

L'algoritmo nella formazione della decisione amministrativa: l'esperienza italiana

Administrative decision making by algorithm: the Italian experience

Luisa Maria Azzena¹

Riassunto: Le moderne tecnologie informatiche offrono alla pubblica amministrazione nuovi strumenti, potenzialmente assai utili sia per la sua attività non provvedimentale sia per quella decisionale. In quest'ultimo ambito si pongono però questioni delicate, specialmente con riguardo all'attività discrezionale. In particolare, difficoltà si pongono nel caso in cui la decisione della p.a. sia assunta sulla base di un algoritmo. Il legislatore nazionale non è (sinora) intervenuto a disciplinare la materia in modo organico e esaustivo; i principi di riferimento si trovano soprattutto nella normativa predisposta a livello di Unione europea. Un ruolo importante è stato svolto dalla giurisprudenza

1 Professore associato di Istituzioni di Diritto pubblico nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Pisa, dove è titolare del corso di Diritto amministrativo. E' avvocato (1992) iscritto all'Albo speciale dei Professori presso il Foro di Pisa. Si è laureata a Pisa in diritto costituzionale (1989); ha conseguito il titolo di Dottore di ricerca in Diritto pubblico presso l'Università di Firenze (1995).

amministrativa, soprattutto dal Consiglio di Stato, che ha elaborato una sorta di “statuto” del provvedimento algoritmico, evidenziando come le questioni poste dai nuovi strumenti tecnologici siano a ben vedere, almeno in larga misura, riconducibili alla problematiche tradizionali dell’azione amministrativa.

Parole chiave: tecnologie informatiche; algoritmo; pubblica amministrazione; provvedimento amministrativo algoritmico.

Abstract: Modern technologies offer the public administration new tools, potentially very useful both for its non-provisional activity and for decision-making. In the latter context, however, delicate questions arise, especially with regard to discretionary activity. In particular, difficulties arise in the event that the decision of the p.a. is assumed on the basis of an algorithm. The national legislator has not (so far) intervened to regulate the matter in an organic and exhaustive way; the reference principles are found above all in the legislation prepared at European Union level. An important role was played by administrative jurisprudence, especially by the State Council, which developed a sort of “statute” for the algorithmic provision, highlighting how the issues posed by the new technological tools are, on closer inspection, largely attributable to the traditional problems of administrative action.

Keywords: information technology; algorithm; public administration; decision by algorithm

Sommario: 1. Premessa. Tecnologie e azione amministrativa. Strumenti nuovi e questioni antiche. - 2. L’algoritmo nella decisione vincolata e in quella discrezionale. Vantaggi (procedimentali) e rischi (sostanziali). - 3. La “costruzione” dell’algoritmo. La

scelta dei “termini” da assumere (per la costruzione dell’algoritmo) e quella dei dati da raccogliere (per la costruzione dei “termini”). Algoritmo e big data. - 4. Quali garanzie assicurare nella fase della costruzione dell’algoritmo. - 5. I principi europei. - 6. La disciplina italiana. Dalla legislazione degli anni ‘90 del secolo scorso al Codice dell’amministrazione digitale, c.d. CAD (d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82). - 7. Il ruolo della giurisprudenza amministrativa nell’elaborazione dello “statuto” dell’impiego dell’algoritmo nell’agire amministrativo (Cons. St., sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270; Id., 13 dicembre 2019, nn. 8472, 8473 e 8474). - 8. L’algoritmo nella decisione giudiziaria. Cenni. - 9. Conclusione. Tecnologie e diritti.

1. **Premessa. Tecnologie e azione amministrativa. Strumenti nuovi e questioni antiche**

Le istanze di semplificazione dell’attività amministrativa, che nel tempo sono andate intensificandosi di pari passo con la consapevolezza di come la complessificazione del sistema² nuoccia alle primarie esigenze di effettività, efficacia ed economicità della stessa, ostacolando, in definitiva, la realizzazione dell’interesse pubblico, la cui cura è affidata dalla legge alla p.a., hanno indotto a guardare con sempre maggiore interesse alla prospettiva dell’*e-government*, termine con cui si indica sinteticamente il fenomeno relativo all’“uso delle tecnologie dell’informazione e della comunicazione nelle pubbliche amministrazioni, coniugato a modifiche organizzative ed all’acquisizione di nuove competenze al fine di migliorare i servizi pubblici ed i processi democratici

2 Sul tema della complessità con particolare riferimento all’*agere* amministrativo v. F. Monceri, *Complessità e semplificazione nell’azione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2020.

e di rafforzare il sostegno alle politiche pubbliche” (Comunicazione della Commissione Europea del 26 settembre 2003 su “Il ruolo dell’*e-governement* per il futuro dell’Europa”).

La prospettiva, dunque, non è solo quella della semplificazione, ma anche quella della buona, anzi migliore, amministrazione; alle tecnologie si guarda non solo in vista del miglioramento del processo decisionale, ma anche della *qualità* della decisione.

L’importanza dell’*e-governement* è stata sottolineata anche dal Consiglio di Stato, che ha riconosciuto come “un più elevato livello di digitalizzazione dell’amministrazione pubblica sia fondamentale per migliorare la qualità dei servizi resi ai cittadini e agli utenti” (Cons. St., VI, 13 dicembre 2019, nn. 8472, 8473 e 8474, v. *amplius infra*, par. 7).

Gli strumenti offerti dalle nuove tecnologie, in effetti, si sono rivelati di grande utilità nell’avvicinare il cittadino all’amministrazione, sia semplificando alcune attività e adempimenti (es. la richiesta e il rilascio di certificati; l’effettuazione di pagamenti) sia assicurandone la trasparenza, ma ponendo altresì una serie di problemi, *in primis* quello del c.d. *digital divide*, favorendo l’insorgere di una discriminazione di fatto che ha, all’opposto, allontanato da una p.a. divenuta sempre più impersonale i soggetti e le generazioni meno avvezze all’utilizzo dei mezzi informatici.

L’emergenza pandemica ha esaltato le potenzialità degli strumenti tecnologici nell’assicurare l’erogazione di servizi ai cittadini in una molteplicità di campi: in quello dell’educazione (es. consentendo la didattica a distanza), in quello della giustizia (affiancando al già collaudato processo telematico, la possibilità dello svolgimento delle udienze a distanza), in quello della sanità (consentendo prenotazioni per visite, consegna di referti, ecc. *on line*), e in molti altri.

Se, nel complesso, può dirsi che le tecnologie abbiano dato buona prova nell’assistere l’amministrazione nella

sua *attività non provvedimentale*, diretta cioè all’emanazione di meri atti amministrativi (certificati, documenti) o all’erogazione di servizi, assai più complessa (ma proprio perciò più interessante per lo studioso) si presenta la questione dell’utilizzo degli strumenti informatici ed elettronici nell’ambito della sua *attività decisionale*; di quell’attività, cioè, che si sostanzia nell’emanazione di un provvedimento che incide, ampliandola o restringendola, sulla sfera giuridica del destinatario.

In particolare, si è imposta all’attenzione della dottrina e della giurisprudenza la questione dell’utilizzo dell’algoritmo nel processo decisionale³.

L’espressione “provvedimento algoritmico”, con cui si sintetizza talvolta tale questione, se pur efficace, non appare del tutto corretta, se non accompagnata dalla precisazione che, come reso evidente dalle prime applicazioni concrete, l’algoritmo non è un provvedimento, né può *sostituirsi* ad esso; il risultato dell’algoritmo, in altri termini, non può automaticamente essere “trasfuso” nella decisione della p.a. (a meno che si tratti di decisioni meramente ripetitive del tutto prive di discrezionalità; solo in tal caso, come si dirà, è corretto parlare di “decisioni automatizzate”).

Così reimpostata, la questione risulta anche sdrammatizzata, nel senso che l’algoritmo viene ridimensionato a *strumento* che può *aiutare* a decidere; strumento che comunque si inserisce nell’ambito di un processo decisionale, di cui costituisce un “ingranaggio” che concorre, insieme ad altri (innovativi e/o tradizionali), alla ricerca della migliore soluzione per la realizzazione dell’interesse pubblico.

Il tema, dunque, se certamente presenta dei profili di novità, al fondo sottende e ripropone questioni antiche,

3 Cfr. G. Avanzini, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici. Predeterminazione, analisi predittiva e nuove forme di intelligibilità*, Napoli, ES, 2019.

immanenti all'azione amministrativa. L'approccio al suo studio non deve quindi essere di tipo "fideistico" (algoritmo sì/algoritmo no), ma impostato secondo i canoni e i principi dell'*agere* amministrativo.

In particolare, a venire in evidenza è il tema classico del rapporto tra tecnica e politica, e dei limiti che la prima può porre alla discrezionalità della seconda.

Tema che è stato reso di grande attualità dall'emergenza pandemica, e dalla necessità di elaborare soluzioni per farvi fronte. Così, si è molto discusso sul ruolo del Comitato Tecnico Scientifico nominato dal Governo, e sulla sua legittimazione a sollecitare l'adozione di specifiche misure di contenimento del contagio (contestata in occasione del particolare "attivismo" di alcuni dei suoi componenti).

Il principio di separazione tra tecnica e politica, il cui fondamento costituzionale si rinviene nell'art. 51 Cost., individua (e limita) il compito dei tecnici nell'elaborazione e conferimento di dati ed elementi scientifici, affidando alla politica, nell'esercizio della sua discrezionalità, muovendo da tali dati, ad adottare la decisione.

Se il principio è chiaro, assai meno lo è l'esatta individuazione del confine tra le due sfere.

Molti esempi si possono trarre dall'esperienza recente, a riprova dell'attualità della questione della separazione tra le due sfere, e della difficoltà della relativa delimitazione: così, l'elaborazione del piano delle vaccinazioni (da parte dei politici) dipende da dati scientifici (forniti dai tecnici) quali il tasso di infettività/letalità per fasce di età; la "colorazione" delle Regioni (cui corrispondono varie limitazioni) è decisa (dai politici) sulla base di dati scientifici (elaborati dai tecnici) quali il tasso di infettività in rapporto alla capacità ricettizia delle strutture ospedaliere, e così via.

La soluzione di siffatte questioni muove dunque dall'elaborazione di algoritmi, fondati su elementi scientifici, ma è

affidata, in ultima analisi, ad una decisione politica umana.

Se dunque le questioni teoriche sottese all'ingresso delle nuove tecnologie nell'azione amministrativa nel suo farsi sottendono problemi classici e con lo strumentario elaborato nel tempo da dottrina e giurisprudenza vanno affrontati, ciò non significa che tale strumentario non vada arricchito, "aggiornato", adeguato a rispondere efficacemente ai nuovi profili che dei "vecchi" problemi oggi si manifestano.

2. L'algoritmo nella decisione vincolata e in quella discrezionale. Vantaggi (procedimentali) e rischi (sostanziali)

Risulta già da queste del tutto preliminari considerazioni come l'algoritmo non sia un provvedimento, né "prenda il posto" di questo, ma si inserisca in un procedimento amministrativo che nell'adozione di un provvedimento esiterà.

L'algoritmo stesso, a sua volta, altro non è che un procedimento, ovvero una sequenza (procedimentale) di elementi (parametri) che, combinati tra loro nel modo prescelto al momento della sua costruzione, pervengono ad un certo esito⁴.

4 Il concetto di algoritmo viene così definito nel documento *Understanding algorithmic decision making: opportunities and challenges*, studio del Parlamento Europeo, in www.europarl.europa.eu, 5 marzo 2019: "An algorithm is an unambiguous procedure to solve a problem or a class of problems. It is typically composed of a set of instructions or rules that take some input data and return outputs. As an example, a sorting algorithm can take a list of numbers and proceed iteratively, first extracting the largest element of the list, then the largest element of the rest of the list, and so on, until the list is empty. Algorithms can be combined to develop more complex systems, such as web services or autonomous cars. An algorithm can be hand-coded, by a programmer, or generated automatically from data, as in machine learning".

Esito che, come detto, nel caso di utilizzo dell'algorithmo nell'ambito dell'*agere* amministrativo, non si identifica con il provvedimento. Ciò, occorre precisare, quando si versi nell'ipotesi di attività amministrativa discrezionale; diversamente, in assenza di discrezionalità (e cioè nell'ipotesi di potere vincolato), l'esito dell'algorithmo si traduce nel contenuto del provvedimento.

In quest'ultimo caso, in caso cioè di decisioni relative ad "operazioni meramente ripetitive e prive di discrezionalità" (così Cons. St., sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270), è l'algorithmo che determina automaticamente la decisione. Si parla in tal caso di "decisioni automatizzate".

Il ricorso all'algorithmo presenta l'indubbio vantaggio della *riduzione della tempistica procedimentale*.

Esso (così come, in senso più ampio, l'IA) consente infatti di svolgere velocemente operazioni che altrimenti, ove svolte dal soggetto umano, necessiterebbero di tempi assai più lunghi, contribuendo così ad accrescere l'*efficienza* dell'azione amministrativa.

La trasformazione di un *input* in un *output* da parte di una macchina per il tramite di una sequenza finita di operazioni elementari consente infatti di "riuscire a neutralizzare e per questa via a superare quell'irriducibile *quantum* di inefficienza che caratterizza l'azione umana in particolare con riguardo all'esecuzione di interventi ripetitivi"⁵.

Tra i pregi dell'algorithmo viene inoltre spesso esaltato quello dell'"oggettività" (o "neutralità") che esso varrebbe ad assicurare alla decisione: ciò in quanto, consistendo esso in un'operazione matematica, gli elementi che lo compongono (*input*), combinati in un dato modo, recano (e non possono

5 C. Napoli, *Algoritmi, intelligenza artificiale e formazione della volontà pubblica: la decisione amministrativa e quella giudiziaria*, in *Rivista Aic*, n. 3, 2020, 28 luglio 2020, 319.

che recare) ad un determinato esito (*output*), e mai potrebbero condurre ad uno diverso. Applicato alla scelta amministrativa, dunque, l'algoritmo porta sempre al medesimo provvedimento, senza che alcun elemento soggettivo possa intervenire a alterare o mutare il risultato.

Un pregio è dunque costituito dall'*invariabilità dell'esito*: i "termini" dell'algoritmo, combinati nel modo assunto dallo stesso, portano sempre e invariabilmente allo stesso risultato.

In questo senso la decisione "imposta" dall'algoritmo appare essere una decisione oggettiva, spogliata di ogni margine di soggettività.

Il ricorso all'algoritmo presenterebbe pertanto, oltre a quelli su ricordati, anche il pregio di escludere le eventuali interferenze dovute alla negligenza (o peggio al dolo) del funzionario (essere umano) con la conseguente maggior garanzia di *imparzialità* della decisione (Cons. St., sez. VI, n. 2270/2019).

Siffatta affermazione, se può esser condivisa con riferimento alla c.d. decisione automatizzata, è, al contrario, tutt'altro che pacifica e, anzi, facilmente confutabile nell'ipotesi di potere discrezionale della p.a.

Quel margine di soggettività che è insito nella discrezionalità, infatti, non viene meno per effetto dell'utilizzo dell'algoritmo, bensì si sposta "a monte", al momento della costruzione dello stesso.

Per di più, l'affermazione dell'asserita "oggettivizzazione" e "sterilizzazione" della scelta amministrativa non solo è confutabile, ma non è nemmeno auspicabile, o almeno non lo è sempre.

L'ambito di scelta discrezionale, infatti, non può essere visto solo come occasione di un rischio corruttivo, o di un pericolo di favoritismi; esso è anche, e soprattutto, garanzia di quell'equità, di quella giustezza, direi "sensibilità" della

decisione per le quali (ancora) la mente umana è e resta il miglior garante⁶.

Se dunque innegabili sono i vantaggi procedurali dell'algoritmo, specie con riferimento all'attività vincolata, non altrettanto sicuri sono i vantaggi sostanziali, in termini di "bontà" della decisione, che esso reca quando l'attività sia invece discrezionale. In quest'ultimo caso il ricorso all'algoritmo presenta, anzi, dei rischi.

Non solo è lecito dubitare della maggior "bontà" della scelta dettata dall'algoritmo, ma occorre anche considerare come la limitazione della discrezionalità comporti anche, conseguenzialmente, la riduzione degli spazi del sindacato giurisdizionale relativo alla ragionevolezza e alla non arbitrarietà della decisione, attraverso il vizio dell'eccesso di potere.

3. La "costruzione" dell'algoritmo. La scelta dei "termini" da assumere (per la costruzione dell'algoritmo) e quella dei dati da raccogliere (per la costruzione dei "termini"). Algoritmo e big data

L'algoritmo dunque, non assicura di per sé la "bontà" della decisione; per di più, come anticipato, dubbio è altresì che ne assicuri l'oggettività.

Occorre spostare l'attenzione "a monte", per riflettere innanzitutto sulla "costruzione", sul momento genetico dell'algoritmo; su come i "termini" (ovvero i parametri) dell'algoritmo vengono scelti (operazione già di per sé soggettiva), come si combinano tra loro (altra scelta soggettiva);

6 Sul tema v. G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, Einaudi, 1992.

e ancor prima su come i “termini” assunti quale parametro siano stati realizzati.

Sotto quest’ultimo profilo, è da osservare come ogni “termine” che compone l’algoritmo deriva a sua volta da una massa di dati (o da una combinazione di dati), i c.d. *big data*, dai quali la riflessione giuridica deve muovere.

Si possono individuare al riguardo (almeno) due profili problematici: quello relativo alla scelta dei dati da assumersi come “termini” per la costruzione dell’algoritmo (*quali “termini” scegliere per la costruzione dell’algoritmo*) e quello, preliminare, relativo alla scelta dei dati da raccogliere (*quali dati raccogliere per la costruzione del “termine”*) ai fini della formazione del “termine”

La questione dell’individuazione dei “termini” da assumersi per la costruzione dell’algoritmo è estremamente delicata; è in questo momento, infatti, che si opera una scelta, caratterizzata da discrezionalità: appare evidente che da quali dati vengono assunti dipende l’opzione per un orientamento (“politico”) piuttosto che un altro.

Ma delicata è altresì (e ancor prima) la questione della *selezione* dei dati da raccogliere per la costruzione del “termine”, al fine cioè di formare quel catalogo di *big data* che potrà essere adottato per la costruzione dell’algoritmo. Si tratta infatti di un’operazione che postula che “a monte” sia operata una serie di ulteriori scelte preliminari.

Così, ad esempio, ove si tratti di adottare una decisione relativa alla necessità di assunzione di un certo numero di insegnanti, sarà certamente opportuno prendere in considerazione, tra gli altri, il dato relativo alla scolarizzazione della popolazione. Ma tale dato sarà diverso a seconda che lo si riferisca ad una certa zona geografica (più o meno ampia; nord/sud; regionale o nazionale, ...); a seconda che lo si riferisca alla popolazione generale o lo si limiti ad una certa

fascia di età (occorrendo tener conto che ove in ipotesi ci si riferisse alla popolazione generale, risulterebbero computati nel dato anche soggetti anziani che, se pur dall'insufficiente grado di scolarizzazione, non sarebbero interessati *ratione aetatis* alla frequentazione della scuola; il dato così assunto non risulterebbe dunque utile al fine di quantificare le cattedre di insegnamento necessarie; e comunque sarebbe diverso rispetto a quello che risulterebbe ove il dato dell'alfabizzazione fosse ricavato sulla base dei soli soggetti in età scolaria).

Appare così evidente come il ricorso all'algoritmo nella decisione amministrativa non faccia affatto venire meno la discrezionalità; questa si sposta "a monte", al momento genetico dell'algoritmo e, ancor prima, al momento della costruzione dei *big data* che dell'algoritmo costituiscono i "termini".

È quindi a queste fasi preliminari alla "nascita" dell'algoritmo che devono essere anticipate le garanzie che devono accompagnare ogni scelta dell'amministrazione.

4. Quali garanzie assicurare nella fase della costruzione dell'algoritmo

Tra le garanzie che devono essere assicurate sin dalla fase, "a monte", della costruzione dell'algoritmo, vi sono quelle di *trasparenza*, volte ad assicurare la *conoscibilità* della costruzione dell'algoritmo, anche, eventualmente, in funzione del sindacato sull'atto adottato sulla base dello stesso: "la decisione amministrativa automatizzata impone al giudice di valutare in primo luogo la correttezza del processo informatico in tutte le sue componenti: dalla sua costruzione, all'inserimento dei dati, alla loro validità, alla loro gestione" (Cons. St., sez. VI, n. 2270/2019).

Garanzia, quello di trasparenza, cui deve accompagnarsi quella, che ne costituisce estrinsecazione, del *diritto di accesso* non solo ai documenti, ma anche ai dati, e alla loro “sorgente”.

In caso di decisione fondata su algoritmo, anzi, occorre che sia assicurata una “declinazione rafforzata del principio di trasparenza”, intesa come “piena conoscibilità della regola espressa in un linguaggio differente da quello giuridico” (Cons. St., sez. VI, n. 2270/2019).

Tra le garanzie da assicurare “a monte”, sin dal momento della raccolta dei dati e della costruzione dell’algoritmo vi sono anche quelle *partecipative*.

Garanzie, quelle partecipative, non facili da assicurare.

Queste, infatti, non possono essere “postume”; d’altra parte, anche la loro eccessiva anticipazione, ad un momento nel quale ancora non sia sorto l’interesse concreto, equivale, al fondo, a vanificarle⁷.

Le garanzie nei confronti della decisione amministrativa basata su algoritmo sono tanto più difficili da assicurare quanto più esse si presentino “insidiose”, come avviene nel caso di quella garanzia che è costituita dal canone, fondamentale, di *imparzialità*. L’“insidia” si cela nel fatto che l’imparzialità, che della decisione algoritmica costituisce uno dei principali pregi, valendo a sottrarre la decisione a ogni margine di umana scelta (nella quale ineliminabili sono gli aspetti di soggettività, si pensi a come la formazione cultu-

7 Volendo restare all’esempio su proposto (assunzione di insegnanti), un insegnante che aspiri all’assunzione, realisticamente, molto difficilmente potrà contribuire alla fase della costruzione dell’algoritmo; pur ove gli fosse consentito di partecipare, difficilmente sarà in grado di poter contribuire con un proprio apporto su una questione così tecnica e di poter influire sulla scelta; ma anche, più banalmente, non essendo ancora sorto il suo interesse concreto, a tale momento egli ancora non sa che quella raccolta di dati potrebbe condizionare la sua vita.

rale del funzionario può orientare la sua scelta a favore di un'idea di città, di un tipo di architettura, di un modello di sviluppo economico, ecc.), ne rappresenta al contempo uno dei principali rischi.

Il rischio che l'algoritmo amplifichi le discriminazioni (c.d. *equality bias*) è spesso sottovalutato⁸, e addirittura negato da parte di chi (in specie i poteri che governano l'algoritmo) asserisce che, dato il carattere meccanicistico e automatico dell'algoritmo, l'imparzialità sia *in re ipsa*.

Vero è che il canone dell'imparzialità, posto innanzitutto dall'art. 97 Cost., è difficile da applicare, richiedendo la consapevolezza di come esso presenti due aspetti, connessi ma distinti: il primo è quello della non discriminazione (che il meccanicismo e l'automatismo dell'algoritmo ben possono valere ad assicurare); il secondo è quello di criterio-guida dell'azione amministrativa, che vale a orientarla verso la scelta che contende di soddisfare l'interesse pubblico nel modo migliore, ma altresì con il minor sacrificio possibile di quello dei privati⁹. Quest'ultimo, all'evidenza, assai più difficile da realizzare con automatismi meccanicistici.

5. I principi europei

In ordine alle decisioni pubbliche assunte tramite algoritmi, alcuni principi fondamentali sono posti da fonti sovranazionali europee.

Mentre il legislatore nazionale, pur avendo intuito, almeno sin dall'inizio degli anni '90, gli effetti addirittura rivoluzionari che le tecnologie avrebbero potuto determinare

8 Per un'indagine approfondita cfr. O. Pollicino, *Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale nel diritto comunitario*, Milano, Giuffrè, 2005.

9 Secondo l'insegnamento risalente al primo manuale di diritto amministrativo della storia giuridica italiana, di G.D. Romagnosi, *Principi fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, Parma, 1814.

nell'ambito della pubblica amministrazione, si è poi concentrato soprattutto sulla tematica del documento amministrativo informatico, a livello europeo è emersa una maggiore consapevolezza delle potenzialità degli strumenti tecnologici nel processo di *elaborazione* della decisione amministrativa. Impulsi, in particolare quelli provenienti dall'ordinamento comunitario, che non hanno mancato di riverberarsi sulla più recente legislazione nazionale.

Tra i primi, occorre ricordare una serie di interventi di *soft law*, come la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni "*Agenda digitale per l'Europa - Le tecnologie digitali come motore della crescita europea*" (COM(2012)0784 del 19 dicembre 2012); preceduta dalla Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni "*Un'agenda digitale europea*" (COM(2010)0245 del 19 maggio 2010).

Più recentemente (19 febbraio 2020), la Commissione ha approvato un pacchetto di documenti strategici che comprende la Comunicazione "*Una strategia europea per i dati*"¹⁰, la Comunicazione "*Plasmare il futuro digitale dell'Europa*"¹¹ e il "*Libro bianco sull'intelligenza artificiale – Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia*"¹², volti all'obiettivo di creare uno spazio unico europeo di dati, facilmente accessibili sia alle imprese che alle autorità pubbliche, così da "consentire all'UE di diventare l'economia agile basata sui dati più attrattiva, sicura e dinamica del mondo".

10 COM(2020) 66 final, https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/european-data-strategy_it.

11 COM(2020) 67 final, https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/shaping-europe-digital-future_it.

12 COM(2020) 65 final, https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/excellence-trust-artificial-intelligence_it.

Come evidenziato dal Garante europeo per la Protezione dei dati, centrale, tra gli obiettivi della strategia per i dati, “dovrebbe essere quello di dimostrare la fattibilità e sostenibilità di un modello alternativo dell’economia dei dati – aperto, equo e democratico. Diversamente dal modello di *business* ora dominante, caratterizzato da un’inedita concentrazione di dati nelle mani di pochissimi operatori potenti, nonché dal tracciamento pervasivo, lo spazio europeo dei dati dovrebbe fungere da modello di trasparenza, responsabilità effettiva e corretto equilibrio tra gli interessi dei singoli interessati e l’interesse condiviso della società nel suo complesso”¹³.

Agli atti di *soft law* che hanno delineato la strategia europea, ha fatto seguito una serie di atti normativi volti appunto a facilitare l’auspicato sviluppo di un’“economia agile basata sui dati”, quali:

- il regolamento (UE) 2018/1807 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 novembre 2018, relativo a un quadro applicabile alla libera circolazione dei dati non personali nell’Unione europea (PE/53/2018/REV/1);

- il regolamento (UE) 2019/881 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, relativo all’ENISA, l’Agenzia dell’Unione europea per la cibersicurezza, e alla certificazione della cibersicurezza per le tecnologie dell’informazione e della comunicazione, e che abroga il regolamento (UE) n. 526/2013 (“regolamento sulla cibersicurezza”);

- la direttiva (UE) 2019/1024 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, relativa all’apertura dei dati e al riutilizzo dell’informazione del settore pubblico (“rifusione”);

13 GEPD, parere del 16 giugno 2020 (2020/C 322/04), in www.edps.europa.eu.

Gli interventi dell'UE sono andati moltiplicandosi, occasionati anche dalla necessità di contrastare la crisi pandemica da Covid-19, sulla base del presupposto che la transizione digitale sia fondamentale per garantire la futura prosperità dell'Europa. Così, la Commissione, ha elaborato il "Digital Europe 2021-2027", un piano di investimenti, cui è destinato un *budget* di 7 miliardi e 588 milioni di euro (che va ad affiancarsi al "Next Generation Europe"), volto ad accelerare la ripresa, guidando la trasformazione digitale dell'Europa. In particolare, esso si propone di sviluppare le capacità digitali strategiche dell'UE e facilitare l'ampio utilizzo delle tecnologie digitali, da parte dei cittadini, delle imprese e delle pubbliche amministrazioni europee¹⁴.

Un ruolo di primo piano nella disciplina europea in materia, e specialmente in materia di protezione dei dati, è assunto dal regolamento generale per la protezione dei dati personali n. 2016/679 (*General Data Protection Regulation*, c.d. GDPR, a cui il legislatore italiano ha dato attuazione con il d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101).

Il quale dà attuazione alla tutela già predisposta dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE (art. 41).

Dal combinato disposto degli artt. 13, 14 e 15 del GDPR e dell'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, si trae il *principio di piena conoscibilità a monte del*

14 La proposta della Commissione europea, del 23 marzo 2021, individua come prioritari gli interventi nei seguenti cinque settori: 1) Calcolo ad alte prestazioni; 2) Intelligenza artificiale (nell'ambito del quale sono individuati l'obiettivo di "sviluppare e potenziare le capacità di base dell'intelligenza artificiale nell'Unione, compresi le risorse di dati e gli archivi di algoritmi, nel rispetto della normativa in materia di protezione dei dati"; quello di "rendere queste capacità accessibili a tutte le imprese e le pubbliche amministrazioni"; quello, infine, di "rafforzare e mettere in rete le strutture di prova e sperimentazione per l'intelligenza artificiale esistenti negli Stati membri"); 3) Cybersicurezza e fiducia; 4) Competenze digitali avanzate; 5) Implementazione, impiego ottimale della capacità digitale e interoperabilità.

modulo utilizzato e dei criteri applicati, in virtù del quale ognuno ha diritto a conoscere l'esistenza di processi decisionali automatizzati che lo riguardino e di ricevere informazioni significative sulla logica utilizzata.

Altro principio affermato in sede europea è quello di *non esclusività della decisione algoritmica* (art. 22 GDPR), il quale attribuisce al destinatario degli effetti giuridici di una decisione automatizzata il diritto a che tale decisione non sia basata unicamente sul processo automatizzato, affidando al funzionario responsabile il compito di controllare, e quindi validare o, al contrario, smentire la decisione automatica¹⁵.

Viene affermato inoltre il *principio di non discriminazione algoritmica* (considerando 71 del GDPR), il quale pone in capo al titolare del trattamento che sfrutti regole matematiche o statistiche per la profilazione dell'utente, l'obbligo di adottare opportune misure per neutralizzare eventuali errori e inesattezze dei dati.

L'affermazione di tali principi a livello sovranazionale è importante in quanto consente di attendersi un impegno del legislatore nazionale nel disciplinare la materia delle nuove tecnologie, nonché, a fronte dell'eventuale inerzia di

15 Invero, lo stesso art. 22 GDPR, che al par. 1 vieta provvedimenti meccanici ("L'interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona"), al par. 2, lett. b, ammette che il legislatore (il decisore politico) possa decidere di far coincidere l'esito dell'algoritmo con una misura limitativa ad applicazione automatica (il divieto non si applica nel caso in cui la decisione automatizzata "sia autorizzata dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento" sia pur purché siano altresì previste "misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato". Cfr. G. De Minico, *Virus e algoritmi. Impariamo da un'esperienza dolorosa*, in *www.lacostituzione.info*, 1 aprile 2020; E. Falletti, *Decisioni automatizzate e diritto alla spiegazione: alcune riflessioni comparatistiche*, in *Dir. dell'informazione e dell'informatica*, n. 2, 1 aprile 2020, 169 ss.

questi, un contributo dalle Corti, nazionali e sovranazionali, specie dalla Corte di giustizia, che già ha dato in proposito un impulso fondamentale (ad esempio, con l'affermazione del c.d. diritto all'oblio, CGUE, *Google Spain*, 13 maggio 2014, causa C-131/12).

Tra le disposizioni di diritto sovranazionale utili alla elaborazione dello statuto della decisione amministrativa adottata sulla base di algoritmo, è da ricomprendersi anche l'art. 6 della Carta europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (CEDU), il quale pare da ritenersi applicabile oltre l'ambito del *processo*, a cui propriamente si riferisce, per estendere le proprie garanzie al *procedimento*, anche (e soprattutto) a quello che si avvale delle tecnologie dell'IA. E questo particolarmente quando le decisioni riguardino diritti fondamentali, come ad esempio quello alla protezione dei dati personali¹⁶. Dall'art. 6 CEDU può dunque trarsi un importante spunto nel senso di una tutela che non sia solo *sostanziale*, ma anche *procedimentale*; non è infatti sufficiente che un diritto sia affermato, ma occorre altresì che ne siano affermate le opportune garanzie procedimentali.

6. La disciplina italiana. Dalla legislazione degli anni '90 del secolo scorso al Codice dell'amministrazione digitale, c.d. CAD (d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82)

Sin dall'inizio degli anni '90 del secolo scorso le prospettive aperte dalle nuove tecnologie erano state intuite dal legislatore nazionale. Già la legge n. 241/1990 faceva riferimento all'uso degli strumenti informatici nel proce-

16 O. Pollicino, *Interpretazione o manipolazione? La Corte di giustizia definisce un nuovo diritto alla privacy digitale*, in *www.federalismi.it*, 24 novembre 2014.

dimento amministrativo. Essa, nel definire il documento amministrativo, come “ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, *elettromagnetica* o di qualunque altra specie del contenuto di atti, anche interni, formati dalle pubbliche amministrazioni o, comunque, utilizzati ai fini dell’attività amministrativa” (art. 22, 2), includeva nell’oggetto del diritto di accesso, insieme a quello tradizionale, anche l’atto amministrativo informatico¹⁷.

Il legislatore si è dunque mostrato sin da subito sensibile alle prospettive aperte dalle nuove tecnologie; i diversi interventi di riforma dell’amministrazione susseguitisi nel corso degli anni hanno sempre posto il tema tra le priorità.

Il d.lgs 12 febbraio 1993, n. 39 (recante “*Norme in materia di sistemi informativi automatizzati delle amministrazioni pubbliche, a norma dell’art. 2, comma 1, lettera mm), della legge 23 ottobre 1992, n. 421*”), con lo scopo di favorire il ricorso all’informatica, ha disposto che “1. Gli atti amministrativi adottati da tutte le pubbliche amministrazioni sono di norma predisposti tramite i sistemi informativi automatizzati. 2. Nell’ambito delle pubbliche amministrazioni l’immissione, la riproduzione su qualunque supporto e la trasmissione di dati, informazioni e documenti mediante sistemi informatici o telematici, nonché l’emanazione di atti amministrativi attraverso i medesimi sistemi, devono essere accompagnate dall’indicazione della fonte e del responsabile dell’immissione, riproduzione, trasmissione o emanazione. Se per la

17 La legge costituì il quadro normativo di riferimento delle prime teorizzazioni in materia di uso degli strumenti informatici nel procedimento amministrativo. Cfr. G. Duni, voce *Teleamministrazione*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXX, Roma, 1993; A. Masucci, *L'atto amministrativo informatico*, Napoli, Jovene, 1993.

Più in generale, tra i primi studiosi italiani a occuparsi del rapporto tra tecnologia, diritto e società v. V. Frosini, *Cibernetica, diritto e società*, Milano, Edizioni di Comunità, 1968; S. Rodotà, *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Bologna, Il Mulino, 1973.

validità di tali operazioni e degli atti emessi sia prevista l'apposizione di firma autografa, la stessa è sostituita dall'indicazione a stampa, sul documento prodotto dal sistema automatizzato, del nominativo del soggetto responsabile".

La stessa legge n. 241/1990 nel tempo è stata "aggiornata" così da costituire un punto di riferimento tuttora attuale: la l. n. 15/2005 ha introdotto l'art. 3-bis, "Uso della telematica" che, ancora modificato dal d.l. n. 76/2020 conv. in l. 120/2020 attualmente dispone che: "1. Per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche agiscono mediante strumenti informatici e telematici, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati".

Dunque, il legislatore è stato sin da subito aperto alle nuove tecnologie; tuttavia, a focalizzare il suo interesse è stato principalmente il documento amministrativo elettronico, mentre assente è stata l'attenzione per l'utilizzo degli strumenti informatici nel processo decisionale¹⁸.

Attualmente, il principale riferimento normativo nazionale è costituito dal d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82¹⁹, c.d. Codice dell'amministrazione digitale (CAD), testo unico che raccoglie le norme in materia di informatizzazione della Pubblica Amministrazione nei rapporti con i cittadini e le imprese, proponendosi di promuovere e rendere effettivi i "diritti di cittadinanza digitale".

In esso, tuttavia, si rinvencono solo scarse indicazioni in relazione all'utilizzo degli strumenti digitali nell'ambito dell'agire amministrativo e del procedimento amministrativo; esso si preoccupa soprattutto di favorire la digitalizza-

18 Limite che, invero, pare riscontrabile anche nell'attuale principale punto di riferimento normativo: il c.d. CAD, su cui v. *amplius infra*.

19 Successivamente modificato dal d.lgs. 22 agosto 2016, n. 179; dal d.lgs. 13 dicembre 2017, n. 217.

zione documentale (attività non provvedimentale) e l'erogazione di servizi, così da semplificare l'azione amministrativa e avvicinare il cittadino all'amministrazione.

Così, l'art. 2 dispone che lo Stato, le Regioni e le autonomie locali debbano assicurare la disponibilità, la gestione, l'accesso, la trasmissione, la conservazione e la fruibilità dell'informazione in modalità digitale e che, per far ciò, si debbano organizzare utilizzando con le modalità più appropriate le tecnologie dell'informazione e della comunicazione²⁰.

La disposizione più interessante al fine di ricavare indicazioni relative all'utilizzo delle tecnologie nel processo decisionale pare potersi individuare nell'art. 50 ("Disponibilità dei dati delle pubbliche amministrazioni") del CAD, che afferma che:

"1. I dati delle pubbliche amministrazioni sono formati, raccolti, conservati, resi disponibili e accessibili con l'uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione che ne consentano la fruizione e riutilizzazione, alle condizioni fissate dall'ordinamento, da parte delle altre pubbliche amministrazioni e dai privati; restano salvi i limiti alla conoscibilità dei dati previsti dalle leggi e dai regolamenti, le norme in materia di protezione dei dati personali ed il rispetto della normativa comunitaria in materia di riutilizzo delle informazioni del settore pubblico.

2. Qualunque dato trattato da una pubblica amministrazione, con le esclusioni di cui all'articolo 2, comma 6, salvi i casi previsti dall'articolo 24 della legge 7 agosto 1990, n.

20 Come su ricordato, la legge sul procedimento amministrativo aveva già in precedenza disposto che, per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le Amministrazioni pubbliche dovessero incentivare l'uso della telematica, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati (art. 3-bis l. n. 241/1990).

241, e nel rispetto della normativa in materia di protezione dei dati personali, è reso accessibile e fruibile alle altre amministrazioni quando l'utilizzazione del dato sia necessaria per lo svolgimento dei compiti istituzionali dell'amministrazione richiedente, senza oneri a carico di quest'ultima, salvo il riconoscimento di eventuali costi eccezionali sostenuti dall'amministrazione cedente; è fatto comunque salvo il disposto dell'articolo 43, comma 4, del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445.

3. Al fine di rendere possibile l'utilizzo in via telematica dei dati di una pubblica amministrazione da parte dei sistemi informatici di altre amministrazioni l'amministrazione titolare dei dati predispone, gestisce ed eroga i servizi informatici allo scopo necessari, secondo le regole tecniche del sistema pubblico di connettività di cui al presente decreto".

Importante (sia pur dal contenuto piuttosto scarno, se non addirittura indefinito) è anche l'art. 41 del CAD, che pone in capo alle pubbliche amministrazioni l'obbligo di servirsi delle ICT (*Information and Communications Technologies*) nella gestione dei procedimenti amministrativi, aprendo la strada alla possibilità di assumere decisioni per mezzo di sistemi basati su algoritmi, in grado cioè di elaborare gli *input* immessi e tradurli in risultati che assumono direttamente la natura di provvedimento, senza l'intervento e/o il controllo di un supervisore umano.

7. Il ruolo della giurisprudenza amministrativa nell'elaborazione dello "statuto" dell'impiego dell'algoritmo nell'agire amministrativo (Tar Lazio, sez. III-bis, 10 settembre 2018, nn. 9224-9230; Cons. St., sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270; Id., 13 dicembre 2019, nn. 8472, 8473 e 8474)

Alcuni recenti interventi giurisprudenziali hanno consentito di elaborare una sorte di "statuto" dell'uso dell'algoritmo nell'*agere* amministrativo²¹.

Il primo rilevante intervento del giudice amministrativo è stato occasionato dalla contestazione degli esiti dell'applicazione dell'algoritmo utilizzato dal Ministero dell'Istruzione nell'operazione, particolarmente complessa, di attribuzione delle cattedre istituite da un piano straordinario di assunzioni al personale docente²².

Secondo i ricorrenti, l'algoritmo, "dal funzionamento sconosciuto", aveva condotto all'emanazione di provvedimenti che assegnavano le sedi e disponevano i trasferimenti nelle diverse province "senza tener conto delle preferenze indicate nelle rispettive domande", "senza alcuna motivazione e in difetto della benché minima trasparenza"; in mancanza, oltretutto, dell'individuazione di un funzionario dell'amministrazione che provvedesse alla valutazione delle singole situazioni e, quindi, alla corretta esternazione delle relative determinazioni provvedimentali.

21 N. Muciaccia, *Algoritmi e procedimento decisionale: alcuni recenti arresti della giustizia amministrativa*, in *www.federalismi.it*, 15 aprile 2020.

22 Sulla vicenda v. I. Forgiione, *Il caso dell'accesso al software MIUR per l'assegnazione dei docenti*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 5, 2018, 647 ss.

Da tali vizi procedurali sarebbero derivati esiti provvedimentali irrazionali: a soggetti meglio posizionati in graduatoria erano state assegnate, ai fini dell'individuazione delle sedi di servizio, province lontane da quella di residenza; mentre docenti con punteggi inferiori avevano potuto beneficiare di posti nella provincia di residenza e nella disciplina e nell'ordine di scuola espressi nella domanda di assunzione.

Il Tar Lazio (Tar Lazio, sez. III-*bis*, 10 settembre 2018, nn. 9224-9230) ha accolto i ricorsi dichiarando l'illegittimità dei provvedimenti, in quanto fondati su un meccanismo, quello algoritmico, "orfano di capacità valutazionali delle singole fattispecie concrete, tipiche invece della tradizionale e garantistica istruttoria procedimentale che deve informare l'attività amministrativa".

L'algoritmo, in altri termini, non assicurerebbe, secondo il Tar, il rispetto delle garanzie del cittadino previste dalla legge n. 241 del 1990; affidando interamente ad esso la decisione amministrativa, risulta vulnerato non solo "il canone di trasparenza e di partecipazione procedimentale, ma anche l'obbligo di motivazione delle decisioni amministrative, con il risultato di una frustrazione anche delle correlate garanzie processuali che declinano sul versante del diritto di azione e difesa in giudizio di cui all'art. 24 Cost., diritto che risulta compromesso tutte le volte in cui l'assenza della motivazione non permette inizialmente all'interessato e successivamente, su impulso di questi, al Giudice, di percepire l'*iter* logico - giuridico seguito dall'amministrazione per giungere ad un determinato approdo provvedimentale".

Siffatto orientamento giurisprudenziale è stato, nel giro di breve tempo, contraddetto dal Consiglio di Stato (Cons. St., sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270)²³, il quale, pur giudicando

23 Sulla sentenza si veda il commento di F. Marconi, *Alcune questioni in tema di decisioni robotizzate: note a margine della decisione n. 2270/19 del Consiglio*

illegittimo il provvedimento oggetto dell'impugnazione, non ha contestato il ricorso all'algoritmo *in astratto*, bensì il suo utilizzo *in concreto*.

Il Supremo giudice, nel censurare come, *nel caso di specie*, non fossero state assicurate le necessarie garanzie procedurali (non essendo stata data agli interessati la possibilità di conoscere il meccanismo adottato, né fornita alcuna motivazione dell'esito provvedimento), ha però sostanzialmente ribaltato l'approccio del Tar Lazio, significativamente aprendo alla possibilità di ricorrere all'algoritmo nell'ambito dell'azione amministrativa.

Esso ha infatti colto l'occasione per affermare come, *in linea generale*, il ricorso ad una procedura informatica che conduca direttamente alla decisione finale sia non solo legittimo, ma addirittura auspicabile, in quanto in grado di apportare "numerosi vantaggi quali, ad esempio, la notevole riduzione della tempistica procedimentale per operazioni meramente ripetitive e prive di discrezionalità, l'esclusione di interferenze dovute a negligenza (o peggio dolo) del funzionario (essere umano) e la conseguente maggior garanzia di imparzialità della decisione automatizzata".

"Indiscutibili", secondo il Consiglio di Stato, sono i "vantaggi derivanti dalla automazione del processo decisionale dell'amministrazione mediante l'utilizzo di una procedura digitale ed attraverso un algoritmo - ovvero di una sequenza ordinata di operazioni di calcolo - che in via informatica sia in grado di valutare e graduare una moltitudine di domande.

L'utilità di tale modalità operativa di gestione dell'interesse pubblico è particolarmente evidente con riferimento a procedure seriali o standardizzate, implicanti l'elaborazione di ingenti quantità di istanze e caratterizzate dall'acquisizio-

di Stato, in www.giustamm.it, 14 febbraio 2020.

ne di dati certi ed oggettivamente comprovabili e dall'assenza di ogni apprezzamento discrezionale.

Ciò è, invero, conforme ai canoni di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa (art. 1 l. 241/1990), i quali, secondo il principio costituzionale di buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.), 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".

"In altre parole, l'assenza di intervento umano in un'attività di mera classificazione automatica di istanze numerose, secondo regole predeterminate (che sono, queste sì, elaborate dall'uomo), e l'affidamento di tale attività a un efficiente elaboratore elettronico appaiono come doverose declinazioni dell'art. 97 Cost. coerenti con l'attuale evoluzione tecnologica".

Tuttavia, il Consiglio di Stato ha inteso precisare che l'utilizzo di procedure "robotizzate" non può essere motivo di elusione dei principi che conformano il nostro ordinamento e che regolano lo svolgersi dell'attività amministrativa. L'"atto amministrativo informatico" (ovvero l'algoritmo) deve dunque soggiacere ai principi generali dell'attività amministrativa, quali quelli di pubblicità e trasparenza, di ragionevolezza, di proporzionalità.

Occorre pertanto che il meccanismo algoritmico sia "conoscibile", secondo una declinazione rafforzata del principio di trasparenza, che implica anche quello della piena conoscibilità di una regola espressa in un linguaggio differente da quello giuridico. Conoscibilità necessaria anche al fine di consentire il sindacato del giudice amministrativo, al quale si impone innanzitutto di valutare la correttezza del processo informatico in tutte le sue componenti: dalla sua costruzione, all'inserimento dei dati, alla loro validità, alla

loro gestione, oltre che la stessa logicità e ragionevolezza della decisione amministrativa.

Il Consiglio di Stato ha in tal modo elaborato una sorta di “statuto” della decisione amministrativa assunta sulla base di algoritmo²⁴.

La giurisprudenza successiva del Tar Lazio, invero, non ha mostrato di condividere l'impostazione del Consiglio di Stato, negando nuovamente la possibilità di ricorrere ad un processo decisionale completamente automatizzato e ammettendo la sostituzione dell'algoritmo al funzionario pubblico solo limitatamente ad alcune fasi del procedimento amministrativo (Tar Lazio, sez. III-*bis*, 13 settembre 2019, n. 10964; 24 giugno 2021, n. 7589)²⁵.

Nonostante le riferite oscillazioni giurisprudenziali, è significativo osservare che, come spesso accade di fronte a nuove situazioni non ancora pienamente sistematizzate in via normativa, siano i giudici ad assumersi il compito di colmare il vuoto di disciplina, grazie anche agli spunti loro offerti sia dai documenti sovranazionali e internazionali, sia dagli studi dottrinali.

24 Cfr. anche, nella giurisprudenza successiva, Cons. St., sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881.

25 V. però anche Tar Lazio, sez. III-*bis*, 6 giugno 2019, n. 7333; sez. III-*bis*, 30 giugno 2020, n. 7370, con cui è stato ritenuto fondato il ricorso di un gruppo di aspiranti dirigenti scolastici contro il rifiuto del Ministero di riconoscere il diritto di accesso all'algoritmo che aveva gestito il *software* della prova scritta del relativo concorso. Il giudice ha infatti affermato che “il carattere informatico del file e del relativo algoritmo non fa venire meno la pretesa” al diritto di accesso (ex art. 22 l. n. 241/1990) al “codice sorgente” e all'algoritmo alla base dello stesso.

8. L'algoritmo nella decisione giudiziaria. Cenni

Il tema del ricorso alle nuove tecnologie digitali assume particolari connotazioni con riferimento all'ambito giudiziario²⁶.

I due profili che appaiono più rilevanti sono, da un lato, quello della digitalizzazione nell'accesso alla giustizia, dall'altro quello della decisione giudiziaria mediante algoritmo. Entrambi i profili che coinvolgono interessi primari di estrema delicatezza, e nei quali indubbiamente l'utilizzo delle tecnologie digitali e dell'algoritmo possono apparire di grande utilità, ma al contempo fonte di notevoli rischi.

Pertanto, con riferimento al primo profilo, il Consiglio UE ha inteso affermare che: "lo sviluppo digitale del settore della giustizia dovrebbe essere antropocentrico e deve costantemente ispirarsi e attagliarsi ai principi fondamentali dei sistemi giudiziari, vale a dire l'indipendenza e l'imparzialità dei giudici, la garanzia di una tutela giurisdizionale effettiva e il diritto di una persona a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole"²⁷.

Secondo il Consiglio UE, "le tecnologie digitali possono essere utilizzate nei sistemi giudiziari per promuovere l'osservanza delle norme relative allo Stato di diritto nonché l'esercizio e il rispetto dei diritti fondamentali". Tuttavia, esso sottolinea altresì che "tutti i cittadini dovrebbero beneficiare delle nuove possibilità digitali e godere di pari opportunità per quanto riguarda l'accesso digitale alla giustizia e a proce-

26 Cfr. M. Luciani, *La decisione giudiziaria robotica*, in *www.rivistaaic.it*, 2018; F. Patroni Griffi, *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, in *www.giustizia_amministrativa.it*, 2018.

27 Conclusioni del Consiglio "Accesso alla giustizia -Cogliere le opportunità della digitalizzazione" (2020/C 342 I/01).

dimenti equi, e che la partecipazione digitale deve pertanto essere incondizionatamente garantita a tutti i gruppi sociali, senza alcuna discriminazione. Si dovrebbe tener conto, in particolare, delle esigenze delle persone vulnerabili, tra cui i bambini e gli adulti vulnerabili, come gli anziani e le persone con disabilità, nonché di quelle delle vittime di reato. In ogni caso, l'uso delle tecnologie digitali nei sistemi giudiziari non dovrebbe ridurre le garanzie procedurali per coloro che non hanno accesso a tali tecnologie".

Con riferimento al secondo profilo, è richiesta una ancora maggiore cautela.

Il c.d. "giudice robot" può in effetti offrire considerevoli vantaggi, sia in termini di correttezza della decisione, non incorrendo in errori, sia in termini di equità, essendo privo di sentimenti e pregiudizi umani.

Si tratta invero di vantaggi presunti, e non indubbi.

Quanto all'asserita impossibilità per il giudice robotizzato di incorrere in errori è agevole obiettare che non solo questi sono forse meno probabili, ma pur sempre possibili, ma soprattutto viene a mancare quella percezione dell'errore che è propria del soggetto umano, e che può consentirne la conseguente correzione.

Quanto all'assenza di sentimenti e pregiudizi, altrettanto agevolmente si può in contrario osservare come sia ben possibile che questi siano presenti non al momento della decisione, ma "a monte", al momento della costruzione dell'algoritmo, ciò che sarebbe tanto più pericoloso, in quanto questi, irrigiditi nell'algoritmo, verrebbero replicati in ogni decisione.

L'algoritmo, su cui si fonda la decisione giudiziale, dovrebbe pertanto essere costruito con particolare cautela, così da escludere che quei sentimenti e pregiudizi che possono condizionare l'umana decisione possano presentarsi al

momento dell'elaborazione dell'algoritmo.

Cautela occorre anche nell'affermare i vantaggi che potrebbe offrire l'algoritmo, costruito in modo da tener conto di tutti i precedenti giudiziari, al fine di evitare oscillazioni e divergenze giurisprudenziali, assicurando a tutti i cittadini ugual tutela. Non si può infatti non trascurare come, a fronte di tale (peraltro, non indubbia) utilità²⁸, in tal modo, si "irrigidirebbe" la giurisprudenza che, "ingabbiata" nell'algoritmo, sarebbe impossibilitata a evolversi, determinandosi il paradosso di uno strumento innovativo destinato a fornire decisioni "vecchie".

9. Conclusione. Tecnologie e diritti: accrescimento delle tutele o nuovi vulnus?

Data la continua evoluzione della materia, tracciare una conclusione appare evidentemente compito arduo; al più, è possibile, come del resto si è tentato di fare nelle pagine che precedono, cogliere alcuni spunti utili ad impostare una riflessione (ovviamente, giuridica) che possa "accompagnare" il cammino delle evoluzioni tecnologiche, senza la pretesa di guidarle ma senza nemmeno la rassegnazione a esserne ineluttabilmente sopraffatti.

Ponendosi da punto di vista del cittadino, la questione che appare centrale (nonché più controversa) è quella relativa alla tutela dei diritti; i nuovi strumenti infatti possono risultare propulsori per l'affermazione di nuovi diritti e utili a rafforzare l'effettività di quelli già dati; ma fanno anche, per contro, temere che l'"allontanamento" della decisione dal funzionario-persona fisica, figura "familiare", tradizionale

28 Si vedano in proposito le forti perplessità di M. Luciani, *La decisione giudiziaria*, cit., 887.

punto di riferimento dell'organizzazione amministrativa per il cittadino, finisca al contrario per accrescere i "bias" e le diseguaglianze e costituire un pericoloso *vulnus* per le garanzie individuali, specie dei soggetti più deboli.

Così, da un lato si può osservare come, per quanto qui specialmente interessa, lo statuto dell'azione amministrativa vada arricchendosi di nuovi diritti. È interessante notare come il nuovo catalogo di diritti vada configurandosi secondo un processo che è inverso rispetto a quello tradizionale, muovendo "dal basso", traendo cioè spunti dalla concretezza della realtà, dai problemi mossi dalla scienza, dalle applicazioni giudiziali, da documenti internazionali.

Non sempre, invero, di "nuovi" diritti si tratta, ma, in alcuni casi, di nuove declinazioni di "vecchi" diritti: così, ad esempio, il tradizionale diritto alla *privacy*, che, in una nuova prospettiva, non dovrebbe più essere basato, come sin qui, sul solo consenso²⁹, ma piuttosto sulla possibilità di partecipare *in positivo* alla stessa elaborazione dell'algoritmo³⁰. Nuovi diritti o nuove declinazioni di vecchi diritti che vanno ad aggiungersi ai diritti tradizionali, quale, ad esempio il diritto alla rettifica di dati errati.

29 In proposito la Corte di Cassazione ha recentemente ritenuto che il consenso è validamente prestato solo se informato e se espresso liberamente e specificamente in riferimento a un trattamento chiaramente individuato: "ne segue che nel caso di una piattaforma *web* (con annesso archivio informatico) preordinata all'elaborazione di profili reputazionali di singole persone fisiche o giuridiche, incentrata su un sistema di calcolo con alla base un algoritmo finalizzato a stabilire punteggi di affidabilità, il requisito di consapevolezza non può considerarsi soddisfatto ove lo schema esecutivo dell'algoritmo e gli elementi di cui si compone restino ignoti o non conoscibili da parte degli interessati" (Cass. civ., I, 25 maggio 2021, n. 14381).

30 G. De Minico, M.F. Di Tullio, *Algorithm changes administration and authoritative acting: towards which objective?*, in *Astrid Rassegna*, n. 6/2021; G. De Minico, *Towards an "Algorithm constitutional by design"*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 1/2021, 381 ss.

Tra i diritti così emersi, l'attenzione si è appuntata su quelli da ritenersi quali "fondamentali"; così dottrina e giurisprudenza hanno individuato una serie di diritti (una sorta di catalogo), tra loro strettamente intercorrelati, quali: il *diritto di ogni soggetto a conoscere l'esistenza di processi decisionali automatizzati che lo riguardino e a ricevere informazioni significative sulla logica utilizzata* (ovvero: un diritto alla *comprensibilità degli algoritmi*); il *diritto del destinatario di una decisione automatizzata a che questa non sia basata unicamente su tale processo automatizzato* (diritto basato sul ricordato principio di "non esclusività" della decisione algoritmica); il *diritto a potersi rivolgere ad un funzionario umano per contestare eventualmente l'esito dell'algoritmo*; il *diritto alla "non discriminazione algoritmica"*³¹.

Tutti diritti che, per la loro peculiarità di interfacciarsi con l'evoluzione tecnologica, si presentano altamente, e in misura sempre crescente, problematici quanto alla loro attuazione.

Così, il diritto alla "non discriminazione algoritmica" non può essere efficacemente tutelato solo assicurando al soggetto destinatario della decisione la conoscibilità e la comprensibilità dell'algoritmo, ma postula la predisposizione di garanzie "a monte", sin dal momento della "costruzione" dell'algoritmo, vale a dire sin dalla formazione dei *big data* e dall'assunzione di questi quali "termini" per la formazione dell'algoritmo. Ciò che, all'evidenza, è tutt'altro che semplice da assicurare.

Ma assai più problematica si presenta la concreta attuazione dei "nuovi" diritti laddove si osservi come la *logica* dell'algoritmo, che sta alla base del diritto alla comprensibilità dello stesso, possa finire per sfuggire non solo al semplice

31 A. Simoncini, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 1/2019, 63 ss.

cittadino, ma anche agli stessi programmatori, man mano che si affermano nuove tecnologie evolutive verso una vera e propria IA, sempre più indipendente da quella umana³². È proprio questa appare essere la questione destinata a divenire centrale in un futuro ormai prossimo.

Siffatte considerazioni hanno indotto alcuni studiosi alla conclusione pessimistica, secondo cui le tecnologie hanno portato non a un accrescimento complessivo di tutele, ma anzi a un loro indebolimento, a una "fase di regressione nella tutela dei diritti"³³.

Né la consapevolezza degli evidenziati rischi è assente nei protagonisti della vita politica, come dimostra la circostanza che la Presidente della Commissione dell'UE abbia posto il tema tra le priorità del proprio mandato, tenendo a sottolineare che "l'affermazione della sovranità digitale europea, ben lungi da pretese egemoniche o autarchiche, è invece rivendicazione di un sistema di tutele che connota l'Unione come spazio di libertà e di diritti, capace di assicurare un governo antropocentrico e personalista dell'innovazione"³⁴.

32 A. Simoncini, *L'algoritmo incostituzionale*, cit., evidenzia il rischio derivante dal fatto che "gran parte degli algoritmi di nuova generazione non si limita a dedurre in maniera deterministica conseguenze da assiomi prefissati dal programmatore, ma in virtù di sistemi automatici di apprendimento (c.d. *machine learning*)".

In argomento si vedano gli studi di E. Picozza, *Politica, diritto amministrativo e Artificial Intelligence*, in *Giur. it.*, 2019, 1761 ss; Id., *Neurolaw. An Introduction*, Springer, 2016.

33 A. Celotto, *I "non" diritti al tempo di internet*, in *Diritto di Internet*, n. 2/2019, 235 ss.

34 Così come ricordato dal Presidente dell'Autorità Garante per la protezione dei dati personali P. Stanzione, nel suo intervento al *Security Summit 2020*, sessione "La sovranità tecnologica e digitale dell'Unione Europea: il difficile ruolo di mediazione con gli *over the top* e i rapporti con gli USA", 12 novembre 2020.

Recebido em 13/09/2019

Aprovado em 19/11/2021

Luisa Maria Azzena

E-mail: luisa.azzena@unipi.it

