

Diritto amministrativo

RIVISTA TRIMESTRALE

ANNO XXVIII - FASCICOLO 2 - 2020

2/2020

In questo numero:

Intelligenza artificiale
Principi d'amministrazione



GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

Roberto Cavallo Perin

**RAGIONANDO COME SE LA
DIGITALIZZAZIONE FOSSE DATA**

Estratto

RAGIONANDO COME SE LA DIGITALIZZAZIONE FOSSE DATA

SOMMARIO: 1. L'atto amministrativo informatico e poi digitale tra problemi e riconoscimenti. — 2. L'algoritmo nella definizione della validità degli atti amministrativi tra interpretazione e discrezionalità. — 3. In particolare la questione del difetto di motivazione e dell'opacità dell'algoritmo. — 4. Base legale dell'atto algoritmico e partecipazione degli interessati. — 5. Indirizzo politico, imparzialità e sistematicità delle decisioni. — 6. Sindacato giurisdizionale e correzione procedimentale dell'algoritmo. — 7. Rapidità e conservazione negli algoritmi: il ruolo innovativo dell'intelligenza umana.

1. *L'atto amministrativo informatico e poi digitale tra problemi e riconoscimenti.* — L'irrompere di riflessioni sulla digitalizzazione dell'amministrare paiono relegare ad anni ormai lontani i primi entusiastici studi degli anni settanta sull'atto elettronico e poi su quello informatico ¹, un tempo così rilevante che dovrebbe indurre ciascuno ad un atteggiamento di maggiore distacco ² verso chi con paura e chi con entusiasmo ci ricorda che è imminente l'automazione della pubblica amministrazione.

Le considerazioni sui pregi e sui difetti dell'automazione nella pub-

¹ G. DUNI, *L'utilizzabilità delle tecniche elettroniche nell'emanazione degli atti e nei procedimenti amministrativi. Spunto per una teoria dell'atto amministrativo emanato nella forma elettronica*, in *Riv. amm. Pubbl. It.*, 1978, 407; A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico: primi lineamenti di una ricostruzione*, Jovene, 1993.

² *La tecnificazione*, a cura di S. Civitaresè Matteucci e L. Torchia, in *A 150 anni dall'Unificazione amministrativa italiana*, a cura di L. Ferrara e D. Sorace, vol. IV, Firenze University Press, 2016.

blica amministrazione se possono avvertire su taluni fenomeni che derivano da una determinata innovazione, non possono essere d'aiuto all'incedere della disamina teorica, poiché attengono più alla descrizione che all'impatto teorico che una certa innovazione tecnologica ha avuto e possa avere sull'assetto di un determinato settore scientifico.

Certo occorre ammettere che trattasi di argomentazioni che suscitano la curiosità del lettore, da cui perciò è difficile sottrarsi, se non con una scelta che sia capace di negarne in radice ogni utilizzazione suggestiva, ragionando come se dell'innovazione non fossimo qui a deciderne le sorti, ma come se la stessa fosse già in sé compiuta nel bene e nel male.

Ciò in sede teorica è stato espresso come postulato o principio di un argomentare che anche in questa sede — seppure con riferimento a diversa questione — si vuole qui assumere affermando che ogni ulteriore considerazione è d'ora in poi svolta come se la digitalizzazione della pubblica amministrazione fosse data.

Le prime applicazioni d'informatica pubblica hanno sviluppato due differenti approcci tutt'ora presenti nel dibattito: l'uno che relega la tecnica a strumenti d'ausilio (così in sequenza storica: computer, internet, smartphone); l'altro invece che ritiene che l'innovazione investa la pubblica amministrazione e il procedimento decisionale pubblico, ridisegnandone la forma e la sostanza³.

Entrambi intendono favorire la transizione dalla dimensione analogica a quella digitale sia dell'attività, sia dell'organizzazione della pubblica amministrazione, ma la prima pensa che sia possibile un controllo dall'esterno dell'innovazione (ad opera del diritto e dell'etica)⁴, che è essenzialmente riconosciuta ad altri (informatici, neuroscienziati, ecc.); invece la seconda accoglie l'innovazione scientifica e intende esserne parte determinante.

³ Tra le prime riflessioni sul tema si veda U. FANTIGROSSI, *Automazione e pubblica amministrazione. Profili giuridici*, Il Mulino, 1993; A. USAI, *Le elaborazioni possibili delle informazioni. I limiti alle decisioni amministrative automatiche* in G. DUNI (a cura di) *Dall'informatica amministrativa alla telecomunicazione*, Ist. Poligrafico dello Stato, Roma, 1992, 55 e s.; nonché A. MASUCCI, *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie. Il procedimento amministrativo elettronico ad istanza di parte*, Giappichelli, 2011. Sui primi tentativi di informatizzazione dei procedimenti amministrativi consistiti in mere riproduzioni dei tradizionali procedimenti, che hanno determinato una perdita delle potenzialità insite nella reale trasformazione digitale degli stessi, si veda E. ZAFFARONI, *L'informatizzazione della pubblica amministrazione*, in *Foro amm.*, fasc. 7/8, 1996.

⁴ Tale prospettiva è alla base del lavoro di A. CELOTTO, *Come regolare gli algoritmi. Il difficile bilanciamento fra scienza, etica e diritto*, in *Analisi giuridica dell'economia*, fasc. 1, 2019.

RAGIONANDO COME SE LA DIGITALIZZAZIONE FOSSE DATA

Solo per la seconda concezione l'atto amministrativo digitale (o algoritmico) è una sfida alle scienze giuridiche, in particolare al diritto amministrativo⁵, poiché — in questo come in altri casi — l'innovazione tecnologica dell'attività dell'amministrazione pubblica obbliga i teorici a un'attenta rivisitazione delle tradizionali categorie giuridiche⁶ sul principio di legalità⁷, sul procedimento e sul provvedimento amministrativo, più in generale e ancora prima, sull'attività conoscitiva delle amministrazioni pubbliche posta a base delle scelte d'interesse generale, in particolare per la programmazione e per le modalità di erogazione dei servizi pubblici.

L'atto amministrativo informatizzato ha avuto riconoscimento legislativo nella stagione delle grandi riforme della pubblica amministrazione degli anni '90⁸, un enunciato legislativo che ha indicato l'atto amministrativo informatico come modo ordinario d'esercizio della funzione amministrativa, chiarendo che il processo conoscitivo⁹ e decisionale sono dalla legge affidati — di norma — a *sistemi informativi automatizzati*¹⁰.

È noto che le vulgate sulla logica binaria — che è alla base dei sistemi informatici — hanno indotto dapprima a ritenere ammissibile l'atto amministrativo automatizzato solo per l'attività vincolata dell'amministrazione pubblica¹¹, in tutta consonanza all'idea che in tali casi il sillogismo giudiziale sia una sorta d'automatismo¹², poiché pur sempre condotto sulla base di criteri oggettivi ed univoci, comunque sugli assiomi

⁵ Da ultimo sulla rivoluzione digitale e diritto amministrativo J.B. AUBY, *Il diritto amministrativo di fronte alle sfide digitali*, in *Istituzioni del Federalismo*, fasc. 3, 2019.

⁶ I. M. DELGADO, *Automazione, intelligenza artificiale e pubblica amministrazione: vecchie categorie concettuali per nuovi problemi?*, in *Istituzioni del Federalismo*, fasc. 3, 2019.

⁷ Approfondisce questa relazione S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Umano troppo umano. Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, Il Mulino, 2019.

⁸ Art. 3, d. lgs 12 febbraio 1993, n. 39, emanato poco dopo il d. lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, sulla privatizzazione del pubblico impiego e la disciplina dell'organizzazione delle pubbliche amministrazioni.

⁹ Sull'attività conoscitiva: F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967.

¹⁰ M. TUCCI, *The Rational Expectation Hypothesis, Time-Varying Parameters and Adaptive Control. A Promising Combination?*, *Advances in Computational Economics*, Springer, 2004.

¹¹ E. GIANNANTONIO, *Manuale di diritto dell'informatica*, II ed., Padova, 1997, 564; M. MINERVA, *L'attività amministrativa in forma elettronica*, in *Foro Amm.*, 1997, 1304; G. CARIDI, *Informatica giuridica e procedimenti amministrativi*, Milano, 1983, 145.; B. SELLERI, *Gli atti amministrativi « in forma elettronica »*, in *Dir. Soc.*, 1982, 140.

¹² O. RANELLETTI, *Principii di diritto amministrativo*, Napoli, 1902, p. 360, ricordato da: U. FANTIGROSSI in *Automazione e pubblica amministrazione. Profili giuridici*, Il Mulino, 1993, p. 70.

logici del giudizio condizionale¹³, ossia quello che prevede la concretizzazione di determinati effetti giuridici al verificarsi di predeterminate condizioni.

Un'idea ancor più risalente, secondo la quale quasi mai un potere è da ritenersi del tutto vincolato¹⁴, ha invece da tempo fornito il fondamento teorico per marginalizzare l'idea dell'equiparazione dell'automatismo all'attività vincolata dell'amministrazione, poiché ora si può aggiungere che nell'automazione è esclusa e nell'atto vincolato è affermata l'intermediazione umana del caso concreto, seppure nella forma particolare di quel pensiero umano che è l'interpretazione¹⁵. Ancora prima si può dire che l'accertamento del fatto segni di per sé un ruolo attivo dell'intelletto umano, ogni qualvolta sia attribuito un potere di emanare un atto amministrativo (art. 118, co. 1°, Cost.; art. 2, l. 7 agosto 1990, n. 241) o giurisdizionale (artt. 101 e 102, Cost).

Senonché si è provato che una macchina può imparare dall'esperienza umana e anzi che la stessa è capace di amplificare largamente le possibilità umane, ordinando e classificando decine di migliaia di casi che sono i precedenti applicativi di un enunciato normativo, che l'intelletto umano ha definito negli anni e di cui non è più consapevole, sicché è possibile affermare anzitutto che l'atto amministrativo elaborato dall'algoritmo è decisione prodotta dall'intelligenza artificiale sulla base di migliaia di decisioni assunte in precedenza dall'intelligenza umana.

Il grado di conoscenza offerto dall'intelligenza artificiale, che dai precedenti applicativi offre nuove letture della realtà su cui si appresta ad agire la pubblica amministrazione, apre all'idea che *machine learning* e disciplina giuridica sulla struttura del procedimento e del provvedimento amministrativo si rivelano — reciprocamente — un utile complemento l'uno per la scienza dell'altro, corredando della potenza del diritto le innovative scoperte che provengono dalla scienza informatica, dalle neuroscienze, dalla matematica e così via.

Sull'introduzione degli algoritmi nell'adozione di decisioni amministrative automatizzate vi è ormai un largo consenso¹⁶, mentre è sulla

¹³ A. MASUCCI, *op. cit.*, pp. 89 e ss., ivi riprende l'ampia distinzione di Luhmann tra i programmi condizionali e finali.

¹⁴ M. S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo*, Giuffrè, 1939, p. 209.

¹⁵ *Ex multis*: A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni giuridiche soggettive*, in ID., *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 2007.

¹⁶ Cons. St., sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270 ove si afferma che ricorrere agli algoritmi predittivi è "conforme ai canoni di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa".

RAGIONANDO COME SE LA DIGITALIZZAZIONE FOSSE DATA

natura giuridica¹⁷ del *software* come programma informatico o algoritmo che invece permangono diverse opinioni. Si ritiene che le norme generali ed astratte inserite nel software rappresentino un potere d'organizzazione interno¹⁸ oppure un autolimita all'esercizio delle funzioni: nella prima ipotesi il *software* avrebbe valore di atto interno¹⁹ o di "atto strumentale"²⁰, al pari di una circolare o di un ordine di servizio, nel secondo invece spiegherebbe effetti verso i terzi come atto generale²¹ o addirittura come regolamento.

Non condivisibile è l'idea che il *software* e oggi l'algoritmo esprimano compiutamente la volontà dell'amministrazione pubblica²², poiché è difficile pensare che un atto generale — *a fortiori* se normativo — possa non avere almeno un ulteriore momento d'accertamento dei fatti che sono rilevanti per ogni singolo caso concreto²³, il cui fondamento ultimo risiede nell'idea che l'amministrare pubblico sia una funzione costituzionale ineludibile, al pari di quella giurisdizionale e legislativa.

2. *L'algoritmo nella definizione della validità degli atti amministrativi tra interpretazione e discrezionalità.* — La decisione assunta dall'algoritmo resta un prodotto di cui non si può non predicare la conformità agli enunciati normativi o istituzionali definiti dagli ordinamenti giuridici che definiscono in varia guisa la validità degli atti amministrativi, ma al tempo stesso non può non dirsi che l'atto algoritmico sia l'esito di operazioni informatiche: una sequenza ordinata di passaggi logici, di

309

¹⁷ Cfr. A. G. OROFINO, *La patologia dell'atto amministrativo elettronico: sindacato giurisdizionale e strumenti di tutela*, in *Foro amministrativo* CDS, 9, 2002, pp. 2256 s.; F. SAITTA, *Le patologie dell'atto amministrativo elettronico e il sindacato del giudice amministrativo*, in *Riv. dir. amm. eletr.*, 2003, p. 26.

¹⁸ A. USAI, *Le elaborazioni possibili delle informazioni*. cit.; ID., *Le prospettive di automazione delle decisioni amministrative in un sistema di teleamministrazione*, in *Dir. informazione e informatica*, 1993, p. 164.

¹⁹ A. MASUCCI, *Atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, Napoli, 1989, p. 42-44.

²⁰ A. MASUCCI, *op. cit.*, p. 56; ID., *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie. Il procedimento amministrativo elettronico ad istanza di parte*, Giappichelli, 2011, pp. 82 e ss.

²¹ U. FANTIGROSSI, *Automazione e pubblica amministrazione*, Il Mulino, 1993, pp. 55 e ss.; qualifica come regola amministrativa generale: Cons. St., sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270, punto 8.2; Cons. di Stato, 8 aprile, 2019, n. 2270; G. FASANO, *Le decisioni automatizzate nella pubblica amministrazione: tra esigenze di semplificazione e trasparenza algoritmica*, in *MediaLaws*, 3, 2019, pp. 237 e ss.; sulla qualificazione dell'atto amministrativo generale: Cons. St., Ad. Pl., 4 maggio 2012, n. 9.

²² A contrario: A. MASUCCI, *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie.*, cit., p. 88.

²³ Cfr. U. FANTIGROSSI, *Automazione e pubblica amministrazione*, cit., p. 56.

operazioni di calcolo che — sulla base di scelte binarie di varia complessità — valuta e gradua autonomamente gli *input* che producono la decisione algoritmica considerata come *output*. L'accuratezza dell'algoritmo, supervisionato o no, è essenziale nella scelta delle variabili — dette anche parametri — e nell'acquisizione dei dati o di precedenti decisioni.

Nell'attività vincolata le variabili algoritmiche identificano classi di *input* che rivelano l'interpretazione di disposizioni costituzionali, di legge, di regolamento, ecc., che disciplinano l'atto amministrativo come limite al potere e al suo esercizio in senso sia procedimentale sia sostanziale. Nell'attività discrezionale sono le classi di *input* di decisioni pregresse a definire i parametri di una logica non contraddittoria da cui è tratta per similitudine o contrapposizione la nuova scelta di merito dell'amministrazione. In entrambe la precisione dell'algoritmo è incrementata dalla quantità e dalla varietà della casistica che costituisce il *data lake* di riferimento, essenzialmente dalla sua rilevanza e rappresentatività, più che dal giudizio di validità sul provvedimento in sé considerato.

310

Più esattamente l'algoritmo assume come *variabili* anzitutto ciò che il diritto ha individuato come limiti al potere, a protezione dei diritti soggettivi e più in generale di ogni prescrizione da cui derivi la nullità dell'atto amministrativo (art. 21-*septies*, l. 7 agosto 1990, n. 241); nondimeno l'algoritmo assume come variabili ciò che il diritto ha individuato come limiti d'annullabilità: siano essi la definizione d'incompetenza, di violazione di legge o d'eccesso di potere dell'atto amministrativo (art. 21-*octies*, l. 7 agosto 1990, n. 241), con l'avvertenza che non è eguale il modo di operare dell'algoritmo nelle ipotesi d'annullabilità.

Se con la violazione di legge si indica uno standard²⁴ d'amministrazione che l'algoritmo è chiamato ad un tempo ad osservare e che per ciò solo vale a definire il caso concreto; con il vizio d'eccesso di potere i limiti che l'algoritmo assume sono la logicità e la comprensibilità della scelta d'amministrazione, oltre i quali l'algoritmo procederà a compiere, con imparzialità (art. 97, co. 2°, Cost.), disciplina e onore (art. 54, co. 2°, Cost.), i concreti atti di gestione in attuazione dell'indirizzo politico-amministrativo degli organi di governo (art. 4, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165).

²⁴ R. CAVALLO PERIN, voce *Violazione di legge* del *Digesto (disc. pubbl.)*, vol. XV, Torino, 2000, 657 e s.

RAGIONANDO COME SE LA DIGITALIZZAZIONE FOSSE DATA

Nell'attività vincolata — definita dalla violazione di legge — l'algoritmo rappresenta l'interpretazione dell'amministrazione sullo standard d'amministrazione che è vincolante per quel caso concreto, interpretazione che potrà o no essere condivisa dal giudice, che sul punto ha l'ultima parola. Nell'altra ipotesi — delimitata dal vizio di eccesso di potere — l'algoritmo può definire la scelta discrezionale dell'amministrazione assumendo come variabili le migliori pregresse prassi istituzionali di quell'amministrazione pubblica e assecondando l'indirizzo politico espresso dagli organi di governo. Dall'algoritmo dell'amministrazione si distingue per caratteristiche l'algoritmo giudiziale²⁵ che assolve al compito di verificare che la scelta discrezionale, non viziata per eccesso di potere, sia appunto comprensibile o logica.

Interpretazione e discrezionalità sono infatti differenti limiti che l'ordinamento riserva all'autonomia giuridica dell'amministrazione pubblica, da cui ne deriva anche e conseguentemente un diverso modo di esercitare il relativo ambito del sindacato giurisdizionale “contro gli atti della pubblica amministrazione” (art. 113 Cost.).

L'interpretazione è l'operazione intellettuale indispensabile per passare da una norma generale ed astratta al caso concreto, poiché la prima rappresenta pur sempre una sintesi della molteplicità dei casi, sicché la definizione delle variabili può non aver tenuto conto di casi meno frequenti oppure lo stesso enunciato normativo può, in tempi differenti, imporre di ridefinire il peso tra le varie classi di variabili dell'algoritmo, fermo restando che l'attività di selezione e di inserimento delle stesse può essere letterale, come nel caso di numeri indicati direttamente dalla norma, oppure può dipendere da un'interpretazione più complessa che richiede di valutare le variabili e i pesi ad esse assegnati.

L'interpretazione così come sopra descritta definisce sia i vizi d'annullabilità della violazione di legge sia dell'incompetenza, ma si può dire che vale *a fortiori* nella maggior parte delle ipotesi di nullità, ove l'ultima parola spetta al giudice ordinario o a quello amministrativo nei casi di giurisdizione esclusiva (artt. 7, co. 5° e 133, d.lgs. 104/2010), poiché l'interpretazione (art. 12, co. 1° e 2°, disp. prel. c.c.) segna l'area in cui il giudice è soggetto alla legge (art. 101, co. 2°, Cost.) e la interpreti nel caso concreto.

²⁵ Sul tema si veda F. PATRONI GRIFFI, *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, in *Calcolabilità giuridica*, a cura di A. Carleo, 2017.

Più di rado — oltre l'interpretazione nel senso sopra precisato — si afferma l'argomentare per principi, come legittimazione del giudice al bilanciamento tra posizioni soggettive ugualmente tutelate e i cui conflitti fra le stesse non sono stati direttamente risolti dal legislatore, un argomentare che nel nostro ordinamento si afferma solo in quel caso e in via sussidiaria, cioè sempreché il legislatore non intenda definire — per l'avvenire o con legge interpretativa — la questione in via generale ed astratta.

L'argomentare per principi può essere formalizzato dall'algoritmo ricavando dalla casistica — che ha già definito nel tempo conflitti analoghi o opposti — il peso da assegnare a ogni variabile (interessi e posizioni soggettive alla salute, all'istruzione, alla circolazione, ecc.) lasciando all'intermediazione umana del giudice la scelta tra diverse soluzioni di bilanciamento degli interessi contrapposti.

Quanto alla scelta discrezionale si può affermare in generale che la stessa è annullabile ove sia illogico o incomprensibile il modo con cui l'amministrazione abbia deciso di perseguire l'interesse pubblico nel caso concreto e a tal fine nella nostra cultura giuridico amministrativa sono state individuate alcune figure sintomatiche ²⁶ — tra cui, ingiustizia manifesta, contraddittorietà intrinseca o estrinseca, disparità di trattamento di situazioni eguali, violazione della prassi, incompletezza dell'istruttoria, travisamento dei fatti, inosservanza dei parametri di riferimento per lo svolgimento dell'azione — che ben possono costituire *variabili* casistiche rilevanti per ciascun settore di azione dell'amministrazione.

In particolare la scelta discrezionale dell'amministrazione pubblica è più frequentemente espressa dall'algoritmo configurato come atto generale (standard derogabile) o come norma (standard inderogabile) e solo da ultimo come scelta d'intelligenza — da intendersi come unica per quel caso concreto — che l'algoritmo assume in ragione degli atti d'indirizzo e delle precedenti scelte sino a quel momento effettuate dall'amministrazione pubblica, considerando in un rapporto diretto quelle analoghe, argomentando a contrario da quelle opposte.

In quest'ultimo caso dell'*intelligere* per il caso concreto, la discrezionalità segna i limiti insuperabili che l'algoritmo giudiziale deve assumere

²⁶ Già A. PAPPALARDO, *L'eccesso di potere amministrativo secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *II Consiglio di Stato - Studi in occasione del centenario*, vol. II, 1932.

RAGIONANDO COME SE LA DIGITALIZZAZIONE FOSSE DATA

come logicità e comprensibilità dell'amministrare nell'interesse pubblico (vizio d'eccesso di potere), entro i quali si è detto l'amministrazione pubblica compie — con imparzialità (art. 97, co. 2°, Cost.), disciplina e onore (art. 54, co. 2°, Cost.) — i concreti atti di gestione in attuazione dell'indirizzo politico-amministrativo degli organi di governo (art. 4, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165).

3. *In particolare la questione del difetto di motivazione e dell'opacità dell'algorithm.* — Le riflessioni sviluppatesi intorno al tema della decisione amministrativa automatizzata²⁷ sono state accomunate dalla generale perplessità verso l'opacità delle decisioni poste dalla logica algoritmica²⁸, che chiedono prudenza sull'ammissibilità della digitalizzazione dei procedimenti amministrativi.

Si afferma l'imprescindibile intermediazione umana²⁹, in particolare si afferma come necessaria l'attività di valutazione che ne deriva come *guarentigia procedimentale*, poi ammettendo dapprima atti amministrativi digitali solo per l'attività vincolata e comunque negandone la validità ove la scelta operata dall'intelligenza artificiale sia risultata inintelligibile³⁰, non ricostruibile o immotivata.

Un sapere *antimodernista* ha da sempre accompagnato le grandi e soprattutto repentine innovazioni tecnologiche della storia, così come sta

²⁷ E. CARLONI, *AI, algoritmi e pubblica amministrazione in Italia*, in *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política*, Marzo 2020; G. FASANO, *Le decisioni automatizzate nella pubblica amministrazione: tra esigenze di semplificazione e trasparenza algoritmica*, in *MediaLaws*, 3, 2019; R. FERRARA, *Il giudice amministrativo e gli algoritmi. Note estemporanee a margine di un recente dibattito giurisprudenziale*, in *Diritto amministrativo*, n. 4, 2019; D.-U. GALETTA e J. G. CORVALÁN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0?*, 6 febbraio 2019, in *Federalismi.it.*; G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici*, ESI, 2019.

²⁸ Per tutti F. PASQUALE, *Black box society. The secret algorithms that control money and information*, Harvard University Press, 2015; sul superamento dell'oscurità dell'algorithm attraverso il riconoscimento del software della qualificazione di atto amministrativo informatico: Tar Lazio, sez. III-bis, 22 marzo 2017, n. 3769.

²⁹ TAR Lazio, sez. III-bis, sent. n. 9225 del 2018, il cui concetto è ripreso in TAR Lazio, sez. III-bis, 10 settembre 2018, n. 9227; 10 settembre 2018, n. 9230; TAR Puglia, sez. I, 27 giugno 2016, n. 806 del. Per l'accesso all'algorithm: Tar Lazio, sez. III-bis, 22 marzo 2017, n. 3769; R. FERRARA, *Il giudice amministrativo e gli algoritmi. Note estemporanee a margine di un recente dibattito giurisprudenziale*, in *Dir. amm.* 4/2019.

³⁰ Sulle criticità da non intellegibilità dell'algorithm: C. COGLIANESE e D. LEHR, *Regulating by Robot: Administrative decision-making in The Machine Learning Era*, Institute for law and economics, University of Pennsylvania Law School, research paper, 8, 2017; per caso francese: G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici. Predeterminazione, analisi predittiva e nuove forme di intellegibilità*, Napoli, 2019, spec. 117 e ss.

avvenendo per l'intelligenza artificiale, ma non si può negare che il fenomeno tecnologico in esame tocchi indubbiamente questioni giuridiche di diritto pubblico di rilevanza istituzionale³¹.

Certo vi è un problema di legittimazione del decisore, cioè entro che limiti l'uomo possa essere sostituito da macchine, così come avviene per i servizi pubblici (metropolitane, aerei, prestazioni sanitarie di diagnosi e cura) o per l'attività di polizia amministrativa (semaforo, riconoscimento delle impronte digitali e poi facciale di controllo alle dogane o negli aeroporti).

La questione che emerge come rilevante — e che talora è confusa con la legittimazione o base legale³² dell'algoritmo — è quale cultura debba disciplinare la decisione amministrativa assunta con l'algoritmo e le conseguenti controversie: il diritto o l'informatica. Si tratta di uno scenario noto di opzioni del rapporto scienza e diritto: consulenza tecnica o perizia sono le ipotesi più note di cooperazione alle decisioni giurisdizionali dalle scienze diverse dal diritto, cui si è affiancato anche l'inserimento di tecnici tra i giudici amministrativi³³.

314

Nei casi di assunzione di decisioni automatizzate, tra cui quelle adottate con *machine learning*, si afferma normalmente che è indispensabile poter ricostruire l'*iter* logico utilizzato dalla macchina³⁴. Anche se la ragione della decisione sia espressa unicamente in un linguaggio informatico, il giudice può disporre la consulenza tecnica d'ufficio che apre così alle *scienze non giuridiche* come asse portante delle decisioni amministrative e giurisdizionali.

La questione è originata da alcune decisioni riguardanti la gestione svolta esclusivamente dal sistema informatico di procedimenti selettivi del personale docente della scuola secondaria di primo e di secondo grado. L'attività amministrativa — assolta dal solo sistema informatico

³¹ Cfr. A. SIMONCINI, S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma nell'intelligenza artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale*, in *Riv. fil. dir.*, 1, 2019; C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2019. Per il processo penale: S. QUATTROCOLO, *Equità del processo penale e automated-evidence alla luce della convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Revista Italo-Española de Derecho Procesal*, 2, 2019.

³² C.G.U.E. 6 settembre 2017, C-643/15 e C-647/15; C.G.U.E. 7 settembre 2016, C-113/14; C.G.U.E., 1 dicembre 2015, C-124/13 e 125/13.

³³ Tribunale delle acque pubbliche e Tribunale superiore delle acque pubbliche che prevede tre componenti esperti, iscritti nell'albo degli ingegneri.

³⁴ Reg. UE 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, artt. 13, par. 2, lett. f; 14, par. 2, lett. g; 15, par. 2, lett. H.

RAGIONANDO COME SE LA DIGITALIZZAZIONE FOSSE DATA

— è stata considerata “esercizio di attività amministrativa sostanziale” e come tale assoggettata al rispetto della relativa disciplina³⁵.

L’annullamento di decisioni aberranti, assunte a causa d’errori di programmazione dell’algoritmo³⁶, ha dato l’occasione per statuire la piena accessibilità al codice sorgente dell’algoritmo³⁷, ribadendo l’immancabile attività umana (conoscitiva e decisionale), forse volendo con ciò relegare le scienze informatiche a rango servente.

Senonché è la forte riaffermazione di un primato della decisione umana che rischia di marginalizzare la scienza giuridica, rinunciando in premessa a valorizzare i caratteri che le sono peculiari, ove l’analisi e la classificazione dei casi giurisprudenziali è stata da tempo forgiata proprio per rivelare la *ratio decidendi* che — a prescindere dagli *obiter dicta* — fonda la relazione tra fatto e dispositivo, secondo un procedimento logico che è assimilabile all’operare degli algoritmi.

Una vicinanza culturale che appare di grande interesse, poiché se la cultura giuridica ha da tempo consentito di ricavare dal fatto e dalla decisione la vera ragione di quest’ultima, *a fortiori* ciò è possibile ove si rendano disponibili tutti i casi (*input*) conferiti all’algoritmo (*data lake*) che hanno formato la base di riferimento su cui l’algoritmo ha elaborato la propria decisione.

L’ostensione del *data lake* (casistica selezionata) algoritmico (art. 15, Reg. UE 679/2016) è a garanzia dei destinatari e dei controinteressati della decisione in sé considerata, ma anche al fine di un esercizio del diritto di cancellazione dei dati considerati non più attuali (art. 17, Reg. UE 679/2016) o del diritto di rettifica (art. 16, Reg. UE 679/2016), in entrambi i casi ad integrazione della casistica con dati ulteriori e “significativi”.

Quanto al difetto di motivazione³⁸, lo stesso può essere riferito all’algoritmo come atto amministrativo o all’atto applicativo che ne scaturisce in *automatico*³⁹. Considerato l’algoritmo come norma o atto

³⁵ Tar Puglia, sez. I, 27 giugno 2016, n. 806.

³⁶ Tar Lazio, sez. III-bis, 10 settembre 2018, n. 9227, potenziamento, sostegno, ecc., su piano straordinario *ex l.* n. 107/2015.

³⁷ Tar Lazio, sez. III-bis, 22 marzo 2017, n. 3769.

³⁸ Sempre TAR Lazio, sez. III-bis, 10 settembre 2018 n. 9227, § 3.2.

³⁹ Sull’algoritmo come insieme di regole: A. MASUCCI, *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie. Il procedimento amministrativo elettronico ad istanza di parte*, Torino, 2011, spec. 82 e ss.

generale⁴⁰ è sufficiente ricordare che nella nostra tradizione giuridica tali atti non si debbono motivare, anche se eccezioni si sono affacciate negli ultimi anni⁴¹, con particolare riferimento alle fonti dell'Unione europea⁴².

Quanto al provvedimento, che è l'esito dell'algoritmo, non si può dimenticare che con il silenzio significativo — sia esso di rigetto o di accoglimento (art. 20, l. 241 del 1990, cit.) — si è da tempo prevista una fattispecie in cui la legge ha equiparato l'assenza dell'atto agli effetti dell'atto espresso, i quali si producono seppure in totale assenza di ogni motivazione e addirittura del dispositivo⁴³. In ogni caso se l'algoritmo è capace di cavare il dispositivo, può essere programmato affinché ne ponga anche la relativa motivazione.

Quanto all'opacità dell'algoritmo — perché non è intellegibile o non è ricostruibile la scelta operata dall'intelligenza artificiale — la stessa dipende essenzialmente dai casi (*input*) che sono stati forniti all'algoritmo medesimo e al peso che ogni elemento ha nell'analisi, al netto ovviamente di errori di fatto o di programmazione⁴⁴.

Nel caso di risultati aberranti nessuno dubita che si debba procedere alla correzione dell'algoritmo, sia incrementando i casi, sia correggendo i pesi assegnati alle singole variabili, sia — non ultimo — prendendo atto

316

⁴⁰ Sul software come atto generale: U. FANTIGROSSI, *Automazione e pubblica amministrazione*, cit., spec. 109 e s.

⁴¹ V. CRISAFULLI, *Sulla motivazione degli atti legislativi*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1937, I, 415 ss.; G. LOMBARDI, voce *Motivazione (diritto costituzionale)*, in *Noviss. Dig. it.*, X, Torino, 1964, 954 s.; P. CARETTI, *Motivazione (dir. cost.)*, in *Enc. giur.*, XX, Roma, 1990; L. VENTURA, *Motivazione degli atti costituzionali e valore democratico*, Torino, 1995, 111 s.; da ultimo: Q. CAMERLENGO, *La causa della legge*, in *Giur. Cost.*, 2014, 3647 s. Sul carattere normativo degli atti generali: G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, 2000; M. COCCONI, *L'obbligo di motivazione degli atti amministrativi generali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, fasc. 3, 2009, 707. Cfr. art. 296 TFUE.

⁴² Sui considerando delle direttive: B.G. MATTARELLA, *Motivazione (dir. com.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, 2006, 3751; G. MATUCCI, *Sulla motivazione degli atti normativi comunitari*, in *Il Politico*, 2006, 75 s.

⁴³ A. ROMANO, *A proposito dei vigenti artt. 19 e 20 della l. 241 del 1990: divagazioni sull'autonomia dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2006, 489 s. A. TRAVI, *Silenzio assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, Padova, 1985; F. G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971, 272. Da ultimo: M. D'ORSOGNA, R. LOMBARDI, *Il silenzio-assenso*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M. A. Sandulli, Milano, II ed., 2017, 965; E. SCOTTI, *Silenzio-assenso*, in *L'azione amministrativa*, a cura di A. Romano, Torino, 2015, 653; A. CIOFFI, *Dovere di provvedere e silenzio-assenso della pubblica amministrazione dopo la legge 14 maggio 2005 n. 80*, in *Dir. amm.* 1/2006, 100; B. E. TONOLETTI, *ad vocem Silenzio della pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1999, 179; V. CERULLI IRELLI, *Modelli procedurali alternativi in tema di autorizzazioni*, in *Dir. amm.*, 1993, 66.

⁴⁴ Per un grossolano errore di programmazione: TAR Lazio 22 marzo 2016, n. 3769.

RAGIONANDO COME SE LA DIGITALIZZAZIONE FOSSE DATA

della scarsa intellegibilità delle decisioni a suo tempo assunte dall'intelligenza umana. L'algoritmo verifica la rilevanza di preconcetti o discriminazioni che hanno pesato nell'assunzione delle decisioni (*Eric Loomis vs State of Wisconsin* sul software Compas) dimostrando — contrariamente a quanto si pensa — che quest'ultimo è strumento che rivela l'opacità delle pregresse scelte umane in determinati settori o periodi storici.

4. *Base legale dell'atto algoritmo e partecipazione degli interessati.* — Il significato essenziale del principio di legalità⁴⁵, o nel lessico del diritto dell'Unione europea la *base legale*⁴⁶, impone che i poteri dell'autorità amministrativa trovino legittimazione in un atto legislativo variamente definito dai relativi ordinamenti (costituzione, legge, trattati, regolamenti, direttive) e ciò è considerato patrimonio della cultura costituzionale comune agli Stati membri, dunque che è accolta come principi generali dello stesso ordinamento dell'Unione europea⁴⁷.

La disciplina dell'atto amministrativo informatico non apporta alcuna deroga all'indicato principio, ma al contrario pone un esplicito rafforzamento dell'ormai coesistente principio di partecipazione degli interessati al procedimento amministrativo che conduce all'emanazione di un provvedimento.

La disciplina dell'Unione europea infatti consente l'adozione di decisioni *non esclusivamente* automatizzate, purché ricorrano talune condizioni, quali il consenso dell'interessato (art. 6, par. 1, lett. *a*, Reg. UE 679/2016), la necessità di eseguire un contratto (art. 6, par. 1, lett. *b*, Reg. UE 679/2016), l'adempimento da parte del titolare del trattamento di un obbligo legale (art. 6, par. 1, lett. *c*, Reg. UE 679/2016), la salvaguardia di interessi vitali che riguardano l'interessato o altra persona fisica (art. 6, par. 1, lett. *d*, Reg. UE 679/2016), l'esecuzione da parte

⁴⁵ Sul principio da ultimo: S. CIVITARESE MATTEUCCI, « *Umano troppo umano* ». *Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 12 e s.; A. TRAVI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, in *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, (Varenna, 20-22 September 2007), Giuffrè, Milano 2008, 21; R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Giuffrè, 1990; F. SAIITA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Cedam, 1969.

⁴⁶ Sul concetto di base legale in Ue: C.G.U.E. 6 settembre 2017, C-643/15 e C-647/15; C.G.U.E. 7 settembre 2016, C-113/14; C.G.U.E., 1 dicembre 2015, C-124/13 e 125/13.

⁴⁷ Art. 6, TUE; tra le prime sentenze su tradizioni costituzionali comuni come principio generale dell'ordinamento europeo CGUE, sentenza, 13 dicembre 1979, causa 44/79 *Hauer contro Land Rheinland-Pfalz*; CGUE, causa 353/99 *Consiglio/Hautala*.

del titolare di un compito che deriva da una ragione di interesse pubblico o che sia connesso all'esercizio di pubblici poteri (art. 6, par. 1, lett. e, Reg. UE 679/2016) o al perseguimento di un legittimo interesse del titolare stesso (art. 6, par. 1, lett. f, Reg. UE 679/2016).

Il generale divieto di decisioni *del tutto* automatizzate può essere superato da una norma speciale oppure dal previo assenso dell'interessato⁴⁸.

È legittima la decisione *esclusivamente* automatizzata ove il titolare del trattamento possa invocare a suo fondamento una *specificata*⁴⁹ e *ragionevole* disposizione dell'Unione europea o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento (art. 22, § 2, lett. b, Reg. Ue, n. 2016/679), la quale deve comunque assicurare che non sia menomata la tutela "dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi" (art. 22, par. 2, lett. b, Reg. Ue, n. 2016/679).

Norma *speciale e ragionevole* — dell'Unione europea o dello Stato membro — che trova nel nostro ordinamento un completamento costituzionale nelle riserve di legge assolute o relative, poste a garanzia dei diritti e degli obblighi di ciascuno, che da tempo diversamente disciplinano il rapporto tra legge e regolamento, per il rilievo che assume per l'atto d'algoritmo il diverso spazio normativo assegnato alla tecnica o alla politica nella riserva relativa o nell'assoluta⁵⁰.

La questione del fondamento legislativo o regolamentare di norme che scaturiscono da una discrezionalità tecnica o politica, collegato alla legittimazione del potere di emanare atti amministrativi senza intermediazione umana, necessita di una trattazione che non rientra nell'economia del presente lavoro.

Diversa è l'ipotesi dell'assenso dell'interessato che può essere manifestato come esplicito consenso o come volontà necessaria alla conclusione o all'esecuzione di contratti tra l'interessato e il titolare del trattamento (art. 22, par. 2, lett. a, c, Reg. Ue, n. 2016/679). L'assenso

⁴⁸ Reg. UE, 679/2016, art. 22, lett. b e c, oltre all'ipotesi in cui il trattamento automatizzato sia *necessario per la conclusione o l'esecuzione di un contratto tra l'interessato e un titolare del trattamento* (Reg. 679/2016, art. 22, lett. a).

⁴⁹ Si veda la questione in S. CIVITARESE MATTEUCCI, « *Umano troppo umano* », cit., 24 e s., spec. 36-39.

⁵⁰ La questione è stata posta per le riserve assolute sin da Corte cost., 103 del 1957; n. 4 del 1958; n. 15 e 31 del 1962; n. 36 e 96 del 1964; da ultimo sul punto del rapporto tra tecnica e amministrazione: S. CIVITARESE MATTEUCCI e L. TORCHIA, *La tecnificazione dell'amministrazione*, cit., 23 e s.

RAGIONANDO COME SE LA DIGITALIZZAZIONE FOSSE DATA

tuttavia non vale acquiescenza alla decisione esclusivamente automatizzata, poiché l'interessato può sempre chiedere l'intervento umano (art. 22, par. 3, Reg. Ue, n. 2016/679), fare valere le proprie ragioni e contestare la decisione⁵¹.

Il diritto di contestare la decisione e ancora prima di fare valere le proprie ragioni (art. 22, par. 3, Reg. Ue, n. 2016/679), sono garanzie già presenti da tempo nell'ordinamento italiano: il primo è tutelato con i ricorsi amministrativi (d.p.r. n. 1199/1971) e la tutela giurisdizionale contro gli atti della pubblica amministrazione (artt. 113 e 24, Cost.)⁵²; il secondo invece lo si trova enunciato sin dalle leggi di unificazione amministrativa (art. 3, l. 2248/1865, all. E), poi nella disciplina sulla partecipazione al procedimento (art. 7 e s., l. 7 agosto 1990, n. 241), che riconosce il diritto di accesso dei partecipi agli atti, di presentare memorie e documenti (art. 10, l. 7 agosto 1990, n. 241), infine di depositare osservazioni avverso il preavviso di rigetto dell'istanza (art. 10-bis, l. 7 agosto 1990, n. 241).

La disciplina europea dell'atto automatizzato rafforza i diritti di partecipazione al procedimento, che — esaltato dal progresso tecnologico — può finalmente restituire effettività alle decisioni dell'amministrazione pubblica.

Una partecipazione intesa come apporto di conoscenza al procedimento⁵³ che proviene dai destinatari, dai controinteressati, o dagli ulteriori interessati che sono intervenuti nel procedimento; ove i partecipi sono i legittimi esponenti degli interessi di cui sono portatori, ben inteso a ragion veduta, cioè una volta messa a disposizione la potenza istruttoria dell'amministrazione pubblica.

La legge italiana ha più esattamente elevato i partecipi a unici interpreti dei propri interessi, una rappresentazione degli interessati che

⁵¹ Per disciplina sulle garanzie avverso le decisioni automatizzate: Loi 20 giugno 2018 n. ha apportato alla Loi 6 gennaio 1978, n. 78-17 « *Informatique et Libertés* ».

⁵² Sull'immancabilità della tutela giurisdizionale anche nei confronti dell'atto digitale per tutti: U. FANTIGROSSI, *Automazione e pubblica amministrazione*, Bologna, 1993, 51; A. G. OROFINO, *La patologia dell'atto amministrativo elettronico: sindacato giurisdizionale e strumenti di tutela*, in *Foro amm.*, 2002, 2264. J. VALERO TORRIJOS, *Las garantías jurídicas de la inteligencia artificial en la actividad administrativa desde la perspectiva de la buena administración*, in *Revista Catalana de Dret Públic*, n. 58, 2019, 82; C. DUBOIS, F. SCHOENAEWRS, *Les algorithmes dans le droit: illusions et (r)évolutions*, in *Droit et Société*, n. 3, 2019, 501.

⁵³ Cons. St., sez. VI, 11 aprile 2006, n. 2007; “garantire l'alfabetizzazione digitale e ... modalità telematiche ai processi decisionali delle istituzioni pubbliche” l. 124/2015, art. 1, co°, lett. c).

l'amministrazione procedente non può sostituire con altra, propria o altrui, anche ove la stessa sia oggettivamente una migliore definizione-rappresentazione dell'interesse del partecipe.

Riconosciuta in via di principio la validità di un atto amministrativo come prodotto esclusivo dell'algoritmo, ancor più riconosciuto quest'ultimo come atto amministrativo⁵⁴, ne consegue che la disciplina sulla partecipazione — a ciò che l'algoritmo ha prodotto come atto amministrativo automatizzato — assume valore legittimante della stessa *definizione-previsione* legislativa di procedimento amministrativo, dunque dal potere ad esso conferito dall'ordinamento⁵⁵.

La decisione algoritmica viene così legittimata dal “*notice and comment*” noto a talune discipline di settore, generalizzando la previa consultazione degli interessati sulla proposta di provvedimento data dall'algoritmo.

La notizia degli esiti cui è pervenuto l'algoritmo apre il contraddittorio tra i partecipi al procedimento, obbligando l'Amministrazione all'interposizione umana, a conferma dello standard algoritmico, oppure motivando la sua deroga, o disponendo la sua correzione; nel primo caso motivando sul mancato accoglimento delle osservazioni ricevute, esprimendo in tutti i casi quella interposizione umana ritenuta indispensabile a richiesta dei partecipi.

Il contraddittorio sulla proposta di provvedimento — caratterizzandosi come momento di partecipazione — non configura *ex jure* un aggravio del procedimento (art. 2, l. 7 agosto 1990, n. 241), al contrario favorisce l'integrazione dell'algoritmo o una sua correzione generale o normativa, individuando quell'attività istruttoria o valutativa che in precedenza non era stata ritenuta rilevante per la definizione dello standard.

Il procedimento algoritmico e l'atto automatizzato che ne consegue trovano dunque una base legale e una generale legittimazione interpretando in combinato disposto la disciplina nazionale sulla comunicazione di singoli atti procedimentali (artt. 7, 8, 10-*bis*, l. 7 agosto 1990, n. 241), come disciplina generale di effettività del diritto degli interessati a

⁵⁴ Tar Lazio, sez. III-*bis*, 22 marzo 2017, n. 3769.

⁵⁵ S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA, *La tecnificazione dell'amministrazione*, cit., 31 e s.; per modelli di partecipazione migliorativa in ambiente digitale 2.0: G. CAMMAROTA, *Servizi pubblici on line e partecipazione migliorativa*, *ivi*, 116 e s.; per l'uso delle consultazioni telematiche: M. PIETRANGELO, *Le pubbliche amministrazioni sul web tra comunicazione, consultazione e partecipazione*, *ivi*, 105.

RAGIONANDO COME SE LA DIGITALIZZAZIONE FOSSE DATA

ottenere un intervento umano (art. 22, § 3, Reg. Ue, n. 2016/679), salvo — come si è detto — che norme speciali europee o nazionali autorizzino una decisione esclusivamente algoritmica (art. 22, § 2, lett. *b*, Reg. Ue, n. 2016/679).

5. *Indirizzo politico, imparzialità e sistematicità delle decisioni.* — Il principio di imparzialità (art. 97, co. 2°, Cost.) è riferito letteralmente ai pubblici uffici, all'organizzazione pubblica⁵⁶, ma si ritiene che possa conformare anche l'attività dell'amministrazione pubblica al principio di uguaglianza sostanziale⁵⁷, lo stesso assume un significato specifico — e simmetrico rispetto al primo — ove lo si interpreti come definizione di una natura giuridica imparziale sia degli atti d'istruttoria, sia degli atti di gestione ed esecuzione delle decisioni assunte dagli organi di governo, delineando così una rilevanza costituzionale degli atti di indirizzo politico-amministrativo degli organi di governo (artt. 49 e 114, Cost.; art. 4, d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165).

Atti d'indirizzo politico che possono assumere la forma di provvedimenti per il *particolare*, ma che più generalmente sono ricompresi nella forma dell'atto generale o del regolamento sull'esercizio delle funzioni o sull'organizzazione a tal fine necessaria (artt. 87, 117, co. 6°, Cost.), segnando *standard* che sono nel primo caso derogabili nel provvedere in concreto, purché dello scostamento s'offra congrua motivazione; nel secondo è invece l'astrattezza a porre gli standard come inderogabili, impedendo al decisore di accondiscendere troppo alle sollecitazioni del caso concreto, salvo che norme speciali lo consentano (*dura lex*).

Da qui l'utilità del procedimento algoritmico sopra delineato, che sia al tempo stesso cura d'interessi in quel caso concreto e conferma o revisione dei vigenti standard d'amministrazione, poiché soggetti ad un logorio più o meno repentino che è tipico della gestione.

Salvo norme speciali europee o nazionali, il procedimento algoritmico qui ricostruiti fonda la partecipazione sulla comunicazione dell'atto automatico e lascia agli interessati di reagire avverso quest'ultimo, aprendo ad un contraddittorio con gli altri intervenuti o partecipi neces-

⁵⁶ U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, CEDAM, 1965.

⁵⁷ Da ultimo: Cons. Stato, Sez. V, 1 settembre 2009, n. 2070; già: P. BARILE, *Il dovere di imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Scritti di diritto costituzionale*, Padova 1967, 205; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *La pubblica amministrazione e l'ordinamento politico costituzionale*, in *Problemi della pubblica amministrazione*, I, Bologna 1958, 141.

sari (artt. 9 e 7, l. 7 agosto 1990, n. 241), innescando una vicenda partecipativa che è chiusa dall'intervento umano, con un effetto sistemico cui si è già fatto cenno e su cui merita ritornare.

La disciplina ora ricordata impone all'amministrare pubblico di provvedere nel caso concreto in modo sistemico, cioè monitorando gli standard sino a quel momento definiti, sino al punto di addivenire alla ridefinizione degli algoritmi in ragione di un persistente e motivato scostamento dalla configurazione degli stessi come atti generali, oppure di ineffettività o cattiva amministrazione derivante dall'applicazione delle norme generali o speciali d'amministrazione. La scelta operata con il provvedimento assume perciò un valore conformativo anche del futuro esercizio del potere, poiché conferma o ridefinisce i parametri cui l'amministrazione si sottopone per le successive scelte, sottraendo così l'attività ad elementi di incertezza o casualità⁵⁸.

L'effetto di sistema ottenuto è una maggior capacità valutativa della legittimità dell'azione amministrativa, perché facilmente controllabile sotto il profilo dello scostamento dagli standard, con favore per un costante monitoraggio e aggiornamento del vincolo algoritmico oppure per una migliore proporzionalità tra mezzo e fine perseguito. Ciò assicura il confronto della scelta da operare con i precedenti ritenuti rilevanti (*data lake*) grazie alla logica conservativa dell'algoritmo che lascia inevitabilmente all'*intelligere* umano ogni seria e prudente innovazione nell'amministrare pubblico.

Si vuole quindi evidenziare come il decidere per il caso concreto — tenuto conto della casistica complessivamente rilevante — sia funzionale all'esercizio di un'azione amministrativa non discriminatoria e proporzionata. L'opera di sistematizzazione della complessità della realtà di cui è capace l'algoritmo potenzia senz'altro l'analisi conoscitiva dell'amministrazione pubblica e favorisce sia la prevedibilità delle decisioni, sia l'agevole identificazione di "ingiustizie gravi e manifeste".

6. *Sindacato giurisdizionale e correzione procedimentale dell'algoritmo.* — È di interesse valutare quali siano gli strumenti a disposizione dell'interessato per valutare la validità del procedimento algoritmico, con riferimento sia alle regole logiche sottese allo stesso, sia alla qualità degli *input* inseriti.

⁵⁸ Così Cons. St., sez. VI, 14 luglio 1978, n. 97.

RAGIONANDO COME SE LA DIGITALIZZAZIONE FOSSE DATA

Il diritto a contestare la soluzione assunta esclusivamente dall'algoritmo apre al sindacato anche di merito dell'amministrazione pubblica proposto con i ricorsi amministrativi (d.p.r. 24 novembre 1971, n. 1199) o alla tutela del giudice ordinario o amministrativo (art. 113, co. 1°, Cost.).

La programmazione algoritmica, si è detto, che può dare esiti anormi, irragionevoli o illogici, con necessità di una correzione della base casistica (*data lake*) o delle variabili o delle regole assunte con l'algoritmo, anche se la correzione non sia stata fatta valere in fase di partecipazione, poiché come è noto il mancato esercizio dei propri diritti ed interessi legittimi in tale fase non può essere configurato come decadenza dal diritto di agire in giudizio per la tutela dei medesimi (artt. 24, 113, 102 e 103, Cost.; Direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007).

È noto infatti che il sindacato giurisdizionale è stato configurato come contrappeso costituzionale ineliminabile (nazionale ed europeo) dei poteri che il medesimo ordine costituzionale riconosce in via unilaterale alla pubblica amministrazione.

Con specifico riferimento alla necessità di correggere la casistica si deve ricordare che la stessa deriva dall'importanza di mantenere nel tempo la qualità dei dati (*data quality*) inseriti nell'algoritmo, che è crescente in ragione del livello di complessità che si vuole raggiungere in quel ramo d'amministrazione e per quel tipo di procedimento amministrativo.

Correzione dei dati ma anche revisione di variabili e di regole che può essere esercitata per effetto di un procedimento in corso sia perché l'amministrazione se ne avvede d'ufficio leggendo l'insoddisfacente soluzione definita dall'algoritmo, sia a seguito della partecipazione degli interessati, sia in ottemperanza di una decisione assunta dal giudice ordinario o amministrativo.

L'amministrazione è chiamata in quest'ultimo caso alla correzione della casistica o delle variabili (o regole algoritmiche: es. pesi dati alle differenti classi di casistica) in forza di una decisione giudiziale che è giunta ad una differente conclusione, sia essa condotta su una decisione amministrativa algoritmica vincolata oppure discrezionale: nel primo caso il sindacato è sull'interpretazione che l'amministrazione ha dato nel selezionare le variabili, nel secondo nei limiti del giudizio di logicità e ragionevolezza della decisione amministrativa assunta.

Si è detto che in quest'ultimo caso l'analisi casistica, su cui si è stato

allenato l'algoritmo giudiziale, è data dalla classificazione dei casi che in quel procedimento configurano ipotesi ricorrenti di figure sintomatiche d'eccesso di potere, derivando così i limiti di logicità e comprensibilità delle scelte d'amministrazione.

7. *Rapidità e conservazione negli algoritmi: il ruolo innovativo dell'intelligenza umana.* — Connessa alla ripetitività dell'algoritmo è la rapidità delle decisioni dell'amministrazione pubblica assunte con l'algoritmo, sia nel caso in cui un unico algoritmo consenta di lasciare decentrata l'istruttoria e l'esecuzione di una decisione (valersi degli uffici), sia nel caso in cui si tratti di più algoritmi posti ad esprimere l'autonomia di ciascun comune, provincia, città metropolitana o regione, o perché gli stessi siano espressione di un decentramento burocratico di un ministero o di altro ente nazionale.

Seppure con differente rilievo costituzionale, l'algoritmo rende possibile una minuta comparazione dell'esercizio delle funzioni nel tempo e nello spazio, monitorando l'evoluzione di una pluralità dei centri d'indirizzo politico, selezionando le migliori pratiche innovative create da taluni che possono essere estese a tutti.

Si è detto dei benefici di legittimazione che la digitalizzazione offre nella partecipazione ai procedimenti amministrativi, cui qui si deve aggiungere la capacità d'amministrazione che l'algoritmo offre all'amministrazione nella conoscenza, nella valutazione e nella sintesi del peso dei casi pregressi sulla decisione che si vuole assumere. Non ultima considerazione va riservata alla rapidità nelle decisioni che l'algoritmo consente alla pubblica amministrazione grazie alla gestione di un'ampia base dei dati⁵⁹, che facilita l'emersione di modelli o ricorrenze non individuabili a "occhio nudo"⁶⁰.

Una rapidità di decisione che dipende dall'accurato e preventivo investimento dell'intelligenza umana nella selezione e normalizzazione dei dati, nella programmazione e nell'allenamento dell'algoritmo su uno specifico procedimento, ma ancora prima nella classificazione data al-

⁵⁹ Sull'emersione di una funzione amministrativa di gestione dei dati: G. CARULLO, *Gestione, fruizione e diffusione dei dati dell'amministrazione digitale e funzione amministrativa*, Giappichelli, 2018.

⁶⁰ Sulle potenzialità conoscitive rese possibili dalle nuove tecnologie, M. FALCONE, *Le potenzialità conoscitive dei dati amministrativi nell'era della "rivoluzione dei dati": il caso delle politiche di eradicazione dell'epatite C*, in *Istituzioni del Federalismo*, fasc. 2, 2017.

RAGIONANDO COME SE LA DIGITALIZZAZIONE FOSSE DATA

l'algoritmo di una varietà, qualità e quantità sufficiente di casi. Un allenamento e progressivo perfezionamento dell'algoritmo che offre all'amministrazione una capacità d'analisi della realtà e una crescente precisione nelle decisioni che la stessa deve assumere che supera quella sinora sperimentata in assenza d'intelligenza artificiale. L'utilizzazione di algoritmi di una certa complessità permette alla pubblica amministrazione di anticipare tendenze rilevanti che si ripetono su larga scala o per ipotesi particolari, potendo contare sulla potente e persistente capacità di calcolo di macchine che apparentemente sole, possono connettersi con immediatezza in rete con un numero più che sufficiente alla necessità.

Potenzialità inizialmente espresse nell'esercizio delle funzioni di polizia nella prevenzione dei reati o di polizia amministrativa come le sanzioni del codice della strada, che rivela il tipo di comportamenti ricorrenti negli illeciti (modalità esecutive, vittime dei delitti), di cui l'algoritmo offre le connessioni con fatti, circostanze o qualità personali, permettendo di definire politiche di controllo e prevenzione ⁶¹.

Potenzialità che non tarderanno a riguardare la fruizione dei servizi pubblici detti a carattere industriale (trasporti locali e alta velocità, ciclo completo delle acque, rifiuti solidi urbani, ecc.) o sociali. Così per la sanità ove gli algoritmi sono in grado di segnalare l'andamento delle malattie e i bisogni di cura su base regionale, nazionale o europea, favorendo lo sviluppo programmato di professionalità e di mantenerle nel tempo. Così nell'istruzione anche universitaria un algoritmo può facilmente definire gli anni necessari a conseguire una laurea (10% d'errore) in ragione dei voti conseguiti ai primi tre esami di profitto, ma al tempo stesso rivelare la carriera degli studenti che ne manifesta differenti classi d'apprendimento, fornendo a quest'ultimi un consenso informato e un utile ausilio di governo nella programmazione e nella caratterizzazione dell'offerta formativa in un determinato ateneo.

Nella "*manutenzione preventiva*" l'installazione di sensori in punti rilevanti di reti e infrastrutture è utile per monitorare la raccolta dati su parametri significativi (ambientali, fisici, chimici, meccanici), soprattutto ove coniugati con l'applicazione di modelli matematici che offrono all'amministrazione informazioni determinanti sui rischi e favorendo

⁶¹ Così il software predittivo *XLaw* alla Questura di Napoli.

interventi mirati⁶², come del pari il *Building Information Modelling* (B.I.M.) applicato ai lavori pubblici⁶³.

Si raffina così di caso in caso la capacità dell'algoritmo di elaborare per l'amministrazione pubblica decisioni di precisione crescente, grazie ad uno "storico" che definisce rappresentazioni sempre più significative della realtà.

Una rapidità e una progressiva attenzione all'esercizio delle funzioni e ai nuovi *particolari* che l'uso dell'intelligenza artificiale consente di focalizzare e mettere a sistema: sia come complessità dell'amministrare pubblico con i suoi riti e procedimenti di cura dell'interesse pubblico nell'effettiva partecipazione degli interessati; sia ridisegnando l'attribuzione a enti e organi costitutivi della Repubblica italiana (artt. 114, 118, Cost.) delle funzioni amministrative in ragione dell'adeguatezza organizzativa di essi a soddisfare il livello d'interessi sovranazionale, nazionale, regionale o ulteriormente locale, imposto in un dato periodo storico e in una data materia.

326

Messa a sistema che tuttavia almeno per ora appare essenzialmente incapace d'innovazione: nel senso di quel *revirement* o di quella diversa opinione che il cambiamento dei costumi, il declino di idee un tempo dominanti, lo sviluppo delle tecnologie o della concezione delle cose hanno portato a maturazione.

Per quanto sinora detto l'algoritmo si caratterizza per un atteggiamento di conservazione, o al più di razionalizzazione, delle pregresse scelte d'amministrazione, poiché è logica essenzialmente tratta dalle stesse, che lascia l'innovazione all'intervento umano, alla sua capacità di *intelligere*, cambiando anche radicalmente le scelte preesistenti, con quella prudenza e al tempo stesso creatività che non è sostituibile dall'intelligenza artificiale, poiché quest'ultima dell'intelligenza umana è pur sempre un derivato e mai un originale.

Poiché è predittivo, l'algoritmo è capace anche di scelte discrezionali in continuità logica con le pregresse scelte umane, ma al tempo stesso l'algoritmo non è capace d'interpretazione innovativa, essendo la discontinuità — discrezionale o d'interpretazione — una caratteristica propria dell'*intelligere* umano.

⁶² Esperienza ANAS S.p.A. dal 2019.

⁶³ *Il BIM. Guida completa al Building Information Model*, a cura di G. M. Di Giuda e V. Villa, Hoepli, 2020.

RAGIONANDO COME SE LA DIGITALIZZAZIONE FOSSE DATA*Abstract*

Ragionare come se la digitalizzazione fosse data è un approccio che permette di guardare all'innovazione tecnologica, cogliendo il rapporto di reciproco complemento tra diritto e scienza.

L'atto amministrativo algoritmico è un punto di vista di questa complementarietà, che obbliga i teorici ad una rivisitazione delle tradizionali categorie giuridiche e a una lettura "tecnologicamente orientata" della normativa esistente, senza perciò negare che una cultura amministrativa si rivela imprescindibile nel definire i limiti di validità che l'algoritmo deve rispettare nell'elaborazione della decisione.

La tesi di fondo è che una lettura congiunta della disciplina italiana sul procedimento amministrativo e di quella europea sul trattamento dei dati impone che, ove lo richieda anche un solo interessato, l'esito della decisione dell'algoritmo debba essere rivisitata in contraddittorio tra tutti i partecipanti al procedimento, confermando la decisione automatica, oppure decidendo diversamente ma al tempo stesso disponendo la correzione dell'algoritmo: modificandone la casistica o i pesi assegnati ad essi.

Ciò consente di superare le critiche sull'opacità e sull'assenza di motivazione degli algoritmi, valorizzando la partecipazione degli interessati al procedimento amministrativo.

L'aumentata prevedibilità delle decisioni e l'agevole identificazione di "ingiustizie gravi e manifeste" di un simile modo di amministrare a carattere sistemico, garantirebbero un positivo effetto sia in termini di aumentata capacità d'amministrazione, sia di maggior capacità valutativa della legittimità dell'azione amministrativa.

Abstract

Reasoning as if digitization were given is an approach that allows to look at technological innovation, considering the mutual relationship between law and science.

The administrative algorithmic act represents the synthesis of this process and obliges scholars to revisit the traditional legal categories as well as to interpret existing legislation in a technological way: in any case, administrative law is responsible for defining the limits of validity that algorithm must follow.

A joint reading of the Italian Law on the administrative procedure and the European Law on personal data processings requires a guaranteed interpretation of the administrative algorithmic act by scholars: the "right to be heard" is the major guarantee as it allows to confirm, to verify and also modify the algorithm. Consequently, enhancing the right to participate and the right to be heard could be

ROBERTO CAVALLO PERIN

tool to overcome the criticism about the opacity and lack of motivation of the algorithms.

Finally, the increased predictability of decisions and the easy identification of “serious and manifest injustices” of such a systemic way of administering would ensure a positive effect both in terms of increased administrative capacity and in terms of increased assessment of the legitimacy of administrative action.