

Algoritmi informatici e amministrazioni pubbliche: ulteriori chiarimenti dal giudice amministrativo

MARIA TERESA CAROTENUTO

(Dottoranda in Diritto delle amministrazioni pubbliche - Università di Napoli Suor Orsola Benincasa)

Abstract

Negli ultimi anni, tutti gli ambiti economici e sociali sono stati permeati da un'incessante diffusione delle nuove tecnologie intelligenti. Tale innovazione tecnologica ha influenzato in modo pervasivo e dirompente anche l'attività amministrativa.

In particolare, la sentenza del TAR Campania in esame si interroga circa i limiti del ricorso agli algoritmi informatici all'interno dei procedimenti amministrativi.

Il presente contributo, muovendo dall'analisi della normativa vigente, delle posizioni della dottrina e delle acquisizioni della giurisprudenza, mira ad indagare se l'impiego di tali strumenti tecnologici possa ledere la tenuta del reticolo normativo ordinario e i principi ad esso sottesi.

In recent years, all economic and social sectors have been penetrated by the relentless spread of new smart technologies. This technological innovation has also had a profound and disruptive impact on administrative activity.

In particular, this case note focuses on the ruling of the Campania Regional Administrative Court, which questions the limits of the use of computer algorithms in administrative procedures. On the basis of an analysis of the legislation in force, the doctrinal positions and the case law, this contribution aims to examine whether the use of such technological tools can undermine the tightness of the ordinary regulatory framework and its underlying principles.

Sommario: 1. Premessa 2. La sentenza n. 7003/2022 del T.A.R. Campania 3. I principi conati dalla giurisprudenza 3.1. Il principio di trasparenza 3.2. Il principio di non esclusività del processo decisionale automatizzato e la centralità della “riserva di umanità” 3.3. La non discriminazione algoritmica come declinazione dell’amministrazione imparziale 4. Il nodo della discrezionalità quale area di ricorso alla automazione 5. Conclusioni.

1. Premessa

L’azione della Pubblica Amministrazione si sostanzia nella cura degli interessi pubblici stabiliti dalla legge. Al fine di perseguire tale scopo, gli organi pubblici operano, di norma, mediante procedimento amministrativo¹.

In particolare, giova rilevare che quest’ultimo sia stato influenzato dall’incessante progresso tecnologico attuatosi nell’ultimo trentennio². In un’era connotata da un’agevole accessibilità alla rete internet e da un’esponentiale diffusione di contenuti mediante mezzi telematici³, anche la P.A. ha fatto ricorso, nello svolgimento del procedimento amministrativo, agli algoritmi informatici⁴.

Questi ultimi rappresentano una sequenza ordinata di operazioni di calcolo che, in via informatica, è in grado di valutare e graduare una moltitudine di domande⁵.

¹ Non essendo questa, per evidenti ragioni di economia espositiva, la sede per analizzare l’evoluzione della nozione di procedimento amministrativo, ci si limita a rinviare a F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo* in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1952, 126 ss.; M. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, 259 ss.; A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940.

² Secondo G. BUONO, *Rapporto 4/2022 – Intelligenza artificiale e amministrazioni centrali*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2022, 1, 261 le applicazioni di IA possono essere classificate in tre categorie: a) la IA “fisica”, con un importante livello di indipendenza nel mondo fisico (robotica, auto a guida autonoma, droni); b) la “IA di facilitazione”, utilizzata a supporto di attività operative effettuate dagli umani (quale per esempio comprensione del linguaggio naturale piuttosto che riconoscimento delle immagini); c) la IA “cognitiva”, adoperata per l’analisi di ampie moli di dati a supporto di processi cognitivi o decisionali (*machine learning*, sistemi predittivi, algoritmi di ricerca e ottimizzazione, gestione della conoscenza...).

³ G. DYSON, *La cattedrale di Turing, Le origini dell’universo globale*, Torino, 2012, 356 afferma che: “Facebook definisce chi siamo, Amazon definisce cosa vogliamo e Google definisce cosa pensiamo”.

⁴ Sul punto P. ZELLINI, *La dittatura del calcolo*, Milano, 2018, 87-89 dichiara che: “Magnifico da un’importanza scientifica che si estende dai fondamenti teorici alle più imprevedibili applicazioni materiali”, il codice algoritmico sta, infatti, rapidamente assurgendo a “portatore autonomo di una credibilità che sconfigna, a tratti, in una veridicità di stampo divino”.

⁵ Così la cit. sentenza di Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270, in www.giustizia-amministrativa.it con la quale, in accoglimento dell’appello, viene riformata la sentenza del TAR. Lazio, 1 dicembre 2016, n. 12026. V. anche F. COSTANTINO, *Lampi. Nuove frontiere*

Invero, inizialmente l'uso di tali strumenti è stato visto in dottrina con una certa diffidenza, giacché si è ritenuto che gli stessi fossero frutto di asettici e freddi calcoli razionali basati su dati. È stato, infatti, rilevato che essi non potessero mai sostituire l'attività cognitiva, acquisitiva e di giudizio che solo un'istruttoria, affidata ad un funzionario, è in grado di svolgere. Per tale motivo, tali procedure sono state relegate ad un ruolo strumentale e meramente ausiliario e giammai dominante o surrogatorio dell'attività dell'uomo.

Recentemente, la giurisprudenza amministrativa ha, invece, statuito che l'utilizzo di tali meccanismi non deve essere stigmatizzato, ma anzi incoraggiato poiché permette alla P.A. di ridurre le tempistiche procedurali e le risorse impiegate, nonché di addivenire ad una maggiore imparzialità della decisione⁶.

Tuttavia, la capacità degli algoritmi informatici di effettuare operazioni automatizzate, in grado di sostituirsi all'attività umana, ha portato in emersione il rischio di un'incompatibilità di tali strumenti con i principi vigenti nell'ordinamento.

A tal riguardo nel novembre del 2022 si è pronunciato il Tar Campania (sent. n. 7003/2022), che ha in parte confermato l'indirizzo maggioritario formatosi in giurisprudenza amministrativa circa l'uso di tali algoritmi informatici all'interno del procedimento, chiarendo e dissipando molteplici dubbi che erano sorti in materia.

2. La sentenza n. 7003/2022 del T.A.R. Campania

La pronuncia del Tar Campania ha ad oggetto la domanda di annullamento di due provvedimenti adottati dall'Agenzia per le erogazioni in agricoltura (d'ora innanzi AGEA), mediante l'utilizzo di algoritmi informatici, nei confronti del privato Aniello Lamanna.

In particolare il ricorrente si doleva dell'illegittimità di tali provvedimenti, giacché frutto di un ricalcolo, in suo danno, delle somme di denaro dallo stesso già percepite a titolo di indennità compensativa. Quest'ultima gli era stata, infatti, devoluta al fine di remunerare almeno parzialmente i costi aggiuntivi ed il mancato guadagno dov-

delle decisioni amministrative tra open e big data, in *Dir. amm.*, 2017, 4, 799 ss. Per una definizione di algoritmo si veda M.C. CARROZZA, C. ODDO, S. ORVIETO, A. DE MININ, G. MONTEMAGNI, *Paper sui principi tecnici*, in *Statuto etico e giuridico dell'IA*, Fondazione Leonardo – *Civiltà delle macchine*, 2019, 13 che richiama www.treccani.it.

⁶ G. COCOZZA, *Il provvedimento amministrativo mediante algoritmo*, in www.dirittoamministrativo.it, 2021.

ti alla particolare ubicazione dei fondi agricoli, di cui lo stesso era proprietario.

In proposito, l'art. 6 dei bandi attuativi di tali provvedimenti compensativi aveva specificamente disciplinato la procedura di calcolo dell'algoritmo adoperato per il computo della misura.

Proprio in base a tale operazione, l'AGEA aveva devoluto al ricorrente un'indennità. Tuttavia, essa aveva successivamente rielaborato le domande del privato, facendo applicazione di un nuovo algoritmo di calcolo degli importi delle riduzioni e delle sanzioni. Dall'esperimento della nuova procedura si era riscontrato che erano stati versati in favore del ricorrente delle somme in eccesso e, quindi, da recuperare.

Il Tar Campania ha, pertanto, accolto il ricorso, confermando in parte l'indirizzo giurisprudenziale maggioritario profilatosi circa l'utilizzo degli algoritmi informatici all'interno del procedimento amministrativo.

In particolare, i giudici partenopei hanno, addirittura, rinvenuto le origini di tali strumenti nei papiri di Ahmes del XVII secolo a.C. e si sono soffermati sui numerosi vantaggi derivanti dall'uso degli stessi. Nello specifico essi hanno affermato che l'algoritmo porta sempre ad una decisione imparziale, spogliata da ogni margine di soggettività. Sicché tali espedienti hanno il pregio di addivenire ad un esito invariabile.

Il Tar Campania ha, poi, precisato che l'uso della tecnologia all'interno del procedimento ha rilevanti ricadute anche sulla qualità della decisione, poiché persegue l'obiettivo, non solo della semplificazione⁷, ma anche quello della buona amministrazione.

Tuttavia tali vantaggi devono essere controbilanciati dall'opposta esigenza di assicurare pur sempre un controllo umano del procedimento (cd. *human in the loop*). Il funzionario amministrativo deve, dunque, mantenere il costante controllo del procedimento, potendo intervenire per compiere interlocuzioni con il privato e per verificare a monte l'esattezza dei dati da elaborare.

⁷ C. ACOCELLA, A. DI MARTINO, *Il rinnovamento delle competenze nell'amministrazione digitale*, in *Rivista di Digital Politics*, 2022, 1-2, 94 affermano che: "In questa traiettoria «lunga» di ripensamento dell'amministrazione che ne ha segnato il passaggio da un modello autoritativo ad un modello reticolare e partecipato, persino nel segno della demarchia per taluno, e la progressiva identificazione del cittadino da amministrato in utente dei servizi erogati dalla P.A., la digitalizzazione va riguardata come una delle vesti più di recente assunta dalla esigenza semplificatrice, nella prospettiva della fruizione e del godimento dei servizi da parte dei cittadini".

L'uso di tali strumenti non può, infatti, mai comportare un abbassamento del livello delle tutele garantite dalla legge sul procedimento amministrativo e, in particolare, di quelle sulla individuazione del responsabile del procedimento, sulle garanzie partecipative, sulla cd. non esclusività della decisione algoritmica e sull'obbligo di motivazione.

Per tali motivi il Tar Campania ha accolto il ricorso presentato dal Lamanna. Secondo i giudici partenopei, i provvedimenti adottati dall'Agea non avevano specificato quali fossero le norme interne ovvero le indicazioni della Commissione europea che avrebbero imposto una differente modalità di calcolo per le domande già accolte e finanziate.

D'altra parte, gli atti impugnati non contenevano alcun tipo riferimento all'algoritmo utilizzato, che veniva semplicemente menzionato come il "nuovo algoritmo", in questo modo venendo meno tanto all'obbligo di indicare quale sia stato il meccanismo informatico di decisione impiegato (c.d. conoscibilità), quanto all'obbligo di spiegare il suo funzionamento in termini comprensibili per l'utente non dotato di competenze tecniche (c.d. comprensibilità).

L'assenza dell'obbligo motivazionale frustrava, infatti, le garanzie sottese al pieno esercizio del diritto di difesa da parte del soggetto inciso dal provvedimento, nonché al pieno sindacato di legittimità da parte del giudice amministrativo.

Del resto, il procedimento amministrativo si era svolto in violazione delle norme procedurali basilari poste dalla l. n. 241/1990. È stato rilevato il mancato rispetto dell'art. 21 *quinquies* della suddetta legge, poiché i provvedimenti impugnati si erano risolti in revoche implicite delle precedenti determinazioni ed erano stati emanati in assenza dei requisiti a tale scopo richiesti dalla legge (la manifestazione delle ragioni di inopportunità dell'atto da ritirare e la previsione dell'indennizzo per il destinatario).

Oltre alla violazione delle norme della l. 241/1990, è stata riscontrata altresì una violazione *della lex specialis*, in quanto la manovra di ricalcolo della indennità compensativa avrebbe comportato una modifica *ex post* delle regole contenute nell'art. 6 del bando attuativo, nonché illegittime modalità di recupero del credito vantato.

La pronuncia in esame chiarisce, pertanto, i principi sottesi all'amministrazione algoritmica, chiarendo e soppesando numerosi dubbi che erano sorti. Tuttavia, essa non dissipa tutte le perplessità sollevatisi in materia, come l'ambito applicativo degli strumenti di automazione. La sentenza li limita, infatti, ai procedimenti caratterizzati da "bassa discrezionalità".

3. I principi conati dalla giurisprudenza

Negli ultimi anni, tutti gli ambiti economici e sociali sono stati permeati da un'incessante diffusione delle nuove tecnologie intelligenti. Si suole, infatti, discorrere dell'attuazione di una “*quarta rivoluzione industriale*”⁸ o della cd. “*digital transformation*”⁹.

Tale innovazione tecnologica ha influenzato in modo pervasivo e dirompente anche l'attività amministrativa. In particolare, il Codice dell'amministrazione digitale rappresenta un approdo decisivo in tale direzione¹⁰. L'art. 12, comma 1, di tale decreto statuisce, infatti, che “*le pubbliche amministrazioni, nell'organizzare autonomamente la propria attività, utilizzano le tecnologie dell'informazione e della comunicazione per la realizzazione degli obiettivi di efficienza, efficacia, economicità, imparzialità, trasparenza, semplificazione e partecipazione nel rispetto dei principi di uguaglianza e di non discriminazione, nonché per l'effettivo riconoscimento dei diritti dei cittadini e delle imprese*”.

⁸ L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, 2017, 106. D.U. GALETTA, J.G. CORVOLÁN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in www.federalismi.it, 2019 ha coniato la definizione di “Amministrazione 4.0” per descrivere il fenomeno in atto che sta mutando le vesti classiche della P.A.

⁹ Sul punto C. ACOCELLA, *Innovazione tecnologica e innovazione amministrativa. L'automazione delle decisioni nel quadro della riforma della P.A.*, in F. LIGUORI (a cura di), *Il problema amministrativo. Aspetti di una trasformazione tentata*, Napoli, 2021, 187, segnala che: “*I processi che si vengono descrivendo (rivoluzione tecnologica, digitalizzazione, datismo, uso di strumenti di intelligenza artificiale) non producano necessariamente, secondo automatismi, dei benefici; che la loro sempre più pervasiva diffusione non sia da considerare di per sé un bene. Si tratta infatti di semplici “cose del mondo”, che si iscrivono peraltro in percorsi molteplici e non univoci che, come si dirà, ancor di più per questa multipolarità della rivoluzione tecnologica digitale, interrogano la volontà, la quale poi si manifesta imprimendo una curvatura funzionale all'impiego di tali strumenti*”. Con riguardo alla capacità delle amministrazioni pubbliche di regolare i cambiamenti in cui tale innovazione tecnologica si traduce, si veda S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA, *La tecnificazione dell'amministrazione*, in L. FERRARA, D. SORACE (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, Firenze, 2016, 7 ss.: “*Questo ingresso, come è proprio delle innovazioni tecnologiche o se si vuole dei cambiamenti di paradigma, non avviene in virtù di azioni pianificate dalle istituzioni pubbliche. Queste restano necessarie però per tentare di indirizzare tali sviluppi in direzione dell'interesse generale*”.

¹⁰ Invero, C. ACOCELLA, A. DI MARTINO, *op. ult. cit.*, 100 evidenziano che: “*nonostante la disciplina di un apposito codice dell'amministrazione digitale, i numerosi interventi legislativi e le ripetute esortazioni provenienti dal dibattito scientifico ad intraprendere un processo di adeguamento dell'apparato amministrativo alle sfide che presenta il «mondo digitale», si sia ancora lontani, come rimarcato dal rapporto Desi del 2021, dal perseguimento dell'obiettivo*”. Il «Digital economy and society index» del 2021 ha, infatti, collocato l'Italia al 25° posto – sui 27 Stati membri dell'Ue – con riferimento alla presenza di personale dotato delle abilità teorico-applicative necessarie per affrontare la transizione digitale in atto.

Anche l'art. 3 *bis* della legge n. 241/90 promuove l'uso della telematica, sia nei rapporti interni alle pubbliche amministrazioni sia nelle relazioni con i privati, al fine di conseguire "maggiore efficienza".

La dottrina ha, pertanto, elaborato la nozione di "e-government", ossia l'introduzione di modelli decisionali e di forme gestionali innovative, che si avvalgono delle tecnologie informatiche ed elettroniche.

Peraltro, giova rilevare che il crescente interesse del legislatore per la digitalizzazione dell'amministrazione è dovuto anche all'incidenza della normativa comunitaria¹¹, la quale ha evidenziato come il progresso tecnologico possa contribuire alla crescita economica¹².

Tale evoluzione, però, non si è limitata all'uso delle tecnologie di informazione e comunicazione, ma si è spinta, più recentemente, fino all'utilizzo degli algoritmi informatici all'interno dei procedimenti amministrativi¹³.

Nel 2019, il Consiglio di Stato ha tracciato, per la prima volta, i confini tra potere pubblico e l'uso dell'algoritmo robotizzato. Nella sentenza n. 2270/2019, esso ha statuito che l'utilizzo di tali meccanismi deve essere incoraggiato, poiché esso comporta numerosi vantaggi quali, ad esempio, la notevole riduzione della tempistica procedimentale per operazioni meramente ripetitive e prive di discrezionalità, l'esclusione di interferenze dovute a negligenza del funzionario e la conseguente maggior garanzia di imparzialità della decisione automatizzata¹⁴.

¹¹ N. RANGONE, *Intelligenza artificiale e pubbliche amministrazioni: affrontare i numerosi rischi per trarne tutti i vantaggi*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2022, 2, 474 precisa che: "Un importante stimolo all'uso dell'intelligenza artificiale nell'organizzazione e azione amministrativa è svolto dagli incentivi europei di tipo economico (da ultimo il Recovery and Resilience Facility) e non economici che derivano dal confronto delle pratiche in sede internazionale ed europea".

¹² A tal proposito, giova rilevare che il 13 luglio 2021 è stato approvato il Pnr, con cui l'Italia si è impegnata, dinanzi alle istituzioni europee, ad attuare un processo di digitalizzazione, innovazione e sicurezza nella P.A. (Missione 1). Sul punto, si veda M. CARDONE, *Lo Stato digitale nel Pnr – Il rafforzamento delle competenze digitali del personale della PA*, in *www.irpa.eu.*, 2021. B. CAROTTI, *Digitalizzazione della PA e interoperabilità: lo stato dell'arte secondo la Commissione europea*, in *www.irpa.eu.*, 2021.

¹³ In tale contesto, si può richiamare la definizione di intelligenza artificiale offerta dal Consiglio di Stato, per cui il *machine learnig* "crea un sistema che non si limita solo ad applicare le regole software e i parametri preimpostati (come fa invece l'algoritmo "tradizionale") ma, al contrario, elabora costantemente nuovi criteri di inferenza tra dati e assume decisioni efficienti sulla base di tali elaborazioni, secondo un processo di apprendimento automatico" (punto 9.1, Cons. Stato, sez. III, 25 novembre 2021, n. 7891 in *www.giustizia-amministrativa.it*).

¹⁴ R. FERRARA, *Il giudice amministrativo e gli algoritmi. Note estemporanee a margine di un recente dibattito giurisprudenziale*, in *Dir. Amm.*, 2019, 4, 773 ss.

La piena ammissibilità di tali strumenti risponde, infatti, ai canoni di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa (art. 1 l. 241/90), i quali, secondo il principio costituzionale di buon andamento¹⁵ (art. 97 Cost.), impongono alla P.A. il conseguimento dei propri fini con il minor dispendio di mezzi e risorse.

Tuttavia, l'utilizzo di siffatte procedure non può essere motivo di elusione dei principi che conformano l'ordinamento nazionale e che regolano lo svolgersi dell'attività amministrativa.

In particolare, è necessario il rispetto dei principi di trasparenza, di non esclusività del processo decisionale automatizzato e, infine, di non discriminazione algoritmica.

La sentenza del Tar Campania si conforma in parte a tale indirizzo profilatosi e si sofferma sull'osservanza di siffatti principi.

3.1 Il principio di trasparenza

Le Pubbliche Amministrazioni sono tenute a rispettare il principio di trasparenza della decisione automatizzata. Quest'ultima deve essere intesa nelle sue quattro declinazioni di conoscibilità, piena conoscenza, comprensione e controllo¹⁶.

Per tale motivo, i giudici di Palazzo Spada hanno statuito che è, innanzitutto, necessario che l'algoritmo informatico sia conoscibile, secondo una declinazione rafforzata del principio di trasparenza¹⁷.

Ovviamente, però, la mera conoscenza dell'esistenza di un algoritmo non produce in sé nessun effetto se non si è in grado di decifrarne la logica, cioè se non si possa comprendere come tale procedimento metta assieme i dati e, quindi, effettui le valutazioni (che possono essere calcoli, decisioni, predizioni, stime, misure etc.)¹⁸.

¹⁵ Una ricostruzione del principio di buon andamento viene svolta da A. ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*, Padova, 1979.

¹⁶ G. ARENA, *Trasparenza amministrativa*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto amministrativo*, Milano, 2006, 5945 ss.

¹⁷ In tal modo, si attua il passaggio da una forma di trasparenza di tipo proattivo, ossia realizzata mediante la pubblicazione obbligatoria sui siti web di determinati enti dei dati e delle informazioni indicate dalla legge, ad una trasparenza di tipo reattivo, cioè in risposta alle istanze di conoscenza avanzate dagli interessati. Si è, pertanto, invertito il tanto bramato passaggio dal "bisogno" al "diritto" di conoscere, potendosi davvero evocare la nota immagine di Turati della P.A. trasparente come una casa di vetro (F. TURATI, in *Atti del Parlamento italiano. Camera dei deputati*, sess. 1904-1908, 22962).

¹⁸ A. SIMONICINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2019, 1, 78.

Sicché, la formula tecnica, che di fatto rappresenta l'algoritmo, deve poi essere corredata da spiegazioni che la traducano nella regola giuridica ad essa sottesa e che la rendano leggibile e comprensibile, sia per i cittadini che per il giudice¹⁹. Il soggetto interessato deve, infatti, essere messo nelle condizioni di comprendere il modello adottato e la logica insita nello stesso, così come il peso di determinati *input* e la relativa influenza sull'assunzione della decisione finale.

In tal senso si è espresso anche il Tar Campania, laddove ha evidenziato che il principio di conoscibilità comporta che ognuno ha diritto sia a conoscere l'esistenza di processi decisionali automatizzati che lo riguardino, sia a ricevere informazioni significative sulla logica utilizzata, così come previsto dagli artt. 13 e 14 del GDPR (Regolamento 2016/679)²⁰, i quali risultano formulati in maniera generale e, perciò, applicabili sia a decisioni prese da soggetti privati che da soggetti pubblici²¹.

Peraltro, i giudici partenopei hanno richiamato anche l'art. 41 della Carta di Nizza ed il diritto ad una *"good administration"*, laddove hanno affermato che, quando la Pubblica Amministrazione intende adottare una decisione, che può avere effetti avversi su di una persona, essa ha l'obbligo di sentirla prima di agire, di consentirle l'accesso ai suoi archivi e documenti, nonché di motivare le proprie decisioni.

Ne consegue che il Tar Campania ha statuito che la P.A. sia tenuta a motivare il provvedimento²².

Del resto, l'obbligo motivazionale rafforzato, a carico della stessa,

¹⁹ Vedi A. G. OROFINO, *La trasparenza oltre la crisi. Accesso, informatizzazione e controllo civico*, 2020, Bari.

²⁰ Sul tema, in generale, si veda O. SESSO SARTI, *Profilazione e trattamento dei dati personali*, in *Innovazione tecnologica e valore della persona. Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, L. CALIFANO, C. COLAPIETRO (a cura di), Napoli, 2017, 773 ss.

²¹ Secondo A. MASCOLO, *Gli algoritmi amministrativi: la sfida della comprensibilità*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2020, 3, 374: *"L'allocatione più appropriata di tale prerogativa può forse essere rinvenuta non già nell'obbligo di motivazione bensì nell'istituto dell'accesso agli atti ex art. 22, L. n. 241/1990, ove correttamente inteso quale strumento di trasparenza dell'azione amministrativa, finalizzato a rendere pienamente comprensibile al soggetto interessato l'operato dell'amministrazione agente"*.

²² In tal senso, già Cons. Stato, Sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472 in www.giustizia-amministrativa.it, secondo il quale la motivazione deve includere tutti gli elementi rilevanti *"al fine di poter 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 improntato"*.

garantisce il pieno esercizio del diritto di difesa da parte del soggetto inciso dal provvedimento, ai sensi degli artt. 24 e 113 Cost., nonché il pieno sindacato di legittimità da parte del giudice amministrativo²³.

Tuttavia, ci si chiede se siffatto obbligo contraddica la *ratio* di tali strumenti, il cui beneficio è quello della semplificazione.

Al fine di garantire il rispetto del principio di conoscibilità, è poi necessaria la divulgazione del codice sorgente alla base dell'algoritmo. Il linguaggio di programmazione potrebbe, però, non solo risultare illeggibile per i non esperti del settore, ma potrebbe creare difficoltà anche per i più abili conoscitori della materia. La diffusione di un codice incomprensibile ai più potrebbe, dunque, sul piano concreto minare il principio di trasparenza²⁴.

Per tale motivo *“un algoritmo per essere oggetto di un effettivo diritto alla conoscenza ed alla comprensibilità dovrebbe essere, non tanto ragionevole - perché potrebbe comunque produrre decisioni commisurate allo scopo - quanto “razionabile” cioè intellegibile secondo criteri logico-razionali”*²⁵.

Tra l'altro, si potrebbe verificare che il soggetto interessato - per riuscire a decifrare la sequenza binaria del codice algoritmico - debba necessariamente ricorrere alla mediazione di un interprete tecnico. La presenza di quest'ultimo comporterebbe una riconfigurazione del rapporto tra cittadino e amministrazione, che diverrebbe trilatero.

In tale contesto, occorre poi esaminare l'intricato rapporto sussistente tra il principio di trasparenza e il diritto di riservatezza delle imprese produttrici dei sistemi informatici.

Consentire la conoscibilità degli algoritmi informatici vorrebbe dire, infatti, rivelare anche i segreti commerciali delle aziende che producono gli stessi.

Sicché la necessità di rendere edotto il singolo mediante l'accesso a dati, documenti ed informazioni delle autorità pubbliche rinviene il proprio limite nell'opposta esigenza di tutelare il diritto delle imprese alla riservatezza²⁶. Nello specifico, quest'ultima può essere

²³ Così la decisione del TAR. Lazio, sez. III-bis, 27 maggio 2019, n. 6606.

²⁴ A. PAVAN, *Pubblica Amministrazione e Intelligenza artificiale: a che punto siamo?*, in www.altalex.it, 2021.

²⁵ A. SIMONICINI, *op. ult. cit.*, 79.

²⁶ M. SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto amministrativo*, Milano, 2018, 417 afferma che: *“Il diritto alla privacy può essere definito in maniera ampia come diritto a non subire intrusioni nella propria sfera di intimità. La nostra Costituzione non contempla espressamente questo diritto, nonostante lo stesso non fosse ignoto ai giuristi dell'epoca, essendo già stato ampiamente ricostruito*

definita come l'interesse di un soggetto a mantenere il riserbo in ordine a vicende che coinvolgono la sfera personale o economico-patrimoniale del medesimo²⁷.

Essa assurge, pertanto, a strumento posto a presidio della sfera privata del singolo in grado di arginare la divulgazione di dati ed informazioni senza il previo consenso dell'interessato.

Ci si chiede, dunque, se il rispetto del principio di trasparenza sia lesivo delle richieste di riservatezza delle imprese produttrici dei sistemi informatici.

Per la giustizia amministrativa, le esigenze commerciali di queste aziende soccombono di fronte ai fini di trasparenza. Il soggetto interessato deve, infatti, essere sempre messo nelle condizioni di conoscere e comprendere il modello adottato e la logica insita nello stesso. Il legislatore nazionale ha, invece, stabilito, una tutela prevalente del segreto industriale e commerciale dei sistemi decisori automatizzati, ostacolando così il diritto dei lavoratori di accedere al procedimento informatico che li riguarda.

La lett b) dell'art. 26 del D. L. 4 maggio 2023, n. 48 rubricato "*Misure urgenti per l'inclusione sociale e l'accesso al mondo del lavoro*"²⁸ dispone, infatti, che "*gli obblighi informativi di cui al presente articolo non si applicano ai sistemi protetti da segreto industriale e commerciale*"²⁹.

dalla giurisprudenza dei paesi anglosassoni che lo definiva (in negativo) come right to be left alone. Ad ogni modo, il diritto alla riservatezza trova riconoscimento nella Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, la quale afferma che ogni persona ha diritto al rispetto nella vita privata e familiare, del domicilio e della corrispondenza. Il codice della privacy del 2003 intende la riservatezza in una nozione più ristretta rispetto a quella appena fornita, come interesse di un soggetto a controllare il flusso delle informazioni che lo riguardano".

²⁷ Per un'attenta analisi, vedi F. PATRONI GRIFFI, *La trasparenza della pubblica amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza*, in www.federalismi.it, 2013.

²⁸ E. FALLETTI, *Algoritmi: la discriminazione non è uguale per tutti*, in *LavoroDirittiEuropa*, 2023, 2, 9 afferma che: "*Tale disposizione, oltre a presentare dubbi di costituzionalità, in particolare per quel che concerne la tutela dei diritti inviolabili ex art. 2 e al principio di uguaglianza ex art 3 Cost., e contrarietà al diritto dell'Unione Europea, nello specifico dell'art. 22 GDPR, relativo alla conoscibilità delle decisioni automatizzate non soltanto è in controtendenza rispetto al summenzionato autorevole orientamento del Consiglio di Stato, ma introduce una ingiustificata disparità nella disciplina degli effetti discriminatori legati all'uso degli algoritmi. In altri termini: il Legislatore italiano parrebbe considerare il contrasto degli effetti discriminatori legati alle decisioni automatizzate soltanto nel caso in cui tali effetti si manifestino sugli "operatori economici" che partecipano alle gare d'appalto pubbliche, ma non nei confronti dei lavoratori sottoposti alle decisioni automatizzate prodotte dalle piattaforme digitali, come nel caso dei crowdworker".*

²⁹ Tale disposizione risulterebbe in linea con quanto statuito dalla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro mediante piattaforme digitali. Il considerando 33, infatti, afferma che

Dalla lettura della norma, si evince che il diritto di informazione, in capo a lavoratori e ai loro rappresentanti, risulterebbe disapplicato completamente al ricorrere delle condizioni di segretezza previste dalla normativa.

La scelta del legislatore del 2023 è stata, quindi, ancora una volta nel senso di restringere ulteriormente l'ambito applicativo degli obblighi informativi sul c.d. *algorithmic management*.

Tuttavia, quanto meno nel medio periodo, si attendono delle modifiche e nuovi interventi sul punto alla luce del percorso normativo intrapreso dall'Ue sul cd. Regolamento AI.

Il diritto all'informazione e quello alla *privacy* rappresentano, infatti, due interessi di rango primario che, in quanto tali, devono ritenersi entrambi meritevoli di costante e adeguata tutela da parte dell'ordinamento giuridico.

3.2 Il principio di non esclusività del processo decisionale automatizzato e la centralità della “riserva di umanità”

I giudici partenopei hanno rilevato, poi, il ruolo fondamentale, detenuto in tale contesto, dal principio di non esclusività della decisione algoritmica (art. 22 GDPR)³⁰. In particolare, quest'ultimo affida al responsabile del procedimento il compito di controllare, e quindi validare o, al contrario, smentire la decisione automatica³¹. Egli rappresenta, pertanto, l'unico *dominus* del procedimento³², dovendo restare assegnato alle tecnologie informatiche un ruolo meramente strumentale e ausiliario³³.

“Le piattaforme di lavoro digitali non dovrebbero essere tenute a rivelare il funzionamento dettagliato dei loro sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati, compresi gli algoritmi, che possono intaccare i diritti contemplati dalla presente direttiva”.

³⁰ C. ACOCELLA, A. DI MARTINO, *op. ult. cit.*, 108 precisano che: “La transizione digitale non possa essere garantita prevalentemente da uno sviluppo della dotazione di strumenti tecnologici, ma piuttosto costituisca il punto di approdo di una «transizione burocratica», conformata da un serio piano di rafforzamento delle competenze organizzative funzionali a migliorare la capacità amministrativa”.

³¹ A. MASCOLO, *op. ult. cit.*, 367 sostiene che: “Anche quando sono capaci di auto-apprendere, grazie alle tecniche di *machine learning* e *deep learning*, gli algoritmi restano artefatti umani, espressione del progresso tecnico raggiunto in un dato momento storico”.

³² In realtà, occorre distinguere il modello di cd. *machine learning*, in cui l'algoritmo necessita di un *feedback* umano, che lo indirizzi e ne migliori l'impiego, ed il mondo di cd. *deep learning*, in cui si ha la piena autonomia del sistema intelligente.

³³ M. A. SANDULLI, *Cultura e carattere nella formazione. Spunti per una riflessione*, in *Diritto e società*, 2018, 3, 345-356 afferma che: “Saranno le *character skills* dei lavoratori a fare la diffe-

Tale modello di gestione è noto ai programmatori o ai *coders* come “*human in the loop*” (HITL), in cui, per produrre il suo risultato, è necessario che la macchina interagisca con l’essere umano.

Il Consiglio di Stato ha, infatti, rilevato che “*la regola tecnica che governa ciascun algoritmo resta pur sempre una regola amministrativa generale, costruita dall’uomo³⁴ e non dalla macchina, per essere poi (solo) applicata da quest’ultima³⁵, anche se ciò avviene in via esclusiva³⁶*”.

Sicché, la decisione giudiziaria non può basarsi esclusivamente sull’algoritmo; quest’ultimo può piuttosto supportare la decisione – fornendo predizioni - ma mai sostituirla.

Un algoritmo può, pertanto, essere usato legittimamente solo se rimane “*servente*” rispetto all’attività “*dianoetica*” del funzionario³⁷.

La riserva umana rappresenta, dunque, un presidio fondamentale, che resta però indeterminato nella sua dimensione attuativa.

Gli interrogativi che si pongono sono numerosi, tra questi, non solo quanto intervento umano vada assicurato, ma soprattutto come evitare che il decisore finale si appiattisca sulle risultanze istruttorie elaborate da sistemi di intelligenza artificiale, che si tratti di un funzionario richiesto di una licenza o di un ispettore chiamato a valutare quale impresa sottoporre a controllo³⁸.

Del resto, la tutela dell’intervento umano può essere falsata dalla presenza di *bias* cognitivi, che implementano ovvero esacerbano l’utilizzo degli algoritmi³⁹.

renza nell’applicazione degli strumenti tecnici in continuo sviluppo”.

³⁴ A. PAJINO, *L’uso dell’intelligenza artificiale nel processo tra problemi nuovi e questioni antiche*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2022, 1, 208 sostiene che: “*La decisione basata su algoritmi è, pur sempre, una decisione umana e quella che può essere definita l’insopprimibile soggettività sta proprio nella costruzione e selezione dei dati, siano essi atti normativi, precedenti giurisprudenziali, fatti raccontati dalle parti, dal momento che è proprio questa “costruzione” della realtà che consente di percepirla*”.

³⁵ A. MASCOLO, *op. ult. cit.*, precisa che: “*Occorre, infatti, tenere presente che la formulazione matematica della regola amministrativa non consiste in una mera operazione di traduzione da una lingua all’altra, ma comporta un duplice passaggio logico e sintattico: la normalizzazione del testo giuridico in un ragionamento informatico e la sua traduzione in un linguaggio binario leggibile dalla macchina*”.

³⁶ Cons. Stato, Sez. V, 8 aprile 2019, n. 2270. In senso analogo, T.A.R. Lazio, Sez. III ter, 10 settembre 2018, n. 9224, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui: “*Alcuna complessità o ampiezza, in termini di numero di soggetti coinvolti ed ambiti territoriali interessati, di una procedura amministrativa, può legittimare la sua devoluzione ad un meccanismo informatico o matematico del tutto impersonale e orfano di capacità valutazionali delle singole fattispecie concrete, tipiche invece della tradizionale e garantistica istruttoria procedimentale che deve informare l’attività amministrativa*”.

³⁷ A. SIMONICINI, *op. ult. cit.*, 77.

³⁸ N. RANGONE, *op. ult. cit.* 484.

³⁹ G. BUONO, *op. ult. cit.*, afferma che: “*Nel mettere insieme esperti di dominio fiscale, piuttosto*

Al fine di assicurare l'effettivo controllo del funzionario sulla decisione algoritmica, sarebbe dunque auspicabile una precisa regolamentazione giuridica anche del procedimento di traduzione della regola amministrativa nel codice macchina⁴⁰.

Tale scelta avrebbe rilevanti benefici anche sotto il profilo della responsabilità, che è necessariamente riferita al funzionario titolare dell'organo. Quest'ultimo deve, infatti, essere in grado di comprendere il sistema sotteso all'algoritmo informatico.

Invero, il tema della responsabilità, con riguardo al caso specifico degli algoritmi informatici, non trova ancora un compiuto sviluppo nella giurisprudenza.

Come evidenziato dalla Carta della Robotica, approvata nel febbraio del 2017 dal Parlamento Europeo, *“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”*^{41 42}.

In tal senso, si è espresso anche il Consiglio di Stato, il quale ha sostenuto che, *“al fine di applicare le norme generali e tradizionali in tema di imputabilità e responsabilità, occorre garantire la riferibilità della decisione finale all'autorità ed all'organo competente in base alla legge attributiva del potere”*⁴³.

Tale assunto si basa sul noto principio di immedesimazione organica, in virtù del quale si attribuiscono direttamente alla persona giuridica gli

che informatici statistici, esperti di protezione dei dati e giuristi, è chiaro che ci dev'essere un coordinamento che ha il compito di orchestrare queste competenze verso un risultato concreto. Questa affermazione sembra banale, ma è importante, perché l'ambito dell'intelligenza artificiale può essere un ambito in cui soprattutto i tecnici specializzati possono essere propensi verso algoritmi molto sofisticati, oppure possono essere tentati di sperimentare algoritmi nuovi in un ambito in cui le tecnologie e le metodologie e le tipologie di algoritmi sono molto variegati e si aggiornano in continuazione”.

⁴⁰ La necessità di un controllo amministrativo di tipo “bifasico” era già stata espressa da A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, Napoli, 1993, 104.

⁴¹ P8TA (2017) 0051 Norme di diritto civile sulla robotica, Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica (2015/2103(INI)).

⁴² Nel marzo 2018, l'AgID ha pubblicato il Libro bianco sull'Intelligenza artificiale al servizio del cittadino, in cui ha affermato che sia laddove tali algoritmi agiscano come “assistenti di esseri umani”, sia come soggetti autonomi, l'intelligenza artificiale “genera degli effetti sulla vita delle persone in relazione ai quali è necessario poter configurare una responsabilità giuridica”. Vedi Libro bianco sull'Intelligenza artificiale al servizio del cittadino, marzo 2018, pubblicato in <https://ia.italia.it/assets/librobianco.pdf>.

⁴³ Cons. Stato, Sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881, punto 10.6.

atti ed i relativi effetti nonché, più in generale, l'attività dei suoi organi. Ne consegue che, secondo parte della dottrina, la decisione algoritmica non può che essere imputata al funzionario amministrativo.

Del resto, la dimostrazione che la decisione lesiva sia stata presa unicamente sulla base di un algoritmo si traduce molto spesso in una *probatio diabolica*: per quanto il funzionario amministrativo possa sostenere che, nella decisione, si è semplicemente avvalso dell'algoritmo, è pur sempre vero che egli abbia aderito alla valutazione effettuata dallo strumento automatizzato.

Per tale motivo, *si dovrebbe ritenere rispettato il principio di non esclusività solo quando il decisore umano è in grado, comunque, di esprimere una propria motivazione che giustifichi l'adesione alla valutazione effettuata dall'algoritmo o quantomeno di dare informazioni sulla logica utilizzata*⁴⁴.

Al contempo, ritenere responsabile un funzionario pubblico per aver privilegiato una strada che avrebbe dovuto garantire una maggiore effettività del pubblico interesse (ancorché questo sia tutelato a monte dal legislatore), nonché una maggiore efficienza ed economicità del procedimento amministrativo risulta estremamente problematico dal punto di vista dell'elemento soggettivo.

L'adesione a tale orientamento celerebbe, nondimeno, anche il rischio di generare nel personale una certa paura di amministrare per non incorrere in profili di responsabilità per danni causati da uno strumento informatico⁴⁵.

D'altronde, non solo la P.A. è tenuta a selezionare e verificare *ex ante* gli algoritmi, ma anche il giudice deve compiere valutazioni e accertamenti sulla correttezza del processo automatizzato in tutte le sue componenti⁴⁶.

⁴⁴ A. SIMONICINI, *op. ult. cit.*, 81.

⁴⁵ In dottrina, si è discusso circa la natura di siffatta responsabilità. Un primo orientamento ha qualificato la stessa come oggettiva, riconducendola nell'ambito dell'art. 2050 c.c. inerente all'esercizio delle attività pericolose o dell'art. 2051 c.c. In tal modo, si permetterebbe un ribaltamento dei carichi probatori a favore del danneggiato, il quale dovrebbe dimostrare la condotta, il danno e il nesso causale tra questi due elementi. Spetterebbe, invece, al danneggiante provare di aver adottato qualsiasi misura volta ad evitare il danno.

Nei casi in cui si riesca, invece, a desumere la sussistenza di un intervento umano nella dinamica automatizzata che conduce all'adozione il provvedimento finale, il modello di responsabilità invocabile sarebbe essere quello delineato dall'articolo 2043 c.c., con la conseguenza di onerare il danneggiato della dimostrazione di tutti gli elementi tipici dell'illecito extra contrattuale, incluso quello soggettivo.

⁴⁶ A. PAVAN, *op. ult. cit.*

È fuor di dubbio, infatti, che ad egli compete il potere di esaminare e validare la decisione robotica adottata. Tuttavia, ci si chiede se l'autorità giudiziaria sia titolare di un sindacato forte o debole.

Ci si domanda, infatti, se al giudice amministrativo sia consentita la sola verifica dell'*iter* logico seguito dall'amministrazione o se, viceversa, lo stesso possa spingersi fino a valutare la correttezza dei criteri tecnici e del metodo applicativo seguito, se del caso sostituendo a quello dell'amministrazione il proprio giudizio tecnico.

A tal proposito, la giurisprudenza amministrativa ha affermato che l'autorità giudiziaria ha il potere di controllare i criteri utilizzati, il meccanismo adottato e l'esito finale della procedura. Chiaramente un sindacato così profondo, che viene fatto da contraltare all'apertura a questi innovativi sistemi di decisione amministrativa, pone un problema in riferimento alle decisioni discrezionali: il giudice amministrativo, per tali tipologie di attività, non potrà entrare nel merito dell'adozione dei criteri, a meno che essi non siano irragionevoli e discriminatori.

Le indicate criticità si riverberano, dunque, sulla valutazione di legittimità della decisione amministrativa che l'autorità giudiziaria è chiamata ad effettuare.

3.3. La non discriminazione algoritmica come declinazione dell'amministrazione imparziale

L'utilizzo di tali strumenti non può, poi, essere motivo di elusione del principio di non discriminazione algoritmica⁴⁷. In particolare, quest'ultimo prescrive che il titolare debba mettere in atto misure tecniche e organizzative adeguate al fine di impedire effetti discriminatori nei confronti delle persone sottoposte a siffatte operazioni⁴⁸. La corretta impostazione di un algoritmo può, infatti, dare risposte

⁴⁷ Reg. GDPR considerando n. 71 dispone che: *“Tenendo in considerazione le circostanze ed il contesto specifici in cui i dati personali sono trattati, è opportuno che il titolare del trattamento utilizzi procedure matematiche o statistiche appropriate per la profilazione, metta in atto misure tecniche e organizzative adeguate al fine di garantire, in particolare, che siano rettificati i fattori che comportano inaspettate 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 nei confronti di persone fisiche sulla base della razza o dell'origine etnica, delle opinioni politiche, della religione o delle convinzioni personali, dell'appartenenza sindacale, dello status genetico, dello stato di salute o dell'orientamento sessuale, ovvero che comportano misure aventi tali effetti”*.

⁴⁸ In tema, si veda F. COSTANTINO, *Rischi o opportunità del ricorso delle amministrazioni alle predizioni dei big data*, in *Diritto pubblico*, 2019, 1, 43 ss.

più “certe” del giudice umano e, soprattutto, una volta che sia condivisa, può dare soluzioni uniformi a domande analoghe.⁴⁹

Del resto, la gestione informatizzata di procedure seriali o standardizzate, dalle quali esulerebbe ogni residua potestà di apprezzamento discrezionale, permetterebbe una reale semplificazione amministrativa, contribuendo soprattutto ad arginare la corruzione delle amministrazioni pubbliche in piena sintonia con i principi di imparzialità e di buon andamento di cui all’art. 97 Cost.⁵⁰

Tuttavia, se da un lato, l’uso di tali modalità consente di ridurre discriminazioni ingiustificate in situazioni identiche, dall’altro lato, esso può essere il veicolo attraverso il quale sono perpetrate “*le storture e le imperfezioni che caratterizzano tipicamente i processi cognitivi e le scelte compiute dagli esseri umani*”⁵¹.

D’altronde, si può verificare che, durante tali fasi, il *software* incorpori i valori e i pregiudizi (i c.d. “bias”) dei programmatori che hanno costruito l’algoritmo o anche - nel caso di sistemi dotati di *machine learning* - dei pregiudizi insiti nei dati utilizzati dal programma per allenarsi⁵².

Questo accade quando l’algoritmo predittivo è costruito su un *set* di dati che è già in partenza discriminatorio. È il principio noto tra i data scientists come GIGO – “*garbage in garbage out*” – per cui un algoritmo non può che riflettere la qualità dei dati su cui è costruito. In questi casi, come afferma il GDPR, occorrerebbe rettificare i dati in “ingresso” per evitare effetti discriminatori nell’*output* decisionale; *operazione questa che richiede evidentemente la necessaria cooperazione di chi istruisce le macchine che producono tali decisioni*⁵³.

Il rischio paventato è, poi, che la P.A., nell’attuare il principio di non discriminazione algoritmica, possa diventare addirittura neutrale⁵⁴. Si ricordi, infatti, che essa è chiamata a perseguire, nell’esercizio dell’attività cui è preposta, lo specifico interesse pubblico affidatole,

⁴⁹ F. PATRONI GRIFFI, *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2018.

⁵⁰ R. FERRARA, *Il giudice amministrativo e gli algoritmi. Note estemporanee a margine di un recente dibattito giurisprudenziale*, in *Dir. Amm.*, 2019, 4, 773 e ss.

⁵¹ Cons. Stato, Sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472 in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵² A. MASCOLO, *op. ult. cit.*, 370.

⁵³ A. SIMONICINI, *op. ult. cit.*, 86.

⁵⁴ In senso contrario A. MASCOLO, *op. ult. cit.*, 367: “Proprio la contestualizzazione storica degli algoritmi consente di rimetterne in discussione la supposta neutralità ed efficienza in termini assoluti: se la sfera tecnica è necessariamente intrecciata con la sfera sociale, allora anche un artefatto tecnologico non è mai veramente neutro, né tanto meno naturale”

tenendo però conto degli altri interessi presenti nella vicenda. La neutralità, invece, indica l'indifferenza di un'autorità rispetto agli interessi che è chiamata a regolare e comporre.

Invero, secondo parte della dottrina, lo sviluppo del *software* non può definirsi quale sintomo neutralità⁵⁵, poiché ogni qualvolta il programmatore presceglie una specifica decisione - anche quando si tratta soltanto di una soluzione tecnica - compie delle scelte. Queste ultime, pertanto, restano cristallizzate nel *software* e vengono e replicate dal programma nel suo successivo funzionamento.

Per pervenire ad una decisione, è infatti necessario che i dati, alla base degli algoritmi, siano selezionati e filtrati.

Nonostante i riconosciuti vantaggi che l'algoritmo comporti, non si deve infatti giungere ad obliterare la funzione di garanzia del procedimento amministrativo. Il dubbio non è, pertanto, se tale modulo organizzativo possa perseguire l'interesse pubblico, giacché la risposta può essere certamente positiva, piuttosto è se lo stesso garantisca sempre una tutela adeguata al cittadino.

4. Il nodo della discrezionalità quale area di ricorso all'automazione

Negli anni, ci si è interrogati circa la possibilità di estendere l'impiego di tali strumenti di intelligenza artificiale non solo ai casi di attività vincolata⁵⁶, ma anche ai procedimenti connotati da un più o meno ampio margine di discrezionalità⁵⁷.

Inizialmente si evidenziava che l'utilità di tale modalità operativa di

⁵⁵ In tal senso, si esprime anche A. PAJINO, *op. ult. cit.*, 207, il quale riprende il pensiero di A. CARCATERRA, *Machinae autonomae et decisionis roboticae*, in A. CARLEO (a cura di), *Decisione robotica*, 33 ss.: "Il dato che viene processato dall'algoritmo è, pertanto, non solo il frutto di una (inevitabile) opzione soggettiva, ma anche (e soprattutto) il frutto di un processo di impoverimento della realtà, posta in essere attraverso la digitalizzazione e cioè attraverso la sua riduzione ad un elenco finito di informazioni numeriche".

⁵⁶ Invero, S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 1995, 433, nel ritenere l'attività vincolata come una ipotesi di scuola, afferma che: "L'attività amministrativa è solo attività discrezionale, alcuni momenti della quale sono vincolati".

⁵⁷ La discrezionalità amministrativa consiste nel "potere di scegliere i mezzi per raggiungere fini eterodeterminati" dalla legge. "La discrezionalità (può) riguardare l'an, il quando, il quomodo, cioè (può) consistere nel decidere se, in quale momento ed in quale modo agire"; così, ad esempio, D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche: una introduzione*, Bologna, 2014, 357-358. S. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enciclopedia Giuridica*, 1964, 65 ss. afferma che la discrezionalità amministrativa è "lo spazio di scelta che residua allorché la normativa di azione non predetermina in modo completo tutti i comportamenti dell'amministrazione".

gestione dell'interesse pubblico era particolarmente evidente con riferimento alle procedure seriali o standardizzate, implicanti l'elaborazione di ingenti quantità di istanze, nonché connotate dall'assenza di ogni apprezzamento discrezionale.

In particolare parte della dottrina ha rilevato come il metodo algoritmico si ponga in contrasto con l'idea stessa di discrezionalità, la quale è volta a consentire, in situazioni complesse o aree sensibili, l'adozione di una decisione adattata alle specifiche circostanze del caso concreto⁵⁸.

Secondo tale orientamento l'attività discrezionale, implicando la sequenza «norma-fatto-potere giuridico-effetto», presuppone un apprezzamento e una valutazione comparativa di più interessi, il cui svolgimento non può in alcun modo essere affidato ad una macchina.

Ex adverso, un divergente indirizzo dottrinario ha evidenziato che tali strumenti possono essere anche adoperati nei procedimenti discrezionali, giacché comportano vantaggi in termini di trasparenza informatica, riduzione delle disparità di trattamento, ampliamento della partecipazione dei soggetti interessati, nonché di certezza nell'applicazione del diritto⁵⁹.

La discrezionalità sarebbe, infatti, nel criterio adottato e non nell'algoritmo in sé. Essa è, quindi, a monte nell'individuazione dei parametri da utilizzare e nella decisione stessa di fare ricorso all'elaborazione elettronica per la definizione del contenuto dell'atto.

Al fine di sopperire siffatti dubbi, è intervenuto il Consiglio di Stato⁶⁰, stabilendo che non vi è alcuna preclusione di principio all'impiego di siffatta modalità operativa anche per lo svolgimento di attività connotate da un margine di discrezionalità⁶¹, purché però siano rispettati i principi di conoscibilità, non discriminazione e non

⁵⁸ A. MASCOLO, *op. ult. cit.*, 368. In tal senso, vedi anche G.M. ESPOSITO, *Al confine tra algoritmo e discrezionalità. Il pilota automatico tra procedimento e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 1, 39 ss.

⁵⁹ I. FORGIONE, *Il caso dell'accesso al software MIUR per l'assegnazione dei docenti*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2018, 5, 660.

⁶⁰ Cons. Stato, Sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472 e Cons. Stato, Sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881 in www.giustizia-amministrativa.it.

⁶¹ TAR Lazio, Sez. III bis, 10 settembre 2018 n. 9230 in www.giustizia-amministrativa.it it statuisce che: "Se il ricorso agli strumenti informatici può apparire di più semplice utilizzo in relazione alla c.d. attività vincolata, nulla vieta che i medesimi fini predetti, perseguiti con il ricorso all'algoritmo informatico, possano perseguirsi anche in relazione ad attività connotata da ambiti di discrezionalità".

esclusività del processo decisionale automatizzato.

Sia l'attività vincolata che quella discrezionale sono, infatti, espressione di attività autoritativa svolta nel perseguimento del pubblico interesse.

Di talché, l'estensione dell'ambito applicativo è volta al perseguimento di uno scopo nell'ottica di una lettura efficientista.

Tuttavia, tale orientamento non è risultato esente da perplessità. Nello specifico, secondo alcuni, l'interpretazione estensiva del Consiglio di Stato non garantirebbe sempre le tutele procedurali che solo l'apporto umano può fornire attraverso il suo bilanciamento degli interessi.

In tal senso, si sono espressi anche i giudici partenopei, affermando che il ricorso alla funzione algoritmica può essere esperito solo nei procedimenti seriali, o in quelli caratterizzate da "bassa discrezionalità".

In tale contesto, essi hanno chiarito che gli strumenti informatici in esame possano essere utilizzati nei procedimenti connotati da discrezionalità tecnica⁶², a condizione che si rispettino determinati requisiti, derivanti sia dai principi di diritto interno che dalle norme del diritto europeo⁶³.

Tale lettura sembrerebbe condivisibile solo laddove si ammetta che tale potere di valutazione tecnica non implichi né valutazioni e ponderazioni degli interessi, né tantomeno possibilità di scelta⁶⁴ alla stregua di esse⁶⁵.

⁶²

⁶³ Secondo il Tar Campania in esame: *"Il ricorso all'algoritmo, in funzione integrativa e servente della decisione umana, ovvero anche in funzione parzialmente decisionale nei procedimenti a basso tasso di discrezionalità, non può mai comportare un abbassamento del livello delle tutele garantite dalla legge sul procedimento amministrativo, ed in particolare di quelle sulla individuazione del responsabile del procedimento, sull'obbligo di motivazione, sulle garanzie partecipative, e sulla cd. non esclusività della decisione algoritmica"*.

⁶⁴ Si ricordi che M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1939 ha rilevato che la discrezionalità tecnica si chiama così per un errore storico. Essa, infatti, si riferisce ad un momento conoscitivo e implica solo giudizio e non una scelta. La discrezionalità pura, invece, si riferisce ad una potestà e implica giudizio e volontà insieme.

⁶⁵ A. DI MARTINO, *Intelligenza artificiale, garanzie dei privati e decisioni amministrative: l'apporto umano è ancora necessario? Riflessioni a margine di Consiglio di Stato 8 aprile 2019 n. 2270*, in *European Law Journal*, 2019, 2, 54: *"Gli strumenti di intelligenza artificiale sono applicabili, in primo luogo, in quei casi in cui emerge un graduale esaurimento del potere discrezionale - che coincidono, nella sostanza, con i casi di attività vincolata - e, in secondo luogo, quando la tecnica incide sensibilmente sulla scelta da compiere. Dunque, pare ad oggi poco verosimile ritenere che gli strumenti*

In realtà l'approccio del T.A.R. Campania è sorprendente, giacché l'indirizzo del Consiglio di Stato, oltre ad apparire estremamente solido, risultava più al passo con la progressiva evoluzione delle nuove tecnologie.

Tuttavia la sentenza dei giudici partenopei deve essere nell'ottica di fornire una maggiore garanzia al cittadino nel rapporto con la P.A. Attualmente, pertanto, non si discute più sull'ammissibilità di tali strumenti all'interno del procedimento amministrativo, bensì sulle condizioni di operatività degli stessi.

Peraltro, fino ad oggi, la maggior parte delle decisioni relative al rapporto tra algoritmi e procedimento amministrativo sono state rese su contenziosi verificati nel contesto del pubblico impiego. La pronuncia del TAR partenopeo qui presa in esame, invece, matura in tutt'altra materia, giacché essa ha ad oggetto la domanda di annullamento di due provvedimenti adottati dall'Agenzia per le erogazioni in agricoltura. Si evince, dunque, come si stia gradualmente ampliando l'ambito applicativo di tali moduli informatici.

5. Conclusioni

L'utilizzo dell'algoritmo informatico comporta numerosi vantaggi, quali la contrazione delle tempistiche e delle quantità di risorse impiegate, l'esclusione di interferenze dovute a negligenza del funzionario e la conseguente maggior garanzia di imparzialità della decisione automatizzata. Tuttavia, il ricorso alla tecnologia, in grado di sostituirsi all'attività umana, non può mai giustificare l'elusione delle tutele riconosciute dalla legge. Per tale motivo, ci si interroga circa la latitudine applicativa e i limiti di tali procedure informatiche. In particolare, secondo parte della dottrina, tali strumenti automatizzati sono frutto di asettici calcoli razionali basati su dati e, dunque, incompatibili con i principi sottesi al procedimento amministrativo. La P.A. si deve, infatti, sempre porre in un rapporto di interlocuzione con l'interessato⁶⁶.

di intelligenza artificiale possano essere applicati nei procedimenti di matrice discrezionale. Tali strumenti sono senz'altro - ed esclusivamente - applicabili a casi nei quali l'interesse pubblico prevalente sia stato predeterminato a monte ed il procedimento non consenta margini di scelta tra le eventuali soluzioni possibili e valide per l'ordinamento".

⁶⁶ A. DI MARTINO, *Tecnica e potere nell'amministrazione per algoritmi*, Napoli, 2023, 202, afferma che si potrebbe sostenere che: "un procedimento automatizzato, carente (anche) di un momento partecipativo, oltre a prestare il fianco a profili di illegittimità derivanti dalla violazione di regole procedurali [...] si ponga in un più generale e censurabile contrasto con il corretto esercizio

A tal proposito, la Corte costituzionale⁶⁷ ha affermato che il procedimento amministrativo costituisce il luogo elettivo di composizione degli interessi, in quanto è in tale sede che avviene la valutazione sincronica degli interessi pubblici con quelli di cui sono titolari i singoli cittadini, e che trovano nei principi costituzionali la loro previsione e tutela. Peraltro, tale temperamento è garantito anche da numerose previsioni contenute in diverse disposizioni della l. n. 241/1990 (es. artt. 7, 9, 10 *bis*).

L'adozione di tali algoritmi, per quanto comporti dei vantaggi, potrebbe dunque rappresentare un ritorno al passato.

Per tale ragione, il Consiglio di Stato nonché il Tar Campania, nonostante abbiano riconosciuto l'ammissibilità di tali strumenti, hanno, al contempo, statuito che gli stessi siano assoggettati alle medesime regole che presiedono l'azione amministrativa a garanzia dei cittadini, tra cui la trasparenza, il principio di non esclusività del processo decisionale automatizzato e quello di non discriminazione algoritmica. Tali garanzie devono, infatti, consentire la sindacabilità dei criteri di funzionamento del procedimento digitale e la verifica della loro conformità rispetto alle finalità stabilite dalla legge.

D'altronde, il ricorso ad algoritmi informatici, nell'assunzione delle decisioni amministrative, pone sotto i riflettori la tenuta del principio di legalità allorché si verifichi una diminuzione delle garanzie poste a presidio della partecipazione procedimentale e della controllabilità anche successiva del potere esercitato⁶⁸.

In tale contesto, si riconosce l'importanza della pronuncia dal giudi-

della funzione amministrativa per il fatto che l'istruttoria interamente automatizzata non consente una completa indagine sull'interesse pubblico da perseguire in concreto".

⁶⁷ Corte cost., 5 aprile 2018, n. 69.

⁶⁸ Sul punto C. ACOCELLA, *Innovazione tecnologica cit.*, segnala che "È un fatto che, ove le condizioni di legalità appaiono rintracciabili esclusivamente in disposizioni che non prendono in considerazione in maniera espressa l'intervento di agenti artificiali nel processo decisionale, debba farsi riferimento a quelle norme attributive del potere (indirizzate ad un apparato amministrativo classicamente inteso), restando dunque il nodo di come declinare, dinanzi a forme più o meno automatizzate di decisioni, il riconoscimento e la tutela delle garanzie di cui si diceva, nodo non sciolto in sede normativa, e da sciogliere dunque in altra sede. In questo senso si pone sicuramente un tema di integrazione e integrabilità del panorama normativo esistente "utile" alla disciplina del potere di ricorrere a forme di elaborazione elettronica della decisione amministrativa, e cioè la prospettiva di far dialogare e "doppiare" le norme di conferimento di poteri di decisione per così dire tradizionali con (corrispondenti) norme attributive di poteri di decisione automatizzata, che declinino in maniera espressa in queste peculiari ipotesi l'esercizio del potere di decidere in forme democraticamente accettabili.

ce partenopeo, la quale ha contribuito a portare nuova linfa ad una materia tanto complessa.

Il Tar Campania ha, innanzitutto, rilevato la necessità di un obbligo di motivazione “rafforzato” nei procedimenti che adottano l’uso di algoritmi informatici.

La motivazione deve, infatti, includere tutti gli elementi rilevanti al fine di poter 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 e affinché siano chiare - e conseguentemente sindacabili - le modalità e le regole in base alle quali esso è stato improntato.

La sentenza in esame risulta, poi, essere di grande interesse anche in riferimento all’ambito applicativo degli algoritmi informatici.

A differenza del previgente e più ampio indirizzo del Consiglio di Stato, essa delimita infatti il ricorso agli strumenti artificiali ai soli procedimenti seriali o a quelli caratterizzati da “bassa discrezionalità”.

Nei procedimenti connotati invece da discrezionalità tecnica, gli algoritmi informatici possono essere utilizzati purché si rispettino determinati requisiti, derivanti sia dai principi di diritto interno che dalle norme del diritto europeo.

Si è passati, quindi, da una chiusura netta verso questo modulo organizzativo ad una apertura, alla luce dei benefici che esso può comportare. Tuttavia, *manca una chiara indicazione dei procedimenti interessati, delle tecnologie utilizzate, dei criteri in base ai quali ci si è rivolti al mercato invece di produrre internamente l'algoritmo, delle ragioni dell'utilizzo, dell'impostazione o meno di un monitoraggio del funzionamento e dei relativi esiti*⁶⁹.

Peraltro, occorre rilevare che, nel medio periodo, la normativa vigente subirà delle modifiche alla luce del percorso normativo intrapreso dall’Ue sul cd. Regolamento AI.

Il Parlamento europeo si è, infatti, prefissato di regolamentare l’intelligenza artificiale al fine di garantire migliori condizioni per lo sviluppo e l’uso di questa innovativa tecnologia.

*‘Lo scopo del presente regolamento è promuovere la diffusione di un’intelligenza artificiale antropocentrica e affidabile e garantire un livello elevato di protezione della salute, della sicurezza, dei diritti fondamentali, della democrazia e dello Stato di diritto, nonché dell’ambiente, dagli effetti nocivi dei sistemi di intelligenza artificiale nell’Unione, sostenendo nel contempo l’innovazione e migliorando il funzionamento del mercato interno*⁷⁰.

⁶⁹ N. RANGONE, *op. ult. cit.*, 482.

⁷⁰ Questo è quanto è riportato dall’IA Act, nella versione recentemente approvata dal

Nell'aprile 2021, la Commissione europea ha, così, proposto il primo quadro giuridico sull'IA, con il quale ha disposto che i sistemi di intelligenza artificiale, utilizzabili in diverse applicazioni, siano analizzati e classificati in base al rischio che rappresentano per gli utenti. I diversi livelli di rischio comporteranno, poi, una maggiore o minore regolamentazione.

Il legislatore europeo ha, dunque, scelto un approccio orizzontale e non settoriale, costruito su una nuova definizione di «sistema di IA» e basato sul rischio.

Trattandosi di un regolamento, queste norme si applicheranno in modo uniforme e diretto in tutti gli Stati membri, senza necessità di leggi di recepimento nazionali.

Sicché, si attende l'entrata in vigore dell'*Artificial Intelligence Act* per verificare le ricadute applicative dello stesso nel nostro ordinamento.

Vi è, in particolare, da chiedersi se le tutele tradizionali, seppure rafforzate, possano ritenersi sufficienti, o se non debba immaginarsi un nuovo diritto amministrativo dello Stato digitale⁷¹.

Di fronte allo scenario appena descritto, desta preoccupazione il ritardo del Legislatore nel recepire, dal punto di vista normativo, in modo completo le novità della rivoluzione digitale⁷².

La domanda che ci si pone è, dunque, se la P.A. sia davvero pronta ad affrontare le imminenti sfide del cambiamento attuale, sfruttando i benefici offerti dalle tecnologie.

Parlamento Europeo in www.europarl.europa.eu

⁷¹ L. TORCHIA, *Lo Stato digitale e il diritto amministrativo*, in *Liber amicorum*, dedicato a M. D'Alberty, Torino, 2022. A. PAJINO, *op. ult. cit.*, 207 afferma che "Principi generali, decisioni per valori, concetti giuridici indeterminati e la stessa discrezionalità del giudice militerebbero, così, non a favore della calcolabilità giuridica, ma di un "diritto incalcolabile", in quanto fondato sulla libertà e sulla responsabilità dell'interprete: un diritto che, proprio perché fa parte della storia, sarebbe oggetto non di computazione ma di inventio, di ritrovamento nelle pieghe della storia e della dinamica della vita sociale".

⁷² N. RANGONE, *op. ult. cit.*, 487, consiglia di intervenire su più livelli, uno normativo generale e uno di singola amministrazione.