

**LA DIFFICILE REGOLAZIONE DELLE DECISIONI
AMMINISTRATIVE ALGORITMICHE: ALLA RICERCA DI UN
MODELLO ITALIANO**

Luigi PREVITI*

INDICE

- 1. PREMESSA: DELIMITAZIONE DEL CAMPO D'INDAGINE**
- 2. IL MITO DELLA DIGITALIZZAZIONE E GLI INTERVENTI DEL
LEGISLATORE ITALIANO: TANTO RUMORE PER NULLA?**
- 3. IMPOSTAZIONE DOTTRINALE TRADIZIONALE: DALL'AUTOLIMITE
AMMINISTRATIVO ALL'AUTOMAZIONE DECISIONALE**
- 4. LE APERTURE DELLA RECENTE GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA E
IL RUOLO DEI PRINCIPI EUROPEI**
 - 4.1 La piena conoscibilità del processo decisionale*
 - 4.2 L'imputabilità e il controllo della decisione automatizzata*
- 5. I PRIMI INTERVENTI DI REGOLAZIONE NELL'ORDINAMENTO
GIURIDICO FRANCESE**
- 6. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE**

* Dottore di ricerca in Diritto Amministrativo e Avvocato nel foro di Palermo.

1. PREMessa: DELIMITAZIONE DEL CAMPO D'INDAGINE

Pur non rappresentando una problematica di recente emersione per gli studiosi del diritto amministrativo ⁽²⁾, la digitalizzazione delle pubbliche amministrazioni ha offerto negli ultimi anni nuove opportunità di sviluppo per i tradizionali moduli organizzativi e operativi dei pubblici poteri.

Com'è noto, l'attuale fase del percorso di informatizzazione non riguarda più la sperimentazione di forme diverse di esternalizzazione della volontà dell'amministrazione nei confronti dei privati o l'introduzione di particolari piattaforme per lo scambio di dati e di informazioni tra le autorità pubbliche ⁽³⁾.

⁽²⁾ L'importanza del tema è stata sapientemente messa in luce già da M.S. GIANNINI, *Rapporto sui principali problemi della Amministrazione dello Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1982, 722 ss., il quale, dopo aver evidenziato come tale processo non avrebbe dovuto riguardare solamente l'organizzazione interna degli uffici, ma anche le stesse modalità di adozione di atti amministrativi («[...] i sistemi informativi non servono più alle amministrazioni per fatti di gestione interna, ma servono proprio per amministrare, si proiettano cioè sempre più verso l'esterno»), rilevava la circostanza per la quale la realizzabilità del nuovo paradigma di azione avrebbe richiesto competenze tecniche specifiche, difficilmente rinvenibili all'interno del personale in servizio presso le singole amministrazioni. Si noti, peraltro, che sui rilevanti problemi legati all'utilizzo di sistemi informatici nell'esercizio dell'attività amministrativa si sono concentrati anche i lavori di A. PREDIERI, *Gli elaboratori elettronici nell'amministrazione dello Stato*, Bologna, 1971, nonché di G. DUNI, *L'utilizzabilità delle tecniche elettroniche nell'emanazione degli atti e nei procedimenti amministrativi. Spunti per una teoria dell'atto amministrativo emanato nella forma elettronica*, in *Riv. amm. Rep. it.*, 1978, 407 ss.

⁽³⁾ Sul punto, cfr. D.U. GALETTA, J.G. CORVALAN, *Intelligenza artificiale per una pubblica amministrazione 4.0?*, in *Federalismi.it*, n. 3/2019, 2, secondo i quali è possibile suddividere il processo di digitalizzazione che ha interessato il settore pubblico nel nostro ordinamento in quattro fasi: la fase iniziale, nella quale si trovava la pubblica amministrazione del XIX secolo, caratterizzata dall'utilizzo della carta e dalle macchine da scrivere all'interno dei pubblici uffici; la seconda fase, nella quale la pubblica

Al contrario, essa riguarda la possibilità di affidare lo stesso procedimento di formazione delle decisioni amministrative a specifici *software*, cioè a strumenti informatici che, sulla base dei dati di partenza (*input*) e delle istruzioni di calcolo predisposte (i.e. algoritmi), siano in grado di compiere tutte le operazioni necessarie per raggiungere un determinato risultato (*output*) ⁽⁴⁾.

amministrazione ha incominciato ad attrezzarsi di nuovi strumenti tecnici (soprattutto computer, stampanti e fax) per svolgere le proprie attività istituzionali; la terza fase, avviata all'inizio del XXI secolo, nella quale *internet*, i portali digitali, le applicazioni mobili e i *social network* hanno iniziato a diffondersi all'interno del settore pubblico, cambiandone in maniera significativa le modalità di interazione con l'esterno; la quarta fase, cioè quella della c.d. Amministrazione 4.0., caratterizzata da un livello avanzato di automazione e di interconnessione delle attività amministrative. Per una ricostruzione analoga del percorso evolutivo della digitalizzazione pubblica nel nostro ordinamento si vedano anche S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA, *La tecnificazione dell'amministrazione*, in Id. (a cura di), *La tecnificazione*, diretto da L. Ferrara, D. Sorace, *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, IV, Firenze, 2016, 15 ss.

⁽⁴⁾ Parte della dottrina ha cercato di riassumere il passaggio a tale innovativo paradigma di azione richiamando la distinzione concettuale tra atto a forma elettronica e atto ad elaborazione elettronica. Sulla distinzione in questione, cfr., *ex multis*, A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, Napoli, 1993, 13 ss., il quale ha evidenziato l'opportunità di compiere un salto di qualità nell'impiego dei computer all'interno del settore pubblico, e cioè «andare oltre la gestione (per quanto sofisticata) dei dati e affidare al computer compiti finora riservati all'uomo: è possibile passare dalla fase computer-archivio alla fase computer funzionario»; A. USAI, *Le prospettive di automazione delle decisioni amministrative in un sistema di teleamministrazione*, in *Dir. inf.*, 1993, 164 ss.; D. MARONGIU, *L'attività amministrativa automatizzata*, Rimini, 2005, 17 ss.; A.G. OROFINO, *La patologia dell'atto amministrativo elettronico: sindacato giurisdizionale e strumenti di tutela*, in *Foro amm.*, 2002, 2256.

Gli esempi concreti del processo di trasformazione algoritmica dell'azione pubblica sono ormai numerosi e sembrano interessare i settori più disparati dell'attività amministrativa ⁽⁵⁾.

Si pensi, a tal proposito, a tutti i casi in cui l'amministrazione decida di servirsi di un'apposita procedura telematica per interfacciarsi con il cittadino, richiedendo a quest'ultimo di inserire al suo interno i dati necessari per l'adozione del provvedimento finale. Ipotesi che sembrano verificarsi sempre più frequentemente in occasione dello svolgimento di prove concorsuali di vario genere, della presentazione di richieste di finanziamento o di incentivi pubblici, della partecipazione a gare di appalto e dell'organizzazione di procedure di mobilità del personale docente ⁽⁶⁾.

⁽⁵⁾ In merito alla rivoluzione concettuale e operativa determinata dalla diffusione del ragionamento algoritmico, tanto nel settore pubblico quanto nel settore privato, cfr. J.M. BALKIN, *The Three Laws of Robotics in the Age of Big Data*, in *Ohio State Law Journal*, 78, 2017, 1219 ss.; S. ZUBOFF, *The Age of the Surveillance Capitalism. The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, London, 2019; M.C. CAVALLARO, G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, in *Federalismi.it.*, n. 16/2019, 2, i quali sottolineano che nell'attuale contesto sociale «gli algoritmi includono o escludono, stabiliscono gerarchie, decidono premi e punizioni. E questo accade tanto nel settore privato che in quello pubblico, dal commercio al lavoro, dalla sanità alla giustizia penale: presiedono ai sistemi di voto e all'erogazione di mutui, decidono il rilascio di carte di credito, il licenziamento di un lavoratore e perfino la libertà personale»; S. RODOTÀ, *Il mondo nella rete, Quali i diritti, quali i vincoli*, Roma-Bari, 2014, 37, secondo il quale «decisioni importanti o solo apparentemente minori, scelte rilevanti per l'economia e per la stessa vita quotidiana, sono sempre più intensamente affidate a procedure automatizzate, a *software* messi a punto grazie a modelli matematici che, riducendo o eliminando del tutto l'intervento umano, dovrebbero rendere più rapide e affidabili molteplici operazioni riducendo i loro rischi».

⁽⁶⁾ Per un'analisi delle suddette fattispecie in giurisprudenza cfr., *ex multis*, TRGA Trento, sez. I, 15 aprile 2015, n. 149, in www.giustizia-amministrativa.it, con riferimento al rilascio di autorizzazioni per l'apertura di farmacie; Cons. Stato, sez. VI, 7 novembre 2017, n. 5136, in www.giustizia-amministrativa.it, con riferimento alla presentazione di richieste di

Più di recente, il ricorso ad apposite formule algoritmiche ha mostrato le sue potenzialità anche in ambito sanitario, rappresentando uno dei principali strumenti messi in atto a livello governativo per coordinare la gestione nazionale dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 ⁽⁷⁾.

Il che pare dimostrare l'importanza di riportare al centro del dibattito non solo il controverso rapporto tra scelte politiche e scelte (basate sulle conoscenze) tecniche, ma anche quello tra decisioni che costituiscono il frutto dell'intelligenza umana e decisioni affidate a sistemi di intelligenza artificiale ⁽⁸⁾.

finanziamento pubblico; TAR Lazio, Roma, sez. III-bis, 22 marzo 2017, n. 3769, in www.giustizia-amministrativa.it, con riferimento alla svolgimento automatizzato di una procedura di mobilità di personale docente (su cui si dirà meglio *infra*); Tar Lazio, Roma, sez. III, 3 luglio 2018, n. 7368, in www.giustizia-amministrativa.it, con riferimento all'esclusione automatizzata dalla partecipazione a un concorso pubblico; nonché, da ultimo, Tar Lazio, Roma, sez. III-bis, 30 giugno 2020, n. 7370, in www.giustizia-amministrativa.it, con riferimento allo svolgimento automatizzato dell'attività di correzione delle prove selettive del concorso per dirigenti scolastici.

⁽⁷⁾ Si pensi, a tal proposito, al meccanismo automatico di determinazione dei diversi livelli di allerta di diffusione del contagio virale all'interno del territorio nazionale che opera in base a 21 indicatori definiti dal Ministero della Salute di cui all'art. 2 del DPCM del 3 novembre 2020.

⁽⁸⁾ Per una definizione onnicomprensiva dei diversi sistemi informatici legati all'Intelligenza artificiale, cfr. il recente studio condotto dal Gruppo di esperti di alto livello incaricato della Commissione europea "A definition of AI: Main capabilities and scientific disciplines, High-Level Expert Group on Artificial Intelligence" del 8 aprile 2019, in www.ec.europa.eu, secondo il quale «Artificial intelligence (AI) systems are software (and possibly also hardware) systems designed by humans that, given a complex goal, act in the physical or digital dimension by perceiving their environment through data acquisition, interpreting the collected structured or unstructured data, reasoning on the knowledge, or processing the information, derived from this data and deciding the best action(s) to take to achieve the given goal. AI systems can either use symbolic rules or learn a numeric model, and they can also adapt their behaviour by analysing how the environment is affected by

Tuttavia, a fronte del crescente utilizzo di sistemi automatizzati nel settore pubblico, pare presentarsi con maggiore insistenza l'esigenza di definire un chiaro ed organico statuto normativo del fenomeno all'interno del nostro ordinamento giuridico.

In particolare, le suddette esigenze regolatorie sembrano riguardare due principali aspetti.

Il primo è quello relativo alle modalità di raccolta, di conservazione e di supervisione dei dati e delle informazioni che alimentano il processo decisionale automatizzato ⁽⁹⁾.

Ambito che risulta interessato dalle difficoltà connesse al mancato ammodernamento delle risorse tecnologiche e organizzative a disposizione dei soggetti

their previous actions. As a scientific discipline, AI includes several approaches and techniques, such as machine learning (of which deep learning and reinforcement learning are specific examples), machine reasoning (which includes planning, scheduling, knowledge representation and reasoning, search, and optimization), and robotics (which includes control, perception, sensors and actuators, as well as the integration of all other techniques into cyber-physical systems)».

⁽⁹⁾ Come evidenziato da D.U. GALETTA, *Algoritmi, procedimento amministrativo e garanzie: brevi riflessioni, anche alla luce degli ultimi arresti giurisprudenziali in materia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2020, 501 ss., per il buon funzionamento dei processi di automazione è essenziale attuare una adeguata *governance* dei dati a disposizione delle pubbliche amministrazioni, dal momento che queste ultime sono tenute ad adottare le proprie decisioni sulla base dei dati e delle informazioni raccolte nella fase istruttoria del procedimento amministrativo.

pubblici ⁽¹⁰⁾, non risolte dall'introduzione di apposite Banche dati in taluni settori dell'attività amministrativa ⁽¹¹⁾.

Il secondo è quello relativo alle modalità di funzionamento e di articolazione del procedimento algoritmico in quanto tale, la cui regolamentazione richiede, come meglio si dirà a breve, l'individuazione di un punto di equilibrio tra i plurimi interessi giuridici coinvolti dall'esercizio automatizzato dell'azione pubblica.

Obiettivo del presente contributo è quello di evidenziare i punti problematici più rilevanti che dovrebbero essere presi in considerazione dal legislatore al fine di introdurre una prima regolazione dell'istituto della decisione amministrativa automatizzata, circoscrivendo sin d'ora l'ambito dell'indagine all'utilizzo dei sistemi di automazione più lineari ⁽¹²⁾.

⁽¹⁰⁾ Sulla drammatica arretratezza digitale del nostro Paese rispetto alla media europea, si veda il rapporto DESI (*Digital Economy and Society Index*) redatto dalla Commissione per l'anno 2019, in www.ec.europa.eu/digital-single-market/en/desi, il quale vede l'Italia collocarsi al terzultimo posto per attuazione dell'Agenda digitale europea. Sul punto, di recente, cfr. E. CARLONI, *Algoritmi su carta: politiche di digitalizzazione e trasformazione digitale delle amministrazioni*, in *Dir. pubbl.*, n. 2/2019, 3632 ss.

⁽¹¹⁾ Uno degli esempi più evidenti in tal senso è rappresentato dalla mancata realizzazione della Banca dati nazionale degli operatori economici di cui all'art. 81 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50. Più in generale, sulle problematiche connesse alla gestione dei dati da parte delle pubbliche amministrazioni si rinvia, per tutti, al lavoro monografico di G. CARULLO, *Gestione, fruizione e diffusione dei dati dell'amministrazione digitale e funzione amministrativa*, Torino, 2017.

⁽¹²⁾ La suddetta delimitazione dell'ambito di indagine si giustifica in ragione del fatto che la recente rivalutazione del fenomeno dell'automazione decisionale ha avuto ad oggetto proprio i processi di automazione di tipo deterministico o deduttivo, allorché le forme di automazione basate sull'utilizzo di strumenti di intelligenza artificiale più evoluti risultano ancora lontane dal ricevere un giudizio di piena ammissibilità nel nostro ordinamento. Ciò non elimina, tuttavia, la circostanza che i principali aspetti problematici che caratterizzano il

In particolare, dopo aver brevemente ricostruito l'attuale quadro normativo in tema di digitalizzazione del procedimento amministrativo e i principali orientamenti dottrinali in materia di automazione, saranno esaminate le rilevanti posizioni espresse a tal proposito all'interno della recente giurisprudenza amministrativa.

Tale analisi permetterà di sottolineare, in particolare, l'assenza di una precisa disciplina dell'istituto della decisione algoritmica e la conseguente urgenza di garantire una forma minima di tutela delle posizioni giuridiche dei cittadini incise dall'agire pubblico informatizzato.

In seguito, al fine di ragionare in ordine ai possibili interventi normativi, saranno richiamate, in un'ottica di diritto comparato, le principali soluzioni legislative e interpretative elaborate a tal riguardo nel sistema giuridico francese.

Al termine dell'indagine verranno, infine, svolte alcune considerazioni di sintesi in ordine alle attuali esigenze di regolazione del fenomeno all'interno del nostro ordinamento giuridico.

2. IL MITO DELLA DIGITALIZZAZIONE E GLI INTERVENTI DEL LEGISLATORE ITALIANO: TANTO RUMORE PER NULLA?

Nel tentativo di ricostruire lo stato attuale del dibattito giuridico in tema di decisioni amministrative automatizzate, sembra opportuno analizzare, in primo luogo, le disposizioni legislative che, direttamente o indirettamente, fanno riferimento al fenomeno in questione⁽¹³⁾.

ricorso ai meccanismi più semplici di automazione siano riscontrabili anche in relazione a quelli più sofisticati e tecnologicamente avanzati.

⁽¹³⁾ Per un'analisi dei principali interventi normativi in tema di *e-Government* in Italia, cfr. G. PESCE, *Digital first. Amministrazione digitale: genesi, sviluppi, prospettive*, Napoli,

A tale proposito va notato che uno dei primi interventi normativi legati all'automazione decisionale è costituito dal d.lgs. 12 febbraio 1993, n. 39, rubricato “*Norme in materia di sistemi informativi automatizzati delle amministrazioni pubbliche*”, il quale ha definito, per la prima volta, gli obiettivi generali e i criteri operativi del processo di informatizzazione della pubblica amministrazione.

Nello specifico, il decreto in questione ha sancito il principio in base al quale: «Gli atti amministrativi adottati da tutte le pubbliche amministrazioni sono di norma predisposti tramite i sistemi informativi automatizzati» (art. 3, comma 1) ⁽¹⁴⁾.

2018, 39 ss., nonché G. DUNI, *Amministrazione digitale. Il diritto amministrativo nell'evoluzione*, Milano, 2008, 14 ss., il quale sottolinea come i primi riferimenti alla digitalizzazione si rinvengono in disposizioni di carattere settoriale, come nell'art. 15-*quinquies* della l. 28 febbraio 1990, n. 38, relativa alla possibilità di rilascio automatico di certificati.

⁽¹⁴⁾ Invero, nonostante la norma in questione abbia ricevuto scarsa applicazione (sul punto, cfr. G. DUNI, *Amministrazione digitale*, cit., 16, che sottolinea come l'unica applicazione dell'art. 3 è stata l'avvio della riforma dei mandati di pagamento informatici da parte delle amministrazioni statali ai sensi del d.P.R. 20 aprile 1994, n. 367), è necessario sottolineare che la diffusione dei cc.dd. atti amministrativi automatizzati è stata auspicata anche da una parte della giurisprudenza amministrativa, la quale ha evidenziato come «l'uso di procedure informatizzate e di macchine elettroniche nello svolgimento di attività amministrativa non solo non è di per sé illegittimo, ma è ormai consentito e disciplinato dalla normativa vigente, anche per la considerazione della maggiore oggettività ed imparzialità che la macchina può assicurare, specialmente nello svolgimento di operazioni ripetitive, non essendo soggetta alla caduta dell'attenzione riscontrabile nell'uomo dopo un certo tempo di applicazione allo stesso compito». In questi termini, Cons. Stato, sez. VI, 24 ottobre 1994, n. 1561, in *Foro amm.*, 1994, I, 2438; Cons. Stato, sez. VI, 7 febbraio 1995, n. 152, in *Cons. Stato*, 1995, I, 242.

Secondo la prospettiva adottata dal legislatore, infatti, l'utilizzo di tali strumenti nel settore pubblico avrebbe contribuito al miglioramento dei servizi pubblici erogati, al raggiungimento di un livello più elevato di trasparenza dell'azione amministrativa, al potenziamento dei supporti conoscitivi utilizzati fino a quel momento per decidere, nonché al contenimento dei costi sostenuti dalle strutture pubbliche (art. 1, comma 2).

Obiettivi che sarebbero stati realizzati, in particolare, a seguito di un processo di integrazione e di interconnessione tra i vari sistemi informatici delle singole amministrazioni, collegati a loro volta ad un portale telematico nazionale predisposto secondo gli standard definiti anche a livello europeo (art. 1, comma 3).

Tuttavia, nonostante l'apprezzabile sforzo di dettare una prima disciplina organica dell'amministrazione digitale ⁽¹⁵⁾, l'intento della novella legislativa non pare sia stato concretamente realizzato. E ciò in considerazione dei rilevanti interventi settoriali operati negli anni successivi, come la l. 15 marzo 1997, n. 59, (c.d. Bassanini I) che ha conferito piena validità giuridica a tutti gli atti, i dati e i documenti formati dalla pubblica amministrazione e dai privati con strumenti informatici o telematici (art. 15), la direttiva 1999/93/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 1999 sulle firme

⁽¹⁵⁾ Sul punto va precisato come, prima dell'adozione della suddetta normativa, il legislatore fosse già intervenuto in materia di automazione attraverso disposizioni puntuali e settoriali. Si veda, a tal proposito, l'art. 15-*quinquies*, comma 1, del d.l. 28 dicembre 1989, n. 415, ai sensi del quale: «Le amministrazioni comunali possono avvalersi di sistemi automatizzati per il rilascio diretto al richiedente delle certificazioni d'anagrafe e di stato civile, garantendo comunque l'assolvimento di ogni imposta o diritto sugli atti emessi. A tal fine è ammesso sostituire la firma autografa dell'ufficiale d'anagrafe o di stato civile con quella in formato grafico del sindaco o dell'assessore delegato, apposta al momento dell'emissione automatica del certificato. I certificati così emessi sono validi ad ogni effetto di legge, qualora l'originalità degli stessi sia garantita da sistemi che non ne consentano la fotocopiazione per copie identiche, come l'utilizzo di fogli filigranati o di timbri a secco. Il sistema utilizzato deve essere approvato con decreto del Ministro dell'interno di concerto con il Ministro di grazia e giustizia».

elettroniche e il noto testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa (d.P.R., 28 dicembre 2000, n. 445), che ha disciplinato nel dettaglio i “documenti informatici” redatti dalle pubbliche amministrazioni (art. 8 ss.).

Nel tentativo di operare un più efficace coordinamento e riassetto delle disposizioni preesistenti, il legislatore è intervenuto, in seguito, per adottare il Codice dell’amministrazione digitale (d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, da ora in poi semplicemente CAD) ⁽¹⁶⁾, nel quale hanno trovato regolamentazione istituti e meccanismi centrali per il raggiungimento di un livello più avanzato di informatizzazione pubblica ⁽¹⁷⁾.

Il testo normativo in questione è stato oggetto, invero, di numerose riforme, tra le quali pare necessario richiamare, quantomeno, quella realizzata tramite il d.lgs. 26 agosto 2016, n. 179, emanato in attuazione dell’art. 1 della l. 7 agosto 2015, n. 124 (c.d. Legge Madia) ⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁶⁾ Tra i primi commenti al testo normativo, adottato in attuazione alla legge delega n. 229/2003, si vedano, *ex multis*, E. CARLONI (a cura di), *Codice dell’amministrazione digitale*, Rimini, 2005; S. CACACE, *Codice dell’amministrazione digitale. Finalità e ambito di applicazione*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2006; M. PIETRANGELO, *La società dell’informazione tra realtà e norma*, Milano, 2007, 86 ss., il quale rileva come il Codice, pur innovando significativamente la disciplina precedente, non è riuscito a dare un effettivo slancio al processo di informatizzazione, a causa della presenza di un significativo numero di enunciazioni programmatiche e di principio, non corredate da altrettante norme precettive, dell’assenza di misure concrete contro il *digital divide* e di insufficienti disposizioni di raccordo dei poteri degli enti regionali e locali.

⁽¹⁷⁾ Sulle misure introdotte dal legislatore per migliorare l’organizzazione e la gestione del ricco patrimonio informativo in mano pubblica, cfr. anche B. PONTI, *Il patrimonio informativo pubblico come risorsa: i limiti del regime italiano di riutilizzo dei dati delle pubbliche amministrazioni*, in *Dir. pubbl.*, n. 3/2007, 991 ss.

⁽¹⁸⁾ In merito alle novità principali introdotte dalla novella legislativa in tema di digitalizzazione, cfr. B. CAROTTI, *L’amministrazione digitale: le sfide culturali e politiche del nuovo Codice*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 1/2017, 7 ss., il quale nota come, al di là dei singoli

Con tale novella, infatti, si è cercato di dare un significativo impulso alla realizzazione delle strategie nazionali in tema di *e-Government*, perseguendo, in particolare, l'obiettivo di «garantire ai cittadini e alle imprese, anche attraverso l'utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, il diritto di accedere a tutti i dati, i documenti e i servizi di loro interesse in modalità digitale» e di «garantire la semplificazione nell'accesso ai servizi alla persona, riducendo la necessità dell'accesso fisico agli uffici pubblici» (art. 1, comma 1).

A tal fine il legislatore nazionale ha introdotto, tra i criteri direttivi della delega, il principio del “*digital first*”, quale nuovo parametro alla luce del quale ridefinire e semplificare le tradizionali modalità di gestione dei procedimenti amministrativi e delle procedure interne agli uffici ⁽¹⁹⁾.

Come si è sottolineato, la riforma in questione ha inteso avviare una nuova fase per la digitalizzazione pubblica, nella quale si intende promuovere la standardizzazione dei

aspetti contenutistici, le modifiche introdotte trasmettono un messaggio di fondo, in virtù del quale la ricerca per l'efficienza nell'amministrazione pubblica passa attraverso la rivisitazione complessivi dei mezzi di cui quest'ultima si serve; M.L. MADDALENA, *La digitalizzazione della vita dell'amministrazione e del processo*, in *Foro amm.*, n. 10/2016, 2555, la quale sottolinea che la riforma si proponeva tre obiettivi di fondo: dare effettiva attuazione all'Agenda digitale italiana del 2012; definire i diritti della c.d. cittadinanza digitale; coordinare il previgente testo del CAD con il Regolamento UE n. 910/2014 del 23 luglio 2014 sull'identità digitale (c.d. regolamento eIDAS, *electronic Identification Authentication and Signature*). Più in generale, per un'analisi delle novità introdotte dalla legge Madia, cfr., per tutti, B.G. MATTARELLA, *Il contesto e gli obiettivi della riforma*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 5/2015, 621 ss.

⁽¹⁹⁾ Cfr. art. 1, comma 1, lett. b) della citata l. n. 124/2015, ai sensi del quale è necessario: «ridefinire e semplificare i procedimenti amministrativi, in relazione alle esigenze di celerità, certezza dei tempi e trasparenza nei confronti dei cittadini e delle imprese, mediante una disciplina basata sulla loro digitalizzazione e per la piena realizzazione del principio «innanzitutto digitale» (*digital first*), nonché l'organizzazione e le procedure interne a ciascuna amministrazione».

procedimenti, privilegiare le comunicazioni in via telematica e facilitare la ricerca e lo scambio di informazioni tra singole amministrazioni ⁽²⁰⁾.

Tuttavia, anche in siffatta occasione il legislatore non ha fornito alcuna indicazione normativa relativa al fenomeno dell'automazione decisionale, lasciando sul punto un evidente vuoto di disciplina all'interno del nostro ordinamento ⁽²¹⁾.

⁽²⁰⁾ In questi termini, Cfr. F. MARTINES, *La digitalizzazione della pubblica amministrazione*, in *Medialaws*, n. 2/2018, 7; M.L. MADDALENA, *op.ult.cit.*, 2561 ss. Sulla digitalizzazione dell'attività amministrativa, cfr., *ex multis*, D. MARONGIU, *Il governo dell'informatica pubblica*, Napoli, 2007, 35, il quale afferma, in modo condivisibile, che il processo di informatizzazione pubblica dovrebbe avvenire «per procedimenti» e non per soggetti, in quanto solo in tal modo è possibile conseguire un'effettiva «cooperazione applicativa», ossia la possibilità per le amministrazioni di interagire a distanza con uno stesso *software* che consente di svolgere lavori comuni.

⁽²¹⁾ Cfr. F. CARDARELLI, *Amministrazione digitale, trasparenza e principio di legalità*, in *Dir. inf.*, 2015, 227 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Umano troppo umano. Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, n. 1/2019, 10 ss.; E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, n. 2/2020, 278, il quale sottolinea che la vigente normativa contenuta nel CAD si occupa solo di alcuni aspetti del fenomeno dell'*e-Government*, concentrandosi sulla reingegnerizzazione dei processi e delle procedure solo dal punto di vista formale e/o organizzativo. Sicché, allo stato attuale, «il codice dell'amministrazione digitale non permette di risolvere la questione della legittimità (e delle condizioni) della decisione algoritmica, finendo per porsi sullo sfondo rispetto alle sfide più attuali». Si tratta di una circostanza che sorprende non poco, anche in considerazione del fatto che, com'è noto, gli algoritmi costituiscono gli elementi essenziali di ogni procedura computerizzata, dalla quelle più semplici a quelle più avanzate. Il che ha condotto parte della dottrina a interrogarsi sui reali obiettivi perseguiti dalla trasformazione digitale del settore pubblico, descritta talora come una semplice «digitalizzazione di facciata che ha semplicemente trasferito fogli di carta [...] dentro i computer», come nota F. CAIO, *Lo Stato del digitale*, Padova, 2014, 7.

A diverse conclusioni non sembra potersi pervenire analizzando le attuali disposizioni relative all'uso delle tecnologie informatiche nello svolgimento dell'attività amministrativa.

Si consideri, a tal proposito, quanto disposto dall'art. 12 CAD, secondo il quale le pubbliche amministrazioni utilizzano, nei rapporti interni, in quelli con altre amministrazioni e con i privati, le tecnologie dell'informazione e della comunicazione (c.d. ICTs) per la «realizzazione degli obiettivi di efficienza, efficacia, economicità, imparzialità, trasparenza, semplificazione e partecipazione»; così come si veda quanto previsto dall'art. 41 CAD, ai sensi del quale: «Le pubbliche amministrazioni gestiscono i procedimenti amministrativi utilizzando le tecnologie dell'informazione e della comunicazione».

Si tratta di previsioni che paiono limitarsi a sottolineare la funzione strumentale della telematica rispetto al perseguimento dei principi fondamentali dell'azione pubblica, senza indicare, tuttavia, le modalità operative attraverso le quali gli strumenti informatici possano contribuire in concreto alla realizzazione di siffatti obiettivi ⁽²²⁾.

In termini ugualmente generici si pone l'art. 3-*bis* della l. 7 agosto 1990, n. 241, rubricato “*Uso della telematica*”, il quale recita, nella versione originaria introdotta dall'art. 3, comma 1, della l. 11 febbraio 2005, n. 15, che: «Per conseguire maggiore efficienza nella

⁽²²⁾ In materia, cfr. anche G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici*, Napoli, 2019, 82, la quale ricorda che lo stesso parere reso dal Consiglio di Stato sulla bozza del d.lgs. n. 82/2005 (parere 7 febbraio 2005, n. 11995) sottolineava la «necessità di accompagnare alle enunciazioni di principio norme direttamente precettive, che non rimettano l'attuazione di tali principi esclusivamente alla volontà (mutevole per definizione) di attuarle da parte delle singole amministrazioni». Sul punto, da ultimo, anche D.U. GALETTA, *Algoritmi, procedimento amministrativo e garanzie*, cit., 506.

loro attività, le amministrazioni pubbliche incentivano l'uso della telematica, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati».

Infatti, per quanto sia ormai pacifico che il termine telematica debba essere inteso in un senso non strettamente letterale, e sia dunque riferibile alla pluralità di strumenti tecnologici che rientrano oggi nel settore delle ICTs⁽²³⁾, anche la predetta disposizione risulta priva di qualsiasi riferimento alle misure operative e alle risorse strumentali necessarie per la sua attuazione⁽²⁴⁾.

Sicchè, come si è condivisibilmente osservato, alla norma deve essere attribuito un valore meramente programmatico, assimilabile a quello di una dichiarazione di intenti e di principi⁽²⁵⁾.

⁽²³⁾ Così, F. COSTANTINO, *L'uso della telematica nella pubblica amministrazione*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa. Saggi sul procedimento amministrativo*, Torino, 2016, 243; F. CARDARELLI, *L'uso della telematica*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 510; S. DETTORI, *Articolo 3-bis*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, 2005, 182. In merito al significato letterale del termine "telematica", cfr. V. FROSINI, voce *Telematica e informatica giuridica*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, il quale ricorda che il termine deriva dalla contrazione semantica fra i termini «telecomunicazioni» e «informatica», e indica comunemente il metodo tecnologico di trasmissione del pensiero a distanza mediante l'impiego di un linguaggio computerizzato che veicola informazioni automatizzate.

⁽²⁴⁾ I rilievi relativi all'originaria previsione dell'art. 3 paiono mantenere la loro attualità anche in relazione alla nuova formulazione della norma, modificata ad opera dell'art. 12, comma 1, lett. b) del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, in base alla quale le parole «incentivano l'uso della telematica» sono state sostituite dalle parole «agiscono mediante strumenti informatici e telematici».

⁽²⁵⁾ In tal senso, F. CARDARELLI, *op.ult.cit.*, 511; S. DETTORI, *op.ult.cit.*, 181, secondo il quale la norma in esame, oltre ad avere una valenza programmatica, sarebbe anche ridondante, in quanto il principio stabilito dalla stessa era già perfettamente ricavabile dalla previsione dell'art. 97 Cost, in quanto corollario del principio di buon andamento. *Contra*, F.

Dalle considerazioni sopra esposte si ricava, dunque, l'insussistenza di una specifica normativa che contempra l'utilizzo dei sistemi automatizzati nell'ambito delle procedure condotte dai soggetti pubblici ⁽²⁶⁾.

In assenza di una regolamentazione del fenomeno, sembrano dunque continuare a porsi numerosi problemi di compatibilità del ricorso ai meccanismi decisionali in questione con il principio di legalità dell'azione amministrativa.

**3. IMPOSTAZIONE DOTTRINALE TRADIZIONALE:
DALL'AUTOLIMITE AMMINISTRATIVO ALL'AUTOMAZIONE
DECISIONALE**

COSTANTINO, *op.ult.cit.*, 245, secondo il quale l'argomentazione sopra esposta non riuscirebbe a provare la scarsa valenza pratica della disposizione allorché, ragionando in questi termini, la critica dovrebbe essere estesa a tutta la legislazione vigente in tema di digitalizzazione. Se è vero, infatti, che la trasformazione tecnologica del settore pubblico è stata rallentata in ragione dell'emersione di criticità di vario genere, ciò non muta la circostanza per la quale le disposizioni normative in materia si pongono in termini di obbligo per l'amministrazione pubblica, alla quale si aggiunge il fatto che il nostro legislatore ha previsto dei meccanismi sanzionatori per la loro mancata osservanza da parte dei destinatari (si veda, in tal senso, l'art. 12, comma 1-ter, CAD).

⁽²⁶⁾ In proposito occorre precisare che se, da un lato, esistono disposizioni normative che fanno riferimento, in ordine ad alcuni specifici procedimenti, ad ipotesi di trattamento automatizzato di dati (come, ad esempio, l'art. 56 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, relativo all'istituto delle "Aste elettroniche"), dall'altro non sembra affatto possibile ricavare da tali limitati interventi un più generale inquadramento giuridico dell'istituto della decisione automatizzata; e ciò per due fondamentali ordini di ragioni: da un lato, per la settorialità dell'utilizzo dei predetti trattamenti informatici, le cui condizioni di ammissibilità mutano a seconda del procedimento amministrativo preso in considerazione; dall'altro, per la totale assenza di riferimenti legislativi ai temi della trasparenza e della controllabilità degli esiti del trattamento, principi dai quali non sembra, invero, potersi più prescindere a seguito della recente evoluzione giurisprudenziale registratasi in materia (su questi profili, vedi *infra*).

La mancanza di una previsione normativa del processo di automazione delle decisioni pubbliche ha condotto la dottrina che per prima ha esaminato la problematica ad interrogarsi in merito alla possibilità di rinvenire il fondamento teorico del fenomeno utilizzando le categorie giuridiche preesistenti.

Com'è noto, uno dei principali aspetti problematici affrontati in dottrina ha riguardato il tema della trasposizione del linguaggio giuridico in linguaggio informatico, noto anche come fenomeno della “normalizzazione”⁽²⁷⁾.

Come si è sottolineato, infatti, realizzare la normalizzazione di un testo giuridico implica che quest'ultimo «possa essere tradotto, secondo le regole di analisi, in linguaggio formale in cui ogni segno possiede una e una sola funzione»⁽²⁸⁾, in modo tale da essere comprensibile per il *software* e facilmente replicabile in sede di programmazione dai tecnici del settore.

Partendo dalla considerazione dei vincoli di natura tecnica che caratterizzano la fase di progettazione informatica, sono state delineate, in particolare, due fondamentali condizioni per la buona riuscita del processo di automazione: *a)* la circostanza che la legge da applicare contenga concetti giuridici precisi e determinati, ai quali è possibile attribuire esclusivamente

⁽²⁷⁾ Com'è noto, il tema è stato affrontato per prima dalla letteratura straniera (sul punto, cfr. L.E. ALLEN, *Una guida per redattori giuridici di tesi normalizzati*, in *Inf. e dir.*, 1979, 61 ss.). Per limitarci alle elaborazioni della dottrina italiana, si vedano, *ex multis*, L. NIVARRA, *Come normalizzare il linguaggio legale*, in *Contratti e impresa. Dialoghi con la giurisprudenza*, Padova, 1987, 262 ss.; A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico*, cit., 19 ss.; D. MARONGIU, *L'attività amministrativa automatizzata*, cit., 30 ss.; F. SAITTA, *Le patologie dell'atto amministrativo elettronico e il sindacato del giudice amministrativo*, in *Riv. dir. amm. el.*, 2003, 17 ss.; P. OTRANTO, *Decisione amministrativa e digitalizzazione della p.a.*, in *Federalismi.it*, n. 2/2018, 17 ss.; S. VACCARI, *Note minime in tema di Intelligenza artificiale e decisioni amministrative*, in *Giust. amm.*, 2019, 3-4.

⁽²⁸⁾ A. MASUCCI, *op.ult.cit.*, 19.

un solo significato o una sola interpretazione tra quelle astrattamente ricavabili dal testo giuridico rilevante nel caso concreto ⁽²⁹⁾; b) la possibilità di ricondurre il ragionamento logico utilizzato per adottare la decisione finale allo schema logico tipico del giudizio condizionale, sintetizzabile con la locuzione “*Se (If)... allora (then)*” ⁽³⁰⁾.

⁽²⁹⁾ Si fa riferimento, in particolare, a concetti giuridici che rimandano a giudizi di valore, i quali richiedono una valutazione da parte del funzionario pubblico relativa al singolo caso concreto esaminato. Si pensi, ad esempio, ai concetti di “non comune bellezza”, di “urgenza”, o di “utilità pubblica”. Più di recente, sottolineano come la formulazione degli atti normativi possa essere un ostacolo per l’automazione D. MARONGIU, *L’attività amministrativa automatizzata*, cit., 53 ss.; P. OTRANTO, *Decisione amministrativa e digitalizzazione della p.a.*, cit., 18 ss.

⁽³⁰⁾ Si tratta, dunque, della possibilità di individuare all’interno di un precetto giuridico un rapporto di condizionalità tra le sue parti costitutive, tale per cui al verificarsi di tutte le condizioni richieste dalla norma in questione sia ricollegato il verificarsi di determinate conseguenze (sul punto si rinvia a L. NIVARRA, *Come normalizzare il linguaggio legale*, cit., 262 ss.). Sottolineano come tale impostazione abbia condizionato profondamente il dibattito dottrinale successivo in tema di automazione G. CARIDI, *Informatica giuridica e procedimenti amministrativi*, Milano, 1983, 49 ss.; F. SAITTA, *Le patologie dell’atto amministrativo elettronico e il sindacato del giudice amministrativo*, cit., 18; G. SARTOR, *L’informatica giuridica e le tecnologie dell’informazione*, Torino, 2016, 292; L. VIOLA, *L’intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell’arte*, in *Federalismi.it*, n. 21/2018, 7. Naturalmente, si tratta di modelli ricostruttivi che si fondano su programmi informatici strutturalmente molto semplici e che utilizzano algoritmi di tipo lineare o deterministico, i quali non sviluppano di per sé un ragionamento autonomo rispetto a quello indicato nel codice di programmazione, come accade, invece, per le tecnologie di intelligenza artificiale più avanzate. Si noti, a tal proposito, che secondo A. MASUCCI, *op.ult.cit.*, 25, non sarebbe possibile superare le difficoltà di formalizzazione dei concetti giuridici indeterminati sia per la pretesa incompatibilità della logica della programmazione con la previsione di una serie di interpretazioni alternative dello stesso concetto giuridico, sia per ragioni legate al costo economico di programmazioni così articolate (e del conseguente aggiornamento del *software*). Come è facile intuire, le due preoccupazioni appena esplicitate risulterebbero oggi eccessive, in ragione della notevole evoluzione tecnologica che si è registrata negli ultimi anni.

Al contrario, nel caso in cui il testo giuridico da normalizzare presenti nozioni o concetti imprecisi e indeterminati, tali da rendere problematico operare una predeterminazione dei significati ad essi attribuibili in concreto, non sarebbe possibile fissare *a priori* «criteri validi per stabilire se una determinata situazione è suscettibile sotto una determinata norma o se un determinato fatto rientra in un determinato concetto».

Circostanza dalla quale deriverebbe l'impossibilità di replicare il contenuto della norma rilevante nella singola fattispecie in appositi comandi in grado di guidare il funzionamento del programma informatico ⁽³¹⁾.

L'impostazione concettuale appena richiamata ha avuto, invero, una notevole incidenza sulle successive riflessioni relative all'ambito di applicazione delle decisioni amministrative automatizzate.

In particolare, in dottrina si è registrato nel tempo un'adesione pressoché unanime all'orientamento che ritiene pienamente compatibile con la logica utilizzata dall'elaboratore elettronico, e dunque riproducibile da punto di vista tecnico, l'adozione di atti amministrativi vincolati ⁽³²⁾.

⁽³¹⁾ In siffatte ipotesi, peraltro, parte della dottrina ha proposto la realizzazione di un'operazione di automazione parziale, nella quale affidare al *software* lo svolgimento di una parte dell'istruttoria (cioè, quella che comporta l'accertamento di requisiti e criteri dal significato univoco), e lasciare, al contrario, al funzionario persona fisica lo svolgimento delle restanti attività interpretative e di giudizio. Così, G. CARIDI, *op.ult.cit.*, 100 ss., il quale ha proposto di realizzare un'automazione "a segmenti" del procedimento amministrativo, in base alla quale alcune fasi seguono uno svolgimento automatico, mentre altre si svolgono in modo tradizionale, cioè sotto l'esclusivo controllo umano.

⁽³²⁾ Come nota A. USAI, *Le prospettive di automazione delle decisioni amministrative in un sistema di teleamministrazione*, cit., 165, tutta l'attività amministrativa vincolata può essere tecnicamente automatizzata: dalla contabilizzazione delle retribuzioni all'emissione di certificati, comunicazioni, diffide. Tuttavia, la realizzazione di tale intervento incontra alcune

Infatti, allorché in presenza di un potere amministrativo vincolato il processo decisionale seguito dalla pubblica amministrazione si sostanzia nell'accertamento dei presupposti e dei requisiti fissati dalla legge ⁽³³⁾, si è osservato che tale forma di esercizio del potere amministrativo può essere ben ricondotta al giudizio logico condizionale (“Se... allora”) tipico dei *software* più semplici.

Al contrario, numerosi dubbi sono stati sollevati in ordine all'ammissibilità del processo di automazione rispetto allo svolgimento di attività amministrative di natura discrezionale ⁽³⁴⁾.

Si è sostenuto, infatti, che in tale ipotesi l'adozione automatizzata dell'atto amministrativo sarebbe stata possibile soltanto nel caso in cui la disciplina normativa da

importanti difficoltà, quali la predisposizione di *software* idonei e la verifica della legittimità delle procedure.

⁽³³⁾ In questi termini si pongono le note riflessioni di E. CAPACCIOLI, *Disciplina del commercio e problemi del processo amministrativo*, in Id. (a cura di), *Diritto e processo*, Padova, 1978, 310 ss., secondo il quale il processo di adozione di un atto vincolato sarebbe riconducibile allo schema “norma-fatto-effetto”, mentre quello relativo all'atto discrezionale sarebbe da inquadrare nello schema “norma-potere-effetto”. Secondo tale impostazione, infatti, gli atti vincolati, non esprimendo alcuna scelta propria dell'amministrazione, costituirebbero soltanto applicazione al caso concreto della disciplina legale. Invero, il dibattito in questione deve ormai ritenersi superato alla luce degli orientamenti dottrinali più recenti, secondo i quali, anche se il contenuto del provvedimento vincolato è definito puntualmente dalla legge, ai fini della produzione di effetti giuridici è comunque necessario l'esercizio di un potere da parte della pubblica amministrazione. Sul punto, per tutti, cfr. F.G. COCA, *Diritto amministrativo*, Torino, 2019, 260 ss.

⁽³⁴⁾ In senso contrario all'automazione dell'attività amministrativa discrezionale, si veda A. MASUCCI, *op.ult.cit.*, 31 ss.; G. CARIDI, *op.ult.cit.*, 145 ss.; A. USAI, *op.ult.cit.*, 181 ss. Al contrario, ritengono ammissibile, seppur con alcuni limiti, l'esercizio del potere amministrativo discrezionale nelle forme dell'automazione U. FANTIGROSSI, *Automazione e pubblica amministrazione*, Bologna, 1993, 97 ss.; D. MARONGIU, *L'attività amministrativa automatizzata*, cit., 62 ss.

applicare potesse essere comunque ricondotta al predetto schema logico, cioè quando le decisioni adottabili dalla pubblica amministrazione in relazione ad un determinato procedimento fossero limitate e, quindi, predeterminabili *ex ante* da parte dell'autorità procedente (si è parlato, a tal proposito, di atti a bassa discrezionalità).

Sicché si è affermata l'impossibilità di affidare ad un elaboratore elettronico l'adozione di atti che rivestono natura ampiamente discrezionale, i quali presuppongono, com'è noto, una valutazione attenta dei plurimi interessi giuridici rilevanti e una conseguente scelta del modo in cui perseguire l'interesse pubblico concreto ⁽³⁵⁾.

Decisioni che non si prestano, dunque, ad essere anticipate ad una fase precedente allo svolgimento del singolo procedimento amministrativo.

La consapevolezza dei suddetti limiti di natura tecnica ha indotto, pertanto, la dottrina più risalente a individuare il fondamento teorico dell'istituto della decisione automatizzata nella potestà di autorganizzazione e di autolimitazione spettante ad ogni pubblica amministrazione nell'esercizio delle proprie funzioni istituzionale.

Sul punto si è notato che «ogni figura soggettiva cui fa capo un'organizzazione vanta, invero, un potere di autodisciplina delle potestà di cui è titolare. Essa può adottare delle proposizioni precettive per regolare l'esercizio dei propri poteri, o meglio può prevedere

⁽³⁵⁾ Cfr., in particolare, le riflessioni di A. MASUCCI, *op.ult.cit.*, 33, secondo il quale «se l'essenza del potere discrezionale consiste nel far sì che l'autorità nel perseguire l'interesse pubblico possa di volta in volta per ogni specifico caso concreto individuare fra le tante soluzioni egualmente ammesse dalla norma (che conferisce il potere discrezionale) quella che tiene conto di tutti i possibili interessi (pubblici e privati) inerenti ad una concreta fattispecie e di tutte le interrelazioni che si vengono a stabilire tra questi interessi, allora le finalità che sono alla base del potere discrezionale risultano incompatibili con la rigida predeterminazione della decisione, propria della logica della programmazione del computer». In materia di discrezionalità amministrativa si veda, per tutti, M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, 78 ss.

– in riferimento agli specifici obiettivi da realizzare – una disciplina, in chiave di normazione di azione, dell’esercizio dei poteri amministrativi ad essa attribuiti»⁽³⁶⁾.

In virtù della propria capacità organizzativa, infatti, l’autorità pubblica è in grado di definire in via generale e preventiva delle regole di condotta che si impegna ad osservare in futuro nell’esercizio delle proprie funzioni: regole che possono essere considerate «un imperativo rivolto dall’autorità a sé medesima».

In altri termini, se si riconosce che ogni ente dotato di un’organizzazione è titolare del potere di predeterminare la propria azione futura attraverso la fissazione di criteri e parametri che vincoleranno il processo di adozione delle proprie decisioni, risulta necessario riconoscere, in capo alla pubblica amministrazione, la capacità di programmare le proprie scelte decisionali, anche attraverso l’utilizzo di apposite formule informatiche⁽³⁷⁾.

Spetta dunque all’autorità pubblica intenzionata a sfruttare i vantaggi della decisione algoritmica compiere un’opera di predefinizione di tutte le possibili scelte adottabili all’esito del singolo procedimento amministrativo.

⁽³⁶⁾ In questi termini, A. MASUCCI, *op.ult.cit.*, 53 ss., secondo il quale l’esercizio di tale potestà è conforme alle esigenze di imparzialità e di buon andamento di cui all’art. 97 Cost., in quanto esso consentirebbe ai pubblici poteri di raggiungere una maggiore uniformità nell’applicazione del diritto e nel proprio agire. Sul concetto di potestà di autorganizzazione della pubblica amministrazione, cfr. M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966; A. ROMANO, voce *Autonomia nel diritto pubblico*, in *Dig. disc. pubbl.*, II, 1987, 34 ss.; P. CERBO, *Il potere di organizzazione della pubblica amministrazione fra legalità e autonomia*, in *Jus*, n. 1/2008, 228 ss.

⁽³⁷⁾ Sul fenomeno della c.d. predeterminazione o prefigurazione dell’azione amministrativa, cfr. F. BASSI, *La norma interna. Lineamenti di una teorica*, Milano, 1963; P.M. VIPIANA, *L’autolimita della pubblica amministrazione*, Milano, 1990; A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, Napoli, 1997; nonché, di recente, R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 182 ss.

Meccanismo che, a livello teorico, potrebbe trovare applicazione anche qualora il potere esercitato in concreto dalla pubblica amministrazione sia di natura discrezionale, quantomeno nelle ipotesi in cui quest'ultimo possa essere incardinato all'interno di criteri oggettivi di giudizio facilmente traducibili in istruzioni informatiche ⁽³⁸⁾.

Se quella appena esposta può essere considerata l'impostazione tradizionale della tematica, occorre, tuttavia, evidenziare come parte della dottrina più recente abbia avanzato diverse perplessità in ordine alla sostenibilità di un tale approccio interpretativo ⁽³⁹⁾.

In merito si è affermato che l'utilizzo di strumenti tecnologici all'interno dei procedimenti amministrativi può essere giustificato facendo riferimento al concetto di autonomia organizzativa soltanto nell'ipotesi in cui la tecnologia adoperata incida sulla forma esteriore della decisione finale adottata.

Al contrario, qualora si affidi ad un programma informatico l'elaborazione dello stesso contenuto della determinazione amministrativa, come avviene, appunto, nel caso dell'atto ad elaborazione elettronica, non sarebbe possibile far riferimento alle vigenti

⁽³⁸⁾ Sul rapporto tra automazione decisionale e predeterminazione dell'azione amministrativa si è osservato (F. SAITTA, *Le patologie dell'atto amministrativo elettronico e il sindacato del giudice amministrativo*, cit., 18) che anche gli aspetti discrezionali dell'attività amministrativa sono pur sempre riducibili a processi logici razionali, nella misura in cui anche l'attività discrezionale deve essere svolta in ossequio a determinati principi e criteri. Sicché, attraverso l'utilizzo dell'istituto dell'autolimitazione, volto a determinare preventivamente, ossia al momento della predisposizione del programma, le modalità concrete di esercizio della discrezionalità *pro futuro*, sarebbe possibile elaborare in maniera automatica anche taluni atti amministrativi di natura discrezionale, rappresentando il programma informatico gestito dal funzionario «un semplice strumento di ausilio al perseguimento dell'obiettivo che l'agente si è proposto».

⁽³⁹⁾ Cfr. S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Umano troppo umano*, cit., 10 ss.; G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici*, cit., 79 ss.; R. CAVALLO PERIN, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, in *Dir. amm.*, n. 2/2020, 305 ss.

disposizioni normative in tema di digitalizzazione o alla predetta teoria dell'autolimitazione decisionale.

In particolare, tale orientamento interpretativo sembra trovare fondamento in due principali argomentazioni.

In primo luogo, si è sottolineato che la decisione di adottare atti amministrativi facendo ricorso a formule algoritmiche non può essere considerata una scelta di rilevanza meramente interna o organizzativa.

Una siffatta operazione richiederebbe, infatti, una specifica norma di autorizzazione, la quale consenta al funzionario pubblico che cura il procedimento di delegare il processo di assunzione della decisione amministrativa ad un programma informatico ⁽⁴⁰⁾.

In assenza di una tale previsione, pertanto, è stata evidenziata la necessità di continuare a garantire, all'interno del nostro ordinamento, il rispetto del c.d. principio "antropocentrico", in virtù della quale «il conferimento di potere decisionale a un certo apparato implic[a] la riferibilità a un atto intenzionale umano, se non diversamente stabilito» ⁽⁴¹⁾.

⁽⁴⁰⁾ Sul punto si è osservato, peraltro, che la scelta di affidare ad un programma informatico l'emanazione di un provvedimento amministrativo risulta spesso il prodotto di un fascio di decisioni provenienti da più soggetti e maturate in momenti spesso differenti. Così, M. D'ANGELOSANTE, *La consistenza del modello dell'amministrazione invisibile nell'età della codificazione*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA (a cura di), *La tecnificazione*, cit., 162.

⁽⁴¹⁾ Così, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *op.ult.cit.*, 22. Secondo l'A. tale principio potrebbe essere ricavato in via interpretativa dall'analisi di alcune disposizioni della l. n. 241/90. Si pensi, ad esempio, a quelle relative al responsabile del procedimento, il quale, per i peculiari compiti che gli sono stati affidati dalla legge (art. 6), non può che essere rappresentato da una persona fisica. In merito all'importanza dell'istituto in oggetto, quale soggetto in grado di offrire ai cittadini un punto di riferimento essenziale nello svolgimento

Ulteriori argomenti a favore dell'introduzione di una specifica base legislativa per poter legittimare il ricorso al fenomeno dell'automazione decisionale nel settore pubblico sono stati individuati anche dall'analisi della vigente normativa di fonte sovranazionale ⁽⁴²⁾.

Com'è noto, un espresso limite alla possibilità di assumere decisioni automatizzate è contenuto all'interno dell'art. 22 del Regolamento UE n. 2016/679 ⁽⁴³⁾, ai sensi del quale

dell'iter procedurale, cfr., *ex multis*, G. BERTI, *La responsabilità pubblica*, Padova, 1994, 305, il quale descriveva la figura in questione in termini di un «funzionario designato a dare sembianza fisica all'istruttoria amministrativa». Sul punto, cfr. anche R. CAVALLO PERIN, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, cit., 317-318, secondo il quale l'introduzione dell'atto amministrativo informatico non apporta alcuna deroga al principio in base al quale i poteri dell'autorità amministrativa sono soggetti al principio di legalità, ma richiede al contrario, quanto alle decisioni esclusivamente automatizzate, che sia possibile invocare a fondamento di queste una specifica e ragionevole disposizione dell'Unione europea o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento.

⁽⁴²⁾ In merito si veda, inoltre, quanto osservato nel Libro Bianco sull'intelligenza artificiale della Commissione europea del 19 febbraio 2020, COM 2020/65, 11, in www.ec.europa.eu, all'interno del quale viene chiarito che la definizione di un chiaro quadro normativo, anche a livello europeo, sulle possibilità di utilizzo dell'intelligenza artificiale «rafforzerebbe la fiducia dei consumatori e delle imprese nell'IA e accelererebbe quindi l'adozione della tecnologia». Sul punto cfr. S. DEL GATTO, *Una regolazione europea dell'AI come veicolo di eccellenza e affidabilità*, in Osservatorio sullo stato digitale IRPA, reperibile in www.irpa.eu.

⁽⁴³⁾ Si tratta del noto regolamento UE n. 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, rubricato "*Regolamento generale sulla protezione dei dati*" (d'ora in poi, GDPR), che ha abrogato la precedente direttiva 95/46/CE. Sull'articolo in questione cfr., *ex multis*, F. PIZZETTI, *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018, 34 ss.; A. MORETTI, *Algoritmi e diritti fondamentali della persona. Il contributo del Regolamento UE 2016/679*, in *Dir. inf.*, 2018, 799 ss.; A. MASUCCI, *L'algoritmizzazione delle decisioni amministrative tra Regolamento europeo e leggi degli Stati membri*, in *Dir. pubbl.*, n. 3/2020, 956 ss.; S. SASSI, *Gli algoritmi nelle decisioni pubbliche tra trasparenza e responsabilità*, in *Analisi economica del diritto*, n. 1/2019, 114 ss., secondo la quale la norma risponde al chiaro obiettivo di anteporre l'uomo alla macchina

«l'interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona».

Il paragrafo 2 della stessa disposizione prevede, invero, che il divieto in questione non trova applicazione a certe condizioni ⁽⁴⁴⁾.

In particolare, per quanto rileva in questa sede, se l'automazione decisionale è stata autorizzata dal diritto dell'Unione o dello Stato membro che ricorre a tale *modus operandi*, e se tale autorizzazione normativa prevede «misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato», la decisione algoritmica può essere considerata legittima ai sensi del GDPR ⁽⁴⁵⁾.

algoritmica, la quale dovrebbe essere sempre considerata in funzione servente rispetto al primo.

⁽⁴⁴⁾ Art. 22, par. 2, GDPR: «Il paragrafo 1 non si applica nel caso in cui la decisione: a) sia necessaria per la conclusione o l'esecuzione di un contratto tra l'interessato e un titolare del trattamento; b) sia autorizzata dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento, che precisa altresì misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato; c) si basi sul consenso esplicito dell'interessato».

⁽⁴⁵⁾ Più in dettaglio, ai sensi dell'art. 23 GDPR, il diritto dell'Unione o di uno Stato membro può introdurre specifiche limitazioni al diritto di cui al citato art. 22 per perseguire determinati interessi pubblici (indicati dallo stesso art. 23) purché tale limitazione rispetti l'essenza dei diritti e delle libertà fondamentali dei cittadini e consista in una misura necessaria e proporzionata. Sul punto cfr. anche A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal*, n. 1/2019, 80, secondo il quale la portata delle eccezioni menzionate dalla norma è nei fatti molto ampia, «tanto che viene da chiedersi quando, in realtà, si possa applicare la regola».

Pertanto, in assenza di una chiara disciplina dell'istituto della decisione algoritmica, il predetto orientamento interpretativo è giunto ad escludere la possibilità di assumere atti amministrativi in base a procedure completamente automatizzate ⁽⁴⁶⁾.

Diversa questione problematica sembra riguardare, invece, l'idoneità di una previsione legislativa che si limiti ad autorizzare in termini generali l'utilizzo di *software* nell'ambito dell'azione amministrativa, senza prevedere quali tipologie di provvedimenti (e dunque di procedimenti) possano essere oggetto di automazione ⁽⁴⁷⁾.

⁽⁴⁶⁾ Sul punto, cfr. G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici*, cit., 115, secondo la quale la scelta di automatizzare un procedimento amministrativo in cui vengono trattati dati di natura personale non può essere lasciata alla discrezionalità della singola amministrazione, ma deve trovare fondamento in un'apposita previsione che autorizzi tale decisione; D.U. GALETTA, *Intelligenza artificiale per una pubblica amministrazione 4.0?*, cit., 16-17, la quale, dopo aver ricordato che ai sensi del considerando 69 del GDPR il divieto di cui all'art. 22 GDPR non si applica qualora il trattamento automatizzato sia «necessario per l'esecuzione di un compito svolto nel pubblico interesse oppure nell'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento», conclude nel senso che i trattamenti esclusivamente automatizzati sarebbero ammissibili nel settore pubblico «purché siano basati su specifiche previsioni normative (principio di legalità) e purché rispettino il principio di proporzionalità, inteso nei termini classici di idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto del trattamento rispetto alla tutela dell'interesse pubblico in concreto perseguito dal titolare del trattamento».

⁽⁴⁷⁾ Cfr. S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Umano troppo umano*, cit., 38 ss., secondo il quale, nel quadro di una cornice legislativa generale che stabilisca una serie di principi comuni, «l'individuazione delle singole fattispecie [...] potrebbe essere demandata a regole disegnate sulle caratteristiche e le specificità dei diversi apparati e procedimenti da automatizzare». In altri termini, fermo restando la necessità di rispettare il principio di legalità e la riserva di legge posta dall'art. 22 GDPR, «lo specifico conferimento di potere all'IA potrebbe essere oggetto di disposizioni giuridiche non necessariamente legislative – stante il carattere derivato o secondario di tale potere – quali regolamenti o atti a contenuto generale».

Sotto questo profilo, infatti, la mancanza di precise indicazioni in merito alle fattispecie e alle procedure automatizzabili potrebbe dar luogo ad ulteriori aporie tra il l'istituto in questione e il principio di legalità, quantomeno nella sua accezione sostanziale ⁽⁴⁸⁾.

4. LE APERTURE DELLA RECENTE GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA E IL RUOLO DEI PRINCIPI EUROPEI.

Dopo aver brevemente richiamato l'inquadramento teorico tradizionale in tema di automazione decisionale, pare adesso opportuno rivolgere l'attenzione alle rilevanti prese di posizione registratesi in materia in seno alla recente giurisprudenza amministrativa.

Se si prescinde da quegli orientamenti pretori che hanno escluso, in un primo momento, la possibilità di automatizzare lo svolgimento dell'*iter* procedimentale ⁽⁴⁹⁾, è

⁽⁴⁸⁾ In materia si noti come nell'ordinamento tedesco l'esigenza di assicurare una maggiore prevedibilità dell'ipotesi di automazione delle decisioni amministrative sembra trovare maggiore soddisfazione. In particolare, ai sensi del par. 35a VwVfG, introdotto dalla legge per l'ammodernamento della procedura fiscale del 18 luglio 2016, entrata in vigore il 1° gennaio 2017, «un atto amministrativo può essere interamente adottato tramite strumenti informatici, se è autorizzato da una previsione normativa e non comporta l'esercizio di potere discrezionale». Sull'articolo in questione si veda, *ex multis*, P. STELKENS, H.J. BONK, M. SACHS, *VwVfG Kommentar*, München, 2018, 1191 ss.; P. KOPP, U. RAMSAUER, *VwVfG. Verwaltungsverfahrensgesetz*, München, 2019, 787 ss., i quali evidenziano come la necessità che l'atto automatizzato sia autorizzato da una espressa previsione normativa (da intendere non solo come norma di legge, ma anche come di regolamento o statutaria) svolge la funzione di attribuire un'apposita legittimazione nella realtà giuridica di un atto amministrativo riferibile a strumenti di Intelligenza artificiale. Sull'inammissibilità del processo di automazione in ipotesi di atti amministrativi che prevedono l'esercizio di un potere discrezionale, cfr. A. BERGER, *Der automatisierte Verwaltungsakt*, in *NVwZ*, 2018, 1262 ss., secondo il quale in questi casi la decisione può essere solo il risultato di un complesso processo cognitivo compiuto dalla persona.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. TAR Lazio, Roma, sez. III-bis, 11 luglio 2018, n. 9230; Id., 10 settembre 2018, nn. 9224, 9225, 9226, 9227; Id., 27 maggio 2019, n. 6606; Id., 9 luglio 2019, n. 9066;

possibile notare che, nelle sue ultime pronunce il Consiglio di Stato sembra aver inaugurato un indirizzo interpretativo di maggiore apertura nei confronti dell'uso dei sistemi informatici da parte della pubblica amministrazione ⁽⁵⁰⁾.

In particolare, in due interessanti occasioni i giudici amministrativi hanno espressamente riconosciuto che un più elevato livello di digitalizzazione dell'azione amministrativa non solo sarebbe del tutto auspicabile all'interno del nostro ordinamento, ma risulterebbe anche pienamente conforme ai principi di buon andamento e di imparzialità di cui all'art. 97 Cost. ⁽⁵¹⁾.

L'utilizzo di una procedura informatizzata in grado di elaborare autonomamente la decisione finale determinerebbe, infatti, numerosi vantaggi per l'azione dei pubblici poteri,

Id., 13 settembre 2019, nn. 10963 e 10964, tutte reperibili in *www.giustizia-amministrativa.it*. Sul punto, R. FERRARA, *Il giudice amministrativo e gli algoritmi. Note estemporanee a margine di un recente dibattito giurisprudenziale*, in *Dir. amm.*, n. 4/2019, 784 ss., il quale sottolinea che in tali occasioni i giudici amministrativi hanno manifestato un convinto riconoscimento del ruolo che la persona umana (il funzionario) è chiamato a giocare in tutti i procedimenti amministrativi, anche quelli automatizzati, allorché «sono l'informatica e la digitalizzazione delle procedure al servizio dell'Uomo, e non viceversa». In senso contrario, cfr. TAR Lazio, Roma, sez. III-bis, 22 marzo 2017, n. 3769, cit., la quale ha riconosciuto che, in relazione all'attività amministrativa vincolata, l'elaborazione elettronica dell'atto amministrativo è giuridicamente ammissibile, atteso che tale attività risulta compatibile con la logica propria del programma informatico.

⁽⁵⁰⁾ Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270; Cons. Stato, sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁽⁵¹⁾ Come osserva R. FERRARA, *op.ult.cit.*, 780, in queste affermazioni si coglie il segno della contemporaneità del ragionamento del Consiglio di Stato, che si mostra consapevole dei processi di trasformazione in corso al tempo della rivoluzione digitale, sebbene quest'ultima, come si è detto, venga svalutata e segnalata nei suoi profili critici da altra parte della giurisprudenza, «quasi nel segno di un aprioristico e ideologico rifiuto della modernità».

quali una notevole riduzione della tempistica procedimentale e l'esclusione di eventuali interferenze dovute alla negligenza (o al dolo) del funzionario responsabile del procedimento.

Secondo il Supremo consesso amministrativo, i benefici derivanti dal ricorso a siffatto *modus operandi* sarebbero particolarmente evidenti con riferimento a procedure amministrative seriali o standardizzate, in quanto procedimenti che, seppur di natura complessa in ragione dell'ingente quantità di istanze da esaminare, si articolano nell'acquisizione e nella valutazione di dati certi ed oggettivamente comprovabili.

Sicché, l'atto conclusivo della relativa procedura potrebbe ben essere elaborato da un programma informatico, in ragione del fatto che quest'ultimo sarebbe in grado di «prevedere con ragionevolezza una soluzione definita per tutti i casi concreti possibili»⁽⁵²⁾.

Peraltro, posto che il *software* va inquadrato in termini di «modulo organizzativo», ossia quale strumento istruttorio che l'autorità procedente può scegliere di utilizzare nell'esercizio delle proprie funzioni⁽⁵³⁾, «non vi sono ragioni di principio o concrete per

⁽⁵²⁾ In altri termini, la progettazione del *software* deve avvenire in modo tale che, in presenza di determinati elementi, sia sempre possibile giungere ad una soluzione prevedibile e conforme alle istruzioni dettate in sede di elaborazione della macchina.

⁽⁵³⁾ Sul punto, cfr. M. TIMO, *Algoritmo e potere amministrativo*, in *Dir. ec.*, n. 1/2020, 775, il quale afferma che la decisione, non allineandosi ai precedenti orientamenti giurisprudenziali che tendevano ad equiparare il *software* all'atto amministrativo informatico, è riuscita a rimarcare che l'aspetto problematico più rilevante in materia di automazione decisionale non è costituito tanto dall'esito del procedimento automatizzato, quanto dalle modalità attraverso le quali l'amministrazione è pervenuta alla decisione. Secondo A., inoltre, l'orientamento che conferisce natura attizia al programma informatico non sarebbe convincente per il fatto che «dal momento che l'art. 21-*septies* della legge n. 241/90 richiede, a pena di nullità, un contenuto minimo dell'atto amministrativo – quantomeno, in termini di soggetto, oggetto, volontà e forma – non sembra che un mero programma informatico, quale formula matematica, di per sé disponga degli elementi essenziali richiesti affinché l'atto possa venire a giuridica esistenza». Si tratta di un'impostazione che merita di essere condivisa *in toto*, in quanto consente, più correttamente, di attribuire una vera e propria natura attizia non allo stesso *software*, il quale costituisce un

limitare l'utilizzo [del predetto modulo organizzativo] all'attività amministrativa vincolata piuttosto che a quella discrezionale, entrambe espressione di attività autoritativa svolta nel perseguimento del pubblico interesse».

Ne deriva che, anche nello svolgimento di attività connotate da ambiti di discrezionalità, l'autorità procedente può in astratto servirsi dei predetti sistemi informatici, per quanto più rilevante, in termini qualitativi e quantitativi, sia il beneficio ricavabile dal ricorso a tali strumenti nello svolgimento di attività di natura vincolata.

Nelle espressioni utilizzate dai giudici amministrativi è possibile cogliere una grande consapevolezza del dibattito giuridico degli ultimi anni ⁽⁵⁴⁾, il quale sembra avere ormai adottato una nuova prospettiva di analisi.

Nell'attuale contesto economico e sociale, sempre più digitalizzato e interconnesso, non ci si dovrebbe ulteriormente interrogare sull'ammissibilità o meno del fenomeno dell'automazione all'interno del nostro sistema giuridico, ma sarebbe più opportuno ragionare sulla possibilità di definire le condizioni minime di legittimità che ogni decisione automatizzata deve possedere, a prescindere dall'astratta riconducibilità di quest'ultima nell'alveo concettuale dell'agire vincolato o dell'agire discrezionale ⁽⁵⁵⁾.

mezzo tecnologico funzionale al miglior perseguimento degli interessi pubblici, ma alle scelte di predeterminazione della propria azione compiute dalla pubblica amministrazione.

⁽⁵⁴⁾ Si pensi, a tal proposito, al riferimento alla nota decisione della Corte Suprema dello Stato del Wisconsin (State vs. Loomis, 881 N.W.2d 749, Wis. 2016) in tema di non esclusività della decisione algoritmica, nonché al richiamo alle disposizioni del GDPR e alla "Carta della robotica" adottata dalla Risoluzione del Parlamento UE del 16 febbraio 2017 (sulla quale vedi *infra*).

⁽⁵⁵⁾ In ordine alle perplessità nutrite dalla dottrina più recente in ordine alla tenuta della categorizzazione in questione, cfr. M.C. CAVALLARO, G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, cit., 12; F. FOLLIERI, *Decisione amministrativa e atto vincolato*, in *Federalismi.it.*, n. 7/2017, 10 ss., il quale parla,

Seguendo tale impostazione, infatti, il dibattito relativo all'utilizzo della decisione amministrativa algoritmica sembra impennarsi attorno all'identificazione di un soddisfacente punto di equilibrio tra due contrapposte esigenze concrete: da un lato, quelle relative all'efficienza, alla speditezza e alla semplificazione dell'azione amministrativa; dall'altro, quelle relative alla salvaguardia delle garanzie procedurali normalmente riconosciute ai privati nei confronti dell'azione dei pubblici poteri.

Nel cercare di affrontare la suddetta questione, i giudici amministrativi hanno fissato per la prima volta alcuni fondamentali principi, i quali trovano uno specifico fondamento normativo anche a livello sovranazionale.

In particolare, il Consiglio di Stato ha chiarito come l'introduzione di apposite formule algoritmiche all'interno dell'*iter* procedimentale, quale espressione delle scelte organizzative dell'amministrazione procedente, possa essere considerata legittima laddove venga comunque assicurato: da un lato, il principio di trasparenza del processo decisionale seguito dalla pubblica amministrazione; dall'altro, il principio di responsabilità dell'autorità che ha adottato il provvedimento finale in forma automatizzata ⁽⁵⁶⁾.

Per comprendere al meglio la rilevanza delle suddette affermazioni, pare opportuno procedere adesso ad analizzare separatamente le predette condizioni di legittimità della decisione amministrativa algoritmica.

4.1 La piena conoscibilità del processo decisionale

a tal proposito, di "scetticismo sulla vincolatezza"; nonché R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 74 ss., al quale si rinvia anche per l'ampia bibliografia citata.

⁽⁵⁶⁾ Cfr. Cons. Stato, n. 8472/2019, cit., punto 12 della decisione.

Quanto alla prima delle richiamate condizioni di legittimità, i giudici amministrativi sembrano essere giunti a riconoscere ai soggetti coinvolti nell'ambito della procedura automatizzata un diritto di accesso speciale o "rafforzato".

In particolare, si è affermato che, per poter considerare il processo di automazione pienamente conforme al principio di trasparenza, ai soggetti interessati deve essere riconosciuta non solo la possibilità di accedere al codice sorgente che guida il funzionamento del *software* ⁽⁵⁷⁾, ma anche il diritto ad una piena conoscenza delle principali caratteristiche che connotano il procedimento stesso.

Nello specifico, in virtù di una nuova declinazione del tradizionale diritto di accesso, una decisione amministrativa algoritmica potrà dirsi effettivamente trasparente soltanto quando gli interessati possano acquisire nella propria sfera di conoscibilità:

- a) le istruzioni eseguite dal *software* redatte in linguaggio formale, corredate dalle relative spiegazioni che traducano "la regola tecnica" nella "regola giuridica sottesa", al fine di renderla leggibile e comprensibile sia per i cittadini che per il giudice ⁽⁵⁸⁾;

⁽⁵⁷⁾ Sull'accessibilità del codice sorgente è stata riconosciuta, com'è noto, a partire da TAR Lazio, Roma, sez. III-bis, 22 marzo 2017, n. 3769, con nota di I. FORGIONE, *Il caso dell'accesso al software MIUR per l'assegnazione dei docenti*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 5/2018, 647 ss. Per un'analisi dettagliata della sentenza, si veda anche P. OTRANTO, *Decisione amministrativa e digitalizzazione della p.a.*, cit., 19 ss.

⁽⁵⁸⁾ Sulla necessità di fornire le predette "spiegazioni", ci si limiti a rilevare che l'adempimento richiesto dalla giurisprudenza amministrativa pare costituire una deroga della previsione legislativa che esclude la possibilità di imporre all'amministrazione detentrici di documenti amministrativi un onere di elaborazione delle informazioni contenute in tali documenti. Così, M. TIMO, *Algoritmo e potere amministrativo*, cit., 772, il quale ricorda che, ai sensi dell'art. 2, comma 2, del d.P.R. 12 aprile 2006, n. 184, "*Regolamento recante*

- b) l'esatta articolazione della filiera relativa all'elaborazione del *software* e i soggetti che hanno lavorato a tale operazione;
- c) il funzionamento del meccanismo di assunzione delle decisioni, con specifico riferimento alle priorità, ai parametri e ai criteri assegnati alla macchina;
- d) la provenienza e la tipologia dei dati e/o delle informazioni utilizzati nel corso della procedura amministrativa.

L'elencazione di cui sopra sembra sottolineare come, secondo i più recenti orientamenti giurisprudenziali, nelle ipotesi di automazione decisionale l'esercizio del diritto di accesso documentale da parte del privato debba consentire di ottenere ogni informazione inerente alla fase di progettazione e alla logica di funzionamento degli strumenti informatici utilizzati in sede procedimentale.

Infatti, come ha osservato il Consiglio di Stato, solo aderendo ad una siffatta impostazione il cittadino, dapprima, e il giudice, eventualmente, potranno «verificare che i criteri, i presupposti e gli esiti del procedimento robotizzato siano conformi alle prescrizioni e alle finalità stabilite dalla legge o dalla stessa amministrazione a monte di tale procedimento e affinché siano chiare – e conseguentemente sindacabili – le modalità e le regole in base alle quali esso è stato impostato»⁽⁵⁹⁾.

disciplina in materia di accesso ai documenti amministrativi": «la pubblica amministrazione non è tenuta ad elaborare dati in suo possesso al fine di soddisfare le richieste di accesso».

⁽⁵⁹⁾ Cons. Stato, n. 8472/2019, cit., punto 13.1 della decisione. Sebbene in questa sede non sia possibile analizzare il tema del sindacato del giudice amministrativo sull'atto amministrativo automatizzato, sia consentito limitarsi ad evidenziare che, anche nel caso in cui la procedura amministrativa sia stata condotta tramite strumenti digitali, il giudice chiamato a pronunciarsi sulla correttezza e sulla ragionevolezza della decisione algoritmica deve poter conoscere a pieno, anche facendo ricorso all'istituto della consulenza tecnica d'ufficio, le valutazioni e gli accertamenti compiuti dal *software* nel corso della procedura,

A tal proposito occorre evidenziare come la necessità di adottare una declinazione più ampia del tradizionale diritto di accesso procedimentale avesse già trovato un primo riconoscimento esplicito all'interno della disciplina europea sul trattamento dei dati personali ⁽⁶⁰⁾.

Secondo la normativa in questione, qualora venga avviato un processo automatizzato in cui saranno coinvolti dati di natura personale, l'interessato può godere di una serie di diritti di informazione (artt. 13 e 14) e di accesso (art. 15), che costituiscono, per espressa previsione legislativa, un corollario del principio di trasparenza ⁽⁶¹⁾.

al pari di quanto avviene nell'ambito di analoghi procedimenti svolti in maniera tradizionale. Sul punto, cfr. F. SAITTA, *Le patologie dell'atto amministrativo elettronico e il sindacato del giudice amministrativo*, cit., 24 ss.; A.G. OROFINO, *La patologia dell'atto amministrativo elettronico: sindacato giurisdizionale e strumenti di tutela*, cit., 2263 ss., nonché, da ultimo, F. PATRONI GRIFFI, *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, in CARLEO A. (a cura di), *Decisione robotica*, Bologna, 2019, 170 ss.

⁽⁶⁰⁾ Come nota G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici*, cit., 102 ss., nonché E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica*, cit., 290, il quale sottolinea, in particolare, che nel riconoscimento della centralità del principio di trasparenza della decisione algoritmica, le più recenti pronunce del Consiglio di Stato abbiano preso (non a caso) come punto di riferimento la disciplina dettata in materia all'interno del GDPR, la quale risulta, sotto questo profilo, d'avanguardia rispetto alle altre normative nazionali e sovranazionali.

⁽⁶¹⁾ Cfr. art. 12, comma 1, GDPR, rubricato "*Informazioni, comunicazioni e modalità trasparenti per l'esercizio dei diritti dell'interessato*": «Il titolare del trattamento adotta misure appropriate per fornire all'interessato tutte le informazioni di cui agli articoli 13 e 14 e le comunicazioni di cui agli articoli da 15 a 22 e all'articolo 34 relative al trattamento in forma concisa, trasparente, intelligibile e facilmente accessibile, con un linguaggio semplice e chiaro». Per un significativo commento a tale disposizione cfr., *ex multis*, F. PIZZETTI, *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, cit., 20 ss. Nello specifico, mentre le prime due disposizioni sono formulate in modo tale da imporre al titolare del trattamento dei dati un obbligo di informazione preciso e articolato, che opera sia nel caso in cui questi ultimi siano stati ottenuti direttamente dall'interessato (art. 13) sia nel caso in

In particolare, le informazioni comunicate al privato devono possedere caratteristiche ben precise: quanto alla forma, queste devono essere espresse in modo conciso e intellegibile, attraverso un linguaggio chiaro e accessibile a tutti (art. 12); quanto all'oggetto, invece, esse devono contenere specifici riferimenti alla scelta di adottare un trattamento automatizzato, alle conseguenze giuridiche che deriveranno dal trattamento nei confronti dell'interessato e alle concrete modalità di funzionamento del *software* adoperato (artt. 13, comma 2, lett. f) e 14, comma 2, lett. g)).

Come si è osservato sul punto, se l'obiettivo del GDPR è quello di assicurare agli interessati il pieno controllo sui dati che li riguardano, questi ultimi devono essere messi in condizione di conoscere non solo il fatto che il trattamento è frutto di un processo automatizzato, ma anche la logica algoritmica posta alla base del trattamento, allorché in assenza di una chiara comprensione di tali aspetti non sarebbe possibile un esercizio consapevole delle altre forme di tutela previste dal regolamento ⁽⁶²⁾.

Inoltre, a prescindere dall'adempimento dei citati obblighi di comunicazione, ai sensi dell'art. 15, comma 1, lett. h) GDPR l'interessato ha il diritto di ottenere direttamente

cui essi siano stati acquisiti in via indiretta (art. 14), l'art. 15 riconosce al privato un vero e proprio diritto di accesso, che può essere esercitato anche nel caso in cui il trattamento dei dati si sia già concluso.

⁽⁶²⁾ Sul punto cfr. quanto osservato nella Risoluzione del Parlamento europeo del 14 marzo 2017, *Implicazioni dei Big Data per i diritti fondamentali: privacy, protezione dei dati, non discriminazione, sicurezza e attività di contrasto*, 2016/2225 (INI), in www.europarl.europa.eu: «la responsabilità e la trasparenza a livello degli algoritmi dovrebbero riflettere l'applicazione di misure tecniche e operative che assicurino la trasparenza, la non discriminazione del processo decisionale automatizzato e il calcolo delle probabilità del singolo comportamento; [...] la trasparenza dovrebbe offrire alle persone informazioni significative sulla logica utilizzata, l'importanza e le conseguenze previste; [...] ciò dovrebbe includere informazioni sui dati utilizzati per formare l'analisi dei Big Data e permettere alle persone di comprendere e monitorare le decisioni che le riguardano» (Considerando N).

al titolare del trattamento informazioni inerenti alla logica e alle conseguenze derivanti dal trattamento automatizzato.

Sicché pare possibile osservare come, nella prospettiva del legislatore europeo, l'estensione della sfera conoscitiva del privato derivi direttamente dalla necessità di garantire un livello adeguato di protezione della *privacy* dell'individuo sottoposto ad un trattamento automatizzato dei propri dati.

Tuttavia, al di là dell'ambito di applicazione del GDPR, le richiamate istanze di conoscibilità non sembrano aver trovato uno specifico riconoscimento normativo all'interno del nostro ordinamento. Dal che si ricava l'esigenza di introdurre, non solo in via interpretativa, un sistema generale di tutele per tutti i soggetti coinvolti nell'ambito di una procedura amministrativa informatizzata.

In questa prospettiva importanti considerazioni sono state formulate, di recente, all'interno di alcuni atti di indirizzo politico europeo.

Sul punto si veda, in particolare, quanto evidenziato dalla risoluzione del Parlamento europeo del 12 febbraio 2019 in materia di robotica e di intelligenza artificiale ⁽⁶³⁾, nella quale sono stati enunciati, tra gli altri, i seguenti principi-guida:

- a) l'intelligibilità delle decisioni automatizzate deve essere chiaramente affermata da una norma del diritto dell'Unione, sulla falsariga di quanto disposto dai citati artt. 13, 14 e 15 del GDPR (par. 158);

⁽⁶³⁾ Cfr. Risoluzione del Parlamento europeo del 12 febbraio 2019, *Una politica industriale europea globale in materia di robotica e intelligenza artificiale*, 2018/2088 (INI), in www.europarl.europa.eu.

- b) qualsiasi sistema che comporti l'utilizzo dell'intelligenza artificiale deve essere sviluppato nel rispetto dei principi di trasparenza e responsabilità, consentendo una comprensione umana delle azioni effettuate dal *software* (par. 158);
- c) al fine di costruire un più generale clima di fiducia nei confronti dei meccanismi di automazione, gli utenti devono essere resi pienamente consapevoli del modo in cui sono stati utilizzati i loro dati (e se da questi ultimi sono stati ricavati altri dati), nonché dei procedimenti e dei parametri seguiti dai sistemi robotizzati, in modo tale che questi siano comprensibili per un pubblico non tecnico (par. 161);
- d) per garantire trasparenza nell'utilizzo dell'intelligenza artificiale, la mera divulgazione del "codice informatico" non è di per sé idonea a rispondere al problema dell'intelligibilità, in quanto non svelerebbe le distorsioni intrinseche eventualmente esistenti nella macchina e non spiegherebbe il meccanismo di funzionamento del processo di apprendimento automatico (par. 166).

Si tratta di affermazioni che confermano la necessità di assicurare un livello più elevato di trasparenza nelle ipotesi in cui le decisioni amministrative siano state adottate sulla base di meccanismi automatizzati, soprattutto se tecnologicamente complessi.

4.2 Accountability and control of automated decisions

La conoscibilità dei passaggi logici e dei criteri che caratterizzano il procedimento automatizzato non costituisce l'unico elemento da valutare ai fini della formulazione di un giudizio di legittimità della decisione amministrativa algoritmica.

Accanto ad esso, la giurisprudenza amministrativa ha indicato una seconda condizione di validità dell'istituto in esame, ossia quella della responsabilità dell'amministrazione competente ad adottare l'atto conclusivo della procedura ⁽⁶⁴⁾.

Secondo il Consiglio di Stato, a prescindere dalla possibilità di accertare quale soggetto abbia concretamente determinato l'illegittimità del provvedimento finale (e gli eventuali danni da esso derivanti), ogni decisione resa all'esito del processo di elaborazione elettronica deve essere considerata come il risultato di un vero e proprio procedimento amministrativo.

Si tratta di un riconoscimento che, seppur lapalissiano con riferimento ai sistemi di automazione più semplici, acquista tutta la sua rilevanza qualora venga riferito all'utilizzo delle tecnologie digitali più avanzate.

Com'è noto, nei procedimenti di automazione realizzati tramite l'impiego di tecnologie di *machine learning*, il risultato dell'elaborazione degli *input* forniti alla macchina non sempre risulta prevedibile *a priori*.

Quest'ultimo può essere influenzato, infatti, dalla capacità del *software* di trasformare le istruzioni predisposte durante la fase di progettazione e di tracciare soluzioni inedite e non spiegabili attraverso un ragionamento di tipo deduttivo ⁽⁶⁵⁾.

In tali ipotesi, pertanto, sussiste il rischio che l'amministrazione procedente tenti di esimersi dal rispondere delle conseguenze negative derivanti dalla decisione automatizzata

⁽⁶⁴⁾ Cfr. Cons. Stato, n. 8472/2019, cit., punto 12 della decisione.

⁽⁶⁵⁾ Sul punto, cfr. G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici*, cit., 7 ss.

facendo leva su un imperscrutabile errore di calcolo del *software* o degli stessi programmatori.

Come affermato dai giudici amministrativi, al contrario, gli interessati possono sempre imputare all'autorità pubblica che ha gestito il procedimento automatizzato l'eventuale illegittimità della decisione finale e richiedere ad essa, in presenza dei relativi presupposti, il risarcimento dei danni eventualmente patiti ⁽⁶⁶⁾.

Anche in relazione al principio in questione si erano già registrati alcuni importanti atti di indirizzo adottati a livello sovranazionale.

Si consideri, a tal proposito, quanto disposto dalla Carta della robotica allegata alla Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017, relativa all'introduzione di "*Norme di diritto civile sulla robotica*" ⁽⁶⁷⁾.

In tale documento, è stata ribadita la necessità di ricondurre alle condotte umane ogni conseguenza o effetto negativo derivante dall'utilizzo di meccanismi decisionali

⁽⁶⁶⁾ Peraltro, come nota S. VERNILE, *Verso la decisione amministrativa automatizzata?*, in *MediaLaws*, n. 2/2020, 13, allorché la pubblica amministrazione decida di ricorrere a meccanismi di automazione decisionale, l'onere probatorio relativo all'elemento soggettivo della fattispecie aquiliana potrebbe essere assolto tramite il richiamo al concetto di "colpa d'apparato", nella quale viene oggi ricondotta ogni ipotesi di disorganizzazione dell'ente pubblico nella gestione delle proprie risorse. In dottrina, con riferimento alla nozione di "colpa di apparato", si vedano, quantomeno, S. CIMINI, *La colpa nella responsabilità civile delle amministrazioni pubbliche*, Torino, 2008; F. FRACCHIA, *Elemento soggettivo e illecito civile della pubblica amministrazione*, Napoli, 2009.

⁽⁶⁷⁾ Parlamento europeo, Risoluzione del 16 febbraio 2017, *Norme di diritto civile sulla robotica*, 2015/2103 (INL), in www.europarl.europa.eu, con la quale la Commissione è stata invitata a proporre nuove regole comuni in tema di intelligenza artificiale in grado di contemplare il grado di autonomia raggiunto da alcuni strumenti tecnologici e di superare le attuali lacune normative in ordine alla responsabilità del funzionario nell'utilizzo di tali sistemi.

robotizzati, data l'assenza di una regolamentazione in grado di stabilire se e a quali condizioni gli stessi strumenti informatici debbano essere considerati autonomamente responsabili ⁽⁶⁸⁾.

Invero, oltre a riconoscere in termini generali il suddetto principio di responsabilità, il Consiglio di Stato ha svolto alcune interessanti considerazioni in merito ad un'ulteriore questione di grande rilevanza, ossia quella relativa alla supervisione degli esiti della procedura informatizzata ⁽⁶⁹⁾.

Infatti, se da un lato l'atto ad elaborazione elettronica deve essere considerato a tutti gli effetti come espressione della volontà dell'autorità pubblica, dall'altro la possibilità di svolgere una verifica (per quanto sommaria) della decisione suggerita dal programma informatico rappresenta l'occasione per poter individuare, con maggior precisione, il soggetto concretamente responsabile dell'eventuale illegittimità del procedimento amministrativo.

⁽⁶⁸⁾ In particolare, «nell'attuale quadro giuridico, i robot non possono essere considerati responsabili in proprio per atti o omissioni che causano danni a terzi; che le norme esistenti in materia di responsabilità coprono i casi in cui la causa di un'azione o di un'omissione del robot può essere fatta risalire ad uno specifico agente umano, ad esempio il fabbricante, l'operatore, il proprietario o l'utilizzatore, e laddove tale agente avrebbe potuto prevedere ed evitare il comportamento nocivo del robot; [...] che, nell'ipotesi in cui un robot possa prendere decisioni autonome, le norme tradizionali non sono sufficienti per attivare la responsabilità per i danni causati da un robot, in quanto non consentirebbero di determinare qual è il soggetto cui incombe la responsabilità del risarcimento né di esigere da tale soggetto la riparazione dei danni causati» (Considerando AD della citata Risoluzione).

⁽⁶⁹⁾ Cons. Stato, n. 8472/2019, cit., punto 14.1 della decisione: «Sul versante della verifica degli esiti e della relativa imputabilità, deve essere garantita la verifica a valle, in termini di logicità e di correttezza degli esiti. Ciò a garanzia dell'imputabilità della scelta al titolare del potere autoritativo, individuato in base al principio di legalità, nonché della verifica circa la conseguente individuazione del soggetto responsabile, sia nell'interesse della stessa p.a. che dei soggetti coinvolti ed incisi dall'azione amministrativa affidata all'algoritmo».

Il che, a ben vedere, risulterebbe anche nell'interesse della stessa amministrazione, potendo quest'ultima intervenire tempestivamente su eventuali errori di funzionamento della macchina prima che questi ultimi si ripercuotano sui destinatari degli atti automatizzati.

Peraltro, anche il riconoscimento di tale corollario viene suffragato dal richiamo ad un analogo principio stabilito a livello europeo, e in particolare dall'art. 22 GDPR ⁽⁷⁰⁾.

Come si è detto in precedenza, in virtù di tale disposizione, salvo che ricorra una delle eccezioni contemplate al par. 2, ogni processo di automazione decisionale che richieda il trattamento di dati di natura personale deve svolgersi nel rispetto del principio di non esclusività della decisione algoritmica.

Principio che, nell'interpretazione offerta dal Consiglio di Stato, imporrebbe alle singole amministrazioni di intervenire nell'*iter* procedimentale al fine di confermare o revisionare il contenuto dell'atto amministrativo proposto dal *software* ⁽⁷¹⁾.

Sicché, in tutte le ipotesi in cui le pubbliche amministrazioni facciano uso di meccanismi di automazione, sarebbe necessario operare un controllo degli esiti della procedura informatizzata secondo quel modello che, in ambito informatico, viene espressamente definito come "*human in the loop*" (HITL).

⁽⁷⁰⁾ Sul punto, si rinvia alla nt 43.

⁽⁷¹⁾ Sul dibattito dottrinale relativo all'individuazione del livello di supervisione umana in grado di garantire uno scrutinio adeguato del trattamento automatizzato, cfr. S. WACHTER, B. MITTELSTADT, L. FLORIDI, *Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making does not exist in the General Data Protection Regulation*, in *International Data Privacy Law*, n. 7/2016, 76 ss., nonché, per tutti, A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, cit., 79 ss., secondo il quale il principio di non esclusività rischierebbe di essere eluso in tutte le ipotesi in cui, nonostante sia possibile operare un controllo a valle della decisione suggerita dall'algoritmo, per ragioni di convenienza pratica l'autorità procedente decida di conformarsi all'esito dell'algoritmo.

Invero, le suddette considerazioni sembrano prestare il fianco ad alcune significative criticità, che possono essere suddivise in due punti principali.

In primo luogo, pare possibile notare come l'orientamento interpretativo appena richiamato risulti in contrasto con quanto indicato in materia all'interno delle recenti "Ethics Guidelines for Trustworthy AI" sviluppate dal Gruppo di esperti di alto livello sull'intelligenza artificiale della Commissione europea ⁽⁷²⁾.

Nelle predette Linee guida viene sancito espressamente che, tra i principi che devono guidare lo sviluppo dell'I.A. a livello europeo, deve essere incluso, tra gli altri, quello della supervisione umana (*human oversight*).

Principio che, tuttavia, può essere concretamente realizzato tramite l'implementazione di tre diversi modelli di interazione tra uomo e *software* ⁽⁷³⁾:

⁽⁷²⁾ Commissione europea, *Ethics guidelines for trustworthy AI*, 8 aprile 2019, in www.ec.europa.eu.

⁽⁷³⁾ Cfr. Capitolo II, par. 1.1., delle predette Linee guida: «*Human oversight helps ensuring that an AI system does not undermine human autonomy or causes other adverse effects. Oversight may be achieved through governance mechanisms such as a human-in-the-loop (HITL), human-on-the-loop (HOTL), or human-in-command (HIC) approach. HITL refers to the capability for human intervention in every decision cycle of the system, which in many cases is neither possible nor desirable. HOTL refers to the capability for human intervention during the design cycle of the system and monitoring the system's operation. HIC refers to the capability to oversee the overall activity of the AI system (including its broader economic, societal, legal and ethical impact) and the ability to decide when and how to use the system in any particular situation. This can include the decision not to use an AI system in a particular situation, to establish levels of human discretion during the use of the system, or to ensure the ability to override a decision made by a system. Moreover, it must be ensured that public enforcers have the ability to exercise oversight in line with their mandate. Oversight mechanisms can be required in varying degrees to support other safety and control measures, depending on the AI system's application area and potential risk. All*

1. un primo modello, cioè il predetto “*human-in-the-loop*” (HITL), che rappresenta la forma di maggiore controllo umano sul funzionamento della macchina e che implica la possibilità di intervenire in ogni passaggio logico compiuto dal sistema;
2. un secondo modello, definito “*human-on-the-loop*” (HOTL), che si caratterizza, invece, per prevedere l'intervento dell'uomo soltanto durante il ciclo di progettazione del *software* e durante la periodica attività di monitoraggio dello stesso;
3. infine, il terzo modello, cioè il c.d. “*human-in-command*” (HIC), il quale, realizzando una forma più limitata di vigilanza, si sostanzia nella possibilità, per l'organo controllante, di decidere in quali contesti ricorrere agli strumenti di automazione, quali fasi della procedura continuare a svolgere in maniera tradizionale, nonché in quali occasioni potersi discostare dalla decisione finale suggerita dall'algoritmo.

Ebbene, per quanto all'interno del documento non venga espressa alcuna preferenza per uno dei predetti modelli, lo stesso Gruppo di esperti europei ha cura di precisare che, in numerose fattispecie, l'adozione di un sistema incentrato sul modello “*human in the loop*” risulterebbe «*neither possible nor desirable*».

Il che pare potersi giustificare sia a causa della difficoltà tecnica di realizzare un sistema automatizzato in grado di consentire al gestore umano di intervenire in ogni fase della procedura amministrativa, sia a causa della farraginosità di una tale soluzione operativa, la

other things being equal, the less oversight a human can exercise over an AI system, the more extensive testing and stricter governance is required».

quale non potrebbe che determinare una sensibile perdita di efficienza dello stesso meccanismo decisionale ⁽⁷⁴⁾.

Sicché, nonostante sia sempre opportuno garantire una soglia minima di supervisione del processo di automazione ⁽⁷⁵⁾, l'introduzione generalizzata di una forma di controllo a valle per tutti gli atti amministrativi non parrebbe operare un compromesso ottimale tra i vantaggi e i rischi derivanti dall'utilizzo delle tecnologie in questione.

In una prospettiva *de iure condendo*, si auspica, pertanto, che i futuri interventi di regolazione riescano ad operare un più convincente bilanciamento degli interessi in gioco, prevedendo modalità di controllo ritagliate sulle diverse tipologie di sistemi automatizzati adoperati nel caso concreto ⁽⁷⁶⁾.

⁽⁷⁴⁾ Come è stato notato in dottrina, infatti, salvo il caso in cui si verificano macroscopici difetti di funzionamento della macchina, smentire il risultato cui è pervenuta quest'ultima finirebbe di fatto per neutralizzare la scelta amministrativa iniziale di affidare al *software* la gestione della procedura pubblica, rendendo del tutto inutile l'istruttoria condotta tramite sistemi automatizzati e richiedendo, dunque, lo svolgimento di una nuova istruttoria condotta secondo metodi tradizionali. Così, di recente, S. TRANQUILLI, *Rapporto pubblico-privato nell'adozione e nel controllo della decisione amministrativa "robotica"*, in *Dir. soc.*, n. 2/2020, 297.

⁽⁷⁵⁾ Sull'importanza di promuovere la realizzazione del principio in questione, anche attraverso l'introduzione di analisi d'impatto algoritmiche, di strutture centralizzate di certificazione dei *software* e di specifici protocolli per il monitoraggio e l'individuazione di eventuali distorsioni, cfr. G. ORSONI, E. D'ORLANDO, *Nuove prospettive dell'amministrazione digitale. Open data e algoritmi*, in *Ist. del Fed.*, n. 3/2019, 615-616.

⁽⁷⁶⁾ In particolare, quantomeno con riferimento alle ipotesi più elementari di automazione decisionale, l'attività di supervisione umana potrebbe trovare espressione in un momento preliminare alla decisione finale, come al termine della progettazione del *software* da parte dei programmatori informatici e durante il necessario monitoraggio periodico del funzionamento della macchina.

Inoltre, all'impostazione seguita dal Consiglio di Stato parrebbe possibile muovere anche una seconda osservazione critica, relativa all'interpretazione del principio di non esclusività di cui all'art. 22 GDPR.

Infatti, se è vero che nell'ipotesi in cui venga adottata una decisione automatizzata il regolamento europeo assicura all'interessato il diritto di ottenere l'intervento del titolare del trattamento ⁽⁷⁷⁾, la previsione normativa non sembra obbligare quest'ultimo ad effettuare un attento scrutinio degli esiti della procedura.

Al contrario, pare possibile sostenere che, nella prospettiva adottata dal legislatore europeo, il diritto di ottenere l'intervento umano si traduce in concreto nella realizzazione di un modello organizzativo maggiormente assimilabile a quello del *human in command* o del *human on the loop*.

In tale direzione depone, in particolare, quanto stabilito dal Considerando n. 71 del GDPR, ove si precisa che il titolare del trattamento ha l'obbligo di predisporre «misure tecniche e organizzative adeguate al fine di garantire, in particolare, che siano rettificati i fattori che comportano inesattezze dei dati e sia minimizzato il rischio di errori e al fine di garantire la sicurezza dei dati personali secondo una modalità che tenga conto dei potenziali rischi esistenti per gli interessi e i diritti dell'interessato e che impedisca tra l'altro effetti discriminatori [...]» ⁽⁷⁸⁾.

⁽⁷⁷⁾ In materia si rinvia, per tutti, a F. PIZZETTI, *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, cit., 34 ss.

⁽⁷⁸⁾ In ordine ai rischi di discriminazione insiti nell'utilizzo di meccanismi decisionali automatizzati, si vedano, *ex multis*, F. COSTANTINO, *Rischi e opportunità del ricorso delle amministrazioni alle predizioni dei big data*, in *Dir. pubbl.*, n. 1/2019, 56 ss.; A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, cit., 84 ss.; F. DE LEONARDIS, *Big data, decisioni amministrative e "povertà" di risorse della pubblica amministrazione*, in E. CALZOLAIO, *La decisione nel prisma dell'intelligenza artificiale*,

Indicazioni dalle quali sembra potersi ricavare come, soprattutto nelle ipotesi in cui l'esito del procedimento digitalizzato risulti facilmente prevedibile, il predetto diritto all'intervento umano possa essere assicurato anche tramite la verifica di eventuali errori o inesattezze nei dati di partenza processati dal *software*.

Sicché, come si è efficacemente notato in dottrina, la supervisione umana richiesta nel processo di automazione potrebbe essere garantita anche tramite l'affermazione dell'ulteriore principio (invero non espressamente menzionato dai giudici amministrativi) della correttezza e della qualità dei dati posti a fondamento della decisione ⁽⁷⁹⁾.

Principio che, all'interno di un siffatto contesto, assume la propria valenza da un punto di vista logico prima ancora che giuridico, allorché la qualità del provvedimento

Padova, 2020, 152 ss.; P. SAVONA, *Administrative Decision-Making after the Big Data Revolution*, in *Federalismi.it*, n. 19/2018, 22 ss.

⁽⁷⁹⁾ Così, E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica*, cit., 298, il quale sottolinea come il rischio che i trattamenti automatizzati possano produrre nuove forme di discriminazione nei confronti dei destinatari delle decisioni algoritmiche costituisce una delle principali criticità che si stagliano all'orizzonte in ipotesi di utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale. Il che sembrerebbe giustificare a pieno l'inserimento, da parte dei giudici amministrativi, del principio di non discriminazione algoritmica tra le regole fondamentali che dovrebbero guidare il ricorso a meccanismi di automazione decisionale. Sul punto si veda, inoltre, quanto sottolineato nel Libro bianco intitolato "*L'intelligenza artificiale al servizio del cittadino*" del marzo 2018 curato da un'apposita *task force* dall'Agenzia per l'Italia digitale, reperibile in www.agid.gov.it, ove si evidenzia che i sistemi di apprendimento automatico dovrebbero basarsi su dati quantomeno selezionati e preparati, allorché l'eventuale presenza di imprecisioni o di pregiudizi nei dati, oltre che di eventuali errori di calcolo dovuti all'opera dei progettisti, rischia di produrre un programma che replica gli errori di partenza in ogni futura applicazione (p. 40).

adottato a valle della procedura non può che dipendere, inevitabilmente, dalla qualità delle informazioni in base alle quali è stato condotto il percorso decisionale ⁽⁸⁰⁾.

A prescindere dai rilievi appena formulati, peraltro, il principio espresso dal Consiglio di Stato sembra costituire un apprezzabile tentativo, seppur acerbo e perfettibile, di riaffermare la necessità di un'interazione virtuosa tra il funzionario persona fisica e il programma informatico.

Un rapporto che, come si è cercato di evidenziare, meriterebbe di essere declinato in misura diversa a seconda del funzionamento del sistema automatizzato adoperato dai pubblici poteri nella singola fattispecie. Circostanza che permetterebbe, da un lato, di evitare una notevole attenuazione dei vantaggi derivanti dal processo di automazione e, dall'altro, di mantenere quell'approccio antropocentrico che dovrebbe caratterizzare ogni applicazione degli strumenti informatici in questione ⁽⁸¹⁾.

⁽⁸⁰⁾ Il principio in questione è oggi ben riassunto dalla fortunata espressione, diffusa anche tra gli studiosi delle scienze matematiche, “*rubbish in = rubbish out*”. Ciò non significa, naturalmente, che il controllo della qualità dei dati utilizzati non debba essere affiancato da un frequente monitoraggio e aggiornamento dei *software* da parte dell'amministrazione precedente.

⁽⁸¹⁾ L'importanza di recuperare la citata dimensione antropocentrica nell'utilizzo delle tecnologie di intelligenza artificiale è stata bene evidenziata in numerosi atti di indirizzo di matrice europea. A tal proposito si vedano, *ex multis*, la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni dell'8 aprile 2019, *Creare fiducia nell'intelligenza artificiale antropocentrica*, COM/2019/168, ove si sottolinea che «la strategia europea per l'IA e il piano coordinato sull'IA indicano chiaramente che la fiducia è una condizione indispensabile per assicurare un approccio antropocentrico all'IA: l'intelligenza artificiale non è fine a se stessa, ma uno strumento a servizio delle persone che ha come fine ultimo quello di migliorare il benessere degli esseri umani. Per questo occorre garantire l'affidabilità dell'IA», nonché i tre documenti adottati il 19 febbraio 2020 dalla Commissione europea: il Libro Bianco sull'intelligenza artificiale, cit.; la Relazione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo, *Relazione sulle implicazioni dell'intelligenza artificiale, dell'Internet delle*

Dall'analisi sopra condotta sono emersi, dunque, i primi tentativi di attribuire contorni più nitidi all'istituto della decisione algoritmica all'interno del settore pubblico.

Gli interventi ricordati sembrano, tuttavia, mostrare chiaramente l'insufficienza di un approccio regolatorio affidato a principi generali e a soluzioni casistiche, il quale non consente di trarre un chiaro e definito quadro sistematico dalle pur significative affermazioni giurisprudenziali.

Nel tentativo di svolgere alcune considerazioni finali in ordine alle possibili strategie di regolazione del fenomeno, pare opportuno adesso richiamare, seppur brevemente, gli interessanti approdi normativi che si sono registrati all'interno dell'esperienza francese in materia di automazione decisionale.

5. I PRIMI INTERVENTI DI REGOLAZIONE NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO FRANCESE

Analogamente a quanto si è osservato con riferimento al nostro ordinamento, anche nel contesto giuridico d'oltralpe la possibilità di ricorrere ad apposite formule algoritmiche per adottare decisioni pubbliche non rappresenta una tematica di origine recente ⁽⁸²⁾.

cose e della robotica in materia di sicurezza e di responsabilità, COM/2020/64; la Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Plasmare il futuro digitale dell'Europa*, COM/2020/67, tutti reperibili in www.ec.europa.eu.

⁽⁸²⁾ Tra le prime riflessioni dottrinali in materia si veda, per tutti, D. BOURCIER, *La Décision artificielle: le droit, la machine et l'humain*, Paris, 1995.

Com'è noto, una delle prime disposizioni in materia era contenuta nell'art. 10 della *Loi n. 1978-17*, come modificato dalla *Loi n. 2004-801* del 6 agosto 2004, sul trattamento di dati personali ⁽⁸³⁾.

La previsione in questione poneva, invero, due chiari limiti all'utilizzo dei sistemi di automazione: un primo limite, più specifico, rivolto alle decisioni giurisdizionali, le quali non possono essere fondate su un trattamento automatizzato di dati personali se implicano una valutazione della condotta individuale da parte del giudice; un secondo limite, più generico, rivolto alle decisioni amministrative, le quali non possono essere prese sulla sola base di un trattamento automatizzato di dati personali se finalizzate a definire il profilo o la personalità di un soggetto ⁽⁸⁴⁾.

Da tale intervento, seppur di natura settoriale, sembra potersi ricavare un tempestivo interessamento del legislatore francese nei confronti dei rischi legati all'uso di procedure automatizzate da parte dei pubblici poteri, che si è tradotto nella previsione di alcune limitazioni di portata generale.

⁽⁸³⁾ *Loi n. 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, in www.legifrance.gouv.fr.

⁽⁸⁴⁾ «*Aucune décision de justice impliquant une appréciation sur le comportement d'une personne ne peut avoir pour fondement un traitement automatisé de données à caractère personnel destiné à évaluer certains aspects de sa personnalité. Aucune autre décision produisant des effets juridiques à l'égard d'une personne ne peut être prise sur le seul fondement d'un traitement automatisé de données destiné à définir le profil de l'intéressé ou à évaluer certains aspects de sa personnalité*». Al riguardo occorre notare che la disposizione appena riportata è stata, da ultimo, modificata dalla *Loi n. 2018-493* del 20 giugno 2018, al fine di aggiornare la normativa nazionale in materia di *privacy* alle novità introdotte dal GDPR e di rimuovere i precedenti limiti legislativi relativi all'automazione delle decisioni amministrative individuali. Sul punto cfr., in particolare, J.B. DUCLERCQ, *L'automatisation algorithmique des décisions administratives individuelles*, in *Revue du droit public*, n. 2/2019, 296 ss.

Con la diffusione del processo di digitalizzazione del settore pubblico, il quadro regolatorio della materia si è arricchito progressivamente. Più di recente, infatti, un preciso impulso verso la realizzazione di un'effettiva trasformazione digitale dell'azione pubblica è stato impresso tramite l'adozione della *Loi* n. 2016-1321 del 7 ottobre 2016, rubricata “*Loi pour une République numérique*”⁽⁸⁵⁾.

L'obiettivo della riforma è quello di dare attuazione alle strategie di sviluppo tecnologico definite a livello nazionale, le quali non sarebbero in grado di produrre i risultati desiderati in assenza di un quadro normativo che si occupi, allo stesso tempo, delle tematiche

⁽⁸⁵⁾ La riforma legislativa in questione ha rappresentato l'esito di un intenso dibattito politico e giuridico, al quale ha fatto seguito anche un periodo di consultazione pubblica sul testo della novella. A tal proposito si veda il rapporto curato dal *Conseil d'État, Le Numérique et les droits fondamentaux*, 2014, in www.vie-publique.fr, spec. 278 ss., all'interno del quale si sottolinea l'importanza di seguire un'impostazione ispirata al “principio di lealtà” dell'algoritmo (*principe de loyauté*), ossia di promuovere soluzioni normative che possano condurre ad alimentare (e non a pregiudicare) la fiducia della collettività nei confronti degli strumenti informatici adoperati dai pubblici poteri; nonché il rapporto *Ambition Numérique* del giugno 2015 curato dal Consiglio nazionale digitale (CNNum), reperibile in www.cnnumerique.fr, che raccoglie circa 70 proposte di interventi avanzate dai cittadini per attuare la strategia digitale delineata dal governo, ove si precisa che «*Le numérique permet d'augmenter la transparence et la traçabilité de l'action publique. Mais ce n'est que s'il est mobilisé pour développer de nouveaux modes de participation aux processus décisionnels qu'il pourra renforcer effectivement le pouvoir d'agir des citoyens. Le défi est donc de rompre avec une vision de l'expertise verticale et cloisonnée, et de développer des pratiques de co-construction des politiques publiques intégrant l'ensemble des acteurs de la société numérique*». Sicchè, conclude il Consiglio, «*La transformation numérique de l'action publique n'a de sens que si elle respecte un certain nombre de principes, inhérents aux fondements du droit public. Ces principes constituent autant de prérequis pour l'intégration de tous et le respect des libertés et droits fondamentaux*».

dell'innovazione digitale, dell'apertura e della trasparenza dei dati pubblici e della protezione dei diritti fondamentali delle persone ⁽⁸⁶⁾.

In particolare, se da un lato la novella mira a dare alla Francia un vantaggio competitivo sullo scenario internazionale nel settore della digitalizzazione, promuovendo una politica di riutilizzo delle informazioni pubbliche, dall'altro essa intercetta l'esigenza di promuovere un nuovo approccio alla rivoluzione tecnologica in atto, in grado di mantenere al centro i diritti degli individui nel mondo digitale ⁽⁸⁷⁾.

All'interno del predetto quadro generale il legislatore ha introdotto alcune significative disposizioni relative alla possibilità di adottare atti amministrativi facendo ricorso ad apposite formule algoritmiche ⁽⁸⁸⁾.

⁽⁸⁶⁾ Com'è noto, infatti, la legge si sviluppa intorno a tre fondamentali questioni: “La circolazione di dati e conoscenze” (Titolo I), “La tutela dei diritti nella società digitale” (Titolo II), e “L'accesso al digitale” (Titolo III). Tra i commenti più significativi alla novella, si vedano, in particolare, D. BOURCIER, P. DE FILIPPI, *Les algorithmes sont ils devenus le langage ordinaire de l'administration?*, in *LGDJ*, 2018, 193 ss.; B. BARRAUD, *L'algorithmisation de l'administration*, in *Revue Lamy Droit de l'immatériel*, 2018, 42 ss.; H. OBERDORFF, *La République numérique: un nouvel espace pour de nouveaux droits?*, in *Revue du droit public*, n. 3/2018, 665 ss.; L. CLUZEL-MÉTAYER, *La loi pour une République numérique: l'écosystème de la donnée saisi par le droit*, in *AJDA*, n. 6/2017, 340 ss.; J.B. DUCLERCQ, *Le droit public à l'ère des algorithmes*, in *Revue du droit public*, n. 5/2017, 1401 ss.

⁽⁸⁷⁾ In questo senso, cfr. *Dossiers législatifs, Exposé des motifs de la LOI n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique*, in www.legifrance.gouv.fr.

⁽⁸⁸⁾ Come si è notato, all'interno della novella legislativa il tema dell'automazione decisionale sembra trovare una disciplina più generale, che si preoccupa di approntare una serie di garanzie a tutela dei diritti dell'interessato che vanno ben al di là del diritto al corretto trattamento dei dati personali.

Nello specifico, le modifiche normative intervenute sul punto sembrano mosse dall'intento di assicurare una più rigida applicazione del principio di trasparenza dell'azione amministrativa nell'ambito delle procedure automatizzate.

Al tale proposito meritano di essere richiamate due importanti previsioni (artt. 4 e 6) di riforma del previgente testo del *Code de relations entre le public e l'administration* (d'ora in poi, CRPA).

La prima delle novità introdotte ha ad oggetto il nuovo art. L311-3-1, ai sensi del quale il destinatario di una decisione amministrativa individuale presa sulla base di un trattamento algoritmico deve essere informato di tale circostanza e, qualora ne faccia domanda, deve poter conoscere le regole in base alle quali il trattamento è avvenuto e le principali caratteristiche del relativo funzionamento.

In altri termini, qualora la pubblica amministrazione intenda adottare una decisione algoritmica, questa è obbligata a fornire all'interessato, su apposita istanza di quest'ultimo, informazioni chiare ed intelleggibili riguardanti: 1) le modalità attraverso le quali il trattamento automatizzato ha contribuito al processo decisionale; 2) i dati analizzati e la loro provenienza; 3) i parametri di giudizio stabiliti e il loro concreto utilizzo per pervenire alla decisione individuale; 4) le operazioni realizzate attraverso il predetto trattamento ⁽⁸⁹⁾.

Dalla normativa in questione si evince chiaramente come il legislatore francese abbia voluto introdurre un vero e proprio obbligo di comunicazione in capo all'autorità pubblica, il quale determina, correlativamente, l'insorgere del diritto del destinatario dell'atto

⁽⁸⁹⁾ Cfr. R. 311-3-1-2 del CRPA, introdotto con Decreto n. 2017-330 del 14 marzo 2017, sul quale cfr. P. COPPOLANI, *Le décret n. 2017-330 du 14 mars 2017 relatif aux droits des personnes faisant l'objet de décisions individuelles prises sur le fondement d'un traitement algorithmique: vers une victoire à la Pyrrhus*, in *Information, données et documents*, n. 54/2017, 16 ss.

amministrativo di accedere alla procedura informatizzata e di conoscere le modalità attraverso le quali il *software* è giunto ad elaborare la decisione finale ⁽⁹⁰⁾.

Pertanto, nell'ipotesi in cui l'atto conclusivo del procedimento amministrativo sia stato elaborato elettronicamente, sembra doversi riconoscere nella sfera giuridica del privato

⁽⁹⁰⁾ Sulla portata del diritto di accesso definito dalla richiamata disposizione non sembra esserci, invero, uniformità di vedute. Come notato da J.M. PASTOR, *Accès aux traitements algorithmiques utilisés par l'administration*, in *AJDA*, 2017, 604, l'obiettivo del legislatore non è quello di garantire all'interessato la possibilità di conoscere ogni aspetto del trattamento automatizzato in quanto tale, ma solo quello di conoscere i criteri e le caratteristiche principali che ne definiscono il funzionamento. Peraltro, come è avvenuto nel nostro ordinamento, anche nel sistema francese è stata affrontata la rilevante questione relativa al riconoscimento del diritto di accedere al codice sorgente del *software* utilizzato nell'ambito della procedura amministrativa automatizzata. La problematica in questione è stata a lungo discussa davanti alla *Commission d'accès aux documents administratifs* di cui agli artt. L. 341-1 e L. 342-1 del CRPA e ha portato ad un primo riconoscimento settoriale con l'*avis* dell'8 gennaio 2015, n. 20144578 e ad affermazioni di portata più generale a partire dall'*avis* del 23 giugno 2016, n. 20161989 (decisioni, entrambe, reperibili in www.cada.data.gouv.fr). In particolare, nell'ambito di quest'ultima vicenda, avente ad oggetto una richiesta di accesso ai documenti amministrativi relativi alla nota procedura automatizzata di preiscrizione alle sedi universitarie gestita dal Ministero dell'istruzione francese (su cui si dirà meglio a breve), la *Commission d'accès* ha consentito ai richiedenti di conoscere il codice sorgente della procedura affermando che i file informatici che compongono il codice possono essere assimilati a veri e propri documenti amministrativi e sono, di conseguenza, comunicabili a chiunque possa esercitare il diritto di accesso di cui all'art. L. 311-1 del CRPA (*La commission [...] estime que les fichiers informatiques constituant le code source ou l'algorithme sollicité, produits par l'Institut national polytechnique de Toulouse pour le ministère de l'éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche dans le cadre de leurs missions de service public respectives, revêtent le caractère de documents administratifs, au sens de l'article L300-2 du code des relations entre le public et l'administration. Ce code est, de ce fait, communicable à toute personne qui le demande, conformément à l'article L311-1 du même code*). In aderenza ai predetti orientamenti, il legislatore del 2016 è intervenuto per modificare l'art. L. 300-2 del CRPA, il quale annovera oggi, tra i documenti amministrativi suscettibili di ostensione, anche la locuzione «*codes sources*».

la possibilità di esercitare un diritto di accesso più ampio rispetto a quello riconosciuto nell'ambito delle procedure amministrative tradizionali ⁽⁹¹⁾.

Le medesime osservazioni sembrano essere state condotte anche all'interno del nostro ordinamento, ove le iniziali resistenze di una parte della giurisprudenza sono state in seguito superate, come si è detto, in nome del principio di piena conoscibilità delle modalità di funzionamento del programma informatico in base al quale è stata adottata la decisione amministrativa.

Tuttavia, nonostante tali importanti aperture, non pare ancora possibile formulare un giudizio di omogeneità tra gli strumenti di tutela offerti al privato all'interno dei due sistemi normativi ⁽⁹²⁾.

A tale considerazione si giunge, in particolare, dall'analisi della seconda disposizione introdotta dalla novella del 2016 all'interno del CRPA.

⁽⁹¹⁾ Così, A.G. OROFINO, *L'attuazione del principio di trasparenza nello svolgimento dell'amministrazione elettronica*, in *Iudicium*, ottobre 2020, 9. Peraltro, si noti come anche con riferimento al predetto obbligo di comunicazione trovano applicazione le limitazioni al diritto di accesso di cui all'art. L. 311-5, comma 2, del CRPA.

⁽⁹²⁾ Sul punto si osservi anche quanto previsto dalla *Loi* n. 2018-493 del 20 giugno 2018 relativa alla protezione dei dati personali, con la quale, nell'adattare la normativa francese al nuovo regolamento europeo, è stato modificato il citato art. 10 della *Loi* n. 1978-17. Secondo l'attuale formulazione della norma, tutte le decisioni amministrative individuali adottate sulla base di algoritmi devono essere conformi, a pena di nullità, agli obblighi di comunicazione previsti dall'art. L. 311-3-1 del CRPA. Sicché, nella prospettiva dell'ordinamento d'oltralpe, la violazione delle prescrizioni volte a instaurare un rapporto pubblico-privato maggiormente improntato al principio di trasparenza dell'azione amministrativa viene sanzionata con una forma di invalidità più grave rispetto a quella che colpisce gli atti amministrativi automatizzati non conformi al principio di piena conoscibilità affermatosi nell'ordinamento italiano.

In particolare, ai sensi dell'art. L. 312-1-3, le pubbliche amministrazioni sono tenute a pubblicare *online* le regole che definiscono il funzionamento dei principali trattamenti algoritmici usati per adottare decisioni individuali nell'esercizio delle proprie funzioni.

Adottando una prospettiva per certi versi speculare a quella che ha portato all'introduzione degli obblighi di comunicazione sopra ricordati, il legislatore francese ha così attribuito alle autorità pubbliche intenzionate a servirsi di sistemi automatizzati un ulteriore importante adempimento.

Si tratta dell'obbligo di pubblicazione dei criteri di giudizio e delle operazioni logiche compiute dai *software* che elaborano le decisioni amministrative individuali.

Tale previsione sembra rispondere ad un'esigenza di trasparenza diversa da quella avvertita dai destinatari dell'atto automatizzato, ai quali si rivolge, invece, la disposizione precedentemente richiamata ⁽⁹³⁾.

Sotto questa prospettiva, la norma pare muoversi in una duplice direzione: da un lato, consente l'esercizio di una forma di controllo diffuso sul funzionamento dei programmi informatici, rivolta anche ai soggetti non pregiudicati dall'adozione di uno specifico atto amministrativo; dall'altro, accresce il senso di fiducia dell'intera comunità degli amministrati nei confronti dell'uso di tali tecnologie, le quali risultano così meno opache e più comprensibili all'esterno.

⁽⁹³⁾ Cfr. E. MOURIESSE, *L'opacité des algorithmes et la transparence administrative*, in *Revue française de droit administratif*, 2019, 47, la quale evidenzia come, attraverso la disposizione in questione, «*les règles de fonctionnement des algorithmes ne sont pas seulement quérables: elles doivent être diffusées spontanément. Toute personne ayant connaissance de l'utilisation d'un algorithme par l'une des administrations précitées peut, si elle constate l'absence d'explication de cet algorithme en ligne, demander qu'une présentation soit publiée et éventuellement contester le refus d'y procéder*».

Elementi che conducono a formulare un giudizio positivo nei confronti del meccanismo congegnato dal legislatore francese, il quale mostra di aver compreso quanto sia importante promuovere la partecipazione dei cittadini al processo di trasformazione digitale della pubblica amministrazione.

Invero, anche le interessanti scelte di regolazione compiute nel sistema d'oltralpe sembrano presentare alcune criticità.

In primo luogo, va osservato come i predetti obblighi di pubblicazione di cui all'art. L312-1-3 siano stati formulati in maniera alquanto elastica e indefinita.

Sicché, al fine di poterne conoscere con precisione l'oggetto e poterne valutare l'adeguatezza o meno rispetto alle istanze di trasparenza degli interessati, sarà necessario attendere l'adozione di ulteriori precisazioni ad opera dei futuri decreti di esecuzione ⁽⁹⁴⁾.

In secondo luogo, va notato come, nella prospettiva del legislatore, il principio cardine intorno al quale incentrare la tutela del privato coinvolto da un processo di automazione decisionale è quello della trasparenza amministrativa.

Tuttavia, se da un lato la riforma mira ad affermare la conoscibilità della decisione algoritmica, dall'altro la stessa non dedica adeguata attenzione alla correlata problematica

⁽⁹⁴⁾ Infatti, a differenza di quanto è avvenuto con riferimento agli obblighi di cui all'art. L. 311-3-1, il contenuto degli obblighi di pubblicazione sui siti istituzionali delle pubbliche amministrazioni risulta ancora vago. Il che ha alimentato non solo una notevole incertezza applicativa da parte dei soggetti tenuti a rispettare la previsione legislativa, ma anche la diffusione di prassi differenti tra le singole amministrazioni. In materia, cfr. H. PAULIAT, *La décision administrative et les algorithmes: une loyauté à consacrer*, in *Revue du droit public*, n. 3/2018, 648, la quale osserva che «ces éléments sont informatifs mais les obligations demeurent trop limitées»; E. MOURIESSE, *op.ult.cit.*, 46 ss., secondo il quale l'adempimento del predetto obbligo richiederebbe alle singole amministrazioni di rendere note le istruzioni da loro impartite in sede di elaborazione del *software* e la relativa spiegazione in un linguaggio comprensibile ai non esperti.

della comprensibilità dei meccanismi decisionali che hanno giustificato l'adozione dell'atto automatizzato ⁽⁹⁵⁾.

In ordine alle caratteristiche ed ai limiti di applicazione della decisione amministrativa robotica, sono di recente intervenute anche due significative pronunce del *Conseil constitutionnel* ⁽⁹⁶⁾.

In particolare, con una prima sentenza i giudici costituzionali francesi si sono occupati di definire le condizioni minime di legittimità dell'istituto in esame ⁽⁹⁷⁾.

In tale occasione si è precisato, in primo luogo, come, introducendo uno specifico diritto, per il destinatario della decisione algoritmica, di conoscere le principali caratteristiche di funzionamento del *software*, il legislatore abbia implicitamente affermato l'impossibilità, per la pubblica amministrazione, di ricorrere a quei sistemi di automazione che non risultano accessibili per il privato.

⁽⁹⁵⁾ Così, J.B. DUCLERCQ, *L'automatisation algorithmique des décisions administratives individuelles*, cit., 313, il quale ha evidenziato che «[...] l'accessibilité à la décision suppose de distinguer la transparence de l'intelligibilité. La transparence implique la possibilité d'accéder aux informations propres à l'objet tandis que l'intelligibilité implique que ces informations soient aisément accessibles à l'intelligence humaine».

⁽⁹⁶⁾ Si fa riferimento, in particolare, alla Décision n. 2018-765 DC del 12 giugno 2018, con quale è stata ritenuta conforme a Costituzione la citata *Loi* n. 2018-493 del 20 giugno 2018 (*Loi relative à la protection des données personnelles*), e alla Décision n. 2020-834 QPC du 3 avril 2020, con la quale il *Conseil* è stato chiamato ad esprimersi sulla compatibilità costituzionale dell'art. L. 612-3 del *Code de l'éducation*, entrambe reperibili in www.conseil-constitutionnel.fr.

⁽⁹⁷⁾ Sulla pronuncia in questione, cfr. J.B. DUCLERCQ, *op.ult.cit.*, 306 ss., nonché S. TRANQUILLI, *Rapporto pubblico-privato nell'adozione e nel controllo della decisione amministrativa "robotica"*, cit., 309 ss.

Circostanza che può verificarsi sia in ipotesi in cui il procedimento operativo seguito dal programma per adottare la decisione sia di per sé poco trasparente, sia in ipotesi in cui il diritto di accesso ai documenti amministrativi non sia esercitabile per espressa previsione normativa ⁽⁹⁸⁾.

In secondo luogo, il *Conseil constitutionnel* ha affermato come, per poter considerare legittimo il processo di automazione, il mero riconoscimento di un diritto di accesso agli atti della procedura informatizzata non sia sufficiente, dovendosi al contrario assicurare al destinatario dell'atto amministrativo il diritto di ottenere una spiegazione, in un linguaggio intellegibile, delle modalità attraverso le quali il predetto atto è stato adottato.

Sicché i sistemi informatici in grado di modificare le proprie regole di funzionamento in via autonoma non possono essere utilizzati per adottare decisioni amministrative se non è previsto un momento di supervisione e di convalida del risultato raggiunto dalla macchina. ⁽⁹⁹⁾.

⁽⁹⁸⁾ Si pensi, ad esempio, alle categorie di documenti e di atti elencati dal citato art. L. 311-5, comma 2, del CRPA. Cfr. CC, n. 2018-765, DC, punto 70: «conformément à l'article L. 311-3-1 du code des relations entre le public et l'administration, la décision administrative individuelle doit mentionner explicitement qu'elle a été adoptée sur le fondement d'un algorithme et les principales caractéristiques de mise en œuvre de ce dernier doivent être communiquées à la personne intéressée, à sa demande. Il en résulte que, lorsque les principes de fonctionnement d'un algorithme ne peuvent être communiqués sans porter atteinte à l'un des secrets ou intérêts énoncés au 2° de l'article L. 311-5 du code des relations entre le public et l'administration, aucune décision individuelle ne peut être prise sur le fondement exclusif de cet algorithme».

⁽⁹⁹⁾ Cfr. CC., n. 2018-765 DC, punto 71: «le responsable du traitement doit s'assurer de la maîtrise du traitement algorithmique et de ses évolutions afin de pouvoir expliquer, en détail et sous une forme intelligible, à la personne concernée la manière dont le traitement a été mis en œuvre à son égard. Il en résulte que ne peuvent être utilisés, comme fondement exclusif d'une décision administrative individuelle, des algorithmes susceptibles de réviser eux-mêmes les règles qu'ils appliquent, sans le contrôle et la validation du responsable du traitement». Si tratta di considerazioni che paiono porre ancora l'accento sulla necessità di

Infine, i giudici francesi hanno evidenziato come sia necessario garantire che l'atto amministrativo ad elaborazione elettronica possa essere contestato dall'interessato sia in sede amministrativa sia in sede giurisdizionale, con la precisazione che, nel primo caso, l'amministrazione adita è obbligata a pronunciarsi senza fare nuovamente ricorso a meccanismi di automazione.

Una condizione, quest'ultima, che pare essere strettamente legata sia alla predetta esigenza di conoscibilità di tutti gli aspetti più rilevanti del trattamento automatizzato sia a quella di comprensibilità delle concrete modalità di funzionamento del *software* ⁽¹⁰⁰⁾ e che

garantire forme di vigilanza sui sistemi algoritmici, il quale non può essere imposto ad un unico soggetto del processo di automazione, ma deve assumere, al contrario, una dimensione collettiva, come suggerito dallo studio condotto dalla *Commission nationale de l'Informatique et des Libertés*, *Comment permettre à l'homme de garder la main? Les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle*, dicembre 2017, 50, in www.vie-publique.fr: «ce principe de vigilance doit avoir une signification collective. Plus que d'algorithmes, sans doute faudrait-il parler de systèmes algorithmiques, de complexes et longues «chaînes algorithmiques» composées de multiples acteurs (du développeur à l'utilisateur final, en passant par la société ayant collecté les données utilisées pour l'apprentissage, le professionnel qui réalise cet apprentissage, par celui qui a acheté une solution de machine learning qu'il va ensuite déployer, etc.)». Sul punto, cfr. anche J.B. DUCLERCQ, *L'automatisation algorithmique des décisions administratives individuelles*, cit., 303 ss.

⁽¹⁰⁰⁾ Come nota J.B. AUBY, *Il diritto amministrativo di fronte alle sfide digitali*, in *Ist. del fed.*, n. 3/2019, 631-632, il controllo giurisdizionale sulle decisioni amministrative basate su algoritmi è tutt'altro che semplice. E ciò in quanto «non solo i giudici in genere non saranno più bravi del cittadino medio nel comprendere gli algoritmi, ma vi è il rischio che le tecniche di solito utilizzate per sindacare la motivazione degli atti amministrativi e la relazione tra essi e la loro motivazione, potrebbero perdere la loro efficacia attuale. Queste tecniche [...] sono impostate su modelli classici di razionalità causale. Esse possono avere un impatto limitato sulle motivazioni che si basano su correlazioni statistiche, come in molti algoritmi».

ha la finalità di garantire l'effettività dei rimedi invocati dagli interessati nei confronti dello scorretto esercizio del potere amministrativo.

Le richiamate condizioni di legittimità dettate dalla giurisprudenza costituzionale francese sembrano, dunque, aver integrato le previsioni normative introdotte dalla *Loi* n. 2016-1321 e aver riportato al centro dell'attenzione, oltre alle note esigenze di trasparenza del procedimento algoritmico, anche quelle relative alla comprensibilità e alla giustiziabilità dell'atto amministrativo automatizzato.

Principi che, a valle della decisione sopra ricordata, dovranno essere tenuti in considerazione in occasione delle successive applicazioni dell'istituto.

Sul punto, tuttavia, pare necessario sottolineare come anche le predette condizioni di legittimità possano subire alcune deroghe in relazione a specifici settori dell'attività amministrativa.

A tale conclusione è possibile giungere analizzando un'altra significativa pronuncia del *Conseil constitutionnel* resa in materia di decisioni automatizzate, con la quale è stata valutata la compatibilità costituzionale della deroga ai citati obblighi di comunicazione e di pubblicazione disposta dall'ultimo paragrafo del primo comma dell'art. L. 612-3 del *Code de l'éducation* ⁽¹⁰¹⁾.

⁽¹⁰¹⁾ Cfr. art. L. 612-3, comma I, par. 4: «*Afin de garantir la nécessaire protection du secret des délibérations des équipes pédagogiques chargées de l'examen des candidatures présentées dans le cadre de la procédure nationale de préinscription prévue au même deuxième alinéa, les obligations résultant des articles L. 311-3-1 et L. 312-1-3 du code des relations entre le public et l'administration sont réputées satisfaites dès lors que les candidats sont informés de la possibilité d'obtenir, s'ils en font la demande, la communication des informations relatives aux critères et modalités d'examen de leurs candidatures ainsi que des motifs pédagogiques qui justifient la décision prise*».

In particolare, tale disposizione è stata introdotta con riferimento al noto meccanismo automatizzato di preiscrizione universitaria utilizzato dal Ministero dell'istruzione francese a partire dal 2009 ⁽¹⁰²⁾.

In base a tale normativa, il diritto di accedere agli atti della procedura amministrativa è stato circoscritto ai criteri e alle modalità di valutazione delle candidature degli studenti stabiliti a livello centrale, escludendo, di conseguenza, la possibilità per gli interessati di conoscere i requisiti definiti dalle apposite Commissioni (*Commissions d'examen des vœux*) istituite presso gli Atenei per esaminare e classificare le domande di iscrizione presentate tramite la piattaforma telematica ⁽¹⁰³⁾.

La previsione trova la sua *ratio* giustificatrice nell'esigenza di preservare la segretezza e l'indipendenza delle attività di valutazione attribuite alle Commissioni locali, in modo tale da evitare che queste ultime possano ricevere pressioni esterne al momento della determinazione del *ranking* annuale della singola facoltà.

⁽¹⁰²⁾ Si tratta del sistema informatizzato gestito tramite la piattaforma Apb (*Admission post bac*), sostituita a partire da gennaio 2018 dall'analogo portale *Parcoursup*, attraverso il quale le domande di ammissione alle facoltà universitarie vengono valutate sulla base del percorso scolastico dello studente e dei parametri predefiniti dalle Commissioni di valutazione istituite nei singoli Atenei. Al termine della procedura, in relazione all'offerta dei posti disponibili, il sistema invia ai singoli candidati le proposte di iscrizione compatibili con i loro profili personali. In materia, cfr. il rapporto curato da C. VILLANI, G. LONGUET, *Les algorithmes au service de l'action publique: le cas du portail admission post-bac*, 15 febbraio 2018, in www.senat.fr; E. MAUPIN, *La CNIL impose une réforme du portail de l'admission post-bac*, in *AJDA*, 2017, 1860 ss.

⁽¹⁰³⁾ Si noti che, ai sensi del par. 4 del comma I dell'art. 612-3, tali requisiti devono, in ogni caso, tener conto «*d'une part, des caractéristiques de la formation et, d'autre part, de l'appréciation portée sur les acquis de la formation antérieure du candidat ainsi que sur ses compétences*».

Il sistema così congegnato ha, tuttavia, suscitato numerose critiche da parte dell'opinione pubblica e delle associazioni di rappresentanza degli studenti, allorché questo non permette agli interessati di ottenere informazioni esaustive sui criteri di giudizio utilizzati nell'ambito della selezione ⁽¹⁰⁴⁾.

Di conseguenza, chiamata a pronunciarsi in ordine alla legittimità costituzionale della predetta disposizione del *Code de l'éducation* ⁽¹⁰⁵⁾, il *Conseil constitutionnel* ha avuto occasione di precisare quali condizioni possano giustificare una limitazione legislativa del diritto del cittadino di accedere ai documenti amministrativi ⁽¹⁰⁶⁾.

Dopo aver precisato che, nella fattispecie concreta, il trattamento delle istanze dei candidati ad opera della piattaforma informatica dovesse essere considerato solo parzialmente automatizzato, i giudici francesi hanno ritenuto la disposizione censurata costituzionalmente legittima, in quanto finalizzata a perseguire, in maniera proporzionata, uno specifico obiettivo di interesse generale (i.e. l'indipendenza e l'autorità dei giudizi delle Commissioni locali).

⁽¹⁰⁴⁾ Cfr. CC, n. 2020-834, cit., punto 12: «*Il résulte de la jurisprudence constante du Conseil d'État que les dispositions contestées réservent ainsi l'accès aux documents administratifs relatifs aux traitements algorithmiques utilisés, le cas échéant, par les établissements d'enseignement supérieur pour l'examen des candidatures, aux seuls candidats qui en font la demande, une fois prise la décision les concernant, et pour les seules informations relatives aux critères et modalités d'examen de leur candidature*».

⁽¹⁰⁵⁾ Diritto che, nell'ordinamento giuridico francese, trova espresso riconoscimento costituzionale all'art. 15 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789.

⁽¹⁰⁶⁾ La questione è stata sollevata, in particolare, nell'ambito di una controversia pendente davanti al *Conseil d'Etat* (CE, 15 gennaio 2020, nn. 433296 e 433297), adito dall'*Union nationale des étudiants de France* al fine di contestare il rifiuto di due università francesi di esibire i codici sorgente e gli algoritmi utilizzati per valutare le candidature degli studenti registrati tramite la piattaforma *Parcoursup*.

In primo luogo, prendendo in esame la posizione degli studenti ricorrenti, si è sottolineato come, in base all'art. L. 612-3, questi ultimi possano conoscere, seppur al termine del processo di selezione, i criteri generali stabiliti per la valutazione delle domande a livello ministeriale.

Comunicazione alla quale, secondo l'organo decidente, dovrebbe aggiungersi anche quella relativa ai criteri di selezione stabiliti dalle singole commissioni locali per la classificazione delle domande.

In secondo luogo, con riferimento alle esigenze di trasparenza della procedura vantate dai soggetti non partecipanti, si è notato come l'assenza di un'espressa disposizione legislativa che riconosca il diritto di accesso dei terzi non può giustificare un'automatica esclusione di questi ultimi dal novero dei soggetti legittimati a conoscere le modalità di selezione delle candidature.

Infatti, una tale interpretazione del quadro normativo risulterebbe sproporzionata rispetto all'obiettivo di interesse generale perseguito dall'art. L. 612-3 e, dunque, non conforme al diritto costituzionalmente garantito di accesso ai documenti amministrativi ⁽¹⁰⁷⁾.

⁽¹⁰⁷⁾ Cfr. CC, n. 2020-834, cit., punto 17: «Or, une fois la procédure nationale de préinscription terminée, l'absence d'accès des tiers à toute information relative aux critères et modalités d'examen des candidatures effectivement retenus par les établissements porterait au droit garanti par l'article 15 de la Déclaration de 1789 une atteinte disproportionnée au regard de l'objectif d'intérêt général poursuivi, tiré de la protection du secret des délibérations des équipes pédagogiques. Dès lors, les dispositions contestées ne sauraient, sans méconnaître le droit d'accès aux documents administratifs, être interprétées comme dispensant chaque établissement de publier, à l'issue de la procédure nationale de préinscription et dans le respect de la vie privée des candidats, le cas échéant sous la forme d'un rapport, les critères en fonction desquels les candidatures ont été examinées et précisant, le cas échéant, dans quelle mesure des traitements algorithmiques ont été utilisés pour procéder à cet examen».

Di conseguenza, per poter considerare legittima la deroga agli artt. L. 311-3-1 e L. 312-1-3 CRPA, ciascun istituto universitario sarà tenuto a pubblicare *online*, al termine della suddetta procedura di preiscrizione, le formule algoritmiche e i criteri in base ai quali le candidature sono state esaminate.

Dalla pronuncia in questione sembra, dunque, ricavarsi come un'eventuale compressione dei diritti dei privati determinata dall'adozione di sistemi di automazione possa essere considerata legittima se finalizzata al perseguimento di un rilevante interesse pubblicistico e se, in applicazione del principio di proporzionalità, risulta strettamente necessaria rispetto all'obiettivo.

Il che pare corroborare l'osservazione secondo la quale, nell'affrontare il tema delle decisioni automatizzate, la prospettiva di analisi più adatta sia quella di ricercare un soddisfacente punto di equilibrio tra i plurimi interessi giuridici coinvolti nel caso concreto.

6. CONCLUDING REMARKS

Alla luce dell'analisi sopra condotta pare possibile formulare alcune considerazioni finali relative alle esigenze di regolazione dell'istituto della decisione amministrativa automatizzata all'interno del nostro ordinamento.

Da quanto si è osservato è emerso come il crescente utilizzo di formule algoritmiche da parte delle pubbliche amministrazioni abbia finora lasciato sostanzialmente indifferente il legislatore italiano, con la conseguente affermazione di un ruolo suppletivo della giurisprudenza amministrativa quale garante dei diritti dei privati coinvolti nell'esercizio dell'azione amministrativa ⁽¹⁰⁸⁾.

⁽¹⁰⁸⁾ Sul punto, si veda anche D.U. GALETTA, *Algoritmi, procedimento amministrativo e garanzie*, cit., 510 ss.

Un siffatto approccio alla problematica dell'automazione decisionale si è tradotto, pertanto, nella fissazione in via pretoria di principi di portata generale, spesso corroborati dal riferimento ad atti legislativi o di indirizzo di matrice europea ⁽¹⁰⁹⁾.

Senza voler rientrare di nuovo nel merito della questione, pare necessario rimarcare come le pur significative affermazioni del Consiglio di Stato sopra richiamate non siano in grado di soddisfare l'urgenza di definire regole più precise e contestualizzate in materia.

Infatti, se le istanze di trasparenza e di supervisione dei sistemi informatici sono ormai unanimemente condivise in sede dottrinale e giurisprudenziale, le modalità operative attraverso le quali tali principi possono trovare concretamente applicabile in relazione alle diverse tipologie di *software* in uso nel settore pubblico sembrano essere ancora oggetto di un acceso dibattito.

Sul punto si auspica, dunque, che gli improrogabili interventi legislativi non si limitino a recepire *tout court* le indicazioni formulate dai giudici amministrativi, ma che si occupino di dettare una disciplina più articolata e completa dell'atto amministrativo automatizzato ⁽¹¹⁰⁾.

⁽¹⁰⁹⁾ In materia, cfr. A. CELOTTO, *Come regolare gli algoritmi. Il difficile bilanciamento tra scienza, etica e diritto*, in *Analisi giuridica dell'economia*, n. 1/2019, 47 ss., il quale nota come anche a livello sovranazionale il panorama normativo ricavabile in materia sia ancora insufficiente a fornire una precisa disciplina del fenomeno dell'automazione, con riferimento al quale, anche in ragione della competenza legislativa dell'Unione in materia di innovazione tecnologica, sono stati indicati finora soltanto alcuni principi generali.

⁽¹¹⁰⁾ Disciplina che, tuttavia, non potrà che essere soggetta ad ulteriori interventi di modifica con il progresso della ricerca scientifica in tema di tecnologie informatiche. Cfr. M. BASSINI, L. LIGUORI, O. POLLICINO, *Sistemi di intelligenza artificiale, responsabilità e accountability. Verso nuovi paradigmi?*, in F. PIZZETTI, *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, cit., 334 ss., i quali sottolineano che la rapida obsolescenza

A tal proposito alcuni interessanti spunti di riflessione possono essere tratti dall'analisi dell'esperienza francese, ove si è assistito ad un progressivo ampliamento del quadro normativo relativo all'uso di trattamenti automatizzati nell'adozione di decisioni individuali.

In particolare, con la novella realizzata dalla *Loi* n. 2016-1321 sono state introdotte alcune importanti previsioni, che hanno intercettato, soprattutto, le istanze di trasparenza manifestate dai cittadini.

Da questa prospettiva, la declinazione rafforzata del principio di trasparenza operata dal legislatore d'oltralpe ha condotto all'implementazione di una forma di controllo sociale sull'utilizzo dei predetti sistemi tecnologici da parte dei pubblici poteri.

Soggetti che risultano oggi vincolati al rispetto degli obblighi di comunicazione e di pubblicazione stabiliti (seppur in maniera imperfetta) in via generale.

Anche in questo caso, peraltro, l'esigenza di tutelare la posizione giuridica dei privati interessati dall'adozione di un atto amministrativo ad elaborazione elettronica ha trovato ulteriori risposte in alcune recenti pronunce giurisprudenziali.

Interventi che hanno costituito l'occasione, da un lato, per riconoscere il diritto alla comprensibilità dell'iter logico seguito dal *software* nel caso concreto e al controllo (giurisdizionale e non) sugli esiti del procedimento automatizzato e, dall'altro, per precisare che in siffatto contesto le tradizionali garanzie procedurali possono essere legittimamente

delle regole pensate per governare il processo di trasformazione tecnologica ha sempre costituito una variabile tipica del rapporto tra diritto e tecnica.

derogate, a certe condizioni, in nome di un interesse di natura pubblicistica parimente rilevante ⁽¹¹¹⁾.

Anche alla luce di tali considerazioni, in una prospettiva *de iure condendo*, pare possibile affermare come la strategia italiana in tema di intelligenza artificiale, allo stato attuale solo abbozzata ⁽¹¹²⁾, debba occuparsi, da un punto di vista maggiormente pratico, di due principali profili.

In primo luogo, quello relativo al bilanciamento tra i benefici offerti dall'utilizzo dei sistemi automatizzati all'attività delle pubbliche amministrazioni e le insopprimibili istanze di tutela delle posizioni individuali che vengono a contatto con queste ultime ⁽¹¹³⁾.

⁽¹¹¹⁾ Si tratta, invero, di profili in parte affrontati anche dalla giurisprudenza amministrativa italiana (cfr. Cons. Stato, nn. 2270/2019 e 8472/2019, cit.), ove si sottolinea come «l'utilizzo di procedure robotizzate non possa essere motivo di elusione dei principi che conformano il nostro ordinamento e che regolano lo svolgersi dell'attività amministrativa».

⁽¹¹²⁾ Cfr. Strategia “Italia 2025” elaborata dal Ministero per l'innovazione tecnologica e la digitalizzazione (reperibile al sito www.innovazione.gov.it). In tal documento, in particolare, nell'ottica di promuovere la diffusione di una I.A. sostenibile sul piano sociale, culturale e democratico, si è affermato che «L'intelligenza artificiale e i *big data* sono in grado di guidare i decisori pubblici verso scelte sempre più consapevoli, gestendo in maniera efficiente una serie di procedimenti amministrativi, specie se ripetitivi e a bassa discrezionalità. Progettare, sviluppare e sperimentare soluzioni di intelligenza artificiale applicata ai procedimenti amministrativi e alla giustizia eticamente e giuridicamente sostenibili significa dare attuazione moderna ai principi costituzionali che vogliono un'amministrazione efficiente e un processo giusto trasparente e breve. Non è qualcosa che si possa scegliere se fare o non fare, è qualcosa che si deve fare» (p. 18).

⁽¹¹³⁾ In materia si veda, da ultimo, il recente studio dell'Agenzia dell'Unione europea per i diritti umani del 14 dicembre 2020, rubricato *Getting the future right - Artificial intelligence and fundamental rights*, in www.fra.europa.eu, ove si sottolinea che: «*The intent to increase efficiency drives the use of AI in the public sector – an aim that directly speaks to improving administration and benefiting citizens. Respondents in public administration by*

Un'operazione che, in ragione di quanto si è evidenziato, dovrebbe essere effettuata con riferimento allo specifico settore di attività in cui la pubblica amministrazione faccia ricorso ai predetti “moduli organizzativi”, nonché nel rispetto del fondamentale principio di proporzionalità dell'azione amministrativa ⁽¹¹⁴⁾.

In secondo luogo, e più in generale, quello relativo della individuazione delle tipologie di procedimenti amministrativi suscettibili di automazione, che dovrebbe essere preceduta da un'attenta valutazione dell'impatto concretamente esercitato dalle tecnologie informatiche nelle singole fattispecie.

Infatti, solo attraverso una delimitazione delle ipotesi in cui l'utilizzo delle formule algoritmiche può concretamente contribuire al miglioramento dell'azione pubblica, è possibile evitare che la scelta di automatizzare lo svolgimento delle procedure amministrative rimanga nell'ambito dell'autonomia organizzativa di cui ogni pubblica amministrazione è dotata.

far most often indicate efficiency as the reason for considering the use of AI or for presently using AI. One respondent, who advises ministries on digital strategies and their use of AI, said that the main reasons for adopting AI are to improve the service to citizens and to reduce the costs of these services for public administration. Interviewees also indicate that public administration has particular requirements, meaning AI cannot be used for all purposes and needs particular attention when it comes to decision making. [...] . Public administration can only process data on a legal basis. Decisions need to be fair and transparent and pathways to challenge decisions need to be available and accessible» (p. 81-82).

⁽¹¹⁴⁾ Sul principio di proporzionalità dell'azione amministrativa, si vedano, tra i numerosi contributi, D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998; Id., *Il principio di proporzionalità*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 389 ss.; A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistemica*, Torino, 2011; V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità: profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, Torino, 2012.

Anche in ordine a tale profilo l'esperienza francese sembra offrire alcune interessanti indicazioni, laddove si è evidenziato che, per poter legittimamente adottare un atto amministrativo robotico, l'autorità procedente deve preliminarmente accertare, tra gli altri fattori, di poter garantire la conoscibilità e la comprensibilità della decisione da parte dei suoi destinatari ⁽¹¹⁵⁾.

Nella consapevolezza delle difficoltà insite nel rispondere alle suddette esigenze di regolazione, pare doversi osservare che la possibilità effettiva di sfruttare i vantaggi offerti dalla rivoluzione digitale in atto nel settore pubblico dipenderà, in gran parte, dalle modalità attraverso le quali il processo di automazione decisionale sarà finalmente ricondotto all'interno della fondamentale cornice garantista tracciata dal principio di legalità dell'azione amministrativa.

⁽¹¹⁵⁾ Cfr. CC., n. 2018-765 DC, cit.