponds to the position of the addressee. If, however, a reasoning is required it cannot be dispensed with referring to automation. *«The legality of a decision cannot be measured against the capabilities of the existing IT system. Rather, the IT system must be adapted to*

the legal requirements», the Supreme Administrative Court ruled^[19]. Unexplainable AI results are therefore no option under Austrian law. Finally, in almost all cited decisions the courts stressed that the right to an appeal or an effective remedy must be guaranteed. In particular, the holdings on the reasoning requirements are motivated to a large degree by the necessity to secure effective legal protection. At the same time, this should fulfill the requirements of article 22 GDPR.

1.3. Comments

Treating the automation of administrative decisions foremost as a problem of attribution to the administration may be a peculiarity of Austrian law where the term for the administrative act (“Bescheid”) appears in the constitution and is often interpreted in the sense of the Pure Theory of Law which (at least in certain versions) considers an expression of the will of a human being to be constitutive for every normative act^[20]. Attributability, however, is a means to achieve a well-established goal of most legal systems: the accountability of the administration. Since decisions are accepted as administrative acts only if the administration can effectively control them, the administration can be meaningfully held accountable for all administrative acts. Less clear than the principle is what effective control means in dealing with the new technologies of automation. Doctrine proposes as requirements for full automation that, once the decision to automate is made, the administration must be able to choose and understand the program, the program must operate according to predetermined rules, and the administration must be able to intervene in the automatic process at any point^[21]. As shown, the requirements for legality severely limit the scope of application for fully automated decisions. In particular, they seem to preclude decisions involving discretion or the weighing of facts or interests because even in the unlikely event that the law would exhaustively list all relevant aspects and provide a formal scale for weighing them it could not foresee all the information arising in individual cases. If there is, on the other hand, only a single way to decide the matter respect for the right to be heard very often excludes automation. Of course, the lawmaker could try to avoid discretion, base decisions on formal criteria and make them mere preliminary acts that must be reconsidered in a

regular administrative procedure if challenged. Where it does not do so, however, administration can only resort to partial automation, leaving the final decision to a human being.

This can lead to new difficulties, though: Algorithms can be flawed and discriminatory, but in more complex programs this is not so easy to detect. Under time pressure, without sufficient understanding of the programs, and automation biased like all of us, administrators often routinely rely on them, when they should be making their own judgments. The addressees of their decisions may not even be aware of the automation, and courts are usually unable to compensate for its shortcomings^[22]. These problems have not yet been addressed by the Austrian legislator.

2. Administrative automation beyond the administrative act

Much of the current automation of the administration concerns activities that do not regularly lead to an administrative act, and therefore are not governed by comparatively strict procedural rules. Rather simple uses, at least from a legal point of view, are automatic speed limits based on the current concentration of pollutants in the air^[23] or automatic payments such as child support in a so-called no stop-procedure, i.e., without an application or any other participation of the concerned person and without an administrative act, based only on register data^[24]. But not all cases are so simple. Two examples demonstrate some of the problems of the new techniques.

2.1. The Job Center algorithm

A while ago, the government job center (Arbeitsmarktservice), an entity acting under private law, had an algorithm developed to classify its clients in regard of their chance to get a job. The classification was intended to help the center's counsellors focus their efforts not on those clients who would soon get a job anyway or, on the contrary, would probably never find one, but on those in between, for whom the center's support would really make a difference. When information on the plan became public, a big discussion arose because the algorithm, among other things, relied on very sparse data as proxies and assessed women's job prospects lower than those of men^[25]. The dispute centered around

the question if the algorithm discriminated or just described a sad reality, and whether the job center was allowed to accept and prolong this reality.

The data protection authority started an investigation and finally issued a ban to use the algorithm^[26]. It did not say anything about a possible discrimination but found that the use of the algorithm lacked a specific statutory basis that it deemed necessary because it qualified it as profiling exceeding the allowed data uses under the respective statute, and as an automated decision-making under article 22 GDPR. However, the federal administrative court (of first instance) to which the AMS turned did not share this view and voided the authority's decision. It held that the Job center was entitled to use the personal data of its clients also for a sound labor market policy, a reason of substantial public interest in the sense of article 9 para 2 (g) GDPR, whether the processing constituted a profiling or not. It further found that article 22 GDPR applied only to fully automated decisions whereas the algorithm was only intended to assist the counselors who, according to the service instructions, should discuss the result with the client and then, if necessary, correct it. That they would routinely follow the algorithm's recommendation, as the data protection authority had argued, was considered irrelevant for the legality of the algorithm, but potentially the subject of a separate investigation^[27]. Obviously, that leaves some questions open, and the court decision is probably not the final word on the matter. An appeal is pending before the Supreme Administrative Court.

2.2. Predictive analytics against tax fraud

In 2022, the federal Ministry of Finance finally confirmed what for years had been an open secret: that its Predictive Analytics Competence Center had been systematically using AI in order to check millions of tax returns (and Covid 19 aid applications) for plausibility and to identify thousands of suspected cases of tax and custom evasion and subsidy fraud^[28].

So far, the courts have not had an opportunity to deal with this practice but there is an academic discussion^[29] circling around the following questions: Is the legal basis specific enough to satisfy the requirements of data protection law and the Austrian constitution (that provides that the entire public administration must be based on the law)? In particular: Do the existing statutes providing for the use

of personal data of the taxpayers also cover their use to control the tax returns of other persons? What criteria are used to single out suspicious cases? How much transparency is possible without jeopardizing the functioning of the control? Does the algorithm punish deviant or statistically unusual behavior? How do we know of and avoid discriminatory results? Is it adequate to still consider the control mechanism as a mere internal procedure as there is no right of the taxpayers not to be controlled? And how could legal protection be organized? As one can easily see, these questions are relevant for all kinds of automated control mechanisms, and they deserve a legislative answer.

3. Conclusion

Perhaps unsurprisingly, administrative law can tame automation most readily in the context of a formal administrative procedure for issuing an administrative act. Unexpectedly, however, it is not fully automated but automation-assisted decision-making that causes the biggest problems. Most of all, we need, at least in critical areas, an ex-ante quality control of administrative algorithms. Where the EU AI Act will probably not be sufficient, i.e., because of its narrow scope of application, the European Law Institute's Model Rules on Impact Assessment of Algorithmic Decision-Making Systems Used by Public Administration^[30] could serve as a blueprint.

1. For a more detailed account, see M. Denk, *Der maschinell erstellte Bescheid (Teil I)*, in *Zeitschrift für Energie- und Technikrecht* 2019, 189.
2. VfSlg (Collection of the decisions of the Constitutional Court) 8844/1980. All citations were translated with www.DeepL.com/Translator; some corrections by the author. All cited court decisions and statutes are available at <https://www.ris.bka.gv.at>.
3. VfSlg 11.590/1987.
4. § 18 para 2 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz (AVG) (General Administrative Procedure Act) in the version of BGBl (Federal Law Gazette)1990/357; now § 18 para 3 AVG in the version of BGBl I 2008/5.
5. VwSlg (Collection of the decisions of the Supreme Administrative Court) 18.949 A/2014.
6. VwSlg 19.196 A/2015.
7. § 96 Bundesabgabenordnung (BAO) (Federal Tax Code) in the version of BGBl 1969/143.
8. VwGH (Supreme Administrative Court), 24. April 1986, 86/17/00720.
9. Explanatory comments on the bill RV 108 BlgNR XVII.GP, 41.

CERIDAP

10. § 96 BAO in the version of BGBl 1987/312.
11. VwGH, 16 December 2010, 2009/15/0002; VwSlg 8680 F/2011.
12. VwSlg 8184 F/2006.
13. A press release of the Ministry of Finance of 11 April 2022 speaks of 1.8 million “fully automated” adjustments without application in 2021: <https://www.bmf.gv.at/presse/pressemeldungen/2022/April/bilanz-finanzamt.html>.
14. §§ 299, 302 BAO.
15. § 41 para 4 Studienförderungsgesetz (Student Funding Act), BGBl 1992/305, later § 41 para 3 in the version of BGBl I 2016/54.
16. Unabhängiger Finanzsenat (Independent Finance Senate), 15. June 2007, RV/0374-L/07.
17. For a discussion in detail, see M. Mayrhofer, P. Parycek, *Digitalisierung des Rechts – Herausforderungen und Voraussetzungen*, in *Verhandlungen des Einundzwanzigsten Österreichischen Juristentags*, Manz, Wien, 2022, 77.
18. § 47 Verwaltungsstrafgesetz (VStG) (Administrative Penal Act), BGBl 1991/52 in the version of BGBl I 2018/57.
19. VwSlg 11.728/1985.
20. See, e.g., R. Walter, *Die Verwaltungsstrafgesetznovelle 1987*, in *Österreichische Juristen-Zeitung* 1988, 361; C. Jabloner, *Kein Imperativ ohne Imperator. Anmerkungen zu einer These Kelsens*, in R. Walter (a cura di), *Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre*, Manz, Wien, 1998, 75.
21. Mayrhofer and Parycek (note 17) 68.
22. For an example, see part 2.1. below.
23. § 2 no. 23, § 3a and annex 8, § 14 para. 1, 6, 6a ff Immissionsschutzgesetz-Luft (Immission Control Act – Air), BGBl I 1997/115 in the version of BGBl I 2010/77; federal regulation BGBl II 2007/302 in the version of BGBl II 2021/153 und regional regulations, e.g., for Styria, LGBl (Provincial Law Gazette) 2014/117 in the version of LGBl 2019/72.
24. § 10a Familienlastenausgleichgesetz (Family Burden Sharing Act).
25. P. Lopez, *Reinforcing Intersectional Inequality via the AMS Algorithm in Austria*, in: G. Getzinger, M. Jahrbacher (a cura di), *Critical Issues in Science, Technology and Science Studies. Proceedings of the 18th Annual IAS-STIS Conference 6-7 May 2019*, Technische Universität, Graz 2019, 289 (diglib.tugraz.at/download.php?id=5e29a88e0e34f&location=browse); D. Allhutter, F. Cech, F. Fischer, G. Grill, A. Mager, *Der AMS-Algorithmus Eine Soziotechnische Analyse des Arbeitsmarktchancen-Assistenz-Systems*, Österreichische Akademie der Wissenschaften, Wien, 2020 (pub.oeaw.ac.at/0xc1aa5576_0x003bdfd3.pdf); K. Bachberger-Strolz, *Profiling, Targeting, Algorithmen, künstliche Intelligenz – über die Irrwege einer Debatte in der Arbeitsmarktpolitik*, in *Wirtschaft und Gesellschaft* 2020, 329; D. Allhutter, *Ein Algorithmus zur effizienten Förderung der Chancen auf dem Arbeitsmarkt?*, in *Zeitschrift für Sozial- und Wirtschaftswissenschaften* 2021, 82.
26. The decision is not available to the public but extensively cited in the following court decision: Bundesverwaltungsgericht, 12 December 2020, W256 2235360-1.

CERIDAP

27. Bundesverwaltungsgericht, 12 December 2020, W256 2235360-1.
28. See the Ministry of Finance's press release of 11 September 2022, <https://www.bmf.gv.at/presse/pressemeldungen/2022/September/pacc-bilanz.html>. For the international context, see OECD, *Tax Administration 2022. Comparative Information on OECD and Other Advanced and Emerging Economies*, OECD, 2022 (<https://www.oecd.org/ctp/administration/tax-administration-23077727.htm>) chapter 6.
29. T. Ehrke-Rabel, *Die Automatisierung des Verwaltungsfahrens am Beispiel des österreichischen Abgabenrechts*, in N. Braun-Binder, P. Bußjäger, M. Eller, *Auswirkungen der Digitalisierung auf die Zuordnung und Erlassung behördlicher Entscheidungen*, new academic press, Wien, 2021, 21; B. Gunacker-Slawitsch, *Algorithmen im Steuerrecht*, in M. Holoubek, M. Lang, *Algorithmen im Wirtschaftsrecht*, Linde, Wien, 2022, in print.
30. See [ELI_Model_Rules_on_Impact_Assessment_of_ADMSs_Used_by_Public_Administrati on.pdf \(europeanlawinstitute.eu\)](#)

Guidance-based Algorithms for Automated Decision-Making in Public Administration: the Estonian Perspective

Ivo Pilving

DOI: 10.13130/2723-9195/2023-1-105

Nonostante l'immagine di una sviluppata e-governance, gli avanzati sistemi di decisione automatizzata non sono stati impiegati estensivamente dall'amministrazione pubblica estone e non esiste un quadro legale generale che li disciplini. La bozza di riforma della Legge sul Procedimento amministrativo, presentata al Parlamento nel 2022 è caratterizzata da un approccio al tema alquanto reticente e limita significativamente l'automazione di decisioni discrezionali e, in particolare, l'uso degli algoritmi di c.d. auto-apprendimento. Il fatto di applicare i principi procedurali inerenti allo Stato di diritto, come il diritto ad essere ascoltati e a ricevere un atto motivato, non sarebbe di per sé idoneo a scoraggiare l'adozione di decisioni amministrative automatizzate. Ad ogni modo, per le decisioni discrezionali automatizzate ove opportuno, è stata avanzata una proposta per quei casi tipici che potrebbero essere risolti in un modo completamente automatizzato attraverso algoritmi predefiniti in base a linee guida interne. Questa soluzione non è ovviamente universale, ma potrebbe garantire un certo grado di innovazione, sempre che siano previste determinate garanzie procedurali e organizzative. Tra queste vi sono, senz'altro, la completa separazione tra l'algoritmo e la sua gestione, nonché la pubblicazione delle linee guida. Un modello ottimale di "public accountability" deve infatti incoraggiare gli organi pubblici ad adottare le dovute precauzioni quando impiegano algoritmi.

In spite of the image of a developed e-governance, advanced automated decision-making (ADM) systems have not been widely used in Estonian public administration and there is still no general legal framework for them. The draft bill to amend the Administrative Procedure Act, which was presented to Parliament in 2022, takes a rather cautious approach to the issue too, significantly limiting the

automation of discretionary decisions and in particular the use of self-learning algorithms. Automated administrative decisions would not be discouraged by the application of procedural principles inherent to the rule of law, such as hearing and reasoning. However, for the automation of discretionary decisions in appropriate cases, a solution has been proposed whereby typical cases would be solved in a fully automated way by means of predefined algorithms based on internal administrative guidelines. This solution is not an universal magic bullet for every situation, but may allow for a certain degree of innovation, provided appropriate procedural and organisational safeguards are respected. Fundamental preconditions for that are the categorical separation of the guidance and algorithm, as well as the publication of the guide. An optimal model of public accountability has to encourage authorities to take appropriate precautions when implementing algorithms.

Summary. 1. Introduction; - 2. General developments; - 2.1. Automation in Practice; - 2.2. Action Plans; - 3. Legal Framework; - 3.1. Specific Laws; - 3.2. Data Protection; - 3.3. Interoperability; - 3.4. Principles for Managing Services and Governing Information; - 4. Case-Law and Soft-Law; - 4.1. Court Cases; - 4.2. Case-Law of Chancellor of Justice; - 4.3. E-Government Charter; - 5. Amendment of Administrative Procedure Act; - 5.1. Scope of the authorisation; - 5.2. Exception for Administrative guidance: solution for discretionary decisions? - 5.3. Procedural guarantees; - 5.4. Restricted applicability; - 5.5. Code is not law 6. Excursus: State Liability Act; - 7. Conclusion

1. Introduction

Estonia is the birthplace of many technological success stories (e.g., Skype, TransferWise). The country can also show for several results achieved in the development of the e-government together with the flourishing start-up sector:^[1] we have launched reliable digital identification tool (eID) and data exchanges between state information systems, as well ranked high in open data^[2] maturity tables.^[3] People are eagerly submitting digital tax returns and participating in e-elections.^[4] Blockchain technology is used to ensure the reliability of state registries, such as the Healthcare Registry, Property Registry, Business Registry, Digital Court System, State Gazette etc.^[5] A lot of things can be taken care of by electronic means: one can apply for a driver's licence^[6] or construction permit, or

submit notices of residence. According to the “once-only” principle, application forms are often automatically prefilled using the data recorded in state information systems (§ 43¹, subsection 3 of the Public Information Act (PIA); § 13 of the General Part of the Economic Activities Code Act; § 9, subsection 2 of the Principles of Managing Services and Governing Information^[7]). The Ministry of Justice has even been forced to rebut rumours that the country is planning to recruit robot judges.^[8]

In fact, the use of machine-learning algorithms in Estonian public administration today is significantly lower than the image of a successful e-government would suggest. As a small country, Estonia has a flexibility edge over others in implementing several e-government components. In terms of machine learning however, the quantity of data gives an advantage to large countries. Our hope could lie in the creation of as unified an artificial intelligence framework in the EU as possible and the free flow of training data. This does not mean that Estonia itself has no ambitions when it comes to the automation of administrative procedures. In 2018, a task force of government agencies and private sector was assembled and the so-called *Kratt* Project launched.^[9] Due to both EU data protection rules and general principles of national constitutional and administrative law, the automation of administrative decisions must be supported by a sufficiently precise and balanced legal framework. « *The reach of ADM in public administration should be determined so that it is possible to avoid leaving the ambit of the rule of law and turning decision-making within public administration into a rule of algorithm.*»^[10] To date, the Estonian legislator has empowered public authorities to make automatic decisions in a limited number of areas, where routine decisions are made in a large number of typical situations, such as tax administration. In the summer of 2022, a draft law amending the Administrative Procedure Act reached Parliament. The proposal aims to regulate the limits of automatic administrative decision-making in a general way.

The purpose of this paper is to assess which type of general legal framework concerning ADM would be appropriate for Estonia, but probably also for other smaller European countries, to automate administrative decisions in the coming years. To this end, I will first briefly look at the current situation of the automation of administrative procedures in practice and some government’s near-term action plans to promote the e-Governance (2), the relevant legal

framework existing today (3) and the experience to date in the form of case law and soft law (4). In the main part of the article, I will try to assess the draft amendments of the Administrative Procedure Act (APA): what types of automated decisions should be allowed, what safeguards this should entail for individuals, and whether the model of guidance-based algorithms proposed in the draft would be enforceable in accordance with the principles of administrative discretion (5). Finally, I would like to add few remarks about the role of state liability in avoiding and, if necessary, remediation errors in algorithmic decisions (6).

2. General developments

2.1. Automation in Practice

Surprisingly, there are still only few success stories in automated administrative decision-making in Estonia. The scholars here, K. Nyman Metcalf and T. Kerikmäe have explained, that Estonian e-governance does not rely primarily on AI, but in a system of governance which utilises information and communication technology otherwise.^[11] As of the end of 2021, over 80 AI projects had been implemented in the public sector, for instance: risk models of the State Agency of Medicines for medicinal products' price agreements; risk-based selection of claims for VAT refund at the Tax and Customs Board;^[12] decision-making support at the Unemployment Insurance Fund for assessing the probability of an unemployed person returning to work; analysis of the customers' calls to the National Social Insurance Board; risk assessment assistant of the Emergency Response Centre; detection of cutting hay with help of satellite image analysis.^[13] These include some proactive public services, for example a child is covered by health insurance immediately at birth without the parents having to submit a corresponding request and birth certificate. Such applications include mainly means of communication and decision support systems. But it may be a logical to increase the ADM in the near future.^[14]

2.2. Action Plans

The central document defining further steps to be undertaken in current phase is

the Estonian National AI-related Action Plan for 2022–2023.^[15] To ensure development, agencies are provided advice, training sessions and data management services under the Action Plan, and a cooperation network has been deployed. In coming years, the aim is to focus on the creation of a coordinated ecosystem of proactive and seamless services and virtual assistance tools (#bürokratt, #KrattAI),^[16] the development of the state cloud for data, the guaranteeing of computing resources necessary for authorities, the availability of machine-readable open data, as well as supplementing the legal environment.

3. Legal Framework

In 2018 APA was supplemented to regulate electronic communication in public administration. In principle, any administrative act may be issued in electronic form. The requirements set for written administrative acts apply to electronic administrative acts, considering the specifications arising from the electronic form of documents (§ 25 et seq.; § 55). The electronic form is just the question of the medium on which the administrative decision is kept, it doesn't mean the decision should have been made automatically. The general legal regulation regarding automated decision-making for administration is currently lacking in Estonia.

3.1. Specific Laws

Nonetheless, § 46² of the Taxation Act, which entered into force in 2019, stipulates that the tax authority may issue an administrative act in an automated manner without the direct intervention of an official of the authority. The types of decisions permitted to be generated by automation have also been exhaustively listed. Automation is not provided for cases of discretionary decisions of the authority. A similar approach has been taken, for instance, in the Environmental Charges Act and Unemployment Insurance Act.^[17] § 15¹ of the Social Welfare Act allows automated processing of data of young people (persons aged 16 to 26) for purposes of identifying those who are not in an employment, education, or training relationship.^[18]

3.2. Data Protection

Any kind of the automated processing of personal data must be done in compliance with article 22 of the GDPR and § 21 of the Estonian Personal Data Protection Act, which are similar in content. When processing personal data, fully automated administrative decisions may be made if there is a corresponding legal basis for it and provided that necessary protective measures have been taken, a right to be heard is guaranteed, the use of special categories of personal data is restricted and it is prohibited to discriminate against people based on them. E.g., according to the Law Enforcement Act the police may process personal data by using monitoring equipment and obtain data from electronic-communication undertakings (§§ 34 and 35).^[19]

3.3. Interoperability

The backbone of the Estonian e-government – both in terms of current solutions as well as potential future automated decisions – is the X-Road data exchange layer connecting the information systems of various authorities (since 2001).^[20] Its operation is governed by the Public Information Act (§ 43¹ et seq.) and the regulation enacted on the basis of this Act.^[21] It is a software-based environment enabling the automated interoperability of many decentralised databases.^[22] The use of data exchange layer, is mandatory for all state and local government institutions in using their databases. On the other hand, the interoperability and “once-only” principle raise questions regarding its compatibility with the EU data protection law, especially the purpose limitation principle (Art. 5, paragraph 1, letter b of the GDPR).^[23] However, it must be kept in mind here that the provisions regulating the X-Road do not permit preservation of data for just in case or their unlimited cross-usage. Queries are encrypted and leave a trace which the data subject can view via the so-called State Portal (<https://www.eesti.ee/en>).^[24] Every single act of cross-usage must be necessary for and proportional to conduct an actual administrative procedure. Under § 7, subsection 5 of the APA, administrative authorities are permitted to process personal data regarding only circumstances necessary for a specific matter.^[25] If the GDPR implementation practices should move towards a stricter

interpretation in the future, then with respect to natural persons, it might become necessary to ask for their permissions for cross-usage^[26] or to come up with new technological solutions (e.g., Private Data Vault^[27]).

3.4. Principles for Managing Services and Governing Information

The Government of the Republic has issued a regulation to state authorities for the purpose of introducing event driven administration. Among other things, it obliges the authorities to develop proactive services if all the information necessary for decision-making is available in state information systems. A proactive service can be both automated as well as depend on the person's consent (§ 2, subsection 4; § 4, subsection 3; § 7, subsections 8 and 9 of the Principles of Managing Services and Governing Information).

4. Case-Law and Soft-Law

4.1. Court Cases

There have been only few court cases over automated administrative decision-making. The Criminal Chamber of the Supreme Court has criticised a risk assessment application used when paroling prisoners, which assessed illogically a person's risk of committing a specific crime as being higher than the same person's overall risk of offending. The Chamber also noted that the risk assessment methodology had not been clearly explained during the court proceeding.^[28] In a case regarding the expulsion of a long-term resident who had served a prison sentence, the Administrative Law Chamber of the Supreme Court emphasised that the results of such quantitative risk assessments provided by decision support systems may not be applied blindly without taking into consideration specific circumstances of case (e.g., the prison's consent to the inmate's early release).^[29] In another case – *Kaptein vs. Agricultural Registers and Information Board*, the attention of the Administrative Law Chamber was turned to a software assessing the fulfilment of conditions for agricultural subsidy. The appellant had been accused of having provided information on the maintained land which did not match the calculations of the software run by the

Board. The Supreme Court emphasised that the applicants cannot reasonably be expected to predict the results of a computer programme exclusively used by an administrative authority.^[30] The Supreme Court has repeatedly dealt with the issues of the transparency and verifiability of information systems when settling complaints filed against electronic elections. None of the complaints have been granted; however, recommendations have been given for the purpose of enhancing the reliability of the system.^[31]

In Tallinn Circuit Court there is a pending case concerning automatically issued permits for felling trees in Natura 2000 areas. Of the known cases, this dispute has the most profound implications for automatic administrative procedures until now in the country. The disputed, electronically submitted forest declarations were registered by the Environment Board using a computer program without human intervention. The computer program is based on “business rules”, which are primarily based on objectively measurable criteria. In the lower instance Administrative Court’s view, such business rules do not allow for the exercise of any discretion in automated decision-making. As the Environmental Board did not consider the relevant environmental facts when registering the forest notifications and did not give reasons for its decision, the court declared the permits unlawful.^[32]

4.2. Case-Law of Chancellor of Justice

The Chancellor of Justice, who is among other things acting in Estonia as an ombudsman, recently had a case where the electronic population register failed to forward to a local government an application of a mother for the registration of her and her children’s places of residence. The system deleted the application automatically without notifying the mother because it lacked the father’s consent. It was not possible to notify the mother due to the register’s technical solution, although the obligation to notify clearly derives from the applicable law. The system also failed to notify any officials who could have intervened.^[33] It is a telling example of a situation where a provision of a law is just forgot when creating an information system but mending the system later is rather difficult. Several troubles have also occurred recently with the launch of the new building register. The Chancellor of Justice was approached by a property developer who

was unable to upload a solar park project to the register. The chancellor stressed that if the governmental authority has set up a register, which should simplify communication with the government, the authority must also ensure the smooth running of the register and to provide people with rapid and effective assistance in the event of a breakdown. Good governance principles must also apply to the use of automated systems. More officials should be recruited where needed to provide rapid help to people in cases of mistakes in the system.^[34] The Chancellor of Justice has also stressed that individuals must retain the possibility of communicating with the authorities, if they need or wish so, by means other than electronic systems.^[35]

4.3. E-Government Charter

On the initiative of the National Audit Office and Chancellor of Justice, a non-binding E-State Charter has been drawn up in Estonia (updated on 2016). The Charter includes sample questions which enable everyone to assess whether their rights have been taken into consideration when providing electronic public services. The Charter does not deal specifically with automation, but it does cover general matters pertaining to electronic communication and personal data processing.^[36]

5. Amendment of Administrative Procedure Act

In 2020, the Ministry of Justice published a legislative intent to draft a general Artificial Intelligence Act.^[37] This process was soon suspended due to the EU's proposal for a trustworthy AI regulation.^[38] Nationally it was then decided to only amend the Administrative Procedure Act (APA). In June 2022, the draft for that was sent to the parliament (see the annex of this paper).^[39] According to the draft it would be possible to automate the entire administrative procedure or its particular steps. Its focal points are as follows:

- automated decisions infringing individuals' rights must be statutorily recognised, i.e., have a legal basis (see 5.1 for that);^[40]
- automation must be advantageous to both, the state as well as an individual (e.g., by speeding up the decision-making);

- automation as such may not affect the ultimate outcome of the decision – that means the correct application of legal norms may not be anyhow undermined because the decision is taken by a machine instead of an official;
- the right to be heard, the right to communication between an individual and an authority and the right to have reasons given for automated decisions must be guaranteed, save for some limited exceptions;
- proactive services must be subject to the clear special provisions and an individual must have an opportunity to decline such services to ensure respect for her dignity.^[41]

5.1. Scope of the authorisation

Pursuant to the draft law (§7¹, subsection 1), the automation of any administrative decision infringing the individuals rights would need a special mandate in a statutory law, additionally to the provisions in the APA. Such an infringement may consist in a content of an administrative decision encumbering an individual (e.g., binding orders like tax payment notice, denial of a licence) or in a manner of processing the individual's data (e.g., profile analysis^[42]).^[43] Without a complementary basis norm, only measures in favour of the person or the neutral ones from his or her perspective could be taken.

In the processes restricting rights of private persons, it would only be possible to automate the implementation of clear and imperative provisions which do not use any vague (indeterminate) legal concepts or set out any discretion to administrative authorities.^[44] For that purpose, the institutions of public administration might only use algorithms predefined by humans (expert systems), according to the proposed § 7¹, subsection 2, clause 5 of the APA. Hence, it is currently not planned to permit the application of self-learning algorithms (neural networks etc),^[45] although this opportunity would be maintained by means of specific laws.^[46] Still, due to the restriction in the draft, that required direct and explicit exception in the law; the general mandate to automate the decision-making weren't sufficient for administrative decisions based on machine learning.^[47] At the same time, expert systems, too, can be quite sophisticated nowadays and thus be classified as artificial intelligence in the broad

sense.^[48] Nevertheless, in the application of the law, predefined algorithms are fundamentally safer, because they exclude the autonomous modification of the parameters of their objective functions which could lead to the differences between the legal norm and the computer code implementing the law. As noted above, the application of the most advanced forms of machine learning does not appear to be a primary aspiration of the governmental strategic documents at present. Indeed, it may be pragmatic, first to try to domesticate rather routine automated decisions, that machines are best suited to make from the perspective of general principles of administrative law.

5.2. Exception for Administrative guidance: solution for discretionary decisions?

As an exception from the general ban (§ 7¹, subsection 2, clauses 2 and 3), the use of such discretionary powers in an automated manner would be permitted for standard cases if the discretion could be specified in an appropriate way in an internal soft law guidance of the competent administrative body (§ 7¹, subsection 3). Based on such guidance, the authority could develop a predefined decision-tree in equivalent way to the expert-systems based on clear statutory provisions. If the situation the authority is dealing with does not exhibit the characteristics of a standard case in the light of the guidance, the decision must be made or at least approved by an official. Hence, the draft is rather cautious than ambitious, trying to provide at current phase of technological development some solution for the automation of the discretionary decisions, but on the other hand to avoid many still unsolved troubles that accompany the machine learning – the difficulties with regard to transparency, fairness, discrimination, due process, quantity, and quality of training data etc.

At first glance, the strategy to convert the discretion to guidelines and algorithms applying them may appear problematic, leading to failures to exercise discretion.^[49] Authorities have got their discretion precisely because the nature of many public functions calls for human judgment that cannot be programmed in advance and which machines cannot substitute.^[50] In United Kingdom e.g., a public body with statutory discretionary powers, contrary to the common law powers, is not entitled to adopt a strict policy or rule which allows it to dispose of

a case without any consideration of the merits of the particular case. On the other hand, it is allowed to have general policy, provided that due consideration of the concrete circumstances takes place i.e., the participant of the procedure is entitled to contest the application of the policy to the particular case in the course of hearing. Especially, it is not permissible for the authority to determine not to hear any application of a particular character in advance.^[51]

This is exactly the way the internal administrative guidelines are exploited in a more general context in Estonia and in other countries alike.^[52] The Supreme Court of Estonia has – regardless of automation – found general agency guidelines specifying the administrative discretion permissible emphasising though that in non-typical cases or in the event of any justified objections, an official must have the capacity to set such guidelines aside.^[53] For example, on the website of the Competition Authority, one can find a considerable number of various instructions and guidelines for the application of competition law and market regulations: e.g., a Guide for Calculating the Price of Water Services, Guide to Calculating the Weighted Average Cost of Capital for the District Heating Sector, Recommendation to Control Waste Shipment Prices etc. In such guidelines, the authorities carry out the first stage of their weighing of the relevant circumstances and interests on a general and abstract level and fix the methodology for analysing the particular applications. The guides will help to ensure equal treatment of businesses and simplify the handling of their applications. Where such guidance is available to individuals, the authority will not normally need to justify the implementation of the solutions set out in the guidance. However, the individual must always be given the opportunity to justify why he or she should be exempted from the guidance or to bring out new arguments why the solution provided for in the guidance is unsuitable as a whole.^[54]

Therefore, the authorities could shift their considerations using the discretionary powers in abstract way to a preliminary phase of creating the internal rules and respective algorithms covering some standard situations and leaving the other, extraordinary cases untouched.^[55] But even in standard cases, the automatic solution can only be provisional and conditional: the authority should have the possibility and duty to deviate from the proposal based on the algorithm if it ever seems fair and necessary in the light of circumstances not considered in the phase

where the algorithm was developed on the basis of the guidance. The fundamental question then is how to ensure in an automated procedure that, in all appropriate cases, an individual could present her or his arguments against the algorithmic decision.

5.3. Procedural guarantees

There are some procedural safeguards in that respect proposed in the draft and the other might be worth to consider. The draft law would require, firstly and particularly, the publication of all guidelines underlying the algorithms used for ADM. It's important to note that the algorithm itself is not expected to be understood by individuals and publication of this would not be sufficient to achieve the objective of the publication – to give the person concerned the possibility to foresee the content of the possible automated decision in his or her case. Also, the algorithm itself should not be considered as or equated with an administrative guidance in the legal sense because programmes do not steer officials as the subjects of internal rules, they just control computers.^[56] A code can be neither law nor guidance (see 5.5 below). But the publication of guidelines could, among other things, be one way to explain the logic of the ADM system to the individuals (Art. 13, paragraph 2, letter f, Art. 14, paragraph 2, letter g, Art. 15, paragraph 1, letter h of the GDPR).^[57]

Secondly, an individual who does not consider it appropriate to apply the guidance and algorithm to him or herself must always be able to turn to the authority,^[58] and the authority must have to establish some proper mechanism to collect and analyse the objections raised. The draft might be developed to be clearer in that respect. The rights to hearing,^[59] to access to file and to reasoning must be maintained in administrative procedure as technology neutral sub-principles of the rule of law. According to the general rules of the due process the institution must inform, in principle, the person concerned of any automated proceedings not initiated by the person's own request. In principle, it should be possible to transmit such a notification automatically if accurate data on the persons concerned are available. The § 7¹, subsection 2, clause 4 of the draft seems to preclude an automatic decision where the law requires a person to be heard. This restriction seems too strict. Instead, it would be reasonable to exclude a fully

automatic decision only if the person actually exercises his right to object in such a way that needs to be analysed by human officials. The hearing must be accompanied by an obligation to respond to the person's objections in the reasoning of the administrative decision despite its electronic form and automatic mode. As long as no AI has been developed that could reliably provide these safeguards (i.e., consider the statements of the participants in the procedure and answer to them rationally), the involvement in or at least the supervision of human officials over the management of objections will be necessary. That means, the expert systems implementing discretionary powers on the basis of internal guidelines might enable the full-automated procedures in the lack of any objections in the course of hearing of the participants, but in case of their statements, the proposal in Estonian draft shall *de facto* lead just to the semi-automatic decisions at today's level of the technology.

Thirdly and as an *ultima ratio*, individuals will always be left with the possibility to reactively challenge an administrative decision in the course of the administrative objection or the judicial review procedure on the grounds that the authority in charge did not consider all important circumstances of their cases. The addressee of an automated decision should also explicitly be informed that the decision had been adopted on the basis of an algorithm (§ 55, subsection 4¹ of the Draft APA). It would be even better if such a note were made to the person concerned before his hearing. Additional safeguards can be recommended for the draft, for example a requirement to identify all public and private registers that the ADM system will use or has used when making the decision.^[60]

5.4. Restricted applicability

It must be underlined, that it is not intended to automate all kinds of discretionary decisions in the draft by means of internal administrative rules or any other methods. In principle algorithms can especially be designed for repeated use in recurring, similar decision scenarios in bipolar legal relationships.^[61] Tasks that are high in complexity (more deviations from the norm i.e., more variance^[62] and less routine) and high in uncertainty (less analysable) should most likely remain completed by human officials. Tasks that are lower in complexity and lower in uncertainty are most likely to be completed

by algorithms because relatively standardised and predictable situations they have to deal with. Also, AI could complete some tasks with much uncertainty but less complexity around it, as AI has already a comparative advantage to humans to cope with uncertainty in many situations. However, advanced self-learning algorithms might probably be necessary then.^[63] Finally, tasks with higher complexity but lower uncertainty might too be up to a certain amount pre-determined, if their complexity could partially be reduced on the basis of guidelines discussed above (see Table 1).^[64]

5.5. Code is not law

Despite the foregoing, it must not be forgotten, that loosely drafted guideline can, indeed, lead to failures of discretion and other serious errors. Even in the absence of the discretion, the transformation of rules in human language into a machine-readable code could turn out to be overly complicated and risky (see the example of the population register above). Such translation would require in-depth concretisation of the law and exhaustive prediction of all the nuances of cases to which it would apply. Mistakes with this are inevitable considering, among other things, that intensive cooperation between lawyers, data scientists and experts in the field to be regulated is required.^[65] Human languages and programming languages are fundamentally different. In contrast to program code, the definitions of human language, including laws, are inherently imprecise and vague to some extent. They also need to be interpreted in a constantly changing context. This is the cause of many legal disputes, but it must not be seen as a mere shortcoming or a bug of the law.^[66] A certain degree of legal vagueness is needed to give legal rules the necessary abstractness and flexibility. This is the only way to avoid drowning in the norms. When generating a defined algorithm, the legal or regulatory norm must be converted into binary code without vague loopholes characteristic of legal rules. Therefore, a pre-determined algorithm implementing a norm, is not just the abstract translation of the abstract norm but a model describing concrete solutions for all cases of the implementation of the norm that the programmer is able to imagine.^[67] Additional difficulties arise when laws are amended, interpreted in courts, and subjected to constitutional reviews – the already functioning system needs to be

mended then.^[68] State authorities, such as the police,^[69] are already now complaining that they are unable to adjust their information systems according to constantly changing laws.

This does not mean that automation must at all costs be limited. Human officials make mistakes too, in some situations even often than machines.^[70] Instead of outright bans we need optimal management of risks, procedural safeguards discussed above, and finally, as an *ultima ratio*, the adequate remedying of mistakes made by robots in public administration. Overregulation by laying down uniform and very detailed limits to all possible automated decisions in APA would not be reasonable. Instead, it should be up to the authorities themselves to carefully assess whether and by which administrative and technological means, the decisions falling within their competence could be automated without undermining the standards of rule of law and due administrative procedure. It must be calculated whether the benefits of automation outweigh the probable costs of likely errors. The draft should therefore, in addition to the legal basis requirement, emphasise the obligation to carry out a high-quality impact assessment before adopting any particular algorithm. Also, it should be borne in mind that there is a risk of an unacceptable narrowing of discretion even in the case of semi-automatic decisions (decision support systems). Such automation bias can be exacerbated by the lack of time or financial resources, by inadequate internal rules, organisational structures, and liability mechanisms.^[71] This is all the more reason for caution in the case of a fully automated administrative procedure.

6. Excursus: State Liability Act

The procedural safeguards and substantive limitations that apply in the case of automatic decision making would remain ineffective if they were not complemented by an adequate set of rules on state liability. At the same time, liability must not be so strict as to suffocate innovation in public administration. Considering the potential harms for affected persons and difficulties in the legal regulation of the use of AI, possible victims must be guaranteed efficient compensation for damages. Also, in order to encourage public power institutions to consider all the costs that automatic decisions may entail for society, these

costs must be internalised for public administration authorities.^[72] The decision to use algorithms for carrying out administrative procedures is usually a question of practicality. There is also room for economic considerations here.^[73] Estonia's direct and generally fault-free^[74] state liability doctrine (§ 7, subsection 1 of the State Liability Act) is in principle well suited to achieve these goals.^[75] It ensures that in the event of unlawful automated decision there is no need to identify the ultimate cause of the error or a breach of duty by one certain public official.^[76] There is also no need for such exotic constructions as legal personality of algorithms or status of fictitious e-officials.^[77] We just need to come to terms with the fact that public administration is nowadays functioning by means of both humans as well as machines.

Rules and principles of the state liability must be as technology neutral as possible. This means that automated administrative procedure *per se* may not give authorities the chance to avoid liability in the case of damages. On the other hand, if we do not want to irrationally hinder innovation, we must not prescribe a stricter liability regime regarding algorithmic administrative decisions than usual, provided that algorithms do not increase the risk of damages in certain types of administrative procedures. The proposals of EU institutions for the compensation of damages caused by^[78] AI based on product liability do not take sufficient account of this principle. Pursuant to those proposals state liability would be fault-based in the case of ordinary risk and fault-free in the case of high risk. Such an approach ignores, that public authorities have always a higher duty of care when ensuring the lawfulness of their action and decisions. Particularly, they must consider the fact that mistakes may occur when translating laws into code (see above 5.5). At the same time, many decisions of public administration authorities, e.g., preventive measures in situations of uncertainty pertaining to environmental law or law enforcement, may be accompanied by a high risk of harm independent of the technology used. It seems, that it is time to fully eliminate fault as a requirement for compensation for damages caused by public authorities irrespective of whether the decision is made by an official or a machine. Instead, when necessary, objective circumstances, which make it difficult to avoid damages, should flexibly be considered (compare to Art. 82 of the GDPR) and risks justly divided if the use of algorithm is in the interests of both the state and the addressee of the administrative decision.

7. Conclusion

Estonia is at the moment taking rather careful stance regarding the ADM in the public sector. This is also the case for the draft amendment to the APA currently under discussion in Parliament. That is reasonable until the more advanced machine learning applications have proved themselves in practice. The lack of training data with necessary quantity and quality is first serious obstacle here. In addition, the state of the technology cannot guarantee yet the legality of decision making by learning algorithms in complex cases, either in substance or procedurally. Pre-determined decision trees (expert systems) also require caution, but there are no general fundamental objections for their usage in public administration. This doesn't mean they are universally applicable everywhere. As administrative discretionary decisions are, under certain conditions, allowed to be guided by internal soft-law rules and policies, this might open up some possibilities for the use of pre-defined algorithms even in cases where authorities have powers of discretion or appreciation.

Table 1. Applicability of AI decisions

Complexity	Uncertainty	
	<i>Low</i>	<i>High</i>
<i>High</i>	Leaning human, but guidance-based algorithms possible in certain circumstances	Human bureaucrats dominate
<i>Low</i>	AI could dominate	Leaning AI (machine learning)

Annex: Draft Act to Amend Administrative Procedure Act and Other Acts in Relation Thereto (634 SE)

§ 7. Automated Administrative Procedure

CERIDAP

(1) If it infringes a person's rights or freedoms, an administrative authority may carry out an automated electronic administrative procedure, issue an automated administrative act or other document or perform any other automated operations via an information system without the direct involvement of an official or employee acting on behalf of the administrative authority in the cases provided by law.

(2) In the case set out in subsection 1 of this paragraph, the administrative authority shall ensure that:

- 1) automation is in the interests of both the person as well as the public because it reduces the time spent and facilitates the administration of the cases;
- 2) the legal provision forming basis for the decision-making does not provide for a right of discretion or such right is defined in detail;
- 3) the legal provision forming basis for the decision-making does not include an indeterminate legal concept or its meaning is unambiguous and well-known;
- 4) there is enough information, no need to hear opinions and objections in accordance with § 40, subsection 3 of this Act and there is no deviation from existing data;
- 5) the decision-making procedure is predictable by and understandable to the person, and
- 6) no rights and interests of third and interested parties are harmed.

(3) In order to apply subsection 2 clauses 2 and 3 of this paragraph in a situation where the legal provision includes a discretionary power, an indeterminate legal concept, or an evaluation option:

- 1) the administrative authority shall draw up an administrative guidance specified in paragraph 4, subsection 3 of this Act for the purpose of uniform application of the indeterminate legal concept or discretionary power, including evaluation of circumstances, and shall make it available to the participants in the proceeding;
- 2) in the administrative guidance specified in paragraph 4, subsection 3 of this Act, the administrative authority shall set out the meaning of the indeterminate legal concept and define in detail and unambiguously its standard cases;
- 3) the administrative authority shall prepare information technology parameters for decision-making in an automated administrative procedure, the operating logic of the algorithm and their general explanations which shall be directly based on the law and the administrative guidance specified in paragraph 4, subsection 3

of this Act;

4) the administrative authority shall ensure that in a case not stipulated in the administrative guidance specified in paragraph 4, subsection 3 of this Act an automated administrative procedure shall not be carried out, no automated administrative acts or other documents shall be issued, and no automated operations performed, and

5) the administrative authority shall not use a self-learning algorithm which permits autonomous alteration of its parameters or an algorithm whose general parameters and operating logic is not explained in the administrative guidance.

1. See S. Tambur, *Lessons from the World's Startup Capital*, e-Estonia 2016. – <https://e-estonia.com/lessons-from-the-worlds-startup-capital/>.
2. Regulation in § 31 of the Public Information Act, available in English at <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/522032022002/consolide>.
3. European Commission, The official portal for European data. Open Data in Europe 2022 – <https://data.europa.eu/en/publications/open-data-maturity/2022>.
4. M. Solvak et al., *E-governance diffusion: Population level e-service adoption rates and usage patterns*, in *Telematics and Informatics*, 36, 2019, p. 39 (40).
5. e-Estonia, Frequently Asked Questions: Estonian blockchain technology, 2019. – <https://perma.cc/56B2-PPYV>.
6. See <https://www.mnt.ee/eng/driver/driving-licence/medical-certificate>.
7. Regulation No. 88 of the Government of the Republic of 25 May 2017, available in English at <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/507072017004/consolide>.
8. <https://www.just.ee/en/news/estonia-does-not-develop-ai-judge>. This misunderstanding was caused by a rather banal automation pilot project launched in undisputed civil cases of low value (§ 489² of the Code of Civil Procedure); see K. Nyman Metcalf, T. Kerikmäe, *Machines Are Taking over – Are We Ready?*, in *Singapore Academy of Law Journal*, 33, 2021, p. 24 (33).
9. In Estonian mythology, a *kratt* is a man-made creature who is snatching stuff for its master and whose soul has been bought from the devil; see A. Kivirähk, *Les Groscilles de novembre*, Le Tripode, Paris, 2019. Nowadays it has become a custom here to call AI applications *kratts*; see in detail at <https://en.kratid.ee/>.
10. M. Suksi, *Administrative due process when using automated decision-making in public administration: some notes from a Finnish perspective*, in *Artificial Intelligence and Law* 29, 2021, p. 87 (107).
11. K. Nyman Metcalf, T. Kerikmäe, *Machines Are Taking over*, mentioned, p. 27.
12. See K. Sadekov, *AI use cases for Government: How Estonia is Leading the Way*, MindTitan 2021. – <https://mindtitan.com/resources/industry-use-cases/ai-use-cases-in-government/>.
13. <https://www.kratid.ee/kasutuslood>. See also I. Pilving, M. Mikiver, *A Kratt as an*

- Administrative Body: Algorithmic Decisions and Principles of Administrative Law* in *Juridica International* 29, 2020, pp. 47 (48–49).
14. K. Nyman Metcalf, T. Kerikmäe, *Machines Are Taking over*, mentioned, p. 27.
 15. <https://www.kratid.ee/kratikava>.
 16. e-Estonia. – https://e-estonia.com/ai-govstack-testbed_eng/; R. Dreyling, E. Jackson, T. Tammet, A. Labanava, I. Pappel, *Social, Legal, and Technical Considerations for Machine Learning and Artificial Intelligence Systems in Government*, in *Proceedings of the 23rd International Conference on Enterprise Information Systems 1*, 2021, p. 701; K. Vaher, *Next Generation Digital Government Architecture*, 2020, pp. 51 et seq. – <https://projektid.edu.ee/download/attachments/34120852/Next%20Generation%20Digital%20Government%20Architecture.pdf?version=1&modificationDate=1582275786780&api=v2>.
 17. Furthermore, automated entries are made in various state registries, see K. Nyman Metcalf, T. Kerikmäe, *Machines Are Taking over*, mentioned, p. 33.
 18. Critically P. K. Tupay et al., *Is European Data Protection Toxic for Innovative AI?*, in *Juridica International* 30, 2021, p. 99 (101).
 19. *Ibid.*, p. 108.
 20. K. Vaher, *Next Generation Digital Government Architecture*, mentioned, p. 7.
 21. Regulation of the Government of the Republic of 23 September 2016 concerning the Data Exchange Layer; available only in Estonian at <https://www.riigiteataja.ee/akt/127092016004?leiaKehtiv>.
 22. On those see e.g., F. Galli, *Interoperable Databases: New Cooperation Dynamics in the EU AFSJ?*, in *European Public Law* 26, 2020, p. 109 (111). See also ReNEUAL book VI.
 23. P. K. Tupay et al., *Is European Data Protection Toxic for Innovative AI?*, mentioned, p. 102–103; R. Dreyling et al., *Social, Legal, and Technical Considerations*, mentioned, p. 704; M. Martini, M. Wenzel, “Once only” versus “only once”: *Das Prinzip einmaliger Erfassung zwischen Zweckbindungsgrundsatz und Bürgerfreundlichkeit*, in *Deutsches Verwaltungsblatt* 2017, p. 749.
 24. Compare art. 14, paragraph 2 of the GDPR.
 25. On general clauses see N. Marsch, T. Rademacher, *Generalklauseln im Datenschutzrecht*, in *Die Verwaltung* 54 2021, p. 1. For comparison see Court of Justice, judgement 22 June 2021, C-439/19, *Latvijas Republikas Sacima (Points de pénalité)*, ECLI:EU:C:2021:504, p. 105; judgement 24. February 2022, C-175/20, *Valsts ieņēmumu dienests*, ECLI:EU:C:2022:124, p. 48–58.
 26. For comparison: § 5 subsection 2 of the German E-Government Act; on that see W. Denkhaus et. al., *EGovG § 5*, in W. Denkhaus et. al. (Ed.), *E-Government-Gesetz. Onlinezugangsgesetz. Kommentar*, Beck, München, 2019, comments 16 et. seq.
 27. K. Vaher, *Next Generation Digital Government Architecture*, mentioned, p. 53 et seq.
 28. Supreme Court, judgement 7 March 2019, 1-09-14104, pp. 26–27.
 29. Supreme Court, judgement 19 February 2019, 3-17-1545, p. 29.
 30. Supreme Court, judgement 20 September 2020, 3-18-305, p. 11.2.

31. Supreme Court, judgments 24 October 2017, 5-17-32 and 5-17-35; 8 November 2017, 5-17-38; 27 March 2019, 5-19-18 and 5-19-20; 18 June 2019, 5-19-32; 26 June 2019, 5-19-39.
32. Tallinn Administrative Court, judgement 12 September 2022, 3-21-1203, *Eesti Metsa Abiks vs. Keskkonnaamet*, p. 20 et seq.
33. Chancellor of Justice, opinion 28 July 2022, 7-4/220648/2203973.
34. Chancellor of Justice, opinion 15 December 2022, 7-4/221647/2206594.
35. Chancellor of Justice, opinion 18 November 2021, 7-5/212011/2107988.
36. <https://www.oiguskantsler.ee/et/e-riigi-harta-iga%C3%BChe-%C3%B5igused-e-riigis>.
37. Ministry of Justice, *Legislative Intent to Regulate Effects of Algorithmic Systems*, 2020, <https://eelnoud.valitsus.ee/main/mount/docList/93ebe63d-de8c-4662-9908-3232aa7f987c?activity=1#w2PnU3T2>.
38. <https://artificialintelligenceact.eu/>.
39. Riigikogu, *Haldusmenetluse seaduse muutmise ja sellega seonduvalt teiste seaduste muutmise seadus*, 634 SE, 2022; <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/21f6df90-a333-413a-a533-ebbf7e9deeb/Haldusmenetluse%20seaduse%20muutmise%20ja%20sellega%20seonduvalt%20teiste%20seaduste%20muutmise%20seadus>.
40. See S. Civitarese Matteucci, *Public Administration Algorithm Decision-Making and the Rule of Law*, in *European Public Law* 27, 2021, p 103. See also Art. 22, paragraph 2, letter b of the GDPR.
41. So today also in § 9¹, subsection 2⁵ of the Rescue Act.
42. In accordance with the art. 9, subsection 2, letter g of the GDPR.
43. For comparison see I. Pilving, M. Mikiver, *A Kratt as an Administrative Body*, mentioned, p. 53.
44. Similarly in Germany, § 35a of the Federal Administrative Procedure Act (*Verwaltungsverfahrensgesetz*).
45. Compare M. Suksi, *Administrative due process when using automated decision-making in public administration*, mentioned, p. 104.
46. See also e.g., A. Guckelberger, *Automatisierte Verwaltungsentscheidungen: Stand und Perspektiven*, in *Die Öffentliche Verwaltung* 2019, p. 566 (569).
47. Consequently, such restrictions are not just symbolic, they require qualified and well thought-out mandates to be granted by the legislator, compare A. Tischbirek, *Ermessensdirigierende KI. Zum Einsatz intelligenter Systeme in der ermessensermächtigten Verwaltung*, in *Zeitschrift für Digitalisierung und Recht* 2021, pp. 307 (319–320).
48. See European Commission, proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts of 21 April 2021, art. 3, clause 1 – <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8115-2021-INIT/en/pdf>; W. Hoffmann-Riem, *Der Umgang mit Wissen bei der digitalisierten Rechtsanwendung*, in *Archiv des öffentlichen Rechts* 145, 2020, p. 1 (3).

49. Compare, A. Tischbirek, *Ermessensdirigierende KI. Zum Einsatz intelligenter Systeme in der ermessensermächtigten Verwaltung*, mentioned, p. 322.
50. N. de Boer, N. Raaphorst, *Automation and discretion: explaining the effect of automation on how street-level bureaucrats enforce*, in *Public Management Review* 25, 2023, p. 42 (44).
51. P. Craig, *Administrative Law*, Sweet & Maxwell, 2016, pp. 536–538.
52. E.g., C. Harlow, R. Rawlings, *Administrative Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2022, pp. 226 et. seq.; A. Tischbirek, *Ermessensdirigierende KI. Zum Einsatz intelligenter Systeme in der ermessensermächtigten Verwaltung*, mentioned, p. 322.
53. Supreme Court, judgments 16 January 2008, 3-3-1-81-07; 18 December 2014, 3-3-1-77-14.
54. Supreme Court, judgements 12 December 2017, 3-11-1355, p. 30–31; 22 September 2022, 3-20-1548, p. 24–25.
55. Compare in U. Stelkens, § 35a, in P. Stelkens, H. J. Bonk, M. Sachs (Ed.), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, Beck, München, 2022, comment 40; A. Guckelberger, *Automatisierte Verwaltungsentscheidungen*, mentioned, p. 569.
56. Compare U. Stelkens, *Staatshaftung und E-Government: Verwaltungsorganisationsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten*, in H. Hill, U. Schliesky (Ed.), *Auf dem Weg zum Digitalen Staat – auch ein besserer Staat*, Nomos, Baden-Baden, 2015, p. 216; C. Harlow, R. Rawlings, *Law and Administration*, University Press, Cambridge, 2022, p. 255.
57. See also M. Suksi, *Administrative due process when using automated decision-making in public administration*, mentioned, p. 89.
58. U. Stelkens, § 35a, mentioned, no 41.
59. Compare § 28, subsection 2, clause 4 of the APA (*Verwaltungsverfahrensgesetz*) in Germany.
60. M. Suksi, *Administrative due process when using automated decision-making in public administration*, mentioned, p. 106
61. J. Englisch, M. Schuh, *Algorithmengestützte Verwaltungsverfahren*, in *Die Verwaltung* 55, 2022, p. 155 (169); U. Stelkens, § 35a, mentioned, no. 46.
62. U. Stelkens, § 35a, mentioned, no. 42.
63. Compare J. B. Bullock, *Artificial Intelligence, Discretion, and Bureaucracy*, in *American Review of Public Administration* 49, 2019, pp. 751 (756–757); about differentiation between complexity and uncertainty B. Head, *Wicked Problems in Public Policy*, in *Public Policy* 3, 2008, pp. 101 (103).
64. Compare the original scheme of J. B. Bullock in *Artificial Intelligence, Discretion, and Bureaucracy*, mentioned, p. 757.
65. M. Hildebrandt, *Code-Driven Law: Freezing the Future and Scaling the Past*, in C. Markou, S. Deakin (ed.), *Is Law Computable? Critical Perspectives on Law and Artificial Intelligence*, Hart, Oxford, 2020, p. 71; M. Seckelmann, *Algorithmenkompatibles Verwaltungsrecht?*, in *Die Verwaltung* 54, 2021, pp. 251, 258 et seq.; C. Guitton, A. Tamò-Larrieux, S. Mayer, *Mapping the Issues of Automated Legal Systems: Why Worry*

- About Automatically Processable Regulation?*, in *Artificial Intelligence and Law* 3, 2022 – <https://doi.org/10.1007/s10506-022-09323-w>, p. 4; E. Micheler, A. Whaley, *Regulatory Technology: Replacing Law with Computer Code*, in *European Business Organization Law Review* 21, 2020, p. 349, 358; M. Suksi, *Administrative due process when using automated decision-making in public administration*, mentioned, pp. 87, 89.
66. M. Hildebrandt, *Code-Driven Law*, mentioned, p. 76.
67. C. Guitton, A. Tamò-Larrieux, S. Mayer, *Mapping the Issues of Automated Legal Systems: Why Worry About Automatically Processable Regulation?*, in *Artificial Intelligence and Law* 2022, 3, p. 4.
68. M. Suksi, *Administrative due process when using automated decision-making in public administration*, mentioned, pp. 101; U. Stelkens, § 35a, mentioned, comment 33.
69. <https://tehnika.postimees.ee/6142719/politsei-palub-riigikogult-rahu>.
70. C. R. Sunstein, *Governing by Algorithm? No Noise and (Potentially) less Bias*, in *Duke Law Journal* 71, 2022, p. 1175, 1195.
71. N. de Boer, N. Raaphorst, *Automation and discretion*, mentioned, p. 57; J. Englisch, M. Schuh, *Algorithmengestützte Verwaltungsverfahren*, mentioned, p. 169.
72. M. A. Lemley, B. Casey, *Remedies for Robots*, in *University of Chicago Law Review*, 86, 2019, p. 1311 (1373).
73. For comparison see U. Stelkens, *Staatshaftung und E-Government*, mentioned, p. 196 et seq.
74. State liability is currently fault-based when compensating the loss of reasonably expected profits (*lucrum cessans*) and non-pecuniary damages; however, case-law keeps moving towards so-called objective and organisational fault placing the burden of proof almost always on the administrative authority causing the damage; see Supreme Court, judgment 17 June 2021, 3-19-1416, p. 27.
75. T. Kerikmäe et al., *1st Report on Legal Framework and Analysis Related to Autonomous Intelligent Technologies*, TalTech, 2019, para. 24–26. See also K. Nyman Metcalf, T. Kerikmäe, *Machines Are Taking over*, mentioned, p. 34 et. seq.
76. In contrast to Finland, where a civil servant should always be designated as a responsible party for the ADM system, M. Suksi, *Administrative due process when using automated decision-making in public administration*, mentioned, p. 106.
77. T. Kerikmäe et al., *Legal Person- or Agenthood of Artificial Intelligence Technologies*, in *Acta Baltica Histoiae et Philosophiae Scientarium* 8, 2020, DOI: 10.11590/abhps.2020.2.05, p. 73; K. Nyman Metcalf, T. Kerikmäe, *Machines Are Taking over*, mentioned, p. 43 et seq.
78. Resolution 2020/2014(INL) of the European Parliament of 20 October 2020; Report COM/2020/64 final of the Commission of 19 February 2020, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?qid=1593079180383&uri=CELEX%3A52020DC0064>.

Regulating Automation of Swedish Public Administration

Jane Reichel

DOI: 10.13130/2723-9195/2023-1-112

La digitalizzazione dell'amministrazione svedese è stata per decenni al centro dell'attenzione del Governo e del legislatore, con l'esplicito obiettivo di essere il «migliore al mondo» nell'utilizzare le possibilità offerte dalla stessa. Le autorità pubbliche svedesi sono state le prime ad adottare ed utilizzare procedure decisionali automatizzate, sin dal 1970. Gli effetti su due ambiti centrali per il diritto costituzionale e amministrativo svedese sono qui affrontati: il diritto amministrativo generale, con particolare attenzione al processo decisionale amministrativo, e le regole di trasparenza ed accesso ai documenti. Le risposte normative nei due settori differiscono. Mentre le preoccupazioni relative agli effetti negativi della digitalizzazione sull'accesso ai documenti hanno spinto il legislatore svedese a includere le registrazioni digitali tra i documenti che rientrano nel diritto di accesso già negli anni '70, il diritto amministrativo generale è stato adattato in misura molto limitata. Nel corso degli anni il governo ha commissionato diverse indagini governative sulle sfide tecniche, sociali e legali della digitalizzazione dell'amministrazione, ma le principali conclusioni in merito all'idoneità del processo decisionale automatizzato sono state lasciate all'amministrazione e ai tribunali e se ne possono individuare due ragioni. In primo luogo, l'obiettivo da lungo tempo perseguito è che le norme procedurali amministrative siano neutrali dal punto di vista tecnologico, per non diventare obsolete in futuro. In secondo luogo, le autorità amministrative detengono una posizione forte e parzialmente indipendente nel contesto costituzionale svedese, unita a una tradizione di pragmatismo. Si fa quindi affidamento sul fatto che le autorità amministrative eseguano il loro processo decisionale in conformità con la legge, sia che le procedure vengano eseguite manualmente, sia digitalmente o con mezzi automatizzati. Sicché i tribunali svedesi si sono finora astenuti dall'intervenire. Tuttavia, è chiaro che il panorama del diritto amministrativo svedese per quel che concerne il processo decisionale automatizzato contiene diverse e centrali lacune, che dovrebbero venire colmate al fine di

salvaguardare il principio di buona amministrazione e lo Stato di diritto.

Digitalization of the Swedish administration has been the center of attention for the Government and legislator for decades, with the explicit goal of being the «best in the world» at using the possibilities of digitalization. The Swedish public authorities were early adapters and have utilized automated decision-making procedures since the 1970's. The effects on two areas central to Swedish constitutional and administrative law are addressed here: general administrative law, with a focus on administrative decision-making, and transparency rules and access to documents. The regulatory responses in the two areas differ. While concerns regarding the negative effects of digitalization on access to documents prompted the Swedish legislator to include digital recordings among documents encompassed by the right to access already in the 1970s, general administrative law has been adapted to a very limited extent. The Government has over the years commissioned several governmental enquiries on technical, societal, and legal challenges of digitalization of the administration, but the main conclusions in regard to the suitability of automated decision-making have been left to the administration and the courts. Two reasons can be identified. First, it has been a longstanding aim that administrative procedural rules are to be technology-neutral, in order not to become obsolete through future developments. Second, administrative authorities hold a strong and partially independent position in the Swedish constitutional setting, combined with a tradition of pragmatism. Authorities can thus be trusted to perform their decision-making in accordance with the law, whether the procedures are carried out manually, digitally, or by automated means. Swedish courts have thus far refrained from intervening. Still, it is clear that the Swedish administrative law landscape in automated decision-making contains several central lacunas, which ought to be filled in order to safeguard the principle of good administration and the rule of law.

Summary. 1. Introduction; - 2. Overview of Swedish regulatory choices: legislation, case law, administrative infrastructures and oversight; - 3. National legislation on automation in administrative procedures; - 3.1. The Administrative Procedures Act, APA; - 3.2. Transparency and secrecy; - 4. Case law, non-judicial review, and administrative supervision; - 5. Soft law on automation or sophisticated AI in public decision-making; - 6. Concluding remarks.

1. Introduction

Digitalization of the Swedish administration^[1] has been a politically significant topic since the 1960s, and remains so to this day^[2]. In an initiative from the mid-1990s, the Swedish Parliament, the Riksdag, identified an objective to make use of the capacity of technology to streamline administration and develop efficient channels for interaction between public administration, the public, and companies^[3]. In 2011, the Parliament stated that Sweden should strive to become the «best in the world» at using the possibilities of digitalization^[4]. The administration should, in so far as possible and whenever relevant, choose digital services in its contacts with citizens, organizations, and companies^[5]. In regards to the need to adapt the administrative framework for decision-making, the response from the legislator has as of yet been limited, with very few rules enacted to regulate automated decision-making, and no specific rules on artificial intelligence. Within another area of law affected by digitalization of the administration, namely the constitutionally protected right to transparency and access to official documents, the legislator adapted the relevant legal acts to include digital documents already in the 1970's.

The focus for this article is thus on the responses of Swedish law to the effects of digitalization, automation and artificial intelligence (AI) in two areas: general administrative law, especially administrative decision-making, and transparency rules and access to documents. In order to cover the overall developments, automation and automated decision-making has been given a broad understanding, also encompassing effects of digitalization of administrative decision-making in a wider sense. Various forms of handling of administrative activities via digital means are included, namely digital procedures for enacting administrative decisions, guidance and other outcomes based on different ratios of human intervention and automation based on algorithms, sophisticated computer software and machine learning.

2. Overview of Swedish regulatory choices: legislation, case law, administrative infrastructures and oversight

Automated decision-making has been used by Swedish authorities since the

1970s, initially by the Swedish Transport Agency, and later by the Board of Student Finance, the Tax Agency, and the Social Insurance Agency^[6]. Today, automated administrative procedures are common at both the national, regional, and local level. The immediate reason why the Swedish legislator still has resisted enacting general rules for automated decision-making, can be attributed to the standpoint that administrative law and procedures should be technology-neutral, in order for the procedures not to hinder adaptation to new conditions or to quickly lose their relevance^[7]. Accordingly, general administrative law should be applied to automatic decision-making and other digital measures undertaken by authorities. On the other hand, digitalization and automation motivated legislative reforms of the constitutionally protected right of access to public documents and reforms of secrecy rules already in the 1970's, described below.

Swedish courts have not played a particularly active role in the development of administrative law rules and principles for the digital age. Though automatically enacted decisions have been reviewed by courts for decades, questions relating to the role of administrative procedure in a digital setting or to limitations and restrictions regarding the use of automated decision-making have not been addressed. In the Swedish tradition, questions on efficient and secure preparation of matters are more likely to be addressed by the Parliamentary Ombudsmen, who have made decisions in several cases involving automation, than by the courts^[8]. Another constitutional entity, the Supreme Audit Institute, has been more active in monitoring and assessing challenges with digitalization, as have sector-specific supervisory authorities. The Supreme Audit Institute issued a report on automated decision-making in the Swedish administration in 2020, concluding that automation had led to faster and less costly decision-making procedures, but that there was still a need to take measures to ensure that automation was efficient, in line with the rule of law, and resulted in correct decisions^[9]. In 2022, the Equality Ombudsman (DO) published a survey on Swedish authorities' use of AI and automated decision-making and their knowledge regarding the risks of discrimination^[10]. The DO concluded that authorities rarely considered grounds for discrimination in their policy documents, risk analyses, or quality follow-ups^[11].

The Government has over the years commissioned several governmental enquiries (SOU) on the technical, societal, and legal challenges of digitalization,

among which *Automated decisions – fewer rules provide clearer regulation* and *Law as a tool in the digitalization of administration* are the most central^[12]. A recurring conclusion is that authorities have a continuous need for legal support^[13]. Great emphasis has been placed on establishing administrative infrastructures to support authorities in their digitalization processes. The e-Delegation was established in 2009, followed in 2015 by eSam, a network of 34 authorities cooperating on how to «*take advantage of the possibilities of digitalization to make it easier for private individuals and companies, and to use our common resources in an efficient way*»^[14]. For example, a digital service for assessing applications for social benefits was developed in 2014, enabling municipal social services to receive information directly from seven national authorities and organizations. Over 90 percent of Sweden's 290 municipalities are connected to the service^[15]. eSam also issues guidelines in legal and other matters related to digitalization. In 2018, a new authority was established, DIGG, the Agency for Digital Government. DIGG is tasked with coordinating and supporting the digitalization of public administration, taking responsibility for the Sweden's digital infrastructure, and analyzing the digitalization of society^[16]. Further, the Swedish competent authority under the General Data Protection Regulation (GDPR), the Swedish Authority for Privacy Protection (IMY), monitors digitalization from a personal data perspective and give guidance to both private and public on how to ensure data protection^[17].

In the following, Swedish legislation with bearing on automation in administrative decision-making and transparency will be presented in section 3, with case law, non-judicial reviews, and decisions from supervisory authorities addressed in section 4. Soft law tools will be mentioned briefly in section 5. In section 6, some closing thoughts are presented.

3. National legislation on automation in administrative procedures

As seen above, the legal consequences of digitalization in general, including fully or partially automated decision-making, have been the subject of several governmental enquiries commissioned by the Government in recent decades, in regard to general administrative law, sector-specific issues, and – not least – the

constitutionally protected principle of transparency and the right of access to public documents^[18]. In regard to general administrative law, few proposals have led to legislation being enacted. There are very few general rules on automated decision-making and several core issues remain unclear, for example whether there is a sufficiently defined exemption in Swedish law for processing personal data in automated decision-making procedures under Article 22 GDPR. The aim to remain technology-neutral, included in the Administrative Procedures Act (APA), may explain the unwillingness of the legislator to enact specific rules for a digitalized setting^[19]. On the other hand, the fact that transparency is a core constitutional value in Swedish law may explain why digital information structures have been regulated to a greater degree.

3.1. The Administrative Procedures Act, APA

The question of automation of administrative decision-making has been discussed in legislative procedures at least since the mid-1980s, but very few rules have as yet been introduced. As noted above, the main idea has been to keep the APA technology-neutral, meaning that principles and rules are to be applied to administrative actions and decisions no matter how a procedure is conducted. When a new APA was enacted in 1986, it was stated in the legislative bill, which is traditionally considered to be an important source for legal interpretation in Sweden, that the APA was to be applied also in automated decision-making^[20]:

«In recent years, authorities have increasingly come to use computers in preparing individual matters. This technical aid can in some cases be used so that the preparation of the matter is in itself fully or partially automated. The APA is applicable also in these cases. When drafting routines for the preparing of matters through automatic data processing, one must therefore not only take into account the technical and financial factors. Legal certainty requirements that apply according to the APA must also be met».

However, the 1986 APA did not introduce any specific rules on digitalization or automation. The first rule introduced in the APA on digitalization came in 2003, requiring authorities to ensure that private citizens can contact them via telefax or e-mail, and to provide an answer via the same channel. The amendment was initiated as a part of the Government's aim to create the «24-hour authority»,

with services available to the public around the clock^[21].

When a revised APA was enacted in 2017, one of the aims of the reform was to adapt the APA to an increasingly digital administration (other aims being to strengthen legal certainty for private parties and to adapt the act to European requirements)^[22]. The initial proposal included several rules regarding digitalization, predominantly of a practical nature, regulating the handling of electronic document, e.g., rules to determine the time of arrival of an electronic document^[23]. These changes were not included in the final act. The previously introduced rule on the obligation to accept communication via telefax and e-mail was also removed. Instead, and more importantly, a new general provision explicitly stating that public authorities may make automated decisions was enacted. Under the heading «*How decisions are made*» section 28, the following is stated^[24]:

«A decision can be made by an officer on their own or by several jointly or be made automatically. In the final processing of a matter, the reporting clerk and other officers can participate without taking part in the determination.

When several persons shall make a decision jointly and are unable to agree, the chair shall present the various proposals for a decision put forward. Each proposal shall be presented so that it can be answered to by either a yes or a no.

When those taking part in the determination have had the opportunity to take positions on the proposals, the chair makes known what has, in their opinion, been decided. This is the decision unless a vote is requested».

As can be seen, this is a general rule encompassing all types of decisions, enacted by one or more individuals, or automatically. The only part that regulates automatic decision-making is the reference to the fact that decisions can be made automatically. The rule is thus of a declaratory nature, without giving any guidance on the legal consequences of automation. According to the legislative bill, the intention was to clarify that decisions can in fact be made by automated means^[25]. The Government noted that the automation of decisions had become an increasingly common phenomenon within parts of the administration that handle a large number of matters annually. Thus, by stipulating in the law that decisions can be made automatically, the Government wanted to make clear that there is no need to enact rules in sector-specific acts in order for an authority to use this form of decision-making. Thus, the intention was to create better

conditions for the continued development of digital administration^[26].

Unfortunately, it seems that the addition of the words «*or be made automatically*» has caused some confusion. Three questions can be identified, with varying degrees of complexity.

First, and most importantly, it remains unclear whether section 28 APA fulfills the requirements of Article 22 GDPR to establish an exemption from the prohibition against automated individual decision-making on personal data, including profiling. According to Article 22(2)b GDPR, an exception must be «*authorised by Union or Member State law*», providing suitable measures to safeguard the data subject's rights and freedoms and legitimate interests. The Government did not address this issue in the legislative bill, but has in several later sector-specific bills argued that section 28 APA does fulfill this function, referring to the general requirements of the APA regarding legality, objectivity, and proportionality, the right to transparency, the right of private parties to be heard, as well as the possibility of reassessment of decisions and the right to appeal^[27]. In legal doctrine, it has been argued that the APA falls short of fulfilling all the safeguards listed in recital 71 to the GDPR, more precisely the requirement to provide «*specific information to the data subject and the right to obtain human intervention*»^[28]. Further, the APA does not include any restrictions regarding the use of automated decision-making on children^[29]. IMY, the competent authority under the GDPR, has concluded that section 28 APA does not meet the requirements to authorize an exemption under Article 22 GDPR^[30].

A second, connected uncertainty relates to the question of how the technology-neutral approach is to be realized in practice. As stated above, the point of departure is that the APA is fully applicable to automated decision-making. On the other hand, the legislative bill holds that automated decisions cannot be expected to fulfill all formal requirements in the APA regarding information to be included written decisions, namely^[31]:

- «1. *the date of the decision;*
2. *what the decision contains;*
3. *which person or persons took the decision;*
4. *which person or persons were reporting officers; and*
5. *which person or persons participated in the final processing without taking part*

in the determination».

It was emphasized in the legislative bill that the information listed in the section was not to be interpreted as requiring authorities to set up their decision-making procedures in such a way that all this information must always be entered. If certain information, e.g., on names, is not relevant in a specific decision-making procedure, for example in automated decision-making, such information need not be included^[33]. However, for several public authorities which use automated decision-making, such as the Tax Agency and the Social Insurance Agency, specific exceptions from the requirements of documentation have been introduced in the relevant legislation^[33]. For others, for example the Board of Student Finance, no such exceptions exist^[34]. Government enquiries from both before and after the enactment of section 28 in the 2017 APA have argued that this state of affairs creates unnecessary uncertainty and ought to be rectified^[35].

Also in relation to the duty to state the reasons for decisions, in accordance with section 32 APA (as well as the EU principle of good administration, where applicable), it has been questioned to what extent the duty can be fulfilled through automated means^[36]. In a legislative bill on automated decision-making regarding taxation of real estate, it was stated that the provisions in the APA in practice constitute a limit on what decisions can be made automatically^[37]. However, it is not apparent how the general exceptions permitted in section 32 APA, namely that «*all decision affecting a person in a not insignificant way*» should contain «*a clarifying statement of reasons*», if it is not deemed to be «*obviously unnecessary*». One of the downsides of automated decision-making, at least if less sophisticated algorithms are used, is the lack of responsiveness to the specific circumstances in each individual case^[38]. As automated decision-making is increasingly used in more complex matters, it may be difficult to satisfy requirements to give individualized reasons^[39].

A third unclarity relates to the use of automated decision-making in specific procedures. Notably, the Local Government Act includes specific rules on internal delegation of decision-making power, an issue that was not addressed in the legislative bill of the 2017 APA. In July 2022, a revision of the Local Government Act was enacted to provide a clear legal basis for automated decision-making at the local level^[40]. In the meantime, the question of how to interpret section 28 APA in a local government context caused some confusion^[41].

The Government took the opportunity to give some general guidance on the appropriateness of using automation in administrative decision-making. It was held that automation could not be used in cases where sector-specific legislation laid down specific requirements, e.g., the involvement of officials with specific competence, such as a psychiatrist in matters of compulsory care or in social services^[42]. The limitations set out by the requirement in the APA to provide reasons for decisions were reiterated, with the addition that other procedural safeguards could also pose limitations, e.g., the responsibility for investigating matters carefully (section 25) and the general requirement to handle matters simply, rapidly, and as cost-effectively as possible without encroaching on the rule of law (section 9)^[43]. Ultimately, the Government held that «*the exact demarcation of which cases are suitable for automated decision-making should, in line with what currently applies within the state administration, be a matter for legal adjudication*»^[44]. This task was accordingly handed over to sector-specific authorities, supervisory authorities, and courts, to be performed in dialogue with the individuals involved in judicial and non-judicial proceedings.

3.2. Transparency and secrecy

Transparency and access to public documents are core constitutional values in Swedish law, and friction in relation to digitalization, automation, and data protection has been seen for decades^[45]. Sweden has a longstanding tradition of keeping extensive public archives and registries, which motivated the country to introduce a national data act for the protection of personal data as early as 1973^[46]. The act focused on monitoring the use of private and public registries by making them subject to permits issued by a new public authority, the Data Protection Authority, carefully balancing access limitations against the right of access to documents.

The Swedish transparency rules have been adapted to digitalization and automation in two main ways. First, by broadening the concept of documents to also include digital documents in various forms as well as adapting documentation and archiving to accommodate this change. Second, by developing new grounds for secrecy based on the needs of a digital society.

In regard to the definition of documents, the inclusion of digital recordings in

the right of access to documents were introduced in the Freedom of the Press Act (one of Sweden's four fundamental laws) in 1974^[47]. A digital recording is considered to be held by the authority *«if it is available to the authority using technical devices which the authority itself employs for communication in such form that it may be read, listened to, or otherwise comprehended»*^[48]. Today, the right also includes «potential recordings», i.e., compilations of information taken from registries, databases, etc. The authorities must release the compilation as long as it can be collected and transformed into a recording with «routine means», meaning that the authority is not required to develop software programs to search for the information^[49]. This may provide researchers and others with important data from state-held registries, including population-based registries. A further limitation has been introduced to protect personal data from being exposed. If a compilation contains personal data and the authority does not have the power under a law or ordinance to make the compilation available, the authority is not deemed to be holding the compilation and is therefore not required to release it^[50]. Completed recordings are not covered by the limitation rule. Therefore, such recordings are considered to be documents regardless of their content. It should be stated that this exception is worded in a somewhat strange and illogical manner, making the holding of a recording dependent on the legal status of its content. Restricting the use of certain categories of information is normally done through confidentiality and secrecy rules, discussed below.

When digital recordings were first included into the dominion of official documents in the early 1970s, it was considered a risk that the documents would become inaccessible to the public at large and to private parties concerned by actions taken by the authorities, since access to the information was effectively conditioned on access to the relevant technical equipment. A specific rule was introduced in the 1973 Data Act, requiring authorities to transmit recordings in a readable form in certain cases^[51]. When the Data Act was repealed in connection with the implementation of the EU Data Protection Directive, the rule was transferred to the Transparency and Secrecy Act, which remains in force. Chapter 4, section 3 of the act holds^[52]:

«If an authority for processing a case or matter uses a recording for automated processing, the recording must be added to the documents in the case or matter in

legible form, unless there are special reasons against it».

It is unclear how this rule is to be applied in the context of automated decision-making. The opening for not applying the rule in case of «special reasons» was initially meant to take into account the costs, in terms of both labor and money, of transforming recordings into paper documents, especially if there were tools for making the data available via technical means^[53]. Today, security concerns in relation to the information may also be relevant^[54].

In regard to the second issue – new grounds for secrecy based on the needs of a digital society – very few legislative reforms have been enacted. The question of whether information on algorithms should be considered to fall within the right of access to public documents has been discussed in a Government enquiry, which found that this could be the case^[55]. There is no general secrecy rule applicable to algorithms for public decision-making, but the enquiry suggested that either secrecy rules in Chapter 17, section 1 of the Transparency and Secrecy Act, on activities for inspection, control, or other supervision, or Chapter 18, section 3, on surveillance measures, could be applied^[56]. There may be other grounds for secrecy, depending on the circumstances in an individual case. However, it is for the public authority to demonstrate that there is a basis for secrecy – otherwise the document or recording must be released^[57]. There is further a basis for secrecy protecting personal data in public documents, Chapter 21, section 7 of the Transparency and Secrecy Act, which has mainly been applied in relation to requests for large amounts of personal data in public registries^[58].

4. Case law, non-judicial review, and administrative supervision

Swedish courts have reviewed a large number of automatically enacted decisions over the last decades, for example concerning social insurance, tax, and changes of registered owners of cars. However, as yet, neither the Swedish Supreme Administrative Court nor any of the four Administrative Courts of Appeal appear to have made decisions in any cases regarding the legal dimensions of the automated decision-making procedures as such.

In 2022, the Supreme Administrative Court made a decision in a case concerning

the consequences of a general error in the calculation of the level of guaranteed pensions in automated procedures^[59], after the European Court of Justice had, in a previous preliminary ruling, found the Swedish interpretation of the concept to be incompliant with EU law^[60]. The error was thus in the legal interpretation of the relevant concept and not related to errors in the algorithm as such. All the same, the error necessitated the Swedish Pension Authority to recalculate a vast number of guaranteed pensions and it took two years before the decisions on reassessment were enacted due to the technical complexities of the automated procedures. The Supreme Administrative Court upheld one of the reassessment decisions on appeal, even though it meant that the pension of the applicant was lowered retroactively. The Court justified this based on pension decisions being applicable for long periods of time, the cross-border implications of the pensions in question, and the importance of upholding the principle of equal treatment between beneficiaries^[61]. Problems relating to administrative delays due to lengthy development periods for automation of essential decision-making procedures have also been addressed by the Parliamentary Ombudsmen, in relation to calculation of agricultural aid^[62].

There have been a few cases on secrecy for the algorithms generating administrative decisions in lower level courts. For example, the Administrative Court of Appeal in Stockholm denied an applicant the right to public documents which included information on algorithms generating the Social Insurance Authority's decisions on dental care allowance. The decision was based on Chapter 18, section 3 of the Transparency and Secrecy Act^[63]. According to the Court, the documents could indirectly have provided information on how the system could be circumvented or manipulated. In another decision, the Administrative Court of Appeal in Gothenburg held that documents with information on algorithms used by municipal social services to calculate social benefits were not covered by secrecy and should therefore be released^[64]. The Court found that the basis for secrecy relied upon by the municipality, Chapter 31, section 16 of the Transparency and Secrecy Act on the protection of the financial interests of the private company that had developed the code, was not relevant in the case. The code has been developed specifically for the municipality's needs and was owned by the municipality, meaning that release of the documents would not affect the private company negatively.

The more principled assessments of the handling of automated decision-making among Swedish authorities may instead be found in the case law of non-judicial bodies and supervisory authorities. The Parliamentary Ombudsmen and other supervisory authorities have over the years enacted a number of decisions on digitalization and automation of administrative decision-making. In 2006, the Parliamentary Ombudsmen made an investigation into the administrative consequences of a pilot case introducing automated road tolls in Stockholm, the capital of Sweden^[65]. The Ombudsmen found, among other things, that the system ought to be able to provide a more accessible procedure for reassessing decisions on tolls in cases where an automated decision had been directed at a previous owner of a car, due to the lengthy procedure for registration of a new owner.

In a decision in 2021, the Ombudsmen criticized the Migration Agency for employing a fully automated procedure in matters on applications for Swedish citizenship, where applicants requested the authority settle the matter under a failure to act proceeding, as described in the APA. If the application had not been assigned to a case manager at the Migration Agency, the request for determination of the matter was automatically refused (and the applicant could appeal the refusal to an administrative court). The Ombudsmen were particularly critical of the procedure not providing any mechanism for taking individual circumstances into account^[66].

A decision from the Health and Social Care Inspectorate (IVO) on an individual complaint is also illustrative^[67]. This matter was (also) in regard to the automated decisions of municipal social services and social benefits. The IVO harshly criticized the municipality on several points, including not having fulfilled its duty to investigate the applications carefully, not having guided the applicants individually and according to their needs, not having taken the best interest of the child into account where relevant, and not having properly documented information relevant to the processing of the matter.

Lastly, assessment errors in an automated decision system used by the Swedish Public Employment Services to assess the level of activity among job seekers can be mentioned^[68]. Due to the errors, the Employment Services issued approximately 15,000 incorrect decisions directed at individuals, including warnings and sanctions for not having been sufficiently active in the search for

work. When the mistake was discovered, the Employment Services began handling the matters manually, resulting in a large number of reassessment decisions. Alongside technical problems in distributing the decisions to the individuals concerned, the procedure in its entirety caused considerable delays. Still, the Employment Services reported that they had not received an influx of complaints^[69]. As Enqvist and Naarttijärvi has pointed out, the situation illustrates the inherent opacity of automated decision-making, rendering it difficult for both the authority and the individuals concerned to discover mistakes^[70].

5. Soft law on automation or sophisticated AI in public decision-making

eSam, the aforementioned network of authorities cooperating to promote digitalization, has enacted a number of guidelines in the area. The most relevant here is the Checklist – Law when using AI, which contains guidance on several aspects of automated decision-making, for example processing personal data, services to the public, security-related issues, procurement, transparency and explainability, discrimination, etc. The checklist often refers to EU documents, foremost among them the Commission proposal for an AI Regulation^[71] and the Article 29 Working Party Group Guidelines^[72].

IMY, the Swedish competent authority under GDPR, has also published general information and guidelines on personal data in the context of automation and AI, mostly guidelines from the Article 29 Working Party Group and the European Data Protection Board. IMY also publishes legal positions on data protection issues in a Swedish context. As yet, none of them have related to automation or AI^[73].

Lastly, a policy document enacted in 2018 by the Government Offices can be mentioned, *The National Pathway for Artificial Intelligence*. One of the conclusions in the document is that there is a further need to develop rules, standards, norms, and ethical principles to guide ethical and sustainable AI and its use^[74].

6. Concluding remarks

Digitalization of the administration and automated decision-making has been a central concern for the Parliament and the Government for decades, and has deeply affected two central areas addressed here: general administrative law and transparency. The regulatory responses in the two areas differ. While concerns regarding the negative effects of digitalization on access to documents prompted the Swedish legislator to include digital recordings in its transparency rules already in the 1970s, general administrative legislation has been adjusted to a very limited extent. Even though automated decision-making has been used since the 1970s, it is remarkable how few binding sources in Swedish law actually regulate how this is supposed to work in practice. The aim that the law should remain technology-neutral may explain the unwillingness of the legislator to enact specific rules for a digitalized setting^[75]. Another factor is the legal and administrative culture in Sweden. Administrative authorities hold a strong position in the constitutional setting, which – together with social trust and a pragmatic tradition in Swedish administrative law – may also have contributed to the current state of affairs^[76]. Authorities are trusted to organize their decision-making in accordance with the law, whether the procedures are carried out manually, digitally, or by automated means. Swedish courts have as yet refrained from intervening.

This short description of the regulation of automated decision-making in Sweden reveals that several crucial uncertainties remain. Swedish law lacks any clear demarcation of when automated decision-making is to be allowed. As of now, the question is merely discussed in preparatory works to individual pieces of legislation. However, the issue was not discussed in the preparatory works to the 2017 APA, even though a general legal basis for automated decision-making was introduced there. Some guidance has been introduced in preparatory works to sector-specific legislation and the Local Government Act. However, the main take-home message from the Government is that this is a matter for legal adjudication, namely sector-specific authorities, supervisory authorities, and courts to resolve. Judging by the matters that have arisen before the Parliamentary Ombudsmen and other supervisory authorities, it has not been an easy task. Further, it is debated whether Swedish law fulfils the GDPR

requirement of establishing an exemption from the prohibition against automated individual decision-making on personal data, including profiling. It seems that the Swedish legislator has been too busy focusing on becoming the «best in the world» at using the possibilities of digitalization, and has given too little attention to central democratic ideals such as good administration and the rule of law.

1. I would like to thank Lena Enquist, Umeå University and Henrik Wenander, Lund University, for their valuable comments and suggestions during the preparation of this paper, as well as the very constructive discussions with the INDIGO-team and other participants at the work-shop in Freiburg, on 29-30 September 2022.
2. C. Magnusson Sjöberg, *Rättsautomation. Särskilt om statsförvaltningens datorisering*, Norstedts juridik, Stockholm, 1992.
3. Legislative bill 1995/96:125 p. 65–73; Committee report 1995/96:TU19 p. 46–48; Written communication from the Riksdag 1995/96:282.
4. Legislative bill 2011/12:1 utg.omr. 22, p. 84; Committee report 2011/12:TU1; Written communication from the Riksdag 2011/12:87; R. Karlsson, *Den digitala statsförvaltningen – Rättsliga förutsättningar för automatiserade beslut, profilering och AI*, *Förvaltningsrättslig tidskrift* 2020 p. 51–80, 51.
5. Legislative bill 2015/16:1 utg.omr. 22 p. 120. Translation by the author.
6. Report from the Swedish Supreme Audit Institute, Automated decision-making in the national administration - effective, but controls and follow-ups are lacking, RiR 2020:22 [Riksrevisionen, Automatiserat beslutsfattande i statsförvaltningen – effektivt, men kontroll och uppföljning brister].
7. Swedish Governmental Enquiry 2010:29 A New Administrative Procedures Act [En ny förvaltningslag], p. 21, 206; Legislative bill 2016/17:180, p. 141, 170; Swedish Governmental Enquiry 2018:25, op cite n 6, p. 126.
8. On the role of the Parliamentary Ombudsmen, see J. Reichel, M. Ribbing, *Codification of Administrative Law in Sweden*, in F. Uhlmann (Ed), *Codification of Administrative Law: A Comparative Study on the Legal Basis of Administrative Law*, Bloomsbury Publishing, forthcoming 2023, section 3.3. On the role of supervisory authorities in monitoring automated decision-making, see L. Enqvist, M. Naarttijärvi, *Rättsstatliga principer och beslutsprocesser i en (alltmer) digitaliserad och automatiserad förvaltning*, in K. Djurberg Malm, R. Sannerholm (Eds), *Rättsstaten i den svenska förvaltningen. En forskningsantologi*, Statskontoret 2022.
9. RiR 2020:22, Automated decision-making in the national administration, op cite n 5, p. 4–5.
10. DO 2022:1, Transparency, training, and data – Authorities’ use of AI and automated decision-making and knowledge of risks of discrimination [Transparens, träning och data – Myndigheters användning av AI och automatiserat beslutsfattande samt kunskap om

- risker för diskriminering].
11. Ibid, p. 8–11 (English summary).
 12. Swedish Governmental Enquiry 2014:75 Automatiserade beslut– färre regler ger tydligare reglering; Swedish Governmental Enquiry 2018:25 Juridik som stöd för förvaltningens digitalisering.
 13. See also Swedish Governmental Enquiry 2020:8 Stronger municipalities – with the capacity to cope with the welfare mission [Starkare kommuner – med kapacitet att klara välfärdsuppdraget]; Swedish Governmental Enquiry 2020:55 Innovation through information [Innovation genom information]. Translations of titles by the author.
 14. See eSam’s webpage, <https://www.esamverka.se/om-esam/om-esam.html>. Translation by author.
 15. See eSam’s webpage, <https://www.esamverka.se/vad-vi-gor/exempel-livshandelsdriven-utveckling/digital-tjans-t-for-ekonomiskt-bistand.html>.
 16. See DIGG’s webpage, <https://www.digg.se/en>.
 17. See IMY’s webpage, <https://www.imy.se/en>.
 18. See footnotes 6 and 7.
 19. See footnote 8; C. Magnusson Sjöberg, *Förvaltningslagen och digitaliseringen, Förvaltningsrättslig tidskrift* 2018, 519–530, 519 *et seq.*
 20. Legislative bill 1985/86:80 on a new Administrative Procedures Act, p. 57. Translation by the author. On the status of preparatory works in Swedish law, see L. Carlson, *The Fundamentals of Swedish Law*, Lund, Studentlitteratur, 2012, p. 45.
 21. Legislative bill 2002/03:62 p. 12–13; C. Magnusson Sjöberg, *IT-anpassningen av 5 § förvaltningslagen – inte bara en kodifiering av praxis, Förvaltningsrättslig tidskrift* 2004, 285–305, 286.
 22. Swedish Government Official Report 2010:29, op cite n 8, p. 53. A special report was drafted, Elektroniska förfaranden – delredovisning av Förvaltningslagsutredningen (Ju 2008:08), included in Swedish Government Official Report 2010:29, p 729–787.
 23. Swedish Government Official Report 2010:29, op cite n 8, p. 393.
 24. Official translation.
 25. Legislative bill 2016/17:180, p. 179.
 26. Ibid.
 27. See for example Legislative bill 2017/18:95, p. 100; Legislative bill 2017/18:112, p. 64–65; Legislative bill 2017/18:115, p. 31.
 28. R. Karlsson, *Den digitala statsförvaltningen*, op cite n 3, p. 51–80, 74.
 29. Ibid.
 30. Datainspektionens (now Integritetskyddsmyndigheten) Response to consultation: Law as support for the digitization of the administration Swedish Governmental Inquiry 2018:25 [remissvar Juridik som stöd för förvaltningens digitalisering (SOU 2018:25)], DI-2018-7602.
 31. 31 § FL. The rule is also included in 21 § Governmental Authority Ordinance (2007:525).

CERIDAP

32. Legislative bill 2016/17:180, p. 185.
33. 39 § förordning (2017:154) med instruktion till Skatteverket; 14 § förordning (2009:1174) med instruktion för Försäkringskassan.
34. Förordning (2007:1071) med instruktion för Centrala studiestödsnämnden.
35. Swedish Government Inquiry 2014:75, p. 64 et seq; Swedish Government Inquiry 2018:25, op cite n 6, p. 223.
36. R. Karlsson, *Den digitala statsförvaltningen* op cit n. 3, 77.
37. Legislative bill 2019/20:196, p. 34. See further Legislative bill 2021/22:125, discussed below.
38. L. Enqvist, M. Naarttijärvi, op cit n 13, p. 237.
39. See below, in relation to the Parliamentary Ombudsmen's decision of 10 December 2021, reference number 6744-2020 on automated decision-making by the Migration Authority.
40. Chap 6, 37–38 §§ Local Government Act (2017:725); Legislative bill 2021/22:125, p. 23 et seq.
41. T. Otter Johansson, *Automatiserade beslut i förvaltningen*, in Gregor Noll, *AI, digitaliseringen och rätten, En lärobok*, Studentlitteratur, 2021, p. 110 et seq.
42. Legislative bill 2021/22:125, 36, 28–29.
43. Ibid, p. 29.
44. Ibid, 30. Translation by the author.
45. J. Reichel, *Public Access or Data Protection as a Guiding Principle in the EU's Composite Administration? An Analysis of the ReNEUAL Model Code in the Light of Swedish and European Case law*. In P. Wahlgren (Ed), *50 Years of Law and IT*, Jure, Stockholm, 2018, pp. 285–308.
46. Data Act (1973:289). 2011/12:TU1;
47. Legislative bill 1973:33, Committee report KU1973:19; Written Communication from the Riksdag 1973:131.
48. Chapter 2, 6 § 1 para Freedom of the Press Act. Official translation.
49. Chapter 2, 6 § 2 para Freedom of the Press Act.
50. Chap. 2, 7 § Freedom of the Press Act.
51. Legislative bill 1973:33 p. 141 et seq; Legislative bill 2008/09:150 p. 307 et seq.
52. Translation by author.
53. Swedish Government Inquiry 2018:25, op cite n 6, p. 201.
54. Ibid, p. 184.
55. Ibid, p. 187.
56. Ibid.
57. See further below, Administrative Court of Appeal in Gothenburg, Judgment of the 21 February 2020, case number 6973-19, where secrecy based on the financial interest of the company having developed the automated decision-making platform was not deemed relevant.
58. J. Reichel, *Public Access or Data Protection as a Guiding Principle in the EU's Composite Administration?*, op cit. n 44.

CERIDAP

59. HFD 2022 ref 9.
60. Court of Justice, judgment 7 December 2017, C-189/16 Bogusława Zaniewicz-Dybeck v Pensionsmyndigheten, EU:C:2017:946.
61. HFD 2022 ref 9, para 25.
62. JO 2021/22 s. 340. See further L. Enqvist, M. Naarttijärvi, op cit n 13, p. 231–232.
63. Judgment 27 August 2019, case number 4995-19.
64. Judgment 21 February 2020, case number 6973-19.
65. Decision 30 June 2006, reference numbers 1-2006, 62-2006, 173-2006, 355-2006, 420-2006, 893-2006, 900-2006, 1780-2006.
66. Decision 10 December 2021, reference number 6744-2020.
67. Decision 23 January 2020, reference number 8.5-31394/2018-9.
68. The Swedish Public Employment Service identified the problem of its own accord, and reported it to the relevant supervisory authority, the Unemployment Insurance Inspectorate (IAF), at an inspection. The IAF did not find reasons to investigate the matter further, see decision 2021-04-26, Dnr IAF 2019/90. See further L. Enqvist, M. Naarttijärvi, op cit n 13, p. 218.
69. Ibid.
70. Ibid, p. 237.
71. Proposal for a Regulation of the European parliament and of the council laying down harmonised rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) COM(2021) 206 final.
72. Guidelines on Automated individual decision-making and profiling for the purposes of Regulation 2016/679 (wp251rev.01)
73. See I M Y ' s web page , <https://www.imy.se/publikationer/?query=&selectedPublicationTypes=Legalposition&page=1>.
74. Government Offices, National Pathway for Artificial Intelligence 2018, p. 10 [Nationell inriktning för artificiell intelligens (2018)] (Dnr N2018/03008/FOF).
75. C. Magnusson Sjöberg, *Förvaltningslagen och digitaliseringen*, op cit n 18, 519 *et seq.*
76. H. Wenander, *Public Agencies in International Cooperation under National Legal Frameworks: Legitimacy and Accountability in Internationalised Nordic Public Law*, in M. Grahn-Farley, J. Reichel, M. Zamboni (Eds) *Governing with Public Agencies: The Development of a Global Administrative Space and the Creation of a New Role for Public Agencies*, Stiftelsen skrifter utgivna av Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet, 2022, p. 172, 179.

Automated Decision-Making Systems in German Administrative Law

Jens-Peter Schneider e Franka Enderlein

DOI: 10.13130/2723-9195/2023-1-102

Questo contributo analizza il quadro giuridico tedesco con riguardo ai sistemi decisionali automatizzati. La pubblica amministrazione in Germania utilizza sistemi decisionali automatizzati principalmente per adottare atti amministrativi parzialmente o completamente automatizzati. Di conseguenza, l'analisi si concentra sugli atti amministrativi automatizzati; tuttavia, si discute anche della prima regolamentazione completa in materia di Intelligenza Artificiale emanata da un "Bundesland" tedesco. Il contributo esamina l'argomento da tre diverse prospettive: il quadro legislativo tedesco, la giurisprudenza e il diritto non vincolante in materia di sistemi decisionali automatizzati.

This contribution analyses the German legal framework concerning automated decision-making systems. Public administration in Germany uses automated decision-making systems primarily to adopt partially or fully automated administrative acts. Accordingly, this paper focuses on automated administrative acts, however, it also discusses the first comprehensive regulation of artificial intelligence enacted by a German "Bundesland". The paper approaches the topic from three different perspectives: The German legislative framework, case-law and soft-law concerning automated decision-making systems.

Summary. 1. Introduction; - 2. The German legislative framework concerning automated decision-making systems in public administration; - 2.1. Regulation of administrative acts issued with the help of automatic equipment; - 2.2. Regulation of fully automated administrative acts; - 2.2.1. Legislative variations of confined admission of fully automated decision-making in German administrative law; - 2.2.1.1. § 35a VwVfG; - 2.2.1.2. § 155(4) AO; - 2.2.1.3. § 31a sentence 1 SGB X; -

2.2.2. Procedural guarantees for careful investigation of individual cases; - 2.3. The regulatory gap concerning human decision-making supported by data-driven information technologies; - 2.4. First comprehensive regulation of artificial intelligence at state level; - 2.5. Compliance with the requirements of Art. 22 GDPR?; - 3. Case law concerning automated decision-making systems in public administration; - 4. Soft law concerning automated decision-making systems in public administration; - 5. Conclusions

1. Introduction^[1]

The scope of application of advanced automated decision-making systems in the German administration is still limited although the Federal Administrative Procedure Act of 1976 (Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG)) already provided specific rules for administrative acts issued «*with the help of automatic equipment*» and the legislator integrated in 2017 additional rules for fully automated adoption of administrative acts. However, German authorities are still primarily using algorithms only to support human decision-making, meaning that information is digitally prepared for humans adopting the final decision^[2]. In contrast, fully or partially automated final adoption of administrative acts remains an exception. One example governed by the Federal Administrative Procedure Act concerns traffic lights as their steering of traffic qualifies according to German doctrine as the issuance of administrative acts^[3]. Particularly instructive is the case of social and financial administration. These administrative areas are characterized by a large number of mass procedures, which are especially appropriate for automated decision-making^[4]. In addition, in the context of administrative rulemaking, public administration deploys automated decision-making systems only to an even more limited extent^[5] and the German law does not provide procedural rules in this regard.

This contribution analyses various components of the German legal framework concerning automated decision-making systems: Part 2 examines German statutory law. Part 3 discusses relevant case law and Part 4 highlights the influence of soft law on the development of automated decision-making systems. Finally, Part 5 draws some conclusions about regulatory gaps in German administrative law concerning automated decision-making systems.

2. The German legislative framework concerning automated decision-making systems in public administration

The German legislative framework for automated decision-making systems used by public administration is structured in accordance to the degree of automation of administrative acts. This paper follows this approach and analyses first provisions for administrative acts issued with the help of automatic equipment (→ 2.1.), second those for fully automated administrative acts (→ 2.2.) and thirdly the regulatory gap concerning support of human decision-making by data-driven information technologies (→ 2.3). In a fourth step, the paper examines the first comprehensive regulation of AI in Germany enacted by the state (Bundesland) of Schleswig-Holstein in 2022 (→ 2.4.). The paper then discusses whether the provisions are compatible with Art. 22 GDPR (→ 2.5.).

For a better understanding of the following analysis two general remarks about the structure of codified German administrative procedural law are necessary: Due to the federal system in Germany, the national legal framework is composed of federal and state law. More specifically, in administrative law the Federal Administrative Procedure Act regulates the administrative procedure for public administrative activities of federal authorities (Bundesbehörden), whereas sixteen State Administrative Procedure Acts (Landesverwaltungsverfahrensgesetze (LVwVfGe)) apply for the activities of state and local authorities (Länder- und Kommunalbehörden)^[6]. Following the concept of so-called (vertical) “simultaneous legislation”, the State Administrative Procedure Acts were adopted almost identically to the wording of the Federal Administrative Procedure Act. Therefore, the discussion in this paper on provisions of the Federal Administrative Procedure Act also applies to the corresponding provisions of the State Administrative Procedure Acts. However, some states like for instance Baden-Württemberg consider to introduce innovative rules on automated decision-making into their Administrative Procedure Acts (→ 4.)

Another important feature of the German legal order of automated administrative decision-making is the “Three-Column-Model” of Germany’s codification of administrative procedural law^[7]. According to this legislative concept German administrative procedural law consists not only of the VwVfG but encloses also more or less parallel procedural rules for tax authorities in a

Fiscal Code (Abgabenordnung (AO)) as well as for social security administration in Social Code Book X (Sozialgesetzbuch X (SGB X)). This horizontal “simultaneous legislation” is of particular interest in the field of digital administration as tax and social security procedures are typical examples of mass administration especially suitable for automated decision-making (→ 2.1.; 2.2.1.2.; 2.2.1.3.). Accordingly, the legislative discussion about introducing specific rules for fully automated administrative decision-making into Germany’s codifications of administrative procedural law started in tax law.

2.1. Regulation of administrative acts issued with the help of automatic equipment

As already mentioned (→ 1.) the VwVfG included provisions for administrative acts issued «*with the help of automatic equipment*» («*mit Hilfe automatischer Einrichtungen*») since its enactment in 1976^[8]. These provisions still exist in § 28(2)(No. 4), § 37(5), § 39(2)(No. 3) VwVfG. Administrative acts issued with the help of automatic equipment are characterised by the fact that humans carry out the fact-finding in the administrative procedure, while automatic systems make the final decision, which is usually based on calculations, and issue the administrative act^[9]. Typically, such semi-automated administrative acts are issued in mass proceedings in tax and social security law^[10] based on specific procedural rules for fiscal or social security authorities (§ 91(2)(No. 4), § 119(3)(2), § 121(2)(No. 3) AO and § 33(5)(1), § 35(2)(Nr. 3) SGB X).

These provisions regulate exceptions from certain requirements of communication. In particular, they allow that the authority can dispense a hearing (§ 28(2)(No. 4) VwVfG, § 91(2)(No. 4) AO), certain formal requirements (§ 37(5) VwVfG, § 119(3)(2) AO, § 33(5)(1) SGB X) and the statement of reasons (§ 39(2)(No. 3) VwVfG, § 121(2)(No. 3) AO, § 35(2)(Nr. 3) SGB X) if it issues an administrative act with the help of automated equipment. However, the impact of these exemptions has been limited due to their restrictive application in accordance with constitutional principles^[11]. As these rules focus on exceptions from formal communication rules in order to enable partially automated decision-making and formal issuance of administrative acts based on human fact-finding they are not addressing problems connected with final

human decision-making based on informational input or other support by information technologies. Consequently, the latter variant of semi-automated decision-making is not classified as an issuance of administrative acts with the help of automatic equipment and falls into a remarkable regulatory gap (→ 2.3.). In addition, the mentioned provisions primarily aim to remove legal barriers, instead of actively shaping digital administrative change^[12]. The proactive design of the digital transformation of public administration has only been promoted in national administrative law since 2013 under the paradigm of electronic government, which focuses mainly on electronic communication including electronic files or on single digital gateways and still faces problems concerning its effective implementation in Germany's federated and dispersed administrative structures^[13].

2.2. Regulation of fully automated administrative acts

In contrast to partially automated administrative acts, fully automated administrative acts are adopted in procedures in which all procedural steps including the fact-finding are controlled by automatic systems^[14]. In the case of automated administrative acts, there is an increased risk of exceptional circumstances not being taken into account since automatic systems tend to be based on standardised ideas about reality for reasons of efficiency^[15]. The rules on fully automated administrative acts, therefore, capture two points to ensure that exceptional circumstances are considered in the administrative procedure: Firstly, they confine the admission of fully automated decision-making in German administrative law (→ 2.2.1.). And secondly, procedural rules guarantee the careful investigation of individual cases (→ 2.2.2.)^[16].

2.2.1. Legislative variations of confined admission of fully automated decision-making in German administrative law

Since 2017 fully automated administrative acts are regulated in the Federal Administrative Procedure Act^[17] (→ 2.2.1.1.) as well as in the German Fiscal Code (AO) (→ 2.2.1.2.) and in Social Code Book X (SGB X) (→ 2.2.1.3.). The three provisions were originally intended to pursue the same regulatory purpose

of admitting fully automated decision-making under certain limitations guided by the rule of law and the principle of fair procedure. However, their divergent legislative genesis resulted in three different regulatory approaches^[18]. German administrative law therefore does not have a uniform procedural concept of fully automated decision-making^[19].

2.2.1.1. § 35a VwVfG

In comparison, § 35a VwVfG provides the most restrictive concept for the fully automated issuance of administrative acts. The provision allows such fully automated decision-making only under two conditions: First, the fully automated issuance must be authorised by a separate legal basis. Second, the administrative authority must not have any discretion.

With regard to the first condition, today numerous provisions in German law authorise the issuance of fully automated administrative acts (*e.g.* § 6g(2)(1) StVG, § 22 BattG, § 38a ElektroG, § 3a BRKG, § 51(6) BBhV, § 1(2) ElektroGBattGGebV, § 5 ChemBiozidDV)^[20].

Regarding the second condition, the wording of § 35a VwVfG mentions two concepts of discretionary powers: «*Ermessen*» and «*Beurteilungsspielraum*». According to traditional German doctrine and in contrast to most European legal orders these concepts are rather distinct both with regard to their theoretical background and to their doctrinal – especially constitutional – and practical acceptance^[21]. Both concepts provide margins of appreciation for the administration and reduce the standards of judicial review. “*Ermessen*” concerns the choice between various administrative actions or legal consequences in a legally defined situation and is widely accepted although only within limits under the rule of law like especially the principle of proportionality. In contrast, “*Beurteilungsspielraum*” refers to margins of appreciation with regard to the legal conditions defining situations in which administrative powers apply^[22]. In addition, a “*Beurteilungsspielraum*” is only in rather few cases accepted as the German courts and doctrine follow the idea of usually full judicial reviewability of the interpretation of legal conditions even with regard to rather vague or open terms such as public danger. Consequently, the exclusion of fully automated decision-making in both types of discretionary powers is correctly criticised as

both being too restrictive as well as covering not all cases of complex administrative decision-making^[23]. On one hand side, the exclusion does only cover the rather few cases in which courts accept a “*Beurteilungsspielraum*” but does not apply to the widespread decisions based on the interpretation of other vaguely defined legal conditions. On the other hand, the exclusion of fully automated decision-making in all cases of “*Ermessen*” precludes the implementation of such procedures even in cases in which a discretionary power does not have the potential for intense infringements of subjective rights and the discretion might be adequately exercised by programming the algorithm^[24]. Generally, § 35a VwVfG is not confined to any specific digital technology^[25]. Electronic data processing systems which can include elaborate hardware and software systems as well as simple arithmetic and spreadsheet programmes can issue fully automated administrative acts^[26]. However, the mere use of computers for word processing does not suffice for fully automated administrative acts^[27]. Fully automated administrative acts are closely related to the concept of AI, but first they go far beyond AI and enclose also rather traditional algorithmic decision-making systems. Second, § 35a VwVfG does not cover all administrative uses of AI – for instance if an AI system does only support final human decision-making^[28]. Consequently, the application of § 35a VwVfG is not linked to the highly controversial definition of AI^[29].

2.2.1.2. § 155(4) AO

In tax law § 155(4) AO allows the fiscal authorities to make, correct, revoke, cancel or amend tax assessments on the basis of information available to them and of information provided by the taxpayer exclusively by means of automation. In contrast to § 35a VwVfG, § 155(4) AO allows fully automated procedures directly and avoids the need of a separate legislative authorisation. In addition, the provision entails no explicit exclusion of fully automated decision-making in case of discretion. However, § 155(4) AO confines fully automated decision-making by requiring that there is no reason for the individual case to be handled by public officials. Although this legislative wording itself does not mention discretionary powers, the explanatory memorandum refers to the option provided by § 150(7) AO for tax payers to indicate in specific data fields

that a human handling of the case is required *inter alia* because the tax payer requested a discretionary tax assessment^[30]. Some commentators draw from this reference the conclusion that a fully automated tax assessment is prohibited in all cases of discretion irrespective of such information by tax payers^[31]. Others argue for the general applicability of fully automated decision-making even in case of discretion as long as no concrete reason for a human handling exists^[32].

Another specific and particularly important feature in this regard is the fully automated risk management system provided by § 88(5) AO. The legislator highlights that flagging by this risk management system – which might use AI technologies – gives cause for a human handling of the respective case^[33].

2.2.1.3. § 31a sentence 1 SGB X

For social security law procedures § 31a sentence 1 SGB X follows the model of § 155(4) AO and allows itself the issuance of an administrative act by automatic devices as long as there is no reason for the individual case to be processed by public officials. Like § 155(4) AO, § 31a sentence 1 SGB X does not provide an explicit exception from fully automated decision-making in case of discretion. However, the explanatory memorandum is rather clear in this regard and states that a human handling is mandatory, if the authority has discretion^[34]. In addition, cases and procedures in social security law are usually not as uniform as in tax law^[35]. Therefore, the issuing of an administrative act by automated devices may also be excluded when the authority does not have discretion, but when the application of the legal provision is complex or the fact-finding is difficult^[36].

2.2.2. Procedural guarantees for careful investigation of individual cases

In addition to the varying limitations on the admissibility of fully automated administrative acts as such, the German legislator introduced in 2017 procedural guarantees for careful investigation of individual cases. Again, the concrete solutions vary among the three pillars of administrative procedural law. However, the three codifications serve the common aim to ensure that exceptional circumstances are considered in the administrative procedure even if

the authority uses automatic devices to issue administrative acts. In order to implement this objective, § 24(1) sentence 3 VwVfG and § 31a sentence 2 SGB X state that the authority must take into account factual information of the party concerned that is significant for the individual case and that would not be determined in the automatic procedure. Consequently, the fully automated procedure must be continued as a traditional procedure with human fact-finding in such cases^[37]. Of course, § 24(1) sentence 3 VwVfG and § 31a sentence 2 SGB X only serve as a clarification as the traditional duty of careful investigation also applies to fully automated administrative acts^[38]. Nevertheless, the clarification is important as an explicit safeguard against schematisation that can result from fully automated administrative procedures^[39]. As risks of schematisation arise not only with regard to fully automated administrative acts, but also with regard to partially automated administrative acts, the wording of these provisions – in contrast to the provisions regulating the admissibility of fully automated administrative acts – also covers partially automated procedures^[40].

In tax law § 150(7) AO provides for tax payers the option to request in specific data fields of their tax return a detailed examination of certain factual or legal questions (→ 2.2.1.2.). According to § 155(4) sentence 3 AO such a request gives rise to processing of the case by human public official^[41]. In contrast to § 24 VwVfG and § 31a SGB X the tax provisions according to their wording apply only to fully automated procedures.

2.3. The regulatory gap concerning human decision-making supported by data-driven information technologies

As mentioned already, the existing rules in the Federal Administrative Procedure Act apply only if the automatic equipment takes the final decision (→ 2.1., 2.2.). In contrast, they do not apply if the final decision is made by a human official even if her or his decision is based on significant input from data-driven and automated information technologies, irrespective of the sometimes blurred boundaries between the two categories^[42]. This leaves a remarkable regulatory gap and delegates the decision to deploy such supportive IT-systems to the organisational and procedural discretion of the respective authority limited only by general principles of administrative law^[43].

2.4. First comprehensive regulation of artificial intelligence at state level

In Germany, no federal law regulating AI has been passed so far. However, at state level, the IT-Deployment-Act (IT-Einsatz-Gesetz (ITEG-SH)), which has been in place since 2022, regulates the use of AI by public administration in Schleswig-Holstein. The ITEG-SH is the first (relatively) comprehensive regulation of AI in Germany. However, the law refers only indirectly in specific provisions to the disputed term «*artificial intelligence*»^[44]. Instead, its scope of application is determined by the term «*data-driven information technologies*»^[45] which includes automated processes that independently compare or interpret existing, measured, perceived or combined data from one or more data sources to solve complex tasks and objectives (§ 1(3) ITEG-SH). In addition, § 3(1) no. 1 ITEG-SH defines the term as services and procedures which are deployed for the efficient solution of a specific task or a complex question on the basis of a data set with the help of special systems, such as artificial neural networks and machine learning methods, and evolves without active intervention parameters of decision-making. It is obvious, that this – open – definition extends to AI and is characterised by a comparable ambiguity. In contrast to the provisions in the codifications of administrative procedural law (→ 2.2), the ITEG-SH applies to fully as well as to partially automated procedures (see explicitly § 6(4) ITEG-SH). According to § 2(1) ITEG-SH, public authorities in Schleswig-Holstein may use AI and other data-driven information technologies if they observe the principles enshrined in the ITEG-SH, if no exception in the ITEG-SH applies and if no other law prohibits the use of AI. The principles enshrined in the ITEG-SH, which authorities must observe, are based on proposals developed by the High-Level Expert Group on Artificial Intelligence set up by the European Commission^[46]. These include, for example, respect for the right to informational self-determination as well as for the principles of primacy of human action, human oversight and accountability, transparency, technical robustness and security, non-discrimination or fairness (§ 1(2) ITEG-SH). § 2(2) ITEG-SH lists areas in which the use of AI and other data-driven information technologies is prohibited including, for example, the exercise of direct coercion against the life and physical integrity of natural persons in administrative

enforcement or the issuing of an administrative act in which there is a discretionary power of action.

The ITEG-SH links certain safeguards ensuring the controllability of AI and other data-driven information technologies to levels of automation. § 3(2) ITEG-SH differentiates between mere assistance systems (level 1), delegation with limited human oversight and intervention (level 2) and «*autonomous decisions*», i.e. fully automated decision-making even in unanticipated situations (level 3). Based on the automation level, the authority shall assess the risks and select appropriate technical and organisational measures (§ 5 and § 9 ITEG-SH). The ITEG-SH thus takes a risk-based approach similar to the European Union's AI-Act^[47]. In principle, the risk-based approach is adequate, as it preserves the principle of proportionality and is coherent with data protection law^[48]. However, in contrast to the European Union's AI-Act the ITEG-SH defines the risk of using AI solely in terms of the level of automation. Instead, it would be more appropriate to also take into account the context in which the AI is used^[49]. After all, authorities already use fully automated applications that do not pose major risks to the principles of § 1(2) ITEG-SH (for example chatbots or traffic lights or other more advanced automated traffic management systems). Other applications, such as those for predictive policing, are at this stage not fully automated but do pose major risks for the principles, especially for discrimination^[50].

The ITEG-SH also provides procedural rules for administrative acts which are issued by AI. According to § 6 ITEG-SH, authorities must inform addressees of administrative acts or other decisions if the decision has been partially or completely processed by AI or other data-driven information technologies. On this basis, any person who is subject of an administrative decision issued in a procedure at automation levels 2 (delegation) or 3 (autonomous decision) can request that the decision be reviewed and reprocessed by a human being (§ 12 ITEG-SH).

2.5. Compliance with the requirements of Art. 22 GDPR?

In recent time a debate arose whether the German legislative framework regulating the use of fully and partially automated administrative acts complies

with the requirements of Art. 22(2)(b) GDPR^[51]. Art. 22 GDPR generally prohibits a decision based solely on automated processing^[52]. According to Art. 22(2)(b) GDPR, exception from this general prohibition is possible, but must be *«authorised by Union or Member State law»*, providing *«suitable measures to safeguard the data subject's rights and freedoms and legitimate interests»*. As Recital 71(1)(4) GDPR states, measures have to include *«specific information to the data subject and the right to obtain human intervention, to express his or her point of view, to obtain an explanation of the decision reached after such assessment and to challenge the decision»*. However, as the recitals are not directly binding, the elements mentioned there do not necessarily have to be implemented. Rather, the adequacy of the safeguards as a whole remains decisive^[53]. In addition, § 35a VwVfG, § 155(4) AO and § 31a(1) SGB X must not be assessed isolated, but their context must be taken into account – *inter alia*, the procedural guarantees for the individual case (→ 2.2.2.)^[54]. However, since the German legal framework (VwVfG, AO and SGB X) does not require that the authority issuing automated administrative acts must inform the data subject about this circumstance, nor that the data subject has an explicit right to obtain comprehensive human intervention beyond individual fact-finding, it is rather questionable whether it provides suitable measures within the meaning of Art. 22(2)(b) GDPR^[55].

In contrast, the ITEG-SH regulates the protection of personal data when using AI in a more detailed manner. In particular, the ITEG-SH contains the obligation that the authority has to inform the data subject when using AI (§ 6(3, 4) ITEG-SH) and the right to obtain human intervention (§ 12 ITEG-SH). Therefore, it provides suitable measures to safeguard the data subject's rights and freedoms and legitimate interests and complies with Art. 22 DS-GVO^[56].

3. Case law concerning automated decision-making systems in public administration

German courts have not yet played an active role in the development of automated decision-making systems in public administration. Instead, case law on automated decision-making systems in public administration has mainly dealt with the legality of fully automated administrative acts. In particular, before the introduction of § 35a VwVfG, § 155(4) AO and § 31a(1) SGB X, many courts

dealt with the issue whether fully automated administrative acts are permissible without a specific legal basis. This depends on the question of whether a human decision is required for the “normal” administrative act, regulated by § 35 VwVfG^[57]. Many courts assumed that this is not required if the automatic decision is at least attributable to an authority^[58]. Accordingly, § 155(4) AO and § 31a(1) SGB X would merely be clarifications and the issuance of a fully automated administrative act would have been admissible even before the provisions came into force. In any case, this question no longer arises after § 35a VwVfG, § 155(4) AO and § 31a(1) SGB X have been enacted^[59]. Since 2017, these provisions regulate under which conditions fully automated administrative acts are admissible and clarify that the provisions on “normal” administrative acts apply also to fully automated administrative acts (→ 2.2.1.).

Another line of case law with regard to automated decision-making concerns the transparency of input data. The concrete cases concern access to raw measurement data of speeding cameras and are governed not by general administrative law but by the Act on Regulatory Offences, which is conceptualized as part of criminal law. However, the constitutional principle of fair procedure guiding the judgements is also applicable in general administrative law and the case law is therefore of broader interest^[60]. In a broadly discussed judgement the Constitutional Court of the State of Saarland referred to a judgement of the Federal Constitutional Court regarding requirements for electronic voting in general elections^[61]. It held that speeding cameras must store raw measurement data in order to provide the potential offender the opportunity to access these data^[62]. While it is accepted case law that potential offenders must be granted access to existing raw data – within certain limits – even if these data have not been taken to the file^[63], the judgement of the Constitutional Court of the State of Saarland has been overwhelmingly rejected by other courts although a final clarification by the Federal Constitutional Court is pending^[64]. These courts highlight the differences between the highly sensitive election process governed by very specific constitutional principles and the mass procedures in speeding cases. For the latter the principle of fair procedure does not require access to raw data but merely mechanisms to investigate whether the standardized digital equipment in question complies with the respective legal requirements. Commentators correctly support this reasoning and accept for

standardized algorithmic systems such more systemic control mechanisms. However, they highlight the need to adapt control mechanisms in case of new technological challenges or new insights about risks connected with automated decision-making^[65].

4. Soft law concerning automated decision-making systems in public administration

In 2022, the German government issued a digital strategy to provide an overarching framework for digital policy up to 2025^[66]. This digital strategy is intended to move Germany from the 13th place into the Top 10 of «*The Digital Economy and Society Index (DESI)*»^[67]. The strategy lists various fields of action, one of which is called «*[l]earning, digital state*»^[68]. For a «*[l]earning, digital state*»^[69], the digital strategy particularly calls for public administration to digitally offer administrative services to citizens^[70]. Furthermore, it asks for the use of AI to better evaluate data and use it as a basis for decision-making by humans^[71]. However, it does not contain any measures to make administrative services more efficient through the use of automated decision-making systems.

Various federal states have also developed digital strategies. Baden-Württemberg, for example, has adopted a new digital strategy in 2022. In contrast to the federal strategy, the strategy also encourages the use of AI in public administration in order to make automated decision-making processes more efficient^[72]. Baden-Württemberg's government plans to add an experimentation clause to Baden-Württemberg's State Administrative Procedure Act. According to this clause fully automated administrative acts will be admissible in certain cases in which there is no discretion^[73]. Accordingly, the State Administrative Procedure Act will dispense with the requirement for a legal basis, which is currently required in § 35a LVwVfG Baden-Württemberg and the corresponding federal and states' codifications. Baden-Württemberg's government thereby wants to explore further options for issuing fully automated administrative acts^[74].

5. Conclusions

This paper shows that German administrative law regulates only the partially or fully automated issuance of administrative acts (→ 2.1.; 2.2.) but leaves a

remarkable regulatory gap concerning the automated support of human decision-making (→ 2.3.). The national legal framework has so far been rather restrictive in regulating the admissibility of fully automated administrative acts. However, such a restriction is not required under constitutional law. On the contrary, under the German constitution, public authorities could also issue fully automated administrative acts if they had discretion^[75]. As Baden-Württemberg's digital strategy shows, governments will examine the admissibility of fully automated administrative acts in further areas in the future (→ 4.).

Germany leaves the regulation of AI largely to the European Union and the EU's AI Act. No federal law regulating AI comprehensively has been passed so far. However, in Schleswig-Holstein the ITEG-SH regulates the use of AI in public administration since 2022. It remains to be seen, whether and how the European Union's AI Act threatens to collide with the ITEG-SH in the future^[76].

Future legislation on automated decision-making by public authorities should address especially the following two issues. First, as developed earlier the current legislative framework is too rigid and inflexible (→ 2.2.1.1., 2.3.). More adequate would be a framework providing for a transparent assessment of potential benefits and risks of the deployment of concrete automated decision-making systems for specified administrative tasks and objectives. The assessment should generally be carried out before the system is finally deployed and repeated in case of new information as well as after predefined periods^[77]. A second important issue not yet addressed by the legislator are principles about the admissibility of correlational arguments as reasons for administrative decisions. Literature indicates that traditional doctrine accepts predominantly causal arguments^[78]. Although, this analysis is not beyond doubt, taking into account the acceptance of concepts like practical knowledge often lacking consolidated causal evidence^[79], it sheds light on an important often ignored aspect of administrative decision making. Connected with this aspect is the debate about the acceptance of unavoidable errors of algorithmic decision-making in complex situations^[80].

1. Jens-Peter Schneider is director of and Franka Enderlein is a research assistant at the public law department of the Institute for Media and Information Law at the University of Freiburg. Research on this paper is supported by the NORFACE Joint Research programme on Democratic Governance in Turbulent Ages and co-funded by AEI, AKA, DFG, FNR and the European Commission through Horizon 2020 under the Grant

CERIDAP

- Agreement No 822166 and the research project PCI2020-112207 / AEI / 10.13039/501100011033.
2. Bundestags-Drucksache 19/605, 5–20; Bundestags-Drucksache 19/1982, 12–14; A. Guckelberger, *Öffentliche Verwaltung im Zeitalter der Digitalisierung*, Nomos, Baden-Baden, 2019, para. 115.
 3. U. Stelkens, § 35a *VwVfG*, in P. Stelkens, H. J. Bonk, M. Sachs (edited by), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, C.H. Beck, München, 2023, para. 22; G. Britz, M. Eifert, § 26 *Digitale Verwaltung*, in A. Voßkuhle, M. Eifert, C. Möllers (edited by), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, C.H. Beck, München, 2022, para. 92.
 4. G. Britz, M. Eifert, § 26 *Digitale Verwaltung*, in A. Voßkuhle, M. Eifert, C. Möllers (edited by), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, C.H. Beck, München, 2022, para. 92; A. Guckelberger, *Automatisierte Verwaltungsentscheidungen: Stand und Perspektiven*, in *DÖV*, 2021, 566, 570; A. Pilniok, *Administratives Entscheiden mit Künstlicher Intelligenz: Anwendungsfelder, Rechtsfragen und Regelungsbedarfe*, in *JZ*, 2022, 1021, 1025.
 5. Bundestags-Drucksache 19/605, 5–20; Bundestags-Drucksache 19/1982, 12–14.
 6. J.-P. Schneider, *Chapter 10. Germany*, in J.-B. Auby (edited by), *Codification of administrative procedure*, Bruylant, Bruxelles, 2014, 203, 207–208; F. Schoch, *Einleitung*, in F. Schoch, J.-P. Schneider (edited by), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, C.H. Beck, München, 2022, paras. 279–285.
 7. J.-P. Schneider, *Chapter 10. Germany*, in J.-B. Auby (edited by), *Codification of administrative procedure*, Bruylant, Bruxelles, 2014, 203, 213; F. Schoch, *Einleitung*, in F. Schoch, J.-P. Schneider (edited by), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, C.H. Beck, München, 2022, paras. 290–294.
 8. These provisions have already been part of the 1973 draft Bundestags-Drucksache 7/910; see also A.-B. Kaiser, *Die Kommunikation der Verwaltung*, Nomos, Baden-Baden, 2009, 132–133; G. Britz, M. Eifert, § 26 *Digitale Verwaltung*, in A. Voßkuhle, M. Eifert, C. Möllers (edited by), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, C.H. Beck, München, 2022, para. 12.
 9. G. Britz, M. Eifert, § 26 *Digitale Verwaltung*, in A. Voßkuhle, M. Eifert, C. Möllers (edited by), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, C.H. Beck, München, 2022, para. 86; U. Stelkens, § 35a *VwVfG*, in P. Stelkens, H. J. Bonk, M. Sachs (edited by), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, C.H. Beck, München, 2023, para. 20.
 10. G. Britz, M. Eifert, § 26 *Digitale Verwaltung*, in A. Voßkuhle, M. Eifert, C. Möllers (edited by), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, C.H. Beck, München, 2022, para. 86.
 11. For a – critical – overview of the respective doctrinal discussion M. Eifert, *Electronic Government*, Nomos, Baden-Baden, 2006, 122–141; see also J.-P. Schneider, § 28 *VwVfG*, in F. Schoch, J.-P. Schneider (edited by), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, C.H. Beck, München, 2022, para. 74.
 12. G. Britz, M. Eifert, § 26 *Digitale Verwaltung*, in A. Voßkuhle, M. Eifert, C. Möllers (edited by), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, C.H. Beck, München, 2022, paras. 12–13;

- A.-B. Kaiser, *Die Kommunikation der Verwaltung*, Nomos, Baden-Baden, 2009, 132–133.
13. G. Britz, M. Eifert, § 26 *Digitale Verwaltung*, in A. Voßkuhle, M. Eifert, C. Möllers (edited by), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, C.H. Beck, München, 2022, paras. 13, 6–7.
 14. G. Britz, M. Eifert, § 26 *Digitale Verwaltung*, in A. Voßkuhle, M. Eifert, C. Möllers (edited by), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, C.H. Beck, München, 2022, para. 86; U. Stelkens, § 35a *VwVfG*, in P. Stelkens, H. J. Bonk, M. Sachs (edited by), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, C.H. Beck, München, 2023, paras. 21–22, noting the need to exclude fully automated decision-making without relevant fact-finding like traffic lights or adaptive traffic regulation systems from the scope of application of the new provision in order to avoid transitional problems until the needed specific legislative bases for these systems are enacted; A. Guckelberger, *Öffentliche Verwaltung im Zeitalter der Digitalisierung*, Nomos, Baden-Baden, 2019, para. 80, emphasizes, however, that the specific legislative bases are already enacted.
 15. G. Britz, M. Eifert, § 26 *Digitale Verwaltung*, in A. Voßkuhle, M. Eifert, C. Möllers (edited by), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, C.H. Beck, München, 2022, paras. 33, 108; J.-P. Schneider, § 28 *VwVfG*, in F. Schoch, J.-P. Schneider (edited by), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, C.H. Beck, München, 2022, para. 133; T. Siegel, *Automatisierung des Verwaltungsverfahrens – zugleich eine Anmerkung zu §§ 35a, 24 I 3, 41 IIa VwVfG –*, in *DVBl*, 2017, 24, 27; A. Berger, *Der automatisierte Verwaltungsakt*, in *NVwZ*, 2018, 1260, 1262–1263.
 16. G. Britz, M. Eifert, § 26 *Digitale Verwaltung*, in A. Voßkuhle, M. Eifert, C. Möllers (edited by), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, C.H. Beck, München, 2022, para. 90.
 17. According to the concept of vertical “simultaneous legislation” (→ 2.) similar provisions were included into the State Administrative Procedure Acts.
 18. G. Britz, M. Eifert, § 26 *Digitale Verwaltung*, in A. Voßkuhle, M. Eifert, C. Möllers (edited by), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, C.H. Beck, München, 2022, para. 90.
 19. A. Berger, *Der automatisierte Verwaltungsakt*, in *NVwZ*, 2018, 1260, 1261.
 20. G. Hornung, § 35a *VwVfG*, in F. Schoch, J.-P. Schneider (edited by), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, C.H. Beck, München, 2022, paras. 82–88.
 21. For an extensive account of these two concepts see M.-E. Geis, § 40 *VwVfG*, in F. Schoch, J.-P. Schneider (edited by), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, C.H. Beck, München, 2022, paras. 18–36, 49; 125–170; see also P. Craig, *EU Administrative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2018, 440; N. Marsch, V. Tümsmeyer, *The Principle of Proportionality in German Administrative Law*, in S. Ranchordás, B. de Waard (edited by), *The judge and the proportionate use of discretion*, Routledge, Abingdon, New York, 2015, 13, 19–20.
 22. Compare P. Craig, *EU Administrative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2018, 440 using the term «*jurisdictional discretion*».
 23. A. Guckelberger, *E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?*, in *VVDStRL*, 2019, 235, 265–266; A. Guckelberger, *Öffentliche*

- Verwaltung im Zeitalter der Digitalisierung*, Nomos, Baden-Baden, 2019, para. 81; A. Pilniok, *Administratives Entscheiden mit Künstlicher Intelligenz: Anwendungsfelder, Rechtsfragen und Regelungsbedarfe*, in *JZ*, 2022, 1021, 1030.
24. G. Britz, M. Eifert, § 26 *Digitale Verwaltung*, in A. Voßkuhle, M. Eifert, C. Möllers (edited by), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, C.H. Beck, München, 2022, paras. 101–102 giving the example of issuing parking licences for residents of a defined neighbourhood.
 25. G. Hornung, § 35a *VwVfG*, in F. Schoch, J.-P. Schneider (edited by), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, C.H. Beck, München, 2022, para. 65; A. Pautsch, § 35a *VwVfG*, in A. Pautsch, L. Hoffmann (edited by), *VwVfG*, Erich Schmidt Verlag, Berlin, 2021, para. 3.
 26. G. Hornung, § 35a *VwVfG*, in F. Schoch, J.-P. Schneider (edited by), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, C.H. Beck, München, 2022, para. 65.
 27. J.-P. Schneider, § 28 *VwVfG*, in F. Schoch, J.-P. Schneider (edited by), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, C.H. Beck, München, 2022, para. 74; D. Kallerhoff, T. Mayen, § 28 *VwVfG*, in P. Stelkens, H. J. Bonk, M. Sachs (edited by), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, C.H. Beck, München, 2023, para. 62; U. Stelkens, § 35a *VwVfG*, in P. Stelkens, H. J. Bonk, M. Sachs (edited by), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, C.H. Beck, München, 2023, para. 17.
 28. G. Hornung, § 35a *VwVfG*, in F. Schoch, J.-P. Schneider (edited by), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, C.H. Beck, München, 2022, para. 27; A. Pilniok, *Administratives Entscheiden mit Künstlicher Intelligenz: Anwendungsfelder, Rechtsfragen und Regelungsbedarfe*, in *JZ*, 2022, 1021, 1029–1030.
 29. For the debate about the concept of AI see M. Herberger, „Künstliche Intelligenz“ und *Recht – Ein Orientierungsversuch –*, in *NJW*, 2018, 2825, 2826; L. Guggenberger, *Einsatz künstlicher Intelligenz in der Verwaltung*, in *NVwZ*, 2019, 844, 845; A. Guckelberger, *Öffentliche Verwaltung im Zeitalter der Digitalisierung*, Nomos, Baden-Baden, 2019, para. 107; S. Legg, M. Hutter, *Universal Intelligence: A Definition of Machine Intelligence*, in *Minds and Machines*, 2007, 391.
 30. Bundestags-Drucksache 18/7457, 83.
 31. N. Braun Binder, *Vollständig automatisierter Erlass eines Verwaltungsaktes und Bekanntgabe über Behördenportale*, in *DÖV*, 2016, 891, 893; G. Hornung, § 35a *VwVfG*, in F. Schoch, J.-P. Schneider (edited by), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, C.H. Beck, München, 2022, paras. 99–100.
 32. See for this debate R. Rüsken, § 155 *AO*, in F. Klein, *Abgabenordnung*, C.H. Beck, München, 2022, para. 87.
 33. Bundestags-Drucksache 18/7457, 82.
 34. Bundestags-Drucksache 18/8434, 121; G. Britz, M. Eifert, § 26 *Digitale Verwaltung*, in A. Voßkuhle, M. Eifert, C. Möllers (edited by), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, C.H. Beck, München, 2022, para. 90.
 35. G. Hornung, § 35a *VwVfG*, in F. Schoch, J.-P. Schneider (edited by),

CERIDAP

- Verwaltungsverfahrensgesetz*, C.H. Beck, München, 2022, para. 103.
36. B. Mutschler, § 31a SGB X, in A. Körner, M. Krasney, B. Mutschler, C. Rolf, *BeckOGK SGB*, C.H. Beck, München, 2022, para. 10; G. Hornung, § 35a VwVfG, in F. Schoch, J.-P. Schneider (edited by), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, C.H. Beck, München, 2022, para. 103.
 37. G. Britz, M. Eifert, § 26 *Digitale Verwaltung*, in A. Voßkuhle, M. Eifert, C. Möllers (edited by), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, C.H. Beck, München, 2022, para. 90.
 38. J.-P. Schneider, § 24 VwVfG, in F. Schoch, J.-P. Schneider (edited by), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, C.H. Beck, München, 2022, para. 133; see also generally N. Braun Binder, *Vollständig automatisierter Erlass eines Verwaltungsaktes und Bekanntgabe über Behördenportale*, in *DÖV*, 2016, 891, 892.
 39. J.-P. Schneider, § 24 VwVfG, in F. Schoch, J.-P. Schneider (edited by), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, C.H. Beck, München, 2022, para. 133; A. Guckelberger, *Automatisierte Verwaltungsentscheidungen: Stand und Perspektiven*, in *DÖV*, 2021, 566, 573.
 40. Arguing this only for § 24 VwVfG J.-P. Schneider, § 24 VwVfG, in F. Schoch, J.-P. Schneider (edited by), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, C.H. Beck, München, 2022, para. 133; D. Kallerhoff, F. Fellenberg, § 24 VwVfG, in P. Stelkens, H. J. Bonk, M. Sachs (edited by), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, C.H. Beck, München, 2023, § 24 para. 57b.
 41. Bundestags-Drucksache 18/7457, 83.
 42. A. Pilniok, *Administratives Entscheiden mit Künstlicher Intelligenz: Anwendungsfelder, Rechtsfragen und Regelungsbedarfe*, in *JZ*, 2022, 1021, 1030.
 43. Compare A. Pilniok, *Administratives Entscheiden mit Künstlicher Intelligenz: Anwendungsfelder, Rechtsfragen und Regelungsbedarfe*, in *JZ*, 2022, 1021, 1030; G. Britz, M. Eifert, § 26 *Digitale Verwaltung*, in A. Voßkuhle, M. Eifert, C. Möllers (edited by), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, C.H. Beck, München, 2022, paras. 87, 93-94, 102.
 44. §§ 3(1) no. 1; 6(4) no. 3; 11(2); 12 ITEG-SH.
 45. See ITEG-SH.
 46. R. Kreyßing, *Digitalisierungsgesetz Schleswig-Holstein*, in *juris PraxisReport IT-Recht*, 25/2021, Anm. 2, 3; see also High-Level Expert Group on Artificial Intelligence, *Ethics Guidelines for Trustworthy AI*, Brüssel, 2019.
 47. European Commission, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts of 21 April 2021, COM(2021) 206 final, 2021/0106 (COD).
 48. G. Britz, M. Eifert, § 26 *Digitale Verwaltung*, in A. Voßkuhle, M. Eifert, C. Möllers (edited by), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, C.H. Beck, München, 2022, para. 98.
 49. F. Müller, A. Keiner, F. Schädlich, L. Völzmann, R. Peter, S. Schrör, Z. Efroni, S. Schimmler, P. v. Hagen, *Stellungnahme zum Entwurf des Digitalisierungsgesetzes der Landesregierung Schleswig-Holstein, Drucksache 19/3267*, Berlin, 2021, 19; see also G. Britz, M. Eifert, § 26 *Digitale Verwaltung*, in A. Voßkuhle, M. Eifert, C. Möllers (edited

- by), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, C.H. Beck, München, 2022, para. 102.
50. A. Selbst, *Disparate Impact in Big Data Policing*, in *Georgia Law Review*, 2017, 109, 119–123; A. Guckelberger, *Öffentliche Verwaltung im Zeitalter der Digitalisierung*, Nomos, Baden-Baden, 2019, para. 98.
 51. Concerning similar discussions concerning Swedish law J. Reichel, *Regulating automation of Swedish administration*, in *CERIDAP*, 1, 2023.
 52. On the application of Art. 22 GDPR to partially automated administrative acts in the meaning of the German VwVfG see G. Britz, M. Eifert, § 26 *Digitale Verwaltung*, in A. Voßkuhle, M. Eifert, C. Möllers (edited by), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, C.H. Beck, München, 2022, para. 91.
 53. G. Britz, M. Eifert, § 26 *Digitale Verwaltung*, in A. Voßkuhle, M. Eifert, C. Möllers (edited by), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, C.H. Beck, München, 2022, para. 91.
 54. M. Martini, D. Nink, *Wenn Maschinen entscheiden ... – vollautomatisierte Verwaltungsverfahren und der Persönlichkeitsschutz*, in *NVwZ-Extra*, 10/2017, 1, 8; G. Britz, M. Eifert, § 26 *Digitale Verwaltung*, in A. Voßkuhle, M. Eifert, C. Möllers (edited by), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, C.H. Beck, München, 2022, para. 91.
 55. G. Hornung, § 35a *VwVfG*, in F. Schoch, J.-P. Schneider (edited by), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, C.H. Beck, München, 2022, paras. 20–24; G. Britz, M. Eifert, § 26 *Digitale Verwaltung*, in A. Voßkuhle, M. Eifert, C. Möllers (edited by), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, C.H. Beck, München, 2022, para. 91; M. Martini, D. Nink, *Wenn Maschinen entscheiden ... – vollautomatisierte Verwaltungsverfahren und der Persönlichkeitsschutz*, in *NVwZ-Extra*, 10/2017, 1, 8.
 56. G. Hornung, § 35a *VwVfG*, in F. Schoch, J.-P. Schneider (edited by), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, C.H. Beck, München, 2022, para. 53.
 57. G. Hornung, § 35a *VwVfG*, in F. Schoch, J.-P. Schneider (edited by), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, C.H. Beck, München, 2022, para. 75; M. Eifert, *Electronic Government*, Nomos, Baden-Baden, 2006, 127–128.
 58. OVG NRW, decision 9 September 2021, 2 B 1276/21, paras. 33–34; OVG NRW, decision 10 December 2021, 2 A 51/21, paras. 9–10; VG Frankfurt (Oder), judgment 9 September 2020, VG 3 K 616/17, paras. 19–20; VG Bremen, judgement 15 January 2021, 2 K 362/18, paras. 13–17.
 59. A. Guckelberger, *Öffentliche Verwaltung im Zeitalter der Digitalisierung*, Nomos, Baden-Baden, 2019, para. 80; G. Hornung, § 35a *VwVfG*, in F. Schoch, J.-P. Schneider (edited by), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, C.H. Beck, München, 2022, para. 76.
 60. G. Britz, M. Eifert, § 26 *Digitale Verwaltung*, in A. Voßkuhle, M. Eifert, C. Möllers (edited by), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, C.H. Beck, München, 2022, para. 117; T. Wischmeyer, O. Schumacher, *Grundsatz des fairen Verfahrens – nicht gespeicherte Messdaten*, in *RDi*, 2020, 61, 62–63.
 61. Bundesverfassungsgericht, judgement 28 October 2008, BVerfGE 123, 39, 71–77.
 62. SaarlVerfGH, judgement 5 July 2019, Lv 7/17; concurring OLG Saarbrücken, decision 2 November 2021, SsBs 100/2021 (68/21 OWi) with note by H. Niehaus, in *DAR*, 2022,

43–44.

63. Bundesverfassungsgericht (Chamber), decision 12 November 2020, 2 BvR 1616/18.
64. See for example VerfGH Rh.-Pf., decision 22 July 202, VGH B 30/21; OLG Hamm, decision 25 November 2019, 3 RBs 307/19; OLG Düsseldorf, decision 10 March 2020, 2 RBs 30/20; OLG Düsseldorf, decision 31 October 2022, IV-2 RBs 155/22.
65. G. Britz, M. Eifert, § 26 *Digitale Verwaltung*, in A. Voßkuhle, M. Eifert, C. Möllers (edited by), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, C.H. Beck, München, 2022, para. 117; T. Wischmeyer, O. Schumacher, *Grundsatz des fairen Verfahrens – nicht gespeicherte Messdaten*, in *RDi*, 2020, 61, 62–63.
66. Bundesregierung, *Digitalstrategie*, 2022.
67. European Commission, *Digital Economy and Society Index (DESI)*, 2022.
68. Bundesregierung, *Digitalstrategie*, 2022, 3.
69. Bundesregierung, *Digitalstrategie*, 2022, 9–10.
70. Bundesregierung, *Digitalstrategie*, 2022, 9.
71. Bundesregierung, *Digitalstrategie*, 2022, 9–10.
72. Landesregierung Baden-Württemberg, *digitalLÄND*, 2022, 74.
73. Landesregierung Baden-Württemberg, *digitalLÄND*, 2022, 74.
74. Landesregierung Baden-Württemberg, *digitalLÄND*, 2022, 74.
75. G. Britz, M. Eifert, § 26 *Digitale Verwaltung*, in A. Voßkuhle, M. Eifert, C. Möllers (edited by), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, C.H. Beck, München, 2022, para. 34; M. Eifert, *Electronic Government*, Nomos, Baden-Baden, 2006, 127–129.
76. F. Müller, A. Keiner, F. Schädlich, L. Völzmann, R. Peter, S. Schrör, Z. Efroni, S. Schimmler, P. v. Hagen, *Stellungnahme zum Entwurf des Digitalisierungsgesetzes der Landesregierung Schleswig-Holstein*, Drucksache 19/3267, Berlin, 2021, 16.
77. For a draft framework see European Law Institute, *Model Rules on Impact Assessment of Algorithmic Decision-Making Systems Used by Public Administration*, Wien, 2022; see also G. Britz, M. Eifert, § 26 *Digitale Verwaltung*, in A. Voßkuhle, M. Eifert, C. Möllers (edited by), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, C.H. Beck, München, 2022, paras. 46–48, 104, 112; J. Dollinger, *Folgenabschätzungen für algorithmische Systeme in der Verwaltung*, *Dissertation*, Freiburg im Breisgau, 2023 (forthcoming).
78. G. Britz, M. Eifert, § 26 *Digitale Verwaltung*, in A. Voßkuhle, M. Eifert, C. Möllers (edited by), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, C.H. Beck, München, 2022, para. 118.
79. See J.-P. Schneider, § 24 *VwVfG*, in F. Schoch, J.-P. Schneider (edited by), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, C.H. Beck, München, 2022, paras. 27–28.
80. See with regard to the specific problem of automated content moderation by digital platforms J.-P. Schneider, *Plattformregulierung als Baustein der europäischen KI-Governance*, in M. Ruffert (edited by), *Die Regulierung digitaler Plattformen*, Nomos, Baden-Baden, 2023 (forthcoming).

Trasparenza e libertà d'informazione: il caso dell'Austria

Esther Happacher

DOI: 10.13130/2723-9195/2023-1-99

Nel 2025 il segreto d'ufficio austriaco, sancito dall'articolo 20, comma 3, della Costituzione federale (B-VG) e quindi di rango costituzionale, celebrerà il suo centenario. Dal 1987, affiancato dall'obbligo di informazione di cui all'articolo 20, comma 4, B-VG, garantisce la tutela delle informazioni acquisite dalla Pubblica amministrazione nella comunicazione con i cittadini. Nell'ottica di un'amministrazione trasparente, dall'inizio del millennio sono stati compiuti diversi tentativi per sostituire il segreto d'ufficio con la libertà d'informazione, al fine di realizzare uno "Stato trasparente". Tuttavia, nonostante l'elevato grado di digitalizzazione dell'amministrazione austriaca, la strada per raggiungere questo obiettivo è ancora lunga.

Transparency and freedom of information: the case of Austria

In 2025, the obligation for Austrian public officials to maintain confidentiality about all facts of which they have obtained knowledge exclusively from their official activity, enshrined in Article 20 (3) of the Federal Constitutional Law (B-VG) and thus of constitutional status, will celebrate its centenary. Since 1987, flanked by an obligation to impart information pursuant to Article 20 (4) B-VG, it guarantees the protection of information acquired by the public administration when communicating with citizens. With a view to a transparent administration, several attempts have been made since the beginning of the millennium to replace official secrecy with freedom of information in order to achieve a "transparent state". However, despite the high degree of digitalization of the Austrian public administration, the path to this goal remains still challenging.

Sommario. 1. Considerazioni introduttive; - 2. Il silenzio d'ufficio come regola; 3. Un'apertura verso la trasparenza: l'obbligo di fornire informazioni; - 4. Verso la

trasparenza tramite uno «Stato di vetro»; - 5. Riflessioni conclusive

1. Considerazioni introduttive

Nell'esercizio delle proprie funzioni la Pubblica amministrazione acquisisce un'enorme mole di informazioni, di natura e dai contenuti tra loro diversissimi, e che richiedono di frequente cautele nel relativo uso e diffusione^[1]. Questa segretezza in parte "intrinseca" all'ambito proprio dell'attività amministrativa si pone però in tensione con il necessario controllo della Pubblica amministrazione da parte dei cittadini, che rappresenta a sua volta un elemento centrale in uno Stato democratico. Infatti, la trasparenza dell'azione amministrativa, finanziata con il denaro del contribuente, e l'accesso alle informazioni sulle attività della Pubblica amministrazione anche da parte del singolo, costituiscono nella percezione odierna un elemento portante dello Stato di diritto.

In questo contesto, l'approccio austriaco al trattamento delle informazioni da parte della Pubblica amministrazione può essere definito affatto come particolare^[2]. Infatti, tale ordinamento è caratterizzato da un segreto d'ufficio disciplinato a livello costituzionale. Già nel 1925 la Costituzione federale austriaca (*B-VG*) prevedeva, caso più unico che raro, all'articolo 20, comma 3, *B-VG*^[3], l'obbligo di tutti gli organi amministrativi federali, dei *Länder* e comunali di mantenere riservati tutti i fatti di cui essi venivano a conoscenza nell'ambito della loro attività autoritativa, concretizzando dunque l'obbligo ad un «*silenzio d'ufficio*»^[4].

Nel sottolineare che l'Austria è l'unico paese europeo in cui il segreto d'ufficio gode di rango costituzionale, la dottrina evidenzia la conseguente scarsa trasparenza dell'attività della Pubblica amministrazione e l'accesso carente alle informazioni sull'attività amministrativa^[5]. Si dimentica, però, che già nel 1987 il segreto d'ufficio è stato affiancato da un diritto all'informazione ancorato anch'esso a livello costituzionale, all'articolo 20, comma 4, *B-VG*, mentre il suo ambito di applicazione è stato ristretto da un'elencazione tassativa degli interessi pubblici che possono giustificarlo^[6].

2. Il silenzio d'ufficio come regola

Nella sua formulazione originaria, il comma terzo dell'articolo 20 *B-VG*^[7]

sottoponeva a riservatezza ogni fatto o informazione acquisiti dalla Pubblica amministrazione nell'esercizio delle proprie funzioni, da tutelare nell'interesse di un ente pubblico territoriale o anche di un privato. Si determinava in tal modo un ambito di applicazione molto ampio dell'obbligo di mantenere il silenzio degli organi amministrativi. L'articolo 20, comma 3, *B-VG*, poneva dunque il silenzio o la riservatezza come regola generale e l'informazione come un atto volontario della pubblica amministrazione^[9].

A partire dagli anni '80 del secolo scorso il dibattito pubblico si è indirizzato con sempre maggiore insistenza verso un'attività amministrativa più trasparente da cui è scaturita, nel 1987, una novella costituzionale in materia^[9]. La novella ha introdotto un elenco tassativo di interessi pubblici che possono giustificare il silenzio d'ufficio. Inoltre, ha integrato l'articolo 20 *B-VG* con un quarto comma, affiancando all'obbligo di riservatezza il dovere della pubblica amministrazione di fornire informazioni.

Il disposto costituzionale novellato prevede che il segreto d'ufficio possa operare nell'interesse del mantenimento dell'ordine e della sicurezza pubblica, della difesa nazionale e delle relazioni estere, dell'interesse economico di un ente pubblico, nonché dell'attività preparatoria di una decisione della Pubblica amministrazione. Ma il segreto d'ufficio opera anche nei casi in cui la riservatezza corrisponde a un interesse preponderante delle parti private coinvolte, per esempio per tutelare un segreto commerciale.

Il silenzio d'ufficio si applica, salvo che la legge non disponga diversamente^[10]. Uno di questi casi è disciplinato al § 17, comma 1, della Legge generale sul procedimento amministrativo^[11], che attribuisce (esclusivamente) alle parti di un procedimento amministrativo un diritto di accesso agli atti^[12] che in via approssimativa corrisponde al diritto di accesso previsto in Italia dalla l. n. 241/1990. Questo accesso può essere limitato se l'informazione comporta un danno a interessi (giuridici e non) di una delle parti del procedimento o di terzi (per esempio interessi di natura economica)^[13] o mette a repentaglio l'attività amministrativa oppure lo scopo del procedimento (per esempio nel caso di informazioni suscettibili di compromettere un processo penale)^[14].

L'obbligo di mantenere il silenzio d'ufficio riguarda sia l'esercizio di poteri pubblici sia l'attività posta in essere con gli strumenti di diritto privato (la cd. *Privatwirtschaftsverwaltung*)^[15] e copre una moltitudine di informazioni che

possono essere contenute per esempio in documenti o in esternazioni orali o anche solo intenzioni desunte da colloqui^[16]. Dalla norma costituzionale non deriva, però, un diritto dei soggetti interessati al mantenimento della riservatezza, ma solo un obbligo per l'amministrazione^[17].

3. Un'apertura verso la trasparenza: l'obbligo di fornire informazioni

Oltre a limitare il segreto d'ufficio, la novella costituzionale del 1987 ha introdotto all'articolo 20 *B-VG* il menzionato comma 4. Esso impone a tutti gli organi dell'amministrazione federale, dei *Länder* e comunale, nonché di altri enti pubblici, di fornire informazioni su questioni di loro competenza. L'obiettivo della disciplina è di definire l'obbligo di informazione come regola e l'obbligo al silenzio d'ufficio come eccezione.

La Corte costituzionale ha statuito che l'obbligo di informazione non fosse qualificabile come un diritto soggettivo, alla stregua del diritto di accesso agli atti di cui al § 17 AVG, desumendo invece dall'articolo 20, comma 4, *B-VG*, un obbligo per il legislatore di disciplinare tale diritto soggettivo^[18]. Il riparto delle competenze tra la Federazione e *Länder* in materia di legislazione attuativa è alquanto complesso, in quanto l'originaria intenzione di affidare tale disciplina unicamente alla Federazione per garantirne l'uniformità è sfociata in un compromesso in senso federalista^[19] che attribuisce al legislatore federale la disciplina di dettaglio della normativa destinata agli organi federali e all'amministrazione federale, nonché la legislazione di principio nei confronti dei *Länder*. A loro volta, i *Länder* hanno il potere di legiferare nei confronti dei propri organi e degli organi comunali nonché dell'amministrazione dei *Länder*.

In attuazione del comma 4 dell'articolo 20 *B-VG*, nel 1987 sono state promulgate la legge federale sull'obbligo di informazione^[20] degli organi federali e la legge quadro sull'obbligo di informazione^[21], nonché le rispettive leggi a livello dei *Länder*^[22] che non si discostano nella sostanza dal modello federale^[23]. In particolare, la legge federale prevede un termine di otto settimane^[24] entro il quale l'obbligo di informazione deve essere osservato e l'informazione richiesta fornita dalla Pubblica amministrazione, a meno che non vi si contrapponga un obbligo alla riservatezza^[25]. Inoltre, le informazioni devono essere fornite solo nella misura

in cui non pregiudichino in modo sostanziale lo svolgimento degli altri compiti dell'amministrazione^[26]. Di conseguenza, la pubblica amministrazione deve procedere a una valutazione degli interessi coinvolti e non esiste un obbligo assoluto di fornire le informazioni, a cui sia correlato un diritto illimitato all'informazione^[27]. Nel caso in cui la Pubblica amministrazione si rifiuti di mettere a disposizione le informazioni richieste, l'interessato può richiedere il rilascio di un provvedimento amministrativo di diniego^[28], impugnabile dinanzi ai tribunali amministrativi dei *Länder* o al tribunale amministrativo federale, secondo l'articolo 130, comma 1, *B-VG*^[29]. A loro volta, le decisioni dei tribunali amministrativi possono essere impuginate dinanzi alla Corte amministrativa (*Verwaltungsgerichtshof*, articolo 113, comma 1, n. 1, *B-VG*) oppure dinanzi alla Corte costituzionale (*Verfassungsgerichtshof*, articolo 114, comma 1, *B-VG*)^[30].

Va sottolineato che, accanto al diritto all'informazione appena delineato, l'ordinamento austriaco conosce altre ipotesi di diritto all'informazione, in particolare in attuazione di obblighi europei e internazionali^[31], per esempio in materia ambientale^[32]. Altri impulsi che hanno contribuito all'apertura dell'ordinamento verso una maggiore trasparenza dei pubblici poteri e dunque verso la libertà di informazione sono riconducibili alla giurisprudenza della Corte EDU sull'articolo 10 CEDU (libertà di espressione), in quanto la CEDU ha rango costituzionale nell'ordinamento austriaco^[33].

Mentre l'elenco tassativo degli interessi pubblici a cui si richiama l'obbligo di mantenere il segreto d'ufficio impedisce al legislatore di allargarne l'ambito di applicazione, nell'ambito della disciplina attuativa dell'articolo 20, comma 4, *B-VG*, il legislatore può ampliare i casi di accesso alle informazioni detenute dalla Pubblica amministrazione. Va comunque ricordato che la trasparenza, inerente all'obbligo della Pubblica amministrazione di informare i cittadini, si pone in naturale tensione con il diritto alla tutela della privacy, materia in cui l'ordinamento austriaco vanta una normativa sin dagli anni '70 del secolo scorso^[34].

4. Verso la trasparenza tramite uno «Stato di vetro»

Dopo la novella costituzionale del 1987 si sono registrati vari tentativi, andati a vuoto, di rafforzare la trasparenza dell'azione amministrativa sviluppando non

solo il diritto di accesso alle informazioni, ma anche ampliando l'attività divulgativa della Pubblica amministrazione^[35]. Il tema si ripresenta con forza nel programma di coalizione del governo austriaco tra il Partito popolare austriaco e i Verdi per la corrente legislatura 2020-2024^[36]. Uno degli obiettivi della coalizione è l'aumento della trasparenza nel settore pubblico^[37], ritenuta una dei fattori decisivi di una società democratica, allo scopo dichiarato di passare dal «*cittadino di vetro*» allo «*Stato di vetro*»^[38]. Fra le misure dirette a realizzare tale svolta, accanto a una semplificazione del complesso riparto delle competenze fra Federazione e *Länder*^[39], ad una «*banca dati per la trasparenza*» in materia di sovvenzioni^[40] e a misure dirette ad assicurare un finanziamento pubblico trasparente dei partiti (ivi incluso un tetto per le donazioni)^[41], spicca un pacchetto di misure diretto a realizzare la libertà di informazione mediante l'introduzione nella Costituzione federale, non solo di un diritto soggettivo giustiziabile, ma anche di un obbligo di divulgazione per la Pubblica amministrazione, accanto all'eliminazione del segreto d'ufficio^[42].

Nel 2021 il governo ha presentato una proposta per una legge federale sulla libertà di informazione^[43], i cui punti centrali sono l'abrogazione dei commi 3 e 4 dell'articolo 20 *B-VG* e l'introduzione a livello costituzionale di un diritto all'accesso alle informazioni non solo nei confronti della Pubblica amministrazione, ma anche degli organi legislativi e della giustizia amministrativa, allo scopo di fare della trasparenza dello Stato la regola e di relegare la segretezza al ruolo dell'eccezione^[44]. Essa prevede altresì un obbligo per gli organi amministrativi, legislativi e giurisdizionali di pubblicare tutte le informazioni di interesse generale per renderle accessibile a tutti, come per esempio contratti o studi finanziati con denaro pubblico^[45], imponendo in questo modo un'ampia attività divulgativa. Questa attività divulgativa dovrebbe essere realizzata tramite una banca dati per la trasparenza ancora da istituire. Il diritto di accedere alle informazioni viene costruito come diritto soggettivo a carattere generale, da definire con maggiore precisione a livello legislativo e da rendere azionabile dinanzi al giudice. Inoltre, il diritto di accesso non dovrà essere qualificato da un interesse diretto e concreto, bensì sarà libero, anche se non illimitato. Oltre alla possibilità di restringere l'accesso nel caso di abusi da parte dei cittadini^[46], l'accesso alle informazioni può essere negato se sussiste un interesse prevalente alla segretezza in base a una valutazione dell'organo amministrativo adito, il quale

di regola deve reagire entro quattro settimane dalla richiesta. La definizione degli interessi che giustificerebbero il mantenimento della riservatezza sulle informazioni richiama il catalogo di cui all'attuale comma 3 dell'articolo 20 *B-VG*, cambiando poco o nulla sotto questo profilo. È previsto un termine di quattro settimane per evadere una richiesta e un termine di due mesi entro il quale il giudice amministrativo deve pronunciarsi.

Durante l'iter delle consultazioni parlamentari^[47] si sono levate varie voci critiche, che hanno lamentato, in particolare, la mancanza di un'autorità indipendente di vigilanza sul rispetto delle regole sulla libertà di informazione alla stregua del garante della privacy^[48]. Si sono inoltre poste in risalto le difficoltà in cui incorreranno gli enti di piccole dimensioni nell'effettuare la necessaria valutazione in merito alla sussistenza o meno di un interesse prevalente alla riservatezza o alla divulgazione, oltre ai relativi maggiori oneri gravanti sull'attività amministrativa^[49].

5. Riflessioni conclusive

Se la proposta di legge federale del 2021 sarà approvata (o una delle altre proposte pendenti nel Parlamento austriaco)^[50], essa costituirà un passo decisivo verso un cambiamento paradigmatico: la segretezza delle informazioni acquisite e detenute dalla Pubblica amministrazione diventerà l'eccezione e la trasparenza e l'accesso alle informazioni la regola. Il bilanciamento fra le esigenze della Pubblica amministrazione a un'attività efficiente sostenuta dalla riservatezza di determinate informazioni da un lato, e la trasparenza e la controllabilità della sua azione dall'altro, sembrano fare pendere l'ago della bilancia a favore del secondo elemento. Senza dubbio, una tale disciplina produrrà un cambiamento nella percezione del rapporto fra i cittadini e la Pubblica amministrazione che non potrà essere attuato senza investire nelle risorse umane, nella loro formazione e *forma mentis*. L'Austria è, però, anche ad un livello avanzato nella digitalizzazione della P.A., in quanto già nel 2004 una legge federale^[51] ha stabilito le linee generali per lo svolgimento in forma elettronica dell'attività amministrativa^[52] che spazia da procedure digitalizzate, alla fattura digitale sino alla notifica di atti e documenti amministrativi in via digitale. Inoltre, è in atto un'ampia politica in materia di *Open Data Government*^[53]. Alla fine del 2022 la

libertà di informazione comunque non sembra essere al centro del dibattito politico che pare bloccato dalle critiche mosse a livello sub-statale. Ciò fa presagire che il cammino verso un cambiamento paradigmatico, dal segreto d'ufficio alla trasparenza e alla libertà d'informazione, sia ancora lungo.

1. Il contributo si basa anche su riflessioni contenute in E. Happacher, *Il segreto d'ufficio nella Costituzione austriaca: dalla riservatezza assoluta alla libertà d'informazione*, in corso di pubblicazione su Percorsi costituzionali.
2. Cfr. P. Bußjäger, *Der Status quo: Amtsverschwiegenheit und Informationsrecht*, in M. Bertel, E. Happacher, A. Simonati (a cura di), *Die transparente Verwaltung in Österreich und Italien*, nap, Wien, 2019, 43.
3. Cfr. BGBl 1925/268. Sulla genesi storica vedasi B. Wieser, *Art. 20/3*, in K. Korinek, M. Holoubek et al. (a cura di), *Österreichisches Bundesverfassungsrecht*, Loseblattsammlung, Springer, Wien, 2001, nn. 1-2.
4. La terminologia si orienta alla traduzione del *B-VG* di F. Palermo, "Codice" di diritto costituzionale austriaco: *Costituzione federale, legge costituzionale finanziaria, legge fondamentale sui diritti dei cittadini*, Cedam, Padova, 1998, 58.
5. Cfr. per esempio C. Fuchs, *Informationsfreiheit neu*, in *Zeitschrift der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, ZVG 2020, 486-487; F. Lehne, *Mehr Transparenz? - Ausgewählte Probleme der verfassungsrechtlichen Informationsfreiheit*, in *Zeitschrift für Informationsrecht*, ZIIR 2015, 367-368.
6. BGBl n. 285/1987.
7. Cfr. B. Wieser, *Art. 20/3*, cit., nn. 1-2.
8. Cfr. B. Wieser, *Art. 20/3*, cit., n. 2.
9. Cfr. la novella costituzionale BGBl n. 285/1987.
10. Sull'ambito di applicazione dell'obbligo al silenzio d'ufficio vedasi di recente A. Forster, *Art. 20 B-VG*, in A. Kahl, L. Khakzadeh, S. Schmid, *Kommentar zum Bundesverfassungsrecht B-VG und Grundrechte*, Jan Schramek Verlag, Vienna, 2021, 444-465, in particolare 462-465.
11. BGBl n. 51/1991.
12. Sul diritto di accesso agli atti cfr., in generale, J. Hengstschläger e D. Leeb, *Verwaltungsverfahrenrecht*, VI ed., facultas, Vienna, 2018, 114-118.
13. Cfr. J. Hengstschläger e D. Leeb, *Verwaltungsverfahrenrecht*, cit., 117.
14. Cfr. J. Hengstschläger e D. Leeb, *Verwaltungsverfahrenrecht*, cit., 117. Gli autori mettono in rilievo la frammentazione casistica della giurisprudenza in materia.
15. La distinzione rileva in quanto nel caso di attività con gli strumenti del diritto privato la Federazione e i *Länder* non devono rispettare il riparto di competenze definito dalla Costituzione federale in materia amministrativa e di conseguenza possono agire in tutte le materie, per esempio attraverso il finanziamento di attività economiche, cfr. T. Öhlinger e H. Eberhard, *Verfassungsrecht*, XIII edizione, facultas, Vienna, 2022, pp. 122- 124.

CERIDAP

16. Cfr. B. Wieser, *Art. 20/3*, cit., n. 21.
17. VfSlg 7455/1974; cfr. B. Wieser, *Art. 20/3*, cit., nn. 37-38.
18. VfSlg 12838/1991.
19. Cfr. P. Bußjäger, *Der Status quo*, cit., 45-46.
20. BGBl n. 287/1987: *Auskunftspflichtgesetz*. Una traduzione in inglese è reperibile a https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Erv&Dokumentnummer=ERV_1987_287 (01.12.2022).
21. BGBl n. 286/1987: *Auskunftspflicht-Grundsatzgesetz*.
22. Cfr. B. Wieser, *Art. 20/4*, in K. Korinek, M. Holoubek et al. (a cura di), *Österreichisches Bundesverfassungsrecht*, Loseblattsammlung, Springer, Wien, 2001, n.5.
23. Cfr. P. Bußjäger, *Der Status quo*, cit., 48.
24. § 3 *Auskunftspflichtgesetz*.
25. § 1, co. 1, *Auskunftspflichtgesetz*. L'informazione può anche essere fornita nella forma di accesso agli atti di un procedimento di cui al § 17 AVG: cfr. B. Wieser, *Art. 20/4*, cit., n.29.
26. § 1, co. 2, *Auskunftspflichtgesetz*.
27. Sui motivi di diniego cfr. B. Wieser, *Art. 20/4*, cit., nn. 34-54.
28. Cfr. § 4 *Auskunftspflichtgesetz*.
29. Ciò vale a partire dell'entrata in vigore della novella costituzionale BGBl I 51/2012, che ha introdotto nell'articolo 130 *B-VG* i tribunali amministrativi di prima istanza a livello dei *Länder* e a livello federale, attribuendo loro in generale la competenza di decidere sui rimedi contro i provvedimenti amministrativi o l'inerzia della Pubblica amministrazione (*Säumnisbeschwerde*). La tutela in via amministrativa rimane solo per i comuni (art. 132, comma 5, *B-VG*) e deve essere disciplinata fondamentalmente dal legislatore del *Land* (articolo 115, comma 2 *B-VG*) nonché per dei casi particolari, cfr. sui rimedi giurisdizionali in generale J. Hengstschläger e D. Leeb, *Verwaltungsverfahrenrecht*, cit., 538-539.
30. J. Hengstschläger e D. Leeb, *Verwaltungsverfahrenrecht*, cit., 539.
31. Cfr., in proposito, F. Koppensteiner, *Transparenz im Unionsrecht, ein Überblick*, in M. Bertel, E. Happacher, A. Simonati (a cura di), *Die transparente Verwaltung*, cit., 1-43.
32. BGBl n. 495/1993: *Umweltinformationsgesetz*.
33. Cfr. sugli sviluppi in materia M. Bertel, *Die Informationsfreiheit in der Zukunft*, in M. Bertel, E. Happacher, A. Simonati (a cura di), *Die transparente Verwaltung*, cit., 59-79.
34. Cfr. P. Bußjäger, *Der Status quo*, cit., 48.
35. Per esempio nel 2014, su cui A. Posch, *B-VG-Novelle zur Informationsfreiheit – staatliches Handeln transparenter*, in *Jahrbuch Öffentliches Recht* 2015, 121-136.
36. Bundeskanzleramt Österreich, *Aus Verantwortung für Österreich. Regierungsprogramm 2020-2024*, Vienna 2020, reperibile in <https://www.bundeskanzleramt.gv.at/bundeskanzleramt/die-bundesregierung/regierungsdokumente.html> (11.12.2022).
37. Cfr. Bundeskanzleramt Österreich, *Aus Verantwortung für Österreich*, cit., 6.
38. Cfr. Bundeskanzleramt Österreich, *Aus Verantwortung für Österreich*, cit., 10.
39. Cfr. Bundeskanzleramt Österreich, *Aus Verantwortung für Österreich*, cit., 10.

40. Cfr. Bundeskanzleramt Österreich, *Aus Verantwortung für Österreich*, cit., 15.
41. Cfr. Bundeskanzleramt Österreich, *Aus Verantwortung für Österreich*, cit., 18-20.
42. Cfr. Bundeskanzleramt Österreich, *Aus Verantwortung für Österreich*, cit., 17-18. Sulle proposte governative in materia, cfr. C. Fuchs, *Informationsfreiheit neu in Zeitschrift der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, 7, 2020, 486-494.
43. 95 / M E X X V I I G P , r e p e r i b i l e i n
 https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVII/ME/ME_00095/index.shtml
 (12.12.2022). Sul disegno di legge governativo cfr. M. Tischitz, *Was bringt das geplante Informationsfreiheitsgesetz?*, in *RFG*, 2, 2021, 77- 83.
44. Cfr. Erläuternde Bemerkungen zu 95/ME XXVII GP, Allgemeiner Teil.
45. Quest'ultimo obiettivo è stato trasposto in un nuovo comma 5 dell'articolo 20 *B-VG* (BGBl I n. 141/2022) che entra in vigore il 1° gennaio 2023 e obbliga tutti gli organi a cui sono affidati lo svolgimento di compiti dell'amministrazione federale, dei *Länder* e comunale a pubblicare studi, pareri e sondaggi indicando anche i relativi costi, sempre che non sia necessaria la loro segretezza per proteggere gli interessi di cui al comma 3 dell'articolo 20 *B-VG*. La novella costituzionale accenna a uno dei maggiori scandali che dal 2021 sta scuotendo l'Austria e ha portato tra l'altro alla dimissione di componenti del governo federale per sondaggi manipolati.
46. Si possono per esempio immaginare casi in cui i cittadini ripetutamente richiedano informazioni uguali, cfr. anche B. Wieser, *Art. 20/4*, cit., n. 47 sugli abusi in materia di obbligo di informazione secondo l'attuale articolo 20, comma 4, B-VG.
47. Cfr. le osservazioni presentate nell'ambito della consultazione pubblica sul sito del
 P a r l a m e n t o a u s t r i a c o i n
 https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVII/ME/ME_00095/index.shtml#tab-Stellungnahmen (12.12.2022).
48. Nel programma di governo era previsto di affidare all'autorità competente in materia di tutela dei dati personali il compito di consulenza e di sostegno per la Pubblica amministrazione, Cfr. Bundeskanzleramt Österreich, *Aus Verantwortung für Österreich*, cit., 17. Cfr. per esempio le osservazioni di *Transparency International* (reperibile in https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVII/SNME/SNME_85170/index.shtml) o di *Access Info Europe*, reperibili in https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVII/SNME/SNME_85202/index.shtml (12.12.2022).
49. Cfr. per esempio le osservazioni da parte dell'associazione dei comuni austriaci (*Österreichischer Gemeindenbund*) (29/SN-95/ME XXVII. GP), reperibile in https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVII/SNME/SNME_78246/index.shtml (12.12.2022).
50. Cfr. le iniziative parlamentari 453/A XXVII GP del 22 aprile 2020, 61/A XXVII GP del 13.11.2019 e 25/A XXVII GP del 23 ottobre 2019, tutte reperibili in <https://www.parlament.gv.at/PAKT/RGES/> (12.12.2022).
51. BGBl I n. 10/2004. V. sul punto F. Merli, *Automated Decision-Making Systems in*

CERIDAP

Austrian Administrative Law, in *CERIDAP*, 2023.

52. Cfr. l'elenco reperibile in https://www.oesterreich.gv.at/themen/dokumente_und_recht/e_government.html (12.12.2022).
53. Cfr. il sito <https://www.data.gv.at/> (12.12.2022).

Riflessioni in tema di centralizzazione della committenza negli appalti pubblici

Mario Rosario Spasiano

DOI: 10.13130/2723-9195/2023-1-13

Il contributo analizza come la c.d. “cultura del sospetto” ostacoli l’attività contrattuale della pubblica amministrazione. La “cultura del sospetto” consiste nella percezione che ogni procedura negoziale sia foriera di reati e/o di “cattiva amministrazione”. Gli effetti di questa c.d. “cultura del sospetto” consistono in immobilismo e inerzia, dal momento che inibiscono il pieno ricorso ad azioni discrezionali ed efficienti, facendo sì che i funzionari evitino scelte rischiose, in termini di responsabilità penale, civile ed erariale. In tale contesto il tema della centralizzazione della committenza può acquisire un rilievo decisivo. Questo perché l’attribuzione ad un unico soggetto della competenza ad acquistare beni e servizi sul mercato, oltre a conseguire positive “economie di scala”, è in grado di accrescere le professionalità dei funzionari, che operano all’interno della centrale di committenza, e favorire la trasparenza delle procedure di gara. Il contributo si sofferma altresì su un’analisi critica dell’odierna disciplina normativa, nazionale ed europea, in tema di centrali di committenza e a vagliarne e proporre necessarie riforme e miglioramenti.

On the centralization of contracting authorities with regard to public procurement.

The paper analyses how the “culture of suspicion” hinders the contractual activity of public administration. The “culture of suspicion” consists in the perception that every negotiation procedure is the harbinger of crimes and/or “maladministration”. The effects of this “culture of suspicion” consist of immobilism and inertia, since they inhibit the full recourse to discretionary and efficient actions, so that public officials avoid choices which can be risky in terms of penal, civil and administrative liability. In this context, the idea of contracts awarded by central purchasing bodies (contracting authorities) can play a crucial role. This is because the attribution to a single body of the competence to buy goods and services on the market, in addition to

achieving positive “economies of scale”, can also increase the professionalism of the public officials operating within the contracting authorities and promote the transparency of tendering procedures. The paper focuses also on a critical analysis of the current regulatory framework, both at the national and EU level, trying to evaluate and propose necessary reforms and improvements.

Sommario: 1. Centrali uniche di committenza: premesse e termini del problema. - 2. Le dimensioni del fenomeno degli appalti pubblici e la direttiva dell’Unione Europea n. 24/2014.- 3. La disciplina statale vigente e quella in itinere: problematiche e soluzioni. - 4. Le esigenze di una nuova riforma e i processi normativi in itinere. Lo Schema preliminare elaborato dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato, consegnato al Governo il 20 ottobre 2022.- 5. Sulla natura giuridica necessariamente pubblica delle Centrali di committenza. - 6. Alcune considerazioni conclusive.

1. Centrali uniche di committenza: premesse e termini del problema

Nel saggio dal titolo *Le misure per la qualità e l’innovazione nel Codice dei contratti pubblici*, Luisa Torchia scrive che «*la cultura del sospetto, così diffusa nel nostro ordinamento e nel nostro diritto, produce e continua a produrre immobilismo e inerzia, non certo innovazione*»⁽¹⁾. Ed è proprio così. All’occhio dello studioso non sfugge come la tendenza ad ingessare (anche) l’attività contrattuale della pubblica amministrazione in procedure rigide e complesse, che non lasciano spazio all’autonomia delle Amministrazioni, allo scopo di evitare comportamenti di parte o comunque illeciti, sia la condizione primaria che impedisce l’attivazione di operati duttili, discrezionali e responsabili, capaci di adattare l’azione amministrativa alle polimorfe esigenze dei diversi contesti e mercati di riferimento. In questa prospettiva, accade che il funzionario, consapevole della insanabile molteplicità delle fonti e della sostanziale impossibilità di tener fede ad una coerente e contestuale applicazione di tutti i dettati, piuttosto che avventurarsi in scelte a quel punto “rischiose”, preferisca arrestarsi rinviando la scelta della soluzione della questione a statuizioni giudiziarie capaci, al di là dei tempi di cui necessitano e degli effetti che

producono, quantomeno di assicurare lui, consentendogli magari di abbandonare gli incerti e rischiosi campi dell'uso della discrezionalità per calcare le più comode vie di percorsi vincolati, ai quali non è dato sottrarsi.

Agire scegliendo autonomamente impone assunzione di responsabilità (penale, erariale, civile, disciplinare) e non di rado determina anche il rischio di sottomissione a gogne mediatiche delle quali nessuno avverte il fascino e tantomeno l'esigenza^[4].

È (anche) per l'incapacità del sistema di reggere il confronto con la discrezionalità dell'azione che numerose procedure di aggiudicazione sono divenute di tipo automatizzato, digitali, sottratte a pressoché qualsiasi valutazione soggettiva della stazione appaltante.

E' chiaro, tuttavia, che i nuovi modelli di procedure competitive con negoziazione così come quelli del partenariato per l'innovazione, aventi origine nell'ordito normativo dell'ordinamento euro-unitario, impongono ampi spazi di scelta e di responsabilità nelle Amministrazioni appaltanti, con l'uso di approcci innanzitutto culturali oltre che metodologici distanti dal tradizionale impianto: il tutto, nell'ambito di contesti ambientali ordinariamente oggetto di profondo pregiudizio da parte delle magistrature inquirenti. I contesti di flessibilità necessari in queste nuove sedi di gara, peraltro, pretendono il concorso di competenze che solo di rado si rinvencono negli organici delle stazioni appaltanti: un'adeguata conoscenza del mercato, una più precisa definizione e conoscenza degli oggetti di affidamento, un'integrazione tra competenze giuridiche e di altra natura (per lo più tecniche) e, su tutte, una inedita capacità di gestire una trattativa; tutti elementi assolutamente estranei al comune *know-how* delle stazioni appaltanti e comunque necessari. A titolo esemplificativo, nei nuovi modelli operativi non è sufficiente conoscere il costo del ciclo di vita di un prodotto, condizione sufficiente, invece, in contesti connotati dal metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa tanto cara all'ordinamento europeo. Bisogna, piuttosto, essere in grado di contestualizzare il prodotto individuandone e apprezzandone capacità funzionali e persino potenzialità, in un ambito largamente ispirato alla negoziazione: poco o nulla a che vedere con le tradizionali operazioni di ermeneutica e di applicazione di norme e procedimenti. L'obiettivo essenziale è pervenire alla conclusione di una trattativa con la definizione di un esito che consti nel risultato più utile, giustificabile e

conveniente possibile, nei limiti, ovviamente, di quanto consentano le opportune conoscenze, senza poter fare affidamento su (e neanche vedersi costretti in) percorsi già tracciati e griglie normative di riferimento ^[3].

È difficile anche solo immaginare i margini di compatibilità dell'inedito contesto di quei modelli di gara laddove anche il comune cittadino, privo di esperienza di amministrazione pubblica, si rende conto di quanto l'organizzazione dell'apparato pubblico si articoli in desueti comparti operativi connotati da rigida divisione delle competenze tra le diverse strutture. Non pare sussistano le condizioni per un salto comportamentale ^[4], ancorché nuove disposizioni normative a contenuto procedimentale continuino a sopravvenire senza però incidere sui gangli organizzativi che pure costituiscono il presupposto della loro funzionalità ^[5]. Gli uffici continuano a non (poter) comunicare tra loro e operano come monadi isolate, ancorché sulla carta predisposti al conseguimento di un unico fine, quel tanto auspicato buon andamento dell'amministrazione e della sua azione ^[6].

La rigida separazione delle strutture secondo competenze per lo più mono-settoriali non permette la produzione di prodotti a carattere multidisciplinare che pure costituiscono il fondamento di quanto richiesto dall'Unione Europea ^[7]. E poi, anche quando il rapporto tra competenze viene affrontato e risolto in termini di (occasionale) incontro, l'incapacità di dialogo tra saperi diviene massimamente evidente, non fosse altro che per la mancanza di linguaggio comune, oltre che per una strisciante pregiudiziale diffidenza reciproca, propria di contesti iper-specialistici, del tutto inadeguati (e impreparati) ad confronto costruttivo: non si inventa capacità dialogica se non sussiste un sostrato comune di fiducia, esperienza e sperimentazione, che può derivare solo da una innovativa azione di formazione dell'Amministrazione pubblica.

È in questo contesto che è di certo organizzativo-funzionale, ma ancor prima culturale, che si agita anche il tema delle stazioni appaltanti e della centralizzazione delle committenze ^[8].

2. Le dimensioni del fenomeno degli appalti pubblici e la direttiva dell'Unione Europea n. 24/2014

Secondo recenti dati dell'Unione Europea e dell'Autorità Garante della

Concorrenza e del Mercato, gli appalti pubblici rappresentano circa il 14% del PIL dell'Unione e l'11% di quello italiano, con un valore complessivo pari a circa 1.900 miliardi di euro ad anno.

Entrambe le percentuali richiamate sono evidentemente destinate ad un ulteriore, notevole incremento a seguito degli investimenti pubblici determinati dalla programmazione del PNRR conseguente alla pandemia da Covid-19.

In Italia operano circa 36.000 stazioni appaltanti, un numero decisamente esorbitante di soggetti che espletano gare pubbliche per l'aggiudicazione di appalti, a prescindere dalla loro qualificazione^[9].

La ragione di questa così elevata quantità di operatori non risiede esclusivamente nell'alto numero di amministrazioni pubbliche presenti nell'ordinamento. Invero, nonostante la rigidità di molte procedure concorsuali previste dal legislatore, il cui espletamento presenta scarsi o nulli margini di esercizio di discrezionalità, permane il diffuso convincimento, da parte dei responsabili di molte amministrazioni, che la gestione delle gare di aggiudicazione di contratti implichi comunque la gestione di un potere di non poco conto: da qui la propensione, specialmente negli enti territoriali ma non solo in quelli, ad una sorta di loro irrinunciabilità.

D'altronde, il convincimento fa fondamento su una realtà innegabile dagli effetti poco controllabili: l'innalzamento continuo delle soglie di affidamento diretto di contratti pubblici, senza gara, ormai fissate al di sotto dei 139.000 euro (almeno sino al giugno 2023, ai sensi del d.l. n. 77/2021, conv. nella l. n. 108/2021) per i servizi e le forniture e di un milione di euro (sempre fino alla stessa data *ex* d.l. n. 77/2021 cit.) per i lavori; di certo una condizione di grandissimo *favor* per l'accelerazione dei tempi di affidamento dei contratti, ma anche di oggettivo abbassamento delle garanzie di *par condicio* fra i possibili *competitor*. Fenomeno tanto più rilevante se si tiene conto del dato che la massa dei contratti al di sotto delle indicate soglie costituisce, dal punto di vista quantitativo delle procedure, non della somma globale dei relativi importi, la maggior parte degli affidamenti operati dalle Amministrazioni pubbliche in Italia^[10].

È su questi elementi che si rende oltremodo evidente come il tema della centralizzazione della committenza acquisti davvero un rilievo decisivo^[11] e non solo nel nostro Paese^[12].

Il problema, notoriamente, non è recente. Sin dal 26 febbraio 2014, la Direttiva

24/2014/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, in tema di appalti pubblici, al Considerando n. 59 segnalava che *«nei mercati degli appalti pubblici dell’Unione si registra una forte tendenza all’aggregazione della domanda da parte dei committenti pubblici, al fine di ottenere economie di scala, ad esempio prezzi e costi delle transazioni più bassi nonché un miglioramento e una maggior professionalità nella gestione degli appalti. Questo obiettivo può essere raggiunto concentrando gli acquisti in termini di numero di amministrazioni aggiudicatrici coinvolte, oppure in termini di fatturato e di valore nel tempo. Tuttavia, l’aggregazione e la centralizzazione delle committenze dovrebbero essere attentamente monitorate al fine di evitare un’eccessiva concentrazione del potere d’acquisto e collusioni, nonché di preservare la trasparenza e la concorrenza e la possibilità di accesso al mercato per le piccole e medie imprese»*^[13].

I “considerando”, come noto, esprimono, motivandole, le finalità dei successivi articolati che, nel caso di specie, si rinvergono nei successivi artt. da 37 a 39 della stessa Direttiva.

Ivi si dispone che gli Stati membri della UE possono prevedere che le amministrazioni aggiudicatrici acquistino forniture e/o servizi da una centrale di committenza, un soggetto appaltante che gestisce gare d’appalto per conto di più pubbliche amministrazioni. Gli Stati possono altresì prevedere che le amministrazioni aggiudicatrici acquistino anche lavori, mediante contratti aggiudicati da una centrale di committenza, previa stipula di accordi quadro.

In entrambe le ipotesi, le procedure di aggiudicazione degli appalti sono effettuate mediante l’uso di mezzi di comunicazione elettronici e l’amministrazione aggiudicatrice è tenuta a rispettare i propri obblighi, permanendo responsabile dell’adempimento degli oneri a suo carico.

Possono essere disciplinati anche appalti congiunti occasionali tra amministrazioni aggiudicatrici. In quel caso, queste ultime sono congiuntamente responsabili dell’adempimento degli obblighi derivanti dalla stessa direttiva.

Nel caso invece di una procedura effettuata congiuntamente solo in misura parziale, le amministrazioni sono solidalmente responsabili solo per le parti congiunte.

Anche amministrazioni aggiudicatrici di differenti Stati membri possono agire congiuntamente nell’aggiudicazione di appalti pubblici^[14].

3. La disciplina statale vigente e le Linee Guida ANAC n. 141 del 2022: problematiche e soluzioni

Sulla base dei disposti di cui alla Direttiva 24/2014/UE, la legge delega n. 11/2016, attuativa delle Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, affidava al Governo italiano il compito di emanare un decreto legislativo per il riordino della complessiva disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, forniture e servizi.

Nella prospettiva indicata, la legge delega n. 11/2016 ha però ampliato il raggio operativo tracciato dalla Direttiva, in particolare estendendolo alla razionalizzazione delle procedure di spesa, alla riorganizzazione delle funzioni delle stazioni appaltanti (con particolare riferimento alle fasi di programmazione e controllo)^[15] e all'introduzione di un apposito sistema, gestito dall'ANAC, di qualificazione delle stazioni appaltanti^[16], teso a valutarne l'effettiva capacità tecnica e organizzativa, sulla base di parametri obiettivi.

Veniva altresì disposta la previsione della revisione e dell'efficientamento delle procedure di appalto, degli accordi quadro, delle convenzioni e di tutte le procedure utilizzabili sia dalla società CONSIP Spa^[17], sia dai soggetti aggregatori, sia dalle centrali di committenza, al fine di migliorare la qualità degli approvvigionamenti e di ridurre i costi e i tempi di espletamento delle gare.

Per favorire l'effettiva partecipazione di micro, piccole e medie imprese, la disciplina ha così previsto che la successiva normativa attuativa della delega avrebbe dovuto promuovere un sistema di reti di committenza volto a determinare un più ampio ricorso alle gare e agli affidamenti di tipo telematico.

Veniva altresì previsto che il Governo procedesse ad individuare adeguate forme di centralizzazione delle committenze e di riduzione del numero delle stazioni appaltanti sulla base del sistema di qualificazione, con possibilità di gestire contratti di maggiore complessità a seconda del grado di qualificazione conseguito. Inoltre, veniva salvaguardata l'esigenza di garantire la suddivisione dell'appalto in lotti nel rispetto della normativa dell'Unione europea, ed era fatto salvo l'obbligo, per i comuni non capoluogo di provincia, di ricorrere a forme di aggregazione o centralizzazione delle committenze, sia a livello di unione dei comuni, ove esistenti, sia ricorrendo ad altro soggetto aggregatore secondo la normativa vigente^[18], garantendo altresì la tutela dei diritti delle minoranze

linguistiche quale prevista dalla Costituzione e dalle disposizioni vigenti.

Come è dato intendere, un programma decisamente ampio e ambizioso al quale si è messo mano con l'approvazione del successivo (ora vigente) Codice dei contratti approvato con d.lgs. n. 50/2016^[19], in particolare con le disposizioni di cui agli artt. 37 – 43^[20].

Il Codice dei contratti legittima le stazioni appaltanti ad acquisire lavori, forniture o servizi mediante impiego di una centrale di committenza qualificata^[21].

Queste ultime sono abilitate a:

- a) aggiudicare appalti, stipulare ed eseguire i contratti per conto delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori;
- b) stipulare accordi quadro ai quali le stazioni appaltanti qualificate possono ricorrere per l'aggiudicazione dei propri appalti;
- c) gestire sistemi dinamici di acquisizione e mercati elettronici.

Le centrali di committenza qualificate possono svolgere anche attività di committenza ausiliarie in favore di altre centrali di committenza o per una o più stazioni appaltanti in relazione ai requisiti di qualificazione posseduti e agli ambiti territoriali di riferimento^[22].

La stazione appaltante, nell'ambito delle procedure gestite dalla centrale di committenza di cui fa parte, è responsabile per le attività ad essa direttamente imputabili.

In ossequio alla disciplina europea, le stazioni appaltanti possono ricorrere ad una centrale di committenza ubicata in altro Stato membro dell'Unione europea per le attività di centralizzazione delle committenze svolte nella forma di acquisizione centralizzata di forniture e/o servizi a stazioni appaltanti.

Una delle più interessanti novità del Codice, come noto, è stata l'istituzione, presso l'ANAC, di un apposito elenco di stazioni appaltanti qualificate di cui fanno parte anche le centrali di committenza.

La relativa qualificazione è conseguita in rapporto ai bacini territoriali, alla tipologia e complessità del contratto e per fasce d'importo.

Sono iscritti di diritto nell'elenco di cui al primo periodo, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, compresi i Provveditorati interregionali per le opere pubbliche, CONSIP S.p.a., INVITALIA – Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa S.p.a., Difesa servizi S.p.A., nonché i soggetti aggregatori regionali. Anche la società Sport e salute Spa è qualificata di

diritto centrale di committenza e può svolgere attività di centralizzazione delle committenze per conto delle amministrazioni aggiudicatrici o degli enti aggiudicatari operanti nel settore sportivo.

Da ultimo, con la delibera n. 141 del 30 marzo 2022, l'ANAC ha approvato le *Linee guida* recanti attuazione del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza da porre alla base del sistema di qualificazione che sarà reso operativo al momento della entrata in vigore della prossima riforma della disciplina del codice contratti pubblici (ormai, come si illustrerà, in avanzato stato di completamento).

Secondo le *Linee guida* ANAC, l'attuale numero di stazioni appaltanti sarà notevolmente ridotto e solo quelle con le qualifiche necessarie e le capacità di contrattazione adeguate potranno gestire appalti pubblici.

La riqualificazione delle stazioni appaltanti è di certo un passaggio fondamentale per qualificare la spesa pubblica in Italia: “comprerà” solo chi è in grado di condurre correttamente la fase di affidamento e spuntare prezzi migliori; eseguirà il contratto solo chi dispone delle professionalità e delle competenze per farlo.

4. Le esigenze di una nuova riforma e i processi normativi in itinere. Lo Schema preliminare elaborato dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato, consegnato al Governo il 20 ottobre 2022

Non sono poche le attese che connotano l'auspicata riforma che in tema di stazioni appaltanti possono così essere sintetizzate:

- riduzione del numero delle stazioni appaltanti, con particolare riferimento agli enti locali;
- rafforzamento e qualificazione delle stesse, arginando deficit organizzativi e di professionalità dovuti all'eccessiva frammentazione;
- applicazione di criteri di qualità, efficienza, professionalizzazione, realizzando anche un accorpamento della domanda (importanza del raccordo programmazione-spesa negli enti pubblici);
- istituzione dell'anagrafe unica delle stazioni appaltanti, inserite secondo il livello di qualifica in possesso e la loro comprovata capacità di acquisire beni, servizi e lavori, oltre che sulla base delle strutture organizzative stabili per l'acquisto, del

personale munito di specifiche competenze, del numero di gare svolte nell'ultimo quinquennio.

I vantaggi in termini di economie di scala e di scopo derivabili da acquisti in comune non sono di poco rilievo e ciò sia per le stazioni appaltanti, che vedrebbero ridurre il numero di procedure da avviare, sia per gli operatori economici, che potrebbero partecipare ad un numero ridotto di procedure, eventualmente con più lotti, così riducendo i costi amministrativi delle gare.

Con la l. n. 78/2022, è stata affidata delega al Governo di procedere alla redazione di un nuovo Codice dei contratti, nel quadro delle riforme previste (imposte) dal PNRR. Una Commissione speciale del Consiglio di Stato ha provveduto a completare, in data 20 ottobre 2022, la stesura dello *Schema preliminare* del nuovo testo, inviandolo al Governo affinché possa provvedere alla sua approvazione entro il termine previsto del 30 marzo 2023.

Come noto, la legge delega prevede tra l'altro il "ritorno" all'adozione anche di un regolamento esecutivo, scelta magari opportuna nei suoi intenti anche nel rispetto dei principi di gerarchia delle fonti, in ogni caso diametralmente opposta a quella operata dal d.lgs. n. 50/2016, con i suoi rinvii a modelli c.d. di *soft-law*, costituiti dalle direttive ANAC. I numerosi arresti del Giudice amministrativo inclini a non riconoscere valore regolamentare alle direttive in questione hanno (opportunamente) finito con l'esercitare il suo peso al riguardo ^[25].

Invero, la scelta di procedere alla redazione di un nuovo codice non è immune da considerazioni critiche che investono innanzitutto l'efficacia della tendenza ad una continua riforma delle disposizioni legislative in materia di appalti, che non consente il consolidamento di interpretazioni e di applicazioni degli istituti e dei meccanismi previsti, impedendo al mercato e alla stessa Amministrazione di pervenire ad un adeguato grado di certezza e di affidabilità, frutto proprio della sola continuità. Fatto sta che le determinazioni UE hanno finito con l'imporre la scelta. Altrettanto discutibile appare l'opzione di affidare la stesura dello *Schema preliminare* del nuovo Codice ad una speciale Commissione del Consiglio di Stato (integrata da poche competenze esterne, comunque di stampo per lo più giuridico), per almeno due ragioni: la prima, che il Consiglio di Stato è organo deputato ad emettere parere sullo stesso testo una volta varato dal Governo; la seconda, che l'approccio professionale tipico dei magistrati amministrativi, al di là della loro autorevolezza e qualità, non può che risultare di tipo parcellare frutto di

una visione squisitamente patologica del contesto, aduso a risolvere specifiche questioni di legittimità più che dar vita ad un *corpus* di norme volte al conseguimento di un sistema efficace pur sempre nel contesto della legalità. Sarebbe stata opportuna la presenza consistente di altrettanto autorevoli voci portatrici di ulteriori competenze ed esperienze di natura organizzativo-amministrativa, di tipo economico, di tipo gestionale. Nulla di tutto ciò ha avuto luogo: la pervadente presenza di competenze giuridiche per lo più di tipo giudiziario ha ancora una volta marcato la gestazione.

Non vi è dubbio che la prima lettura del testo inviato al Governo evidenzi innanzitutto un significativo sforzo di utilizzo di un linguaggio, più semplice, più diretto, fattore di non poco momento in una disciplina tanto tecnica, connotata da inevitabili problematiche di tipo ermeneutico.

Lo sforzo innovativo va naturalmente anche oltre, essendo dato riscontrare un evidente tentativo di pervenire a innovative soluzioni in ordine a meccanismi procedurali nel passato risultati inadeguati, comunque fonti di rallentamento e incertezza.

Su tutto, ciò che suscita apprezzamento è l'*incipit* del nuovo (possibile) Codice, il Titolo Primo che sancisce i principi ispiratori dell'applicazione del testo e il loro contenuto, offrendo agli interpreti, parametri di riferimento ermeneutico nell'applicazione delle disposizioni normative allorché approvate: dal *Principio di risultato* (art. 1), al *Principio della fiducia* (art. 2), al *Principio dell'accesso al mercato* (art. 3), al *Criterio interpretativo e applicativo* (art. 4), ai *Principi di buona fede e di tutela dell'affidamento* (art. 5), ai *Principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale con i rapporti con gli enti del terzo settore* (art. 6), al *Principio di auto-organizzazione amministrativa* (art. 7), al *Principio di autonomia negoziale e di divieto di prestazioni d'opera intellettuale a titolo gratuito* (art. 8), al *Principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale* (art. 9), ai *Principi di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione* (art. 10), ai *Principi di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore* (art. 11). Su tutti, dunque, il *Principio di risultato*^[24] che, sulla evidente onda delle spinte dottrinali e di taluni arresti giurisprudenziali che si registrano da anni in tema di amministrazione di risultato^[25], informa di sé l'intero testo normativo.

Gli artt. 62 – 64 dello *Schema* disciplinano le *Stazioni appaltanti*, le loro aggregazioni e la centralizzazione delle committenze.

Anche in questo caso, si evidenzia un criterio di ordine generale, ossia che, al di sotto delle soglie europee per gli affidamenti diretti, tutte le stazioni appaltanti, nel rispetto delle disposizioni in materia di contenimento della spesa, possono procedere all'acquisizione di forniture, servizi e lavori, sia direttamente e autonomamente, sia attraverso l'effettuazione di ordini a valere su strumenti di acquisto messi a disposizione dalle centrali di committenza qualificate e dai soggetti aggregatori.

Per effettuare le procedure di importo superiore alle soglie, invece, le stazioni appaltanti devono essere appositamente qualificate secondo le disposizioni previste dallo stesso testo o quelle alle quali esso fa rinvio. Le stazioni qualificate risultano investite di una molteplicità di compiti, abilitate ad effettuare, in funzione dei livelli di qualificazione posseduti, gare di importo superiore alle soglie di affidamento diretto, così come ad acquisire lavori, servizi e forniture avvalendosi di una centrale di committenza qualificata. Possono altresì svolgere attività di committenza ausiliaria in favore di altre centrali di committenza o per una o più stazioni appaltanti senza vincolo territoriale, così come possono dar vita a procedure di appalto congiunto, obbligandosi, nel caso, a rispondere in solido di tutti i relativi adempimenti, salvo si tratti di congiungimento parziale.

Le stazioni qualificate possono procedere mediante utilizzo autonomo di strumenti telematici di negoziazione messi a disposizione secondo la normativa vigente dalle centrali di committenza qualificate e procedere all'effettuazione di ordini su strumenti di acquisto messi a disposizione dalle stesse centrali anche per importi superiori ai livelli di qualificazione posseduti, con preliminarmente preferenza per il territorio regionale di riferimento. Laddove il bene o il servizio non sia disponibile o idoneo al soddisfacimento dello specifico fabbisogno della stazione appaltante, oppure per ragioni di convenienza economica, la stazione appaltante qualificata può agire, previa motivazione, senza limiti territoriali.

Le stazioni appaltanti non qualificate, per importi superiori all'affidamento diretto, sono abilitate all'acquisizione di forniture, servizi e lavori o per attività di committenza ausiliarie, solo mediante ricorso a centrali di committenza qualificate.

Gli affidamenti di servizi e forniture di valore inferiore alla soglia europea e quelli di lavori di manutenzione ordinaria d'importo inferiore a un milione di euro sono realizzati mediante utilizzo autonomo degli strumenti telematici di

negoziazione messi a disposizione dalle centrali di committenza qualificate secondo la normativa vigente.

Le stazioni non qualificate possono effettuare ordini su strumenti di acquisto messi a disposizione dalle centrali di committenza qualificate e dai soggetti aggregatori, con preliminare preferenza per il territorio regionale di riferimento. Laddove il bene o il servizio non sia disponibile o idoneo al soddisfacimento dello specifico fabbisogno della stazione appaltante, oppure per ragioni di convenienza economica, la stazione appaltante potrà agire, previa motivazione, senza limiti territoriali.

Anche per l'esecuzione di contratti, se prive di qualificazione al riguardo, ricorrono a una centrale di committenza qualificata o a soggetti aggregatori.

Le centrali di committenza, in relazione ai requisiti di qualificazione posseduti, progettano, aggiudicano e stipulano contratti o accordi quadro per conto delle stazioni appaltanti non qualificate e qualificate, ovvero convenzioni e accordi quadro ai quali le stazioni appaltanti qualificate e non qualificate possono aderire per l'aggiudicazione di propri appalti specifici. Istituiscono e gestiscono sistemi dinamici di acquisizione e mercati elettronici di negoziazione.

Il ricorso alla centrale di committenza qualificata è formalizzato mediante un accordo stipulato secondo la sua natura giuridica. Fermi restando gli obblighi per le amministrazioni tenute all'utilizzo degli strumenti di acquisto e negoziazione messi a disposizione da Consip S.p.a., le centrali di committenza qualificate possono attivare convenzioni cui possono aderire le restanti amministrazioni di cui all'articolo 1 del d.lgs. n. 165/2001, indipendentemente dall'ambito territoriale di collocazione della centrale di committenza qualificata.

Le centrali di committenza qualificate e le stazioni appaltanti qualificate possono svolgere, in relazione ai requisiti di qualificazione posseduti, anche attività di committenza ausiliarie in favore di altre centrali di committenza o per una o più stazioni appaltanti senza vincolo territoriale.

Fermi restando gli obblighi di utilizzo degli strumenti di acquisto e di negoziazione previsti dalle vigenti disposizioni in materia di contenimento della spesa, nell'individuazione della centrale di committenza, anche ubicata in altro Stato membro dell'Unione europea, le stazioni appaltanti procedono sulla base del principio di buon andamento dell'azione amministrativa, dandone adeguata motivazione.

Le stazioni appaltanti possono ricorrere a una centrale di committenza ubicata in altro Stato membro dell'Unione europea.

L'ANAC assicura la gestione e la pubblicità di un elenco delle stazioni appaltanti qualificate di cui fanno parte, in una specifica sezione, anche le centrali di committenza, ivi compresi i soggetti aggregatori. Sono iscritti di diritto nell'elenco il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, compresi i Provveditorati interregionali per le opere pubbliche, Consip S.p.a., Invitalia – Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa S.p.a., Difesa servizi S.p.A., l'Agenzia del demanio, i soggetti aggregatori di cui all'articolo 9 del d.l. n. 66/2014, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 89/2014, Sport e salute Spa.

In sede di prima applicazione le centrali di committenza delle Province e delle Città metropolitane sono iscritte con riserva nell'elenco delle centrali di committenza qualificate. Eventuali ulteriori iscrizioni di diritto potranno essere disposte con le modalità di cui all'ultimo periodo del comma successivo.

La qualificazione ha ad oggetto le attività che caratterizzano il processo di acquisizione di un bene, servizio o lavoro in relazione ai seguenti ambiti e riguarda: la capacità di progettazione tecnico-amministrativa delle procedure; la capacità di affidamento e controllo dell'intera procedura; la capacità di verifica sull'esecuzione contrattuale, ivi incluso il collaudo e la messa in opera.

Le stazioni appaltanti possono rivolgersi a centrali di committenza ubicate in un altro Stato membro dell'Unione europea che svolgono la propria attività in conformità alle disposizioni nazionali dello Stato membro in cui sono ubicate. Le Amministrazioni ed enti di diversi Stati membri possono congiuntamente aggiudicare un appalto pubblico, concludere un accordo quadro o gestire un sistema dinamico di acquisizione tramite accordi.

Se più amministrazioni di diversi Stati membri hanno istituito un soggetto congiunto comprendendo i gruppi europei di cooperazione territoriale di cui al regolamento (CE) n. 1082/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio o altri soggetti istituiti in base al diritto dell'Unione, stabiliscono con apposito accordo che alle relative procedure di appalto si applichino, in alternativa le disposizioni nazionali dello Stato membro nel quale il soggetto congiunto ha la sua sede sociale oppure le disposizioni nazionali dello Stato membro in cui il soggetto congiunto esercita le sue attività.

5. Sulla natura giuridica necessariamente pubblica delle Centrali di committenza

Un ulteriore, rilevante profilo riguarda la natura giuridica (pubblica o anche privata) delle centrali di committenza.

L'ordinamento italiano, contrariamente ad altri^[26], fa riferimento esclusivo ad enti pubblici o a forme associative di enti locali. Anche a voler ammettere il ricorso ad enti privati, deve trattarsi di organismi interni (*in house*) esercenti attività limitata al territorio dei comuni fondatori e comunque iscritti negli appositi elenchi dell'ANAC. Non possono costituire centrali di committenza, soggetti che non siano organismi di diritto pubblico.

La Corte di Giustizia Europea, con la sentenza 4 giugno 2020, C-3/19, ha chiarito che, al fine di garantire la libera prestazione dei servizi e l'apertura ad una concorrenza non falsata, non può essere riconosciuta da una normativa nazionale la qualità di «centrale di committenza» ad un soggetto privo della qualità di amministrazione aggiudicatrice, ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 9, della Direttiva 2004/18/CE. La Corte ha poi rilevato che «*Tenuto conto dell'ampio margine di discrezionalità di cui dispongono gli Stati membri, nulla nella direttiva 2004/18 né nei principi ad essa sottesi osta neppure a che gli Stati membri possano adattare i modelli di organizzazione di tali centrali di committenza sulla base delle proprie esigenze e delle circostanze particolari prevalenti in uno Stato membro, prescrivendo a tal fine modelli di organizzazione esclusivamente pubblica, senza la partecipazione di persone o di imprese private*»^[27].

La Corte, ha precisato che «*il legislatore italiano, anzitutto incoraggiando il ricorso degli enti locali a centrali di committenza, create secondo modelli organizzativi definiti, poi imponendo ai piccoli enti locali l'obbligo di ricorrere a tali centrali, ha cercato non solo di prevenire il rischio di infiltrazioni mafiose, ma anche di prevedere uno strumento di controllo delle spese*»^[28].

Secondo la Corte di Giustizia, dunque, la normativa nazionale «*pone i piccoli enti locali al riparo dal rischio di un'intesa tra una centrale di committenza e un'impresa privata che detenga una partecipazione in tale centrale di committenza*»^[29].

6. Alcune considerazioni conclusive

«Non basta scrivere una norma per avere stazioni appaltanti di qualità: occorre un programma di diffusione delle buone pratiche, con tempi realistici, né illusoriamente immediati, né ipocritamente dilatati»: questa sintetica, efficace riflessione di Luisa Torchia^[30] racchiude una verità ineludibile costituita dall'assenza pressoché assoluta di un'efficace azione formativa di personale addetto alle attività proprie di una stazione appaltante o di una centrale di committenza. Persiste l'assenza di un piano strategico che possa gradualmente indurre all'innesto di una nuova cultura della contrattualistica pubblica, premessa di un'organizzazione basata su modelli a competenze multidisciplinari e concorrenti, ma anche muniti di margini di autonomia decisionale, in grado di adattare l'azione alle effettive esigenze dei casi, senza per questo comprometterne l'affidabilità in termini di rispetto della legalità e di efficienza operativa.

Alcuni dati di analisi appaiono, d'altronde, estremamente significativi al riguardo: l'attuale condizione delle Stazioni uniche appaltanti è oggettivamente paradossale sia dal punto di vista quantitativo che qualitativo, se si pensi che oltre il 30% delle gare si svolge ancora in forma cartacea.

Non suscita dubbi che la concentrazione delle stazioni appaltanti sia in grado di produrre vantaggi evidenti e condivisibili: come si è già rilevato, economie di scala e di scopo; qualificazione dei soggetti operanti; possibilità di programmazione della spesa.

La ragione per la quale persiste tuttora riluttanza a procedere nella direzione indicata è stata già indicata: prevale ancora la volontà, da parte di molti soggetti pubblici, di continuare a gestire in proprio la spesa e, nei limiti di quanto consentito dalla legge, le relative modalità attuative perché – è indubitabile – la spesa è un potere, tanto più – come già rilevato - che il fenomeno del continuo innalzamento dei tetti al di sotto dei quali non c'è gara, ma al più un mero confronto su invito, rafforza di certo la tendenza al riguardo.

La criminalità organizzata, per lo più concentrata in alcune aree del Paese, ma ormai diffusa su pressoché l'intero territorio nazionale, non è ignara di ciò e le sue collusioni con il potere politico-amministrativo, specie in sede locale, sono profonde e ramificate.

Vi sono poi altre motivazioni a carattere non patologico che disincentivano il

processo di aggregazione delle stazioni appaltanti che laddove realizzato determina la conseguenza dell'incremento degli importi delle gare, in una all'innalzamento dei criteri e dei requisiti di qualificazione delle imprese partecipanti alle stesse: *in primis*, l'aggregazione degli appalti porta alla difficoltà di accesso alle gare per le piccole e medie imprese che pure costituiscono l'asse portante della imprenditoria nazionale. D'altronde, il nostro ordinamento, al contrario di quello europeo, continua a vedere con un certo sfavore (o comunque con appesantimento degli oneri relativi) sia le forme di avvalimento che del subappalto, ritenute causa, talora, di possibili infiltrazioni da parte della criminalità^[31].

Sotto altro profilo, poi, il normatore europeo è fondamentalmente contrario alla parcellizzazione in lotti degli appalti, imponendo al riguardo divieti e vincoli che impediscono di ricorrervi. Anche questo costituisce un ostacolo al sistema delle PMI.

La giurisprudenza amministrativa, consapevole di tanto, si è sforzata di elaborare orientamenti che paiono di notevole interesse, nella prospettiva di far sì che la scelta sulla suddivisione in lotti dell'appalto sia coerente con il complesso di interessi pubblici e privati sussistenti al riguardo, cercando di coniugare l'esigenza di partecipazione delle PMI con il buon uso delle risorse pubbliche e la tutela della concorrenza^[32].

Esistono poi ulteriori scollature. Tra esse si segnala, per importanza, il maggior costo di talune gare espletate da centrali di committenza rispetto a quello conseguito in assenza delle stesse^[33]. Potrebbe apparire un fenomeno paradossale, eppure accade. Si verifica soprattutto con gli appalti di servizi ove la differenziazione della tipologia di prestazioni richieste può essere notevole tra i soggetti aggiudicatari sì che offerte particolarmente vantaggiose "spuntate" sul piano unitario, in sede di stipula dei successivi contratti possano condurre alla lievitazione anche notevole dei prezzi^[34]. Lo stesso problema non si pone per gli appalti di fornitura ove la stazione unica nazionale risponde pienamente alle attese.

Ancora una volta ci si rende conto che occorre implementare la qualificazione professionale di quanti operano nelle procedure di gara di appalto, per quanti si occupano della redazione di bandi, di capitolati e di contratti, la cui stesura richiede specifiche competenze onde evitare notevoli problemi successivi.

Vi è poi un ulteriore profilo sul quale occorre riflettere: il tempo impiegato per la gara si allunga molte volte in modo indeterminato a causa della propensione dell'Amministrazione a sospendere le procedure di gara anche a fronte della mera presentazione di un ricorso, in mancanza di un provvedimento cautelare giudiziario. Questo è un tema rilevante, di diffuso impatto, che produce notevoli ritardi nella gestione delle procedure. Come noto le prescrizioni normative depongono in senso contrario. E non solo a livello di Codice del processo amministrativo, ma anche con le recenti disposizioni in tema di semplificazione dell'azione amministrativa. Vige ormai il principio del divieto assoluto di sospensione della gara in assenza di un provvedimento giudiziario *ad hoc* e la sua mancata osservanza potrebbe anche configurare forme di responsabilità erariale per omesso esercizio dell'azione amministrativa che conducano a violare i termini di completamento della gara che, come noto, variano a seconda del valore della stessa.

Ad ogni modo, la strada della concentrazione delle Stazioni appaltanti è ormai tracciata, ma per evitare, come accaduto con il D. Lgs. n. 50/2016, che (anche) le disposizioni al riguardo del prossimo codice restino poco più che auspici su carta incapaci di tradursi in misure concretamente operanti si rende necessario dar vita da subito, in collaborazione tra università e scuole di formazione del personale pubblico, ad un vasto e capillare programma formativo che metta in condizione di dare una svolta effettiva all'efficientamento del sistema che, ancor prima che dalle norme, passa da una nuova coscienza e capacità di tenere gare d'appalto, con coraggio e piena consapevolezza, considerando che la trasparenza dell'attività e la motivazione dei provvedimenti costituiscono la vera, inossidabile valvola di garanzia a fronte dell'azione amministrativa esercitata^[3].

1. L. Torchia, *Le misure per la qualità e l'innovazione nel Codice dei contratti pubblici*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza legale della Banca d'Italia, Qualità ed efficienza nel nuovo codice dei contratti pubblici. Prospettive e questioni aperte*, 83, aprile 2018, p. 15.
2. Sul tema si rinvia alle belle pagine di G. Comporti, *Il coraggio di amministrare*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, vol. II, Editoriale Scientifica, Napoli, pp. 1101 ss.
3. Scrive G. Comporti, *op. loc. cit.*, p. 1166: «*la pavidità burocratica dipende dalla mancata percezione del fatto che compito specifico di chi lavora nelle amministrazioni pubbliche non è osservare i vincoli, ovvero arrivare a fine giornata senza incorrere in una casella nera del*

gioco dell'oca delle responsabilità, ma trovare la via per risolvere in tempi utili ed in modi ragionevoli i bisogni concreti ed effettivi delle persone esplorando l'ignoto delle possibilità legate alle vicende problematiche che le riguardano». In quella prospettiva, secondo D. De Masi, *Lo Stato necessario. Lavoro e pubblico impiego nell'Italia postindustriale*, Rizzoli, Milano, 2020, p. 302: «*invece di limitarsi a garantire la continuità e a inventare solo i mezzi per raggiungere scopi già assegnati, questi funzionari aiutano a scoprire e definire cosa sarebbe più utile fare, innovando ciò che fanno le organizzazioni pubbliche e come lo fanno».* È evidente come poi l'angolo di visuale proposto da De Masi debba fare i conti con il principio di legalità al quale è sottoposta l'intera pubblica amministrazione.

4. C. Panetta, *La qualificazione delle stazioni appaltanti*, in *www.giustamm.it*, 2016, rileva che al fine di gestire adeguatamente procedure di acquisto per conto di pubbliche amministrazioni si rendono necessarie molteplici professionalità, allo stato non presenti negli organici di queste ultime. Si tratta, oltre alla competenza giuridica, di quella economico-gestionale, tecnico-merceologica, di pianificazione della spesa. Appare evidente come il tema della composizione organica delle stazioni appaltanti sia da affrontare a monte, nella definizione dei loro stessi organigrammi o comunque nella definizione di relazioni non occasionali di collaborazione con uffici muniti di ulteriori competenze necessarie, specialmente di natura tecnica. Si pone poi un tema di raccordo tra programmazione e gestione della spesa, dal momento che i rispettivi ambiti di competenza dovrebbero sempre confluire in un'unica struttura articolata in modo che, salvo i casi di emergenza, tutta la spesa passi sempre attraverso la lente degli uffici di programmazione, nel cui contesto dovrebbero potersi rinvenire professionalità in grado di conoscere bene i prodotti prevalentemente acquistati sul mercato e le vicende di quest'ultimo.
5. Sul rapporto tra profilo organizzativo e funzionale, R. Marrama, *I principi regolatori della funzione di organizzazione pubblica*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, 1998, pp. 397 ss.; inoltre, M.R. Spasiano, *Il principio di buon andamento*, in M. Renna e F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano 2012, pp. 117 ss. Dello stesso Autore, *Profili di organizzazione della p.a. in cinquanta anni di giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in G. della Cananea e M. Dugato (a cura di), *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, Napoli, 2006, pp. 163 ss.
6. Sia consentito il rinvio a M.R. Spasiano, *Il diritto amministrativo nell'era della transdisciplinarietà*, in *Riv. Dir. e Soc.*, 4, 2021, pp. 657ss.
7. Un esempio paradigmatico è costituito dalla frequente perdita di cospicui finanziamenti europei da parte dell'Italia, condizione che si ripeta soprattutto a causa della bocciatura di progetti dovuta alla loro incompletezza per carenza di elementi di carattere finanziario, economico, amministrativo, gestionale e così via, nonostante che da tempo ormai la nozione di "progetto" sia profondamente mutata nelle norme, ma non nella capacità di integrazione di competenze da parte di tecnici e giuristi.
8. Un'attenta analisi del fenomeno della centralizzazione è in G. Fidone e F. Mataluni, *L'aggregazione dei soggetti aggiudicatori di contratti pubblici fra ragioni di integrità, specializzazione e riduzione della spesa*, in *Foro Amm.*, 11, 2014, pp. 2995 ss.; W. Gasparri,

L'evoluzione della disciplina per la concentrazione della domanda di beni e servizi nell'amministrazione pubblica, in D. Sorace (a cura di), *Amministrazione pubblica dei contratti*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013.

9. Sulla esigenza di centralizzazione, cfr. S. D'Ancona, *L'accentramento delle funzioni e dei poteri amministrativi: il caso della progettazione delle opere pubbliche*, in *Riv. Il dir. dell'econ.*, 1, 2020, pp. 1123 ss.
10. Nonostante quanto sin qui evidenziato, l'assoluta opportunità di aggregazione della domanda pubblica di beni è sostenuta da A. Zito e M. Immordino, *Aggregazione e centralizzazione della domanda pubblica di beni: stato dell'arte e proposte di miglorie al sistema vigente*, in *Riv. Nuove Autonomie*, 2, 2018, pp. 223 ss. In una prospettiva anche comparatistica, G. Racca, *La Corte di Giustizia e le scelte nazionali per una efficiente e trasparente aggregazione dei contratti pubblici: una sfida per l'evoluzione digitale della funzione appalti nazionale, regionale e locale*, in *Riv. It. dir. pubbl. comunit.*, 2, 2021; M.E. Comba, *Aggregazioni di committenza e centrali di committenza: la disciplina europea e il modello italiano*, in *Riv. Urban. e App.*, 2016, pp. 1053 ss. Inoltre, L. Fiorentino, *Le centrali di committenza e la qualificazione delle stazioni appaltanti*, in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2016.
11. In riferimento alla centralizzazione della committenza, con l'interessante sentenza n. 1 del 2021, il T.A.R. Campania, Salerno, ha provato a fare chiarezza su una serie di aspetti, a tal fine prendendo le mosse dalla definizione riguardanti la centrale di committenza fornita dal Codice dei contratti pubblici.

L'art. 3, comma 1, lett. i), del d.lgs. n. 50/2016 definisce centrale di committenza «un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore che forniscono attività di centralizzazione delle committenze e, se del caso, attività di committenza ausiliarie».

Per parlare di “centrale di committenza” è quindi indispensabile rivestire il ruolo di amministrazione aggiudicatrice o di ente aggiudicatario; devono inoltre essere fornite attività di centralizzazione delle committenze ed eventualmente attività di committenza ausiliaria, intese queste ultime come attività di supporto alla preparazione o alla gestione delle procedure di gara.

I giudici hanno poi fornito importanti chiarimenti circa l'affidamento diretto delle attività di committenza ausiliarie a una centrale di committenza. Occorre premettere che l'art. 3, comma 1, lett. m), del d.lgs. n. 50/2016 definisce le «attività di committenza ausiliarie» come «le attività che consistono nella prestazione di supporto alle attività di committenza, in particolare nelle forme seguenti: 1) infrastrutture tecniche che consentano alle stazioni appaltanti di aggiudicare appalti pubblici o di concludere accordi quadro per lavori, forniture o servizi; 2) consulenza sullo svolgimento o sulla progettazione delle procedure di appalto; 3) preparazione delle procedure di appalto in nome e per conto della stazione appaltante interessata; 4) gestione delle procedure di appalto in nome e per conto della stazione appaltante interessata».

I Giudici di Salerno hanno affermato che una stazione appaltante può affidare quelle attività in maniera diretta, prescindendo quindi dalle procedure previste dal d.lgs. n.

50/2016, solo a una centrale di committenza e unitamente a un'attività di centralizzazione delle committenze. Quindi l'affidamento diretto delle attività di committenza ausiliarie a una centrale di committenza è possibile solo laddove la centrale di committenza già presti a favore della stazione appaltante un'attività di centralizzazione delle committenze e in relazione alla stessa. Questa soluzione rinviene riscontro, a livello europeo, nella Direttiva 2014/24/UE, art. 37, paragrafo 4. Le norme europee, infatti, avallano la suddetta interpretazione, attribuendo alle stazioni appaltanti la facoltà di affidare in maniera diretta, alle centrali di committenza, le attività di centralizzazione delle committenze e le attività di committenza ausiliarie, sottratte pertanto alle regole della competizione qualora affidate e prestate congiuntamente alle prime. Le medesime attività di committenza ausiliare, qualora non siano svolte "da una centrale di committenza in collegamento con la fornitura di attività di centralizzazione delle committenze", devono invece essere affidate con procedura competitiva. In tal caso, le attività di cui all'art. 3, comma 1, lett. m), del d.lgs. n. 50/2016 si configurano come un ulteriore ausilio prestato in favore della stazione appaltante, volto a completare l'assistenza già fornita in relazione alle fasi prodromiche di progettazione della procedura e del contratto, nonché di preparazione della documentazione di gara.

12. La centralizzazione della committenza è un fenomeno risalente in alcuni Paesi. In Gran Bretagna, le centrali di committenza operano dagli anni Settanta dello scorso secolo. Un apposito studio comparativo dell'OCSE, risalente al 2011, è costituito da O.E.C.D., *Centralised Purchasing Systems in the European Union*, SIGMA Papers, n. 47, Paris.
13. Sulle forme di aggregazione nella direttiva 24/2014/UE, cfr. E. Contento e L. Donato, *Dove portano le nuove direttive europee*, in *Quaderni di Ricerca giuridica della Consulenza legale della Banca d'Italia*, 80, febbraio 2016, p. 105. Inoltre, R. Cavallo Perin, relazione al Convegno *Appalti pubblici: innovazione e razionalizzazione. La strategia di aggregazione e cooperazione europea nelle nuove direttive*, Roma 14 maggio 2014, in www.giustizia-amministrativa.it.
14. P. Chirulli, *Qualificazione delle stazioni appaltanti e centralizzazione delle committenze*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza legale della Banca d'Italia, Qualità ed efficienza nel nuovo codice dei contratti pubblici. Prospettive e questioni aperte*, 83, aprile 2018, p. 24, rileva che l'innalzamento del livello qualitativo delle commesse pubbliche costituisce di certo uno dei principali obiettivi della Direttiva n. 24/2014/UE ove l'aspetto della specializzazione delle stazioni appaltanti, pur non trattato direttamente, ne è un chiaro presupposto e una condizione di effettiva attuazione. «Le direttive – osserva P. Chirulli – presuppongono stazioni appaltanti competenti che siano capaci (...) non soltanto di confezionare e seguire procedure che garantiscano un confronto concorrenziale effettivo e paritario, ma che debbono essere in grado di fare dell'attività di affidamento degli appalti pubblici, anche e soprattutto un'occasione di innovazione, di sperimentazione e di innalzamento della qualità complessiva della domanda e dell'offerta».

È di certo da condividere che l'aggregazione della domanda comportando un più ampio volume dell'oggetto dell'appalto da cui può derivare la riduzione del prezzo dei beni e dei

servizi da acquistare, in una al miglioramento dell'efficienza conseguente alla diminuzione del numero delle stazioni appaltanti, ma è non meno vero che l'aggregazione della domanda può determinare eccessiva concentrazione del potere di acquisto, con l'implicazione di un forte incentivo alla stabilizzazione di cartelli, accordi collusivi e altre forme fraudolente di spartizione del mercato. Su questi specifici profili, cfr. L. Fiorentino, *Le centrali di committenza e la qualificazione delle stazioni appaltanti*, in *Giorn. dir. amm.* 2016, pp. 4 ss.; G.L. Albano, A. Cipollone, M. Sparro, *Divisione in lotti, partecipazione e competizione nelle gare d'appalto*, in *Ufficio Studi CONSIP s.p.a., Quaderno n. 2/2016*, su www.consip.it.

15. P. Chirulli, *op. cit.*, p. 25, rileva che nel codice di cui al d. lgs. n. 50 del 2016 emerge «*l'idea che la stazione appaltante innanzitutto debba programmare e progettare, ossia individuare preventivamente, le proprie esigenze calibrando su di esse la singola procedura di gara*». Accade invece sovente che l'effettuazione della spesa, soprattutto negli ambiti delle forniture e dei servizi, sia una risposta ad emergenze calate da altri uffici su quello competente a gare e contratti, senza alcuna considerazione della programmazione di spesa che, peraltro, sarebbe la prima vera fonte di risparmio.
16. Sulla qualificazione della stazione appaltante nel periodo transitorio, T.A.R. Lombardia, Brescia, sentenza del 21 marzo 2019, n. 266.
17. Sul rapporto tra Consip e centrali di committenza regionale, cfr. (Redazione), *Sanità: la gara Consip non prevale sulla gara della centrale di committenza regionale*, in *sentenzeappalti.it*, 2021, con ampi richiami giurisprudenziali. In particolare, cfr. Cons. St., Sez. III, 26 febbraio 2019, n. 1329. Sulla mancata adesione alla convenzione Consip ai fini dell'espletamento di una autonoma procedura, cfr. Cons. St., Sez. V, 28 marzo 2018, n. 1937.
18. Sulla gara aggregata e sulle conseguenze processuali della scelta, cfr. Cons. St., Ad. Plen. 18 maggio 2018, n. 8.
19. P. Chirulli, *Qualificazione delle stazioni appaltanti e centralizzazione delle committenze*, *op. cit.*, p. 23, osserva che il codice «*da una parte valorizza e rende in molti casi necessario il ricorso alle centrali di committenza, disciplinandone le diverse modalità di utilizzazione, dall'altra condiziona la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di svolgere in modo autonomo il ruolo di stazione appaltante al conseguimento di una necessaria preliminare qualificazione, salvo il periodo di moratoria previsto in via transitoria*». Invero quella transitorietà non ha sinora visto la fine.
20. M. Macchia, *Art. 38 – Qualificazione delle stazioni appaltanti e centrali di committenza*, in G.M. Esposito (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Utet Giuridica, Milano, 2017, rileva che gli obiettivi del legislatore con il d.P.R. n. 50 del 2016 sono tre: il primo è costituito dalla tutela della concorrenza. Al riguardo, la frammentazione delle stazioni appaltanti determina la dispersione della domanda di contratti pubblici che tende a favorire gli operatori già presenti sul mercato a discapito di nuove imprese. Il secondo riguarda la professionalizzazione delle stazioni appaltanti, con un corpo di dipendenti specializzato. Il terzo è il contenimento della spesa pubblica. Su quest'ultimo profilo, si

- rinvia a B.G. Mattarella, *La centralizzazione delle committenze*, in *Giorn. Dir. amm.*, 5, 2016, pp. 613 ss.
21. L. Donato (a cura di), *La riforma delle stazioni appaltanti. Ricerca della qualità e disciplina europea*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza legale della Banca d'Italia*, 80, febbraio 2016. Inoltre, M. De Benedetti, *I soggetti aggiudicatori: nuovo modello organizzativo nella pubblica amministrazione italiana*, in *Amministrazione in cammino*, 2017, pp. 2 ss.; S. Martino, *Art. 37 Aggregazione e centralizzazione delle committenze*, in R. Garofoli e G. Ferrari (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Neldiritto Editore, Roma – Molfetta, 2017, pp. 764 ss.
 22. Una interessante novità emergente dal Codice del 2016 è il superamento della coincidenza del concetto di amministrazione aggiudicatrice con quello di stazione appaltante. Solo chi è in grado di svolgere quest'ultima funzione, in quanto qualificato, può svolgere le procedure di aggiudicazione, altrimenti si avvarrà delle modalità sostitutive previste. Sui profili organizzativi relativi alle procedure di affidamento, si rinvia a G. Marchianò, *La regolamentazione nella domanda pubblica alla luce della legge delega di recepimento delle nuove direttive: il ruolo dell'Amministrazione*, in *Riv. ital. dir. pubbl. com.* 2016, pp. 1 ss.
 23. Sul tema cfr. R. de Nictolis, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 5, 2016, pp. 507 ss.
 24. Sia consentito, da ultimo, il rinvio a M.R. Spasiano, *Nuove riflessioni in tema di amministrazione di risultato*, in *Scritti per Franco G. Scoca*, vol. V, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, pp. 4845 ss.; dello stesso A., *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Giappichelli, Napoli, 2003. Inoltre, F.G. Scoca, voce *Attività amministrativa*, in *Enc. del Dir.* (VI agg.), Giuffrè Milano 2002, p. 10; M. Immordino e A. Police (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati. Atti del Convegno Palermo, 27-28 febbraio 2003*, Giappichelli, Torino 2004. In giurisprudenza si rinvia in particolare a Cons. St., Sez. VI, 3 dicembre 2008, n. 5938 e T.A.R. Campania, Napoli (sezione V), sentenza del 1° luglio 2006, n. 7428.
 25. Così dispone l'art. 1 dello *Schema preliminare di Codice*, intitolato *Principio del risultato*, predisposto dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato: «1. *Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza.*
2. *La concorrenza tra gli operatori economici è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti. La trasparenza è funzionale alla massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole del codice e ne assicura la piena verificabilità.*
3. *Il principio del risultato costituisce attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità. Esso è perseguito nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea.*
4. *Il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere*

discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto, nonché per:

- a) valutare la responsabilità del personale che svolge funzioni amministrative o tecniche nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti;□*
- b) attribuire gli incentivi secondo le modalità previste dalla contrattazione collettiva».*

26. Sulla possibilità di forme di partenariato pubblico – privato, cfr. M.G. Racca, *Le centrali di committenza nelle nuove strategie di aggiudicazione dei contratti pubblici*, in *Italiadecide – Rapporto 2015, Semplificare è possibile: come le pubbliche amministrazioni potrebbero fare pace con le imprese*, 2015, pp. 496 ss. Sulla natura giuridica delle centrali di committenza, C. Acocella, *Art. 33*, in L. R. Perfetti (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Ipsoa, Milanofiori Assago, 2013, pp. 475 ss.
27. Corte giust., sentenza 4 giugno 2020, C-3/19, *Asmel*, ECLI:EU:C:2020:423, p.to 61.
28. *Ibid*, p.to 62.
29. *Ibid*, p.to 66. Appare interessante, al riguardo, la recente sentenza 6 dicembre 2021, n. 8072, con la quale il Consiglio di Stato ha ritenuto che non possa essere qualificata «centrale di committenza» o «soggetto aggregatore», un soggetto non corrispondente ai tipi legali previsti dall'art. 33, comma 3-bis, d.lgs. 12 aprile 2006, 163 per l'unione di comuni e l'accordo consortile, escludendone altresì la qualificazione di «organismo di diritto pubblico». I giudici di appello hanno rilevato che con la sentenza del 4 giugno 2020, C-3/19, la Corte di Giustizia ha chiarito che, al fine di garantire la libera prestazione dei servizi e l'apertura ad una concorrenza non falsata, non può essere riconosciuta da una normativa nazionale la qualità di «centrale di committenza» ad un soggetto privo della qualità di amministrazione aggiudicatrice, ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 9, della Direttiva 2004/18/CE. Sulla natura giuridica degli accordi con la centrale unica di committenza, cfr. la determinazione ANAC n. 3 del 25 febbraio 2015. Sul punto, A. Zito e M. Immordino, *Aggregazione e centralizzazione della domanda pubblica di beni: stato dell'arte e proposte di miglorie al sistema vigente*, op. cit., p. 230.
30. L. Torchia, *Le misure per la qualità e l'innovazione nel Codice dei contratti pubblici*, op. loc. cit.
31. Sulle cause di infiltrazione della criminalità organizzata nella rete degli appalti, si rinvia a R. Cantone, *Il sistema della prevenzione della corruzione*, Giappichelli, Torino, 2020.
32. Sul tema, di particolare interesse, cfr. Cons. St., Sez. V, 6 marzo 2017, n. 1038: secondo il massimo organo di giustizia amministrativa, il requisito di fatturato costituisce una conseguenza della dimensione del lotto territoriale. Come qualsiasi scelta della pubblica amministrazione anche la suddivisione in lotti di un contratto pubblico si presta ad essere sindacata in sede giurisdizionale amministrativa. Una limitata partecipazione di operatori economici non risponde agli obiettivi della stessa centralizzazione della domanda pubblica attraverso convenzioni nazionali cui le amministrazioni sono tenute ad aderire, e cioè di risparmio di costi per queste ultime (come da ultimo ribadito dal più volte citato art. 9 d.l. n. 66/2014). In senso difforme, T.A.R. Lazio, Roma (sezione II), sentenza del 27 settembre 2016, n. 9952.

La sentenza del Consiglio di Stato interviene dunque sul delicato tema del rapporto sussistente tra il fenomeno della centralizzazione della committenza pubblica e il principio del *favor participationis*, oggi declinato con particolare riguardo alle microimprese e a quelle di piccole e medie dimensioni (cfr. l'art. 2, comma 1 bis del d.lgs. n. 163/2006 e gli artt. 3, lett. qq, e 51 del d.lgs. n. 50/2016).

La questione della suddivisione dei grandi appalti in lotti "funzionali", idonei a garantire la più ampia partecipazione alla gara, è – ad avviso dei giudici – intimamente connessa con quella relativa al valore del fatturato richiesto ai fini della partecipazione. La necessaria proporzionalità dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi non va pertanto verificata in sé, ma in relazione all'adeguatezza della suddivisione dell'appalto in lotti, che da essa discende, avendosi di mira la finalità euro-unitaria di garantire la più ampia partecipazione delle PMI.

Una suddivisione in lotti di dimensioni non adeguate risulta irragionevolmente lesiva – oltre che dei nuovi principi euro-unitari in favore delle PMI, non a caso richiamati nel considerando n. 2 della Direttiva 24/2014/UE, anche – dell'interesse «*della stessa amministrazione a favorire la più ampia partecipazione di operatori privati al fine di conseguire i maggiori risparmi economici che solo un confronto competitivo ampio può assicurare*». Il Consiglio di Stato ha evidenziato come la discrezionalità spettante alla stazione appaltante nella suddivisione di un appalto in lotti "funzionali" non può essere ritenuta in assoluto incensurabile, trattandosi dell'esercizio di un potere amministrativo attribuito dalla legge per il conseguimento di determinate finalità (l'apertura del mercato pubblico alle PMI), il cui raggiungimento l'impugnato bando non aveva affatto garantito.

33. Sugli acquisti tramite CONSIP, c.d. "acquisti in rete", L. Minganti, *Gli acquisti delle amministrazioni tramite convenzioni quadro: il modello Consip*, in *Riv trim. app.*, 4, 2005 (I parte), e 1, 2006 (II parte); inoltre, D. Colaccino, *L'approvvigionamento di beni e servizi tra Modello Consip e centrali d'acquisto locali*, in L. Fiorentino e B.G. Mattarella (a cura di), *L'esternalizzazione delle gestioni amministrative nelle pubbliche amministrazioni*, Maggioli Editore, Rimini, 2007, pp. 117 ss. S. Vinti, *Gli accordi quadro e i sistemi dinamici di acquisizione*, in A. Cancrini, C. Franchini, S. Vinti (a cura di), *Codice degli appalti pubblici*, Utet Giuridica, Torino 2014, pp. 370 ss.
34. In tema di obbligo di adesione alla convenzione stipulata dalla centrale unica regionale e di motivazione ai fini della deroga, cfr. Cons. St., Sez. V, 19 giugno 2019, n. 4190.
35. E. Carloni, *Il paradigma trasparenza. Amministrazioni, informazione, democrazia*, Il Mulino, Bologna, 2022.

Il Segretario Comunale ed i suoi limiti: “garante” ma non “gestore”

Riccardo Cabazzi

DOI: 10.13130/2723-9195/2023-1-123

Il Segretario generale è una figura che garantisce (anche) un controllo indipendente sull'attività degli enti locali. Pertanto, alla luce di questa sua funzione, oltre a quella di coordinamento e di sovrintendenza, non può avocare a sé atti gestori della dirigenza, se non in caso di inadempimento. Il TAR Calabria, con sentenza n. 1653/2022, ha dichiarato illegittima, per incompetenza relativa, l'aggiudicazione di un appalto disposta con provvedimento del Segretario, anziché del dirigente preposto.

The Municipal Secretary and his limits: "guarantor" but not "manager"

The Secretary-General ensures (also) an independent control over the activities of local authorities. Therefore, in the light of this function, in addition to that of coordination and oversight, he/she cannot advocate acts of management, except in the event of default. The Administrative Tribunal (TAR) of Calabria, by judgment n. 1653/2022, has declared illegitimate, for relative incompetence, the award of a contract with a decision taken by the Secretary-General rather than the responsible Public Officer.

Sommario. 1. Il Segretario tra apicalità, fiduciarietà e necessaria salvaguardia della legalità e del buon andamento dell'ente locale; - 2. La dirigenza negli enti locali: inquadramento e rapporto con l'organo politico; - 3. Segretario e dirigenza: mero coordinamento o possibile interferenza?; - 4. Considerazioni conclusive. La necessaria salvaguardia delle competenze gestorie dirigenziali.

1. Il Segretario tra apicalità, fiduciarietà e necessaria

salvaguardia della legalità e del buon andamento dell'ente locale

Nel caso di specie una società è ricorsa al TAR Calabria impugnando il provvedimento con cui il Segretario del Comune di Trebisacce ha aggiudicato una gara di appalto. Egli aveva avocato a sé il relativo provvedimento, di competenza del dirigente preposto, in quanto quest'ultimo si trovava in conflitto di interesse. La questione di diritto, su cui il giudice amministrativo si è espresso, ha quindi riguardato la legittimità del suddetto atto, con riferimento al lamentato vizio di incompetenza. Ciò premesso, giova quindi una ricostruzione dogmatica degli aspetti più rilevanti.

Si consideri, anzitutto, che la posizione del Segretario si connota per il fatto che, benché questo sia, a tutti gli effetti, un funzionario del Ministero dell'Interno, instaura con gli enti locali un rapporto di servizio, tanto da dipendere funzionalmente dal Sindaco o dal Presidente della provincia^[1]. Come noto, si tratta di un soggetto di natura neutrale, deputato allo svolgimento di compiti di carattere tecnico-professionale e consultivo^[2]. Invero, il Segretario rappresenta il “delicato” punto di equilibrio tra le ragioni dell'autonomia degli enti locali^[3], da una parte, e le esigenze di un controllo indipendente sulla loro attività, dall'altro. Quanto a questo ultimo profilo assume, in particolare, il ruolo di garante della legalità e dell'imparzialità^[4] dell'operato dell'amministrazione^[5]. Il Segretario è infatti precipuamente preposto alla verifica della conformità dell'azione amministrativa comunale (e provinciale) alle leggi, allo statuto ed ai regolamenti. È altresì nominato Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza^[6], salvo diversa e motivata determinazione dell'organo di indirizzo. Ancora, riveste, *ex lege*, il ruolo di “regista” dell'intero sistema dei controlli interni^[7] di cui all'art. 147 bis e ss. TUEL e, in particolare, di quello successivo di regolarità amministrativo contabile, finalizzato a verificare la legittimità dell'azione dell'ente^[8]. Da ultimo, la terzietà della figura del Segretario si può ricavare anche dalla invalsa prassi per cui egli è spesso nominato componente monocratico (o collegiale) dell'Ufficio per i procedimenti disciplinari, sì da garantire che sia un soggetto estraneo ed apicale ad esercitare l'azione disciplinare nei confronti dei dipendenti del comune^[9].

Nondimeno, al summenzionato tratto tipico dell'apicalità si affianca inoltre il

carattere della fiduciarità dell'incarico conferito. Il Segretario, infatti, cessa dalle proprie funzioni al termine del mandato amministrativo, benché continui ad esercitarle, in regime di *prorogatio*, anche oltre tale scadenza, e fatta comunque salva la possibilità di rinnovo da parte del successivo Sindaco. Questo meccanismo di c.d. *spoils system* attenuato^[10] deriva – oltre che da ragioni storiche – anche dal fatto che il Segretario è tenuto a svolgere un'attività di supporto e propositiva nei confronti degli organi collegiali dell'ente, con cui direttamente si interfaccia. Egli non indica o sostiene obiettivi specifici, posto che non è tenuto all'adesione agli orientamenti politici di chi lo nomina, e nemmeno alla condivisione dei fini perseguiti dall'amministrazione. Prospetta invece al Sindaco e alla Giunta quali obiettivi possono essere legittimamente inclusi tra i risultati che questi intendono perseguire. Ed è proprio in questo interstizio che si colloca l'azione del Segretario comunale in relazione a quella (e ben distinta) degli organi politici; ovvero nell'individuazione, nei ranghi della legittimità, delle modalità più efficienti ed efficaci per realizzare quanto previsto negli atti programmatici. Da ciò discende, di converso, che il Segretario dovrebbe altresì fungere da “argine” in grado di precludere le perseguite finalità politiche ove queste non soddisfino un concreto e generale interesse pubblico.

2. La dirigenza negli enti locali: inquadramento e rapporto con l'organo politico

Ciò posto, ai fini di una più compiuta disamina della figura del Segretario, è necessario considerare che ogni ente locale è dotato della dirigenza o delle posizioni organizzative (per i comuni più piccoli^[11]). A costoro – cui sono attribuiti poteri e risorse necessari – spetta, ai sensi dell'art. 107 TUEL, la gestione amministrativa, finanziaria e tecnica, nonché l'adozione degli atti che hanno rilevanza verso l'esterno^[12]. Anche il personale dirigenziale ha un legame fiduciario con l'organo politico, posto che i relativi incarichi sono conferiti a tempo determinato, con provvedimento motivato del sindaco, ai sensi dell'art. 50, comma 10 del TUEL. Tuttavia, molte volte, tale legame supera lo stesso concetto di fiduciarità^[13]. Si deve infatti osservare che, negli enti locali, dove i Sindaci sono scelti direttamente dai cittadini e vi è concentrazione della responsabilità politico-amministrativa su di un unico soggetto, la pressione sulla

dirigenza è più forte, in quanto strumentale al mantenimento del rapporto con gli elettori. Pertanto, tracciare una linea netta di confine tra la sfera politica e quella dei dirigenti appare, nella prassi, spesso complesso. Alla luce quindi di tale maggior condizionamento, la separazione funzionale prevista dal TUEL tra organi di indirizzo, da una parte, e organi di gestione, dall'altra, pare potersi meglio riqualificare quale rapporto di interconnessione^[14].

3. Segretario e dirigenza: mero coordinamento o possibile interferenza?

Quaestio iuris della sentenza in commento attiene quindi al rapporto sussistente tra i dirigenti ed il Segretario. Da una lettura, in combinato disposto, degli artt. 107 commi 2, 4 e 97 comma 2 lett. d) del TUEL emerge un chiaro ordine nell'assegnazione delle competenze^[15], tale per cui le funzioni gestionali sono attribuite ai dirigenti e, solo in mancanza di questi ultimi, possono essere assegnate al Segretario. Qualsiasi deroga a tale attribuzione gestoria è ammessa solo in presenza di espresse e specifiche disposizioni di legge. Il Segretario, invece, si limita a sovrintendere allo svolgimento delle funzioni dei dirigenti e a coordinarne l'attività.

Questo sistema si staglia su un perfetto equilibrio tra l'esigenza autonomistica, da una parte, e la necessità di un controllo indipendente sull'ente locale, dall'altra; i dirigenti, infatti, non possono ingerirsi nelle competenze del Segretario, né, a sua volta, quest'ultimo, ha modo di esercitare le attribuzioni dei primi. In linea con questa ricostruzione, sovviene anche l'art. 101 del CCNL^[16] dirigenti funzioni locali, benché non menzionato dal TAR Calabria. Secondo tale previsione: «l'assunzione delle funzioni di segretario comunale comporta compiti di sovrintendenza allo svolgimento delle funzioni dei dirigenti e di coordinamento delle loro attività, tra i quali la sovrintendenza alla gestione complessiva dell'ente». Conferisce inoltre al Segretario: «l'esercizio del potere di avocazione degli atti dei dirigenti in caso di inadempimento». Ciò a ribadire che il Segretario non è un soggetto gestore^[17]; egli è infatti tenuto al mero coordinamento dell'attività dei dirigenti, ai fini di assicurare unità di intenti nel perseguimento degli obiettivi politici prefissati negli atti programmatori. Diversamente, smarrirebbe il suo storico ruolo di «snodo^[18]» tra politica e gestione, nonché di

“guida” imparziale dell’azione amministrativa dell’ente^[19].

4. Considerazioni conclusive. La necessaria salvaguardia delle competenze gestorie dirigenziali.

Pertanto, alla luce delle considerazioni sviluppate, il provvedimento di aggiudicazione di una gara d’appalto adottato dal Segretario, in luogo del dirigente competente, è da ritenersi affetto da illegittimità per incompetenza relativa. Questa la conclusione lapidaria cui è addivenuto il TAR Calabria. Quanto inoltre alla deduzione del Comune resistente secondo cui il Segretario avrebbe legittimamente esercitato il potere di avocazione ex art. 101 CCNL citato^[20], il TAR osserva come non si sarebbe ravvisato alcun inadempimento da parte del dirigente preposto, unica ipotesi (residuale) tale da giustificare un atto di gestione da parte del Segretario.

In conclusione, quindi, ad oggi le norme del TUEL (97 e 107) consentono di demarcare chiaramente le funzioni dei dirigenti da quelle segretariali, come sopra illustrate. La pronuncia in esame, nel ribadire tale distinzione, ricorda come un’invasione di tali competenze da parte del Segretario comporterebbe, inevitabilmente, un’identità (anche di funzioni) tra soggetto coordinatore e soggetto coordinato, con una conseguente perdita di autonomia gestoria in capo all’ente^[21]. Invero, mentre il Segretario è pur sempre incardinato presso il Ministero dell’Interno, la dirigenza mantiene invece – come noto – un rapporto di servizio con il comune o la provincia.

1. Su questo tema si rimanda alla nota pronuncia, Corte Cost., sent. 22 febbraio 2019, n. 23.
2. Per una ricostruzione più compiuta della figura del Segretario comunale nell’ordinamento giuridico italiano si vedano: C. Napoli, *La Corte costituzionale interviene sul rapporto tra vertice politico e vertice amministrativo dell’ente locale. Una nuova forma di «bicefalismo» per i segretari comunali e provinciali?*, in *Le Regioni*, n. 2/2019, 501 e ss.; S. De Götzen, *L’affermazione di un carattere fiduciario è compatibile con le funzioni del segretario comunale?*, in *Le Regioni*, 2, 2019, p. 487 e ss.; A. Mirotti, *Considerazioni sulla tormentata figura del Segretario comunale dopo la sentenza n. 23/2019 della Corte costituzionale*, in *Federalismi*, n. 4/2020.
3. Sul tema, si richiamano le osservazioni di: F. Pizzolato - P. Costa, *Le autonomie territoriali fra principi europei e tradizioni costituzionali comuni*, in P. Carnevale - E. Castorina - G. Grasso - R. Manfrellotti (a cura di), *L’Europa dei tre disincanti. Liber Amicorum per*

CERIDAP

Giovanni Cocco, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, p. 711 e ss.

4. Al Segretario è inoltre attribuita la funzione rogatoria, con riferimento ai contratti nei quali l'ente è parte e di autenticazione delle scritture private e degli atti unilaterali nell'interesse dell'ente stesso (art. 97, comma 4, lett. c) T.U.E.L.). È pacifico che tale funzione è strettamente connessa alla posizione di neutralità ed imparzialità di chi la svolge. In questo senso e, sempre in riferimento alla figura del Segretario, vedasi: T. Tessaro, *Una moderna araba fenice. Focus sullo status e ruolo del segretario comunale*, in *Comuni d'Italia*, n. 9/2018.
5. È stato rivolto all'ANAC un quesito circa l'applicabilità al Segretario comunale dell'art. 14 del D.lgs. 33/2013 (Obblighi di pubblicazione concernenti i titolari di incarichi politici, di amministrazione, di direzione o di governo e i titolari di incarichi dirigenziali) ed, in particolare, degli obblighi di pubblicazione aventi ad oggetto le dichiarazioni reddituali e patrimoniali (art. 14, co. 1, lett. f). L'Autorità ha risposto in senso positivo, considerando che le funzioni di Segretario implicano l'esercizio di compiti propositivi, organizzativi, di gestione di risorse umane e strumentali "ritenuti di elevatissimo rilievo", tipici delle figure dirigenziali di livello apicale, analogamente a quelle di cui ai commi 3 e 4 dell'art. 19 del d.lgs. 165/2001. Proprio tali compiti, nell'ottica della sentenza della Corte Cost. sent. n. 20/2019, sono quindi presupposto per l'applicazione dell'art. 14, co. 1, lett. f). La pronuncia della Corte ha infatti confermato che il Segretario comunale è figura apicale con un delicato ruolo istituzionale, essendogli attribuiti importanti compiti a garanzia dell'imparzialità dell'attività amministrativa. Vedasi: Deliberazione ANAC, n. 1202 del 18 dicembre 2019.
6. Con riferimento a tale ruolo, si è assistito ad una sorta di schizofrenia normativa da parte del legislatore. Questo ha infatti dapprima previsto, con l'introduzione dell'art. 1 comma 7 della L. 190/2012, che: «negli enti locali, il responsabile della prevenzione della corruzione è individuato, di norma, nel segretario, salva diversa e motivata determinazione», così estendendone le funzioni. Successivamente, tuttavia, il legislatore ha altresì previsto l'abolizione della figura del Segretario, ad opera della riforma Madia (art. 11 comma 1 lett. b) n. 4, L. 7 agosto 2015, n. 124, rubricato deleghe al governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche). La Corte ha però dichiarato illegittima la suddetta normativa nella parte in cui ha previsto che i decreti legislativi attuativi fossero adottati previa acquisizione del parere reso in sede di conferenza unificata, anziché previa intesa in sede di conferenza Stato-Regioni. Il riferimento è a: Corte Cost., sent. 25 novembre 2016, n. 251. Lo schema attuativo della riforma Madia aveva previsto che la figura del Segretario fosse sostituita da quella di un dirigente apicale con compiti di attuazione dell'indirizzo politico, coordinamento dell'attività amministrativa e controllo della legalità dell'azione amministrativa. Per approfondimenti relativi alla sentenza della Corte vedasi, in particolare: R. Bifulco, *L'onda lunga della sentenza n. 251/2016 della Corte Costituzionale*, in *Federalismi*, n. 3/2017.
7. Il graduale rafforzamento dell'apparato dei controlli ha visto contrapposti il valore/bene dell'equilibrio finanziario, da una parte, e quello autonomistico, dall'altra. I due sarebbero

quindi inconciliabili proprio in quanto l'autonomia degli enti è di carattere politico-democratico, segnatamente nella realtà territoriale di riferimento. In tal senso argomenta: C. Buzzacchi, *Autonomie e Corte dei conti: la valenza democratica del controllo di legalità finanziaria*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2020. Sul bilancio quale bene pubblico vedasi, *ex multis*, Corte Cost., sent. n. 20 luglio 2016, n. 184. Stante la suddetta contrapposizione, il ruolo del Segretario non può che assumere una centrale rilevanza; è peraltro lui stesso che, nei comuni con popolazione superiore 15.000 abitanti, coadiuva il Sindaco nell'annuale trasmissione alla Corte dei Conti del referto sul sistema dei controlli interni, ai sensi dell'art. 148 TUEL.

8. Su questo tema, vedasi il contributo di C. Amato, *Il ruolo del Segretario comunale e i controlli interni nelle autonomie locali*, Libellula Università e Ricerca, Lecce, 2015.
9. Su questo punto vedasi anche quanto affermato dall'ANAC, con delibera n. 700 del 23 luglio 2019. In particolare, l'Autorità ha affermato che: «è auspicabile che le pubbliche amministrazioni e gli enti interessati, laddove possibile, distinguano la figura del Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza da quella di componente dell'Ufficio procedimenti disciplinari, soprattutto nelle amministrazioni e negli enti di maggiori dimensioni e nel caso in cui l'UPD sia organo monocratico».
10. Su questo tema si rinvia, oltre che agli Autori menzionati nella nota n. 2, a: M. Gorlani, *I segretari comunali e lo "spoils system": un compromesso non semplice (e non convincente) per una figura dai profili multiformi. Nota a sent. C. Cost. 22 febbraio 2019 n. 23*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1/2019, p. 284 e ss. Si noti che quando il Segretario comunale cessa dalle proprie funzioni, al mutare del Sindaco, vede garantita la propria stabilità giuridica ed economica, sia dalla permanenza dell'iscrizione all'Albo, sia dal meccanismo della disponibilità. Ciò (anche) a presidio del fatto che, con il pretesto del suo timore di vedere compromesso il rapporto fiduciario con l'amministrazione, il Segretario possa essere strumentalizzato come soggetto che assicuri sempre e comunque la gestione politica dietro di esso. Tanto più che, ai sensi dell'art. 100 del TUEL, egli può essere revocato con provvedimento motivato del Sindaco, seppur previa deliberazione della Giunta e limitatamente alla violazione dei doveri d'ufficio.
11. Le funzioni gestionali del Segretario, sebbene previste dal medesimo articolo 97, comma 4, del d.lgs. 267/2000, sono solo di natura eventuale, suppletiva, transeunte e recessiva. Tale disposizione, pur integrando una sorta di clausola in bianco, si dà consentire, in linea di principio (per ragioni di flessibilità organizzativa), l'affidamento al Segretario di funzioni gestionali, va infatti temperata con altre disposizioni affermatrici di principi di ordine generale, come quella secondo cui i compiti c.d. di amministrazione attiva spettano ai dirigenti e non possono essere loro sottratti se non in virtù di una norma primaria espressa. Pertanto, l'attribuzione al Segretario di funzioni dirigenziali può avvenire solo previo accertamento dell'assenza di adeguate figure professionali interne e, comunque, in via temporanea. Ciò ad evidenziare chiaramente che la strada dell'affidamento di compiti gestori ai Segretari è percorribile solo in via transitoria, e in casi eccezionali. In questo senso, vedasi, *ex multis*, Cons. St. sent. 25 settembre 2006, n. 5625; Cass. civ. sent. 12

luglio 2007, n. 13708.

12. Sulla complessità di tracciare una compiuta separazione tra le funzioni della dirigenza pubblica e quelle della politica, ai fini della miglior cura dell'interesse pubblico, si riportano alcune interessanti considerazioni del Prof. Carrozza: «*La separazione tra attività di gestione "tecnica" e attività "politica", introdotta nel nostro Paese dalla riforma cassesiana del 1993, continua a costituire una sorta di unicum, privo di imitazioni in altri ordinamenti europei. Si può certamente discutere a lungo se tale soluzione sia in qualche modo già contenuta, quantomeno in nuce, nel testo dell'art. 97 Cost. voluto dai costituenti, o se si tratti piuttosto di uno sviluppo che nel 1947 non si poteva neppure immaginare, rispondendo esso ad un'esigenza – quella di limitare l'influenza e lo strapotere delle segreterie dei partiti nella vita del paese – nata negli anni Ottanta ed esplosa nei primi anni novanta del secolo scorso. Essa ha dato luogo a normative controverse, dimostrando che una separazione netta tra politica e amministrazione (e dunque tecnica gestionale) non è così semplice da realizzare [...] E' difficile immaginare di poter indirizzare senza conoscere i problemi gestionali; ed è altrettanto difficile immaginare che l'attuazione di un indirizzo (la gestione tecnico – amministrativa) sia del tutto ininfluenza sulle scelte politiche...*» Cfr. P. Carrozza, *Tecnica e politica: la necessaria complementarità*, in G. Grasso (a cura di) *Il Governo tra tecnica e politica, Atti del Seminario Annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa"*, Como, 20 novembre 2015, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, pp. 83, 84.
13. È stato tuttavia osservato, sul punto, che la Corte costituzionale ha offerto al legislatore alcuni strumenti ermeneutici idonei ad orientarne i futuri interventi sulla dirigenza in senso conforme al dettato costituzionale. Questo a garanzia che i dirigenti siano sottratti alle influenze dei partiti politici. Strumenti funzionali a tale risultato sono, tra gli altri: una adeguata durata dell'incarico, la costante valutazione dei risultati conseguiti, la subordinabilità dell'eventuale (motivato) atto di revoca dell'incarico al controllo giurisdizionale. Invero, in un contesto storico ed organizzativo nel quale la debolezza della dirigenza rappresenta una costante resta sempre attuale il rischio di nuovi tentativi espansivi da parte della maggioranza politica, oltre le proprie funzioni di indirizzo politico amministrativo. In tal senso: L. Panzeri, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale in tema di spoils system alla definizione del rapporto tra politica e amministrazione*, in G. Grasso (a cura di) *Il Governo tra tecnica e politica, Atti del Seminario Annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa"*, Como, 20 novembre 2015, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, pp. 263, 264.
14. Per una disamina critica sul tema vedasi: A. Patroni Griffi, *Dimensione costituzionale e modelli legislativi della dirigenza pubblica. Contributo ad uno studio del rapporto di "autonomia strumentale" tra politica e amministrazione*, Jovene, Napoli, 2002, p. 2 ss.
15. Il tenore letterale delle norme del TUEL (ma anche del D.Lgs. 165/2001) non può che suffragare la tesi sostenuta dal TAR Catanzaro, secondo cui i compiti di gestione sono riservati alla dirigenza e, solamente in via suppletiva ed eventuale, al Segretario. Il menzionato art. 107 prevede (comma 1) infatti che: «*la gestione amministrativa, finanziaria e tecnica è attribuita ai dirigenti mediante autonomi poteri di spesa, di*

organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo». Medesimi significato e ratio quelli di cui all'art. 4 TUPI, secondo cui: *«ai dirigenti spetta l'adozione degli atti e provvedimenti amministrativi, compresi tutti gli atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, nonché la gestione finanziaria, tecnica e amministrativa mediante autonomi poteri di spesa, di organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo»*. Tali attribuzioni, tornando al TUEL (art. 107 comma 4), possono essere derogate *«soltanto espressamente e ad opera di specifiche disposizioni legislative»*. Ancora, si osservi che, ai sensi dell'art. 97 comma 4 lett. c), il Segretario può esprimere il parere di regolarità tecnica e quello di regolarità contabile, in relazione alle sue competenze, nel solo caso in cui l'ente non sia dotato di dirigenti/responsabili di servizi. Pertanto, non solo, in generale, tutti gli atti gestori, bensì anche, nello specifico, anche i pareri ex art 49 TUEL sulle proposte di deliberazione di Giunta e di Consiglio sono tipicamente dirigenziali e, solo residualmente, segretariali. Alla luce della suddetta ricostruzione, se è quindi pur vero che l'art. 97 TUEL, comma 4, lett. c) prevede che *«il Segretario esercita ogni altra funzione attribuitagli dallo statuto o dai regolamenti conferitagli dal Sindaco»*, non sembra che questi atti normativi dell'ente possano legittimamente incaricarlo di funzioni dirigenziali. Ciò in quanto si porrebbero in evidente contrasto con le norme del TUEL (e del TUPI) suesposte. Piuttosto, l'art. 97 comma 4 lett. c) appare come una norma di chiusura “elastica” che permette al Segretario di assumere la sua connotazione funzionale di soggetto a “geometria variabile”.

16. Al riguardo, il recente orientamento applicativo dell'ARAN AFL7 (2021) ha tentato di fornire chiarimenti in merito al coordinamento tra i compiti di sovrintendenza previsti, per il Segretario comunale, dall'art. 101, comma 1, del CCNL 17.12.2020 e le funzioni dirigenziali ex art. 97 comma 4 del TUEL. L'Autorità ha precisato, in particolare, che la citata disciplina del nuovo CCNL esplicita un sistema di compiti e responsabilità segretariali coerente con le disposizioni legislative del D.lgs. 267/2000 in materia di dirigenza. Tuttavia, l'ANAC non si è espressa con riguardo al potere di avocazione riconosciuto in sede contrattuale al Segretario, rimandando alle scelte auto regolamentari degli enti la risoluzione delle eventuali problematiche scaturenti dalla sovrapposizione di competenze; *«rispetto alle problematiche esposte, dunque, poiché le stesse attengono a scelte regolamentari connesse agli assetti organizzativi la scrivente Agenzia, ratione materiae, non può fornire specifici orientamenti applicativi»*. Problematiche che, ad avviso dello Scrivente, discendono (anche e soprattutto) dalla ambivalente natura della figura segretariale, a cavallo tra manager e soggetto neutrale.
17. Perviene alle medesime conclusioni la Corte dei Conti, sezione giurisdizionale per il Veneto, sent. 20 novembre 2019, n. 182: *«al Segretario sono attribuite funzioni meramente consultive e di assistenza agli organi del comune – la cui ampiezza, peraltro, è delimitata dalla introduzione della figura del Direttore generale – e di coordinamento dell'attività dei dirigenti, ma non certo funzioni di amministrazione attiva»*.
18. In questo senso vedasi: A. Scarsella, *I compiti di collaborazione del segretario comunale con gli organi di governo: un tertium genus fra funzioni di indirizzo e di gestione?*, in *Comuni*

di Italia, 9/18, secondo cui: «posto che il sistema di distinzione delle funzioni gestionali da quelle di indirizzo politico è ormai acquisito nel nostro ordinamento [...] la necessità di una figura di snodo tra le due sfere (politica e tecnica) appare indispensabile. A tale figura non può non essere attribuita una funzione di garanzia complessiva del corretto funzionamento del sistema. Si tratta di figure apicali, prive di competenze gestionali, a cui sono affidati “compiti di coordinamento e di precisazione dell’indirizzo degli organi politici”; che hanno un ruolo “di snodo tra indirizzo politico e gestione”; che contribuiscono “alla fissazione di atti di indirizzo adeguati rispetto alle capacità di gestione degli organi amministrativi” e ad “indirizzare, pur senza intromettersi nelle decisioni, l’azione della dirigenza amministrativa».

19. In tal senso vedasi: P. Canaparo, *La questione della legittimità del conferimento dei compiti gestionali al segretario comunale*, in *Comuni d’Italia*, 11-12, 2017, p. 60 e ss.
20. Molti commentatori criticano tale disposizione contrattuale. Tra i molti, vedasi, in particolare: L. Olivieri, *Segretari comunali: Il potere di avocazione è del tutto estraneo al modello manageriale*, in www.segretariocomunalivigbenzi.it, 9 febbraio 2021, secondo cui: «l’avocazione ricorre quando il superiore gerarchico attragga a sé un affare di competenza dell’inferiore. Se c’è competenza comune e promiscua, non si prospetta alcuna deroga, ma se è prevista una competenza specifica, l’avocazione necessita un fondamento di legge. Questo perché nel diritto amministrativo vige il principio dell’inderogabilità delle competenze per effetto della riserva di legge prevista dall’art. 97 Cost». Tanto più, sostiene l’Autore, che: «nell’ordinamento locale, a rafforzare il principio di autonomia e responsabilità della dirigenza, esiste una norma di legge, quindi superiore ed inderogabile dai contratti, posta appunto a stabilire la specificità delle competenze dei dirigenti, l’esclusività della loro responsabilità e, in ultima analisi, l’inderogabilità del loro assetto e cioè l’articolo 107, commi 2, 4 e 6, del TUEL».
21. In questo senso si veda la significativa sentenza della Cass. civ., sent. 12 giugno 2007, n. 13708 vertente sulla revoca, da parte del Segretario, del potere dirigenziale di provvedere sull’istanza di un privato volta ad ottenere una concessione edilizia. Secondo tale pronuncia: «l’attribuzione legislativa al Segretario comunale di compiti di sovrintendenza di coordinamento dell’attività del dirigente, non può essere intesa, per ragioni di coerenza sistematica, nel senso che tali compiti implicino un potere di sostituzione del dirigente. Un siffatto potere, da un lato, comporterebbe deroga alle attribuzioni di quest’ultimo, in contrasto con l’esplicito limite che la legge prevede in proposito, dall’altro determinerebbe violazione della regola di diretta responsabilità del dirigente rispetto all’atto di esercizio di una funzione specificamente attribuitagli». Inoltre, più recentemente vedasi Cass. civ., sent. 28 giugno 2022, n. 20730 la quale statuisce che «non vi sono disposizioni che prescrivano una responsabilità diretta dei dirigenti locali verso il Segretario comunale il quale ha, invece, solo compiti di coordinamento delle loro attività e di sovrintendenza dello svolgimento delle relative funzioni».

Le concessioni balneari e l'esigenza di selezione competitiva per il loro affidamento: per il Consiglio di Stato non è imperativo il ricorso alla gara

Alessia Monica

DOI: 10.13130/2723-9195/2023-1-128

Con la sentenza n. 11664/2022 in commento, il Consiglio di Stato ha ritenuto illegittimo il diniego del Comune di Gaeta rispetto ad una istanza di una nuova concessione demaniale. Seppure in considerazione dell'efficacia del quadro giuridico europeo che impone la «procedura selettiva» basata su imparzialità e trasparenza, i giudici hanno evidenziato come sia sufficiente che la concessione sia affidata nel rispetto dei principi generali propri di un «confronto comparativo», già garantito dall'art. 37 del codice della navigazione. La procedura di gara sarebbe, invece, utilizzabile dal 2024, stante il termine indicato dall'Adunanza Plenaria al legislatore nelle sentenze nn.17 e 18 del 2021 per la riforma strutturale del settore balneare.

State-owned maritime concessions and the need for a competitive selection procedure: for the Council of State, the use of tenders is not imperative

The Council of State, with its judgment n. 11664/2022, deemed as unlawful the decision of the Gaeta municipality to deny the assignment of a new State-owned maritime concession and, particularly, the public administration's choice to recur to a tender procedure. Although in consideration of the effectiveness of the EU legal framework claiming for a «selective procedure» based on impartiality and transparency, the judges pointed out how this concession should be granted in compliance with the general principles of a «comparative evaluation» as already set out in article 37 of the Italian Navigation Code. The tender procedure is, instead, to be used as from 2024, according to the dead-line indicated to the legislator by the Plenary Assembly of the Council of State (decisions n. 17 and 18 of 2021) to carry out

a structural reform of the bathing-facilities sector.

Sommario. 1. Per inquadrare il tema: le concessioni balneari ancora in attesa di una riforma “strutturale”. - 2. Il diniego al rilascio del titolo concessorio demaniale all’origine di un lungo contenzioso amministrativo. - 3. Il confronto competitivo in fase di aggiudicazione: procedura di gara solo dal 2024? - 4. Spunti conclusivi: la giurisprudenza e la discrezionalità nella scelta della procedura di aggiudicazione.

1. Per inquadrare il tema: le concessioni balneari ancora in attesa di una riforma “strutturale”

Che la questione delle concessioni balneari vada affrontata attraverso un intervento “strutturale” è ormai un fatto assodato non solo dalla dottrina giuridica^[1], ma anche dalla maggioranza (trasversale) degli eletti al Parlamento italiano^[2]. Nonostante l’atteggiamento “attendista”^[3] perpetuato negli anni dal potere legislativo ed esecutivo si è fermi a quanto stabilito dalla Legge concorrenza dello scorso governo Draghi^[4] il cui il dettato normativo, a sua volta, rimanda a successivi decreti legislativi le modalità di affidamento «*delle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali per finalità turistico-ricreative e sportive*». Il dibattito sul tema è sempre fervido^[5], tuttavia tali decreti non hanno ancora visto la luce. Sullo sfondo di questo scenario quasi *kafkiano*, si inserisce la giurisprudenza a diversi livelli e gradi: di recente si ricordano le c.d. “*sentenze gemelle*” dell’Adunanza Plenaria n. 17 e n.18 del Consiglio di Stato^[6], o il rinvio pregiudiziale di validità alla Corte di giustizia UE operato lo scorso maggio dal Tar Lecce (riguardante la natura della Direttiva 2006/123/2006^[7] e sull’interpretazione dell’art. 12 della stessa Direttiva in relazione all’art. 49 TFUE). Per inciso, tuttavia, si rammenta che già la Corte UE si è pronunciata nel 2016 con la sentenza *Promoimpresa*^[8] in merito all’interpretazione dell’art. 12, nonché degli articoli 49, 56 e 106 TFUE. I principi espressi nel decidere tale rinvio sono stati ripresi anche dal giudice costituzionale,^[9] con il chiaro intento di limitare applicazioni del diritto interno in violazione del diritto europeo, nonché ribadire ai giudici amministrativi e ordinari la diretta applicabilità dell’art. 12 della Direttiva *Servizi* (con tutto ciò che tale applicabilità diretta comporta)^[10].

Proprio di recente, poi, è stata aperta la procedura di infrazione da parte della Commissione UE, ove si invita l'Italia a garantire trasparenza e parità di trattamento per quanto riguarda le concessioni balneari^[11].

Nell'attesa dell'auspicata riforma del quadro legislativo, i numerosi contenziosi amministrativi pendenti nei vari tribunali nazionali testimoniano come la giurisprudenza stessa, attraverso diversi orientamenti, non contribuisca sempre all'obiettivo di porre ordine – di tipo *cartesiano* – alle questioni che le procedure di affidamento delle concessioni stanno ingenerando. A parere di chi scrive, tale dato di fatto emerge chiaramente *anche* nella recente pronuncia del Consiglio di Stato del 29 novembre scorso (sez. VII, sentenza 11664/2022)^[12], *qui* brevemente commentata.

2. Il diniego al rilascio del titolo concessorio demaniale all'origine di un lungo contenzioso amministrativo

La pronuncia del Consiglio di Stato è per ora l'ultimo atto di un lungo contenzioso che si origina da una precedente controversia tra il Comune di Gaeta e un'aspirante concessionaria balneare, già esercente un'attività di bar-ristoro su un terreno di proprietà (con annesso parcheggio per autoveicoli e noleggio di attrezzature per la balneazione), adiacente alla porzione di arenile oggetto di controversia.

Prima di soffermarsi sui punti salienti della sentenza in commento, è utile dunque ripercorrere le tappe principali della vicenda giuridica e amministrativa iniziata nel lontano 2012. Come detto, la ricorrente, aspirando a diventare concessionario di una parte di arenile quale completamento della propria attività imprenditoriale, avanzava al Comune di Gaeta istanza di concessione. L'istanza veniva rigettata dal Comune di Gaeta, sulla base della motivazione per cui l'amministrazione non potesse rilasciare alcuna concessione, essendo assente un piano di utilizzazione degli arenili (PUAC *ex art. 6 D.L. 440/1993*). L'aspirante concessionaria, dunque, impugnava il rigetto al TAR Lazio (sez. I, sentenza 651/2013^[13]) il quale respingeva il ricorso. La controversia, tuttavia, proseguiva al Consiglio di Stato, con esito positivo per l'appellante (Cons. St., sez. VI, sentenza n. 3634/2019)^[14]. Tra le altre cose i giudici affermavano la non fondatezza del diniego sulla base della supposta impossibilità di rilasciare titoli concessori in

assenza di strumenti di pianificazione (non prevedendo l'art. 6 del DL 400/1993 norme di salvaguardia nelle more dell'approvazione dei PUA).

Successivamente, il Comune di Gaeta, nonostante il tenore del giudicato, adottava un secondo diniego di contenuto analogo al primo. Avverso tale "secondo" diniego, dunque, l'aspirante concessionaria si muoveva, avanti al Consiglio di Stato, sez. VI, in sede di ottemperanza per imporre l'esecuzione della sentenza emessa dalla stessa sezione del supremo consesso amministrativo. In sede di giudizio di ottemperanza, il Consiglio di Stato (sentenza sez. VI, 1435/2021)^[15] ravvisava come non potesse operare la retroattività dell'esecuzione del primo provvedimento: essa non va intesa in senso assoluto «*ma ragionevolmente commisurato alle circostanze del caso concreto ed alla natura dell'interesse legittimo coinvolto (nella specie, pretensivo)*»^[16].

I giudici di Palazzo Spada riquilificavano, tuttavia, l'azione in termini di giudizio di cognizione per la sola questione concernente «*l'obbligo di indire una gara*» per l'assegnazione dell'arenile, quale conseguenza inevitabile derivante dall'«*applicabilità dell'art. 12 della Direttiva 2006/123/CE ai beni pubblici dell'arenile demaniale*»^[17]; sicché la controversia proseguiva nuovamente avanti al TAR Lazio (Latina, sezione I). Il giudice di prime cure, dunque, nel novembre 2021^[18], concludeva che l'Amministrazione aveva ben motivato anche l'ultimo diniego, da considerarsi «*un atto plurimotivato, fondato su una pluralità di ragioni indipendenti*» dal momento che «*il rilascio di nuove concessioni è soggetto a procedura con evidenza pubblica*», quale effetto della diretta applicabilità dell'art. 12 della Direttiva *servizi* da estendersi anche ai beni pubblici dell'arenile demaniale, nonché conseguenza dell'interpretazione del diritto interno orientata all'effetto utile del diritto UE. Non di minor importanza, ribadiscono i giudici, sono i chiarimenti derivanti dall'intervento operato qualche settimana prima sul tema dall'Adunanza Plenaria nn. 17 e 18^[19].

Con la sentenza annotata, invece, il Consiglio di Stato ha accolto l'appello della ricorrente. Qui, i Giudici si soffermano, in particolare, su una parte della motivazione del secondo diniego: per il Comune di Gaeta, l'istanza di concessione va comunque rigettata dal momento che la normativa europea precluderebbe alle amministrazioni il rilascio di concessioni nuove, se non previo l'espletamento di gare.

Su questo punto, dunque, i Giudici di appello sviluppano due profili. Il primo

profilo si riferisce alla giurisprudenza successiva al contenzioso sul “primo” diniego circa gli effetti derivanti dall’applicabilità diretta dell’art. 12 della Direttiva *Servizi* alle concessioni demaniali; il secondo profilo inerisce al contesto procedimentale che ha preceduto il “secondo” diniego.

Per quanto concerne il primo aspetto, il Consiglio di Stato, considerata l’efficacia del quadro giuridico europeo, ravvisa che l’amministrazione nel secondo diniego abbia tenuto opportunamente conto dei principi e delle disposizioni proprie del diritto comunitario per l’affidamento del bene demaniale, in seguito a quanto statuito nel 2016 nella sentenza della Corte UE *Promoimpresa*^[20]. Inoltre, per effetto sia delle reiterate proroghe delle concessioni in essere disposte dal legislatore, sia dall’intreccio di competenze tra Stato e Regioni in materia di affidamenti di concessioni “turistiche”^[21], il contesto procedimentale risulta inevitabilmente essere diverso, rispetto al primo provvedimento cui va riferito il giudicato non eseguito del 2019 (Consiglio di Stato, VI sez., sentenza 3634). Cosicché il primo profilo, si interseca con il secondo, ossia il contesto procedimentale ove ha operato il Comune di Gaeta nella riedizione del potere, il quale incide, a sua volta, sulle modalità di affidamento delle concessioni scelte dall’amministrazione. Su questo secondo punto, tuttavia, i giudici di Palazzo Spada fondando il loro convincimento a partire da una nuova lettura degli esiti ai quali era giunto il Tar in primo grado e ne riformano, per l’appunto, la sentenza n. 628/2021. Seppure, come detto, i giudici del Consiglio di Stato concordino sul fatto che il contesto procedimentale debba tener conto dell’efficacia del quadro giuridico europeo, essi affermano che le gare non sono l’unica soluzione possibile per affidare le concessioni, operando una distinzione rispetto alle «*procedure comparative*» previste all’art. 37 del codice della navigazione.

3. Il confronto competitivo in fase di aggiudicazione: procedura di gara solo dal 2024?

Tra primo e secondo grado, in sostanza, i Giudici non concordano circa «*l’obbligo d’indire una gara per l’assegnazione di un tratto di arenile*»^[22]. Su questo specifico punto, il Consiglio di Stato richiama direttamente l’ultimo intervento sul tema svolto dall’Adunanza Plenaria nelle sentenze nn. 17 e 18 del 2021. Ivi, come già ribadito, si è stabilito che le concessioni di beni demaniali per

finalità turistico-ricreative sono riconducibili alle autorizzazioni previste dall'art. 12 della Direttiva *Servizi*, ragion per cui l'aggiudicazione delle stesse deve essere condotta in conformità a «*procedure ad evidenza pubblica*». Però, sempre secondo il Consiglio di Stato, dal momento che l'evidenza pubblica non coincide perfettamente con "l'obbligo di gara", ne consegue che il Comune di Gaeta non ha esaminato correttamente la domanda di concessione. Oltretutto, i *dicta* dell'Adunanza Plenaria «*non appaiono preclusivi, nella misura in cui essi impongono a livello generale la procedura di gara solo a decorrere dal 2024*» e si richiede di esperire procedure selettive tra i potenziali candidati che «*presentino garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda(no), in particolare, un'adeguata pubblicità all'avvio delle procedura e del suo svolgimento e completamento*»^[23]. Quindi, facendo proprie le ragioni della ricorrente, il Consiglio di Stato cita l'art. 37 del codice della navigazione ove, per l'appunto, è disciplinato il «*concorso di più domande di concessione*». Dal canto suo, in primo grado, il Tar Lazio aveva giudicato il diniego al rilascio della concessione su istanza di parte quale esercizio legittimo di una piena facoltà discrezionale dell'amministrazione di Gaeta, adducendo la necessità di indire una gara a garanzia del rispetto dei principi di derivazione europea di «*par condicio, imparzialità e trasparenza*». Questi ultimi, attraverso il confronto più competitivo possibile, realizzerebbero l'interesse pubblico, vale a dire la «*gestione maggiormente soddisfacente per l'interesse pubblico*», quindi del bene demaniale. Stando alla dottrina inerente ai beni demaniali, si rammenta, infatti, come il loro «*regime giuridico viene a dipendere dalle caratteristiche fisiche del bene*»^[24]. In aggiunta, va anche precisato che l'attività privata esercitata dal concessionario è tenuta a valorizzare la «*natura oggettivamente pubblica*» del bene, anche nel caso in cui la remunerazione avvenga attraverso l'esercizio di un'attività di impresa (come quella che aspira ad esercitare la ricorrente). Essa è, dunque, soggetta a procedure competitive^[25]: esse, a loro volta, presuppongono la messa a reddito dello stesso^[26]. Oltretutto, nel caso di specie, non ci si deve porre il problema dell'affidamento nella stabilità del titolo, trattandosi di nuova aggiudicazione^[27]. In merito alla gestione dei beni pubblici, la posizione del Tar - per cui anche le disposizioni degli artt. 36 e 37 del Codice della navigazione debbono essere interpretate seguendo i principi di derivazione europea, i quali «*impon[gono] l'affidamento mediante procedura di gara di tutti i beni pubblici aventi-rilevanza*

economica» - si ispirava, a sua volta, ad un precedente orientamento del Consiglio di Stato del 2021^[28]: le concessioni demaniali, «*in quanto concernenti beni economicamente contendibili*» debbono essere affidate proprio mediante procedure di gara^[29].

Come detto, nella sentenza in commento, invece, il Consiglio di Stato ritiene che il Comune di Gaeta dovrà affidare la nuova concessione secondo quanto stabilito dall'art. 37 del codice della navigazione, non potendo perciò opporre all'istanza di parte «*inderogabili imperativi di carattere concorrenziale*» che impongano già di per sé il ricorso alla gara. Una chiara indicazione di merito, dunque, per il riesercizio del potere di affidamento del bene da parte dell'amministrazione comunale. A sostegno di tale lettura, il Consiglio di Stato richiama anche l'art. 4 della L. 118/2022. La disposizione però, come già chiarito, rimanda per gli specifici contenuti a successivi decreti legislativi che, stando al dettato normativo, potrebbero anche derogare al codice della navigazione stessa (quindi agli artt. 36 e 37). Rispetto a tale punto, si sottolinea che nulla vieta di “premiare”, nel contesto delle gare che verranno, ad esempio, elementi di qualità e particolari condizioni del servizio offerto agli utenti, il minor impatto sul territorio e sull'ambiente, nonché la valorizzazione del *know-how* dell'aspirante candidato al fine di bilanciare le posizioni dei concessionari uscenti e dei nuovi potenziali operatori (art.4, c.2, lett. e), punto 5 e ss.)^[30].

4. Spunti conclusivi: la giurisprudenza e la discrezionalità nella scelta della procedura di aggiudicazione

Per tutte le ragioni già espresse, dunque, non si condivide la posizione per cui, nell'attesa della riforma tanto attesa, la pubblica amministrazione, nel caso di specie, dovrebbe «*apprezzare le economie procedurali nel contempo realizzabili con la procedura comparativa prevista dall'art. 37 codice della navigazione*»^[31]. Come noto, l'Adunanza Plenaria nel novembre 2021 ha ribadito che il legislatore nazionale è chiamato ad attuare il diritto dell'Unione europea, tenendo conto della realtà dei fatti e del contesto di riferimento per disegnare la riforma: in virtù di ciò ha quindi proceduto a modulare espressamente gli effetti temporali della propria decisione, rinviandone l'efficacia al 31 dicembre 2023. Attraverso l'esercizio di una funzione nomofilattica

“creatrice”^[32] si è, sostanzialmente, messa in discussione l’idea consolidata per cui «*la giustizia è piuttosto funzionale a risolvere controversie insorte nel passato*»^[33]. Ecco che, in tale situazione di vuoto legislativo, nel decidere sui casi concreti, i giudici *dovrebbero* esercitare il ruolo fondamentale di cercare di porre chiarezza riguardo le modalità, *in primis*, di implementazione del diritto europeo, laddove i regimi di autorizzazione debbono essere conformati all’art. 12 della Direttiva servizi^[34]. Invece, come emerge dal contenzioso qui commentato, i precedenti giurisprudenziali dello stesso Consiglio di Stato^[35] sembrano sempre passibili di nuove interpretazioni e revisioni. L’inerzia del legislatore appare, dunque, una situazione di cui non si approfittano solo le amministrazioni, alcune avviando procedure selettive, altre adottando «*soluzioni tampone*» (attraverso l’applicazione della proroga piuttosto che la sua disapplicazione), altre «*omettendo di pronunciarsi sulle istanze dei concessionari*»^[36]. Di fatto, anche i giudici, dal canto loro, si aggrappano alla mancanza di un quadro normativo definito per procrastinare il non utilizzo, in concreto, dello strumento della gara, il quale però non sarebbe escluso dal Codice dei contratti pubblici in vigore. A questo proposito si evidenzia che, in capo alla pubblica amministrazione, appunto, grava l’obbligo di attivare procedure di selezione che presentino garanzie di imparzialità e trasparenza^[37], anche se la «*concessione di beni demaniali*» consiste in un provvedimento ampliativo diverso rispetto alla «*concessione di servizi europei*»^[38] (configurata, invece, ad immagine e somiglianza dell’appalto)^[39]. Ciò vuol dire che, proprio in virtù del valore economico della concessione stessa, non si possa ignorare quanto stabilito dall’art. 30 c. 2 del Codice dei contratti pubblici, e cioè che «*le stazioni appaltanti non possono limitare in alcun modo artificiosamente la concorrenza allo scopo di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici*». Il valore della concessione, pertanto, dovrebbe riflettere il chiaro interesse transfrontaliero delle concessioni per gli operatori economici con sede in Stati membri, diversi da quello dell’amministrazione aggiudicatrice o dell’ente aggiudicatore^[40]. Sulla scia della «*vis espansiva della disciplina comunitaria*»^[41] anche il settore delle concessioni demaniali è stato assoggettato alle ragioni della concorrenza^[42]. Chiaramente, tale interesse è in astratto già presente, laddove si tratti di un nuovo titolo concessorio, seppure nel caso specifico esaminato dal Consiglio di Stato nella sentenza annotata si trattasse dello specchio acqueo antistante l’area ove è

già esercitata, su un terreno privato, un'attività imprenditoriale strettamente connessa ai servizi di balneazione.

Ecco che, nel caso del Comune di Gaeta, il diniego di concessione, a parere di chi scrive, non richiederebbe di per sé una particolare motivazione^[43] in quanto, la stessa sarebbe in *re ipsa* (vale a dire «*inscritto nella natura demaniale del bene*»)^[44]; per di più l'area demaniale in questione non risulta essere già oggetto di concessione demaniale in corso di efficacia^[45]. Di conseguenza, non vi è un obbligo, ma è facoltà dell'amministrazione procedere all'affidamento dell'area in concessione ai privati, con le modalità che ritiene più consone, nel rispetto di tutti i principi già richiamati e in virtù del fatto che l'applicazione di norme pubblicistiche è resa necessaria dalla stessa finalità dell'affidamento^[46]. La natura funzionale del bene non consente, inoltre, di ignorare il profilo economico della stessa, vale a dire il vantaggio economico cui aspirerebbero gli operatori privati^[47]. Nel futuro prossimo, la scelta dello strumento della gara aperta ispirata ai principi del Codice dei contratti pubblici^[48], potrebbe rappresentare, dunque, una modalità di selezione ad evidenza pubblica dei concessionari utilizzabile dalle amministrazioni locali. Queste ultime, infatti, sono chiamate a predisporre i bandi di gara nell'esercizio della propria discrezionalità, sempre nel rispetto di quanto disposto dalla normativa nazionale e tenuto conto dei vincoli europei. La preferenza per tale procedura, al fine di assicurare una maggiore competitività dell'offerta italiana nel mercato interno, può altresì essere conciliabile con ulteriori obiettivi di tutela dell'interesse pubblico, quali la tutela del territorio e lo sviluppo sostenibile^[49]. Ovviamente, ciò non significa che la gara diventi obbligatoria, o che non possano essere scelte altre procedure selettive alternative. Per tutte queste ragioni, nell'attesa di un quadro normativo meglio definito, anche la giurisprudenza, e non solo le pubbliche amministrazioni, dovrebbe sin da ora seguire un approccio che tenga conto della realtà fotografata dall'Adunanza Plenaria lo scorso novembre 2021, dato che saranno poi i decreti legislativi previsti dalla Legge sulla concorrenza a determinare i confini della discrezionalità amministrativa durante il processo di selezione del concessionario^[50]. Ancor di più, alla luce della proroga dei titoli concessori in essere, disposta di recente dal governo italiano^[51], la quale sta nuovamente alimentando il dibattito anche tra i giudici amministrativi^[52].

1. *Ex pluribus*, si rimanda a: F. P. Bello, *Prmissime considerazioni sulla “nuova” disciplina delle concessioni balneari nella lettura dell’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in *Giustiziasieme.it*, 24 novembre 2021; AA.VV., *La proroga delle “concessioni balneari” alla luce delle sentenze 17 e 18 del 2021 dell’Adunanza Plenaria*, in *Diritto e Società*, 3, 2021; A. Monica, *Il futuro prossimo delle “concessioni balneari” dopo il Consiglio di Stato: nihil medium est?*, in *questa Rivista*, 1, 2022, pp. 63-94.
2. Per notizie aggiornate si rimanda al sito mondobalneare.it
3. «*Inerzia*» è il termine specifico utilizzato nella pluricommentata sentenza Consiglio di Stato, Ad. Plen, 9 giugno 2016, n.11, punto 26.
4. Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021, 5 agosto 2022, n.118, art. 4, c.2.
5. Sulla vicenda della proroga delle concessioni demaniali marittime, cfr., C. Burelli, *Le concessioni turistico-ricreative tra vincoli “comunitari” e normativa italiana: criticità e prospettive*, in *Il Diritto dell’Unione europea*, 2, 2021, pp. 247-286; B. Caravita, G. Carlomagno, *La proroga “ex lege” delle concessioni demaniali marittime. Tra tutela della concorrenza ed economia sociale di mercato. Una prospettiva di riforma*, in *Federalismi.it*, 20, 2021, pp. 1-20; F. Gaffuri, *La disciplina nazionale delle concessioni demaniali marittime alla luce del diritto europeo*, in *questa Rivista*, 3, 2021, pp. 37-62.
6. Consiglio di Stato, Ad. Plen, 09 novembre 2021, nn. 17 e 18.
7. Tar Lecce, sez. I, ordinanza, 11 maggio 2022, n. 743. Cfr. C. Burelli, *A new (questionable) chapter of the “beach concessions” saga: TAR Lecce makes a request for a preliminary ruling pursuant to Article 267 TFEU*, in *REALaw Blog*, 20 settembre 2022.
8. Corte di giustizia, sez. V, sentenza 14 luglio 2016, cause riunite *Promoimpresa* e sig. *Melis*, C-458/14 e C-67/15, ECLI:EU:C:2016:558. Per l’analisi dei contenuti della sentenza *ex pluribus*, L. Di Giovanni, *Le concessioni demaniali marittime e il divieto di proroga ex lege*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 3-4, 2016, pp. 912-926; A. Cossiri, *La proroga delle concessioni demaniali marittime sotto la lente del giudice costituzionale e della Corte di giustizia dell’UE*, in *Federalismi.it*, 14, 2016, pp. 2-23.
9. Corte Cost., sentenza 07 giugno 2018, n. 118.
10. È ormai riconosciuto, proprio a partire dalla sentenza *Promoimpresa*, come i principi che la direttiva richiama forniscono tutti gli elementi necessari per consentire alle Amministrazioni di bandire gare per il rilascio delle concessioni demaniali in questione, cfr., E. Canizzaro, *Demanio marittimo. Effetti in malam partem di direttive europee? In margine alle sentenze 17 e 18/2021 dell’Ad. Plen. del Consiglio di Stato*, in *Giustiziasieme.it*, 30 dicembre 2021.
11. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/inf_20_2142 -
12. Consiglio di Stato, sez. VII, 29 novembre 2022, n. 11664.
13. Tar Lazio, sez. I (Latina), 19 luglio 2013, n. 651.
14. Consiglio di Stato, sez. VI, 30 maggio 2019, n. 3634.
15. Consiglio di Stato, sez. VI, 16 febbraio 2021, n.1435
16. Per tutte, cfr., Cons. Stato, Ad. pl., 9 giugno 2016 n. 11, *spec. p.to* 49.
17. Ci si riferisce, nello specifico agli artt. 36 e 37 del Codice della navigazione (R.D. 30 marzo

- 1942, n. 327). Sul punto si tornerà nel § 3.
18. Tar Lazio, sez. I (Latina), 18 novembre 2021, n. 628.
 19. Tar Lazio 628/2021, *spec.* p.to 3.2 che rimanda al p.to 24 Cons. Stato, Ad. Pl. 09 novembre 2021, nn. 17 e 18.
 20. Consiglio di Stato 11664/2022, p.to 4. Si ricorda che, la pronuncia *Promoimpresa*, avendo valore di «*cosa giudicata*» ha inciso sugli aspetti critici degli effetti conformativi delle norme UE sui provvedimenti amministrativi nazionali di amministrazione comunitaria indiretta. Sul punto, M. Giavazzi, *Anatomia del processo amministrativo*, Editoriale scientifica, 2021, pp. 106-117.
 21. Sul riparto di competenze è più volte intervenuta anche la Corte Costituzionale Cfr. G. di Cosimo, *La legislazione regionale sulle concessioni demaniali marittime a uso turistico e ricreativo al vaglio della Corte costituzionale*, in A. Cossiri (a cura di), *Coste e Diritti*, EUM, 2021, pp. 109-116.
 22. Tar Lazio 628/2021, p.to 2.
 23. Consiglio di Stato, Ad. Plen., nn. 17 e 18/2021, p.to 22.
 24. G. Corso, *I beni pubblici come strumento essenziale dei servizi di pubblica utilità*, in *Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Annuario 2003, Giuffrè, Milano, 2004, 31; G. Carullo, A. Monica, *Le concessioni demaniali marittime nel mercato europeo dei servizi: la rilevanza del contesto locale e le procedure di aggiudicazione*, in *Federalismi.it*, 26, 2020, p. 29.
 25. A. Monica, *Il futuro prossimo delle “concessioni balneari” dopo il Consiglio di Stato: nihil medium est?*, cit., p. 68.
 26. In tal senso va evidenziato come «*l’dea della natura fruttifera dei beni demaniali*» conviva pacificamente con gli scopi ispiratori della demanialità, vale a dire la salvaguardia del bene e l’uso collettivo dello stesso. Su tale aspetto, A. Giannelli, *Concessioni di beni e concorrenza*, Editoriale scientifica, 2017, p. 44.
 27. Il problema dell’indennizzo e dell’affidamento creato nell’operatore è uno dei punti più spinosi che il legislatore è chiamato ad affrontare nella riforma, e su cui né la dottrina né la giurisprudenza concordano. Infatti, le attività già svolte dal concessionario sulla base dell’illegittimità della proroga *ex lege* al 2033 non possono più essere messe in discussione. Anzi, in realtà, l’Adunanza Plenaria la considera “accettabile” fino al 31 dicembre 2023 per consentire, appunto, al legislatore di determinare le regole per le procedure ad evidenza pubblica. Di conseguenza, le amministrazioni che hanno già avviato procedure di evidenza pubblica, dovrebbero confermare l’operatività delle proroghe fino al 31 dicembre 2023. Sul punto, cfr. M. A. Sandulli, *Introduzione al numero speciale sulle “concessioni balneari” alla luce delle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell’Adunanza Plenaria*, in *Diritto e Società*, 3, 2021, 355; F. Ferraro, *Diritto dell’Unione europea e concessioni demaniali: più luci o più ombre nelle sentenze gemelle dell’Adunanza Plenaria?*, in *Diritto e Società*, 3, 2021, p. 377.
 28. Consiglio di Stato, sez. VI, 01 giugno 2021, n. 4210.
 29. Consiglio di Stato, sez. V, 11 giugno 2018, n. 3588.
 30. A. Monica, *The State-owned Maritime Concessions in Italy: the Cross-border Interest Issue*

- and the Ongoing Reform of the Sector*, in *Review of European Administrative Law*, 2, 2022, pp. 35-54.
31. Consiglio Stato, 11664/2022, cit.
 32. Sulla funzione nomofilattica e la sua evoluzione cfr., A. Pajno, *Nomofilachia e giustizia amministrativa*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2, 2015, pp. 345-361. cfr., A. Barone, *Nomofilachia, corti sovranazionali e sicurezza giuridica*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2020, pp. 557 -577.
 33. M. Giavazzi, *Una seducente eresia: la modulazione temporale degli effetti delle sentenze interpretative del giudice della nomofilachia amministrativa negli ambiti di competenza esclusiva della Corte di giustizia*, in *questa Rivista*, 1, 2022, p. 37.
 34. Cfr. Consiglio di Stato, VI sez., 01 marzo 2023, n. 2192.
 35. Cfr. *supra* note nn. 28 e 29.
 36. M. A. Sandulli, *Introduzione al numero speciale sulle “concessioni balneari” alla luce delle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell’Adunanza Plenaria*, cit., p. 340.
 37. Consiglio di Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2013, n. 5: «*Il procedimento di gara non contrasta infatti con la libera espressione dell’attività imprenditoriale di cui si tratta, considerato, in linea generale, che la procedura ad evidenza pubblica è istituto tipico di garanzia della concorrenza nell’esercizio dell’attività economica privata incidente sull’uso di risorse pubbliche e che, in particolare, la concessione tramite gara dell’uso di beni pubblici per l’esercizio di attività economiche private è istituto previsto nell’ordinamento (...)»*, p.to 3.2.
 38. C. Franchini, F. Sciaudone (a cura di), *Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni*, Editoriale Scientifica, 2015.
 39. G. Greco, *Le concessioni di lavori e di servizi (dalla direttiva 2014/23/UE alla parte terza del d.lgs. n. 50/2016)*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 3-4, 2018, p. 509.
 40. Sulla questione dell’“interesse transfrontaliero certo”, cfr. A. Monica, *The State-owned Maritime Concessions in Italy: the Cross-border Interest Issue and the Ongoing Reform of the Sector*, cit., p. 43.
 41. S. Villamena, *Concessioni demaniali marittime e concorrenza. (Profili ricostruttivi e modalità operative)*, in G. Lami (a cura di), *Le concessioni demaniali marittime tra passato presente e futuro*, Exeo, 2010, p. 92.
 42. Cfr. TAR Napoli, IV, sentenza 23 aprile 2010 n. 2085 «*Infatti, anche nell’assegnazione di un bene demaniale occorre individuare il soggetto maggiormente idoneo a consentire il perseguimento dell’interesse pubblico, garantendo a tutti gli operatori economici una parità di possibilità di accesso all’utilizzazione dei beni demaniali*».
 43. Consiglio di Stato, sez VI, 3 marzo 2004, n.1407.
 44. A. Giannelli, *Concessioni di beni e concorrenza*, cit. 45.
 45. Consiglio di Stato, sez VI, 18 novembre 2019, n. 7874.
 46. R. D’Ercole, *AGCM e tutela della concorrenza: il caso delle concessioni demaniali marittime*, in A. Cossiri (a cura di), *Coste e Diritti*, cit., p. 161.
 47. Su tale aspetto la dottrina pare ormai convenire, cfr. M. Gola, *Il Consiglio di Stato*,

- l'Europa e le "concessioni balneari"* in AA.VV., *La proroga delle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria*, in *Diritto e Società*, 3, 2021, p. 409.
48. Di tale avviso già S. Villamena, *Concessioni demaniali marittime e concorrenza. (Profili ricostruttivi e modalità operative)*, cit., 107 rispetto alla versione del codice degli appalti del 2006.
49. A. Monica, *State-owned maritime concessions: shaping reform in the light of Italian Next Generation EU as a way to reconcile the private operators' interests and market freedom (of services)*, in *REALaw Blog*, 10 febbraio 2023.
50. Cfr. F. Di Lascio, *Le concessioni di spiaggia tra diritti in conflitto e incertezza delle regole*, in *Diritto amministrativo*, 4, 2002, pp. 1037-1072.
51. Il D.L. 29 dicembre 2022, n.198 (c.d. *Milleproroghe*) è stato convertito in Legge (24 febbraio 2023, n. 14). Il Presidente della Repubblica ha espresso riserve sul testo proprio riguardo gli emendamenti legati alle concessioni balneari per i profili di «difformità» rispetto alla disciplina europea. Tra questi si prevede: la proroga al 31 dicembre 2024 per la scadenza delle concessioni in essere, con possibilità di un ulteriore anno di deroga (fino al 31 dicembre 2025) per le amministrazioni comunali che dovessero riscontrare difficoltà oggettive a espletare i bandi a causa di contenziosi o carenza di risorse umane; il rinvio del termine per effettuare la mappatura; il mantenimento delle strutture amovibili. Cfr., Presidenza della Repubblica, *Comunicato 24 febbraio 2023*, <https://www.quirinale.it/elementi/80338>.
52. Sull'illegittimità di tale proroga si rimanda alla recentissima pronuncia del Consiglio di Stato, 2192/2023 (*supra* nota 34), ove i giudici di Palazzo Spada precisano: «Sulla base di quanto affermato dall'adunanza plenaria, con le ricordate sentenze n. 17 e 18 del 2021, non solo i commi 682 e 683 dell'art. 1 della legge n. 145/2018, ma anche la nuova norma contenuta nell'art. 10-quater, comma 3, del D.L. 29/12/2022, n. 198, conv. in L. 24/2/2023, n. 14, che prevede la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime in essere, si pone in frontale contrasto con la sopra richiamata disciplina di cui all'art. 12 della direttiva n. 2006/123/CE, e va conseguentemente disapplicata da qualunque organo dello Stato».

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 13
febbraio 2023, n.7

Matteo Palma

DOI: 10.13130/2723-9195/2023-1-120

La pendenza del controllo giudiziario a domanda ex art. 34-bis, c. 6, del d.lgs. 159/11, non è causa di sospensione ex art.79 c.1 c.p.a. e 295 c.p.c. La sospensione previene solo il contrasto tra giudicati.

The existence of a judicial review pursuant to art. 34-bis, c. 6, of Legislative Decree 159/11, is not a cause of suspension pursuant to art.79 c.1 c.p.a. and 295 c.p.c. The suspension prevents only the contrast between judgements.

A seguito della sottoposizione di una società e del suo amministratore delegato ad un procedimento penale della direzione distrettuale antimafia, la competente prefettura procede emanando un’informativa interdittiva antimafia, sottoponendo la società alla gestione straordinaria e nominando un commissario per la conduzione di alcuni contratti d’appalto già in essere. La società impugna i provvedimenti prefettizi davanti al g.a. chiedendo l’adozione di misure interinali e la sospensione del giudizio amministrativo ex art.79 c.1. c.p.a. e art.295 c.p.c. in attesa della pronuncia del giudice penale sull’applicazione del controllo giudiziario c.d. volontario ex art.34-bis c.6 d.lgs. 159/2011. Ai sensi del successivo c.7 della medesima disposizione, infatti, tale richiesta sospende sia il termine di trenta giorni dalla consultazione della banca dati nazionale unica per il rilascio dell’informazione antimafia (ex art.92 c.2) sia l’effetto ostativo a contrattare con la pubblica amministrazione (ex art.94). Il g.a. non accoglie la richiesta di sospensione e respinge il ricorso. La Sezione terza del Consiglio di stato, investita dell’appello, formula all’Adunanza plenaria (“A.p.”) tre quesiti. Con i primi due chiede se il ricorso al controllo giudiziario sia idoneo a configurare una causa di

sospensione necessaria del giudizio amministrativo ex art. 79 c.1. c.p.a. e 295 c.p.c. e del giudizio di impugnazione delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio per il completamento dell'esecuzione dei contratti pubblici ex art.32 c.10 del d.l. 90/2014. Con il terzo quesito, invece, chiede se la mancata sospensione in primo grado costituisca "error in procedendo" idoneo a imporre la rimessione al giudice di prime cure ex art.105 c.1 c.p.a., o viceversa se ciò sia nel potere del medesimo Consiglio di stato.

Sulla base della ricostruzione del rapporto tra i due istituti offerta dalla Cassazione penale (cfr. SS.UU. n.46898/2019; Sez. VI, n.1590/2021), la Sezione rimettente sostiene la necessità della sospensione (cfr. par. 2 del diritto). L'attuale strumentario di prevenzione e contrasto dei reati economici di matrice mafiosa, sarebbe infatti imperniato sul «*recupero della realtà aziendale alla libera concorrenza, a seguito di un percorso emendativo*». L'occasionalità dell'agevolazione dei soggetti pericolosi sarebbe oggetto di una valutazione prognostica – condotta dal tribunale della prevenzione penale – circa le concrete possibilità di riallineamento dell'impresa al mercato. In questa logica secondo il giudice penale il «*vincolo genetico della procedura di controllo giudiziario, consistente [...] nella pendenza del ricorso contro l'interdittiva antimafia, assumerebbe quindi le caratteristiche di una condizione di procedibilità della procedura, che in tanto può essere definitiva in quanto non sia definitivamente accertata la legittimità dell'atto prefettizio, e dunque il ricorso contro di essa sia respinto*». La definizione del giudizio amministrativo sarebbe dunque recessiva e la sua sospensione necessaria sarebbe lo «*strumento attraverso cui regolare i rapporti tra i due istituti secondo le rispettive finalità*» (par. 4 diritto). Il consolidamento dell'informativa – a seguito dell'eventuale rigetto del ricorso – renderebbe inutile il decorso del termine posto dall'art.84 sull'incapacità a contrarre con la pubblica amministrazione.

L'A.p. si discosta dalla soluzione offerta dalla sezione rimettente sulla base di diversi argomenti di seguito riassunti.

Innanzitutto rileva che la giurisprudenza di legittimità richiamata riguardava fattispecie non corrispondenti a quella in esame, essendosi formata su casi in cui il controllo era stato chiesto e negato dopo il rigetto del ricorso giurisdizionale.

In secondo luogo, secondo il Collegio la connessione tra gli istituti in parola non andrebbe oltre quella genetica richiesta dalla disposizione. L'esame prognostico

compiuto dal giudice penale circa il “*pericolo concreto di infiltrazioni mafiose*» deve presupporre e fondarsi sull’accertamento effettuato dall’organo amministrativo ma non limitarsi ad esso (cf. par.10 diritto).

In terzo luogo, la sospensione necessaria, quale proiezione processuale dell’ordine tra i due giudizi proposto dal giudice ordinario, non avrebbe una base testuale. L’art.34-*bis*, infatti, si limita a richiedere che l’impugnazione dell’interdittiva preceda la domanda di controllo giudiziario ma nulla dice sulla necessità della sua pendenza «*per tutta la durata del controllo*». Infatti, sul un piano sistematico – osserva il Collegio – l’interdittiva si fonda su un giudizio retrospettivo e non anche prospettico, come quello sull’applicazione del controllo giudiziario.

Nella parte centrale delle motivazioni l’A.p. inverte il ragionamento svolto nell’ordinanza di rimessione. Il consolidamento dell’interdittiva, infatti, non sarebbe contraddittorio rispetto al termine di sospensione della capacità di contrarre l’amministrazione pubblica. Anzi, questa circostanza consente di accertare definitivamente l’esigenza di risanamento dell’impresa. È sul piano logico-sistematico, dunque, che l’orientamento avanzato dall’ordinanza di rimessione non può essere seguito. Essa condurrebbe a reprimere la funzione di risanamento, svolta dal controllo giudiziario, proprio quando il condizionamento mafioso non è più solo ipotizzato ma anche accertato.

Passando poi ad esporre la *ratio* della sospensione processuale, il Collegio osserva che essa è «*strumento preventivo rispetto al rischio di contrasto di giudicati, secondo una logica interna all’ordinamento processuale basata sulla sua unitarietà e sul principio di non contraddizione*» (par.19 diritto). Il presupposto di pregiudizialità-dipendenza previsto dall’art.295 c.p.c. è tassativo. Sospendere un giudizio al di fuori delle ipotesi normativamente previste costituisce lesione del principio costituzionale della ragionevole durata del processo, sancito anche dall’art.2 c.2 c.p.a. La sospensione non può nemmeno essere intesa come «*rimedio a potenziali decisioni sfavorevoli*». La sospensione, infatti, veniva richiesta per escludere l’ipotesi del rigetto del ricorso avverso l’interdittiva, non per «*impedire decisioni contrastanti*».

Infine, rileva il Collegio che quando il legislatore ha ravvisato tra due istituti ragioni di connessione ulteriori rispetto al momento genetico ha espressamente regolato il rapporto tra di essi. È il caso del nuovo art. 94-*bis* d.lgs. 150/2011, che dispone la cessazione degli effetti delle misure amministrative di prevenzione

collaborativa quando l'impresa acceda al controllo giudiziario. Ne deduce *a contrario* che tra il controllo giudiziario e l'informazione interdittiva sussiste una mera connessione genetica, non proiettabile sul piano processuale. Alla luce degli argomenti sopra sintetizzati l'A.p., assorbito il terzo quesito, espone il seguente principio di diritto: *«la pendenza del controllo giudiziario a domanda ex art. 34-bis, comma 6, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, non è causa di sospensione né del giudizio di impugnazione contro l'informazione antimafia interdittiva, né delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese previste dall'art. 32, comma 10, del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, per il completamento dell'esecuzione dei contratti stipulati con la pubblica amministrazione dall'impresa destinataria di un'informazione antimafia interdittiva».*

Cons.St._-Ad.-Pl.-13-febbraio-2023-n.7 [PDF sentenza](#)

T.A.R. Campania, Napoli, Sezione II, 30 gennaio
2023, n. 670

Margherita Sias

DOI: 10.13130/2723-9195/2023-1-110

Non è tutelabile in via risarcitoria il danno da ritardo nell'ipotesi in cui l'interessato abbia fondato la propria pretesa su una norma dichiarata incostituzionale in un momento successivo allo spirare dei termini di conclusione del procedimento in quanto il vantaggio che ci si duole di non aver ottenuto sarebbe stato comunque un vantaggio contra Constitutionem

The damage from delay cannot be protected as compensation in the hypothesis in which the interested party has based his claim on a provision declared unconstitutional at a time following the expiry of the terms for the conclusion of the proceeding since the advantage that one regrets not to have obtained would still have been an advantage contra Constitutionem

La sentenza in commento ha definito la controversia avente ad oggetto l'impugnazione del provvedimento di diniego con cui il Comune di Crispano, in data 17.07.2017, aveva respinto l'istanza di permesso di costruire in sanatoria avanzata dalla parte ricorrente in data 24.07.2015 e relativa ad alcune difformità dell'immobile rispetto a quanto previsto dalle concessioni edilizie esistenti al tempo in cui era stato effettuato l'intervento.

La richiesta di rilascio del permesso di costruire si fondava sull'art. 12, comma 4 *bis*, della l.r. Campania n. 19/2009, il quale prevedeva la possibilità di richiedere il titolo edilizio in sanatoria anche con riferimento a quegli interventi realizzati successivamente alla sua entrata in vigore e privi di titolo abilitativo o in difformità da esso «*ma che risulta[va]no conformi alla stessa legge sia al momento della realizzazione degli stessi interventi, sia al momento della presentazione della*

domanda».

La Corte Costituzionale, con sentenza 11 maggio 2017, n. 107, ha, tuttavia, dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma summenzionata. La stessa, infatti, prevedeva che gli interventi dovessero essere conformi «*alla stessa legge [ossia alla l.r. n. 19/2009] sia al momento della realizzazione degli stessi interventi, sia al momento della presentazione della domanda»*, e non, come invece prescritto dall'art. 36 del d.P.R. 380/2001 (c.d. Testo Unico Edilizia), «*alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente ... sia al momento della realizzazione degli stessi interventi, sia al momento della presentazione della domanda»*. Secondo la Corte, il tenore letterale della norma regionale apriva a possibili letture «*non necessariamente in linea con il concetto della «doppia conformità»*» così come cristallizzato dallo stesso giudice costituzionale nell'ambito di precedenti pronunce.

Di talché, il Comune di Crispano, intervenuto sulla richiesta di permesso di costruire con provvedimento successivo all'emanazione della sentenza sopra richiamata, ha ritenuto di dover tener conto degli effetti di quest'ultima, rigettando così l'istanza poiché fondata su una disposizione ormai dichiarata incostituzionale.

La parte ricorrente, da un lato, fra le varie censure, osservava come il provvedimento fosse viziato per aver tenuto conto degli effetti di una pronuncia successiva alla presentazione dell'istanza, in violazione del principio *tempus regit actum*, e, dall'altro, avanzava richiesta di risarcimento del danno da ritardo, in quanto, a suo parere, qualora il Comune si fosse determinato tempestivamente, senza superare i termini di conclusione del procedimento, il provvedimento sarebbe intervenuto in un momento antecedente alla declaratoria di incostituzionalità dell'art. 12, comma 4 *bis*, della l.r. n. 19/2009 con la conseguenza che, verosimilmente, l'istante avrebbe ottenuto il rilascio del permesso di costruire.

Il T.A.R. con riferimento al primo punto, ha evidenziato che «*le sentenze di accoglimento del Giudice delle leggi eliminano la norma dichiarata incostituzionale con effetto ex tunc»* e, pertanto, «*dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza della Consulta, la norma dichiarata incostituzionale non è più applicabile e gli effetti della declaratoria di incostituzionalità si estendono a tutti i rapporti giuridici ancora pendenti al momento della decisione*

della Corte, rimanendone esclusi solo i cc.dd. rapporti già esauriti». Nel caso di specie, secondo quanto affermato dal giudice amministrativo, il rapporto non poteva ritenersi esaurito poiché il procedimento avente ad oggetto l'istanza di permesso di costruire in sanatoria risultava ancora pendente al momento della pronuncia di incostituzionalità, e, in quanto tale, doveva considerarsi travolto dagli effetti della stessa. In questi termini, dunque, il provvedimento di rigetto, nella parte in cui ha ritenuto non concedibile la sanatoria richiesta in quanto fondata su una norma dichiarata incostituzionale, deve considerarsi legittimo.

Sulla scorta di simili considerazioni il T.A.R. ha ritenuto altrettanto infondata la domanda di risarcimento del danno da ritardo. Dopo aver ribadito come la pronuncia di legittimità espunga la norma incostituzionale dall'ordinamento con effetti *ex tunc*, il giudice amministrativo ha infatti chiarito che il limite dei diritti quesiti per la retroattività delle pronunce di incostituzionalità risponde unicamente ad esigenze di stabilità dei rapporti ormai definiti senza tuttavia sancirne la legittimità e che tale limite non può legittimare la pretesa ad una definizione tempestiva dei rapporti pendenti al fine di non vedersi applicare la pronuncia di incostituzionalità nel frattempo sopravvenuta. Pertanto, conclude il Giudice, *«deve ritenersi che difetta di meritevolezza dell'interesse la pretesa di parte ricorrente di essere risarcita per la mancata applicazione di una legge incostituzionale a causa del ritardo della p.a. nella conclusione del procedimento, in quanto il vantaggio che ella si duole di non aver ottenuto sarebbe stato comunque un vantaggio contra Constitutionem, pertanto non tutelabile in via risarcitoria».*

T.A.R.-Campania-Napoli-Sez.-II-30-gennaio-2023-n.-670 [PDF sentenza](#)

Cassazione Civile, Sezioni Unite, 19 gennaio
2023, n. 1567

Corso Tozzi Martelli

DOI: 10.13130/2723-9195/2023-1-129

In tema di lesione dell'affidamento derivante dall'annullamento di un atto amministrativo ampliativo illegittimo, la Corte di Cassazione afferma che, essendo l'affidamento una situazione autonoma, tutelata in sé e non nel suo collegamento con l'interesse pubblico, la giurisdizione del giudice amministrativo sussiste solo quando la causa petendi riguarda le modalità di esercizio del potere amministrativo.

In the context of breach of legitimate expectation, resulting from the annulment of an unlawful administrative act, the Court of Cassation settles that, as legitimate expectation is an autonomous situation protected in itself and not in its connection with the public interest, the jurisdiction of the administrative judge exists only when the cause of action concerns the methods of exercising administrative power.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con ordinanza del 19 gennaio 2023, n. 1567, nel valutare l'idoneità del comportamento della Pubblica amministrazione a generare un affidamento sulla legittimità della sua azione, hanno statuito il seguente principio di diritto: «*perché sussista la giurisdizione del giudice amministrativo, è necessario, anche nelle materie di giurisdizione esclusiva, che la causa petendi si radichi nelle modalità di esercizio del potere amministrativo, ciò che non accade quando la causa del danno di cui il privato chiede il risarcimento risieda non già nel cattivo esercizio del potere amministrativo, bensì in un comportamento la cui illiceità venga dedotta prescindendo dal modo in cui il potere è stato esercitato e venga prospettata come violazione di regole comportamentali di buona fede e correttezza alla cui osservanza è tenuto qualunque soggetto, sia esso pubblico o privato*».

Per meglio comprendere quanto affermato dalla Corte, occorre ripercorrere sinteticamente le vicende da cui nasce la vertenza oggetto della decisione in esame. Nel caso *de quo* una società proprietaria di un vasto comparto immobiliare conveniva in giudizio innanzi al Giudice ordinario l'amministrazione comunale, chiedendone la condanna al risarcimento dei danni subiti a causa della lesione dell'affidamento incolpevole riposto sulla legittimità di un provvedimento in materia urbanistica.

Il Consiglio comunale, invero, con la delibera n. 11 del 14 febbraio 2012 aveva approvato il Piano di Governo del Territorio (c.d. "P.G.T."), classificando i terreni della Società come appartenenti a un ambito di trasformazione. All'interno di tale ambito il Documento di Piano, parte integrante del P.G.T., prevedeva la possibilità di realizzare un progetto di completamento del tessuto residenziale urbano già esistente, a condizione che la Società provvedesse nel termine di sei mesi alla piantumazione preventiva dell'area (c.d. "*preverdissement*").

Successivamente, la delibera citata veniva impugnata innanzi al T.A.R. Lombardia da parte di terzi.

Nonostante ciò, e quindi la pendenza del relativo giudizio di annullamento, la Società, confortata dalle dichiarazioni fornite dai funzionari del Comune in ordine alla legittimità del proprio operato e del P.G.T. impugnato, presentava il progetto di *preverdissement*, approvato dalla Giunta municipale, nonché la proposta di piano attuativo, per la quale era stata altresì richiesta la sottoposizione a valutazione d'impatto ambientale.

La Società, pertanto, poneva in essere l'intervento di *preverdissement*, previsto quale condizione necessaria ed inderogabile per l'approvazione dei piani attuativi, che erano poi divenuti irrealizzabili a seguito della sentenza di annullamento della delibera di approvazione del P.G.T. (cfr. T.A.R. Lombardia, sentenza del 27 febbraio 2015, n. 576, confermata dal Cons. St., 28 giugno 2016, n. 2921).

Tanto premesso, seguiva l'instaurazione del procedimento dinanzi al Tribunale di Milano da parte della Società per il risarcimento dei danni subiti a seguito dell'annullamento del P.G.T.

Il Comune si costituiva in giudizio, eccependo il difetto di giurisdizione del Giudice ordinario e l'infondatezza della domanda, di cui chiedeva il rigetto.

Il Tribunale di Milano, con sentenza del 7 novembre 2018, n. 11207, accoglieva

la domanda attorea, condannando l'Amministrazione comunale al risarcimento dei predetti danni.

La Corte d'Appello di Milano, con sentenza del 7 luglio 2020, n. 1687, rigettava l'impugnazione proposta dal Comune.

In particolare, il Giudice di seconde cure, dopo aver precisato come la colpa dell'Amministrazione non fosse desumibile dalla mera illegittimità del provvedimento annullato, rilevava che l'illegittimità dell'atto amministrativo e il relativo annullamento si pongono come mero antecedente storico della domanda di risarcimento che si fonda, piuttosto, sulla scorrettezza della condotta dell'Amministrazione. Difatti, i funzionari del Comune, insistendo per l'attuazione dell'intervento di *preverdissement*, fornendo assicurazioni in merito alla validità degli atti compiuti ed escludendo la necessità di approfondimenti istruttori, avevano ingenerato un affidamento incolpevole, la cui lesione rappresenta il fondamento della pretesa risarcitoria.

Ancora, la lesione di un affidamento tutelabile doveva essere considerata ancor più presente se viene seguito l'orientamento giurisprudenziale che qualifica la relativa responsabilità come responsabilità da contatto sociale qualificato, che può insorgere attraverso l'instaurazione di momenti relazionali socialmente o giuridicamente qualificati, che creano obblighi reciproci di buona fede, protezione ed informazione tra le parti coinvolte.

Avverso tale sentenza il Comune proponeva ricorso per cassazione.

Più segnatamente, per quanto qui rileva, si evidenzia come il ricorrente denunciava, quale motivo di censura, «*la violazione dell'art. 37 cod. proc. civ. e degli artt. 7, 30 e 133, comma primo, lett. f), cod. proc. amm., censurando la sentenza impugnata nella parte in cui, ai fini della spettanza della controversia alla giurisdizione del Giudice ordinario, ha qualificato l'affidamento come una situazione giuridica autonoma. Premesso infatti che l'affidamento costituisce soltanto un criterio di valutazione della condotta delle parti, riflettendo l'aspettativa che coloro con i quali si viene in contatto si comportino secondo le regole di correttezza e lealtà reciproca, sostiene che nei rapporti tra il cittadino e la Pubblica Amministrazione esso inerisce necessariamente a una posizione soggettiva d'interesse legittimo, dal momento che la sua lesione è sempre riconducibile all'esercizio di un potere amministrativo. Aggiunge che, anche a voler qualificare la posizione dell'attrice come diritto soggettivo, la controversia doveva ritenersi*

devoluta alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo, dal momento che l'affidamento di cui era stata dedotta la lesione traeva origine dall'esercizio di un potere in materia urbanistica e edilizia ».

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, ritenendo tale motivo infondato, tra le altre cose, hanno osservato che:

- anche nelle materie di giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo è necessario che *«la causa petendi si radichi nelle modalità di esercizio del potere amministrativo, ciò che non accade quando la causa del danno di cui il privato chiede il risarcimento risieda non già nel cattivo esercizio del potere amministrativo»* bensì nella sua oggettiva idoneità a determinare l'affidamento;
- *«il danno non scaturisce dalla mera illegittimità del provvedimento amministrativo, ma dalla lesione dell'affidamento riposto dal privato sulla legittimità dello stesso, cioè da una fattispecie complessa, che richiede il concorso, con tale illegittimità, anche di ulteriori circostanze, riflettenti la violazione delle regole di correttezza e buona fede cui deve uniformarsi il comportamento dell'Amministrazione, la cui attitudine a fondare la fiducia incolpevole dev'essere valutata caso per caso»;*
- *«la nozione di affidamento rilevante ai fini della responsabilità dell'Amministrazione non coincide con quella emergente dalla disciplina dettata dall'art. 21-nonies della legge 7 agosto 1990, n. 241 (...), ma configurandosi come una situazione autonoma, tutelata in sé e non nel suo collegamento con l'interesse pubblico, e cioè come affidamento incolpevole di natura civilistica, che si sostanzia nella fiducia, nella delusione della fiducia e nel danno subito a causa della condotta dettata dalla fiducia mal riposta»;* e
- *«ai fini della configurabilità dell'illecito, non è sufficiente la mera constatazione dell'illegittimità del provvedimento amministrativo, ma è necessario un quid pluris, rappresentato dalla delusione dell'aspettativa di coerenza e non contraddittorietà riposta dal privato nel comportamento dell'Amministrazione, e fondata sul rispetto dei doveri di correttezza e buona fede sulla stessa gravanti nei rapporti con i destinatari dell'azione amministrativa, la cui inosservanza dà luogo (...) ad una responsabilità»*

CERIDAP

che non è qualificabile né come extra-contrattuale né come contrattuale in senso proprio, configurandosi piuttosto (...) come una responsabilità di tipo relazionale o da contatto sociale qualificato».

A fronte dei suesposti principi, va infine segnalato il contrapposto indirizzo della giurisprudenza amministrativa, che ha invece attribuito alla giurisdizione del Giudice amministrativo le controversie aventi a oggetto le domande di risarcimento dei danni derivanti dalla lesione dell'affidamento da provvedimento favorevole poi annullato, ravvisando nella condotta scorretta dell'Amministrazione un comportamento indirettamente collegato all'esercizio del potere pubblico (cfr. Cons. St., Ad. Plen., 29 novembre, nn. 19 e 20).

Cass.-Civ.-Sez.-Unite-19-gennaio-2023-n.-1567 [PDF sentenza](#)