

## La sfida tecnologica alla legalità amministrativa

Alessandro Puzanghera

Nel nuovo scenario in cui si assiste all'affermarsi della tecnologia ed in particolare allo sviluppo dell'intelligenza artificiale, ci si pone dinanzi ad alcuni aspetti di questo imponente fenomeno e a interrogativi di tipo etico ed antropologico che rappresentano un vero e proprio cambio di paradigma, al fondo del quale potrebbe esserci una nuova idea di umanità. L'uso dei sistemi di intelligenza artificiale applicati alle attività della pubblica amministrazione impongono di riesaminare gli istituti giuridici, principi e regole dell'organizzazione e del procedimento amministrativo. In più, impongono di inquadrare correttamente la dinamica procedimentale che ne scaturisce, oltre al rapporto fra procedimento amministrativo e il principio di legalità.

Algoritmo – Decisione amministrativa – Intelligenza Artificiale – Pubblica amministrazione

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Brevi cenni sul procedimento amministrativo digitalizzato – 3. Algoritmi e Intelligenza Artificiale: interviene il Consiglio di Stato – 4. Uno sguardo rivolto verso l'estero – 5. Conclusioni

### 1. Premessa

Il principio di legalità costituisce un pilastro indefettibile per gli ordinamenti liberaldemocratici, specie nel quadro degli strumenti di sottoposizione del potere al sistema giuridico.

Se è indubbio che l'avvento di detto principio abbia presidiato il passaggio dallo *status subjectionis* al ruolo di *activae civitatis*, con l'arrivo dello Stato pluriclasse al contempo, già agli albori del XX secolo, Santi Romano aveva presagito l'inverarsi di un processo di crisi del modello statale i cui esiti si sono riverberati nella contemporaneità.

Attualmente, infatti, l'ordinamento generale annovera tra le criticità che lo caratterizzano, accanto alla perdita della connotazione atomistica, il proliferare di organizzazioni operanti in ambito sovranazionale, che incidono in maniera significativa sul processo di frammentazione degli interessi, interferendo altresì sui pubblici poteri nazionali. Senza poi dimenticare il ruolo assunto dal mercato e dalle sue regole

che partecipa al nuovo modo di concepire i rapporti pubblico/privato.

In questo scenario si assiste all'affermarsi delle nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione, ivi inclusi gli algoritmi e l'Intelligenza Artificiale (IA), che potrebbero contribuire a raggiungere l'obiettivo della "buona amministrazione". Con le pronunce del Consiglio di Stato, si ammette, infatti, il ricorso ai sistemi di intelligenza artificiale nel procedimento amministrativo e vengono tracciati i principi posti a presidio dei cittadini - utenti del servizio pubblico.

A tal proposito, due sono i principi che assumono rilievo fondamentale: a) la piena conoscibilità a monte del modulo utilizzato e dei criteri applicati (principio di trasparenza); b) l'imputabilità della decisione all'organo titolare del potere, il quale deve poter svolgere la necessaria verifica di logicità e legittimità della scelta e degli esiti affidati all'algoritmo (principio di responsabilità).

Occorre tuttavia interrogarsi su quali potrebbero essere i meccanismi che consentano la compatibili-

---

A. Puzanghera è dottorando di ricerca in "Global Studies for an Inclusive and Integrated Society. Global Culture, Digital Society, Diversity Inclusion and Social Innovation for Development" presso l'Università per stranieri "Dante Alighieri" di Reggio Calabria. Questo saggio fa parte della sezione monografica *Gli algoritmi pubblici tra legalità e partecipazione* a cura di Benedetto Ponti.



tà fra l'uso di sistemi di automazione e gli istituti di garanzia di partecipazione. Pertanto, si tratta di capire quale sia il margine di applicazione dei tradizionali istituti partecipativi a fronte del ricorso all'automazione da parte dell'amministrazione.

Dinanzi all'imperante processo di innovazione, si manifesta uno stato di crisi dei fondamenti che tradizionalmente hanno connotato la riflessione dei fautori del pensiero liberale, improntato sulla garanzia della prevedibilità e stabilità delle regole, la trasparenza dei procedimenti decisionali e la responsabilità dei referenti soggettivi preposti all'esercizio delle funzioni pubbliche.

## 2. Brevi cenni sul procedimento amministrativo digitalizzato

Per un'analisi del fenomeno di digitalizzazione e informatizzazione amministrativa, è necessario prendere le mosse dall'esame dei vari ambiti su cui questo incide.

Come affermato a livello dottrinale<sup>1</sup>, il primo settore che ha avvertito in maniera significativa l'influenza delle innovazioni tecnologiche e che ne ha tratto un notevole impulso è il settore dei dati, interessato da una crescita esponenziale<sup>2</sup>. Il trattamento di un'ampia categoria di dati raccolti, concernenti numerose persone fisiche e giuridiche, pur risultando innegabilmente vantaggioso per il perseguimento di determinati obiettivi, è potenzialmente idoneo a ledere le posizioni giuridiche soggettive di numerosi consociati.

Può anzitutto osservarsi che il progresso delle tecnologie e l'avvento di una "quarta rivoluzione industriale", orientata verso produzioni personalizzate e connotata da fattori quali l'impiego di big data, tecnologie di cloud computing, Internet delle cose, intelligenza artificiale, determinano un radicale mutamento nella dinamica dei rapporti e degli interessi in ogni ambito dell'agire umano, destinato a produrre effetti anche sulla declinazione della relazione tra libertà individuali e autorità<sup>3</sup> (espressione di poteri pubblici e privati)<sup>4</sup>, sulla struttura e sull'organizzazione dello Stato e, in ultima istanza, sulla decisione amministrativa<sup>5</sup>.

Già nel lontano 1979 Giannini aveva colto l'importanza dell'impiego delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione da parte della pubblica amministrazione. Egli già notava 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»<sup>6</sup>.

Da tempo molti paesi hanno avviato un processo di modernizzazione dei fascicoli contenuti negli archivi. Con l'introduzione di un supporto digitale per la lettura dei dati, il processo di modernizzazione

ha perseguito l'obiettivo di garantire una trasmissione veloce ed agevole di informazioni tra gli uffici mediante reti interconnesse<sup>7</sup>.

Tale innovazione costituita dall'introduzione delle reti interconnesse comporta evidenti benefici sul piano procedimentale, in quanto concede ad un ufficio la possibilità di accedere a dati detenuti da un altro ufficio o da un'altra amministrazione senza doverli richiedere ad una persona fisica e senza dover aspettare i tempi che un procedimento del genere richiederebbe. L'accesso ai dati avviene automaticamente, sulla base di una veloce procedura informatica.

Inoltre, le *Information and Communication Technologies* favoriscono anche l'accesso dei cittadini ai database della pubblica amministrazione, permettendo una maggiore trasparenza ed immediatezza nella circolazione delle informazioni anche sotto tale profilo.

La presenza di database pubblici risulta essere oggi un elemento caratterizzante delle pubbliche amministrazioni.

L'informatica non viene solo usata quale mezzo di esternazione di provvedimenti, o di atti fatti pervenire da privati all'interno di procedimenti condotti da enti pubblici: gli elaboratori si atteggiano, invece, sempre più come strumenti ai quali viene demandato l'espletamento di talune funzioni (istruttorie, ma anche decisionali), come accade nelle ipotesi di correzione automatizzata delle prove di determinati concorsi, ovvero nella gestione di procedimenti di mobilità da parte di grandi amministrazioni centrali<sup>8</sup>.

Da un punto di vista normativo è da menzionare l'art. 3-*bis* della l. 7 agosto 1990, n. 241, ancora recentemente modificato (d.l. 16 luglio 2020, n. 76), «le amministrazioni pubbliche agiscono mediante strumenti informatici e telematici, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati»<sup>9</sup>.

Inoltre, all'amministrazione digitale è stato addirittura dedicato un "codice" (d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, c.d. CAD) che ha lasciato emergere dei "diritti di cittadinanza digitale" (art. 17, co. 1-*quinquies*), categoria evanescente nei confini (e perciò priva di una valenza applicativa), ma che evoca la sempre più marcata rivoluzione del procedimento e del provvedimento digitalizzati.

Pertanto, dall'iniziativa, allo svolgimento dell'istruttoria (art. 41), alla partecipazione (art. 4), alla forma dell'atto (art. 20) e agli adempimenti necessari per la piena efficacia dello stesso (art. 3-*bis*), lo svolgimento della funzione amministrativa risulta profondamente inciso e conformato dalle nuove tecnologie, attraverso una disciplina legale che pare incentrata sulla dimensione organizzativa, sul procedimento e sulla forma dell'atto<sup>10</sup>.



La disciplina del procedimento amministrativo “tradizionale”, che è esso stesso “forma sensibile della funzione”<sup>11</sup>, è incentrata sulla possibilità per l’amministrazione di adottare la decisione sulla base di ragioni giuridiche, fatti, interessi, dei quali occorre dar conto nella motivazione dell’atto di modo che risulti – anche a garanzia del diritto di difesa – spiegabile ed individuata su basi di razionalità causale.

Il procedimento amministrativo – «sequenza di atti e operazioni che si realizzano in vista di un certo risultato di diritto amministrativo»<sup>12</sup> – con la sua struttura e la sua logica, nel susseguirsi di fasi successive e concatenate sino al concretarsi del potere nell’assunzione della decisione e nell’adozione dell’atto, presenta rilevanti assonanze con la strutturazione dell’algoritmo, inteso come serie finita di passaggi che permettono di risolvere un problema.

Mentre gli algoritmi trovano già spazio nell’assunzione della decisione amministrativa, il quadro normativo appare sostanzialmente invariato, lasciando emergere la necessità che l’analisi del fenomeno e l’individuazione della relativa disciplina giuridica siano condotte anzitutto sulla scorta dei principi generali e delle riflessioni di giurisprudenza e dottrina<sup>13</sup>.

Dottrina e giurisprudenza hanno da tempo evidenziato i vantaggi che l’atto ad elaborazione elettronica presenta in termini di riduzione di rischi di disparità di trattamento, di osservanza della legge, di prevenzione di fenomeni corruttivi, di completezza dell’istruttoria.

L’ipotesi meno problematica riguarda l’atto amministrativo vincolato, la cui fattispecie è costruita secondo lo schema norma-fatto-effetto<sup>14</sup>; grazie a tale modello l’atto amministrativo automatizzato è entrato nell’amministrazione e, dunque, nelle riflessioni della dottrina e della giurisprudenza.

Tuttavia, la limitazione dell’impiego dell’atto amministrativo automatizzato alle sole ipotesi di attività vincolata risulta non appagante anche in ragione della stessa difficoltà di definire l’atto amministrativo vincolato e dell’ampio dibattito che anima la dottrina amministrativistica sul punto<sup>15</sup>.

Recentemente la decisione discrezionale automatizzata inizia ad essere ammessa dalla dottrina<sup>16</sup> e dalla giurisprudenza e a trovare ingresso nella prassi.

Anche senza voler immaginare l’adozione di un atto amministrativo discrezionale interamente automatizzato, è evidente come già oggi gli algoritmi – ed in particolare i sistemi di IA – siano adoperati dall’amministrazione per supportarne la decisione, finendo inevitabilmente per condizionarla.

Basti pensare agli algoritmi che il Governo ha utilizzato per determinare gli scenari di rischio (c.d. “zone”) e le corrispondenti misure di contenimento in relazione all’epidemia covid-19. Si tratta di un si-

stema che combina 21 indicatori di monitoraggio e 5 livelli di rischio<sup>17</sup> dando luogo a valutazioni probabilistiche che sono apparse a taluni osservatori ambigue e non trasparenti<sup>18</sup>. La decisione sullo scenario di rischio di ciascuna regione spettava al Ministro della Salute, ma certamente l’individuazione della tipologia di “zona” era rimessa all’algoritmo, che incideva in maniera significativa sulla scelta del decisore politico.

Davanti ad un fenomeno che cambia radicalmente i rapporti sociali, civili, politici ed economici, occorre indagare se i principi e le regole che reggono l’agire dell’amministrazione siano sufficienti a governare la complessità derivante dall’interazione continua ed esponenziale tra uomo e macchina o se, al contrario, occorra enucleare di nuovi<sup>19</sup>.

### 3. Algoritmi e Intelligenza Artificiale: interviene il Consiglio di Stato

Sebbene siano numerose le disposizioni che prevedano la digitalizzazione dei procedimenti amministrativi, vi è, tuttavia, l’assenza di una norma generale che ammetta l’impiego di sistemi di IA nell’adozione di atti amministrativi.

Tale possibilità non sembra potersi desumere da norme di carattere eminentemente programmatico (art. 3-*bis* l. n. 241/1990; artt. 12 e 41 CAD), che paiono riferite in generale all’attività amministrativa e al procedimento, ma non alla decisione o all’atto automatizzato.

Nell’incoraggiare il ricorso a forme di intelligenza artificiale nello svolgimento dell’attività amministrativa, la Sesta Sezione del Consiglio di Stato in numerose sentenze<sup>20</sup> ha compiuto un rinvio al principio di buon andamento dell’azione amministrativa, enunciato all’articolo 97 della Costituzione<sup>21</sup> e riconosciuto come uno dei valori cardine a cui la pubblica amministrazione deve ritenersi subordinata.

Nell’enunciare il principio di buon andamento, i giudici di Palazzo Spada dimostrano di ritenere che un corretto utilizzo dei nuovi strumenti digitali introdotti con la c.d. rivoluzione industriale 4.0 possa condurre ad un suo migliore rispetto.

Strettamente correlati sono i canoni di efficienza ed economicità dell’azione amministrativa, anch’essi enunciati dal Consiglio di Stato come declinazioni necessarie del principio di rango costituzionale. Entrambi i canoni trovano riconoscimento normativo all’art. 1 della legge sul procedimento amministrativo<sup>22</sup> ed «impongono all’amministrazione il conseguimento dei propri fini con il minor dispendio di mezzi e risorse e attraverso lo snellimento e l’accelerazione dell’iter procedimentale»<sup>23</sup>.



Nello specifico, i due principi valutano due aspetti leggermente diversi della performance dell'amministrazione. Il principio di efficienza comporta una comparazione tra il risultato raggiunto dalla pubblica amministrazione e le risorse disponibili, ad essere premiato è quindi un utilizzo oculato delle risorse. Diversamente, il principio di efficacia rapporta i risultati raggiunti agli obiettivi stabiliti.

Tali principi vengono condensati nel principio di economicità, anch'esso oggetto di previsione nella legge, principio che valuta l'utilizzo efficiente delle risorse amministrative e il raggiungimento in maniera efficace degli obiettivi prestabiliti.

Il Consiglio di Stato, in via teorica, ha ammesso l'atto discrezionale ad elaborazione elettronica<sup>24</sup>, qualificando il ricorso all'algoritmo "in termini di modulo organizzativo" con una valenza meramente procedimentale ed istruttoria, rimarcando però che il procedimento amministrativo «resta il *modus operandi* della scelta autoritativa, da svolgersi sulla scorta della legislazione attributiva del potere e delle finalità dalla stessa attribuite all'organo pubblico, titolare del potere»<sup>25</sup>. Dunque, secondo i giudici di Palazzo Spada l'impiego di algoritmi da parte della pubblica amministrazione pone essenzialmente un problema di trasparenza e quindi di comprensibilità della decisione.

Sul punto, infatti, sembrano quasi sfuggenti allorché affermano che vi sarà una difficile applicazione di alcune disposizioni della legge n. 241/1990 in un contesto digitalizzato e pertanto in una decisione automatizzata.

Da segnalare una tesi contraria avanzata da parte della giurisprudenza, fondata su una contrapposizione tra uomo e macchina quasi inconciliabile nell'adozione della decisione amministrativa.

Il T.a.r. Lazio nel 2018<sup>26</sup> ha ribadito il noto legame tra gli istituti posti dalla legge n. 241/1990 (quali la disciplina della motivazione, la partecipazione, la centralità del responsabile del procedimento) ed i valori costituzionali enucleati negli artt. 3, 24, 97, Cost. e nell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e ha evidenziato le difficoltà che l'interprete incontra quando vuole applicare detti principi e regole alle decisioni automatizzate.

Invero, il Collegio è del parere che le procedure informatiche, anche ove raggiungano addirittura la perfezione, non potranno mai sostituire appieno l'attività cognitiva, acquisitiva e di giudizio che solo un'istruttoria affidata ad un funzionario persona fisica è in grado di svolgere, il quale, è in grado di assicurare l'osservanza degli istituti di partecipazione, di interlocuzione procedimentale, di acquisizione degli apporti collaborativi del privato e degli interessi coinvolti nel procedimento.

Come scritto precedentemente, nel ricorrere all'algoritmo come scelta organizzativa dell'ente si è sempre fatto riferimento agli algoritmi impiegati nell'adozione di atti amministrativi vincolati, in un contesto in cui si negava l'ammissibilità dei provvedimenti automatizzati a carattere discrezionale.

L'impiego di algoritmi "non deterministici" nell'adozione del provvedimento automatizzato o della decisione comporta un radicale mutamento nel processo di formazione della volontà espressa attraverso l'atto, tale da incidere su ineludibili garanzie e diritti intorno ai quali è stato costruito l'ordinamento amministrativo.

Tali garanzie vengono messe in discussione dall'orientamento secondo il quale, da un lato, non si può escludere l'uso di algoritmi anche nell'ambito dell'attività discrezionale, dall'altro, il ricorso all'algoritmo a supporto della decisione amministrativa è espressione della potestà auto-organizzatoria e, dunque, non vi è la necessità di una norma di legge *ad hoc*.

Per citare Picozza, si è arrivati alla "fine di un'era" e pertanto i tempi sono maturi per una riflessione ampia sui principi e sulle regole generali che dovrebbero presiedere all'uso di sistemi di IA nella decisione amministrativa, riducendo in questo modo le difficoltà che derivano dall'applicazione di regole esistenti che si rivelano essere talvolta inadeguate oltre all'assenza di presidi di legalità idonei a garantire diritti ed interessi nel mutato rapporto tra libertà ed autorità.

Si correrà il rischio di ritrovarsi affidati a sistemisti e progettisti di software, anche estranei all'ente, i quali sono chiamati a ricoprire un ruolo rilevante nell'organizzazione amministrativa e nell'azione amministrativa.

Ne deriva che sia strettamente necessaria la presenza di un sistema normativo primario, per l'applicazione dell'IA nell'adozione di decisioni amministrative, che preveda la possibilità di delega del potere decisionale alla macchina (legalità formale), ma anche i principi che devono disciplinare l'esercizio di tale delega (legalità sostanziale).

#### 4. Uno sguardo rivolto verso l'estero

Facendo leva sulle considerazioni fatte nel presente scritto emerge una forte pressione da parte dell'Unione europea nei confronti degli Stati membri.

L'Unione europea ha dettato una linea: l'intelligenza artificiale deve essere uno strumento per il raggiungimento del benessere dell'individuo e della società nel suo insieme.

Il 21 aprile 2021 la Commissione europea ha presentato la tanto attesa proposta di regolamento che stabilisce norme armonizzate in materia di IA.



La *Proposta di Regolamento che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale)*<sup>27</sup> ha l'obiettivo di armonizzare la legislazione europea sull'IA, facendo leva sull'innovazione, la sicurezza e la tutela dei diritti individuali. In anticipo sulla proposta della Commissione sull'IA, il Parlamento aveva costituito un gruppo specializzato per analizzare l'impatto dell'IA sull'economia dell'Unione europea.

La crisi pandemica, inoltre, ha rappresentato una spinta ad un mercato molto più "on-line" oltre che la possibilità di avere risorse finanziarie senza precedenti per portare a termine alcuni processi di trasformazione, tra cui la transizione digitale.

La digitalizzazione amministrativa potrebbe portare a formule tecniche, precise e omogenee, costringendo alla redazione di istruzioni semplici e chiare, che comporterebbero una riduzione dei dubbi interpretativi e andrebbero a formare una guida semplice per la soluzione delle eventuali antinomie normative<sup>28</sup> e un tale sviluppo potrebbe comportare un miglioramento legislativo in generale, soprattutto se il principio di legalità venisse interpretato come esigenza di una ampia disciplina di rango primario.

Tuttavia, si potrebbe correre il rischio di un irrigidimento oltre ad un impoverimento della normazione, in proposito, alcuni studiosi hanno parlato di "neopositivismo digitale", ovvero una sopravvalutazione delle istruzioni normative e, pertanto, una mancanza di interpretazione, trasformando il computer come bocca della legge<sup>29</sup>.

In Spagna la legge definisce l'attività amministrativa automatizzata come attività prodotta attraverso un sistema informatico opportunamente programmato senza necessità di intervento di una persona fisica per ogni singolo caso e dispone che in caso di attività amministrativa automatizzata, è necessario indicare l'organo competente per la definizione di specifiche, la programmazione, il mantenimento, la supervisione ed il controllo di qualità e, eventualmente, la revisione del sistema informatico e del suo codice sorgente.

In Francia il *Code des relations entre le public et l'administration* fornisce una base legale all'impiego di sistemi di IA da parte dell'ente: ai sensi dell'art. L.311-3-1 (introdotto nel 2016) l'amministrazione che adotta un atto sulla base di un algoritmo deve informare l'interessato e deve fornire indicazioni sul trattamento dei dati. Più nel dettaglio l'amministrazione è tenuta a fornire maggiori informazioni, con riguardo ai dati trattati, le loro fonti, i parametri di trattamento, la loro ponderazione e le modalità dell'elaborazione algoritmica. Le amministrazioni devono pubblicare le regole che sovrintendono all'utilizzo di questi strumenti.

In Germania nel 2016 è stata introdotta nella legge sul procedimento amministrativo (VwVfG) una nuova disposizione (art. 35.a) che ammette l'atto vincolato interamente automatizzato a condizione che sussista una specifica base legale.

Il Regolamento UE 679/2016 (c.d. GDPR), infatti, dispone 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» (art. 22).

Il divieto di decisione (privata e pubblica) «basata unicamente sul trattamento automatizzato di dati» non si applica quando essa «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» (art. 22, § 2, lett. b).

Ai sensi dell'art. 23 GDPR, l'ordinamento nazionale o dell'Unione può limitare attraverso misure legislative, il diritto a non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato a condizione che tale limitazione «rispetti l'essenza dei diritti e delle libertà fondamentali e sia una misura necessaria e proporzionata in una società democratica» per garantire la tutela degli interessi pubblici.

Il GDPR ammette il ricorso a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato di dati personali in presenza di una norma che, nel rispetto del principio di proporzionalità, deve indicare «misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato».

In presenza di un sistema tecnico in forza del quale, nel rapporto uomo-macchina, il potere decisionale è integralmente affidato alla seconda, l'ordinamento europeo avverte la necessità che sia garantito attraverso la legge il diritto ad una buona amministrazione nella sua opera di digitalizzazione.

I principi costituzionali (artt. 3, 24 e 113, 97) ed il diritto europeo (art. 41 Carta dei diritti fondamentali dell'UE) prevedono che debba essere la legge ad ammettere la scelta dell'Amministrazione di adottare atti amministrativi che, pur se non integralmente automatizzati, implicano comunque l'impiego di un sistema di IA.

## 5. Conclusioni

Si ritiene che la legge non dovrebbe limitarsi ad attribuire alle amministrazioni il potere di ricorrere all'uso delle nuove tecnologie per adottare provvedimenti che già rientrano nella loro sfera di competenza, ma dovrebbe anche specificare i principi e le regole che devono essere osservate nella definizione, progettazione e implementazione del sistema che conduce all'adozione



della decisione automatizzata e che potrebbero essere adeguate alla peculiarità dei singoli procedimenti anche attraverso norme di rango secondario.

L'assenza di una normativa specifica sul tema, pronta ad accogliere l'innovazione e a disciplinarla nella maniera più proficua per permetterle di svolgere il suo compito, ha provocato oscillazioni giurisprudenziali e un'iniziale incertezza nell'applicazione di tali strumenti.

Pertanto, servirebbe una disposizione che consentisse la partecipazione dei soggetti potenzialmente interessati al processo di definizione dell'algoritmo e di scrittura del codice sorgente.

Si dovrebbero prevedere in via obbligatoria un periodo di preventiva sperimentazione dell'efficacia del sistema nonché adeguati procedimenti di auditing, analisi d'impatto e monitoraggio *ex post* del funzionamento dell'algoritmo.

Non meno importante è l'osservanza – sin dall'impostazione dell'algoritmo – del principio di “conoscibilità” e di “comprensibilità” dei processi decisionali automatizzati che riguardano il cittadino, al quale deve essere riconosciuto in ogni caso il diritto di ricevere informazioni significative sulla logica utilizzata, sulla selezione degli scenari, sui casi di studio utilizzati per validare il sistema e sul metodo di addestramento dell'algoritmo.

Di fronte a forme di opacità intrinseche all'algoritmo, spesso diviene difficile garantire la conoscibilità di tutti gli aspetti caratterizzanti la decisione elaborata elettronicamente.

Vi è poi il principio di “non discriminazione algoritmica” in forza del quale l'algoritmo deve essere costruito a monte, e rettificabile successivamente, in modo da garantire che la profilazione non produca effetti discriminatori sulla base dell'origine etnica, del genere, delle opinioni politiche, religiose o personali, dell'orientamento sessuale.

Qualora, infatti, l'algoritmo fosse costruito o addestrato su un set di dati discriminatorio, le relative decisioni sarebbero “intrinsecamente” illegittime.

Il responsabile del procedimento potrebbe pervenire alla decisione e adottare il provvedimento, trovando nell'apporto partecipativo degli interessati argomenti persuasivi di carattere tecnico e giuridico che eventualmente lo inducano a discostarsi dalla proposta dell'elaboratore.

In forza del “principio di non esclusività della decisione algoritmica”, nel processo decisionale dovrebbe esistere comunque un contributo umano capace di controllare, validare o smentire la decisione automatica.

In conclusione, si evidenzia che nel percorso verso l'impiego dei sistemi di IA da parte dell'amministrazione occorre dunque superare le prospettive di

radicale ed inconciliabile contrapposizione tra uomo e macchina, avvalendosi, però, della garanzia della legalità amministrativa che costituisca il riferimento verso un progresso che sia non solo tecnologico, ma anche di tutela dei diritti e delle libertà individuali.

## Note

<sup>1</sup>Sul tema, si segnala J.B. AUBY, *Il diritto amministrativo di fronte alle sfide digitali*, in “Istituzioni del federalismo”, 2019, n. 3.

<sup>2</sup>Il tema viene trattato nell'indagine conoscitiva sui big data, realizzata congiuntamente dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM), dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) e dal Garante per la protezione dei dati personali. L'indagine viene avviata rispettivamente con delibera AGCOM n. 217/17/CONS, con provvedimento AGCM del 30 maggio 2017, n. 26620, e dal Garante sulla base delle determinazioni dell'adunanza collegiale dell'11 maggio 2017. Come si evince dall'indagine, l'incremento nell'utilizzo di dati ha raggiunto livelli esponenziali. Nell'anno 2018, si è registrato un volume totale di dati di 28 *zetabyte* (ZB), che costituisce un aumento di più di dieci volte rispetto ai dati registrati nel 2011.

<sup>3</sup>L'inversione di prospettiva nell'analisi del rapporto tra autorità e libertà si deve anche alle riflessioni di V. CAPUTI JAMBERENGI, *Uffici ed impiegati pubblici dallo Statuto albertino alla Costituzione nei centocinquanta anni di Unità d'Italia (veduta di scorcio)*, in “Giustamm.it”, 2011, n. 12. Secondo A. ANGIULI, V. CAPUTI JAMBERENGI, *A proposito di gradualismo e superamento delle dicotomie: una metafora e un binomio da invertire*, in “Il diritto dell'economia”, 2019, n. 3, p. 22, «se ad una dicotomia è necessario ricorrere, quella più conforme all'ordinamento derivato di diritto amministrativo è libertà-autorità; laddove il primo termine riecheggia l'origine del potere amministrativo, l'origine dell'autorità [...]. È, in realtà, soltanto da un fatto di esercizio di libertà che può sorgere ed essere successivamente accolto il provvedimento dell'autorità, il suo intervento nettamente orientato e rivolto verso una realizzazione conforme al principio di libertà».

<sup>4</sup>A. SIMONCINI, *Amministrazione digitale algoritmica. Il quadro costituzionale*, in R. Cavallo Perin, D.-U. Galetta (a cura di), “Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale”, Giappichelli, 2020, p. 2 ss.

<sup>5</sup>Per queste considerazioni, cfr. P. OTRANTO, *Decisione amministrativa e digitalizzazione della P.A.*, in “federalismi.it”, 2018, n. 2. Sull'“Amministrazione 4.0”, cfr. anche D.-U. GALETTA, J.G. CORVALAN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in “federalismi.it”, 2019, n. 3.

<sup>6</sup>M.S. GIANNINI, *Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato*, in “Il Foro italiano”, 1979, V, c. 289 ss.

<sup>7</sup>In G. CARULLO, *Gestione, fruizione e diffusione dei dati dell'amministrazione digitale e funzione amministrativa*, Giappichelli, 2018, le reti interconnesse vengono definite come «sistema informatico nel quale due o più unità funzionali sono in grado di comunicare e quindi scambiare informazioni tra loro in modo automatizzato, consentendo così l'accesso a dati conservati su un sistema diverso da quello richiedente le informazioni stesse».

<sup>8</sup>A.G. OROFINO, *L'informatizzazione dell'attività amministrativa nella giurisprudenza e nella prassi*, in “Giornale di diritto amministrativo”, 2004, n. 12, p. 1371.

<sup>9</sup>D.-U. GALETTA, *Algoritmi, procedimento amministrativo e garanzie: brevi riflessioni anche alla luce degli ultimissimi*



mi arresti in materia, in “Rivista italiana di diritto pubblico comunitario”, 2020, n. 3-4, p. 505.

<sup>10</sup>E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, in “Diritto amministrativo”, 2020, n. 2, pp. 277-281.

<sup>11</sup>F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in “Rivista trimestrale di diritto pubblico”, 1952, n. 1, p. 129.

<sup>12</sup>A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, X ed., Jovene, 1969, p. 373.

<sup>13</sup>P. FORTE, *Diritto amministrativo e data science. Appunti di intelligenza amministrativa artificiale (AAI)*, in “P.A. Persona e Amministrazione”, 2020, n. 1, p. 254 ss.

<sup>14</sup>E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Cedam, 1983, p. 267 ss. In dottrina si registra un consenso pressoché unanime sull’ammissibilità dell’atto automatizzato vincolato a partire dagli studi di G. DUNI, *L’utilizzabilità delle tecniche elettroniche nell’emanazione degli atti e nei procedimenti amministrativi. Spunto per una teoria dell’atto emanato nella forma elettronica*, in “Rivista amministrativa della Repubblica italiana”, 1978, p. 407 ss.

<sup>15</sup>In ordine al rapporto tra vincolatezza ed atto automatizzato, cfr. L. VIOLA, *L’intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell’arte*, in “Il Foro Amministrativo”, 2018, n. 9, p. 1619 ss.

<sup>16</sup>Su questi temi, cfr. le osservazioni di R. CAVALLO PERIN, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, in “Diritto amministrativo”, 2020, n. 2, p. 305 ss.

<sup>17</sup>La struttura dell’algoritmo e gli indicatori di riferimento sono previsti dal decreto 30 aprile 2020 del Ministro della Salute. Sul punto si vedano le notazioni di C. ACOCELLA, *Ancora su diritto e tecnica. Le valutazioni tecnico-scientifiche come premessa delle decisioni politico-amministrative assunte per fronteggiare l’emergenza pandemica da covid-19*, in “P.A. Persona e Amministrazione”, 2020, n. 2, p. 287 ss.

<sup>18</sup>F. FUGA, *Colori delle Regioni, non fidiamoci dell’algoritmo: ecco perché*, in “agendadigitale.eu”, 20 novembre 2020.

<sup>19</sup>I.M. DELGADO, *Automazione, intelligenza artificiale e pubblica amministrazione: vecchie categorie concettuali per nuovi problemi?*, in “Istituzioni del federalismo”, 2019, n. 3, p. 643 ss.

<sup>20</sup>Si richiamano le seguenti pronunce: Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza del 4 febbraio 2020, n. 881; Consiglio di Stato,

Sez. VI, sentenze del 13 dicembre 2019, n. 8472-8473-8474; Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 8 aprile 2019, n. 2270.

<sup>21</sup>«I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l’imparzialità dell’amministrazione». Art. 97 Cost.

<sup>22</sup>«L’attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza, secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell’ordinamento comunitario». Art. 1, l. 241/1990.

<sup>23</sup>Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza del 4 febbraio 2020, n. 881; Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenze del 13 dicembre 2019, n. 8472-8473-8474; Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 8 aprile 2019, n. 2270.

<sup>24</sup>Consiglio di Stato, n. 8472/2019, cit., § 11: «Né vi sono ragioni di principio, ovvero concrete, per limitare l’utilizzo all’attività amministrativa vincolata piuttosto che discrezionale, entrambe espressione di attività autoritativa svolta nel perseguimento del pubblico interesse. In disparte la stessa sostenibilità a monte dell’attualità di una tale distinzione, atteso che ogni attività autoritativa comporta una fase quantomeno di accertamento e di verifica della scelta ai fini attribuiti dalla legge, se il ricorso agli strumenti informatici può apparire di più semplice utilizzo in relazione alla c.d. attività vincolata, nulla vieta che i medesimi fini predetti, perseguiti con il ricorso all’algoritmo informatico, possano perseguirsi anche in relazione ad attività connotata da ambiti di discrezionalità. Piuttosto, se nel caso dell’attività vincolata ben più rilevante, sia in termini quantitativi che qualitativi, potrà essere il ricorso a strumenti di automazione della raccolta e valutazione dei dati, anche l’esercizio di attività discrezionale, in specie tecnica, può in astratto beneficiare delle efficienze e, più in generale, dei vantaggi offerti dagli strumenti stessi».

<sup>25</sup>Consiglio di Stato, n. 8472/2019, cit., §10; *id.*, sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881.

<sup>26</sup>T.a.r. Lazio - Roma, sez. III-bis, 10 settembre 2018, n. 9224-9230.

<sup>27</sup>Doc. COM(2021) 206 del 21 aprile 2021.

<sup>28</sup>L. REISINGER, *Sistemi normativi e tavole di decisione*, in “Informatica e diritto”, 1979, n. 1, p. 139 ss.

<sup>29</sup>E. SCHMIDT-AßMANN, A-K. KAUFHOLD, *Der Verfahrensgedanke im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht*, in M. Eifert, C. Möllers, A. Voßkuhle (hrsg.), “Grundlagen des Verwaltungsrechts”, III ed., vol. II, 2022, ann. marg. p. 83.

\* \* \*

## The technological challenge to administrative legality

**Abstract:** In the new scenario in which we are witnessing the affirmation of technology and in particular to the development of artificial intelligence, we are faced with some aspects of this impressive phenomenon and ethical and anthropological questions that represent a real paradigm shift, at the bottom of which there could be a new idea of humanity. The use of artificial intelligence systems applied to the activities of the Public Administration requires that the legal institutions, principles and rules of the organization and of the administrative procedure are re-examined. In addition, they require that the resulting procedural dynamics are correctly framed, as well as the relationship between the administrative procedure and the principle of legality.

**Keywords:** Administrative decision – Algorithm – Artificial Intelligence – Public Administration