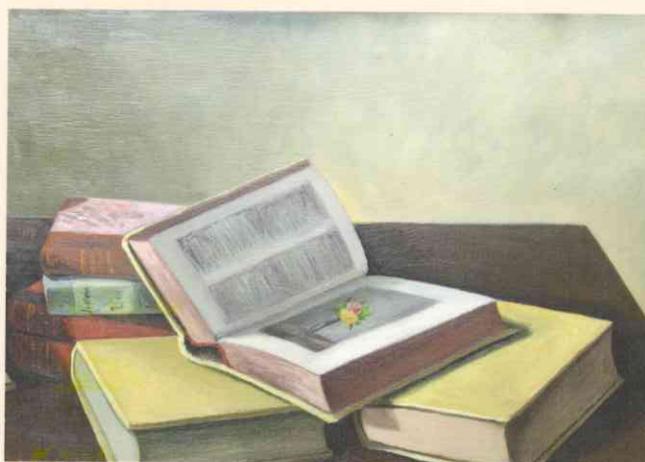


COSTITUZIONE E AMMINISTRAZIONE

# L'AMMINISTRAZIONE NELL'ASSETTO COSTITUZIONALE DEI POTERI PUBBLICI

Scritti per Vincenzo Cerulli Irelli

*Tomo I*



G. Giappichelli Editore

# L'AMMINISTRAZIONE PUBBLICA ITALIANA TRA RIVOLUZIONE LIBERALE, REPUBBLICANA E L'AVVENTO DELL'INTELLIGENZA ARTIFICIALE

Roberto Cavallo Perin

SOMMARIO: 1. Pubblica amministrazione in senso oggettivo e soggettivo. – 2. Diritti costituzionali, principio di legalità e le tradizioni costituzionali comuni. – 3. L'interesse pubblico tra nullità e annullabilità dell'atto amministrativo. – 4. La rivoluzione dell'intelligenza artificiale tra democrazia e tecnologia. – 5. Dal governo dei residenti all'amministrazione dei flussi. – 6. Algoritmi a atti amministrativi: un periodo di sperimentazione.

## 1. *Pubblica amministrazione in senso oggettivo e soggettivo*

Nella Costituzione della Repubblica italiana vi sono enunciati sufficienti a consentire di ritenere costituzionalmente rilevante sia una concezione dell'amministrazione pubblica in senso soggettivo, sia una concezione dell'amministrazione pubblica in senso oggettivo.

Con quest'ultima si va a indentificare quell'attività che la Costituzione sottopone ad una disciplina particolare, il cui carattere più noto è la sua soggezione al principio di legalità (artt. 13 s. Cost.), la funzionalizzazione della medesima all'interesse pubblico, con rilevanza verso i terzi degli effetti degli atti amministrativi e conseguente loro legittimazione a promuovere il sindacato giurisdizionale contro di essi (art. 113 Cost.).

Per amministrazione pubblica in senso soggettivo la Costituzione ha invece definito il tipo di enti che costituiscono l'organizzazione politico democratica della Repubblica italiana (artt. 114 e 118 Cost.), quelli cui assegnare la cura d'interessi pubblici anche a mezzo di poteri autoritativi (art. 1, co. 1-*bis*, l. 7 agosto 1990, n. 241).

Sistema democratico che segna l'*amministrare* del popolo sovrano, organizzato in istituzioni pubbliche, per un'attività di cura d'interessi pubblici svolta attraverso gli organi e enti della Repubblica italiana indicati in parte seconda della Costituzione, segnando un livello locale (comunale, o da ente intermedio), un livello regionale e un livello statale di governo e almeno uno sovranazionale (UE).

Trattasi di organi e enti che sono forme organizzative di governo in cui si articola la sovranità della forma di Stato Repubblica italiana: alcune delle quale possono dirsi necessarie e connaturate alla formazione dello Stato italiano, ancor prima di comunità che ormai da tempo si sono consolidate come necessarie (Comuni e Stato italiano)<sup>1</sup>, altre invece che sono state create per scelta costituzionale (Province, Regioni e Unione Europea)<sup>2</sup>.

La distinzione tra amministrazione attività e amministrazione organizzazione ha assunto particolare rilievo teorico nei casi estremi, ove non sono riuniti i due concetti d'amministrazione. Ciò si verifica – come è noto – nei casi d'esercizio privato di pubbliche funzioni<sup>3</sup> o di affidamento a gestori privati di pubblici servizi<sup>4</sup>; oppure all'opposto con la definizione di ente pubblico economico, quello che svolge attività d'impresa e la cui attività è soggetta alle stesse norme comuni per essa previste (art. 2093, c.c.).

Fuori dalle eccezioni le due definizioni costituzionali affermano anzitutto la normale assegnazione della cura degli interessi pubblici alle amministrazioni Stato e degli enti territoriali (art. 118, co. 1, Cost.), siccome rappresentative delle differenti comunità (nazionali e locali), assegnando – oltre lo strumentario da *ius civile* – una capacità contributiva (artt. 23 e 53 Cost.), poteri d'autorità di polizia (artt. 42, co. 2; 41, co. 2; ecc.), o aventi ad oggetto prestazioni o beni altrui (artt. 23, 42, co. 3, 43, Cost.), o ancora legittimando l'autorganizzazione di servizi pubblici (nazionali o locali), oppure poteri che debbono assicurare l'uso generale dei beni pubblici (art. 42, co. 1, Cost.; artt. 16, 14, 17, 21, ecc.), cui si contrappone l'uso particolare concesso dall'amministrazione per la soddisfazione di interessi pubblici ulteriori o diversi da quelli che è possibile appagare con l'uso generale.

Un'attribuzione preferenziale delle funzioni amministrative all'amministrazione

<sup>1</sup> Così sin dall'opera culturale risorgimentale che ha accompagnato l'Unità d'Italia: per tutti I.L. SIMONDI, *Storia delle Repubbliche italiane*, tr. it., L. Taccagni, vol. 1-5, Milano, 1851-1852; C. BOTTA, *Storia d'Italia*, 1824, vol. 1-4, suppl.

<sup>2</sup> Sulla natura differenziata degli enti territoriali indicati dall'art. 114 Cost.; si veda: Corte cost. n. 50/2015, in particolare ma si veda già Corte cost. n. 96/1968; sulla possibilità di lasciare l'UE cfr. art. 50 TUE, Decisione (UE) 2019/1750 del Consiglio 21 ottobre 2019; Decisione (UE) 2019/274 del Consiglio dell'11 gennaio 2019.

<sup>3</sup> F. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. II, Milano, 1920, pt. III, 235 ss.; F. SATTÀ, *Esercizio privato di funzioni e servizi pubblici*, in *Enc. giur.*, vol. XIII, Roma, 1989; *Esercizio privato di pubbliche attività*, non firmato, in *Enc. dir.*, vol. XV, Milano, 1966, 685 ss.; A. AZZENA, *Esercizio privato di pubbliche funzioni e di pubblici servizi*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. VI, Torino, 1991, 165 ss.; F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa*, Bologna, 2000; poi il fenomeno ha avuto un nuovo interesse con riferimento al *general contractor* e ai concessionari di lavori pubblici: per un'analisi sistematica dell'attribuzione di funzioni pubbliche ai privati nel procedimento amministrativo, nei procedimenti contrattuali ad evidenza pubblica e delle funzioni certificatrici e di altre funzioni autoritative, si veda A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2005.

<sup>4</sup> M. NIGRO, *L'edilizia popolare come pubblico servizio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957; U. POTOSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964.

pubblica (art. 118, co. 1, Cost.), che è l'essenza del principio democratico di autorizzazione del popolo sovrano, secondo le forme (enti e organi) d'amministrazione indicati in parte seconda della Repubblica italiana per la cura d'interessi pubblici, che a tal fine – si è detto – sono dotati di una capacità che ricomprende, oltre agli atti di autonomia privata, anche l'assegnazione di poteri disciplinati dal diritto pubblico, che per necessità costituzionale sono soggetti al principio di legalità, non solo a limitazione delle libertà, ma anche a protezione delle medesime (parte prima).

La sovranità appartiene al popolo che la esercita nelle forme e nei limiti della costituzione (art. 1, co. 2, Cost.): nelle *forme di stato e di governo* che s'identificano con le istituzioni democratiche disciplinate in parte seconda della Costituzione (art. 114, Cost.) e nei *limiti* di una disciplina di nullità e annullabilità che per ciascuna funzione sono dettati in parte prima della Costituzione. Limiti (negativi e positivi) che, in particolare per la funzione amministrativa, assumono rilievo come disciplina costituzionale dei servizi pubblici o dei poteri d'autorità che l'ordinamento ha assegnato alle medesime istituzioni per la cura di interessi pubblici particolari.

## 2. Diritti costituzionali, principio di legalità e le tradizioni costituzionali comuni

Attività d'amministrazione che incontra dunque i limiti dettati dalla protezione – anzitutto costituzionale – delle posizioni soggettive, sia di tipo pretensivo sia di tipo oppositivo (estendendo un nostro lessico familiare), non solo dei diritti soggettivi ma anche degli interessi legittimi, che nella vulgata – ma non senza equivoco – possono dirsi “diritti di seconda generazione”, rispetto a quelli di terza o di quarta che si sono più di recente affermati come “diritti d'informazione”<sup>5</sup> e ancora prima “di partecipazione”<sup>6</sup>.

Diritto soggettivo che si conferma in Costituzione accogliendo la tradizionale distinzione dei medesimi come diritti a protezione delle persone individue, perciò anche delle loro organizzazioni, verso tutti (diritti assoluti) o come diritto ad ottenere una prestazione dal debitore (diritti di credito).

Non può ritenersi casuale che la definizione dei poteri pubblici accompagni in

---

<sup>5</sup> G. GARDINI, *Le regole dell'informazione: L'era della post-verità*, Torino, 2017, spec. 8 ss.

<sup>6</sup> Per i primi studi sul tema: M. NIGRO, *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, ora in ID., *Scritti giuridici*, vol. II, Milano, 1996; G. BERTI, *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Studi in memoria di Guicciardi*, Padova, 1975; F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 1952; per i più recenti sviluppi: F. SAITTA, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Percorsi di diritto amministrativo*, a cura di S. Cognetti, A. Contieri, S. Licciardello, F. Manganaro, S. Perongini, F. Saitta, Torino, 2014; M. D'ALBERTI, *La “visione” e la “voce”: le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2000.

Costituzione la definizione dei diritti o libertà, la cui protezione appunto è contestuale alla definizione dei poteri.

È stato detto esattamente<sup>7</sup> che la svolta del 1865 completa quella avviata in Italia con lo Statuto albertino (1848-1861)<sup>8</sup>, cioè compie la riunificazione dell'interpretazione in capo allo stesso giudice dei confini dei diritti soggettivi, siano essi quelli tra privati o di essi con il pubblico potere, una volta che siano stati assoggettati alla legge i poteri del governo e delle altre pubbliche amministrazioni (in ciò che è espressione della funzione di governo), definendo gli uni (poteri) per via dell'altro (diritti), leggendo gli uni (poteri) come protetti e definiti come norma speciale in deroga alla norma generale che definisce l'altro (diritti).

A quel tempo la legge era già necessaria come forma giuridica tipica di definizione degli uni (poteri amministrativi) e degli altri (diritti soggettivi), anche se talora la legge non può dirsi una sufficiente disciplina: perché vi sono le norme sovraordinate sui diritti fondamentali (costituzionali; trattati) o perché occorre procedere a un bilanciamento fra interessi il cui conflitto non è stato risolto dalla legge (principi, altre fonti non scritte).

Da qui i noti aforismi. L'affermazione del diritto soggettivo (es. di proprietà privata; di riunione in luogo pubblico) nega il potere dell'amministrazione pubblica ad esso contrapposto (espropriazione; divieto di assembramento); dove si afferma il potere amministrativo avente ad oggetto beni altrui (requisizione in uso; ordine chiusura di stabilimento per ragioni igieniche) cessa il diritto soggettivo correlato sullo stesso bene (proprietà o possesso; iniziativa economica).

Un diritto di credito o un debito può invece trovare titolo in un atto amministrativo previsto dalla legge (es. finanziamento o tributo), cioè sorgere per effetto dell'esercizio di un potere amministrativo. Ancora di più, l'atto amministrativo può essere mezzo di pagamento di un'obbligazione, dunque di un diritto di credito che è fondato su una legge preesistente, su un contratto o su un altro atto amministrativo, ove il diritto soggettivo può trovarsi correlato ad un obbligo o dovere della pubblica amministrazione di dare soddisfazione a un diritto soggettivo, sicché l'atto amministrativo si afferma come lo strumento giuridico utile a darvi attuazione.

La soluzione dell'800 affermata ancora sotto i vigori dello Statuto Albertino d'epoca liberale è stata confermata dalla Costituzione repubblicana con le norme che, a protezione delle libertà, prevedono riserve di legge sulla definizione dei poteri pubblici. Riserve assolute o relative che non differiscono nel richiedere una legge nella definizione degli elementi essenziali del provvedimento, la mancanza dei quali segna l'area della nullità dell'atto amministrativo (art. 21-*septies*, l. 7 agosto 1990, n. 241), ma nella definizione delle norme di azione: che è integralmente riservata alla legge solo per la definizione di principi e criteri direttivi che segna l'area dell'annuabilità.

---

<sup>7</sup> A. ROMANO, *La giurisdizione amministrativa esclusiva dal 1865 al 1948*, in *Dir. proc. amm.*, 2004.

<sup>8</sup> Questo modo si pone la scelta liberale del 1865 all. E, totalmente in linea con le leggi (Sicardi) di alcuni anni prima del Regno di Sardegna sull'abolizione dei tribunali ecclesiastici (1851), indicando un afflato liberale che lega le due norme nella mente della classe dirigente liberale dell'epoca.

A completamento del principio di legalità la Costituzione repubblicana recupera la cultura dei diritti naturali<sup>9</sup>, quella cultura che aveva proclamato universali i diritti dell'uomo<sup>10</sup> e che – attraverso il costituzionalismo americano<sup>11</sup> – è ritornata a fondamento della definizione giuridica dei nostri diritti soggettivi, come enunciati normativi di diritto positivo indisponibili non più solo agli atti di governo, ma anche alla legge, seppure la legge fosse ormai da tempo l'atto di volontà dell'organo di rappresentanza politica del popolo sovrano.

Indisponibilità costituzionale oltre la quale è possibile sia una conformazione dei diritti soggettivi per così dire *ad minus* del legislatore nazionale, regionale, o addirittura dei regolamenti locali (es. artt. 832, 869, 871, c.c.)<sup>12</sup>, sia come limitazione *ad major* per effetto dei trattati sovranazionali o internazionali.

Le radici di un diritto naturale o di ragione riemergono talora – non senza inequivoci – come cultura questa volta giuridica variamente enucleata: i principi dell'ordinamento giuridico nazionale<sup>13</sup> o sovranazionale, a fondamento convenzionale (CEDU) o istituzionale che è tratto dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri (CGUE)<sup>14</sup>, come “controlimiti” o come dialogo tra le corti, in ogni caso ... sempreché e sinché ... persista la mancanza di una legge o fonte equiparata o preferita ad essa (decreto legge o legislativo; direttiva dell'Unione Europea, ecc.) e sia necessario pervenire comunque ad un bilanciamento degli interessi in conflitto.

### 3. L'interesse pubblico tra nullità e annullabilità dell'atto amministrativo

Sinora l'interesse pubblico è stato richiamato a fondamento del potere pubblico,

---

<sup>9</sup> Il tema è stato affrontato da molti; selettivamente: B. PIEROTH, *Stato di diritto e diritti fondamentali in Germania*, Napoli, 2013, 33 s.; B. TIERNEY, *The Idea of Natural Rights. Studies on Natural Right, Natural Law and Church Law 1150-1625*, 1997, tr. it. *L'idea dei diritti naturali. Diritti naturali, legge naturale e diritto canonico 1150-1625*, Bologna, 2002; S. v. PUFENDORF, *De Jure Naturæ et Gentium*, 1672, *Il diritto della natura e delle genti*, ora, Padova, 2018.

<sup>10</sup> Per tutti da ultimo: V. FERRONE, *Storia dei diritti dell'uomo: l'illuminismo e la costruzione del linguaggio politico dei moderni*, Roma-Bari, 2014.

<sup>11</sup> M. BARBERIS, *Europa del diritto*, Bologna, 2008.

<sup>12</sup> Sui regolamenti locali si vedano da ultimo: M. C. ROMANO, *Autonomia comunale e situazioni giuridiche soggettive. I regolamenti conformativi*, Napoli, 2012, 7 s.; B. GAGLIARDI, *La polizia locale dei comuni*, Napoli, 2007, 43 s.

<sup>13</sup> Art. 12 preleggi. I precedenti storici: art. 3, Codice civile 1865.

<sup>14</sup> Corte giust. UE, 12 novembre 1969, Causa C-29-69 *Città di Ulm*; da ultimo: S. CASSESE, *The «Constitutional Traditions Common to the Member States» of the European Union*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 939 ss.; M. GRAZIADEI, R. DE CARIA, *The «Constitutional Traditions Common to the Member States» in the Case Law of the Court of Justice of the European Union: Judicial Dialogue at its Finest*, *ivi*, 949 ss.; O. PORCHIA, *Common constitutional values and the rule of law: an overview from the eu perspective*, *ivi*, 981 ss.

dunque come elemento essenziale dell'atto la cui mancanza determina la sua nullità (art. 21-*septies*, l. 7 agosto 1990, n. 241), e ciò può ritenersi esatto solo ove s'intenda la ragione del potere, o causa dell'atto amministrativo, come l'affermazione di una relazione giuridica di prevalenza tra un interesse definito pubblico e altri interessi pubblici o privati che l'ordinamento ha ritenuto di minore peso. Interessi che sono dunque pubblici perché la legge, o in base ad essa un ente territoriale, li ha ritenuti prevalenti su altri, che sono perciò di minore considerazione. Qui la norma di relazione è norma sul fondamento del potere in senso politico e giuridico.

Una volta definito come prevalente, l'interesse pubblico assume anche il diverso ruolo di funzionalizzazione dell'attività della pubblica amministrazione, la cui violazione è sanzionata dall'ordinamento con l'annullabilità dell'atto autoritativo o provvedimento amministrativo, ogni qualvolta la scelta discrezionale dell'amministrazione sia risultata illogica o incomprensibile.

Se il potere è strumento giuridico dato in ragione della preminenza di un interesse pubblico, non stupisce vedere affermata in sede teorica una "non libertà" dell'amministrazione a prendersene cura<sup>15</sup>, cioè di un potere-dovere che a prima lettura può apparire un ossimoro, ma che a ben vedere è una sintesi che ha riunito concetti ed oggetti differenti: l'obbligo dell'amministrazione di iniziare il procedimento e di concluderlo con un provvedimento espresso; il potere discrezionale dell'amministrazione di non emanare l'atto richiesto, che impone comunque di assolvere ad un *minimum* d'istruttoria e di attività conoscitiva<sup>16</sup>.

Ma l'enunciazione resta di teoria generale sino a quando (1889) la discrezionalità e gli *standards* d'amministrazione diventano sindacabili avanti al Consiglio di Stato e perciò diventa indisponibile all'amministrazione giudicare del perseguimento del fine d'interesse pubblico o dell'osservanza delle norme d'amministrazione, se il rapporto mezzo fine sia illogico o incomprensibile oppure contrario agli standard d'amministrazione o violando il riparto di competenza tra organi.

Il 1889 è scelta istituzionale di completamento del Governo parlamentare, di quel governo parlamentare in cui la legge travalica gli originari confini di una legge intesa in senso materiale assumendo invece in modo crescente contenuti d'amministrazione che si vuole osservati dagli enti territoriali, di cui la neo-istituita IV sezione diventa sede di contenzioso. Con leggi d'amministrazione si superano così i tradizionali confini statutari riservati alla legge, che i teorici pre '89 limitavano nell'oggetto alla definizione dei confini tra diritti e pubblici poteri, lasciando le scelte d'amministrazione al sistema elettorale e alla giustizia nell'amministrazione.

La svolta chiarisce che il corretto modo di perseguire l'interesse pubblico e la distribuzione di competenze tra organi degli enti pubblici, non sono più questioni che possano essere lasciate all'agone politico e sul piano sostanziale diventa chiaro che

---

<sup>15</sup> V. CERULLI IRELLI, *L'amministrazione "costituzionalizzata"*, cit., 81.

<sup>16</sup> Accertamento della non pericolosità di un edificio per la sicurezza pubblica e conclusione del procedimento di non emanare alcun atto.

l'atto amministrativo non si limita a un rapporto fra parti dell'atto, poiché assume rilievo giuridico la produzione degli effetti verso i terzi<sup>17</sup>, cui perciò è data legittimazione all'impugnazione<sup>18</sup>.

Se la scelta di perseguire interessi pubblici è funzionalizzata dal diritto sostanziale, avanti al giudice amministrativo la logicità e comprensibilità di tale cura è sindacabile sia come scelta, sia come non scelta (oggi anche come rilevanza del silenzio, seppure senza equiparazione all'atto).

Sennonché anche nella funzionalizzazione credo si debba distinguere tra quella indisponibile al legislatore (per scelta costituzionale o di altra fonte sopra ordinata) da quella che è tale per scelta del legislatore: un tempo i contratti e i concorsi pubblici; oggi i finanziamenti e le provvidenze comunque denominate (art. 107 del TFUE; art. 12, l. n. 241/1990).

L'autonomia funzionalizzata, la sua sindacabilità da parte di destinatari e dei terzi, ha condotto inevitabilmente al procedimento e da questo logicamente alla partecipazione degli interessati, con un ciclo di elaborazione teorica che si è coronato con la legge sul procedimento amministrativo (l. 7 agosto 1990, n. 241).

Un coronamento che secondo alcuni si è completato davvero solo con la successiva riforma della legge medesima (l. 11 febbraio 2005, n. 15) e con il nuovo processo amministrativo (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104), due leggi che hanno definitivamente affermato i caratteri soggettivi della tutela contro gli atti della pubblica amministrazione; secondo altri la ragione che dell'epitaffio del sistema (oggettivo) di giustizia amministrativa del 1889, poi fatto proprio dalla nostra costituzione repubblicana<sup>19</sup>.

Una contrapposizione che per i fautori del completamento del disegno riformatore ha *finalmente* riavvicinato la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi (art. 24 Cost.)<sup>20</sup>; che per i secondi invece ha *snaturato* o più precisamente fatto cadere i caratteri costituzionali di una differente tutela giurisdizionale (artt. 102-103 Cost.).

---

<sup>17</sup> Così V. CERULLI IRELLI, *L'amministrazione "costituzionalizzata"*, Torino, 2019, 79, e *passim*.

<sup>18</sup> Alb. ROMANO, *La situazione legittimante al processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 511 s. da ultimo: S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, 2019.

<sup>19</sup> Alb, ROMANO, *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dopo la legge n. 205 del 2000 (Epitaffio per un sistema)*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 602 s.

<sup>20</sup> Opinione oggi largamente prevalente, per tutti M. CLARICH, *Manuale di giustizia amministrativa*, Bologna, 2020, 15. Nega che le due riforme dell'800 costituiscano un "quadro armonico": F.G. COCA, *Giustizia amministrativa*, Torino, 2014, 33. A favore dell'unica giurisdizione del giudice ordinario: A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa*, Milano, 2005, 42; L. FERRARA, *I riflessi sulla tutela giurisdizionale dei principi dell'azione amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento: verso il tramonto del processo di legittimità?*, in *Dir. amm.*, 2006, pp. 591-607, in M.P. CHITI, G. PALMA (a cura di), *I principi generali dell'azione amministrativa*, Napoli, Jovene, 2006, pp. 41-57; cfr. A. TRAVI, *Per l'unità della giurisdizione*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 380.

#### 4. La rivoluzione dell'intelligenza artificiale tra democrazia e tecnologia

Una terza rivoluzione sta investendo la pubblica amministrazione. Dopo la prima che è stata la rivoluzione liberale (1848/61-1865-1889) e la seconda quella costituzionale (1948-1990), siamo agli albori di una terza<sup>21</sup>, che è quella che è stata variamente denominata come *intelligenza artificiale, machine learning, reti neurali*.

Si tratta della *Rivoluzione digitale dell'amministrazione pubblica*, una rivoluzione che – ben oltre le prospettive di una informatizzazione degli uffici e degli atti amministrativi<sup>22</sup> – pone al centro della produzione del diritto obiettivo i comportamenti organizzati, di cui è possibile dare una definizione predittiva, ove assume un particolare rilievo il principio della relatività degli ordinamenti giuridici (2020), quello della trasparenza e *open data*<sup>23</sup>, non ultimo quello dell'atto formale.

Una *rivoluzione* in cui l'aggettivo *tecnologica* è utile a ricordarci che anche questa volta, grazie ad essa, si può conoscere nel suo dettaglio il comportamento umano organizzato oggettivamente, rivelando norme che lo disciplinano “probabilisticamente”, poiché anche questa volta la tecnologia consente un enorme salto conoscitivo<sup>24</sup>, così come l'invenzione del microscopio ci ha rivelato i microrganismi, i loro comportamenti e i loro effetti.

Si tratta di una rivoluzione in senso proprio che coinvolge sia la struttura della

<sup>21</sup> Il numero di rivoluzioni che sta interessando la nostra epoca varia a seconda del punto di vista: se si sceglie quello della filosofia informatico-giuridica l'attuale corrisponderebbe alla quarta rivoluzione c.d. dell'info-sfera, successiva a quella copernicana, darwiniana e freudiana; per tutti si veda: L. FLORIDI, *The fourth revolution*, Oxford, 2014; se si sceglie, invece, il punto di vista dell'industria, la rivoluzione 4.0 dell'automazione dei processi starebbe velocemente lasciando lo spazio alla rivoluzione 5.0 incentrata su di una nuova integrazione uomo-robot.

<sup>22</sup> L'omaggio non può che essere a G. DUNI, *Teleamministrazione*, in *Enc. giur., ad vocem*, vol. XXX, Roma, 1993; ID., *Il documento informatico: profili amministrativi*, in *Leg. e Giust.*, 1995, 362 s.; ma anche: A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, Napoli, 1993; U. FANTIGROSSI, *Automazione e pubblica amministrazione*, Bologna, 1993; E. ZAFFARONI, *L'informatizzazione della pubblica amministrazione*, in *Foro amm.*, fasc. 7/8, 1996, 2519 ss.; M. MINERVA, *L'attività amministrativa in forma elettronica*, in *Foro amm.*, 1997, 1301 ss.; in generale, sull'amministrazione digitale, si veda *amplius*, S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA (a cura di), *La tecnificazione*, vol. IV, Firenze University Press, 2016, con contributi sull'amministrazione digitale da pp. 57 a 200 tra cui DELGADO, D'ANGELOSANTE, OROFINO; G. SGUEO, *L'amministrazione digitale*, in *Giorn. dir. amm.*, fasc. 1, 2016, 114-118; sulle potenzialità di un'amministrazione pubblica 4.0, si veda: D.U. GALETTA, J. GUSTAVO CORVALÁN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *Federalismi*, fasc. 3, 2019.

<sup>23</sup> Per l'*open data* e l'*open government* cfr. Direttiva del Consiglio UE n. 1024/2019, con cui è stata ampliata la disciplina della riutilizzabilità dei dati pubblici, comprendendo ora anche quelli relativi alla ricerca condotta con fondi pubblici; D. U. GALETTA, *Open Government, Open Data e azione amministrativa*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2019, 663; G. ORSONI, E. D'ORLANDO, *Nuove prospettive dell'amministrazione digitale: Open Data e algoritmi*, *ivi*, 593.

<sup>24</sup> Sulle potenzialità conoscitive che la rivoluzione digitale offre alla pubblica amministrazione si veda 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*, 2, 2017, 426 s.

Repubblica, sia il modo di operare dei pubblici poteri, sia questo l'esercizio di funzioni o di servizi pubblici, la gestione di banche dati<sup>25</sup> o la manifestazione di una libera scienza<sup>26</sup>.

Alcuni pensano che l'Intelligenza artificiale sia un portato tecnologico eversivo del nostro assetto costituzionale. Senza volere risolvere in radice la questione appare di rilievo provare almeno a capire se dell'intelligenza artificiale non sia possibile predicare un'accezione, un suo uso conforme a Costituzione.

Il principio democratico con la rappresentanza politica del popolo sovrano ha dettato la nostra geometria costituzionale: "l'individuo cittadino, liberato da ogni vincolo collettivo e ridotto al suo elemento primordiale" di individuo<sup>27</sup> è elevato a fondamento della Costituzione della Repubblica italiana, sia in parte prima (diritti e doveri), sia in parte seconda (ordinamento della Repubblica).

La rilevanza giuridica dell'individuo è il fondamento della sovranità ed essenziale geometria istituzionale in un duplice significato: una cultura plurisecolare fondata sul diritto naturale – sia per i diritti sia per i doveri – ha trovato conforto nel massimo livello offerto dal diritto positivo (parte prima); quanto al secondo è stato sufficiente ricordare che gli enti territoriali sono enti associativi degli individui che v'appartengono come residenti, enti che sono dotati di propri statuti, poteri e funzioni secondo i principi fissati dalla Costituzione (parte seconda).

Nell'ente gli uffici (ente-apparato) sono costituzionalmente sottoposti all'ente comunità (associazione di residenti), attraverso organi politici che della stessa si dicono rappresentativi (in primo o secondo grado), ai quali sono attribuiti i poteri di indirizzo e di controllo sull'attività degli uffici (ente-apparato), declassando ogni altro ente non territoriale o non di governo della Repubblica con la sottoposizione all'indirizzo politico degli organi di governo statali o degli enti territoriali (enti strumentali; *in house providing*), salvo quelli che a tale indirizzo siano sottratti per ragioni istituzionali (autorità indipendenti di ieri e di oggi).

Quest'indiscussa ed essenziale geometria istituzionale di oltre centotrent'anni è entrata in crisi per molte e convergenti ragioni. Il mito delle autonomie democratiche di assolvere a politiche proprie si è infranto contro i crescenti limiti di spesa pubblica e d'indebitamento (artt. 81 e 119 Cost.); l'affacciarsi di nuovi livelli di governo ha messo in crisi l'assetto istituzionale sia al centro (Stato e UE) sia a livello locale (comune, province regioni). I caratteri e la capacità d'organizzazione pubblica (artt. 97, 98, 117, co. 6, Cost.) si sono infranti di fronte alle non poche discipline

---

<sup>25</sup> Sul rapporto tra le banche dati e i principi costituzionali: G. RAO, *Informatica, banche dati e principi costituzionali*, in *Nuove dimensioni nei diritti di libertà. Scritti in onore di Paolo Barile*, Padova, 1990, 473-511; sull'interoperabilità delle banche dati: G. CARULLO, *Big data e pubblica amministrazione nell'era delle banche dati interconnesse*, in *Concorrenza e mercato*, fasc. 1, 2016; per analisi sistemica: F. CARDARELLI, *Le banche dati pubbliche: una definizione*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, Milano, 2002.

<sup>26</sup> F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, 459 s.

<sup>27</sup> A. GRAMSCI, *La Sovranità della legge*, in *Ordine Nuovo*, Torino, 1954, 4.

di uniformità: la privatizzazione del rapporto di lavoro; la privatizzazione della forma degli enti di gestione dei servizi pubblici; l'avvento della disciplina sulla *privacy* che ha soffocato il principio di pubblicità e trasparenza.

Il nuovo rapporto spazio tempo<sup>28</sup> dato dalla tecnologia sulle comunicazioni (TAV; Internet) ha sovvertito la già fragile geometria costituzionale<sup>29</sup>: favorendo alcuni centri e declassandone inesorabilmente altri. Come ci rivelano gli studi sul *digital divide*<sup>30</sup>, ma ancor prima la costruzione di autostrade e ferrovie, non si tratta affatto di una conquista omogenea per tutti, ma di vantaggi sistemici che accentuano la dipendenza a rete tra i territori, favorendone alcuni e declassandone altri, con alcuni centri che fungono da poli ed altri che ne dipendono funzionalmente, secondo una geometria che assume sempre più un carattere istituzionale.

Geopolitica delle reti<sup>31</sup> e sviluppo delle stesse che – si è detto – già nota da tempo con le reti materiali delle strade, del gas di città, ferroviarie, elettriche, del telefono, del gas metano, autostradali; ma anche immateriali come le reti professionali, delle organizzazioni politiche o sindacali, che tuttavia oggi assumono un'importanza particolare. Infatti se è vero che sono in esponenziale sviluppo non solo le reti fisiche e visibili, ma anche quelle immateriali, ciò che assume particolare importanza è la concentrazione e perciò l'interscambio tra esse che è oggi possibile nelle maggiori città (*hub* per tutte le altre). Le città sviluppano professionalità e innovazione proprio per il carattere d'essere in rete con altri<sup>32</sup>, perché è un punto-rete (*hub*), meglio *un punto-rete di una pluralità di reti*, che consente di essere interconnessi sia in una rete, sia con tutte le altre reti<sup>33</sup>.

<sup>28</sup> Sul punto si veda nuovamente L. FLORIDI, *The Fourth revolution*, cit., che evidenzia come l'impatto delle nuove tecnologie della comunicazione ed informazione abbia modificato inesorabilmente la relazione spazio-tempo: è ora possibile, con la tecnologia 5G, essere in punti diversi in un lasso di tempo molto breve.

<sup>29</sup> Nel tempo in cui sino a pochi anni or sono dalla periferia si raggiungeva il capoluogo di provincia o in quello minore in cui dalla periferia di una metropoli si raggiungeva il centro, ora si uniscono due metropoli: circa minuti 55 Torino-Milano; minuti 39 Bologna-Firenze; minuti 70 Roma Napoli.

<sup>30</sup> Per tutti: S. RODOTÀ, *Beni comuni: una strategia globale contro lo human divide*, in M.R. MARELLA (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato*, Verona, 2012, 311 ss.; L. NANNIPIERI, *La dimensione costituzionale del digital divide. In particolare gli ostacoli cognitivi alla proiezione dell'individuo nello spazio virtuale*, in M. NISTICÒ, P. PASSAGLIA (a cura di), *Internet e Costituzione*, Torino, 2013, 189 ss.; D. DONATI, *Digital divide e promozione della diffusione delle ICT*, in F. MERLONI (a cura di), *Introduzione all'e-government. Pubbliche amministrazioni e società dell'informazione*, Torino, 2005, 209 ss.; in generale, sul delicato tema dell'accesso alla rete si veda P. OTRANTO, *Internet nell'organizzazione amministrativa. Reti di libertà*, Bari, 2015, spec. 71 s.

<sup>31</sup> Sull'assetto geopolitico tra poteri nell'era digitale, si veda da ultimo AA.VV., *La geopolitica del digitale*, a cura di J.P. Darnis e C. Polito, Roma, 2019, in particolare *ivi*, sul futuro della *governance* di Internet, C. POLITO, 105 ss.

<sup>32</sup> Cfr. KANTER, *World Class: Thriving Locally in the Global Economy*, New York, 1995; R. FOSSIER, *Enfance de l'Europe*, Paris, 1982, tr. it. Tokeri Capra, *L'infanzia dell'Europa*, Bologna, 1987, 921-922; AA.VV., sul pensiero comunali in Europa: G. PAVIANI, L. PEGORARO, *Municipi d'occidente*, Roma, 2006, AA.VV., *L'Europa dei comuni*, a cura di P. Dogliani, O. Gaspari, Roma, 2003, 63 s.; 97 s.

<sup>33</sup> Cfr. L. MUNFORD, *La cultura delle città*, cit., 466, ove s'indica la ricerca da parte dell'individuo

Il carattere a rete è indubbiamente esaltato dalla tecnologia e dalla concentrazione degli investimenti (piove sul bagnato), ma il punto sono le dipendenze tra i centri che ora assumono un carattere istituzionale. Se l'organizzazione produttiva agricola e della grande industria è stata concepita come residenziale, di lavoratori stanziali intorno ad un territorio o addirittura concentrati in stabilimenti, la crisi di quel modello di sviluppo economico rende meno importante il governo dell'ente territoriale come associazione di residenti e come governo di prossimità. Al centro è oggi il governo dei flussi che si osserva nella città, quella città – diversa dal comune che è ente e comunità della popolazione residente – che si vuole ora vedere come un nodo da e verso altri, siano essi centri più piccoli o più grandi, ulteriormente connessi con l'intero mondo *ad minus* o *ad major*.

La città ha dunque un ruolo istituzionale verso i centri minori e verso i maggiori, definendo il posizionamento relativo di ciascun appartenente alla rete: definisce il proprio e delimita quello dei centri che ne dipendono, che lo assumono come punto rete<sup>34</sup>, determinando declassamenti non sono di sé ma di tutte le reti che l'attraversano come flusso e l'assumono come punto rete. La città contribuisce a definire la posizione dei centri maggiori ove possa assumerli come referenti della propria posizione di punto rete.

## 5. Dal governo dei residenti all'amministrazione dei flussi

Una pluralità di persone organizzate oggettivamente segnano i tempi e i modi di fruizione della città, secondo flussi – questo il punto – che non sono casuali, ma necessitati dalle interazioni che nel tempo selezionano comportamenti organizzati<sup>35</sup> non come comportamenti di individui, ma di gruppi o comunità (anche di non residenti), con una periodicità che ormai si è cominciato a studiare come dato organizzato oggettivamente (*data analysis* o *big data*)<sup>36</sup>.

---

della campagna, del chiostro, del convento come raccoglimento di sé; si consenta il rinvio a R. CAVALLO PERIN, *La città come ordinamento giuridico*, in *Munus*, 2, 2019.

<sup>34</sup> Sulla non casualità della struttura reticolare si veda A. LAZLO, BARABASI, *Network science*, Cambridge University Press, 2016.

<sup>35</sup> Reti in sé considerate – di lavoro, di studio, del turismo, della cultura, dello sport, ecc. – o con la pluralità reti compresenti, perciò in città si può passare da una rete all'altra, anche ove le interconnessioni siano limitate e lascino gli appartenenti a ciascuna rete normalmente del tutto estranei.

<sup>36</sup> La letteratura sul punto è numerosa, per una prima ricostruzione sistematica della letteratura sul tema si veda A. DE MAURO, M. GRECO, M. GRIMALDI, *What is big data? A consensual definition and a review of key research topics*, in *AIP Conference Proceedings*, 2015; per il profilo dell'uso dei big data come strumento di governo del territorio si veda *ex multis*, R. KITCHIN, *The real-time city? Big data and smart urbanism*, in *Geo Journal*, 79, 2014; R. KITCHIN, T.P. LAURIAULT, G. MCARDLE, *Knowing and governing cities through urban indicators, city benchmarking and real-time dashboards*, in *Regional Studies, Regional Science*, 2015. Sull'uso dei big data per comprendere i comportamenti dei consumatori si

Governare i flussi non è governare una popolazione residente (ente territoriale), poiché assume rilievo la conoscenza del possibile, delle dinamiche in corso e del potere reale di influirvi, comprendendo che ogni flusso non è l'insieme di individui singoli, ma oggettiva organizzazione, che ha regole sue proprie che ormai sono riconoscibili e di cui occorre tenere conto come di regole giuridiche istituzionali del flusso stesso, contro le quali non è possibile andare frontalmente, che occorre invece conoscere intimamente per sapere governare il singolo flusso e ancor più la dinamica che lo determina.

È ormai chiaro che ogni flusso d'entrata e ogni flusso d'uscita dalla città ha regole sue proprie che influiscono sull'organizzazione delle code delle auto e sulla fruizione dei trasporti pubblici locali; al pari della vita e delle abitudini familiari che determinano l'organizzazione dei servizi pubblici del ciclo completo delle acque, della raccolta rifiuti, degli orari degli esercizi commerciali.

Non diversamente è l'andamento degli studi universitari o degli studenti fuori corso che è dato da caratteri che individuano popolazioni con alte o basse possibilità di conseguire la laurea entro 6, 7, 8 o 12 anni. In questo come in altri casi si tratta di comportamenti che non hanno nulla di singolare o di casuale, ciò che manca è la conoscenza da parte degli individui dell'andamento dei flussi in cui vivono; manca la consapevolezza che sono i comportamenti di molti individui a determinare il flusso, che nel flusso vi sono un complesso, né uniforme né univoco, di comportamenti necessitati che l'individuo subisce o di cui può avvantaggiarsi; che l'appartenenza ad un determinato gruppo nel flusso non è irreversibile, ma che può cambiare al variare di alcuni comportamenti, dell'individuo o del gruppo di riferimento (es. una sequenza d'esami meglio correlata all'andamento di studi pregressi; quali studiare in gruppo; quando utilizzare la didattica on line; ecc.).

Per l'individuo già la conoscenza dell'andamento flusso che lo riguarda può essere giuridicamente rilevante, perché dà consistenza alla capacità d'appartenenza, poiché l'andamento dei comportamenti individuali rispondono a regole che una volta comprese consentono di prevedere il comportamento istituzionale di una pluralità di persone o comunità che consegue ad un fatto o atto di governo: chiudere al traffico una strada, togliere un cavalcavia, sopprimere un esame o consentire un cambio di corso di studi, cambiare una destinazione urbanistica.

Ciò è rilevante in sé per ogni individuo, per le sue posizioni soggettive siano diritti o interessi legittimi, anzitutto di poter accedere alle informazioni che lo riguardano e che risultino essenziali per sé, per il suo diritto della personalità, per la fruizione di ogni sua ulteriore posizione soggettiva, a prescindere da chi ne abbia la titolarità o disponibilità, siano essi soggetti giuridici pubblici o privati.

Ciò è rilevante ancor prima per la pubblica amministrazione che deve curare interessi pubblici, disponendo per l'esercizio di funzioni o organizzando per l'erogazione di servizi pubblici, in generale per la sua capacità come organo o ente in cui si

---

veda M. MAGGIOLINO, *Big data e prezzi personalizzati*, in *Conc. e Merc.*, 23, 2016; nonché F. DI PORTO, *La rivoluzione big data. Una introduzione*, in *Conc. e Merc.*, 23, 2016.

articola la Repubblica italiana, ove l'attività conoscitiva assume rilevanza in sé a prescindere da ogni sua utilizzazione per l'esercizio di funzioni (istruttoria) o per l'erogazione di servizi (vigilanza, valutazione, monitoraggio, ecc.).

Un'attività conoscitiva della pubblica amministrazione che ha di per sé una rilevanza giuridico-istituzionale e che sempre più caratterizza l'amministrare pubblico del nuovo millennio.

## 6. Algoritmi a atti amministrativi: un periodo di sperimentazione

Le prime sentenze amministrative hanno espresso censure proprio con riferimento ad atti amministrativi emanati in forza di algoritmi<sup>37</sup>: perché manca l'intermediazione dell'intelligenza umana, o più tenuamente ammettendone la possibilità nei soli casi di attività vincolata, comunque negando la legittimità ove risulti intellegibile<sup>38</sup>, non ricostruibile e immotivata la scelta operata dall'intelligenza artificiale.

Certo un sapere *antimodernista* ha da sempre accompagnato le grandi e soprattutto repentine innovazioni tecnologiche della storia, così come sta avvenendo per l'intelligenza artificiale, ma non si può negare che il fenomeno tecnologico in esame tocchi indubbiamente questioni giuridiche di diritto pubblico<sup>39</sup> di grande importanza e rilevanza istituzionale.

Anzitutto vi è un problema di legittimazione del decisore, cioè entro che limiti possiamo in via generale ipotizzare che le macchine possano sostituire l'uomo, così come è avvenuto per taluni servizi pubblici (metropolitane, aerei, talune prestazioni sanitarie di diagnosi e cura, robot chirurgico, ecc.) o per attività di polizia amministrativa (semaforo, riconoscimento delle impronte digitali e poi facciali di controllo alle dogane o negli aeroporti).

---

<sup>37</sup> Cfr. TAR Lazio, sez. III-*bis*, sent. n. 9225/2018, il cui concetto è ripreso in TAR Lazio, sez. III-*bis*, sentt. 9227 e 9230/2018; precedentemente TAR Puglia, sez. I, sent. n. 806/2016. Sul riconoscimento del diritto di accesso all'algoritmo: TAR Lazio, sez. III-*bis*, n. 3769/2017; R. FERRARA, *Il giudice amministrativo e gli algoritmi. Note estemporanee a margine di un recente dibattito giurisprudenziale*, in *Diritto amministrativo*, in corso di pubblicazione in *Dir. amm.*, 4, 2019.

<sup>38</sup> Sulle prime criticità poste dalla non intellegibilità dell'algoritmo: C. COGLIANESE, 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; sulle recenti applicazioni e criticità, soprattutto con riferimento al caso francese, si veda G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici. Predeterminazione, analisi predittiva e nuove forme di intellegibilità*, Napoli, 2019, spec. 117 ss.

<sup>39</sup> Per una prospettiva dal punto di vista del diritto costituzionale: 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. eur.*, 2019. Per un'analisi delle ricadute della rivoluzione tecnologica sul processo penale si veda S. QUATTROCOLO, *Equità del processo penale e automated-evidence alla luce della convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, 2, 2019.

Dalla legittimazione si distingue un'altra questione – talora confusa con la precedente – relativa a quale cultura debba disciplinare la decisione amministrativa assunta con l'algoritmo e le conseguenti controversie: il diritto o l'informatica (con CTU o introducendo informatici tra i giudici amministrativi).

Ancora differente è la questione non sempre chiara, anche nella rappresentazione degli specialisti d'intelligenza artificiale, di quale innovazione (moderata innovazione, casuale, o con *revirement*) sia capace l'intelligenza artificiale, con quali caratteristiche e andamenti, ed entro quali limiti si possa accondiscendere a una tale legittimazione.

Altre questioni paiono invece di minore peso rispetto alle precedenti: così il difetto di motivazione<sup>40</sup> e la più volte denunciata opacità dell'algoritmo<sup>41</sup>.

Quanto alla prima non sempre si precisa se il difetto di motivazione sia riferito all'algoritmo come atto amministrativo o all'atto applicativo che ne scaturisce in *automatico*<sup>42</sup>. L'algoritmo come atto amministrativo è stato considerato atto normativo, o quanto meno atto generale<sup>43</sup>, sicché è sufficiente ricordare che è propria della nostra tradizione giuridica che questi non si debbano motivare, anche se eccezioni si sono affacciate negli ultimi anni<sup>44</sup>, con particolare riferimento alle fonti dell'Unione Europea<sup>45</sup>. Per l'atto applicativo invece è possibile ipotizzare che se l'algoritmo sia capace di cavare il dispositivo, lo stesso possa essere programmato affinché ne ponga anche la relativa motivazione.

Non si può dimenticare che con il silenzio significativo – sia esso di rigetto o di

<sup>40</sup> Di nuovo sul punto si veda il punto 3.2 della sentenza TAR Lazio, sez. III-*bis*, sent. n. 9227/2018.

<sup>41</sup> Per tutti si veda F. PASQUALE, *Black box society. The secret algorithms that control money and information*, Harvard University Press, 2015; sulla superabilità dell'oscurità dell'algoritmo attraverso il riconoscimento del software della qualificazione di atto amministrativo informatico, si veda la succitata sentenza TAR Lazio, sez. III-*bis*, n. 3769/2017.

<sup>42</sup> Sull'algoritmo come insieme ordinato di regole che per mezzo dell'inserimento di *input* definisce la decisione si veda A. MASUCCI, *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie. Il procedimento amministrativo elettronico ad istanza di parte*, Torino, 2011, spec. 82 ss.

<sup>43</sup> Sulla natura giuridica del software come atto amministrativo generale si veda: U. FANTIGROSSI, *Automazione e pubblica amministrazione*, cit., spec. 109 s.

<sup>44</sup> Principio di eguaglianza e il principio di ragionevolezza hanno favorito la motivazione degli atti normativi cfr. art. 296 del TFUE; per tutti: V. CRISAFULLI, *Sulla motivazione degli atti legislativi*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1937, I, 415 ss.; G. LOMBARDI, voce *Motivazione (dir. cost.)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. X, Torino, 1964, 954 s.; P. CARETTI, voce *Motivazione (dir. cost.)*, in *Enc. giur.*, vol. XX, Roma, 1990; L. VENTURA, *Motivazione degli atti costituzionali e valore democratico*, Torino, 1995, 111 s.; N. LUPO, *Alla ricerca della motivazione delle leggi: le relazioni ai progetti di legge in Parlamento*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Osservatorio sulle fonti*, Torino, 2001, 67 ss.; S. BOCCALATTE, *La motivazione della legge. Profili teorici e giurisprudenziali*, Padova, 2008; Q. CAMERLENGO, *La causa della legge*, in *Giur. cost.*, 2014, 3647 s.; 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.

<sup>45</sup> Sui considerando delle direttive si vedano per tutti: B.G. MATTARELLA, voce *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.

accoglimento (art. 20, l. n. 241/1990, 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 di ogni dispositivo<sup>46</sup>.

Di maggiore spessore teorico è la critica sull'opacità dell'algoritmo, ove risulti non intellegibile o non ricostruibile la scelta operata dall'amministrazione utilizzando l'intelligenza artificiale. Al netto di errori di fatto o di programmazione<sup>47</sup> – dunque ipotizzando che all'intelligenza artificiale sia stata data un'esatta ricostruzione dei fatti rilevanti e delle decisioni pregresse sui fatti medesimi – la correttezza della ripetitività dell'algoritmo o di una sua capacità d'apprendimento dipende dai casi (*input*) che sono stati forniti all'algoritmo medesimo e al peso che ogni elemento ha nell'analisi.

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 della scarsa intellegibilità delle decisioni a suo tempo assunte ... dall'uomo.

Sarebbe di grande interesse verificare quale sia il peso di taluni preconcetti o addirittura discriminazioni nell'assunzione delle decisioni, come nel caso statunitense divenuto famoso (*Eric Loomis vs State of Wisconsin*) ove la libertà vigilata è stata negata dal giudice in ragione del Report prodotto dal software *Compas* che palesemente discriminava le persone di colore come soggetti ad alta probabilità di recidiva, con ciò dimostrando che – contrariamente a quanto si pensa – è proprio l'algoritmo a rivelare la discriminazione contenuta nelle pregresse scelte umane date come *input* all'algoritmo.

È dunque l'inserimento casistico e la successiva analisi operata dagli algoritmi che può rivelare l'opacità di un esercizio del potere amministrativo o giurisdizionale in determinati settori o periodi.

Sotto altro profilo occorre non dimenticare che è proprio della nostra cultura giuridica l'analisi critica dei casi giurisprudenziali atta a rivelare la *ratio decidendi*

---

<sup>46</sup> Sul silenzio per tutti da ultimo: M. D'ORSOGNA, R. LOMBARDI, *Il silenzio-assenso*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, II ed., Milano, 2017, 965; E. SCOTTI, *Silenzio-assenso*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, 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; A. TRAVI, *Silenzio assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, Padova, 1985; F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971, 272. Nel silenzio «il provvedimento non c'è. Ci sono solo determinati elementi – per l'essenziale, l'istanza del privato e la protratta inerzia dell'amministrazione –, che una disposizione legislativa prende a presupposti, perché si debbano considerare verificati gli effetti che determina: appunto, *ex lege*»: 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.

<sup>47</sup> Di cui il caso sottoposto all'attenzione del TAR Lazio e risolto con la sent. n. 3769/2016 è un esempio che ha mostrato un grossolano errore di programmazione, con la conseguenza che i docenti sono stati assegnati a sedi in base ad una scelta del tutto irragionevole.

che – a prescindere dagli *obiter dicta* – fonda la relazione tra fatto e dispositivo, proprio quel procedimento logico che è posto alla base dell'operare degli algoritmi.

Forse è venuto il momento di aprire un periodo di sperimentazione che accompagni la legittimazione dell'amministrare pubblico per algoritmi, non molto diversamente da quanto si svolge ormai da tempo con gli aerei di linea o con la chirurgia robotica, ove la cooperazione uomo macchina si è affermata ormai da anni, aprendo alle esperienze su larga scala e lasciando ancora un po' di tempo alla riflessione teorica che potrà avvenire – per così dire – a ragion veduta.

Si può affidare all'algoritmo il compito di elaborare la proposta di provvedimento di risposta ad un'istanza o elaborata per procedimenti d'ufficio che, grazie all'immediatezza dell'algoritmo, può essere comunicata sin da subito, consentendo di assumere la decisione alla luce della partecipazione degli interessati e al contraddittorio tra gli intervenienti sulla proposta elaborata dall'algoritmo.

La soluzione sperimentale è conforme alle migliori ricostruzioni del procedimento amministrativo<sup>48</sup> che vedono nella comunicazione di avvio l'atto di divulgazione della *proposta di provvedimento* dell'amministrazione, cui seguono pareri e osservazioni di enti pubblici e privati coinvolti [interessi individuali, diffusi, collettivi] con verifica e eventuale modificazione da parte dell'amministrazione della proposta medesima, con definizione del procedimento e pubblicazione dell'atto espresso, salvo eccezioni.

La sperimentazione suddetta può consentire di verificare l'applicazione dell'intelligenza artificiale ai procedimenti amministrativi: la comunicazione di tutti i procedimenti può avvenire automaticamente a tutti i destinatari e ai controinteressati (art. 7, l. n. 241/1990, cit.) e risultare dal sito Web proprio al fine di consentire l'intervento degli interessi diffusi cui possa derivare un pregiudizio (arg. ex art. 9, l. n. 241/1990, cit.).

Di interesse può risultare un contraddittorio mirato sull'esito della proposta sin da subito fornita dall'algoritmo, cui affiancare un'analisi comparativa con gli esiti di casi ritenuti uguali che l'algoritmo sottopone al decisore, secondo una sequenza sperimentale il cui esito ultimo è la certificazione di qualità dell'algoritmo oppure la sua revisione.

La fase sperimentale può dunque consentire di modificare l'algoritmo ove produca risultati aberranti, oppure di scostarsi dalla proposta fornita dall'algoritmo – inteso come atto generale – adottando una soluzione difforme che dello scostamento offra la congrua motivazione. Pluralità di scostamenti che il sistema può analizzare ed accogliere sino a pervenire ad una rettifica generale dell'algoritmo (dall'eccezione alla regola).

La necessaria intermediazione umana va dunque intesa anzitutto come quella *ex ante*, che è accolta dall'algoritmo in ragione dei casi pregressi prescelti come *input* per l'algoritmo, unitamente agli elementi d'analisi (pesi) ad esso imposti sempre per

---

<sup>48</sup> V. CERULLI IRELLI, *L'amministrazione "costituzionalizzata" e il diritto pubblico della proprietà e dell'impresa*, Torino, 2019, 71 s.

intermediazione umana. Il provvedimento finale emanato dall'uomo sarà: confermativo e certificativo dell'algoritmo inteso come atto generale; in deroga ad esso ove dello scostamento si possa dare congrua motivazione; infine provocare una revisione dell'algoritmo perché la proposta iniziale si è rivelata aberrante o perché l'analisi delle eccezioni ha dell'algoritmo consigliato una revisione.

Non resta che augurarci di arrivare a breve ad una buona intelligenza artificiale per l'amministrare pubblico, che ci porti finalmente ad una buona amministrazione, grazie alla paziente correzione degli errori umani che forse le macchine possono offrirci, poiché una buona amministrazione è essenziale per dare effettività alla nostra costituzione.