

Gli algoritmi dell'amministrazione pubblica e l'amministrazione pubblica degli algoritmi

Matteo Palma

Nella prima parte del contributo, dopo aver velocemente illustrato il ruolo del diritto amministrativo nella gestione della complessità sociale, si esaminano l'uso degli algoritmi all'interno delle amministrazioni pubbliche, le problematiche che questi hanno fatto emergere e le soluzioni che letteratura e giurisprudenza hanno offerto. In un secondo momento, invece, per superare il binarismo tra accettazione e rifiuto della digitalizzazione dei procedimenti amministrativi si affronta il tema in un'ottica più ampia, quella, appunto, "dell'amministrazione pubblica degli algoritmi". In questa prospettiva si esamina l'opportunità di interpretare alcuni istituti del Codice dell'amministrazione digitale, come il riuso del software, quali strumenti di coordinamento informatico, per sviluppare la digitalizzazione dell'amministrazione pubblica contemperando le esigenze di differenziazione, da una parte, e preservando la riuscita della transizione digitale, dall'altra.

Datizzazione – Algoritmo pubblico – Codice sorgente – Accesso documentale – CAD – Riuso software – Coordinamento amministrativo

SOMMARIO: 1. *Introduzione: la funzione ordinante del diritto amministrativo* – 2. *L'impiego di ICTs nella pubblica amministrazione: i problemi e le tutele procedurali* – 3. *Alcune criticità sistemiche dell'impiego di ICTs nella pubblica amministrazione* – 4. *Il riuso del software come strumento di governo delle ICTs nell'amministrazione pubblica* – 5. *(segue) Le potenzialità residue del riuso del software* – 6. *Considerazioni conclusive*

1. Introduzione: la funzione ordinante del diritto amministrativo

Il fenomeno della "datizzazione"¹ nella sua trasversalità ha recentemente intercettato anche l'attenzione della dottrina amministrativistica. Il progressivo e generale innalzamento dei livelli di sviluppo tecnologico, alla base di tale fenomeno, consente di rappresentare in linguaggio numerico sempre più informazioni provenienti dall'osservazione della realtà. La società intera, nelle sue soggettività e nelle sue interazioni, si presta a divenire un giacimento di informazioni² utili ad elaborare migliori soluzioni ai bisogni sociali ma anche, come taluni ravvisano, preziose per chi promuove po-

litiche di controllo sociale. Mediante l'addestramento sui big data, infatti, i sistemi di intelligenza artificiale si rivelano in grado di evidenziare, con minori o maggiori margini di errore, caratteri ricorsivi nel comportamento degli individui e dei gruppi, sulla base dei quali si ritiene possibile prospettare e guidare futuri comportamenti sociali³.

Su un piano distinto ma attiguo si muove invece il diritto⁴ a cui la tradizione giuridica degli Stati moderni liberaldemocratici ha affidato il ruolo di garantire la convivenza tra gli individui riconoscendone i diritti e regolandone le libertà⁵. In questo solco, dunque, si muove il diritto amministrativo, il quale avrebbe la capacità di «promuovere, rispetto alle interazioni tra amministrazioni e amministrati, una razionalità allo

M. Palma è dottorando in Diritto amministrativo presso il Dipartimento di diritto pubblico, italiano e sovranazionale dell'Università degli Studi di Milano. Questo saggio fa parte della sezione monografica *Gli algoritmi pubblici tra legalità e partecipazione* a cura di Benedetto Ponti.



stesso tempo strumentale e comunicativa»⁶. La prima si riferisce alla necessità dell'amministrazione di giustificare i fini e i mezzi del suo agire rispetto ai compiti assegnati dalla normativa superiore⁷; essa trova prime, ma non uniche, espressioni nei principi di imparzialità e trasparenza dell'azione amministrativa, positivizzati nell'art. 1 l. 7 agosto 1990, n. 241 e poi ulteriormente declinati nell'obbligo di motivazione e nell'accesso documentale, rispettivamente agli artt. 3 e 22 l. 241/1990. La seconda, invece, è quella sottesa alla proceduralizzazione dell'attività amministrativa e agli istituti di partecipazione procedimentale che consentono lo «scambio ragionato degli argomenti tra amministrazioni e destinatari dell'azione amministrativa»⁸. Entrambe le razionalità devono essere compresenti perché il diritto amministrativo possa operare come fattore ordinante della comunità politica, da un lato, e, dall'altro, possa legittimare la persistenza di un potere amministrativo in sistemi giuridici sempre più complessi, articolati e debordanti dallo Stato-nazione⁹.

Da questa prospettiva, dunque, si può esaminare l'impiego di ICTs che impiegano algoritmi, sistemi di intelligenza artificiale, cloud, etc. nell'azione amministrativa per svolgere alcune considerazioni sulle problematiche emerse e valutare possibili soluzioni.

Per questioni di metodo pare opportuno suddividere l'analisi in due parti che riprendono il titolo del contributo. Nella prima l'attenzione sarà rivolta all'uso degli algoritmi all'interno delle amministrazioni pubbliche. Si tratteranno, dunque, alcuni impieghi degli algoritmi da parte delle pubbliche amministrazioni, le problematiche che questi hanno fatto emergere e le soluzioni che il giudice amministrativo ha offerto. Quest'ultimo passaggio consentirà di vagliare la compatibilità dell'uso degli algoritmi nell'azione amministrativa e delle norme che attualmente li disciplinano con i due modelli di razionalità sopra richiamati. Per non incorrere in uno sterile e infondato binarismo tra accettazione e rifiuto della digitalizzazione dei procedimenti amministrativi si rivelerà opportuno inquadrare l'impiego delle tecnologie in un'ottica più ampia, quella, appunto, «dell'amministrazione pubblica degli algoritmi». Si argomenterà pertanto l'utilità di interpretare alcuni istituti del Codice dell'amministrazione digitale (CAD), come il riuso del software, quali strumenti di coordinamento informatico in grado di contribuire maggiormente all'ammodernamento delle amministrazioni temperando le esigenze di differenziazione, da una parte, e preservando la riuscita della transizione digitale dall'altra. È in questa direzione che si proverà ad offrire nuovi spunti per valorizzare la normativa sul riuso del software.

2. L'impiego di ICTs nella pubblica amministrazione: i problemi e le tutele procedimentali

L'impiego di algoritmi all'interno della pubblica amministrazione appartiene ormai alla realtà.

Nella prassi amministrativa, infatti, si ha contezza del ricorso ad almeno due distinte tipologie di algoritmi. La prima è quella degli algoritmi condizionali, o deterministici. Questo primo gruppo di algoritmi consente di applicare regole predeterminate all'avverarsi di determinate condizioni. In sostanza è possibile trasporre in istruzioni informatiche, contenute nel codice sorgente, pienamente intellegibile da parte di un soggetto con adeguate competenze, le norme giuridiche che disciplinano una determinata attività amministrativa¹⁰. È il caso tipico dell'attività amministrativa vincolata, in cui l'assetto degli interessi è interamente predisposto dalla norma di legge, nell'ambito della quale il Consiglio di stato ha ritenuto adeguato l'impiego di elaboratori elettronici una «doverosa declinazione dell'art. 97 Cost.»¹¹. L'impiego di questo tipo di algoritmi può certamente contribuire in maniera sensibile all'efficienza e all'efficacia dell'azione amministrativa. Esso consente, ad esempio, di accelerare lo svolgimento del procedimento con evidenti positive conseguenze sul rispetto dei termini di conclusione e, più in generale, agevola la gestione di grandi quantità di informazioni, altrimenti rimessa alle capacità di singoli e pochi funzionari, con un auspicato miglioramento del servizio reso¹².

Il secondo gruppo, invece, è quello degli algoritmi predittivi. Questi, impiegati nelle tecnologie di *machine learning*, sono composti da due elementi fondamentali: il *codice sorgente* e il *modello matematico*. In sostanza il sistema di *machine learning* genera dei parametri, sulla base di un patrimonio informativo, costituito da set di dati (input), che gli è stato fornito in fase di addestramento (cd. training). Lo stesso algoritmo è poi in grado di esaminare il grado di corrispondenza tra il risultato fornito e il modello matematico originario, consentendo così di determinare il grado di attendibilità della decisione assunta¹³. In tutti questi casi la decisione viene assunta mediante un raffronto tra la fattispecie concreta, la decisione assunta, e il modello matematico incorporato nel sistema.

Sebbene il processo di digitalizzazione della pubblica amministrazione sia ancora in corso e non completato, l'impiego di algoritmi, di entrambi i tipi, da parte delle pubbliche amministrazioni è, come si è detto, ormai un dato storico¹⁴ e genera problemi diversi a seconda dell'amministrazione coinvolta, e quindi dell'interesse pubblico che si intende perseguire mediante il loro impiego.



L'impiego di siffatte tecnologie non assicura, come presumibile, la legittimità del provvedimento che conclude il relativo procedimento. È ormai pacifico, infatti, che eventuali errori nella programmazione si riverberano, inevitabilmente, nell'atto conclusivo. Ci si è chiesti, in particolare, se esistano tutele adeguate nei confronti dei provvedimenti amministrativi adottati tramite il ricorso ad algoritmi¹⁵.

La questione dipende in parte dall'attuale livello di sviluppo della tecnologia. Come si è accennato all'inizio, infatti, gli algoritmi deterministici non destano particolari problemi dal punto di vista tecnico-giuridico. La loro struttura lineare e, soprattutto, la logica causale che li caratterizza, consentono al programmatore di ricondurre il risultato (output) dell'algoritmo alle informazioni fornite e alla sequenza dei comandi fissati nel codice sorgente. Conseguentemente l'amministrazione che dovesse ricorrere all'algoritmo avrebbe sempre gli strumenti per fornire all'interessato le informazioni sul trattamento dei dati e sulle ragioni della decisione che lo riguardano. Diverso discorso, invece, deve farsi con i sistemi di *machine learning*, i quali seguono logiche inferenziali e presentano quell'opacità che, secondo taluni, caratterizza la cosiddetta *black box society*¹⁶. Nei considerando del Regolamento generale sulla protezione dei dati (GDPR)¹⁷ sembra ritrovarsi questa differenza ma ciò di cui si discute in dottrina è se effettivamente il regolamento europeo, che costituisce l'architettura della regolazione delle decisioni automatizzate, fornisca una copertura normativa e riconosca adeguati diritti agli interessati.

Il "diritto alla spiegazione" (*right to explanation*), infatti, può declinarsi in diversi modi a seconda del suo oggetto o al momento in cui si richiede la conoscenza delle ragioni delle decisioni. Con riguardo al primo si può chiedere una spiegazione sul "funzionamento del sistema", con specifico interesse alla logica sottesa al sistema, al suo modo di trattare le informazioni fornite, alla sequenza dei comandi che lo regolano. Oppure, si può richiedere di conoscere le esatte ragioni e variabili che hanno influito nell'assunzione di una "specifica decisione"¹⁸. Con riguardo al momento, invece, il diritto alla spiegazione può essere esercitato prima che una decisione e/o una valutazione venga assunta oppure successivamente¹⁹.

Una parte della dottrina, allora, partendo dalle attuali possibilità tecniche, ha adottato un approccio *massimalista* verso le disposizioni del GDPR e ha sostenuto che gli strumenti di garanzia attuali, procedurali e giurisdizionali, attualmente esistenti sono in grado di rispondere alle sfide poste dal *machine learning*²⁰. Nei confronti di una decisione amministrativa adottata tramite un sistema di *machine learning*,

infatti, il privato deve essere innanzitutto informato del fatto che i suoi dati hanno ricevuto un trattamento automatizzato ai sensi degli artt. 13 e 14 GDPR. Tale obbligo si pone come un onere aggiuntivo di *disclosure* sulle modalità con le quali l'amministrazione ha svolto l'istruttoria. In secondo luogo, nella parte motiva, la decisione adottata potrà fare riferimento al codice sorgente e al modello matematico impiegati. Infine, connesso al punto precedente, l'interessato che, volendo tutelare la propria situazione giuridica, ritenesse insoddisfacente la motivazione resa potrebbe proporre istanza di accesso documentale al codice sorgente e al modello matematico, finanche al data set. Questi, ultimi, infatti, secondo questo primo approccio, dovranno considerarsi a tutti gli effetti quali atti e documenti amministrativi²¹, strettamente connessi ed essenziali al contenuto del provvedimento. Proprio questa loro funzione essenziale nel procedimento renderebbe l'accesso defensionale differibile o negabile ma mai recessivo «dinanzi alla tutela della proprietà intellettuale, ancorché coperta da brevetto»²². D'altra parte, si ritiene che «la sconoscenza del codice sorgente impedisce la tracciabilità primigenia dell'algoritmo, il fondamento stesso del meccanismo computazionale» con la conclusione di «escludere quel dovere esplicativo che le stesse raccomandazioni europee richiamano»²³. Sul versante più propriamente giurisdizionale, invece, il giudice, nel sindacare la legittimità del provvedimento, potrà fare riferimento al margine di errore per valutare prioritariamente la corrispondenza della decisione assunta rispetto ai risultati forniti dall'algoritmo. Successivamente, nel caso in cui ci fosse corrispondenza tra modello e output, si potrebbe procedere all'esame della corrispondenza del modello stesso al caso (con conseguente denuncia dell'eccesso di potere in caso di travisamento dei fatti). Anche nei casi in cui l'illegittimità dovesse riguardare un atto presupposto, con le dovute analogie del caso come sopra ricostruite, le tutele azionabili potrebbero essere le medesime di quelle canonicamente previste nell'ordinamento, cioè l'impugnazione dell'atto definitivo e dei suoi presupposti²⁴.

Altri²⁵, invece, seguendo un approccio *minimalista* e interpretando restrittivamente le norme del GDPR, hanno ritenuto che un siffatto *right to explanation* avrebbe, e dovrebbe avere, un'estensione più ridotta.

Si è visto in particolare un limite interno dello stesso diritto proprio nel dato letterale dell'art. 22 GDPR, secondo cui, una volta assunta la decisione «data subjects are granted additional safeguards to obtain human intervention, express views, or contest a decision (Article 22(3)), but not to obtain an explanation of the decision reached»²⁶. Nemmeno gli artt. 13 e 14 fornirebbero un'adeguata base normativa per una spiegazione *ex post*, perché, al contrario, essi si limiterebbero



a garantire la *explainability* del programma, in altri termini la logica ad esso sottesa, come sopra accennato. Anche il diritto di accesso previsto dall'art. 15 non servirebbe allo scopo. La sua costruzione "future-oriented"²⁷ lascia presumere che «the right of access is not addressing how an individual decision was reached, but rather the duty of the data controller to provide information about the existence, aims and consequences of such processing. This equates to an explanation of system functionality»²⁸, tornando dunque a limitare il diritto alla spiegazione solo *ex ante*.

Un secondo argomento a sostegno della limitatezza di un siffatto diritto, ed è quello che più interessa ai fini del presente contributo, si fonda sul carattere asseritamente recessivo del diritto d'accesso rispetto ad altri interessi, *in primis* la tutela della proprietà intellettuale sul codice sorgente. Gli artt. 13-15 GDPR, come si è visto, consentirebbero solo di fondare una pretesa ad una motivazione esaustiva delle ragioni alla base della decisione e del meccanismo di funzionamento del programma. Ma se questa è l'estensione del diritto, essa (i) non sarebbe in grado di radicare l'obbligo di ostendere il codice sorgente, che potrebbe costituire un segreto commerciale²⁹; (ii) non sarebbe sufficiente a superare il test di proporzionalità, inteso in senso lato come comprensivo anche del principio di necessità. Prima di accedere al codice sorgente, infatti, bisognerebbe verificare se «le esigenze difensive – da valutare in concreto e non in astratto – possano essere soddisfatte in altro modo, ossia con un apparato informativo di diversa natura (rispetto all'insieme delle istruzioni in linguaggio di programmazione, di cui consta il codice sorgente)» e «se il codice sorgente, che si intende "aprire" in favore dell'interessato, abbia effettivamente l'attitudine a soddisfare le esigenze di difesa che questi vuole far valere»³⁰.

La giurisprudenza amministrativa, dopo alcune iniziali diffidenze³¹ circa la compatibilità dei procedimenti automatizzati con la l. 241/1990³², li ha ammessi a condizioni che si rispettino taluni principi di *legalità algoritmica*³³.

Infatti, per garantire quel diritto a conoscere la logica sottostante la decisione amministrativa (art. 13 co. 2 lett. f) GDPR), il giudice amministrativo ha ritenuto che l'algoritmo debba essere *trasparente* nel senso di riconoscere all'interessato un diritto a disporre del codice sorgente in quanto parte essenziale dell'algoritmo, da intendersi quale documento amministrativo, perciò suscettibile di accesso documentale³⁴.

In secondo luogo, la giurisprudenza ha posto l'accento sull'onere motivazionale dell'ufficio procedente, il quale dovrà anche in questi casi dare conto delle ragioni di fatto e di diritto che lo hanno indotto ad adottare un determinato provvedimento. Non è dun-

que ammesso che il provvedimento finale si limiti a recepire il risultato fornito dall'algoritmo, escludendo così l'ipotesi di procedimenti completamente automatizzati³⁵, nel rispetto del principio di non esclusività algoritmica³⁶, sancito dall'art. 22 GDPR. Questo onere motivazionale, nonostante i rilievi *in bonam partem* sopra formulati sulla corrispondenza della decisione al modello matematico, si presenta particolarmente gravoso quando si ricorre ai sistemi di *machine learning*, che ricorrono a logiche inferenziali difficilmente ricostruibili dagli stessi programmatori³⁷.

Infine, deve essere rispettato il principio di non discriminazione algoritmica, a tutela dai cd. *bias algoritmici*³⁸, il che richiede la massima attenzione alla qualità dei dati impiegati nel procedimento e all'adeguatezza della programmazione *ab origine*.

3. Alcune criticità sistemiche dell'impiego di ICTs nella pubblica amministrazione

La risolutezza nel sancire l'accessibilità al codice sorgente e la lenta gradualità nell'accettazione delle procedure automatizzate³⁹ suggeriscono la complessità del tema e la difficoltà di sciogliere il nodo della cd. *opacità* dell'algoritmo nonché quello della tutela della proprietà intellettuale del codice sorgente. È proprio su questo punto che trasparenza e proprietà intellettuale si mostrano come antagonisti. In assenza di un completo quadro normativo il giudice amministrativo, infatti, ha offerto soluzioni per recuperare la legalità dell'azione amministrativa nella dinamica del rapporto amministrativo e disegnare un sistema di tutele procedurali – *technological due process*⁴⁰ – muovendosi, però, sempre in una logica binaria (amministrazione/amministrato), sulla base di un'asserita assimilabilità tra algoritmo e apparato⁴¹. Il rischio di questo approccio è quello di convogliare la discussione nel dualismo tra ammissione o rifiuto dell'impiego degli algoritmi nei procedimenti amministrativi in quei casi in cui le attuali tecnologie non consentano un esaustivo controllo dell'operato degli algoritmi.

Può essere utile interrogarsi, allora, sulle possibili cause di questa contraddizione per ipotizzare alcune soluzioni.

In primo luogo, si può osservare come l'analisi sopra riportata sia evidentemente rivolta alla garanzia della sfera giuridica del singolo e sviluppata nell'ambito di una tutela "atomizzata ed interna"⁴² e come, in ogni caso, si punti esclusivamente ad un controllo successivo alla programmazione dell'algoritmo. Questo elemento influisce anche in sede procedimentale, poiché gli istituti tradizionali di partecipazione troveranno forti resistenze derivanti non tanto dal compor-



tamento tenuto dall'amministrazione ma, come visto, dai limiti esterni dettati proprio dalla tecnologia che si intende implementare e dalle modalità con le quali è stata programmata.

In secondo luogo, non si deve dimenticare, infatti, l'impianto di fondo del GDPR, cioè del principale strumento regolatorio in materia di amministrazione digitale attualmente vigente, il quale è chiaro nel fissare i fuochi dell'ellisse normativa sulla "protezione delle persone fisiche" e sulla "libera circolazione dei dati"⁴³. È lo stesso diritto alla riservatezza che trova nel GDPR un limite esterno nella "funzione sociale"⁴⁴ del dato personale che al giurista italiano rivela *ictu oculi* la piena sovrapposizione tra il dato personale e il contenuto patrimoniale della proprietà privata⁴⁵. È proprio tale impostazione di fondo, unita all'ineffettività degli strumenti partecipativi, che fa risuonare il monito che tempo addietro Stefano Rodotà rivolgeva al legislatore, per invitarlo a ponderare «la doppia dimensione sociale della raccolta delle informazioni», in quanto, «da un canto, questa è effettuata da soggetti organizzati, pubblici o privati che siano; dall'altro, essa riguarda gruppi o categorie o collettività e non soltanto individui isolati» rilevando l'insufficienza dello «schema del consenso»⁴⁶, dal momento che «i termini del rapporto [...] sono sostanzialmente alterati: ad un rapporto interindividuale si è ormai sostituita, nella materia qui considerata una situazione più complessa, nella quale confluiscono interessi non riducibili a quelli della coppia "raccoltore di informazioni/individuo investigato"».

La prospettiva procedimentale adottata, dunque, non darebbe adeguato spazio alla complessità derivante dalla sistemica presenza di un controinteressato⁴⁷, *id est* chi detiene la privativa sul codice sorgente.

Sinteticamente e in altri termini, le tutele pensate dal giudice amministrativo e alcuni principi stabiliti nel GDPR puntano a ristabilire una razionalità strumentale dell'azione amministrativa consentendo al privato di ricostruirne la ragionevolezza rispetto ai suoi fini ma solo parzialmente, invece, riescono a fornirne una sua razionalità comunicativa.

È opportuno interrogarsi dunque sull'opportunità di riscoprire percorsi normativi e/o di valorizzare disposizioni presenti in grado di sopperire a questo deficit.

4. Il riuso del software come strumento di governo delle ICTs nell'amministrazione pubblica

In questa direzione uno spunto è offerto proprio da alcuni sostenitori dell'approccio minimalista⁴⁸, i qua-

li, contestando la sovrapponibilità tra algoritmo e organizzazione pubblica hanno sottolineato la centralità dell'art. 69 CAD. Il co. 2, infatti, dispone che «al fine di favorire il riuso dei programmi informatici di proprietà delle pubbliche amministrazioni» queste devono sempre essere titolari di «tutti i diritti sui programmi e i servizi delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, appositamente sviluppati per essa». Tuttavia, questa regola soffre l'eccezione che la titolarità può non essere trasferita quando ciò «risulti eccessivamente oneroso per comprovate ragioni di carattere tecnico-economico».

È da questa prospettiva che riusciamo a cogliere la fragilità del bilanciamento operato dal giudice amministrativo che, non a caso, è maturato affrontando proprio un caso di applicazione dell'art. 69 CAD⁴⁹ su cui, dunque, è necessario soffermarsi.

Lo sfondo teorico del riuso dei software⁵⁰ da parte delle amministrazioni pubbliche è costituito dall'e-government⁵¹, concetto «fondato essenzialmente sulla condivisione e sulla codecisione delle politiche d'innovazione fra tutti gli enti di un medesimo territorio» che «presuppone una concertazione per l'individuazione degli indirizzi strategici e degli interventi operativi»⁵². All'interno di questa cornice si distinguono due concetti: riuso dei dati pubblici e riuso dei software⁵³. Il secondo si pone come *species* del primo e ricomprende quelle informazioni relative a «componenti tecnologiche (software in senso stretto)» e alla «documentazione tecnica (analisi, modelli dati, modelli organizzativi, strumenti per la re-ingegnerizzazione dei processi, moduli formativi, ecc.)»⁵⁴. Il tema del riuso, in uno con le vicende del CAD, ha oscillato tra la razionalizzazione economica – intesa quale sostegno alla riduzione della spesa pubblica – e quella amministrativa – intesa quale strumento di semplificazione amministrativa⁵⁵.

Si possono scandire, ai soli fini espositivi, tre fasi dello sviluppo del riuso del software nel nostro ordinamento amministrativo⁵⁶, caratterizzate dalle diverse composizioni delle diverse volontà riformatrici.

In un primo momento, coincidente proprio con la prima positivizzazione del riuso del software, le due spinte sono appunto compresenti ma sembra più chiaro l'indirizzo di stampo economicistico. Infatti, all'art. 2 co. 3 del d.lgs. 12 febbraio 1993, n. 39, che introdusse l'obbligo per le amministrazioni di conservare la titolarità degli applicativi impiegati nei procedimenti, e alla "legge di semplificazione 1999", che diede *facoltà* alle amministrazioni di mettere i propri applicativi a disposizione delle altre, quale strumento di semplificazione dei rapporti interorganici⁵⁷, fece seguito in maniera più netta e definita lo scopo di riduzione della spesa pubblica. Con la legge finanziaria 2003, in un



quadro complessivo di razionalizzazione della spesa pubblica, si ritenne utile «al fine di assicurare una migliore efficacia della spesa informatica e telematica sostenuta dalle pubbliche amministrazioni» eliminare duplicazioni e inefficienze «promuovendo le migliori pratiche e favorendo il riuso»⁵⁸. La logica sottesa era quella di generare economie di scala e ridurre i costi marginali estendendo quanto più possibile l'impiego dei software già in circolazione. Sulla spinta della riduzione della spesa pubblica, dunque, si svilupparono anche i primi modelli di regolazione dello sviluppo tecnologico che avrebbe dovuto essere promosso tramite indirizzi governativi negli investimenti secondo una «coordinata e integrata strategia»⁵⁹. È in questo frangente che venne adottata la direttiva 2003/98/CE relativa al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico che vedeva nel riutilizzo dei software un modello da implementare per garantire un'adeguata infrastruttura a quella «società della conoscenza», che venne delineandosi come modello euristico nei documenti europei proprio agli inizi degli anni 2000⁶⁰. Nei considerando della direttiva, infatti, si legge che l'uniformità dell'infrastruttura tecnologica del settore pubblico era un tassello strategico per la circolazione di *contenuti digitali*, che oggi, consapevoli delle più recenti riforme, chiamiamo *mercato digitale*⁶¹.

La seconda fase, invece, si apre con l'entrata in vigore del CAD⁶² che consolida⁶³ tutta la normativa che si era sviluppata nella prima fase⁶⁴ e dedica il capo VI proprio al riuso con gli artt. 68 e 69 disegna un prototipo di regolazione dell'open source⁶⁵ nell'amministrazione italiana⁶⁶. In sostanza il legislatore sbarra con diverse paratie il percorso d'accesso delle amministrazioni verso l'acquisizione di software proprietari. In questa seconda fase, infatti, compresa la necessità di un intervento coordinato a livello nazionale, alle amministrazioni vengono richiesti adempimenti preliminari prima di procedere con l'indizione di bandi di gara per l'acquisizione di software sul mercato privato. Si prevedono così concorsi di idee e si intraprendono percorsi di standardizzazione richiedendo la sottoposizione dei documenti di gara al parere tecnico del CNIPA (art. 67). Contemporaneamente il legislatore vincola la discrezionalità delle amministrazioni fissando un ordine di priorità nella scelta delle tipologie del software (art. 68), conferendo la priorità allo sviluppo *in house* e, successivamente, ma comunque prima dell'outsourcing, il ricorso a software già impiegati da altre amministrazioni. Una volta compiuta la scelta dell'esternalizzazione, invece, le amministrazioni devono optare per software open source, rispetto a quelli proprietari. Infine, ribadisce l'obbligo della condivisione gratuita con altre amministrazioni dei software ottenuti mediante le precedenti modalità.

In questa seconda fase emerge una forte spinta per un'innovazione e una semplificazione che passino da interventi strutturali nell'organizzazione amministrativa prima che dell'attività⁶⁷. Proliferano dunque le linee guida per l'implementazione di standard, vengono ampliati i compiti di studio e monitoraggio del CNIPA e, in generale, si assiste a continui interventi riformatori⁶⁸ della normativa che hanno minato gli intenti codificatori del CAD. L'equilibrio più delicato che il Codice tenta di conservare è quello tra l'armonizzazione del sistema informatico nazionale e l'autonomia organizzativa dei governi locali, in un riparto di competenze alquanto frastagliato non solo tra diversi livelli di governo ma innanzitutto su quello centrale⁶⁹.

La terza fase, infine, comincia a maturare con l'adozione della prima agenda digitale italiana, nell'ambito della «Strategia Europa 2020»⁷⁰, la cui realizzazione viene affidata alla neocostituita Agenzia per l'Italia Digitale - AgID⁷¹. Questo nuovo organismo, sottoposto alla vigilanza e all'indirizzo della Presidenza del Consiglio, svolge la funzione di coordinamento informatico previsto dall'art. 117 co. 2 lett. r) Cost. Ad essa vengono assegnati i compiti prima spettanti al CNIPA⁷², in particolare quello della predisposizione delle linee guida⁷³ per fissare gli standard tecnici e, tra le principali funzioni di coordinamento, quella di favorire il riuso di software tramite la raccolta delle informazioni e la loro pubblicità, mediante appositi registri, prima, e portali *ad hoc*, poi. Occorre sottolineare come, in questa seconda fase, l'attenzione si sia spostata sull'ampliamento della gamma di servizi che le amministrazioni devono fornire online. Da qui l'attenzione alla «strategia delle anagrafi»⁷⁴: l'art. 2 d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, sostituendo l'art. 62 CAD, introduce l'Anagrafe nazionale della popolazione residente per la successiva implementazione del domicilio digitale PEC); l'indice nazionale degli indirizzi PEC delle imprese e dei professionisti (INI-PEC); l'art. 6, co. 1, lett. d-*bis*), istituisce l'indice degli indirizzi PEC della PA e dei gestori di pubblici servizi; e poi i fascicoli sanitari elettronici introdotti a livello regionale e la successiva istituzione dell'anagrafe nazionale degli assistiti (A.N.A., con il nuovo art. 62-*ter* del CAD, introdotto dal co. 231, l. 27 dicembre 2013, n. 147), il *Sistema Pubblico per la gestione dell'Identità Digitale di cittadini e imprese* - SPID⁷⁵. La riforma operata dal d.lgs. 26 agosto 2016, n. 179, e del successivo correttivo del d.lgs. 14 dicembre 2017, n. 217, opera in questa direzione per consolidare la centralità strategica dell'AgID e la realizzazione delle strategie digitali che si sono susseguite nel tempo, imprimendo nuova accelerazione alla digitalizzazione dell'amministrazione pubblica⁷⁶. In quest'ultimo periodo si assiste a un'integrazione più pronunciata tra le politiche inter-



ne di digitalizzazione e gli atti normativi e di indirizzo europei contenuti nelle varie Agende digitali europee⁷⁷ che si sono susseguite ma, ancor di più, con l'adozione del GDPR e il più recente *Digital Market Act*⁷⁸. Nel nuovo contesto normativo venutosi a delineare negli ultimi anni, è sempre più sfumato il movimento descritto dalle norme sul riuso dei software perché è ormai indiscussa la centralità della circolazione dei dati, soprattutto di quelli del settore pubblico⁷⁹. L'attenzione al tema non è comunque diminuita se si considera che nel 2019 sono entrate in vigore le Linee Guida AgID sull'acquisizione e riuso di software per le pubbliche amministrazioni⁸⁰ con le quali l'Agenzia ha declinato l'opzione preferenziale del legislatore per la licenza open source, uniformando la disciplina dell'acquisizione dei software e delle procedure comparative (punto 2) fornendo le definizioni e le modalità di riuso e delle licenze open source (punti 1 e 3).

Ciononostante, i riscontri pratici offrono un quadro meno confortante segnando una differenza tra il riuso "annunciato" e quello "praticato". Infatti, nel recente referto della Corte dei conti⁸¹, il riuso dei software è considerato esclusivamente tra le pratiche di razionalizzazione della spesa pubblica, apparentemente irrelato dagli altri obiettivi strategici, e così denunciando la mancata comprensione da parte del giudice contabile della portata sistemica del suo impiego. Non solo, nel documento le Sezioni di controllo constatano che «non è stata data evidenza di risultati concreti in tema di razionalizzazione degli applicativi attraverso il c.d. "riuso"». Non molto diversi i rilievi raccolti nel referto sullo stato di attuazione del Piano triennale 2017-2020⁸², dove la Sezione Autonomie registrava un dato forse più allarmante e cioè che «il riuso del software [...] è risultato un tema sconosciuto a molti enti»⁸³.

Si comprende, dunque, l'accento posto nel nuovo Piano triennale 2020/2022 sul «rispetto degli obblighi del CAD in materia di open source al fine di massimizzare il riuso del software» per evitare i casi di «applicativi utilizzati da una singola PA e non condivisi tra più soggetti»⁸⁴. Vista la lenta diffusione del riuso del software, infatti, nell'ultimo Piano triennale l'Agenzia ha fissato per le amministrazioni pubbliche l'obbligo di dichiarare – a partire da ottobre 2020 – all'interno del portale di *Developers Italia*, quali software di titolarità di un'altra PA esse hanno acquisito in riuso e di adeguare, entro ottobre 2020, le proprie procedure di procurement alle linee guida di AgID sull'acquisizione del software. Accanto a questi obblighi dichiarativi e conformativi, l'Agenzia ha stabilito per il 2020 una "baseline" di almeno 70 amministrazioni, che avrebbero dovuto rilasciare software open source in *Developers Italia* –

il nuovo portale di raccolta dei software open source sviluppati ai sensi del nuovo art. 69 co. 1 – e almeno 600 soggetti che avrebbero dovuto riusare software open source presenti in *Developers Italia*. A queste soglie erano previsti incrementi annuali per tutto il periodo di vigenza del Piano. Tuttavia, nell'aggiornamento al Piano (2021-2023) è stata ripianificata al 30 giugno 2022 la predisposizione del portale sul quale le amministrazioni avrebbero dovuto caricare i loro applicativi open source, con presumibile ritardo sulle rimanenti e connesse scadenze⁸⁵, sebbene sia stato aumentato notevolmente il numero atteso dei soggetti coinvolti nel riuso dei software in corso di Piano⁸⁶.

5. (segue) Le potenzialità residue del riuso del software

Dopo il tracciato normativo esposto e i tentativi dell'Agenzia di promuovere il riuso del software – nato come una pratica da incentivare e divenuto un obbligo giuridico di cui a fatica si riesce a garantire l'effettività – si può concludere che gli artt. 68 e 69 CAD possono certamente contribuire alla digitalizzazione dell'amministrazione, in particolar modo nel miglioramento dell'erogazione dei servizi, ma difficilmente possono costituire un elemento portante di tale processo. In quest'ultimo paragrafo, allora, si vuole effettuare un ultimo tentativo in tal senso per valutare l'effettività marginalità di dette norme nel processo di digitalizzazione.

All'inizio del paragrafo precedente, infatti, si è mostrato come le tutele procedurali attualmente proposte dalla dottrina e dalla giurisprudenza siano sufficientemente in grado di ricondurre l'azione amministrativa a una razionalità strumentale ma presentino criticità rispetto a quella comunicativa. Si è ipotizzato allora che il riuso del software, di cui agli artt. 68 e 69 CAD, potesse essere d'aiuto in tal senso. Sulla scorta di ciò, dunque, si è analizzata l'evoluzione degli artt. 68 e 69 CAD all'interno della più ampia evoluzione del Codice stesso. Resta da chiedersi allora se i rilievi svolti ci consentano di promuovere il riuso del software come strumento idoneo ad attivare procedure che consentano lo «scambio ragionato degli argomenti tra amministrazioni e destinatari dell'azione amministrativa», in modi variabili rispetto all'assetto degli interessi in gioco, circa l'interpretazione dei fini e l'individuazione dei mezzi⁸⁷.

Ebbene, si è constatato che il riuso dei software rimane un obiettivo da realizzare e che presso gli enti locali esso rimane un argomento pressoché sconosciuto. La soluzione proposta dall'ultimo Piano triennale a questi due problemi è stata quella di irreggimentare le amministrazioni fissando *milestone* comuni



monitorate con indicatori statistici⁸⁸, che in materia di riuso di software sono stati individuati in quantitativi di amministrazioni che ricorrono al riuso e/o che sviluppano software open source distribuendone poi le informazioni. Dalla mancata attuazione della norma, però, non possiamo dedurre nulla circa le sue possibili ricostruzioni teoriche.

Per proseguire nel tentativo, le Linee Guida AgID sul riuso del software ci aiutano fornendoci una suddivisione in macrofasi del procedimento amministrativo che le amministrazioni devono svolgere per acquisire un software e che in maniera plastica ci presentano in ordine logico: (i) l'individuazione delle esigenze; (ii) l'analisi delle soluzioni adottate dalle altre amministrazioni; residualmente, (iii) l'analisi delle altre soluzioni⁸⁹.

L'analisi delle prime due fasi ci mostra come alle amministrazioni venga richiesta un'attenta istruttoria su due versanti. Il primo è di tipo introflesso perché per giungere alla definizione delle esigenze l'amministrazione deve innanzitutto scandagliare le proprie attribuzioni⁹⁰. Questo primo momento è imprescindibile per individuare gli strumenti mancanti e delineare i limiti della propria competenza. Il secondo, invece, estroflesso, pone l'amministrazione procedente nella condizione di interloquire con altre amministrazioni, anche tramite un portale di aggregazione – vedi *Developers Italia* – e individuare quelle con le quali condivide le proprie esigenze. Queste due dinamiche trovano sul piano giuridiche varie espressioni. Diversi, infatti, sono i principi di diritto amministrativo che trovano espressione in questo modo di procedere. Innanzitutto, si possono rinvenire in esso i principi di sussidiarietà, adeguatezza e differenziazione. Le amministrazioni coinvolte in questo procedimento sono infatti quelle prossime alle collettività cui è rivolta la loro azione e, poiché titolari prime delle funzioni amministrative, saranno esse stesse, e non potranno esserlo altri, a poter individuare i bisogni specifici. Saranno sempre questi principi, poi, a guidarle nella ricerca di soluzioni ottimali inducendole a ricercarle presso enti e/o apparati titolari di medesime funzioni. In secondo luogo, costruendo proprio su questo secondo livello, è ipotizzabile la valorizzazione dell'azione regionale⁹¹. Il tema non è peregrino e ha trovato modo di farsi spazio anche nella giurisprudenza costituzionale. Nell'ambito della materia del coordinamento informatico (art. 117 co. 2 lett. r) Cost.), infatti, la Corte ha già chiarito che tale coordinamento tende ad «assicurare una comunanza di linguaggi, di procedure e di standard omogenei, in modo da permettere la comunicabilità tra i sistemi informatici della pubblica amministrazione», nonché a «garantire la omogeneità nella elaborazione e trasmissione dei dati»⁹². Salvo

alcuni casi⁹³, la potestà legislativa e le attribuzioni amministrative⁹⁴ sull'organizzazione e sulla disciplina delle reti informatiche entro cui far confluire i dati conoscitivi che sono nella disponibilità delle istituzioni regionali e locali o di altri soggetti interessati spettano alle Regioni⁹⁵. Non a caso sono state le Regioni a prevedere i primi progetti open source per favorire il riuso, il risparmio sulla spesa pubblica, anche e soprattutto un canale di pluralismo informatico⁹⁶.

Sul piano sostanziale a livello regionale potrebbero svilupparsi prassi di coordinamento amministrativo tra strutture equordinate⁹⁷, partendo proprio dall'applicazione di quell'analisi comparativa prevista dagli artt. 68 e 69 CAD, quale luogo di scambio degli «argomenti» dell'azione delle amministrazioni procedenti, intendendo con ciò l'affinamento delle esigenze in dialogo con sviluppatori non necessariamente privati e lasciando all'AgID il ruolo di predisporre la sola cornice degli standard tecnici. Anche in questa materia, dunque, vi sono margini per approfondire la «funzione sociale»⁹⁸ delle procedure comparative e le competenze di quegli apparati sorti a livello regionale che, a differenza dell'all'AgID, in forza del principio di sussidiarietà verticale, sarebbero pienamente titolati a svolgere sul territorio regionale un ruolo di coordinamento più intenso di quello svolto dall'organo nazionale. In questo contesto, allora, l'attuazione del binomio normativo sul riuso del software deve essere valorizzato come innesco di dinamiche di coordinamento amministrativo, quale «principio politico di organizzazione della complessità sociale»⁹⁹. Su questo versante si può ipotizzare per il riuso dei software un ruolo strategico nella realizzazione delle agende digitali.

Per muoversi in questa direzione, però, è necessario costruire il coordinamento amministrativo non sulla classica sovrapposizione tra procedimento e comportamento amministrativo ma sulla dinamica del dovere d'ufficio¹⁰⁰. Si intende con ciò quella diversa prospettiva che, partendo dalle criticità del concetto di coordinamento amministrativo¹⁰¹, emerse nella sua evoluzione, vede come suo primo momento non la convocazione di una conferenza di servizi o l'istituzione di un organo preposto al coordinamento in chiave sovraordinata, ma la «acquisizione dello scenario di contesto in cui si inserisce l'agire di ciascuna articolazione amministrativa»¹⁰². In questa prospettiva acquisisce nuova importanza il tema della competenza che non costituirà più il limite esterno dell'esercizio del potere d'ufficio ma, piuttosto, il contenuto del dovere d'ufficio¹⁰³. Come è stato sottolineato ciò richiede un cambio di paradigma poiché si tratta «certamente di un comportamento che impatta fortemente sulla razionalità amministrativa e sulle modalità in cui la stessa è spesa dal funzionario pubblico preposto



all'ufficio», dal momento che «questi sarà infatti tenuto ad operare tenendo conto di tutte le variabili relazionali [...], garantendo un costante e completo flusso di informazioni tra articolazioni amministrative e dunque modellando il proprio agire su quello degli altri soggetti coinvolti nell'interazione»¹⁰⁴.

6. Considerazioni conclusive

Si è visto come le tutele procedimentali approntate da letteratura e giurisprudenza aiutino a restituire all'azione amministrativa la sua razionalità strumentale ma non facciano altrettanto con riferimento a quella comunicativa. Questo deficit si esprime come dato sistemico perché pone l'interessato nella strettoia del *consenso*, che non considera gli elementi di fatto in grado di incidere sulla libera scelta del singolo. D'altra parte, invece, si è sottolineato il carattere antagonista che può assumere il rapporto tra proprietà intellettuale e trasparenza della decisione amministrativa. Interpretare il dato positivo degli artt. 68 e 69 CAD nella chiave da ultimo proposta sembra fornire elementi utili ad affrontare tali problematiche. Il coordinamento amministrativo, infatti, inteso come regola della funzione non come procedimento¹⁰⁵, consente di portare il bilanciamento degli interessi ad un livello collettivo che arriva a coinvolgere lo stadio in cui sono individuate le stesse regole sottese al funzionamento dei vari programmi informatici. Ciò consente di collegare il singolo procedimento amministrativo alla matrice più grande del processo di digitalizzazione e degli indirizzi che gli si vuole conferire. Sul piano della proprietà intellettuale, invece, l'azione coordinata di più amministrazioni può avere ad oggetto l'avvalimento delle reciproche risorse e conoscenze, che difficilmente potranno essere recepite sul mercato, perché maturate in seno all'esperienza pubblica; questo potrebbe fornire un criterio aggiuntivo per valutare in concreto l'opportunità di ricorrere a un applicativo proprietario invece di optare per il riuso di un software già in uso presso altre amministrazioni. Infine, agendo sul momento di acquisizione del programma si interverrebbe a monte sui problemi di bilanciamento sorti a valle nel tentativo di riconoscere un pieno diritto alla *explainability*. Sono questi gli elementi che in definitiva possono aiutare a ricostruire una razionalità non solo strumentale ma anche comunicativa dell'azione amministrativa quando, nel governo della complessità sociale, ricorre alle ICTs.

Note

¹Cfr. V. MAYER SCHOMBERGER, K. CUKIER, *Big data. Una rivoluzione che trasformerà il nostro modo di vivere e già*

minaccia la nostra libertà (trad. it. R. Merlini), Garzanti, 2013; con attenzione al tema della pubblica amministrazione davanti a questo fenomeno, v. H. BROOMFIELD, L. REUTTER, *In search of the citizen in the datafication of public administration*, in "Big Data & Society", 2022, n. 1, p. 1 ss.

²Su tale fenomeno si veda A. STAZI, F. CORRADO, *Dataficazione dei rapporti socio-economici e questioni giuridiche: profili evolutivi in prospettiva comparatistica*, in "Il Diritto dell'informazione e dell'informatica", 2019, n. 2, pp. 443-487, dove si legge che «attualmente, i dati così raccolti possono essere utilizzati in quattro forme diverse: dati prodotti a livello individuale usati in modo non anonimo, relativi a individui-utenti o macchine specifici e tipicamente volti a fornire servizi agli individui stessi; dati raccolti a livello individuale usati in modo anonimo, ad esempio preferenze usate per il filtraggio collaborativo nell'ambito dei sistemi di raccomandazione dei film; dati prodotti a livello aggregato, quali ad esempio informazioni su profitti e perdite; dati contestuali, come quelli per le mappe. Inoltre, i dati possono essere generati a frequenze differenti e l'accesso ad essi può riguardare dati storici o in tempo reale». Sulla patrimonializzazione del dato, soprattutto del dato personale, vedasi *Personal Data: The "New Oil" of the 21st Century*, panel discussion at World Economic Forum on Europe and Central Asia 2011 (June 9, 2011); D.D. HIRSCH, *The Glass House Effect: Big Data, the New Oil, and the Power of Analogy*, February 10, 2014, in "Maine Law Review", vol. 66, 2014, n. 2, pp. 374-395, tutti ripresi da I. SPEZIALE, *L'ingresso dei dati personali nella prospettiva causale dello scambio: i modelli contrattuali di circolazione*, in "Contratto e impresa", 2021, n. 2, pp. 602-629; F. MIDIRI, *Proteggere i dati personali con le tutele del consumatore*, in "Giornale di diritto amministrativo", 2021, n. 5, pp. 609-620.

³N. LETTIERI, *Contro la previsione. Tre argomenti per una critica del calcolo predittivo e del suo uso in ambito giuridico*, in "Ars Interpretandi", 2021, n. 1, pp. 83-96.

⁴Sulla relazione tra strumenti predittivi e diritto, si veda in chiave critica G. ZACCARIA, *Mutazioni del diritto: innovazione tecnologica e applicazioni predittive*, in "Ars Interpretandi", 2021, n. 1, pp. 29-52, dove si legge che «Non si tratta insomma di contrapporre frontalmente, secondo una logica competitiva, l'uomo alla macchina, ancor più in un contesto in cui la relazione uomo-computer è divenuta sempre più penetrante e immersiva: non dobbiamo lasciarci chiudere nella tenaglia rappresentata dall'alternativa tra una accettazione acritica delle tecnologie informatiche ed un catastrofismo irrazionale che rifiuta la tecnologia paventando la fine del diritto, ma di capire che a tali tecnologie si lega una trasformazione profonda dei modi di costituzione del senso stesso del diritto, una sua ridefinizione simbolica e un'incidenza sulla stessa educazione del giurista, per non dire dei rischi legati alla tutela dei diritti, di cui dobbiamo avere piena consapevolezza». In generale si deve considerare che «la norma non si limita a descrivere un fatto generale e futuro, ma collega al suo accadere un effetto giuridico [...] l'individuo è in grado di calcolare ciò che avverrà» e la stessa circolarità logica del «decidere, giudicare e applicare la legge» – propria della forma processuale – poggia essenzialmente sul concetto di fattispecie; la quale «contiene la figura anticipatoria di ciò che accadrà; e traendolo indietro nel tempo lo rende prevedibile e calcolabile». Cfr. N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, 2016. Della crisi di questo modello lo stesso autore offriva lucide dimostrazioni fin da N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Giuffrè, IV ed., 1999. In senso contrario, per una critica alle tesi di N. Irti sopra esposta, si veda G. CORSO, *Tra legge e fattispecie: la prospettiva del diritto amministrativo*, in "Ars Interpretandi", 2019, n. 1, pp. 71-90, *passim*, dove espressamente si legge che «nel diritto pubblico, e in particolare nel diritto amministrativo, le cose stiano diversamente: e, come dirò alla fine, penso che anche nel diritto privato la fattispecie goda tuttora di buona salute. È in



salute anche per effetto delle norme costituzionali che, secondo altra prospettiva, ne avrebbero determinato la crisi», a p. 74 ss.

⁵Il tema è evidentemente troppo ampio perché possa essere trattato in questa sede. Maggiore precisione imporrebbe infatti di declinare la capacità ordinante del diritto nelle sue manifestazioni storiche dello Stato di diritto e dello Stato costituzionale. V. sul punto G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Einaudi, 1992, p. 39 ss.; G. AZZARITI, *La Costituzione come norma e la crisi del costituzionalismo contemporaneo*, in “Rivista italiana per le scienze giuridiche”, 2013, n. 4, pp. 177-194, dove si enuclea il *proprium moderno delle costituzioni* nella loro capacità ordinante. Sul punto veda anche M. FIORAVANTI, *Passato, presente e futuro dello Stato costituzionale moderno*, in “Nomos. Le attualità nel diritto”, 2018, n. 2. Parla di un “ritorno al futuro del costituzionalismo” nella società globalizzata, G. ALLEGRI, *Il ritorno al futuro del costituzionalismo: un progetto di ricerca su spazi politici, soggetti sociali, nuove istituzioni*, in “Giornale di storia costituzionale”, 2016, n. 32, pp. 131-149.

⁶E. CHITI, *Diritto amministrativo europeo. Stabilizzazione dei comportamenti e costruzione dell'ordine sociale*, in “Diritto Pubblico”, 2015, n. 3, p. 910. Le categorie della razionalità strumentale e comunicativa si ispirano chiaramente, seppure non richiamate dall'autore, alle teorie dell'agire comunicativo di Habermas quale strumento di gestione della complessità sociale. Tuttavia si rinvengono, per diversa via, anche illuminanti riflessioni sulla funzione di riduzione della complessità sociale anche nella teoria dei sistemi complessi di N. Luhmann, così come letto da D. FIORENTINO, *Confittualità sociale e funzione immunizzante del diritto: qualche nota per una lettura sistemica della repressione penale politica nelle società complesse*, in A. Senaldi, X. Chiaramonte (a cura di), “Violenza politica. Una ridefinizione del concetto oltre la depolitizzazione”, Ledizioni, 2018, pp. 133-151, il quale osserva come «per Luhmann il diritto non solo rende i conflitti possibili, ma addirittura li produce, proteggendo il sistema non contro il “no”, ma grazie all'ausilio della negazione, strumento privilegiato per preservare la società dall'annientamento o dall'implosione», a p. 135. Il diritto, dunque, non porterebbe alla produzione di ordine ma, al contrario, rinnoverebbe continuamente le condizioni di potenziali conflitti. Nell'ambito più strettamente giuridico il tema della razionalità strumentale è fortemente connesso a quello del principio di legalità per il quale si rimanda a M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2012; in particolare M. MAZZAMUTO, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto*, *ivi*, pp. 1-40; A. BARTOLINI, A. PIOGGIA, *La legalità dei principi di diritto amministrativo e il principio di legalità*, *ivi*, pp. 79-90; AA.VV., *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Atti del LII Convegno di Studi sull'Amministrazione pubblica, Giuffrè, 2008; M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Atti del convegno, Palermo 27-28 febbraio, 2003, Giappichelli, 2004. Inoltre, F. MERUSI, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, il Mulino, 2012.

⁷Sul finalismo come caratteristica dell'azione amministrativa si rimanda per tutti a S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Garzanti, 2000, p. 125.

⁸E. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, cit., p. 911.

⁹*Ibidem*.

¹⁰Sul punto si rinvia al contributo di G. CARULLO, *Decisione amministrativa e intelligenza artificiale*, in “Il Diritto dell'informazione e dell'informatica”, 2021, n. 3, pp. 431-461, a p. 434, dove si svolge opportunamente anche la distinzione terminologica – che pare essenziale in questa fase degli studi sull'amministrazione digitale per chiarire la materia di cui si discute – tra algoritmi “condizionali” e “deterministici”. Infatti, se i primi si basano su “conditional

statements”, quasi in termini di operatori booleani, i secondi, nella letteratura specialistica comprendono quegli algoritmi che, per determinati input, producono sempre il medesimo output (v. E. PERES, *Che cosa sono gli algoritmi*, Salani, 2020), sicché tra i modelli deterministici la letteratura informatica ricomprende a ben vedere anche molteplici tecniche di *machine learning* e *deep learning* in quanto — dato un certo modello — gli output del sistema sono anche in tali casi determinati univocamente dagli input, v. ad esempio J.Z. LIU, Z. LIN, S. PADHY et al., *Simple and Principled Uncertainty Estimation with Deterministic Deep Learning via Distance Awareness*, in “arXiv.org”, 2020.

¹¹Cons. St., Sez. VI, sent. n. 2270/2019 con nota di V. CANALINI, *L'algoritmo come “atto amministrativo informatico” e il sindacato del giudice*, in “Giornale di diritto amministrativo”, 2019, n. 6, pp. 781-787.

¹²Cfr. Cons. St., Sez. VI, sent. n. 2270/2019, cit.

¹³J.Z. LIU, Z. LIN, S. PADHY et al., *Simple and Principled*, cit., p. 437 ss.

¹⁴Tre esempi ci aiutano a capire e collocare all'interno dell'attività amministrativa questo gruppo di algoritmi. Il primo esempio è costituito dalle attività di controllo svolte dall'INPS. In un'audizione del 2018 davanti alla Commissione Lavoro e Previdenza Sociale, il Garante della Privacy ha relazionato sull'impiego da parte dell'INPS del sistema SAVIO, che consentiva all'ente previdenziale di programmare l'attività ispettiva di visite fiscali per individuare quei casi in cui la condizione di malattia dichiarata non corrispondeva a quella reale. Il sistema richiedeva un trattamento automatizzato dei dati personali dei soggetti sottoposti a controllo e non era stato precedentemente notificato al Garante. Il secondo, invece, lo si ricava da un **comunicato stampa** del 4 marzo 2021 con il quale l'Agenzia delle Entrate informa che «si provvederà ad introdurre, a sperimentare e ad utilizzare tecniche innovative di network analysis, di machine learning e di data visualization, al fine di realizzare un nuovo sistema di supporto ai processi di individuazione dei soggetti ad alto rischio di frodi fiscali» ed è relativo al via libera dell'Unione europea al finanziamento del progetto “A data driven approach to tax evasion risk analysis in Italy”. L'algoritmo dovrebbe essere operativo da luglio 2022. Tramite questo sistema (si tratta in particolare di un'architettura integrata che mira ad analizzare i dati posseduti dall'Agenzia attraverso diverse e differenti tecniche di inferenza, ciascuna delle quali costituita sull'impiego di molteplici algoritmi) l'Agenzia dovrebbe essere in grado di individuare con maggiore facilità, migliorando così l'attività ispettiva, i soggetti passibili di accertamento fiscale. Infine, in un **comunicato stampa** dell'8 giugno 2022, il Garante informa di aver attivato un'istruttoria su una pratica di *social scoring* nel Comune di Fidenza. La comunicazione si riferisce anche ad altre due istruttorie su analoghe pratiche di *social scoring* attuate nel Comune di Bologna. In particolare, una riguarda «il “Progetto Pollicino”, un'indagine statistica a carattere sperimentale – promossa dalla Fondazione per lo sviluppo sostenibile, dal Ministero della transizione ecologica e dal Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili – attraverso la quale il cittadino viene invitato a condividere i propri dati (apparentemente “in forma anonima”), per consentire un'analisi della mobilità»; la seconda, invece, è relativa all'iniziativa “smart citizen wallet” del Comune di Bologna, nell'ambito della quale è previsto che i cittadini possano aderire su base volontaria ad un sistema che consente di accumulare “crediti” all'interno del proprio “wallet” (portafoglio), da spendere accedendo ad una serie di premi/incentivi messi a disposizione dal Comune e da partner accreditati». Il Garante ha manifestato perplessità nei confronti del sistema della “Carta dell'assegnatario” che prevede l'attribuzione di un punteggio e/o di premi in base ai comportamenti assunti dai soggetti che volontariamente si prestano a



fornire i propri dati per la futura elaborazione da parte dell'ente locale, che potrebbe giungere sulla base di tali elaborazioni «alla risoluzione e/o la decadenza del contratto di locazione».

¹⁵Cfr. D.-U. GALETTA, *Algoritmi, procedimento amministrativo e garanzie: brevi riflessioni, anche alla luce degli ultimi arresti giurisprudenziali in materia*, in "Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario", 2020, n. 3-4, pp. 501-516, a p. 515, ripresa da F. NASSUATO, *Legalità algoritmica nell'azione amministrativa e regime dei vizi procedurali*, in "CERIDAP.eu", 24 novembre 2021, che vede nel procedimento il "luogo di elezione" per l'analisi dell'impatto della digitalizzazione sul diritto amministrativo, con particolare riferimento all'individuazione delle «regole che devono essere necessariamente rispettate, affinché il sistema di garanzie su cui si fonda lo "Stato di diritto" (e, nel nostro caso, "di diritto amministrativo") resti intatto».

¹⁶Cfr. F. PASQUALE, *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Harvard University Press, 2015; S. DEL GATTO, *Potere algoritmico, Digital Welfare State e garanzie per gli amministrati. I nodi ancora da sciogliere*, in "Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario", 2020, n. 6, pp. 829-855.

¹⁷Regolamento UE 679/2016.

¹⁸Cfr. considerando 71 GDPR.

¹⁹Per questa schematizzazione si rinvia *amplius* a S. WACHTER, B. MITTELSTADT, L. FLORIDI, *Why a right to explanation of automated decision-making does not exist in the General Data Protection Regulation*, in "International Data Privacy Law", vol. 7, 2017, n. 2, p. 81 ss.

²⁰Cfr. G. CARULLO, *Decisione amministrativa*, cit., *passim*, in particolare p. 454.

²¹Sull'atto amministrativo informatico si rinvia a A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico: primi lineamenti di una ricostruzione*, Jovene, 1993; ID., *Atto amministrativo informatico*, in "Enciclopedia del diritto", Aggiornamento vol. I, Giuffrè, 1999; ID., *Il documento informatico. Profili ricostruttivi della nozione e della disciplina*, in "Rivista di diritto civile", 2004, n. 5, pp. 749-786; S. PUDDU, *Contributo ad uno studio sull'anormalità dell'atto amministrativo informatico*, Jovene, 2006, p. 122 ss. Di particolare profitto, in ogni caso sul tema anche, e per tutti, A. MASUCCI, *Il documento amministrativo informatico*, Maggioli, 2000, p. 17 ss.; sulla differenza tra atto e documento informatico, ID., *Il documento amministrativo informatico*, in G. Arena, M. Bombardelli, M.P. Guerra, A. Masucci, "La documentazione amministrativa", Maggioli, 2001, p. 174 ss. Da ultimo, ID., *L'automatizzazione delle decisioni amministrative algoritmiche fra "big data" e "machine learning". Verso l'"algorocratic governance"?*, in "Diritto e processo amministrativo", 2022, n. 2, pp. 265-313. Vedi in generale sulla giurisprudenza amministrativa intervenuta sul ricorso agli algoritmi da parte dell'amministrazione, R. FERRARA, *Il giudice amministrativo e gli algoritmi. Note estemporanee a margine di un recente dibattito giurisprudenziale*, in "Diritto amministrativo", 2019, n. 4, pp. 773-792.

²²N. PAOLANTONIO, *Il potere discrezionale della pubblica automazione. Sconcerto e stilemi. (Sul controllo giudiziario delle "decisioni algoritmiche")*, in "Diritto amministrativo", 2021, n. 4, pp. 813-838; in termini v. anche V. CANALINI, *L'algoritmo come "atto amministrativo informatico"*, cit.

²³*Ibidem*.

²⁴Cfr. G. CARULLO, *Decisione amministrativa*, cit.

²⁵F. BRAVO, *Trasparenza del codice sorgente e decisioni automatizzate*, in "Il Diritto dell'informazione e dell'informatica", 2020, n. 4-5, pp. 693-724; ID., *Access to Source Code of Proprietary Software Used by Public Administrations for Automated Decision-making. What Proportional Balancing of Interests?* in "European Review of Digital Administration & Law", 2020, n. 1-2, p. 157 ss.; S. WACHTER, B. MITTEL-

STADT, L. FLORIDI, *Why a right to explanation of automated decision-making does not exist*, cit.

²⁶*Ivi*, p. 8.

²⁷La norma fa riferimento alle "envisaged consequences".

²⁸*Ivi*, p. 18.

²⁹*Ivi*, p. 29.

³⁰F. BRAVO, *Trasparenza del codice sorgente*, cit., p. 700 ss.; ID., *Software di Intelligenza Artificiale e istituzione del registro per il deposito del codice sorgente*, in "Contratto e impresa", 2020, n. 4, pp. 1412-1429, a p. 1417, dove si specifica che «in una tecnica di bilanciamento proporzionale degli interessi volta a far salva la segretezza del codice sorgente s'è scelto di applicare il principio di trasparenza mediante un adeguato flusso informativo, funzionale agli obiettivi di tutela dell'interessato. Siffatta tutela però non deve riguardare l'accesso al codice, ma la correttezza e l'eshaustività delle informazioni (altre rispetto alle istruzioni presenti nel codice sorgente) da fornire all'interessato, al fine di garantire quei diritti che l'ordinamento gli riconosce, primo tra tutti quello alla dignità personale e agli altri diritti fondamentali incisi dalle decisioni automatizzate e dai software di intelligenza artificiale, incluso quello di difesa giudiziale avverso le decisioni medesime». In termini anche 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 "Il Diritto dell'informazione e dell'informatica", 2019, n. 4-5, pp. 979-1010, nel quale si critica l'indirizzo giurisprudenziale maggioritario cui si era adeguato TAR Lazio n. 3769/2017.

³¹Per tutte si veda Cons. St., sez. VI, n. 2270/2019, cit., ma anche la successiva n. 8472/2019, con nota di A. MASCOLO, *Gli algoritmi amministrativi: la sfida della comprensibilità*, in "Giornale di diritto amministrativo", 2020, n. 3, pp. 366-375 e le successive sentt. nn. 8473, 8474 del 2019; cfr. F. COSTANTINO, *Algoritmi, intelligenza artificiale e giudice amministrativo*, in "Giurisprudenza italiana", 2022, n. 6, pp. 1527-1536.

³²T.A.R. Lazio, sez. III bis, 10-13 settembre 2019, n. 10964, dove si legge che «un algoritmo, quantunque, preimpostato in guida da tener conto di posizioni personali, di titoli e punteggi, giammai può assicurare la salvaguardia delle guarentigie procedurali che gli artt. 2, 6, 7, 8, 9, 10 della legge 7.8.1990 n. 241 hanno apprestato» riportata anche in E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, in "Diritto amministrativo", 2020, n. 2, pp. 273-304, a p. 276, il quale individua tre fasi della giurisprudenza amministrativa sulla cd. legalità algoritmica.

³³E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica*, cit.; cfr. Cons. Stato, sez. VI, sentt. 881/2020 e 1206/2021; si rinvia anche a S. CIVITARESE MATTEUCCI, *"Umano troppo umano". Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in "Diritto Pubblico", 2019, n. 1, pp. 5-41.

³⁴Questo indirizzo giurisprudenziale aderisce dunque alle tesi che interpretano integralmente l'algoritmo come atto amministrativo informatico.

³⁵Cfr. D. MARONGIU, *Algoritmo e procedimento amministrativo: una ricostruzione*, in "Giurisprudenza italiana", 2022, n. 6, pp. 1515-1523.

³⁶Cfr. TAR Campania, Sez. III, n. 7003/2022, dove si afferma che «tra le indicate garanzie assume primaria importanza il rispetto del principio di trasparenza, che, com'è noto, trova un immediato corollario nell'obbligo di motivazione degli atti amministrativi ex art. 3 l. 241/90 e che non può essere soppresso né ridotto sol per la presenza di un algoritmo all'interno dell'iter procedimentale».

³⁷Cfr. Cons. St., n. 7891/2021, dove al punto 9.1 si chiarisce che nei meccanismi di *machine learning* il sistema «non si limita solo ad applicare le regole software e i parametri preimpostati (come fa invece l'algoritmo "tradizionale") ma, al contrario, elabora costantemente nuovi criteri di inferenza tra



dati e assume decisioni efficienti sulla base di tali elaborazioni, secondo un processo di apprendimento automatico».

³⁸Si veda G. GIORGINI PIGNATIELLO, *Il contrasto alle discriminazioni algoritmiche: dall'anarchia giuridica alle Digital authorities?*, in "federalismi.it", 2021, n. 16, pp. 164-185, a p. 169; G. RESTA, *Algoritmi, diritto, democrazia*, in "Giustiziavivibile.com", 2019, n. 4, p. 4.

³⁹Cfr. S. SASSI, *Gli algoritmi nelle decisioni pubbliche tra trasparenza e responsabilità*, in "Analisi giuridica dell'economia", 2019, n. 1, pp. 109-128, a p. 119, la quale osserva che «l'azione amministrativa robotizzata, quale espressione del potere pubblico di autorganizzazione, non ha destato profili di illegittimità. Il giudice amministrativo ha giudicato inammissibile la surrogazione dell'attività amministrativa da parte di una macchina algoritmica nel momento propriamente decisionale».

⁴⁰Cfr. E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica*, cit., amplius D.K. CITRON, *Technological due process*, in "Washington Law Review", 2007, n. 85, p. 1304 ss., la quale individua i seguenti principi: *securing meaningful notice, protections for hearings; replacing rulemaking procedures*; D.K. CITRON, F. PASQUALE, *The Scored Society: Due Process for Automated Predictions*, in "Washington Law Review", 2014, n. 89.

⁴¹Cfr. TAR Lazio, Sez. III-bis, sent. n. 7526/2020, dove si legge che «in ragione della stretta correlazione tra requisito oggettivo (qualificazione dell'oggetto dell'accesso in termini di documento amministrativo) e requisito soggettivo (interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente collegata al documento) dell'istanza di accesso agli atti formulata ai sensi della legge n. 241/90, fondamentale, anche da un punto di vista logico, appare la riconducibilità del "codice sorgente" del programma informatico utilizzato per la gestione delle prove scritte del concorso, nell'ambito della definizione di "documento amministrativo" di cui alla lett. d), comma 1, art. 22 della legge 241 del 1990».

⁴²S. RODOTÀ, *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, il Mulino, 1973, p. 53, per il quale il «carattere atomizzato della tutela consiste nel fatto che: gli strumenti di controllo possono essere e utilizzati solo per iniziativa individuale; l'azione ha come unico sbocco la via giudiziaria; le conseguenze di essa riguardano unicamente i rapporti tra colui il quale ha agito in giudizio ed il soggetto che ha raccolto e diffuso le informazioni. Inoltre, il singolo non sempre è in grado di cogliere il senso che la raccolta di determinate informazioni può assumere in organizzazioni estremamente complesse o dotate di mezzi sofisticati per il trattamento delle notizie sì che gli sfugge lo stesso grado di pericolosità dell'impiego di quelle informazioni da parte di organizzazioni del tipo indicato».

⁴³Si veda sul punto anche COMMISSIONE EUROPEA, *Una strategia europea per i dati*, COM(2020) 66 final, del 19 febbraio 2020, che promuove la creazione di quello «spazio europeo dei dati» e le considerazioni di L. AMMANNATI, *I signori dell'algoritmo*, in "Diritto Pubblico", 2021, n. 2, pp. 381-414, a p. 383, nota 5, nella quale si chiarisce che il mercato dei dati «in quanto spazio comune dovrebbe rappresentare un superiore punto di riferimento. A questo si dovrebbe accompagnare la realizzazione di spazi comuni europei di dati in settori economici strategici e ambiti di interesse pubblico rendendo disponibili grandi pool di dati. Nella visione attuale della Commissione si prospetta una "legge sui dati" destinata a promuovere la condivisione dei dati principalmente tra imprese (B2B) ma anche tra imprese e pubblica amministrazione e viceversa».

⁴⁴Considerando n. 4 GDPR.

⁴⁵Cfr. I. SPEZIALE, *L'ingresso dei dati personali*, cit., la quale sottolinea a ragione i «rischi connessi a una sostanziale mercificazione della persona»; cfr. anche A. RICCI, *Sulla «funzione sociale» del diritto alla protezione dei dati personali*, in "Contratto e impresa", 2017, n. 2, pp. 586-612.

⁴⁶Su tale conclusione converge anche la dottrina più recente. In particolare, con riferimento alla Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'unione, COM/2021/206, G. FINOCCHIARO, *Intelligenza Artificiale e protezione dei dati personali*, in "Giurisprudenza Italiana", 2019, n. 7, p. 1677, sostiene che «la logica del Regolamento è sempre basata sul dato personale rispetto al cui trattamento una determinazione viene espressa dal singolo individuo: l'interessato controlla e, in taluni casi, gestisce il suo dato seguendone la circolazione. Altre basi giuridiche concorrono a legittimare il trattamento dei dati personali, ma il modello culturale, prima ancora che giuridico, sul quale si basa il Regolamento è quello dell'autodeterminazione. Tale logica, benché mitigata dall'accountability, non può essere applicata a grandi masse di dati, ai big data. Non è possibile pensare ad una gestione di tipo individuale dei dati, tanto meno se basata sul consenso. Il consenso, astrattamente il miglior modello possibile, si rivela spesso non adeguato nel fornire una tutela effettiva ed inefficace. Ciò tanto più se ci si confronta con applicazioni di intelligenza artificiale basate sui big data, nelle quali la determinabilità a priori dei processi di elaborazione non è scontata e nelle quali la finalità del trattamento sovente non è chiara». Sulla centralità del consenso vedasi anche T.M. UBERTAZZI, *Ripensando alla revoca del consenso nella prospettiva funzionale della privacy*, in "Contratto e impresa", 2022, n. 1, pp. 27-51; A. ASTONE, *Autodeterminazione nei dati e sistemi A.I.*, in "Contratto e impresa", 2022, n. 2, pp. 429-448.

⁴⁷Sulla problematica dei diritti dei terzi nel procedimento amministrativo vedasi in maniera più approfondita L. DE LUCIA, *Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi*, Giappichelli, 2005.

⁴⁸F. BRAVO, *Trasparenza del codice sorgente*, cit., p. 693 ss.

⁴⁹Cfr. TAR Lazio, Sez. III-bis, n. 7526/2020.

⁵⁰Per un commento sul riuso del software nei primi anni successivi al CAD si veda V. AMBRIOLA, G.A. CIGNONI, C. FLICK, *Riuso del software nella Pubblica Amministrazione*, in "Diritto dell'Internet", 2005, n. 1, pp. 85-91, in cui il riuso «tema emergente nel contesto dell'e-government, è inteso come adozione su scala più larga di soluzioni software locali, sviluppate autonomamente da singoli enti o da piccoli gruppi di enti, selezionate in base alle migliori caratteristiche rispetto ad altri prodotti software».

⁵¹In generale sul tema si veda F. MERLONI (a cura di), *Introduzione all'eGovernment*, Giappichelli, 2005; G. VESPERINI (a cura di), *L'e-Government*, Giuffrè, 2004; F. MUSELLA, *Quale politica per il governo elettronico in Italia: costitutiva, distributiva o simbolica?*, in "Rivista internazionale di scienze sociali", 2007, n. 1, pp. 31-52; C. BATINI, *Un'introduzione ai servizi di «eGovernment»*, in "Amministrare", 2013, n. 1, pp. 37-58; E. CARLONI, *Algoritmi su carta. Politiche di digitalizzazione e trasformazione digitale delle amministrazioni*, in "Diritto Pubblico", 2019, n. 2, pp. 363-391; A. MASUCCI, *L'algoritmizzazione delle decisioni amministrative tra Regolamento europeo e leggi degli Stati membri*, in "Diritto Pubblico", 2020, n. 3, pp. 943-979.

⁵²Sul riuso del software nell'amministrazione pubblica si veda F. BARGELLINI, M. CHERUBINI, *Il riuso nella società dell'informazione: un'opportunità per l'innovazione di sistema nella P.A.*, in "Informatica e diritto", 2006, n. 2, pp. 129-158.

⁵³Ivi, p. 132.

⁵⁴Ibidem.

⁵⁵Di questi due versanti parla anche S. CALZOLAIO, *Digital (and privacy) by default. L'identità costituzionale della amministrazione digitale*, in "Giornale di storia costituzionale", 2016, n. 31, pp. 185-199, a p. 187.

⁵⁶Cfr. F. BARGELLINI, M. CHERUBINI, *Il riuso*, cit.



⁵⁷Art. 25 co. 1 l. 24 novembre 2000, n. 340 “Le pubbliche amministrazioni di cui all’articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, che siano titolari di programmi applicativi realizzati su specifiche indicazioni del committente pubblico, hanno facoltà di darli in uso gratuito ad altre amministrazioni pubbliche, che li adattano alle proprie esigenze”.

⁵⁸Cfr. art. 26 l. 27 dicembre 2002 (Legge finanziaria 2003).

⁵⁹*Ibidem*.

⁶⁰Cfr. le **Conclusioni del Consiglio europeo di Lisbona del 23 e 24 marzo 2000**.

⁶¹È interessante notare come già all’epoca il riutilizzo incontrava il limite dei diritti di proprietà intellettuale sul codice sorgente (cfr. cons. 22 direttiva 2003/98/CE).

⁶²D.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, Codice dell’amministrazione digitale, integrato e modificato dal d.lgs. 4 aprile 2006, n. 159, Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, recante codice dell’amministrazione digitale. Per primi commenti si veda E. CARLONI (a cura di), *Codice dell’amministrazione digitale. Commento al D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82*, Maggioli, 2005; G. FROSIO, *Guida al Codice della Pubblica Amministrazione Digitale. La digitalizzazione della P.A. alla luce del D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82*, Simone, 2005, anche riportati in G. PENZO DORIA, *L’informaticrazia e il Codice dell’amministrazione digitale*, in “AIDAinformazioni”, 2006, n. 3-4, p. 81; G. CAMMAROTA, *Le modifiche al Codice dell’amministrazione digitale*, in “Giornale di diritto amministrativo”, 2006, n. 9, pp. 943-948; M. MANCARELLA, *Profili negoziali e organizzativi dell’amministrazione digitale*, Tangram Edizioni Scientifiche, 2009, in particolare da p. 215 ss.

⁶³Si è parlato di un irrigidimento dell’intera normativa in tema di informatica pubblica, per riferirsi, ad esempio, alla grande mole di articoli che da norme secondarie contenute ad esempio nel DPR. 445/2000 sono divenute primarie per effetto della loro trasposizione nel CAD, sul punto vedasi A. NATALINI, *La semplificazione e la digitalizzazione*, in “Giornale di diritto amministrativo”, 2005, n. 8, pp. 809-812, a p. 810.

⁶⁴E. MASSELLA, D. TERI, *Il Codice dell’amministrazione digitale: come evolve la normativa*, in “AIDAinformazioni”, 2006, n. 3-4, p. 76, dove si parla di «costituzione del mondo digitale, che tiene conto di diritti e doveri e che contemporaneamente fornisce gli strumenti operativi giuridicamente validi con cui concretizzarli».

⁶⁵Sull’impiego di programmi open source nell’amministrazione italiana si rinvia a S. DEL GATTO, *I sistemi proprietari, l’“open source” e la pubblica amministrazione*, in “Giornale di diritto amministrativo”, 2021, n. 5, pp. 571-577; nonché per le loro differenze a A. PALMIERI, *Open source e contratti di assistenza*, in “AIDA”, 2004, n. 1, pp. 281-302, e a V. ZENO ZENCOVICH, P. SAMMARCO, *Sistema e archetipi delle licenze open source*, *ivi*, pp. 234-268, a p. 252 ss., *ivi* richiamati.

⁶⁶Fin da subito il CAD è stato oggetto di numerose critiche per il suo carattere frastagliato e per l’imprecisione di alcune definizioni che lo porteranno a essere oggetto di innumerevoli riforme negli anni successivi. Il Codice che voleva coordinare la trasformazione digitale, infatti, fu pensato e redatto secondo un’impostazione a silos che vide protagonisti il Ministero per l’Innovazione e le Tecnologie e il CNIPA (Istituito dall’art. 176 del d.lgs. 30 giugno 2003 n. 196), sul punto vedi G. PENZO DORIA, *L’informaticrazia*, cit. A ciò aggiungasi la contraddittorietà insita nella previsione della clausola di invarianza finanziaria con la quale si pretendeva di riformare l’intero apparato amministrativo senza nuovi investimenti.

⁶⁷Una prova ne è il fatto che il Codice è stato curato dalle strutture del Dipartimento della Funzione pubblica (per gli istituti di semplificazione) e da quello dell’Innovazione tecnologiche, sebbene all’epoca ancora poco integrati. Sul punto vedasi A. NATALINI, *La semplificazione e l’amministrazione*

digitale, in “Giornale di diritto amministrativo”, 2008, n. 1, pp. 105-111, a p. 105.

⁶⁸Si veda in particolare l’intervento del d.lgs. 30 dicembre 2010, n. 235; per un commento vedi E. CARLONI, *La riforma del Codice dell’amministrazione digitale*, in “Giornale di diritto amministrativo”, 2011, n. 5, pp. 469-476.

⁶⁹Non è mancato chi ha visto nel CAD uno strumento di sottrazione delle funzioni amministrative dai governi locali verso “il vertice, al centro”, sull’errato assunto che “vertice e centro siano coincidenti”; v. sul punto L. TORCHIA, *Il riordino dell’amministrazione centrale: criteri, condizioni e strumenti*, in “Diritto Pubblico”, 1999, n. 3, pp. 689-715, a p. 699; A. NATALINI, *La semplificazione e la digitalizzazione*, in “Giornale di diritto amministrativo”, 2005, n. 8, pp. 809-812, a p. 811; ID., *La semplificazione e l’amministrazione digitale*, in “Giornale di diritto amministrativo”, 2008, n. 1, pp. 105-111, a p. 106. Pur registrando il centralismo legislativo, altri hanno sottolineato come più problematico il mancato rispetto del principio di adeguatezza delle strutture ministeriali all’epoca preposta all’attuazione del CAD, v. E. CARLONI, *La riforma del Codice*, cit., p. 476.

⁷⁰Comunicazione COM(2010) 2020, *Europa 2020: Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*.

⁷¹Artt. 19 ss., d.l. n. 83 del 2012; sul suo ruolo all’interno della governance amministrativa della digitalizzazione si veda F. CARDARELLI, *Amministrazione digitale, trasparenza e principio di legalità*, in “Il Diritto dell’informazione e dell’informatica”, 2015, n. 2, pp. 227-273.

⁷²V. nota 66.

⁷³Sulle linee guida nel sistema delle fonti si vedano: R. BIN, *Critica della teoria delle fonti*, FrancoAngeli, 2021; E. D’ORLANDO, F. NASSUATO, *Linee guida e sistema delle fonti: un’ipotesi ricostruttiva*, in “Corti supreme e salute”, 2021, n. 1, p. 55; G. TROPEA, *Norme tecniche e “soft law”*, in “Nuove autonomie”, 2022, n. 2, pp. 425-447.

⁷⁴Cfr. S. CALZOLAIO, *Digital (and privacy) by default*, cit.

⁷⁵*Ivi*, p. 191, il quale registra che «non vi è modo migliore di svelare la portata innovativa ed il rilievo giuridico istituzionale della digitalizzazione pubblica che semplicemente osservare come – nell’ordito del d.l. n. 179 del 2012 – essa operi ed incida silenziosamente sulle fondamenta stessa dello Stato moderno. Utilizzando il lessico tipico dell’era digitale potremmo dire che tale strategia fa leva su quanto di più immediatamente connesso possa esservi con la digitalizzazione e con internet: le basi di dati pubbliche (database). Secondo il lessico tradizionale, si può osservare che la strategia adottata si fonda sugli “archivi e registri pubblici”».

⁷⁶Parla di nuova fase B. CAROTTI, *L’amministrazione digitale: le sfide culturali e politiche del nuovo Codice*, in “Giornale di diritto amministrativo”, 2017, n. 1, pp. 7-18; per un commento al correttivo si veda sempre B. CAROTTI, *Il correttivo al Codice dell’amministrazione digitale: una meta-riforma*, in “Giornale di diritto amministrativo”, 2018, n. 2, pp. 131-141.

⁷⁷Sulle quali vedasi in particolare COM(2021) 118, *Bussola per il digitale 2030: il modello europeo per il decennio digitale*, del 9 marzo 2021.

⁷⁸Regolamento (UE) 2022/1925 del 14 settembre 2022 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (Regolamento sui Mercati Digitali).

⁷⁹Il tema non è propriamente nuovo. Infatti, già il d.lgs. 24 gennaio 2006, n. 36 che recepiva la direttiva 2003/98/CE relativa al riutilizzo di documenti del settore pubblico aveva sottolineato l’importanza di regolare l’accesso al patrimonio informativo delle amministrazioni pubbliche che si caratterizzava per la mole e per la qualità. L’importanza di ciò derivava dal carattere essenziale di ingenti moli di dati per l’instaurazione di un mercato unico digitale e la necessità di impedire



effetti distorsivi della concorrenza causati proprio da condotte anticoncorrenziali da parte delle amministrazioni pubbliche nel momento di consentire l'accesso ai propri dati. Per un'attenta disamina del d.lgs. e per le criticità che solleva la logica proprietaria dei dati pubblici si rinvia a B. PONTI, *Il riutilizzo di documenti del settore pubblico*, in "Giornale di diritto amministrativo", 2006, n. 8, p. 817.

⁸⁰Le *Linee guida su acquisizione e riuso di software per le pubbliche amministrazioni*, in "Gazzetta Ufficiale", n. 119 del 23 maggio 2019, sostituiscono la precedente circolare 63/2013, intitolata *Linee guida per la valutazione comparativa prevista dall'art. 68 del C.A.D. e i relativi allegati*. Per un commento v. P. FALLETTA, *Le linee guida dell'agenzia per l'Italia digitale*, in "Giornale di diritto amministrativo", 2021, n. 2, pp. 163-171.

⁸¹Corte dei conti, [referto 26 novembre 2019](#) e [presentazione del referto](#).

⁸²Disponibile sul [sito della Corte dei conti](#).

⁸³*Ivi*, p. 66.

⁸⁴Cfr. AGID, [Piano triennale per l'Informatica nella Pubblica Amministrazione 2020/2022](#), p. 10. Sempre *ivi* si veda tra gli obiettivi e i risultati attesi si ritrova «OB.1.1 - Migliorare la capacità di generare ed erogare servizi digitali», a cui è rivolta, tra le altre, l'azione «R.A.1.1a - Diffusione del modello di riuso di software tra le amministrazioni in attuazione delle Linee Guida AgID sull'acquisizione e il riuso del software per la Pubblica Amministrazione».

⁸⁵Vedi [Piano triennale 2021-2023](#), p. 9.

⁸⁶Ad oggi il target [risulta parzialmente raggiunto](#).

⁸⁷Cfr. E. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, cit., p. 911.

⁸⁸Cfr. S. DEL GATTO, *I sistemi proprietari*, cit.

⁸⁹AGID, *Linee guida su acquisizione e riuso*, cit., p. 10.

⁹⁰Sulla necessità che il legislatore guidi l'amministrazione in questa direzione si veda B. MARCHETTI, *The algorithmic administrative decision and the human in the loop*, in "BioLaw Journal", 2021, n. 2, «occorrerebbe procedere alla formulazione di principi e linee guida che orientino la p.a. non solo sul versante del rapporto con il cittadino ma sul versante interno, fornendo una cornice unitaria entro cui collocare le scelte sul ricorso all'IA, i vantaggi e gli svantaggi connessi ai diversi sistemi esperti, la tipologia di procedure sostituibili con procedure automatizzate», a p. 381.

⁹¹L. REGGI, C.A. RICCI, *Il ruolo delle società in house nel coordinamento delle politiche regionali per l'e-government*, in "Economia e Politica Industriale", 2014, n. 3, pp. 159-177.

⁹²Corte cost. sent. n. 133/2008, ma anche la precedente sent. n. 17 del 2004.

⁹³V. la conduzione coordinata ed integrata del sistema statistico ed informatico nel settore del lavoro (Corte cost. sent. n. 50/2005; istituzione di un sistema informatico nazionale di rilevamento ottico e di trasmissione telematica dei dati desumibili dalle ricette mediche e dalle confezioni dei farmaci (Corte cost. sent. n. 240/2007). Entrambe riprese da P. COSTANZO, *Competenza legislativa regionale e programmi informatici open source*, in "Giurisprudenza costituzionale", 2010, n. 2, pp. 1437-1446.

⁹⁴Sul rapporto tra le due si veda la storica sentenza Corte Cost. n. 303/2003 e i commenti di A. MORRONE, [La Corte costituzionale riscrive il titolo V?](#), in "forumcostituzionale.it", 2003; L. TORCHIA, [In principio sono le funzioni \(amministrative\): la legislazione seguirà](#), in "astrid-online.it".

⁹⁵Corte Cost. n. 122/2010, con nota di P. COSTANZO, cit.

⁹⁶Si vedano la L.R. Piemonte n. 9 del 2009; cui si fa riferimento nel testo; ma anche L.R. 25 luglio 2006, n. 11 della Regione Umbria o legge della Regione Toscana del 26 gennaio 2004, n. 1. Non è un dato irrilevante il ruolo centrale delle Regioni nell'amministrazione diretta di molti servizi pubblici come ricostruito recentemente nell'ampia monografia di G. GARDINI, C. TUBERTINI, *L'amministrazione regionale*, Giappichelli, 2022, in particolare p. 391 dove le Regioni si caratterizzano per essere «enti titolari di compiti di legislazione e programmazione, chiamati, nelle materie di propria competenza, a disciplinare sia le funzioni, sia i servizi intestati a sé ed alle amministrazioni locali ed a programmarne ed organizzarne l'esercizio».

⁹⁷Per tutti si vedano V. BACHELET, *Coordinamento*, in "Enciclopedia del diritto", vol. X, Giuffrè, 1962, p. 634; G. SCIULLO, *L'organizzazione amministrativa*, Giappichelli, 2013 e la letteratura *ivi* richiamata; F. CORTESE, *Il coordinamento amministrativo. Dinamiche e interpretazioni*, Franco Angeli, 2012. Il fenomeno è stato solitamente ricondotto «(i) ad una relazione organizzativa; (ii) all'esercizio di un potere avente ad oggetto di volta in volta rapporti organizzativi, piuttosto che l'agire amministrativo; (iii) al risultato delle suddette relazioni o azioni», così in S. DETTORI, *Coordinamento e dovere d'ufficio nella logica dell'interdipendenza amministrativa*, in "P.A. Persona e Amministrazione", 2020, n. 1, pp. 21-50.

⁹⁸Si veda sul punto C. MARZUOLI, S. TORRICELLI (a cura di), *La dimensione sociale della contrattazione pubblica*, Editoriale Scientifica, 2017; da ultimo E. CARUSO, *La funzione sociale dei contratti pubblici. Oltre il primato della concorrenza*, Jovene, 2022, dalle quali emerge un'eccedenza nella funzionalità dei contratti pubblici.

⁹⁹G. MARONGIU, *Il coordinamento come principio politico di organizzazione della complessità sociale*, in Id., "La democrazia come problema. Diritto, amministrazione ed economia", vol. 1, il Mulino, 1994, p. 181 ss.

¹⁰⁰S. DETTORI, *Coordinamento e dovere d'ufficio*, cit.

¹⁰¹*Ivi*, nota 1, con i richiami alla dottrina più autorevole (Berti, Cassese, Nigro).

¹⁰²S. DETTORI, *Coordinamento e dovere d'ufficio*, cit.

¹⁰³In termini, richiamata da S. DETTORI, *Coordinamento e dovere d'ufficio*, cit., p. 39; si veda A. PIOGGIA, *La competenza amministrativa. L'organizzazione tra specialità pubblicistica e diritto privato*, Giappichelli, 2001, in particolare p. 157 ss. dove l'A. considera la competenza «come compito di ponderazione fra l'interesse perseguito in via primaria e gli altri interessi tutelati dall'ordinamento, acquistando la dimensione dinamica di una forza propulsiva dell'azione amministrativa» (p. 178). Secondo l'A., dunque, la competenza deve considerarsi «non più soltanto come limite relativo alla dimensione del potere che ciascun ufficio può esprimere nell'azione esterna, ma principalmente come indicazione della direzione che quel potere deve seguire nel suo esercizio» (p. 185). L'attribuzione delle competenze, infatti, nell'originale teoria dell'A. non si ridurrebbe a un tassello della teoria dell'imputazione, cioè come il passaggio logico utile a collegare «alla capacità giuridica statale la capacità di agire dei suoi organi», costituendo piuttosto il «momento in cui l'astratto interesse diviene compito di un ufficio e, quindi, concreta doverosità nell'esercizio di una funzione ad esso attribuita della competenza» (pp. 180-181).

¹⁰⁴S. DETTORI, *Coordinamento e dovere d'ufficio*, cit., p. 41.

¹⁰⁵*Ibidem*.



The algorithms within the public sector and their governance

Abstract: After quickly outlining the role of administrative law in the management of social complexity, the use of algorithms internally by public administrations are examined. In this first part the problems that algorithms have raised and the solutions that literature and jurisprudence have offered will be discussed. In a second step, however, to overcome the binarism between acceptance and rejection of the digitisation of administrative procedures, the topic is approached from a broader perspective, that of the 'public administration of algorithms'. In this perspective we examine the opportunity to interpret some provisions of the Italian Code of Digital Administration (CAD), such as software re-use, as instruments of IT coordination.

Keywords: Datafication – Public algorithm – Source code – Document access – CAD – Software reuse – Administrative coordination