

SENTENZE E ATTUALITÀ

Alessandra Coiante*

*Il Giudice amministrativo delinea le regole
del (nuovo) procedimento algoritmico?*

Riflessioni a margine di Cons. Stato, Sez. VI, n. 8472/2019

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il c.d. algoritmo di mobilità e i (dis)orientamenti del Giudice amministrativo – 3. L'iter motivazionale della pronuncia – 3.1. Il potere dell'amministrazione di ricorrere agli algoritmi e l'art. 22 del GDPR – 3.2. L'apertura del Consiglio di Stato all'utilizzo degli algoritmi (anche) per l'attività discrezionale – 4. L'insufficienza delle garanzie tradizionali: un nuovo procedimento (algoritmico)?

1. *Premessa*

L'Unione europea, con la Comunicazione «*L'Intelligenza Artificiale per l'Europa*», ha definito il progresso dell'utilizzo degli algoritmi¹ e dell'Intelligenza Artificiale² come una delle «*tecnologie più strategiche del*

* Dottoranda di ricerca di Diritto dei mercati europei e globali. Crisi, diritti e regolazione, Università degli Studi della Tuscia, Dipartimento di Giurisprudenza.

¹ L'algoritmo, in termini generali, può essere definito come un processo, una sequenza di operazioni che permettono di risolvere un problema in un numero finito di passi, nel rispetto di due requisiti: i) ad ogni passaggio della sequenza deve essere già predefinito il passaggio successivo e ii) il risultato cui la sequenza tende deve essere concreto, reale, utile. In tal senso v. G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici. Predeterminazione, analisi predittiva e nuove forme di intellegibilità*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, p. 5. L'algoritmo costituisce la 'parola chiave' nell'ambito dell'utilizzo dell'intelligenza artificiale ed è definibile come «*lo schema esecutivo della macchina che memorizza tutte le opzioni decisionali in base a dati che progressivamente elabora*». In tal senso J. NIEVA-FENOLL, *Intelligenza artificiale e processo*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 8.

² Ad oggi, non vi è ancora una definizione universalmente condivisa di cosa debba intendersi per Intelligenza Artificiale, tuttavia, da quanto emerge anche dagli studi portati avanti nell'ultimo anno dal Parlamento Europeo e dalla Commissione, si potrebbe affermare che tale termine descriva la possibilità che le macchine, in una certa misura, riescano ad imitare il pensiero umano e le sue abilità intellettuali. In particolare, la Commissione ha affermato che per Intelligenza Artificiale possano intendersi «*sistemi che mostrano un comportamento intelligente analizzando il proprio ambiente e compiendo azioni,*

XXI secolo», sottolineando, al contempo, la necessità di garantire un «*solido quadro di riferimento*» dal momento che il modo in cui ci relazioneremo ad essa determinerà il mondo in cui viviamo³.

In molti campi, giorno dopo giorno, questi nuovi strumenti promettono di garantire un maggiore guadagno in termini di potenza di calcolo e di efficienza nell'elaborazione di grandi quantità di dati, ma anche di neutralità rispetto alle decisioni umane caratterizzate, per loro natura, da margini più elevati di fallibilità e opinabilità.

Tradizionalmente le decisioni prese dall'algorithm vengono considerate, invece, come 'neutre' in quanto fondate unicamente sull'analisi di dati e logiche razionali⁴.

con un certo grado di autonomia, per raggiungere specifici obiettivi», *Understanding algorithmic decision-making: opportunities and challenges*, in www.europarl.europa.eu, 5 marzo 2019. Sempre a livello europeo sulla definizione di IA v. *A definition of AI: Main capabilities and scientific disciplines*, in ec.europa.eu, 2019. A livello di dottrina si v. *ex multis*; A. D'ALOIA, *Il diritto verso 'il mondo nuovo'. Le sfide dell'Intelligenza Artificiale.*, in *Rivista di BioDiritto*, n. 1/2019, p. 6 ss. che definisce il termine 'IA' come un '*umbrella term*' ossia «*una parola "contenitore" che include, in via approssimativa, una varietà di tecniche computazionali e di processi associati (di tipo algoritmico) dedicati a migliorare l'abilità delle macchine nel fare cose che richiedono intelligenza*».

³ In tal senso v. COM (2018), 237 «*L'Intelligenza Artificiale per l'Europa*», 25.4.2018 ove viene evidenziato che a livello di Unione europea la strategia attualmente in atto sia di tipo 'antropocentrico'. Per convivere con questi nuovi strumenti e sfruttarli al meglio, infatti, è stata rilevata l'assoluta necessità di garantirne l'affidabilità rendendo il loro funzionamento trasparente e comprensibile. In questo senso anche gli «*Orientamenti etici per un IA affidabile*» elaborati da un gruppo di esperti nominati dalla Commissione europea nel giugno del 2018. Gli orientamenti hanno elaborato sette requisiti fondamentali che le applicazioni di IA dovrebbero soddisfare per essere considerate affidabili: i) intervento e sorveglianza umani; ii) robustezza tecnica, sicurezza; iii) riservatezza e *governance* dei dati iv) trasparenza, v) non discriminazione ed equità, vi) benessere sociale e ambientale, vii) *accountability*. Di particolare rilievo è sicuramente il requisito della 'sorveglianza umana', imprescindibile per garantire che i sistemi di IA «*non mettano in pericolo l'autonomia umana o provochino altri effetti negativi*» ma anche della 'tracciabilità' dei sistemi di IA che dovrebbe sostanziarsi nell'esigenza di registrare e documentare l'intero processo che ha condotto alle decisioni, compresa la puntuale descrizione dell'algorithm utilizzato, così da garantire la trasparenza e spiegabilità del processo decisionale ed aumentare la fiducia degli utenti utilizzatori. Su questi temi la Commissione ha adottato tre successivi documenti: *Relazione sulle implicazioni dell'intelligenza artificiale, dell'Internet delle cose e della robotica in materia di sicurezza e di responsabilità*, COM (2020), 64; *Libro Bianco sull'intelligenza artificiale, Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia*, COM (2020), 65; *Plasmare il futuro digitale dell'Europa*, COM (2020), 67.

⁴ In realtà è stato evidenziato che lo stesso utilizzo dell'algorithm comporta delle scelte tutt'altro che 'neutre' a partire dai criteri in base ai quali i dati da utilizzare vengono raccolti, selezionati e interpretati. In questi termini M.C. CAVALLARO-G. SMORTO, *Decisione pubblica*

Tuttavia, se, da un lato, si può descrivere l'algoritmo come strumento obiettivo, razionale e scientifico (e sicuramente in grado di garantire innegabili vantaggi nei termini suddetti), dall'altro, non possono non richiamarsene anche le relative criticità. Prima fra tutte quella inerente al loro *deficit* di trasparenza e comprensibilità.

Questi nuovi 'decisori', in particolar modo quelli fondati su sistemi di *machine learning* o addirittura di *deep learning*, sono spesso caratterizzati da scarsa trasparenza che rende difficoltoso comprendere fino in fondo il loro funzionamento e di ricostruirlo a posteriori.

Questa loro oscurità intrinseca ha fatto sì che venissero definiti, come modelli «*black box*»⁵, metafora utilizzata, soprattutto nel campo dell'ingegneria e dell'informatica, per indicare sistemi il cui funzionamento interno rimane spesso oscuro, poco comprensibile ed assimilabile ad una 'scatola nera'⁶.

Tale opacità, anche se intrinsecamente e maggiormente legata solamente ad alcune tipologie di algoritmi, sembrerebbe caratterizzare, anche se in minor grado e con modalità differenti, ogni tipo di decisore algoritmico.

In tal senso si possono distinguere tre tipologie di opacità algoritmica.

L'opacità c.d. intenzionale si ha quando il funzionamento del sistema viene tenuto nascosto per tutelare altri diritti, primo fra tutti quello della proprietà intellettuale.

Si parla, invece, di opacità 'analfabeta' (*illiterate opacity*) ogni qualvolta un sistema sia comprensibile solo a coloro in possesso delle adeguate conoscenze tecniche in termini di lettura e scrittura del sistema.

La terza è la c.d. opacità intrinseca che si realizzerebbe quando i dettagli del processo decisionale del sistema risultino di difficile comprensione per

e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo, in *federalismi.it*, 16, 2019; C. O'NEIL, *Armi di distruzione matematica. Come i big data aumentano la disuguaglianza e minacciano la democrazia*, Bompiani, Milano, 2017. Sull'argomento anche S. TRANQUILLI *Rapporto pubblico-privato nell'adozione e nel controllo della decisione amministrativa 'robotica'*, *Diritto e società*, 2, 2020, 281 ss. L'A., nell'ambito delle decisioni amministrative, ha evidenziato che la scelta dell'amministrazione di utilizzare algoritmi richiede «una serie di valutazioni, ex ante, assolutamente non 'neutre', quali la predeterminazione di criteri e la selezione di dati di riferimento a disposizione che devono poi essere 'riversati' dal programmatore nel codice algoritmico». Tali valutazioni sarebbero di particolare rilievo in quanto «dalla selezione dei dati e dalla predeterminazione dei criteri utilizzati per l'elaborazione dell'algoritmo dipenderà l'intera procedura». In termini simili anche AVANZINI, op.cit., p. 83 ss. che specifica come tale decisione non costituisca mai una scelta 'neutra' per il cittadino che ne subisce le conseguenze.

⁵ Termine coniato da F. PASQUALE, *The Black Box Society, the secret algorithms that control money and information*, Harvard University Press, 2015.

⁶ In questi termini v. P. GUARDA, "Ok Google, am I sick?": *Artificial Intelligence, E-Health, and Data Protection Regulation*, in *Rivista di BioDiritto*, 1, 2019.

qualunque essere umano⁷.

La scarsa trasparenza non sarebbe legata dunque solo alla complessità dei singoli sistemi che potrebbe impedire, non solo a chi non ha specifiche conoscenze ma addirittura ad una qualunque ‘mente umana’, di comprenderne nel dettaglio l’attività, bensì deriverebbe anche dalla risposta giuridico-ordinamentale dei singoli Stati che man mano si stanno confrontando con il loro utilizzo. Un algoritmo può divenire ‘oscuro’ anche perché, per ragioni giuridiche, ne viene impedita la conoscenza⁸.

Nonostante tali criticità brevemente riassunte, il ricorso agli strumenti algoritmici appare ormai come una (forse) opportuna inevitabilità che, man mano, caratterizzerà praticamente ogni aspetto della nostra società al punto che vi è già chi parla di «società algoritmica»⁹.

Ad oggi, uno degli ambiti di applicazione particolarmente dibattuto parrebbe essere l’utilizzo di tali strumenti nell’ambito delle decisioni pubbliche.

In Italia, l’utilizzo delle c.d. *Information and Communication Technologies* (ICTs)¹⁰ all’interno dell’amministrazione pubblica non è una novità e ha comportato rilevanti cambiamenti in termini di organizzazione e funzionamento al punto non solo da divenire oggetto di specifica disciplina positiva¹¹ ma da far ritenere che non sia più possibile distinguere

⁷ J. COBBE, *Administrative Law and the Machines of Government: Judicial Review of Automated Public-Sector Decision Making*, in *Legal Studies*, Cambridge University, 39, 4, 2019, p. 646 ss.

⁸ In tal senso anche CAVALLARO-SMORTO, op. cit. ove viene evidenziato che il ‘carattere oscuro’ degli algoritmi deriverebbe anche da una certa tendenza, emersa soprattutto negli ordinamenti di *common law*, di respingere le richieste di accesso, tese a comprendere il funzionamento degli algoritmi, per ragioni di tutela della proprietà intellettuale del *software*. Nell’ordinamento italiano tale pericolo sembrerebbe non essersi realizzato. In tale ambito, infatti, si è avuta una duplice risposta da parte del Giudice amministrativo (TAR Lazio, sez. III bis, 21 marzo 2017, n. 3742; Id., 22 marzo 2017, n. 3769) che verrà esaminata nei paragrafi seguenti.

⁹ CAVALLARO-SMORTO, op. cit. che richiamano il termine «società dell’algoritmo» coniato da J.M. BALKIN, *The three Laws of Robotics in the Age of Big Data*, in *Faculty Scholarship Series*, 2017.

¹⁰ Sul tema v. S. CIVITARESE MATTEUCCI-L. TORCHIA, *La Tecnificazione dell’amministrazione*, in *La Tecnificazione*, a cura di S. CIVITARESE MATTEUCCI-L. TORCHIA, Firenze University Press, 2016, p. 7 ss. Nello stesso volume anche I. M. DELGADO, *La riforma dell’amministrazione digitale: un’opportunità per ripensare la pubblica amministrazione*, p. 133 ss; M. D’ANGELOSANTE, *La consistenza del modello dell’amministrazione ‘invisibile’ nell’età della tecnificazione: dalla formazione delle decisioni alla responsabilità per le decisioni*, p. 155 ss.; A.G. OROFINO, *L’esternazione degli atti amministrativi*, p. 181 ss.

¹¹ Si pensi, ad esempio, al Codice dell’amministrazione digitale del 2005 (d.lgs. 7 marzo

l'amministrazione digitale¹² da quella analogica¹³.

Uno dei temi che, attualmente, risulta essere al centro di vivaci dibattiti sia in sede dottrinale che giurisprudenziale, è l'utilizzo degli strumenti algoritmici all'interno del tradizionale procedimento amministrativo non solo come supporto alla decisione amministrativa (lasciando la decisione finale al funzionario persona umana) ma anche in sostituzione alla decisione stessa. In tale ultimo caso il funzionario deciderebbe solo formalmente, in quanto la decisione verrebbe concretamente assunta dall'elaboratore elettronico sulla base di dati previamente in esso inseriti¹⁴.

Il cambiamento a cui si sta assistendo in merito alle modalità di esercizio ed esternazione del potere pubblico decisionale potrebbe riassumersi, più semplicemente, anche tramite la descrizione dell'evoluzione del c.d. atto amministrativo elettronico, prospettata in tempi più risalenti da parte di lungimirante dottrina.

Si può distinguere infatti tra atto amministrativo su supporto elettronico e atto amministrativo ad elaborazione elettronica. Nel primo caso, il contenuto dell'atto viene determinato da funzionari pubblici con la differenza, rispetto all'atto amministrativo 'tradizionale', che lo stesso verrà ad esistenza e si perfezionerà direttamente sul supporto informatico; nel

2005, n. 82). Il Codice all'art. 3 afferma il diritto di cittadini e imprese, nei loro rapporti con le pubbliche amministrazioni, ad usare le ICTs: «*i cittadini e le imprese hanno diritto a richiedere e ad ottenere l'uso delle tecnologie telematiche nelle comunicazioni con le pubbliche amministrazioni*». Tuttavia, tale norma, secondo parte della dottrina, prevede qualcosa che in larga misura non è stato attuato in quanto le amministrazioni non hanno apprestato strumenti efficaci affinché tale diritto possa effettivamente essere esercitato. In tal senso V. CERULLI IRELLI, *La Tecnificazione*, in *La Tecnificazione*, a cura di S. CIVITARESE MATTEUCCI-L. TORCHIA, cit., p. 279 ss. Si pensi anche al 'manifesto di civiltà digitale' di cui all'art. 1 della l. 124/2015.

¹² Per amministrazione digitale si vuole far riferimento all'utilizzo «*delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione nelle pubbliche amministrazioni, coniugato a modifiche organizzative e all'acquisizione di nuove competenze al fine di migliorare i servizi pubblici e i processi democratici e di rafforzare il sostegno delle politiche pubbliche*» COM (2003), 567.

¹³ CIVITARESE MATTEUCCI - TORCHIA, op cit., p. 11 ss.

¹⁴ Tale evoluzione è stata anche definita come il passaggio da una condizione di *Street-Level Bureaucracy* a una condizione di *Screen-Level Bureaucracy*. In quest'ultima condizione appunto il funzionario decide solo formalmente, mentre di fatto la decisione è assunta dall'elaboratore elettronico. Il funzionario conserverebbe un ruolo solo al momento dell'impostazione della macchina e *ex post* nella lettura dell'*output*. Vi sarebbe poi una ulteriore successiva evoluzione ossia quella del *System-Level Bureaucracy* in cui il funzionario non deciderebbe neanche i criteri per impostare la singola *Screen-Level Bureaucracy* e il suo ruolo sarebbe circoscritto all'attività di progettazione/gestione del sistema e di assistenza agli utenti/amministrati. In tal senso D'ANGELOSANTE, op. cit.

secondo caso, invece, è il supporto informatico a predisporre il contenuto dell'atto amministrativo (senza alcun intervento 'umano')¹⁵.

Tale 'sottile' differenziazione in realtà sta alla base di ciò che ha portato a definire il cambiamento in atto come il passaggio ad una Pubblica amministrazione 4.0¹⁶.

Non si tratterebbe più, infatti, di un'evoluzione inerente unicamente all'utilizzo di nuovi strumenti per esternare la volontà dell'amministrazione come nel caso dell'atto amministrativo elettronico (tenuto conto delle distinzioni di cui sopra), non si tratterebbe neanche più di individuare nuove tecnologie che possano velocizzare la partecipazione dei cittadini alle decisioni amministrative (come ad esempio l'utilizzo di piattaforme digitali), né di utilizzare lo sviluppo dell'informatica per riformare le modalità di scambio dei dati tra le pubbliche amministrazioni, bensì di un cambiamento più radicale¹⁷.

Saremmo di fronte ad un nuovo modo di essere e di funzionare dell'amministrazione in cui il procedimento di formazione delle sue decisioni viene affidato ad un *software* che, sulla base dei dati previamente immessi, giunge al provvedimento finale¹⁸.

¹⁵ In tal senso A.G. OROFINO, *La patologia dell'atto amministrativo elettronico: sindacato giurisdizionale e strumenti di tutela*, in *Foro amm. CdS*, 2002, p. 2257; Ma anche F. SAITTA, *Le patologie dell'atto amministrativo elettronico e il sindacato del giudice amministrativo*, in *Riv. dir. amm. elettronico*, www.cesda.it, 2003, 2, secondo cui vi sarebbero diverse figure di atto amministrativo elettronico quando: a) il contenuto dell'atto viene predisposto attraverso un sistema informatico, più o meno complesso, in modo manuale, utilizzando il computer solo quale *word processor*, e che, per aver efficacia nel mondo giuridico, dev'essere trasposto su supporto cartaceo e sottoscritto; b) l'atto viene predisposto tramite sistemi informatici ed emanato con gli stessi strumenti (atto amministrativo in forma elettronica); c) l'atto viene ottenuto tramite un procedimento di elaborazione da parte di sistemi informatizzati che porta alla creazione di un documento giuridico collegando tra loro i dati inseriti nel *computer* secondo le previsioni del *software* adottato e senza apporto umano (atto amministrativo ad elaborazione elettronica).

¹⁶ D.U. GALETTA - J.G. CORVALÀN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *federalismi.it*, 3, 2019. Gli Autori evidenziano che durante il XX secolo l'evoluzione delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (ICT) hanno modellato tre paradigmi di Amministrazione: i) una Pubblica amministrazione 1.0 ossia quel modello di amministrazione del diciannovesimo secolo caratterizzata dall'utilizzo di carta e macchine da scrivere; ii) una Pubblica amministrazione 2.0 che utilizza strumenti quali computer, stampanti e fax; iii) una Pubblica amministrazione 3.0 corrispondente al modello di buona parte del XXI secolo caratterizzata dall'uso di internet, portali digitali, *social network*. Attualmente, secondo gli Autori, la pubblica amministrazione si troverebbe ad affrontare una quarta fase della sua evoluzione.

¹⁷ CAVALLARO - SMORTO, *op.cit.* p. 9 ss.

¹⁸ Della possibile e progressiva evoluzione dell'utilizzo dell'informatica nell'esercizio del

Tale mutamento, seppur ancora in fase per lo più ‘embrionale’¹⁹ e distante dal grado di automazione che caratterizza modelli come quelli del *machine learning*²⁰, sta mettendo in luce alcune delle ‘sfide’ legate ad esso, prima fra tutte l’esigenza di bilanciare l’utilizzo di tali strumenti all’interno dei processi decisionali delle pubbliche amministrazioni con quella di assicurare, al tempo stesso, l’osservanza delle garanzie poste alla base dei rapporti con gli amministrati.

Alcune delle problematiche relative a tale evoluzione (o forse involuzione) del procedimento amministrativo verranno affrontate nei paragrafi seguenti alla luce di alcuni dei più recenti approdi della giurisprudenza amministrativa in materia.

potere amministrativo parlava già Giannini sul finire degli anni ‘70 rilevando che: «i sistemi informativi non servono più alle amministrazioni per fatti di gestione interna, ma servono proprio per amministrare, si proiettano cioè sempre più verso l’esterno» v. M.S. GIANNINI, *Rapporto sui principali problemi della amministrazione dello Stato*, 16 novembre 1979, par. 3.7.

¹⁹ In merito agli ambiti utilizzo da parte dell’amministrazione di decisioni (più o meno) automatizzate si ricorda a titolo esemplificativo: le sanzioni automatizzate del codice della strada, la determinazione delle tariffe del settore energetico e idrico, la scia c.d. automatizzata. Sul punto v. AVANZINI, op.cit, p. 41 ss. Ma anche il procedimento per la formazione delle liste dei professori universitari che possono far parte delle commissioni per l’ASN, esempio ricordato da CAVALLARO-SMORTO, op. cit., p. 10 ss., e anche da D’ANGELOSANTE, op. cit., p. 165 ss. Su queste tematiche anche CERULLI IRELLI, op. cit. che ha analizzato il caso dell’automatizzazione del sistema di autorizzazione per l’apertura delle farmacie utilizzato nella provincia di Trento. Il sistema era strutturato in modo da impedire la presentazione di una terza domanda telematica di assegnazione ad un soggetto che avesse già presentato precedentemente due domande. Il sistema telematico era stato costruito in modo da escludere direttamente la domanda presentata da tale utente. Il caso è stato sottoposto all’attenzione del TAR. Il ricorrente sosteneva che le sue due precedenti domande di assegnazione erano state presentate in modo errato, e non potevano essere considerate come valide. Il TAR ha rilevato che il funzionario sarebbe dovuto intervenire andando a correggere sul punto quanto non considerato dal programma. Secondo l’A. questo rappresenta un ‘piccolo episodio’ che però denota come, anche su procedimenti molto semplici ci può sempre essere un certo tasso di opinabilità, di adattabilità alle situazioni concrete, che probabilmente renderà anche nel futuro abbastanza ristretto il campo dell’automazione nei procedimenti decisori. Su tale caso anche J.B. AUBY, *Il diritto amministrativo di fronte alle sfide digitali*, in *Istituzioni del Federalismo*, 3, 2019, e B. BARMANN, *La responsabilità della P.a. per il cattivo funzionamento dei sistemi informatici* in *Giorn. Dir. amm.*, 3, 2016, p. 393 ss.

²⁰ Sull’utilizzazione di meccanismi elettronici di auto-apprendimento all’interno del procedimento amministrativo v. I. M. DELGADO, *Automazione, intelligenza artificiale e pubblica amministrazione: vecchie categorie concettuali per nuovi problemi?*, in *Istituzioni del Federalismo*, 3, 2019, p. 643 ss.

2. Il c.d. algoritmo di mobilità e i (dis)orientamenti del Giudice amministrativo

Una delle più recenti utilizzazioni dello strumento algoritmico all'interno dei procedimenti amministrativi è stata quella dell'ormai noto «algoritmo di mobilità»²¹ a cui il MIUR ha affidato la gestione della procedura di mobilità nazionale del personale docente per la scuola primaria e secondaria (art. 1, comma 108, l. 107/2015)²².

La concreta applicazione dell'algoritmo, anche se basata su criteri di valutazione precisati da una specifica ordinanza ministeriale (ord. n. 241/2016), ha dato luogo ad errori macroscopici²³ da cui è scaturito un ampio contenzioso che ha dato modo alla giurisprudenza di affrontare le questioni della legittimità e dei limiti di utilizzo degli algoritmi in seno al procedimento amministrativo.

In particolare, in assenza di regole *ad hoc*, il giudice amministrativo si è trovato a dover rimodulare alcuni dei principi e degli istituti alla base del tradizionale procedimento amministrativo²⁴ ma anche, come si vedrà, a idearne di nuovi.

In tal senso, in una delle prime pronunce in materia, è stata affrontata la questione del riconoscimento del diritto di accesso all'algoritmo di calcolo che aveva gestito il *software* relativo ai suddetti trasferimenti interprovinciali del personale docente²⁵.

²¹ AVANZINI, op. cit., p. 49 ss.

²² La procedura di mobilità in questione è stata prevista nell'ambito della riforma 'buona scuola'. L'attuazione del piano di mobilità del personale docente è stata affidata dal Miur ad un algoritmo, ideato da una società privata, che avrebbe dovuto consentire all'amministrazione di elaborare la grande quantità di dati ed arrivare a svolgere più velocemente la procedura.

²³ In particolare, veniva lamentato che il meccanismo algoritmico aveva disposto i trasferimenti senza tener conto delle preferenze espresse, pur in presenza di posti disponibili nelle province indicate. In sostanza, i docenti (ricorrenti) sono stati trasferiti in province più lontane da quelle della propria residenza o quella scelta con priorità, benché in tali province di elezione vi fossero svariati posti disponibili.

²⁴ Sulle decisioni "robotiche" la letteratura è particolarmente ampia, si richiamano *ex multis*: A. PAJNO, *Intelligenza artificiale e sistema di tutela giurisdizionale*, in *astrid-online.it*, Rassegna 3/2020; R. FERRARA, *Il giudice amministrativo e gli algoritmi. Note estemporanee a margine di un recente dibattito giurisprudenziale*, in *Dir. amm.*, 4, 2019, p. 773 ss.; I. A. NICOTRA-V. VARONE, *L'algoritmo, intelligente ma non troppo*, in *rivistaaic.it*, 4, 2019; F. PATRONI GRIFFI, *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, in *La Decisione robotica*, a cura di A. CARLEO, Il Mulino, Bologna, 2019, p. 165 ss.; L. VIOLA, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell'arte*, in *Foro amm.*, 9, 2018, p. 1598 ss.

²⁵ TAR Lazio, Roma, sez. III bis, 21 marzo 2017, n. 3742; Id., 22 marzo 2017, n. 3769. Da ultimo si v. anche Cons. Stato, sez. VI, 2 gennaio 2020, n. 30. Sulla tematica si v. *ex multis*:

Il TAR ha ritenuto fondata la richiesta di accesso (*ex art. 22 l. 241/1990*) riconoscendo al *software* in questione la natura di atto amministrativo poiché frutto comunque di un procedimento amministrativo (anche se automatizzato)²⁶. In tal modo il Giudice amministrativo ha posto un limite alla opacità intenzionale che, come visto, può caratterizzare lo strumento algoritmico.

Ma non solo. A detta del TAR l'algoritmo, in tal caso, ha finito per sostanziare esso stesso il procedimento. Da ciò l'esigenza di precisare che l'attività amministrativa, nelle ipotesi di utilizzo di decisori elettronici, sarebbe da rintracciare nel momento della scelta del ricorso agli stessi e in quello della definizione dell'architettura stessa del *software*.

Tuttavia, sarebbe solamente con quest'ultimo che l'amministrazione andrebbe poi ad incidere sulle situazioni giuridiche individuali.

Il Giudice amministrativo, quindi, ha ritenuto che la scelta discrezionale dell'amministrazione di ricorrere ad uno strumento innovativo «*non può riflettersi in senso limitativo all'accessibilità conoscitiva da parte del destinatario dell'atto*» e dunque, è stato evidenziato che il diritto di accesso, componente fondamentale del rapporto tra cittadino e amministrazione, non può subire limitazioni per il solo fatto che vengano in rilievo strumenti decisionali automatizzati.

Il TAR si è soffermato, pur se brevemente, anche su alcune delle tematiche che poi sono state sviluppate dalla giurisprudenza successiva.

Anzitutto, ha rilevato che la decisione di ricorrere all'elaborazione elettronica ai fini della definizione del contenuto dell'atto assume essenzialmente una valenza di tipo organizzativo dell'attività amministrativa; in secondo luogo che, benché l'attività amministrativa vincolata sia maggiormente compatibile con la logica di un elaboratore elettronico, la

E. PROSPERETTI, *Accesso al software e al relativo algoritmo nei procedimenti amministrativi e giudiziari. Un'analisi a partire da due pronunce del TAR Lazio*, in *Dir. dell'informatica*, 2019, 4, p. 979 ss.; I. FORGIONE, *Il caso dell'accesso al software MIUR per l'assegnazione dei docenti*, in *Giorn. Dir. amm.*, 5, 2018, p. 647 ss.

²⁶ In tal caso veniva impugnato un verbale del MIUR con il quale era stato negato l'accesso (*ex art. 22 della l. 241/1990*) all'algoritmo di calcolo (in particolare ai codici sorgente) che aveva gestito il *software* relativo ai trasferimenti interprovinciali del personale. Alla richiesta di accesso infatti era stato opposto un duplice ordine di ragioni: anzitutto secondo l'amministrazione i c.d. codici sorgente dell'algoritmo non avrebbero integrato gli estremi del documento amministrativo di cui agli artt. 22 e ss. della legge n. 241 del 1990 e che, comunque, i predetti codici e quindi il relativo *software* avrebbero costituito opere dell'ingegno e in quanto tali sarebbero state tutelate dalla normativa in materia di proprietà intellettuale. Sulla natura dell'atto elettronico quale atto amministrativo, DELGADO, *Automazione, intelligenza artificiale e pubblica amministrazione*: op. cit., 655 ss.

legittimità dell'atto amministrativo automatizzato non sarebbe legata alla natura discrezionale o vincolata dell'atto, quanto invece essenzialmente alla possibilità, «*che tuttavia è scientifica e non invece giuridica, di ricostruzione dell'iter logico sulla base del quale l'atto stesso possa essere emanato per mezzo di procedure automatizzate quanto al relativo contenuto dispositivo*».

A distanza di un anno, lo stesso Giudice è stato chiamato a sindacare, più in generale, la legittimità della scelta dell'amministrazione di affidare a un algoritmo la predisposizione di un provvedimento amministrativo.

I ricorrenti, in tale occasione, lamentavano l'assenza nella fattispecie di una vera e propria attività amministrativa, essendosi demandato «*ad un impersonale algoritmo*» lo svolgimento dell'intera procedura di mobilità dei docenti²⁷.

Il TAR ha ritenuto il ricorso fondato, reputando l'utilizzo dello strumento algoritmico non solo non conforme ai dettami di cui all'art. 97 Cost. e ai principi ad esso sottesi, bensì anche lesivo delle garanzie procedurali previste dalla l. 241/1990 tra cui l'obbligo di motivazione di cui all'art. 3, il principio ineludibile dell'interlocuzione personale intessuto nell'art. 6 e a quello ad esso presupposto di istituzione della figura del responsabile del procedimento, ma anche le garanzie a tutela della partecipazione al procedimento (artt. 7, 8, 10, 10 *bis*).

Su queste basi è stato dato rilievo al principio di strumentalità delle procedure informatiche secondo cui anche qualora queste ultime pervengano ad un grado maggiore di precisione e addirittura alla perfezione, non potranno mai soppiantare l'attività cognitiva, acquisitiva e di giudizio che solo un'istruttoria affidata ad un funzionario persona fisica è in grado di svolgere.

Da questo principio deriva che tali strumenti possano detenere unicamente una posizione servente, strumentale e meramente ausiliaria in seno al procedimento amministrativo e mai dominante o surrogatoria dell'attività dell'uomo.

Tali decisioni del Giudice amministrativo hanno rigettato, forse con eccessiva durezza, l'utilizzo dello strumento algoritmico all'interno del procedimento amministrativo accettandone unicamente la posizione servente.

Tuttavia, occorre riconoscere a questo orientamento il pregio di aver evidenziato, pur se non espressamente, sia che le garanzie previste per il tradizionale procedimento risultano difficilmente applicabili a tali nuove forme di esercizio del potere amministrativo, sia che l'avanzamento tecnologico e il coinvolgimento dello stesso nel procedimento non può avere come contropartita la rinuncia alle stesse garanzie.

²⁷ Si fa riferimento alle sentenze del TAR Lazio, Roma, sez. III *bis*, 10 settembre 2018, nn. 9224, 9225, 9226, 9227, 9229, 9230. Nello stesso senso anche *ex multis*: TAR Lazio, Roma, sez. III *bis*, 12 marzo 2019, n. 3238; Id., 25 marzo 2019, n. 3985.

Benché le finalità garantiste di tale orientamento siano certamente degne di nota, tuttavia, la semplice marginalizzazione dello strumento algoritmico non potrebbe mai considerarsi una risposta idonea e sufficiente ed in linea con la velocità dell'attuale rivoluzione tecnologica.

Il primo intervento che, invece, ha cercato di bilanciare le suddette esigenze di tutela con l'inesorabile sviluppo tecnologico che sta caratterizzando anche l'attività amministrativa è stato quello del Consiglio di Stato²⁸.

Anche in questa occasione i ricorrenti lamentavano che l'intera procedura di assunzioni fosse stata gestita da un sistema algoritmico il cui funzionamento sarebbe rimasto sconosciuto.

Il Consiglio di Stato, a parte dalla pronuncia in analisi, inizia a delineare una sorta di *vademecum* da utilizzare in caso di decisioni amministrative algoritmiche.

Anzitutto viene stabilito che, con riferimento a procedure seriali o standardizzate prive di discrezionalità, l'automazione mediante algoritmi del processo decisionale dell'amministrazione costituisce una doverosa declinazione dell'art. 97 Cost., coerente con l'attuale evoluzione tecnologica.

In altre parole, l'assenza di un intervento umano in caso di attività di mera classificazione automatica di istanze numerose, può garantire uno snellimento dell'*iter* procedimentale e numerosi vantaggi in termini di celerità ed imparzialità della decisione, conformemente ai canoni di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa²⁹.

Tuttavia, l'utilizzo di procedure 'robotizzate', non può essere motivo di elusione dei principi che regolano lo svolgersi della stessa.

La regola tecnica che governa ogni algoritmo, infatti, resta pur sempre una regola amministrativa costruita dall'uomo per essere poi applicata dalla macchina e per tali ragioni: a) deve soggiacere ai principi generali dell'attività amministrativa; b) non può lasciare spazi applicativi discrezionali

²⁸ Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270. Per una puntuale ricostruzione di tale giurisprudenza v. G. PESCE, *Il Consiglio di Stato ed il vizio della opacità dell'algoritmo tra diritto interno e diritto sovranazionale*, in www.giustizia-amministrativa.it, 16 gennaio 2020. Si v. anche *ex multis*: A. DI MARTINO, *Intelligenza artificiale, garanzie dei privati e decisioni amministrative: l'apporto umano è ancora necessario? Riflessioni a margine di Cons. Stato 8 aprile 2019, n. 2270* in *Rivista giuridica europea*, 2, 2019, p. 49 ss; V. CANALINI, *L'algoritmo come 'atto amministrativo informatico' e il sindacato del giudice*, in *Giorn. Dir. amm.*, 6, 2019, p. 781 ss.

²⁹ Sul punto si richiama anche una risalente pronuncia della giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato, sez. VI, 7 febbraio 1995, n. 152) secondo cui: «*l'uso di procedure informatizzate e di macchine elettroniche nello svolgimento dell'attività amministrativa [...] è consentito [...] anche per la maggiore oggettività ed imparzialità che la macchina può assicurare, specialmente nello svolgimento di operazioni ripetitive, non essendo soggetto alla caduta della curva di attenzione riscontrabile nell'uomo dopo un certo tempo di applicazione allo stesso compito*».

all'elaboratore elettronico in quanto la discrezionalità amministrativa non può essere demandata ad un *software* ma deve essere esercitata al momento dell'elaborazione dello strumento stesso; c) deve prevedere la necessità che sia sempre l'amministrazione a compiere *ex ante* ogni mediazione e composizione di interessi anche mediante costanti aggiornamenti dell'algoritmo (soprattutto nel caso di strumenti ad apprendimento progressivo e di *deep learning*); d) deve essere conoscibile in tutti i suoi aspetti secondo una declinazione rafforzata del principio di trasparenza in modo da poter essere sottoposto anche alla piena cognizione del giudice amministrativo³⁰.

Con tale pronuncia il Consiglio di Stato, allontanandosi dall'orientamento del TAR, accoglie pienamente l'utilizzo degli strumenti algoritmici all'interno del procedimento amministrativo (al punto da far riferimento anche al modello di *deep learning*) ma lo limita alle procedure prive di margini di discrezionalità e standardizzate, subordinandolo al rispetto dei principi generali dell'attività amministrativa.

Successivamente, questi aspetti sono stati oggetto della pronuncia del Consiglio di Stato che ha dato spunto alle presenti riflessioni (Cons. Stato, sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472)³¹.

Anche in questo caso il ricorso era stato promosso da alcuni docenti immessi in ruolo nella c.d. fase C del piano straordinario assunzionale di cui alla l. n. 107/2015 per contestare la richiamata procedura nazionale di mobilità, sempre in quanto svolta con un algoritmo non conosciuto e che non ha correttamente funzionato.

In primo grado il TAR aveva accolto il ricorso abbracciando il ricordato orientamento giurisprudenziale che aveva affermato l'illegittimità del piano in quanto non corredato da alcuna attività amministrativa e demandato unicamente a un algoritmo, in evidente contrasto con il fondamentale principio della strumentalità del ricorso agli strumenti algoritmici nei procedimenti amministrativi.

Con la decisione in commento il Consiglio di Stato non solo riforma la pronuncia del TAR ribadendo quanto affermato con la pronuncia n.

³⁰ In dottrina tuttavia c'è chi ha evidenziato che gli algoritmi particolarmente sofisticati sono caratterizzati da una «*drammatica carenza di trasparenza*» e il rispetto del principio di trasparenza risulta estremamente difficile se non impossibile. In questi termini A. MASUCCI, *Vantaggi e rischi dell'automatizzazione algoritmica delle decisioni amministrative* in *Scritti in onore di E. Picozza*, Editoriale scientifica, Napoli, 2019. In senso contrario DELGADO, *Automazione, intelligenza artificiale e pubblica amministrazione*, op.cit., p. 659 ss., secondo cui l'opacità algoritmica potrebbe ben essere trasformata in trasparenza algoritmica tramite la richiesta di apposite condizioni nella progettazione.

³¹ In particolare, in tale occasione veniva impugnata la già richiamata sentenza del TAR Lazio, Roma, sez. III *bis*, 10 settembre 2018, n. 9230.

2270/2019, bensì compie ulteriori passi avanti nel delineare il quadro di riferimento e l'ambito di applicazione delle 'procedure' algoritmiche che verranno esaminati nei paragrafi successivi³².

3. *L'iter motivazionale della pronuncia*

In primo luogo, sulla scia di quanto stabilito anche dalla giurisprudenza antecedente, vengono ribaditi i vantaggi che, in termini di efficienza e neutralità, l'utilizzo degli algoritmi può apportare al procedimento amministrativo.

Inoltre, viene nuovamente sottolineato, da un lato, che l'utilizzo di tali elaboratori elettronici in caso di procedure standardizzate è in linea con il principio di buon andamento dell'azione amministrativa (che impone all'amministrazione di conseguire i propri fini con il minor dispendio di mezzi e risorse e attraverso lo snellimento e l'accelerazione dell'*iter* procedimentale); dall'altro, che l'utilizzo di tali strumenti non può essere motivo di elusione dei principi che conformano il nostro ordinamento e regolano l'attività amministrativa.

Il ricorso all'algoritmo, anche in tale occasione, viene inquadrato come uno «*strumento procedimentale ed istruttorio*» e la decisione dell'amministrazione di fare ricorso all'elaborazione elettronica viene ritenuta di natura organizzatoria, meramente alternativa rispetto ai tradizionali metodi acquisitivi e decisionali che caratterizzano il procedimento.

Sino a questo punto il Consiglio di Stato non fa altro che ribadire ed evidenziare concetti già noti.

Le principali novità che introduce rispetto a tutta la giurisprudenza precedente sono due: anzitutto apre alla possibilità dell'utilizzo degli strumenti algoritmici anche nell'ambito dell'attività discrezionale; in secondo luogo delinea, per la prima volta, un quadro normativo di riferimento che rintraccia per lo più nel Regolamento europeo 2016/679 (noto con la sigla GDPR), da cui ricava anche (alcuni dei) i principi che dovrebbero essere posti alla base delle decisioni amministrative automatizzate.

Sul primo versante, viene affermato che non vi sarebbero ragioni di principio per limitare l'utilizzo di tali strumenti unicamente all'attività vincolata, poiché entrambe risultano espressione dell'attività autoritativa

³² Tale orientamento è stato anche confermato da pronunce successive *ex multis* si v. Cons. Stato, sez. VI, 20 febbraio 2020, n. 881.

svolta nel perseguimento dell'interesse pubblico. Ciò in quanto, a detta del Collegio, ogni attività autoritativa comporta una fase quantomeno di accertamento e verifica della scelta ai fini attribuiti dalla legge; tuttavia, anche se il ricorso agli algoritmi può apparire di più semplice utilizzo in relazione all'attività vincolata, non vi sarebbero ragioni per impedire che gli stessi fini vengano perseguiti attraverso l'utilizzo di siffatti strumenti anche in relazione all'attività connotata da margini di discrezionalità. Viene precisato, inoltre, che l'attività discrezionale che in astratto potrebbe beneficiare maggiormente delle efficienze e dei vantaggi di tali strumenti risulterebbe essere quella tecnica.

Tanto stabilito in termini di generale ammissibilità di tali strumenti in seno al procedimento, il Collegio passa a delineare i principi che devono essere posti a fondamento di ogni procedimento amministrativo che prevede l'utilizzo di elaboratori elettronici ossia: a) la piena conoscibilità *ex ante* dello strumento utilizzato e dei criteri applicati; b) la garanzia dell'imputabilità della decisione all'organo titolare del potere (che dovrà verificare la logicità e la legittimità della scelta e degli esiti affidati all'algoritmo).

In merito alla garanzia della piena conoscibilità viene stabilita la necessità che la stessa venga intesa sia in relazione alla p.A. che ai singoli soggetti coinvolti e incisi dall'esercizio del potere.

In relazione alla p.A., viene ribadita la necessità che tale garanzia venga tradotta nell'esigenza di rendere conoscibile l'algoritmo in tutti i suoi aspetti, secondo una declinazione rafforzata del principio di trasparenza. Ciò per far sì che *ex post* possa essere verificata la conformità dei criteri, dei presupposti e gli esiti del procedimento algoritmico alle prescrizioni stabilite eventualmente dalla legge o dalla stessa amministrazione a monte del procedimento.

In relazione ai soggetti coinvolti il Consiglio di Stato evidenzia, per la prima volta in termini così chiari, la questione della tutela del trattamento dei dati personali, non solo nell'ipotesi di processi decisionali che contemplino una qualche sorta di coinvolgimento umano, ma anche nel caso in cui l'intero procedimento venga affidato all'algoritmo. Ne è disceso il riferimento alle garanzie contenute nel Regolamento europeo 2016/679 e in particolare agli artt. 13 e 14, che riconoscono il diritto dell'interessato ad essere informato dell'eventuale automatizzazione del processo decisionale (e questo sia nell'ipotesi in cui la raccolta dei dati personali avvenga direttamente presso l'interessato, sia che venga compiuta indirettamente), e all'art. 15 che disciplina invece il relativo diritto di accesso.

In particolare, nei casi in cui il processo decisionale a cui viene sottoposto

l'interessato sia interamente automatizzato, viene previsto che il titolare del trattamento sia tenuto a fornire «*informazioni significative*» sulla logica utilizzata, nonché le conseguenze e il rilievo che il trattamento può avere per l'interessato (art. 13, comma 2, lett. f); art. 14, comma 2, lett. g)). A tale garanzia si aggiunge quella del diritto di accesso che contempla anch'esso la possibilità di ricevere informazioni in merito all'esistenza di eventuali processi decisionali automatizzati (art. 15, comma 1, lett. h)).

Sul versante della verifica degli esiti e dell'imputabilità della decisione automatizzata viene stabilita la necessità di garantire la riferibilità della decisione finale all'autorità e all'organo competente *ex lege*.

Tale rilievo viene argomentato partendo dall'art. 22 par. 1 GDPR, che riconosce il diritto dell'interessato a non essere sottoposto a una decisione interamente automatizzata che, priva di qualsivoglia coinvolgimento umano, possa produrre effetti giuridici o incidere in modo analogo sull'individuo³³.

Sulla base dei suddetti riferimenti normativi, il Collegio delinea i tre principi fondamentali che dovrebbero essere tenuti presenti sia al momento dell'utilizzo degli elaboratori elettronici che in sede di controllo *ex post*.

In primo luogo, viene fatto riferimento al principio di conoscibilità secondo cui ognuno ha il diritto di conoscere l'esistenza dei processi decisionali automatizzati che lo riguardano e a ricevere «*informazioni significative*» in merito alla logica utilizzata.

Tali garanzie costituirebbero una diretta applicazione del diritto a una buona amministrazione di cui all'art. 41 della Carta di Nizza, laddove viene previsto che quando la Pubblica amministrazione intende adottare una decisione che può avere effetti avversi su di una persona, ha l'obbligo di sentirla prima di agire, di consentire l'accesso ai suoi archivi e documenti e di esplicitare le ragioni della propria decisione.

Il principio di conoscibilità, tuttavia, deve essere completato dal principio di comprensibilità che impone la previsione di meccanismi in grado di far sì che possa essere decifrata anche la logica utilizzata dall'algoritmo decidente.

Altro principio richiamato dal Collegio è quello di non esclusività della

³³ In particolare, al par. 1 viene previsto che: «*L'interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona*». Per completezza si ricorda anche il richiamo compiuto dalla pronuncia alla Carta della robotica approvata dal Parlamento europeo nel febbraio 2017 laddove afferma che nell'ipotesi in cui un *robot* possa prendere decisioni autonome, le norme tradizionali non sono sufficienti per attivare la responsabilità per i danni causati dal robot poiché non consentirebbero di determinare quale sia il soggetto su cui incombe la responsabilità del risarcimento né di esigere dallo stesso la riparazione dei danni causati.

decisione algoritmica e discenderebbe da quanto previsto dal richiamato art. 22 del Regolamento.

Il diritto dell'interessato a non essere sottoposto ad una decisione interamente automatizzata, che possa incidere significativamente sulla sua persona, deve quindi essere accompagnato dalla garanzia del contributo umano all'interno del processo decisionale, in grado di controllare, validare o smentire la decisione automatica (c.d. *human in the loop*).

Ulteriore principio cardine richiamato è quello di non discriminazione algoritmica che troverebbe il proprio fondamento nel considerando n. 71 del GDPR secondo cui, al fine di garantire un trattamento automatizzato corretto e trasparente, è opportuno che il titolare del trattamento si doti di tutti gli strumenti tecnici e organizzativi idonei ad assicurare la possibilità di rettifica delle inesattezze dei dati utilizzati nel processo decisionale e ad impedire, tra l'altro, il verificarsi di effetti discriminatori³⁴.

In altre parole, l'algoritmo conoscibile e comprensibile deve anche evitare di condurre ad un *output* decisionale con effetti discriminatori.

Premesso ciò, il Collegio conferma la sentenza di primo grado seppur con diversa motivazione.

Il TAR, infatti, aderendo all'orientamento maggiormente restrittivo esaminato *supra*, aveva ribadito la natura meramente servente e strumentale degli strumenti algoritmici stabilendo che un loro diverso utilizzo non può considerarsi conforme al vigente plesso normativo e ai dettami dell'art. 97 Cost., ai principi ad esso sottesi, agli istituti di partecipazione procedimentale definiti agli artt. 7, 8, 10 e 10 *bis* della l. 241/1990, all'obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi sancito dall'art. 3 della stessa legge, al principio ineludibile dell'interlocuzione personale intessuto nell'art. 6 e a quello ad esso presupposto di istituzione della figura del responsabile del procedimento³⁵.

Il Consiglio di Stato, invece, conferma la sentenza di primo grado

³⁴ Nello specifico il Considerando prevede che: «al fine di garantire un trattamento corretto e trasparente nel rispetto dell'interessato, tenendo in considerazione le circostanze e il contesto specifici in cui i dati personali sono trattati, è opportuno che il titolare del trattamento utilizzi procedure matematiche o statistiche appropriate per la profilazione, metta in atto misure tecniche e organizzative adeguate al fine di garantire, in particolare, che siano rettificati i fattori che comportano inesattezze dei dati e sia minimizzato il rischio di errori e al fine di garantire la sicurezza dei dati personali secondo una modalità che tenga conto dei potenziali rischi esistenti per gli interessi e i diritti dell'interessato e che impedisca tra l'altro effetti discriminatori nei confronti di persone fisiche sulla base della razza o dell'origine etnica, delle opinioni politiche, della religione o delle convinzioni personali, dell'appartenenza sindacale, dello status genetico, dello stato di salute o dell'orientamento sessuale, ovvero che comportano misure aventi tali effetti».

³⁵ Par. 5 della decisione.

ritenendo la procedura illegittima in quanto non conforme ai principi sopra elencati, precisando che i pericoli legati all'utilizzo dello strumento algoritmico non possono essere ovviati dalla rigida e meccanica applicazione di «*tutte le minute regole procedurali della legge n. 241 del 1990*», dal momento che quest'ultima è stata concepita «*in un'epoca in cui l'amministrazione non era investita dalla rivoluzione tecnologica*». Viceversa, l'esigenza di tutela posta dall'utilizzazione degli algoritmi può essere garantita solo dal principio di trasparenza nei termini evidenziati e «*riconducibili al principio di motivazione e/o giustificazione*».

Già da quanto sin ora riassunto, può notarsi che la pronuncia in commento consente di mettere in luce diversi nodi problematici legati all'utilizzo dello strumento algoritmico all'interno del procedimento amministrativo.

In primo luogo, vi è la questione del fondamento del potere amministrativo di ricorrere agli algoritmi che tutta la giurisprudenza ricordata ha risolto riconducendo la scelta nell'ambito del potere di autorganizzazione della pubblica amministrazione.

Tale questione merita di essere analizzata in relazione all'art. 22 del GDPR che la sentenza in commento richiama unicamente quale disposizione a cui ancorare la necessità di garantire (comunque) un contributo 'umano' all'interno del processo decisionale ma che, come si vedrà *infra*, merita ulteriori approfondimenti.

In secondo luogo, come accennato, a tale pronuncia potrebbe riconoscersi un ruolo di 'spartiacque' rispetto a quanto affermato dalla giurisprudenza precedente ma anche da parte della dottrina, in merito alla possibilità di utilizzo dell'automatizzazione algoritmica anche con riguardo all'attività discrezionale. Tale possibilità necessita di alcune precisazioni.

Da ultimo, sulla scia di quanto affermato dalla sentenza in commento in merito anche all'(in)adeguatezza della legge sul procedimento, si cercherà di mettere in luce la necessità di una disciplina specifica che possa regolare l'attività amministrativa automatizzata contemperando sia l'esigenza della pubblica amministrazione di usufruire della rivoluzione tecnologica in atto, sia quella di garanzia delle posizioni dei privati.

3.1. *Il potere dell'amministrazione di ricorrere agli algoritmi e l'art. 22 del GDPR*

Uno dei nodi non approfonditi dalla giurisprudenza richiamata è quello del fondamento del potere dell'amministrazione di ricorrere agli algoritmi e le conseguenti criticità (facilmente) rilevabili in relazione al

principio di legalità³⁶.

Le pronunce sin ora conosciute, come visto, hanno ricondotto la possibilità di usufruire di elaboratori elettronici nell'alveo delle scelte organizzative e metodologiche dell'amministrazione, come mera alternativa rispetto alle tecniche acquisitive e decisorie di cui la stessa tradizionalmente dispone.

In altre parole, la decisione si porrebbe nell'ambito del potere di autorganizzazione della pubblica amministrazione, quale disciplina dello stesso potere che le è attribuito dall'ordinamento³⁷. Non trattandosi di un nuovo potere, dunque, non vi sarebbe bisogno di alcun intervento legislativo teso a conferirlo.

Pur volendo concordare con l'assunto secondo cui una norma generale attributiva di tale potere non sia necessaria, i quesiti aperti sembrerebbero ancora molteplici.

Anzitutto qualche perplessità sorge in merito a quanto previsto dal già richiamato art. 22 GDPR, almeno con riguardo alle decisioni interamente automatizzate e che comportino l'utilizzo di dati personali.

Tale disposizione, oltre a garantire il diritto a non essere sottoposti a una decisione interamente automatizzata, prevede anche determinate eccezioni tra cui quella che la decisione sia autorizzata dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui risulti assoggettato il titolare del trattamento³⁸.

La possibilità di deroga non viene solo subordinata a un'esplicita previsione, ma viene stabilito anche che quest'ultima debba prevedere adeguate misure «*a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi*

³⁶ Si interroga su tale problematica anche AVANZINI, op. cit. p. 81 ss. che evidenzia che l'art. 3 *bis* della l. 241/1990 relativo all'uso della telematica non può essere considerato il fondamento normativo generale di tale potere dal momento che costituirebbe una norma meramente programmatica e generica che non imporrebbe alcun tipo di riorganizzazione della struttura amministrativa. Nemmeno il Codice dell'amministrazione digitale prevederebbe alcuna norma al riguardo. Quest'ultimo, inoltre, a detta del Consiglio di Stato disciplinerebbe la digitalizzazione dell'amministrazione «*alquanto sommariamente*» senza modificare la disciplina amministrativa delle stesse procedure (Cons. Stato, parere, 7 febbraio 2015, 11995). Sulla natura meramente programmatica dell'art. 3 *bis* v. F. CARDARELLI, *Art. 3 bis*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, p. 509 ss.

³⁷ Sul punto A. MASUCCI, *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie. Il procedimento amministrativo elettronico ad istanza di parte*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 86 ss.

³⁸ Il paragrafo 1 non si applica nel caso in cui la decisione: a) sia necessaria per la conclusione o l'esecuzione di un contratto tra l'interessato e un titolare del trattamento; b) sia autorizzata dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento, che precisa altresì misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato; c) si basi sul consenso esplicito dell'interessato.

dell'interessato». Saremmo quindi di fronte ad una espressa riserva di legge³⁹.

Il successivo art. 23, inoltre, prevede la possibilità, sempre per il diritto UE o dello Stato membro, di imporre ulteriori limitazioni al divieto delineato dall'art. 22 per perseguire determinati interessi pubblici (delineati anch'essi dalla disposizione) purché le stesse rispettino «l'essenza dei diritti e delle libertà fondamentali» e siano misure necessarie e proporzionate.

Il combinato disposto di tali regole, dunque, richiede chiaramente che nell'ipotesi in cui gli Stati membri vogliano permettere l'integrale automatizzazione delle decisioni (che involgono il trattamento di dati personali) siano tenuti a prevedere una disciplina *ad hoc* che non solo consenta tale possibilità ma che preveda anche adeguate misure a tutela dei diritti degli interessati.

A tale garanzia si aggiungerebbero, inoltre, le previsioni di cui agli artt. 13, 14 e 15 richiamate dalla pronuncia in commento in merito al diritto dell'interessato di ricevere «*significantive informazioni*» sull'utilizzo della decisione automatizzata e sulla logica dalla stessa utilizzata.

Il diritto UE, dunque, prevederebbe (seppur in via indiretta), la necessità di una base normativa che non solo legittimi l'automatizzazione decisionale e ne delinei i limiti di utilizzo, ma che imponga anche il rispetto di determinate garanzie⁴⁰.

Da qui un duplice ordine di considerazioni.

Nella pronuncia in commento l'utilizzo dell'algorithmo è stato ritenuto illegittimo dal Collegio in quanto non conforme a determinati principi declinati (quasi) *ex novo* dalla giurisprudenza, primo fra tutti quello della trasparenza. Nessun rilievo è stato mosso in merito alla possibilità che la pubblica amministrazione, avendo posto in essere una procedura interamente automatizzata⁴¹, avesse violato l'art. 22 GDPR.

³⁹ Sul tema S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Umano troppo umano. Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2019, p. 23.

⁴⁰ Resterebbero fuori da tale disciplina tutte le procedure decisionali non interamente automatizzate (quindi anche quelle di supporto alla decisione) e quelle che non comportino il coinvolgimento di dati personali (come può essere, ad esempio, la predisposizione di un bando di gara). Sul punto parte della dottrina ha evidenziato che per tali procedimenti il principio di legalità non deriverebbe dal GDPR ma dal c.d. principio antropomorfo rintracciabile negli artt. 4 e 5 della l. 241/1990. In tal senso CIVITARESE MATTEUCCI, op. cit., p. 20 ss.

⁴¹ L'automazione completa della procedura viene invece evidenziata (pur non facendo ricorso all'art. 22 GDPR) dall'orientamento dei TAR secondo cui nel caso di specie sarebbe mancata una vera e propria attività amministrativa, essendosi demandato ad un impersonale algoritmo lo svolgimento dell'intera procedura. In tal senso si ricorda *ex multis* TAR Lazio, Roma, sez III *bis*, 10 settembre 2018, n. 9230.

Quest'ultimo infatti viene richiamato dal Consiglio di Stato unicamente per sottolineare come non sia possibile adottare una procedura integralmente automatizzata ma che debba essere sempre garantito il metodo c.d. *human in the loop*. Si aggiunga che ciò viene stabilito senza ricordare le eccezioni elencate nello stesso art. 22 nè nel successivo art. 23.

La possibilità di una completa automatizzazione del processo decisionale, infatti, non viene scartata *in toto* dal diritto sovranazionale, bensì viene riconosciuta e subordinata alle garanzie e ai limiti sopra ricordati.

In ipotesi, dunque, se vi fosse una normativa nazionale, rispondente ai criteri e ai requisiti richiesti dalle suddette disposizioni, la possibilità di porre in essere decisioni integralmente automatizzate sarebbe conforme al disposto del GDPR.

Altra valutazione, di più ampio respiro, che si può trarre dalla normativa ricordata coinvolge il principio di legalità sostanziale.

Se, infatti, una norma generale di conferimento di siffatto potere non sembrerebbe necessaria (stante il suo carattere 'derivato'), acquista, invece, un certo rilievo l'esigenza di garantire il rispetto del principio di legalità in senso sostanziale attraverso la tipizzazione e la specificazione quantomeno del contenuto e delle modalità di esercizio di tale potere. Ciò, secondo la dottrina già richiamata, potrebbe essere garantito da disposizioni non necessariamente legislative, ma anche da atti a contenuto generale o da regolamenti⁴².

In assenza di tali precisazioni l'individuazione delle regole applicabili verrebbe lasciata (come sta avvenendo) all'evolversi (ma anche al mutare) della giurisprudenza. Eventualità che, dato il rilievo degli interessi in gioco, nel lungo periodo, non sembra opportuno incoraggiare.

3.2. L'apertura del Consiglio di Stato all'utilizzo degli algoritmi (anche) per l'attività discrezionale

Come anticipato, la pronuncia in commento, distanziandosi dalla giurisprudenza precedente, ha aperto alla possibilità dell'utilizzo degli strumenti algoritmici anche nell'ambito dell'attività discrezionale⁴³.

Ciò in quanto non vi sarebbero «ragioni di principio, ovvero concrete, per limitare l'utilizzo all'attività amministrativa vincolata piuttosto che discrezionale,

⁴² CIVITARESE MATTEUCCI, op. cit., 40 ss. secondo cui il rispetto della legalità sostanziale potrebbe essere avviato attraverso questo tipo di legalità c.d. di secondo grado. Concorde sul punto anche TRANQUILLI, op. cit.

⁴³ Sulle possibilità applicative degli strumenti algoritmici anche all'attività discrezionale si veda *supra* il contributo di S. VERNILE, p. 112 ss.

entrambe espressione di attività autoritativa svolta nel perseguimento del pubblico interesse».

L'unico *discrimen* tra le due tipologie di attività amministrativa risiederebbe nella maggiore semplicità di utilizzo di tali strumenti in relazione all'attività vincolata, ma ciò non escluderebbe che anche «*l'esercizio di attività discrezionale, in specie tecnica*» possa in astratto beneficiare delle efficienze e dei vantaggi offerti dagli strumenti algoritmici.

Il Giudice amministrativo sarebbe passato da una completa avversione rispetto a tale strumento⁴⁴, ad ammetterne i benefici e la legittimità unicamente in relazione all'attività vincolata⁴⁵ ed infine ad ipotizzarne l'applicazione anche all'attività discrezionale, principalmente tecnica.

Prima di tale pronuncia, dottrina e giurisprudenza erano concordi nel ritenere applicabile l'automatizzazione algoritmica unicamente all'attività vincolata dell'amministrazione e non anche a quella discrezionale⁴⁶.

In particolare, è stato evidenziato che la programmazione di un *software* in grado di 'esercitare' un potere amministrativo richiede la conversione di un determinato precetto giuridico in una regola algoritmica. Questa attività (c.d. normalizzazione algoritmica) richiede un approccio sillogistico (*if A then B*) ove ogni inferenza logica si basa su regole caratterizzate da consequenzialità e univocità⁴⁷. Sul piano giuridico, e in particolare sul piano dell'automatizzazione delle decisioni amministrative, ciò comporterebbe imprescindibilmente la presenza di norme attributive del potere caratterizzate da un lessico così preciso in grado di garantire la consequenzialità sillogistica di cui sopra.

Questa possibilità si verificherebbe unicamente con riguardo ai poteri amministrativi c.d. vincolati ove tutti gli elementi dell'azione amministrativa risultano analiticamente e dettagliatamente predeterminati⁴⁸.

⁴⁴ Si fa riferimento alle pronunce del TAR più volte richiamate.

⁴⁵ Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2019 n. 2270 secondo cui non sarebbe possibile «*lasciare spazi applicativi discrezionali (di cui l'elaboratore elettronico è privo), ma deve prevedere con ragionevolezza una soluzione definita per tutti i casi possibili, anche i più improbabili*», spostando la discrezionalità amministrativa «*al momento dell'elaborazione dello strumento digitale*».

⁴⁶ Di tale avviso *ex multis* D'ANGELOSANTE, op. cit.; OTRANTO, op. cit.; DELGADO, op. cit.; GALETTA - CORVALÁN, op. cit. Di diverso avviso E. PICOZZA, *Politica, diritto amministrativo and Artificial Intelligence*, in *Giur. it.*, 2019, 7, p. 1771.

⁴⁷ In questi termini S. VACCARI, *Note minime in tema di intelligenza artificiale e decisioni amministrative*, in *Giustamm.it*, 10, 2019.

⁴⁸ VACCARI, op. cit. Altra parte della dottrina ha evidenziato che vi sarebbe un problema anche in caso di automatizzazione di quell'attività vincolata disciplinata da norme contenenti concetti giuridici indeterminati o vaghi che costituirebbero un ostacolo alla normalizzazione del linguaggio che è condizione per la riduzione dell'enunciato normativo a una catena di comandi espressa in un algoritmo. In tal senso OTRANTO, op. cit.

Tale schema sarebbe applicabile alla logica algoritmica: i presupposti predeterminati dalla legge corrisponderebbero agli *input* da inserire nel *software* che, con una serie finita di passaggi, verificherebbe la sussistenza dei presupposti nel caso di specie per giungere alla soluzione, ossia all'*output* finale⁴⁹. Questa 'sovrapposizione' non sarebbe invece realizzabile con riferimento all'attività discrezionale c.d. pura, tradizionalmente definita come il potere di apprezzare in un margine di scelta l'opportunità di soluzioni possibili rispetto alla norma amministrativa da attuare⁵⁰.

Margini di scelta, possibilità di soluzioni e di apprezzamento non sarebbero elementi 'parametrizzabili' secondo la detta logica algoritmica⁵¹ che (almeno ad oggi)⁵² non sarebbe in grado di riprodurre alcun tipo di bilanciamento di interessi (fondato anche su scelte valoriali) né tantomeno determinare la soluzione del caso concreto⁵³.

Le situazioni concrete nelle quali l'amministrazione è chiamata ad intervenire sono caratterizzate da un grado ineliminabile di contingenza ed imprevedibilità tale da richiedere al decisore spazi di adattabilità circa la

⁴⁹ In questi termini CAVALLARO- SMORTO, op. cit., che richiama P. FERRAGINA-F. LUCCIO, *Il pensiero computazionale. Dagli algoritmi al coding*, Il Mulino, 2017. Gli A. ritengono che tale applicabilità sarebbe possibile in quanto l'attività vincolata è caratterizzata dalla nota sequenza norma-fatto-effetto secondo cui l'individuazione univoca e incontrovertibile dei presupposti previsti *ex lege* rende certa la decisione amministrativa; mentre lo schema non sarebbe replicabile nell'attività discrezionale, caratterizzata dallo schema norma-potere-effetto che presuppone un apprezzamento e una valutazione comparativa.

⁵⁰ M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Giuffrè, 1939, p. 52.

⁵¹ Tuttavia, vi è chi ne ha ipotizzato la possibilità dal momento che, ad oggi, l'ampiezza di margini di scelta e di valutazione è fortemente ridimensionata rispetto al passato e la normativa è sempre più dettagliata e precisa. Si v. F. COSTANTINO, *Autonomia dell'amministrazione e innovazione digitale*, Napoli, 2012, 169 ss. Similmente, pur senza alcun riferimento alla differenziazione tra attività vincolata e discrezionale, è stato evidenziato che l'azione amministrativa di oggi, almeno quella puntuale, in larga misura è un'azione amministrativa sostanzialmente vincolata, che si muove attraverso parametri prefissati stabiliti da atti generali, regolamenti, direttive, atti di regolazione e quant'altro, circa i quali si possono sicuramente ipotizzare dei programmi tali da consentire di arrivare per via automatica alle decisioni. In questo senso CERULLI IRELLI, *La Tecnificazione*, op. cit., p. 283.

⁵² Dottrina risalente tuttavia ha ipotizzato la delega di attività discrezionali a sistemi informatici ritenendo che gli sviluppi dell'IA riusciranno a simulare le capacità di decisione umana. V. BUSCEMA, *Discrezionalità amministrativa e reti neurali artificiali*, in *Foro Amm.*, 1993, p. 620 ss.

⁵³ Parte della dottrina ha evidenziato simile problematica non solo con riferimento all'attività discrezionale ma anche nel caso di accertamento di fatti complessi quando sono proponibili differenti valutazioni tecniche circa la definizione del fatto da accertare. MASUCCI, *Vantaggi e rischi dell'automatizzazione algoritmica delle decisioni amministrative*, op. cit.

misura da disporre⁵⁴.

L'algoritmo, dal canto suo, è invece incapace di gestire l'eccezionale, in quanto teso ad applicare alle situazioni concrete regole predeterminate prima di venirne a conoscenza⁵⁵.

L'unico margine di applicazione dello strumento algoritmico anche all'attività discrezionale potrebbe ipotizzarsi laddove l'amministrazione scegliesse di auto-vincolarsi *ex ante* a specifiche regole, al fine di esaurire gli spazi di discrezionalità del suo potere così da consentirne la traduzione in precise istruzioni per l'algoritmo.

Si pensi, a titolo esemplificativo, ai procedimenti per l'attribuzione di vantaggi economici che, secondo quanto previsto dall'art. 12 l. 241/1990, sono subordinati alla predeterminazione, da parte delle amministrazioni procedenti, dei criteri e delle modalità a cui le stesse saranno poi tenute ad attenersi.

In tali casi, sulla base di una stringente predeterminazione, potrebbe possibile immaginare l'inserimento di strumenti algoritmici che, come detto, applicano alle situazioni concrete regole predeterminate⁵⁶.

Nel caso del c.d. auto-vincolo, tuttavia, poiché la discrezionalità si esaurirebbe nel momento della determinazione dello stesso, ciò che diventerebbe oggetto di automazione in realtà non sarebbe più attività discrezionale⁵⁷.

Un discorso parzialmente diverso può farsi, invece, con riferimento alla discrezionalità c.d. tecnica laddove si ammetta che questa non implichi valutazioni e ponderazione di interessi, né possibilità di scelta in ordine all'agire alla stregua di esse⁵⁸.

Infatti, laddove 'l'attività tecnica' abbia un esito certo e indiscutibile, l'amministrazione è inderogabilmente tenuta a provvedere nel modo che l'ordinamento prevede per l'ipotesi che l'apprezzamento tecnico ha fatto scegliere.

Al di fuori di questi ambiti e ogni qualvolta vi sia necessità di bilanciare concretamente una pluralità di interessi, la possibilità di automatizzazione del procedimento amministrativo, ad oggi, sembra difficilmente praticabile.

Su questo punto merita apprezzamento quanto affermato dalla giurisprudenza precedente alla sentenza in commento che aveva evidenziato che la regola algoritmica non può essere strutturata in modo da lasciare spazi applicativi

⁵⁴ M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, IV edizione, Il Mulino, 2019, p. 124.

⁵⁵ MASUCCI, *Vantaggi e rischi dell'automatizzazione algoritmica delle decisioni amministrative*, op. cit.

⁵⁶ VACCARI, evidenza come in ogni caso anche questo modello potrebbe trovare applicazione soltanto con riguardo a specifici procedimenti amministrativi quali, ad esempio, a quelli di natura concorsuale e comparativa.

⁵⁷ Di tale avviso anche AVANZINI, op.cit., p. 92 ss.

⁵⁸ A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, IX edizione, Jovene, 1966, p. 323 ss.

discrezionali all'elaboratore elettronico (di cui comunque sarebbe privo) ma «*deve prevedere con ragionevolezza una soluzione definitiva per tutti i casi possibili*»⁵⁹.

L'utilizzo degli algoritmi in seno al procedimento amministrativo può limitarsi, dunque, alle ipotesi in cui l'attività amministrativa sia chiaramente predeterminata *ex ante* e non comporti margini di scelta tra eventuali soluzioni tutte possibilmente valide.

L'automatizzazione sarebbe quindi da incoraggiare in tutti i casi di attività vincolata o comunque predeterminata in modo stringente.

Tuttavia, tale scelta non è di poco conto e gli effetti che la stessa può (e potrà) avere sulle modalità di esercizio del potere amministrativo e prima ancora sulla stessa legge del procedimento non possono non essere prese in considerazione e affrontate in maniera sistematica da parte del legislatore.

4. *L'insufficienza delle garanzie tradizionali: un nuovo procedimento (algoritmico)?*

Come si è visto, la giurisprudenza dei TAR ha ritenuto che l'utilizzo dell'automatizzazione algoritmica sia lesivo di alcuni degli istituti e dei principi posti a fondamento del tradizionale procedimento amministrativo.

Il 'procedimento algoritmico' renderebbe difficoltoso (se non impossibile) assicurare il rispetto delle garanzie di partecipazione, renderebbe il ruolo del responsabile meramente strumentale e impedirebbe di osservare, tra l'altro, l'onere motivazionale di cui all'art. 3 l. 241/1990.

La pronuncia in commento ha invece affermato che questo 'nuovo' procedimento non può essere disciplinato dalle «*minute regole procedurali*» della l. 241/1990 in quanto quest'ultima sarebbe stata concepita in un'epoca in cui la pubblica amministrazione non era stata investita dalla rivoluzione tecnologica.

Da qui l'esigenza di individuare nuovi principi come quelli di non esclusività e di non discriminazione algoritmica, ma anche di declinare in maniera differente principi già conosciuti come quello di trasparenza e di richiamare garanzie presenti nel diritto sovranazionale.

Tuttavia, nessuna delle due alternative interpretative proposte dalla giurisprudenza sembrerebbe essere pienamente soddisfacente rispetto al principio di buona amministrazione: da un lato, vi sarebbe la marginalizzazione dell'utilizzo degli algoritmi, dall'altro la marginalizzazione delle garanzie previste dalla legge sul procedimento amministrativo.

⁵⁹ Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270 par. 8.2.

Entrambe le soluzioni, inoltre, potrebbero impedire alla pubblica amministrazione di accogliere a pieno l'attuale sviluppo tecnologico in quanto, per un verso, dovrebbe rinunciare agli innegabili benefici che la tecnologia può offrire e, per l'altro, ai principi e agli istituti fondamentali che ne regolano l'azione.

Né è pensabile che il 'traguardo' di un'amministrazione 4.0. possa essere (efficientemente) raggiunto lasciando unicamente alla giurisprudenza (e al suo evolversi a volte ondivago) l'onere di stabilire la disciplina applicabile. Se è vero che, in assenza di una disciplina *ad hoc*, simili interventi non solo siano apprezzabili ma addirittura indispensabili, tuttavia, non possono ritenersi sufficienti nel lungo periodo.

Nonostante il rilevante sforzo del Giudice amministrativo, infatti, i quesiti aperti risultano ancora molteplici.

Si pensi, ad esempio, al ruolo del responsabile del procedimento ma anche alla possibilità per il funzionario competente di discostarsi motivatamente dai risultati dell'istruttoria⁶⁰. Ciò non solo nel caso in cui venga posta in essere una procedura integralmente automatizzata, ma anche nell'ipotesi in cui lo strumento algoritmico venga utilizzato solamente in funzione di supporto alla decisione⁶¹.

Davanti all'istruttoria' condotta interamente da un algoritmo che ruolo potrebbe ricoprire il responsabile del procedimento? E il funzionario competente a emanare il provvedimento, davanti a una decisione compiuta da un algoritmo (che si assume essere teoricamente e tendenzialmente corretta), in che modo e con quali strumenti potrebbe eventualmente concludere in senso diverso se non addirittura opposto?⁶².

⁶⁰ Sul ruolo del responsabile del procedimento all'interno dell'amministrazione 4.0. GALETTA-CORVALÁN, op. cit., p.19 ss. secondo cui non sarebbe immaginabile pensare di sostituire la figura del funzionario responsabile del procedimento con un algoritmo. Vi è chi ha evidenziato, inoltre, che la figura del responsabile del procedimento, rivolta a dare 'un volto umano' all'amministrazione non riuscirebbe, sia per motivi testuali che per ragioni di fondo, ad essere traspunta su una dimensione di completa automatizzazione. In tal senso E. CARLONI, *AI, algoritmi e pubblica amministrazione in Italia*, in *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política*, 2020, 3, p. 5.

⁶¹ Cfr. CIVITARESE MATTEUCCI, *Umano troppo umano*, op. cit., p. 27 ss; Sul possibile rapporto tra la figura del responsabile del procedimento e la decisione algoritmica v. *supra* anche il contributo di S. VERNILE, p. 118 ss.

⁶² Così CIVITARESE MATTEUCCI, *Umano troppo umano*, op. cit., p. 27; TRANQUILLI, op cit. e MASUCCI, *Vantaggi e rischi dell'automatizzazione algoritmica delle decisioni amministrative*, op. cit., p. 1116 ss. secondo cui in tutti i casi in cui l'amministrazione adotta un algoritmo essa di fatto finisce per essere sottoposta alla decisione che scaturirà dalla macchina e «all'amministrazione di fatto non è consentito tener conto del caso eccezionale e di correggere la decisione simulata dal computer». Sul rapporto tra sistemi automatici di decisione e processi decisionali umani A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal*, 2019, 1, secondo cui le difficoltà per il decisore umano di

Altri istituti che, a titolo esemplificativo, meriterebbero una ridefinizione e un evidente adattamento sono chiaramente quelli tesi a garantire la partecipazione informata del privato alla decisione amministrativa.

Partendo dal presupposto che, con riguardo all'esercizio della funzione amministrativa, il ruolo di legittimazione del potere ma anche di collaborazione che la partecipazione del privato detiene non sia una garanzia a cui sia pensabile rinunciare, in che modo sarebbe possibile garantirla?

Se attraverso l'uso degli algoritmi la fase istruttoria tende a contrarsi sino quasi a scomparire, in che momento andrebbe inserita l'interlocuzione pubblico-privato?⁶³

In linea con l'odierno sviluppo tecnologico, può immaginarsi un incremento nell'utilizzo degli algoritmi nelle decisioni amministrative. Quest'ultimo, date le possibilità che ha da offrire in termini di efficienza e di economicità dell'azione amministrativa, non solo deve essere incoraggiato ma deve anche essere reso possibile.

Se è vero che le regole procedurali che fino ad oggi hanno regolato l'esercizio dell'azione amministrativa paiono in parte poco adattabili a questi 'nuovi' procedimenti, è anche vero che, nel lungo periodo, non può immaginarsi una (non) 'regolamentazione' per principi. Se gli strumenti che sino ad oggi hanno regolato e garantito il rapporto dei privati con la pubblica amministrazione non risultano sufficienti è giusto riadattarli o idearne di nuovi.

Una simile evoluzione nell'esercizio del potere amministrativo, infatti, non può significare una diminuzione della tutela degli amministrati, né può avere come contropartita una 'involuzione' delle garanzie dei privati nei confronti del potere pubblico.

Se la decisione automatizzata diventerà la nuova modalità di esercizio del potere amministrativo, sarebbe auspicabile una ridefinizione sistematica e una disciplina specifica, non solo conforme a quanto ricordato in relazione al principio di legalità, ma anche tesa a bilanciare l'utilizzo degli strumenti che la rivoluzione tecnologica è in grado di offrire con l'ineliminabile esigenza di tutela demandata dai privati, in modo da non dover lasciare quest'onere, ancora una volta, unicamente alla giurisprudenza⁶⁴.

distanziarsi da quanto stabilito da quello automatico risiederebbero non solo nelle ragioni di valore scientifico, di accuratezza predittiva o di affidabilità tecnica dell'automatismo, ma eminentemente in ragioni di convenienza pratica.

⁶³ Sui rischi di un'amministrazione invisibile v. D'ANGELOSANTE, op. cit. Sulla partecipazione del privato all'interno dei procedimenti automatizzati DI MARTINO, op. cit., p. 59 ss.

⁶⁴ Per uno studio comparato sulla 'legislazione algoritmica' v. TRANQUILLI, op. cit. e anche AVANZINI op.cit. che analizzano le tutele previste dal legislatore francese ma anche CIVITARESE MATTEUCCI, *Umano troppo umano* che richiama la normativa spagnola.