

I.

AMMINISTRAZIONE DIGITALE ALGORITMICA. IL QUADRO COSTITUZIONALE

Andrea Simoncini

SOMMARIO: 1. Premessa. Le libertà costituzionali nel XXI secolo: il potere tecnico e la trasformazione digitale. – 2. Amministrazione digitale e amministrazione *algoritmica*: la nuova frontiera del potere tecnologico. – 3. La creatività nel formante giurisprudenziale, dalla *rule of law* alla *rule of technology*: alcuni casi. – 3.1. L'esclusione automatica da gare o concorsi. – 3.2. Le decisioni algoritmiche riguardanti il personale della scuola. – 3.3. Dalla *rule of law* alla *rule of technology*. – 4. Principi costituzionali e decisioni algoritmiche: verso una "*constitutional*" rule of technology. – 4.1. Premessa: gli atti di amministrazione digitale *algoritmica*, sono (davvero) atti giuridici? – 4.2. Il divieto di atti di amministrazione digitale "esclusivamente" algoritmica. – 4.3. L'obbligo di motivazione nella amministrazione digitale "algoritmica". – 4.4. Il principio di "non discriminazione" nella amministrazione digitale "algoritmica". – 5. Spunti conclusivi. La dialettica "servo-padrone" nell'uso degli algoritmi. – Bibliografia.

1. Premessa. Le libertà costituzionali nel XXI secolo: il potere tecnico e la trasformazione digitale

La natura del diritto costituzionale in senso moderno (B. CONSTANT, 1819) consiste nel – quantomeno, cercare di – limitare l'uso del potere, sia esso pubblico o privato, quando questo incide sulle libertà individuali e collettive. La sua peculiarità, rispetto a molte altre aree del pensiero pratico che studiano lo stesso problema (la filosofia politica, la morale, l'etica, la sociologia, la politologia, ecc.), è che esso persegue questo scopo attraverso il diritto.

Il fine delle costituzioni è sempre stato – tra gli altri – quello di porre un fondamento giuridico e, dunque un limite giustiziabile, all'esercizio dei poteri ed in particolare dei poteri *sovrani*, ovverosia, di quei poteri capaci di conformare e restringere più o meno unilateralmente la sfera di libertà delle persone. Se ammettiamo questa definizione, per quanto sommaria, ne consegue che il

diritto costituzionale ha sempre *seguito* l'evoluzione del *tipo* di potere sovrano esistente, adeguando e adattando il suo intervento alla fisionomia che esso ha assunto nel tempo (A. SIMONCINI, 2017). La "tecnica" del potere non è mai stata neutra o indifferente, ma anzi il sistema costituzionale si è sempre "modellato" sulle sue forme concrete.

In prospettiva storica, dopo l'epoca medievale – epoca in cui l'idea stessa di un potere/sovrano *assoluto* non esiste (P. GROSSI, 1997) – due sono le stagioni fondamentali del costituzionalismo moderno.

Una prima, dalla fine del XVIII agli inizi del XX secolo, in cui il potere emergente da limitare era essenzialmente il potere militare personale e privato del sovrano; lo strumento attraverso cui ciò è avvenuto è stata l'"invenzione" della legge parlamentare (generale ed astratta) e la sua istituzione espressiva: lo Stato. Il risultato di questa grande prima rivoluzione costituzionale – quantomeno nell'Europa continentale – è stato il trasferimento del potere giuridico originario dal Sovrano allo Stato e al suo diritto legislativo (M. FIORAVANTI, 2019).

Nella seconda stagione, il trauma della degenerazione totalitaria del primo Novecento sul continente europeo, ha mostrato che il nuovo potere sovrano da delimitare era proprio quello dello Stato e, conseguentemente, il suo strumento "chiave": la legge. Nascono così, da un lato, le costituzioni "rigide" del secondo dopoguerra e, dall'altro, gli strumenti internazionali per la difesa dei diritti fondamentali. In questa seconda stagione, il principio di legalità (la cosiddetta *rule of law*) classico del primo costituzionalismo, diviene principio di "costituzionalità", principio in grado di vincolare la stessa legge. Nascono così gli ordinamenti costituzionali che oggi conosciamo: da un lato, con la loro strutturazione multilivello (P. BILANCIA, F.G. PIZZETTI, 2014), dall'altro, caratterizzati dalla forza espansiva del diritto giurisprudenziale delle corti, sia nazionali che inter- o sovra-nazionali. Una stagione in cui la stessa idea di "sovrانيتà" nata con gli Stati nazionali e trasformata dalle costituzioni post-belliche, sembra oggi al tramonto o, quantomeno, in transizione (A. MORRONE, 2017).

Questa stagione – e veniamo così al tema che intendiamo affrontare – sebbene ancora domini l'immaginario concettuale giuridico-politico, in realtà si è chiusa con la fine del secolo XX.

L'avvento del XXI secolo e della cosiddetta "era digitale" aprono una nuova fase per il costituzionalismo, perché esso si trova dinanzi ad un "nuovo" potere sovrano. La fenomenologia odierna della sovranità non ha più caratteri necessariamente privati o pubblici, personali o collettivi, ma essenzialmente *tecnici*. La forza da delimitare e "giustificare" non è più quella privata del re o quella pubblica dello Stato, ma un nuovo tipo di potere (*rectius*, di potenza)

che oggi può presentarsi sia sotto forma privata che pubblica. È il *paradigma tecnologico*, sempre più emergente, inteso come fattore di liberazione della persona e di innovazione sociale e, dunque, come bene irrinunciabile.

Il sovrano del XXI secolo – *superiorem non recognoscens* – assume le vesti delle tecnologie emergenti ed in particolare dei mezzi tecnici dell'informazione e della comunicazione.

La tecnica *dell'informazione*, infatti, rappresenta un settore affatto particolare della dimensione tecnologica generalmente intesa; essa infatti riguarda le modalità attraverso le quali gli esseri umani rappresentano e comunicano i dati riguardanti la realtà.

Sono dunque gli strumenti che normalmente utilizziamo per acquisire, conservare, modificare, comunicare la nostra rappresentazione del mondo; quella che con acronimo contemporaneo definiamo ICT (*Information and Communication Technology*).

È evidente che rispetto al progresso tecnologico in generale, l'evoluzione di questi particolari mezzi tecnici ha svolto un ruolo decisivo nella storia della civiltà umana.

Il passaggio dal linguaggio alla scrittura (circa 3500 a.C.), ovvero dalla scrittura alla stampa a caratteri mobili (1500 d.C.), dalla stampa alla trasmissione dei segnali elettrici e poi elettromagnetici (1800), infine dal segnale analogico a quello digitale (1950), sono tutti *turning points* decisivi che hanno segnato altrettante svolte nella stessa evoluzione della cultura e delle società umane, coinvolgendo inevitabilmente quel fenomeno sociale e culturale che è il diritto.

Queste nuove tecnologie, in realtà, “danno la misura” della capacità relazionale dell'essere umano, consentendo, facilitando ovvero restringendo e, comunque, influenzando la comunicazione.

Secondo la notissima espressione di Marshall MacLuhan, «il *medium* è il messaggio» (1964): il mezzo, di fatto, determina il contenuto del messaggio che trasmette.

È questa la ragione per cui alcune capacità tecniche sono divenute il contenuto di diritti fondamentali. Si pensi al diritto all'istruzione e all'educazione: imparare a *leggere* e *scrivere* è stato – ed è tuttora – il contenuto minimo di uno dei livelli essenziali del diritto e dell'obbligo costituzionale all'istruzione. D'altronde, l'invenzione tecnica della *scrittura* e conseguentemente della *lettura*, hanno finito per “conformare” e strutturare la grammatica stessa del nostro pensiero, consentendo un “salto evolutivo” senza paragoni alla specie *homo sapiens*.

Occorre, perciò, essere consapevoli che quella che chiamiamo “rivoluzione” o “trasformazione” digitale è, in primo luogo, una mutazione cognitiva e antropologica ed in questo essa genera una nuova forma di “potere”. Non si

tratta soltanto di una nuova abilità tecnica in grado di facilitare lo svolgimento di compiti già conosciuti, ma si tratta di una serie di strumenti tecnici in grado di produrre abilità che attualmente non conosciamo.

È di questo *nuovo potere* che il diritto costituzionale oggi deve ricercare il limite ed il fondamento, se non vuol venire meno alla sua finalità originaria.

2. Amministrazione digitale e amministrazione *algoritmica*: la nuova frontiera del potere tecnologico

L'impatto della tecnologia digitale sui poteri pubblici ed in particolare sull'amministrazione è analizzato nel dettaglio in vari altri contributi di questo volume.

In questo capitolo intendiamo soffermarci su di un aspetto particolare di questa trasformazione; un aspetto caratterizzato da una forte rilevanza costituzionale e che, per questo, andrà chiarito nella sua specificità.

Ci riferiamo a quella che definiremo la dimensione *algoritmica* della più generale *amministrazione digitale*.

Il fenomeno più problematico dal punto di vista costituzionale, infatti, non è soltanto quello generale della "digitalizzazione" della Pubblica Amministrazione (sul quale si soffermano in particolare i capitoli III, IV e V del presente volume), bensì quello della amministrazione digitale *algoritmica*, come meglio preciseremo nel séguito (profilo sul quale si sofferma nel dettaglio il capitolo IV, R. CAVALLO PERIN e I. ALBERTI).

La digitalizzazione della amministrazione pubblica muove i primi passi già dagli anni '70 – a partire dagli studi di Predieri (1971) e dal noto *Rapporto Giannini* del 1979 – in cui già si auspicava l'utilizzo degli "elaboratori elettronici" nel riordino della Amministrazione dello Stato (I. MACRÌ, U. MACRÌ, G. PONTEVOLPE, 2011).

Come sappiamo, in questa materia è intervenuto, tra i primi in Europa, il D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82, intitolato «*Codice della Amministrazione Digitale*». Il codice seguiva la Comunicazione del 26 settembre 2003 della Commissione Europea su «Il ruolo dell'e-governement per il futuro dell'Europa», in cui veniva auspicato «l'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 e di rafforzare il sostegno alle politiche pubbliche».

Questo rilevante testo legislativo ha disciplinato l'impiego della tecnologia informatica come *modalità di documentazione, conservazione e comunicazione dell'atto amministrativo*, garantendo al documento informatico (artt. 20 e ss.)

la soddisfazione del requisito della forma scritta e l'efficacia prevista dall'art. 2702 del codice civile.

Lo scopo fondamentale era dare un quadro normativo unitario a quella che viene definita unitariamente “*amministrazione digitale*” (F. MARTINES, 2018) al fine, da un lato, di semplificare i rapporti tra cittadino e PA e, dall'altro, di rendere più efficace e ed efficiente l'azione dell'Amministrazione stessa, utilizzando gli strumenti della ICT e giungendo a sancire un vero e proprio nuovo “diritto”: il diritto all'uso delle tecnologie (art. 3), fondamento della “cittadinanza digitale” (artt. 3 e ss.).

L'oggetto che prenderemo in esame in queste riflessioni, sebbene si inserisca all'interno del *genus* “*amministrazione digitale*”, ne rappresenta una *species* particolare; quella che possiamo definire “*amministrazione algoritmica*”.

Per comprendere in cosa consista la specificità di questo ambito, occorrerà prendere le mosse dalla evoluzione più recente della tecnologia digitale, dovuta all'avvento di quello che è stato chiamato *Internet of Things*, ma che rapidamente sta trasformandosi in *Internet of Everything* (A. SANTOSUOSSO, B. DI MARTINO, K. LI, L.T. YANG, A. ESPOSITO, 2017), e cioè la produzione massiva di vastissime quantità di dati (i cosiddetti “*big data*”, v. capitolo VI, G. CARULLO) generati dalla diffusione capillare di dispositivi di uso comune (telefoni, carte di credito, elettrodomestici, automobili, ecc.) che, appunto, continuamente producono e trasmettono dati riguardanti le persone e le cose.

L'incremento esponenziale della quantità dei dati a disposizione, affiancato dalla crescente potenza computazionale disponibile, hanno aperto le porte ad una nuova dimensione tecnologica, in grado di elaborare queste informazioni secondo modelli e sistemi di nuova generazione che qui definiremo sinteticamente, “*algoritmici*”.

La caratteristica propria di questi modelli algoritmici – detti anche di “*intelligenza artificiale*” – è che essi, sulla base dei dati da cui *apprendono* (il cosiddetto *machine learning*), sono in grado non solo di determinare misure, ma anche di effettuare valutazioni o previsioni e, quindi, *decisioni*.

Il dato, dunque, molto significativo per l'amministrazione pubblica, è che, nella prospettiva *algoritmica*, la tecnologia digitale non viene usata – soltanto – per “redigere” un atto amministrativo, per conservarlo o per trasmetterlo, ma viene usata per *determinarne il contenuto*, oltretutto per “decidere” (F. FOLLIERI, 2017).

Questa distinzione, in realtà non è nuova. La stessa giurisprudenza amministrativa ha riproposto una distinzione dottrinale in realtà risalente alla metà degli anni 2000 (C. GIURDANELLA e E. GUARNACCIA), tra atti ad “*elaborazione elettronica*” ed atti “*in forma elettronica*” (T.A.R. Lazio, sez. III-bis, sentenza 22 marzo 2017, n. 3769).

In base a questa classificazione, un conto è «l'atto materialmente redatto mediante lo strumento informatico e, quindi, sostanzialmente con un programma di videoscrittura»; a ben altro livello «si pone [...] il cd. *atto ad elaborazione elettronica*, ossia l'atto amministrativo che è predisposto mediante il computer. In questo caso l'elaborazione del contenuto dell'atto viene affidata interamente allo strumento informatico e, quindi, in definitiva alla macchina, la quale provvede direttamente al reperimento, al collegamento e alla interrelazione tra norme e dati assumendo, conseguentemente, un ruolo strumentale rispetto all'atto amministrativo conclusivo. Nella predetta fattispecie è l'elaborazione stessa del contenuto dell'atto che si svolge elettronicamente, elaborazione che consiste, appunto, nello svolgimento dell'iter logico che conduce alla redazione dell'atto finale in relazione al rispettivo contenuto e che concretizza la sua motivazione; il documento finale che contiene la predetta elaborazione, invece, può avere qualsiasi forma ammessa dall'ordinamento e, quindi, essere anche cartaceo, come avviene negli atti amministrativi di stampo tradizionale».

Il settore sul quale ci soffermeremo per valutarne le implicazioni a livello costituzionale, quindi, è quello in cui l'amministrazione digitale non utilizza la tecnologia solo per dare forma alle decisioni prese, bensì per determinarne il *contenuto* (C. COGLIANESE, D. LEHR, 2017).

L'impiego di questi algoritmi decisionali nel settore privato è un fenomeno in una crescita travolgente, rappresentando il cuore di quello che è stato definito il “capitalismo di sorveglianza” (S. ZUBOFF, 2019). Si pensi, ad esempio, al ruolo della cosiddetta “profilazione” – tecnica attraverso la quale si predicono le preferenze e gli stili di vita delle persone, sulla base dei dati reperibili sulla rete – nelle decisioni riguardanti il marketing in generale, la determinazione delle polizze assicurative ovvero la concessione del credito bancario o la selezione del personale; altrettanto basata su algoritmi predittivi è la gran parte del settore dell'*e-commerce*, così come la cosiddetta “sharing economy”, anch'essa legata a doppio filo ad elaborazioni di natura algoritmica, sia nel settore trasporti che in quello dell'*housing*; per non parlare, infine, degli algoritmi utilizzati già da molto tempo nella finanza (soprattutto nel cosiddetto *High Frequency Trading*).

Ma il settore che ha reso “visibile” a tutti questa tecnologia, spesso nascosta ovvero “oscura” (sovente i modelli algoritmici sono stati definiti delle “black” boxes: “scatole nere”; F. PASQUALE, 2015), è l'impiego degli algoritmi nel mondo del web da parte delle aziende c.d. Big Tech per realizzare i propri profitti. Sono, infatti, algoritmi quelli che trovano le risposte alle nostre domande sui motori di ricerca: si pensi al monopolista Google – ovvero a Yahoo o Bing – quando inseriamo una richiesta: chi determina l'ordine delle risposte (o, me-

glio, l'ordine con il quale appaiono sul video)? Così come altrettanti algoritmi gestiscono la visualizzazione dei post sui nostri social media (si pensi, in questo caso, al monopolista Facebook – Instagram, ma anche ad altri social media come LinkedIn o Tik Tok); perché appaiono i link ad alcuni post e non ad altri? Quando cerchiamo qualcosa da comprare su Amazon, un appartamento da affittare su Airbnb o un film da noleggiare su Netflix, chi suggerisce le proposte? E, soprattutto – visto che queste aziende vivono di pubblicità – chi decide la comparsa degli avvisi pubblicitari ogniqualevolta utilizziamo questi grandi mercati digitali?

La risposta è: algoritmi basati sui dati che immettiamo ogniqualevolta utilizziamo queste (o altre) grandi piattaforme private per avere accesso alla rete.

Una tale rivoluzione per il settore privato non poteva non avere un impatto anche sulle attività dei poteri pubblici.

Il fenomeno è evidente soprattutto ad uno sguardo comparato. Uno dei settori in cui da più tempo vengono impiegati tali sistemi è l'amministrazione fiscale. Negli Stati Uniti lo US Internal Revenue Service (IRS), l'agenzia governativa deputata alla riscossione dei tributi, ha cominciato sin dal 2005 ad usare procedure di controllo per le piccole imprese e per quelle individuali basate su analisi di *machine learning*. L'IRS ha aumentato le richieste per finanziare propri strumenti di accertamento automatizzati da 1,4 milioni USD nel 2012 ad oltre 39 milioni USD nel 2016, specificamente per sviluppare metodi migliori di *machine learning*, comprese le reti neurali, per identificare le aree emergenti di evasione. Ma si pensi al vasto campo degli *accertamenti presuntivi* nel diritto tributario italiano (dal cosiddetto "redditometro" agli "studi di settore" ovvero agli automatismi in materia di accertamento fiscale). Un altro caso di *enforcement* automatizzato nella legislazione tributaria è il cosiddetto "*Robodebt*" australiano: un sistema di recupero automatico nel caso in cui un soggetto percepisca più prestazioni sociali di quelle a cui abbia effettivamente diritto. L'algoritmo confronta i guadagni effettivi con quelli comunicati dal datore di lavoro e, poi, incrocia questi dati con altri ottenuti dalla rete (impiego carte di credito, spese registrate, ecc.); se il cittadino ha ricevuto (in prestazioni sociali) più di quanto abbia effettivamente avuto diritto, vengono inviate automaticamente le ingiunzioni di pagamento (A. SIMONCINI [2], 2019).

Altri settori in cui le decisioni amministrative basate su algoritmi stanno crescendo in maniera esponenziale è quello dei settori ambientale, alimentare e della amministrazione finanziaria. Negli Stati Uniti, da tempo sono applicati sistemi predittivi per la selezione dei controlli sulla rischiosità di agenti chimici dalla EPA ("Toxicity Forecast – ToxCast"), così come nel campo dei controlli sulle attrezzature mediche da parte della Food and Drug Administration. An-

cora, il Massachusetts Institute of Technology sta collaborando con il Dipartimento del Tesoro USA per mettere a punto dei sistemi algoritmici predittivi per stimare il rischio sistemico nel mercato del credito al consumo. Così come altrettanto diffuso, non solo negli States ma anche in Cina, è l'utilizzo di sistemi predittivi nella attività di *law enforcement* – polizia di pubblica sicurezza – attraverso il cosiddetto “predictive policing”.

Dalla Cina infine viene probabilmente l'ultima frontiera – ed anche la più inquietante – nell'utilizzo di questi sistemi predittivi: il cosiddetto *Social Credit Scoring*, un sistema governativo di classificazione della reputazione di cittadini e imprese cui correlare l'accesso a benefici economici e servizi pubblici (D. Mac Síthigh e M. Siems, 2019).

Ma l'area di impiego degli algoritmi nel settore pubblico non è limitata al settore amministrativo. Se guardiamo sempre oltreoceano, un importante “branch” che impiega sistemi automatizzati è il potere giudiziario. Il caso certamente più noto di applicazione giudiziaria di algoritmi predittivi è il cosiddetto “caso Compas”, arrivato alla Corte Suprema dello Stato del Wisconsin, in cui è stato utilizzato un software prodotto da una società privata (Compas) per “calcolare” la pericolosità sociale di un imputato e dunque decidere la pena. Ma già da molto tempo nei *parole boards* americani (le corti incaricate di prendere le decisioni sulla richiesta di libertà su cauzione) vengono utilizzati algoritmi predittivi per determinare l'ammontare della cauzione da versare.

Anche in Italia abbiamo settori nei quali l'amministrazione, oltre ad essere digitale, è *algoritmica*, ovvero utilizza sistemi automatizzati per prendere decisioni. Su questi ci soffermeremo nel prossimo paragrafo.

3. La creatività nel formante giurisprudenziale, dalla *rule of law* alla *rule of technology*: alcuni casi

Dopo aver chiarito cosa intendiamo per amministrazione algoritmica e aver offerto un seppur sintetico sguardo comparato, veniamo allo scenario italiano.

Per affrontare una “terra incognita” qual è l'amministrazione digitale algoritmica, sarà bene seguire un approccio empirico-casistico piuttosto che teorico-deduttivo, muovendo dai casi che la prassi suggerisce e dai principi che i giudici, esaminando da tali casi, hanno sin qui elaborato.

La giurisprudenza amministrativa italiana, infatti, si è trovata negli ultimi anni a decidere una serie di questioni che hanno proprio questo elemento in comune: provvedimenti della Pubblica Amministrazione determinati da sistemi di decisione automatica guidati da algoritmi (D.-U. GALETTA e J.G. CORVALÁN, 2019).

Il “terreno di coltura” che ha favorito la nascita di questi casi è duplice.

Da un lato, procedure ad evidenza pubblica nelle quali il sistema di presentazione ed accettazione delle domande è stato affidato a piattaforme telematiche (ovviamente, questa scelta è in grande espansione tra le amministrazioni pubbliche sia centrali, che locali o autonome, in cui la fase di accettazione di domande o istanze da parte di privati avviene prevalentemente per via telematica) dimodoché chiunque voglia partecipare ad un concorso, un appalto, ovvero ad una selezione, deve presentare domanda in via telematica.

In questa prima area di contenzioso, i problemi nascono di solito da provvedimenti amministrativi di esclusione adottati in via automatica dalle “procedure” stesse; decisioni “robotiche” (M. LUCIANI 2018), che, però, spesso sono il prodotto di *malfunzionamenti* del sistema (si immagini, ad esempio, una domanda che il candidato ad un concorso non sia riuscito ad inviare tempestivamente perché il sistema non è stato accessibile per un certo periodo prima del termine).

Un'altra fonte di numerosi contenziosi giudiziari è stata la Legge 13 luglio 2015, n. 107, meglio nota come “buona scuola”. A seguito dell'entrata in vigore di questa legge, il Ministero dell'Istruzione ha deciso che le assegnazioni delle sedi di servizio agli insegnanti vincitori di concorso, o le decisioni sulle loro richieste di mobilità, venissero effettuate da un *software* che, tenendo conto della normativa, dei risultati dei concorsi e delle disponibilità delle sedi di servizio, provvedesse a stilare automaticamente le graduatorie per le assegnazioni ovvero per i trasferimenti.

Tale scelta ha innescato un ampio dibattito pubblico e, conseguentemente, una serie di istanze giurisdizionali, volte sia a richiedere l'accesso al codice sorgente del *software* che ad impugnare le decisioni prodotte dall'algoritmo e ritenute dai ricorrenti, errate, contraddittorie o irragionevoli.

Da queste vicende, seppur diverse tra loro, sono scaturite una serie di pronunce che oggi compongono un vero e proprio *corpus* giurisprudenziale sull'impiego di algoritmi decisionali da parte della Pubblica Amministrazione; *corpus* che varrà ricostruire e valutare alla luce dei principi costituzionali euro-nazionali.

3.1. L'esclusione automatica da gare o concorsi

Come dicevamo, una prima serie di questioni nasce da vicende tra loro sostanzialmente simili: un soggetto viene escluso “automaticamente” da una procedura amministrativa a seguito del malfunzionamento del sistema infor-

matico di accettazione delle domande (*ex multis* Cons. Stato, sez. VI, sentenza 18 maggio 2020, n. 3148).

Sempre più di frequente, bandi emanati da autorità pubbliche (ma il problema si pone analogamente per i soggetti privati) per l'ammissione a benefici ovvero per partecipare a gare o concorsi, prevedono che l'invio della domanda debba avvenire *esclusivamente* tramite un certo sportello telematico.

Altrettanto di frequente, tali sportelli o piattaforme vanno incontro a malfunzionamenti di diversa natura: non si riesce ad inviare la domanda, pur avendo seguito tutte le istruzioni, ovvero non si riesce a dimostrare che si è tentato di presentare la domanda ovvero, nonostante si sia presentata la domanda, per problemi tecnici essa non è stata esaminata, ovvero infine, la domanda, dopo essere stata presentata, è stata inavvertitamente cancellata, causando così la perdita definitiva di qualsiasi traccia anche dell'avvenuta cancellazione.

In tutte queste circostanze, i ricorrenti vengono a subire provvedimenti (espliciti o impliciti) di esclusione dalla procedura, non adottati da funzionari, ma da automatismi decisionali, e per di più, malfunzionanti.

Si dirà, dov'è la questione giuridicamente problematica? Vasta e consolidata è la giurisprudenza amministrativa sui principi giuridici da applicare alla validità (o meno) delle domande o delle istanze nei casi in cui la tardività, ovvero la mancata presentazione, derivi da cause non imputabili ai richiedenti. Si applicheranno i principi generali della Legge 7 agosto 1990, n. 241 sul procedimento amministrativo, in particolare quelli sulla partecipazione e sul dovere di soccorso procedimentale di cui agli artt. 6, 7, 8, 9, 10 e 10-*bis* della stessa legge ovvero la giurisprudenza sul codice della amministrazione digitale, che normalmente attribuiscono alla PA la responsabilità per le *sue* scelte organizzative; se l'Amministrazione decide di avvalersi di un sistema telematico di accettazione delle domande, il privato non potrà subire conseguenze negative da malfunzionamenti che non dipendano da una sua negligenza.

E infatti, com'è stato efficacemente sintetizzato dalla giurisprudenza, nel momento in cui le tecnologie informatiche vengono utilizzate dalle amministrazioni, divengono parte integrante dell'organizzazione. Conseguentemente, l'amministrazione deve essere responsabile del corretto funzionamento delle stesse. Difatti, gli obiettivi che con la digitalizzazione si intendono perseguire risulterebbero frustrati se non fosse previsto un adeguato sistema di responsabilità delle amministrazioni in relazione al loro funzionamento (B. BARMANN, 2016).

Il punto che qui interessa evidenziare è che in questi casi la giurisprudenza ha a più riprese evidenziato la manifesta irragionevolezza, ingiustizia ed irrazionalità di sistemi di presentazione delle domande di partecipazione ad un

concorso che, «a causa di meri malfunzionamenti tecnici, giunga[no] ad esercitare impersonalmente attività amministrativa sostanziale, disponendo esclusioni de facto riconducibili a mere anomalie informatiche» (T.A.R. Lazio, sez. III-*bis*, sentenza 1° giugno 2020, n. 7406).

Si sottolinea infatti che nell'ambito di un procedimento tenuto con modalità telematiche, la scadenza del termine di presentazione della domanda non può essere considerata alla stessa stregua della scadenza del termine di presentazione nell'ambito di un tradizionale procedimento cartaceo, in cui eventuali problematiche (ad esempio, scioperi aerei, incidenti, ecc.) vanno ricondotte nella comune sfera di diligenza dell'interessato. Nel caso di domande telematiche, invece, il rispetto del termine di presentazione della domanda dipende da variabili assolutamente imprevedibili e non "quantificabili" in termini di tempo, e cioè dalle concrete modalità di configurazione del sistema informativo, anche qualora la compilazione sia affidata a soggetti competenti.

E così, in queste pronunce i giudici ribadiscono quale sia il ruolo conferibile all'impiego dello strumento informatico in seno al procedimento, ossia il principio generale secondo il quale «le procedure informatiche applicate ai procedimenti amministrativi devono collocarsi in una posizione necessariamente servente rispetto agli stessi», non essendo concepibile che, per problematiche di tipo tecnico, sia ostacolato l'ordinato svolgimento dei rapporti tra privato e Pubblica Amministrazione e fra Pubbliche Amministrazioni nei reciproci rapporti (Cons. Stato, sez. VI, sentenza 18 maggio 2020, n. 3148).

Perciò, anche quando alla piattaforma telematica si deferiscano attività puramente vincolate o meccaniche e prive di qualsiasi valutazione discrezionale, la giurisprudenza ammonisce che dev'essere prevista comunque la possibilità dell'intervento umano, mediante "*procedure amministrative parallele*" di tipo tradizionale ed attivabili in via di emergenza, in caso di non corretto funzionamento dei sistemi informatici predisposti per il fisiologico inoltro della domanda.

In questa direzione, anche il ben noto principio del soccorso procedimentale prende una nuova luce. Da esso, infatti, si desumerebbe l'impossibilità generale di affidare un procedimento *esclusivamente* ad un algoritmo decisionale, giacché questo, nella sua rigidità "impersonale", non potrebbe – per sua stessa struttura (o natura?) – esercitare un'azione di soccorso (E. FREDIANI, 2016).

3.2. Le decisioni algoritmiche riguardanti il personale della scuola

Il secondo insieme di decisioni, invece, riguarda l'applicazione della Legge 13 luglio 2015, n. 107 sulla riforma della scuola (la c.d. "buona scuola").

A seguito della entrata in vigore di questa nuova legge, il Ministero del-

l'Istruzione si è trovato a dover gestire un numero relevantissimo di richieste di prima assegnazione, ovvero di mobilità, da ordinare, selezionare e decidere sulla base sia della complessa regolamentazione normativa, sia delle diverse condizioni dei richiedenti nonché delle disponibilità delle sedi di servizio.

Il Ministero, quindi, ha deciso di affidare la redazione delle graduatorie per le assegnazioni alle sedi di servizio degli insegnanti, ovvero le decisioni sulle loro richieste di mobilità, ad un *software* prodotto da una società privata che tenesse conto di tutte le complesse variabili di natura legale e fattuale.

Le decisioni prodotte dall'algoritmo hanno però generato molteplici contestazioni, essendo spesso accusate di essere "oscuri", "impazzite", "errate", insomma, incomprensibili.

Così, un sindacato di insegnanti ha chiesto di effettuare l'accesso al codice sorgente dell'algoritmo di assegnazione, sulla base dell'art. 22 della legge sul procedimento amministrativo. Il Ministero ha inizialmente rigettato l'istanza di accesso, sicché il sindacato ha impugnato il diniego dinanzi al T.A.R. Lazio.

La difesa del Ministero dinanzi al T.A.R. si è fondata su due elementi qualificanti.

Innanzitutto, il codice sorgente del programma in questione (in quanto scritto in linguaggio di programmazione e contenuto in un supporto immateriale – un *file* –) non sarebbe stato, in realtà, un documento amministrativo ai sensi della Legge n. 241/1990, né un atto amministrativo informatico ai sensi dell'art. 22, lett. D), della stessa legge; in secondo luogo, il *software*, essendo stato prodotto da una società privata, sarebbe stato protetto dalla legislazione sulla tutela dei *software* come opera dell'ingegno.

La sezione III-*bis* del T.A.R. Lazio, pronunciandosi sulla questione con la sentenza 22 marzo 2017, n. 3769 si è quindi soffermata sul tema dei rapporti tra procedimento amministrativo e le decisioni prodotte da algoritmi.

Innanzitutto, il giudice amministrativo ha sgombrato il campo dalla principale eccezione avanzata dal Ministero (secondo cui il *software* non sarebbe un documento amministrativo): l'algoritmo, determinando di fatto il contenuto dell'atto di assegnazione/trasferimento dell'insegnante, *sostanzia* il procedimento che dà vita all'atto amministrativo e, conseguentemente, dà diritto all'interessato "di prenderne visione ed estrarne copia" come stabilito dalla legge sul procedimento amministrativo.

Utilizzando, come abbiamo già osservato, una distinzione dottrinale abbastanza risalente tra "atto amministrativo elettronico" ed "atto amministrativo ad elaborazione elettronica", l'argomentazione del giudice amministrativo è stata stringente: è con il software che si concretizza «la volontà finale dell'amministrazione procedente»; è con il software che, in definitiva, l'amministrazione «costituisce, modifica o estingue le situazioni giuridiche individuali» anche se

lo stesso non produce effetti in via diretta all'esterno; il *software* finisce per «identificarsi e concretizzare lo stesso procedimento».

La circostanza che il software sia compilato mediante linguaggi di programmazione che sono solitamente incomprensibili non solo al funzionario che ne fa uso, ma anche al privato destinatario dell'atto stesso, «non appare dirimente atteso che, da un lato, la predetta circostanza è conseguenza della scelta, questa sì discrezionale dell'amministrazione, di ricorrere a uno strumento innovativo, quale è ancora la programmazione informatica, per la gestione di un procedimento di propria spettanza e competenza e che, dall'altro, ai fini della sua comprensione e della verifica della sua correttezza, il privato destinatario dell'atto, in particolare, può, comunque, legittimamente avvalersi dell'attività professionale di un informatico competente in materia» (così ancora T.A.R. Lazio, ult. cit.).

L'algoritmo decisionale, quindi, sostanzia l'atto amministrativo sebbene non sia scritto in lingua italiana, bensì in un linguaggio informatico compilato secondo un determinato codice di programmazione; questa precisazione consente di risolvere anche un ulteriore aspetto collaterale, ma interessante della controversia.

Dinanzi, infatti, ad una prima istanza di accesso del ricorrente, il Ministero aveva risposto consegnando effettivamente un documento denominato «Descrizione dell'algoritmo» in cui si specificava solamente che la procedura informatica utilizzata «si articola nei seguenti passi: Predisposizione dati, Input, Assegnazione ambiti e scuole, Diffusione risultati».

Orbene, il T.A.R. con il medesimo pronunciamento ha chiarito che una risposta di tal genere è evidentemente elusiva e non soddisfa in alcun modo l'interesse del ricorrente ad avere accesso al documento, dal momento che sebbene l'amministrazione abbia effettivamente fornito a parte ricorrente le istruzioni espresse in lingua italiana e in forma di algoritmo, tuttavia, «non si può escludere l'interesse e il diritto per il destinatario dell'atto [...] di avere piena contezza anche del programma informatico», che può aversi solo con l'acquisizione del relativo linguaggio sorgente del software relativo all'algoritmo di cui trattasi. È evidente, infatti, che «la mera descrizione dell'algoritmo e del suo funzionamento in lingua italiana non assolve alla medesima funzione conoscitiva data dall'acquisizione diretta del linguaggio informatico sorgente» (ancora T.A.R. Lazio, ult. cit.).

È, infatti, solo all'interno del codice scritto in linguaggio informatico che si può cogliere effettivamente il contenuto della decisione e la sua motivazione.

Una volta riconosciuto il diritto di accesso, cade l'altra obiezione opposta dal Ministero: quella per cui il *software*, essendo un'opera dell'ingegno, sarebbe coperto da proprietà intellettuale e, dunque, destinato a rimanere riservato.

Il T.A.R. non nega la natura di opera dell'ingegno del *software* prodotto per conto del MIUR. Tale qualificazione tuttavia, non assume rilevanza dirimente in quanto, di norma, in materia di accesso agli atti della P.A., ai sensi dell'art. 24 della Legge 7 agosto 1990, n. 241, la natura di opera dell'ingegno dei documenti di cui si chiede l'ostensione non rappresenta una causa di per sé una causa di giustificato diniego dell'accesso.

La decisione ora richiamata nelle sue linee essenziali va segnalata anche per un *obiter dictum* di grande rilievo teorico che, come vedremo, la stessa sezione riprenderà come vera e propria *ratio decidendi* di controversie successive, salvo poi una parziale "correzione di rotta" imposta da più recenti pronunce del Consiglio di Stato.

Sostiene il T.A.R. Lazio che, soffermandosi sull'ulteriore questione dell'esatta estensione dell'ambito di operatività della specifica tipologia di atto amministrativo informatico (*rectius* algoritmico), quanto al diverso tenore della discrezionalità esercitata nella specifica materia da parte dell'amministrazione pubblica, si può giungere alla conclusione che essa è giuridicamente ammissibile e legittima quanto all'attività *vincolata* dell'amministrazione, perché *compatibile* con la logica propria dell'elaboratore elettronico. Ciò in quanto il *software* traduce gli elementi di fatto e i dati giuridici in linguaggio matematico dando vita a un ragionamento logico formalizzato che porta a una conclusione che, sulla base dei dati iniziali, è immutabile.

Come è evidente, diversa è la valutazione che deve essere compiuta per quanto riguarda l'attività *discrezionale* della Pubblica Amministrazione, nell'ambito della quale l'amministrazione ha la possibilità di scelta dei mezzi da utilizzare per la realizzazione dei fini determinati dalla legge (D. SORACE, 2014).

In questa decisione, dunque, la sezione III-*bis* del T.A.R. Lazio ha ritenuto ammissibile l'uso di un algoritmo decisionale solo in quanto nel caso di specie era coinvolto un *potere amministrativo vincolato*; ben diversa – traspare dalle motivazioni della sentenza – sarebbe stata la conclusione nel caso in cui la decisione algoritmica avesse costituito l'esercizio di un potere amministrativo *discrezionale*, dal momento che «la prevalente dottrina ritiene che l'esercizio del potere discrezionale sia, con qualche riserva, incompatibile con l'elaborazione elettronica dell'atto amministrativo».

Successivamente la stessa sezione del T.A.R. Lazio (sentenza 10 settembre 2018, nn. 9224-9230), chiamata sempre a riesaminare la vicenda della assegnazione delle sedi di servizio ai vincitori del concorso per le cattedre della scuola superiore, è tornata sull'argomento, presentando una linea argomentativa ben più decisa.

Si è sostenuto infatti che gli istituti di partecipazione, di trasparenza e di

accesso, in sintesi, di relazione del privato con i pubblici poteri, non possono essere legittimamente mortificati e compressi, soppiantando l'attività umana con quella impersonale dell'algoritmo. Se ciò accadesse, ad essere inoltre vulnerato non sarebbe 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 provvedimento» (T.A.R. Lazio, ult. cit.).

In tale vicenda il giudice amministrativo dunque afferma in maniera netta che «non è conforme al vigente plesso normativo complessivo e ai dettami dell'art. 97 della Costituzione, ai principi ad esso sottesi, agli istituti di partecipazione procedimentale definiti [dalla] L. 7/8/1990, n. 241, all'obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi sancito dall'art. 3, stessa legge, al principio ineludibile dell'interlocuzione personale intessuto nell'art. 6 della legge sul procedimento e a quello ad esso presupposto di istituzione della figura del responsabile del procedimento, affidare all'attivazione di meccanismi e sistemi informatici e al conseguente loro impersonale funzionamento, il dipanarsi di procedimenti amministrativi», sovente incidenti su interessi, se non diritti, di rilievo costituzionale, che invece postulano «il disimpegno di attività istruttoria, acquisitiva di rappresentazioni di circostanze di fatto e situazioni personali degli interessati destinatari del provvedimento finale, attività, talora ponderativa e comparativa di interessi e conseguentemente necessariamente motivazionale, che solo l'opera e l'attività dianoetica dell'uomo può svolgere».

Il T.A.R. Lazio conclude infine sostenendo che «le procedure informatiche, [...] non possano mai soppiantare, sostituendola davvero appieno, l'attività cognitiva, acquisitiva e di giudizio che solo un'istruttoria affidata ad un funzionario persona fisica è in grado di svolgere» e che pertanto, «al fine di assicurare l'osservanza degli istituti di partecipazione, di interlocuzione procedimentale, di acquisizione degli apporti collaborativi del privato e degli interessi coinvolti nel procedimento, deve seguitare ad essere il dominus del procedimento stesso, all'uopo dominando le stesse procedure informatiche predisposte in funzione servente e alle quali va dunque riservato tutt'oggi un ruolo strumentale e meramente ausiliario in seno al procedimento amministrativo e giammai dominante o surrogatorio dell'attività dell'uomo, ostando alla deleteria prospettiva orwelliana di dismissione delle redini della funzione istruttoria e di abdicazione a quella provvedimentoale, il presidio costituito dal

baluardo dei valori costituzionali scolpiti negli artt. 3, 24, 97 della Costituzione oltre che all'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo».

Abbiamo ritenuto di dover riportare questa ampia citazione, dal tono dichiaratamente dottrinale, perché in essa il T.A.R. sembra chiudere del tutto la porta all'impiego degli algoritmi nelle decisioni amministrative. La distinzione tra amministrazione vincolata ed amministrazione discrezionale – adombrata nella sentenza precedente – sembra travolta dalla infungibilità assoluta tra la valutazione “*dianoetica*” dell'essere umano e l'*impersonale* computazione algoritmica.

Sebbene – come si vedrà *infra* – tale orientamento restrittivo sarà superato dalla successiva giurisprudenza del Consiglio di Stato, ciò che preme sin d'ora sottolineare è il ruolo decisivo della dimensione *costituzionale* – e non solo legale – che la giurisprudenza evoca nelle sue argomentazioni. In gioco non ci sono *solo* i principi della legge sul procedimento amministrativo, ma direttamente l'art. 97 Cost., di cui tale legge è attuazione, nonché gli artt. 3, 24 Cost. e l'art. 6 della CEDU.

Da tali norme, i giudici amministrativi ricavano il principio secondo cui nessuna complessità pratica può legittimare la totale devoluzione di una decisione amministrativa ad un «meccanismo informatico o matematico del tutto impersonale e orfano di capacità valutazionali delle singole fattispecie concrete, tipiche invece della tradizionale e garantistica istruttoria procedimentale, che deve informare l'attività amministrativa, specie ove sfociante in atti provvedimentali incisivi di posizioni giuridiche soggettive di soggetti privati e di conseguenziali ovvie ricadute anche sugli apparati e gli assetti della pubblica amministrazione» (ancora T.A.R. Lazio, ult. cit.).

Per conseguenza, quando la decisione va ad incidere su posizioni giuridiche soggettive non può essere sostituita *tout court* da un algoritmo, perché una decisione del genere non consentirebbe l'esercizio del più elementare diritto che ogni persona ha quando viene toccata dal potere pubblico: conoscerne le ragioni per poterle contestare in punto di fatto e di diritto.

E, significativamente, il T.A.R. chiude idealmente il cerchio interpretativo richiamando proprio la sua stessa giurisprudenza sulle “esclusioni automatiche” che abbiamo esaminato al paragrafo precedente.

3.3. Dalla *rule of law* alla *rule of technology*

Come accennavamo, l'orientamento giurisprudenziale sopra richiamato è stato in parte rivisto da alcune più recenti pronunce della sesta sezione Consiglio di Stato (ci riferiamo in particolare alle sentenze 8 aprile 2019, n. 2770, 13 dicembre 2019, nn. 8472, 8473, 8474 e 4 febbraio 2020, n. 881), che pur fa-

cendo proprie molte delle considerazioni già svolte nei giudizi di primo grado, le hanno sviluppate cercando di offrire un quadro sistematico in cui comporre armonicamente i valori in gioco, correggendo alcune asperità delle altre decisioni che abbiamo esaminato. Quadro che sarà utile qui ricostruire.

Innanzitutto, i Giudici di Palazzo Spada affermano che in linea generale l'impiego di procedure informatiche nell'azione amministrativa è una scelta che deve essere "incoraggiata", in quanto rispondente ai principi generali di efficienza ed economicità (art. 1 della legge sul procedimento amministrativo) nonché ai precetti costituzionali contenuti nell'art. 97 Cost.: l'algoritmo che si inserisca in procedure seriali o standardizzate, implicanti l'elaborazione di ingenti quantità di istanze e caratterizzate dall'acquisizione di dati certi ed oggettivamente comprovabili, e in cui sia assente ogni apprezzamento discrezionale, consente di accelerare i procedimenti amministrativi, garantendo al contempo una maggiore imparzialità.

Laddove, quindi, ci si trovi dinanzi ad amministrazione "vincolata" del tutto priva di scelte discrezionali, l'impiego della automazione è assolutamente auspicabile.

Qui, però, appare chiaro che il riferimento per i giudici è all'amministrazione *digitale* in senso stretto, così come l'abbiamo definita al par. 2, quella in cui la tecnologia viene utilizzata come un mezzo – più rapido ed efficiente – per portare a termine azioni del tutto "decise" dal personale (umano) della Amministrazione pubblica.

A conferma di questa impressione il Consiglio di Stato, si spinge a ricostruire una nozione – a quanto ci consta inedita – di «regola algoritmica» intesa come «regola amministrativa generale», ovvero sia, una regola giuridica espressa in forma di algoritmo (M. PAPA, 2020).

Da tale ricostruzione derivano alcuni importanti corollari: (i) essa ha piena natura giuridica, con la conseguente soggezione ai principi di pubblicità, trasparenza, ragionevolezza, proporzionalità; (ii) non può, per definizione, lasciare spazi applicativi discrezionali, nel senso che essa deve 'prevedere' soluzioni definite *per tutti i casi possibili, anche i più improbabili*; (iii) deve rispondere agli interessi individuati, mediati e composti *ex ante* dalla legge o dalla stessa Amministrazione, durante tutta la durata del suo impiego. Ciò comporta che l'Amministrazione, dinanzi ad algoritmi ad "apprendimento progressivo" ovvero di "*deep learning*", è chiamata a monitorare continuamente la rispondenza dell'algoritmo ai ridetti interessi mediante "test, aggiornamenti, modalità di perfezionamento"; (iv) deve contemplare la possibilità che il giudice valuti e accerti la correttezza del processo automatizzato.

Qui l'azione del *formante giurisprudenziale* (per utilizzare il lessico di Rodolfo Sacco) è davvero creativa.

Avendo a modello il principio di legalità della amministrazione (G. FASANO, 2019), si elabora una dottrina che potremmo definire di “legalità algoritmica” in cui il concreto “provvedimento” automatizzato, dev’essere conforme all’“astratta” disposizione algoritmica.

Il Consiglio di Stato dunque, nel primo dei pronunciamenti sopra richiamati, presuppone che la decisione automatizzata avvenga nell’area della amministrazione vincolata e sancisce che l’algoritmo abbia natura di “atto amministrativo informatico”, con la conseguente applicazione della disciplina generale degli atti amministrativi. Tale assunto, in realtà, viene in parte messo in dubbio nella sua assolutezza, avendo affermato (la stessa sezione del Consiglio di Stato) che «se il ricorso agli strumenti informatici può apparire di più semplice utilizzo in relazione alla c.d. attività vincolata, nulla vieta che i medesimi fini predetti, perseguiti con il ricorso all’algoritmo informatico, possano perseguirsi anche in relazione ad attività connotata da ambiti di discrezionalità». Idea, questa, che la sentenza paventa potrebbe mettere in crisi l’applicabilità stessa “*di tutta*” legge sul procedimento amministrativo all’attività amministrativa algoritmica (Cons. Stato, sez. VI, sentenza 4 febbraio 2020, n. 881, punti 8 e 12).

La seconda dottrina potremmo definirla della “trasparenza algoritmica”. In questo caso il modello è, invece, il principio di trasparenza che, in caso di decisioni automatizzate, dev’essere declinato in una versione “rafforzata”, quantomeno sotto tre aspetti.

In primo luogo, il Consiglio di Stato, riprendendo un aspetto già sottolineato nella giurisprudenza T.A.R., richiede che «il meccanismo con cui si concretizza la decisione robotizzata» debba essere «conoscibile», il che implica la cognizione di una regola espressa in un «linguaggio differente da quello giuridico» (il linguaggio di programmazione informatica utilizzato per formulare l’algoritmo); essa, dunque, per essere pienamente conoscibile dev’essere anche – più specificamente – «comprensibile», ovvero traducibile, per così dire, dal linguaggio macchina al linguaggio umano. Comprensibilità che va garantita sia ai cittadini che al giudice ed in tutti gli aspetti: «dai suoi autori al procedimento usato per la sua elaborazione, al meccanismo di decisione, comprensivo delle priorità assegnate nella procedura valutativa e decisionale e dei dati selezionati come rilevanti».

In secondo luogo, la regola algoritmica non solo dev’essere «conoscibile in sé, ma anche soggetta alla piena cognizione, e al pieno sindacato, del giudice amministrativo», chiamato a scrutinare l’esercizio del potere. Egli infatti è chiamato a valutare, da un lato, la «correttezza del processo informatico in tutte le sue componenti: dalla sua costruzione, all’inserimento dei dati, alla loro validità, alla loro gestione», dall’altro, la «logicità e ragionevolezza della de-

cisione amministrativa robotizzata, ovvero della “regola” che governa l’algoritmo».

Immaginiamo che i giudici – dunque magistrati di formazione ed educazione essenzialmente giuridica – dovranno fare ampio ricorso alla consulenza tecnica per effettuare queste valutazioni, che però, ricordiamo, non attengono ai fatti o ai documenti oggetto del contenzioso, ma alla stessa “regola algoritmica” da applicare.

E su questo punto potrebbe, quindi, nascere qualche tensione con il principio fondamentale della giurisdizione, per il quale *iura novit curia*.

In terzo luogo, infine, la più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato fissa il principio di imputabilità della decisione all’organo titolare del potere, il quale deve poter svolgere la necessaria verifica di logicità e legittimità della scelta e degli esiti affidati all’algoritmo. Ciò proprio in forza del quadro giuridico europeo di cui si darà conto nei par. 4.1 e 4.2, che – più o meno esplicitamente – impone di garantire la riferibilità della decisione finale all’autorità ed all’organo competente in base alla legge attributiva del potere (Consiglio di Stato, ult. cit.).

Ci troviamo, quindi, dinanzi ad una vera e propria trasfigurazione del noto principio della *rule of law* in quello che potremmo chiamare “*rule of technology*” (oppure per non indulgere troppo in definizioni anglofone, dalla “legalità dell’amministrazione” alla “legalità della tecnologia”).

La giurisprudenza, in effetti, nelle sue più recenti pronunce (tra la fine del 2019 e l’inizio del 2020), ha inteso ricostruire alcuni principi di carattere generale che debbono informare l’amministrazione digitale *algoritmica*. Segnatamente: il principio di conoscibilità dell’esistenza di processi decisionali automatizzati e delle logiche utilizzate, il principio di non esclusività della decisione algoritmica e infine di non discriminazione (sui quali, sia consentito il riferimento a A. SIMONCINI [1] 2019).

Su tutti questi ci soffermeremo nel par. 4, cercando di recuperare la dimensione costituzionale. Per ora basti evidenziare che se con il termine “*rule of law*” siamo abituati ad esprimere quel valore tipico delle costituzioni democratiche, per il quale i pubblici poteri sono soggetti ai principi di legalità e di trasparenza, al fine di garantire la corrispondenza dell’azione pubblica alle finalità poste dalla legge e la piena sindacabilità giudiziaria di ogni atto pubblico, ebbene, oggi la “*rule of technology*” esprime una serie di tutele “rafforzate e specifiche” al fine di garantire gli stessi obiettivi (*legalità, trasparenza, non discriminazione*), ma dinanzi ad atti amministrativi digitali “algoritmici”, ovvero, il cui contenuto sia stabilito da processi di decisione automatizzata.

Questo approdo del formante giurisprudenziale è assolutamente condivisibile come intenzione ma, come torneremo a dire, estremamente limitato nella

sua portata. I principi elaborati dal Consiglio di Stato, infatti, si applicano solo ad un certo “tipo” di algoritmi, quelli utilizzati esclusivamente per atti nell’ambito della attività *vincolata* della PA; la “regola algoritmica”, infatti, è una formulazione che «non può lasciare spazi applicativi discrezionali, nel senso che deve “prevedere” soluzioni definite per tutti i casi possibili, anche i più improbabili (...) deve rispondere agli interessi individuati, mediati e composti ex ante dalla legge o dalla stessa Amministrazione (...) deve contemplare la possibilità che il giudice valuti e accerti la correttezza del processo automatizzato».

In uno dei casi di specie (i concorsi scolastici) l’algoritmo è stato impiegato soltanto per consentire l’applicazione seriale di numerose regole obiettive predeterminate (disposte su diversi livelli gerarchici e competenziali) ad un numero elevatissimo di domande; ma non vi era discrezionalità o valutazione del profilo dei candidati, bensì solo calcoli estremamente complessi a causa delle molte variabili in gioco, ma pur sempre “calcoli”.

In questo modo l’area di applicazione del principio della “*rule of technology*” si restringe solo ad alcune categorie di procedure automatizzate, quelle in cui *tutti* gli elementi decisionali siano fissati *ex ante* dalla legge o dalla Amministrazione e l’automazione riguardi solo la fase “deduttiva” o “applicativa”.

I problemi nascono quando, come abbiamo già accennato, ci troviamo dinanzi a *nuovi* tipi di algoritmi, elaborati soprattutto seguendo i paradigmi dell’intelligenza artificiale (A. SIMONCINI, S. SUWEIS, 2019), che non solo consentono di “applicare” principi o criteri pre-determinati, ma, tramite sistemi di “apprendimento” e di training – come ad esempio quelli del c.d. *deep learning* – consentono di effettuare vere e proprie “valutazioni”, “scelte”, “decisioni”; cioè, per intendersi, attività tipiche della amministrazione discrezionale (se non addirittura di quella “libera”) e non solo di quella vincolata.

La logica di questi nuovi algoritmi non è di natura scientifico-deterministica, ma statistico-probabilistica e, quindi, apre scenari del tutto nuovi. Ebbene dinanzi a *questo tipo* di amministrazione digitale algoritmica, *quid juris?*

Il Consiglio di Stato, nel far riferimento anche al “deep learning” ed alle forme di “apprendimento progressivo”, pur mostrando consapevolezza della evoluzione tecnologica, ha esteso principi che ben si attagliano ad atti di amministrazione vincolata, a procedure che invece sono progettate per esprimere attività del tutto diverse e che, se vogliamo mantenere all’interno del quadro costituzionale, richiedono nuovi principi.

4. Principi costituzionali e decisioni algoritmiche: verso una “*constitutional*” rule of technology

Proviamo, dunque, ad allargare la nostra riflessione all’ambito della amministrazione digitale *algoritmica* nel suo complesso, comprendendo tutte le variabili possibili – almeno allo stato attuale della evoluzione tecnologica – dei sistemi di decisione automatizzata, sia di natura deterministica che non deterministica.

Una rapidissima premessa sul parametro che utilizzeremo in questa analisi.

Ovviamente esistono principi espressamente dedicati dalla nostra Costituzione alla amministrazione, intesa sia come azione che come organizzazione, come quelli di “imparzialità e buon andamento” (art. 97, comma 1, Cost.), ovvero il principio della tutela giurisdizionale nei confronti degli atti della PA (artt. 24, 103, 113 Cost.); esistono poi numerosi principi desumibili dal sistema costituzionale e che hanno trovato applicazione nella giurisprudenza costituzionale ed in importanti interventi legislativi, immediatamente attuativi dei principi costituzionali (quali, ad esempio, la Legge 7 agosto 1990, n. 241 sul procedimento amministrativo, il più volte citato D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82 sulla amministrazione digitale, ovvero il Codice del processo amministrativo approvato con il D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, ecc.); principi quali quello di partecipazione, del giusto procedimento, di tempestività, trasparenza, proporzionalità, semplificazione, ragionevolezza, *et al.*

A questi, inoltre, andranno affiancati i principi del diritto europeo che, già per costante giurisprudenza costituzionale e ora in virtù dell’art. 117, comma 1, Cost., costituiscono un vincolo espresso alla potestà legislativa dello Stato e delle Regioni e dunque anche direttamente alla Amministrazione (V. ONIDA, 1967).

Il riferimento al diritto eurounitario è dirimente perché, come si vedrà, non solo a livello di fonti primarie – si pensi agli artt. 41, 42 e 43 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea – ma anche nelle sue fonti derivate – in particolare il recente regolamento sulla disciplina generale della protezione dei dati personali (Regolamento UE n. 679/2016), meglio noto come GDPR (v. capitolo II, F. ROSSI DAL POZZO) – esso ha posto principi estremamente rilevanti in materia di decisioni algoritmiche.

4.1. Premessa: gli atti di amministrazione digitale *algoritmica*, sono (davvero) atti giuridici?

Il primo profilo di carattere teorico, ma denso di conseguenze sul piano effettuale, che riguarda gli atti di amministrazione digitale algoritmica concerne la loro configurabilità come “atti”.

È chiaro che qui ci troviamo, in un certo senso, ancor prima della dimensione costituzionale; si tratta di confutare una obiezione che mina alla base la stessa “pensabilità” degli atti amministrativi algoritmici (ma non di quelli meramente *digitali*), come atti.

Non possiamo negare, in realtà, che l’idea di un atto *deciso* da una macchina – e non solo trascritto, tradotto, conservato, consultato, trasmesso – sfida alla radice gli stessi fondamenti della teoria dell’atto pubblico e l’idea della “regola algoritmica” elaborata dalla giurisprudenza amministrativa.

In alcuni passaggi giurisprudenziali che abbiamo riportato, in effetti, i giudici sembrano adombrare che l’attività “*impersonale*” svolta in applicazione di regole o procedure informatiche o matematiche, in realtà, non si possa definire come una vera e propria “*attività*”, ovvero sia un “prodotto delle *azioni* dell’uomo” (e in particolare T.A.R. Lazio, sez. III-*bis*, sentenze 10 settembre 2018, nn. 9224-9230). Scomodando addirittura il lessico aristotelico, si giunge ad affermare che viceversa si può avere *attività* amministrativa solo quando vi sia «l’attività dianoetica del funzionario, indispensabile per ponderare i fatti e gli interessi, anche quando ci si trovi dinanzi ad una mera attività vincolata», che «le procedure informatiche, anche ove pervengano al loro maggior grado di precisione e addirittura alla perfezione, non possono mai soppiantare, sostituendola davvero appieno, l’attività cognitiva» che «solo un’istruttoria affidata ad un funzionario persona fisica è in grado di svolgere [...] ostando alla deleteria prospettiva orwelliana di dismissione delle redini della funzione istruttoria [...], il presidio costituito dal baluardo dei valori costituzionali scolpiti negli artt. 3, 24, 97 della Costituzione oltre che all’art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo» (ancora T.A.R. Lazio, ult. cit.).

Seguendo questa ricostruzione, una decisione amministrativa effettuata da un automa(tismo) non può di per sé considerarsi un *atto* giuridico.

In effetti, la distinzione tra “fatto” e “atto”, rappresenta una delle nozioni basilari, comune sia alla teoria del diritto privato che del diritto pubblico e amministrativo.

Nella manualistica privata e pubblica (F. GALGANO, 1985; C. MORTATI, 1967; G. ZANOBINI, 1958) si suole definire come «fatto giuridico» «ogni accadimento, naturale o umano, al verificarsi del quale l’ordinamento giuridico ricollega un qualsiasi effetto giuridico». All’interno dei fatti giuridici si collo-

cano, poi, i fatti (giuridici) *umani*, «in cui la costituzione, modificazione o l'estinzione di un rapporto giuridico si produce solo come effetto di un consapevole e volontario comportamento dell'uomo». Solo in seguito, come sottocategoria dei fatti (giuridici) umani, appaiono gli «atti giuridici».

Li si può definire, sinteticamente, come «atti o dichiarazioni di volontà». L'elemento qualificante l'atto, a differenza dal mero fatto, è che l'atto è *espressione di volontà umana*; si parla di «atti giuridici» se l'evento causativo di conseguenze giuridiche «postula un intervento umano», affermano i maestri del diritto privato (A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, 2011), ma praticamente identica è la distinzione che troviamo nella scienza del diritto pubblico ed amministrativo.

Così, ad esempio, Mortati (1967). «Un criterio generale di differenziazione, nell'ambito dei comportamenti umani, fra «fatti» ed «atti» è quello che la fa derivare dall'elemento della volontà e, su tale base [...] «Atti», in senso proprio, sono quelli risultanti dalla manifestazione di volontà di un soggetto che la legge considera produttive di mutamento nelle situazioni giuridiche se effettuate nel rispetto delle condizioni e modalità da essa prescritte». Ed in termini sostanzialmente analoghi si esprime Guido Zanobini (1958), tra i maestri del diritto amministrativo: «gli atti giuridici sono atti volontari, dal diritto riconosciuti idonei a produrre effetti giuridici. Dicendo atti volontari, intendiamo non limitare gli atti giuridici ai soli atti o manifestazioni di volontà, come gli ordini, i divieti, i permessi o i consensi, ma vogliamo comprendere sotto la stessa denominazione qualunque altra manifestazione psichica, come le dichiarazioni di conoscenza, di opinione, di desiderio perché tutti questi costituiscono atti volontari» (in termini anche O. RANELLETTI, A. AMORTH, 1964).

Sia nelle citazioni giurisprudenziali dalle quali abbiamo preso le mosse, che in questi riferimenti dottrinali, il riferimento comune è alla volontà come elemento distintivo dell'atto, ma volontà intesa come *attività psichica*; rileggendo oggi i classici della teoria generale del diritto, l'impressione che si ricava è che essi diano per assodato che la manifestazione di volontà sia una attività essenzialmente *umana*.

A questo punto, la questione che si pone è: si può immaginare un atto – quindi una manifestazione di volontà – senza un riferimento, diretto o mediato, ad una attività *umana*?

Siamo ben consapevoli che il nostro diritto positivo già conosce casi in cui la volontà dell'atto giuridico è ricondotta a soggetti che *non sono* persone fisiche attuali. Si pensi agli atti delle persone giuridiche – sia private che pubbliche – ovvero alla responsabilità penale degli enti (D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231) oppure, infine, alla teoria della interpretazione degli atti (ad esempio,

quelli normativi) in cui nella ricostruzione della *ratio* di un atto, quasi mai si fa riferimento esclusivo alla volontà soggettiva della persona (o delle persone) che materialmente hanno preso quella decisione (si pensi al tema della interpretazione secondo *l'intentio legislatoris* e alle teorie "originaliste" ovvero "vivi" per determinare tale *intentio*).

Non v'è dubbio, però, che l'esistenza di un atto di volizione inteso (soggettivamente o oggettivamente) come la decisione di perseguire o accettare un certo fine come movente della propria azione, sia sempre stata considerata elemento fondamentale per l'esistenza stessa di un *atto*.

Tanto ciò è vero che se tale volontà è assente o si è formata in maniera impropria, l'atto conseguente (anche se stipulato da una persona giuridica) ne risulta viziato.

L'idea della volontà come attività di tipo psichico attribuibile (attualmente o potenzialmente) ad un soggetto umano è sicuramente un elemento centrale nella teoria generale del diritto moderno e contemporaneo.

Alessandro Levi, importante filosofo del diritto italiano del primo dopoguerra, volendo precisare la natura del *volere*, chiosava: «si potrebbe dire il volere "cosciente", se l'aggiunta non apparisse superflua, tosto che si rifletta che un volere incosciente, ammesso che fosse possibile, non sarebbe propriamente volere».

Certo Levi, scrivendo negli anni '50, non poteva immaginare che l'evoluzione tecnica ci avrebbe portato ad avere oggi sistemi tecnici in grado di esprimere *volontà* (intesa come capacità di scegliere e realizzare un comportamento idoneo al raggiungimento di fini determinati) ma del tutto *incoscienti* (quali dobbiamo ritenere i sistemi di intelligenza artificiale).

Il ruolo della volontà nell'atto giuridico rappresenta l'espressione dinamica della libertà umana, che può obbedire ovvero trasgredire la regola giuridica; di qui, la *necessità* della volontà. Una volontà libera, non deformata o compressa o ingannata, è condizione necessaria ai fini della validità dell'atto giuridico. La volontà, possiamo dire, è l'altra faccia della libertà, ma come si pone questo carattere dinanzi a manifestazioni di volontà generate da macchine? Macchine che, parafrasando il codice penale, potremmo descrivere come "capaci di intendere *ma non di volere*".

Ben si può comprendere, perciò, l'inquietudine di quei giudici, che escludono in radice la qualità di *atto* per tutti i provvedimenti amministrativi il cui contenuto è determinato *in toto* da un sistema di intelligenza artificiale senza alcun apporto sensibile di un decisore umano.

In effetti, solo in apparenza può sembrare più aperta la posizione del Consiglio di Stato. Il giudice amministrativo di appello, in effetti, ha riconosciuto la natura di "atto amministrativo informatico" agli atti adottati tramite algo-

ritmi, purché utilizzati nel ristretto campo delle decisioni “vincolate” (Cons. Stato, sentenza 8 aprile 2019, n. 2770). In questi casi, affermano i giudici di Palazzo Spada, «la regola tecnica che governa ciascun algoritmo resta pur sempre una regola amministrativa generale, costruita dall'uomo e non dalla macchina, per essere poi (solo) applicata da quest'ultima, anche se ciò avviene in via esclusiva».

Come a dire: tutta la volontà è già espressa nella regola generale, rispetto alla quale il provvedimento algoritmico non rappresenta che una mera deduzione; ragion per cui, si può ammettere la qualificazione di atto, riconducendo all'“uomo e non alla macchina” la volontà manifestata.

Questo tema, com'è noto, è già emerso, sebbene non in area gius-pubblicistica, nel dibattito sulla responsabilità (civile e penale) dei robot (siano essi autoveicoli senza guidatore, droni o macchine utensili).

Sul punto vi è stato un rilevante pronunciamento da parte del Parlamento europeo che, nel 2017, ha approvato una risoluzione intitolata, “*Carta della robotica*”, in cui viene esplicitamente presa in considerazione la situazione in cui ci si trovi dinanzi a robot “autonomi”, intendendo «l'autonomia di un robot [...] come la capacità di prendere decisioni e metterle in atto nel mondo esterno, indipendentemente da un controllo o un'influenza esterna; [...] tale autonomia è di natura puramente tecnologica e il suo livello dipende dal grado di complessità con cui è stata progettata l'interazione di un robot con l'ambiente».

Ebbene, dinanzi alla ipotesi che tali robot autonomi possano causare danni, la risoluzione, da un lato auspica, correttamente, che «il futuro strumento legislativo, a prescindere dalla soluzione giuridica che applicherà alla responsabilità civile per i danni causati dai robot in casi diversi da quelli di danni alle cose, non dovrebbe in alcun modo limitare il tipo o l'entità dei danni che possono essere risarciti, né dovrebbe limitare le forme di risarcimento che possono essere offerte alla parte lesa per il semplice fatto che il danno è provocato da un soggetto non umano»; d'altra parte, però, afferma anche che «nell'ipotesi in cui un robot possa prendere decisioni autonome, le norme tradizionali non sono sufficienti per attivare la responsabilità per i danni causati da un robot, in quanto non consentirebbero di determinare qual è il soggetto cui incombe la responsabilità del risarcimento né di esigere da tale soggetto la riparazione dei danni causati».

Ovviamente questa asserita “insufficienza” delle norme tradizionali allo scopo di identificare il responsabile di “atti” lesivi può preoccupare, soprattutto, se immaginiamo che il danno non sia (soltanto) quello materiale/biologico causato da una “macchina” fisica, ma se esso derivi da una decisione automatica adottata da un pubblico potere ed incida su libertà fondamentali.

Dinanzi a questo dilemma, la posizione di matrice giurisprudenziale che si limita ad affermare il divieto assoluto di tali atti algoritmici, rischia di essere, da un lato, anacronistica e, dall'altro, probabilmente velleitaria perché difficilmente attuabile.

La diffusione di questi strumenti è oggi difficilmente arginabile e si consideri inoltre che già a livello europeo – ma su questo torneremo più avanti in dettaglio – non esiste un divieto *assoluto* di atti algoritmici, anche quando questi incidono su libertà fondamentali (cfr. art. 22 GDPR).

Molto più realistica, quindi, sul piano del diritto costituzionale vivente, anche se altrettanto impegnativa, appare la necessità di definire *comunque* un regime giuridico proprio di questi “atti senza volontà”.

Dobbiamo identificare una “*constitutional*” rule of technology che garantisca comunque la possibilità di controllare questi atti, di verificarne la conformità al sistema normativo vigente e la giustiziabilità sul piano della tutela dei diritti.

A questi profili dedicheremo i paragrafi seguenti. Ma prima di procedere occorre tuttavia considerare un argomento di chiusura sul piano sistematico, applicabile quand'anche si ritenesse che gli atti pubblici decisi da algoritmi non siano propriamente “atti giuridici”.

Se, infatti, davvero accedessimo a questa ipotesi, per cui una decisione *esclusivamente* algoritmica non rappresenti di per sé un *atto* in quanto non espressiva di volontà, non resterebbe che considerarla un *fatto*; d'altra parte l'ordinamento giuridico non si occupa solo di atti, ma anche di fatti e delle loro conseguenze.

L'aspetto ovviamente più complesso è che ad un *fatto* non si può estendere il regime giuridico proprio degli *atti*. Rimarrebbe, dunque, auspicabile che l'ordinamento si desse carico di prevedere una qualificazione specifica per “fatti” particolari come le decisioni robotiche, in modo da garantire una tutela “rafforzata” dei diritti delle persone coinvolte, per utilizzare l'espressione del Consiglio di Stato.

In ogni caso, in assenza di una specifica qualificazione giuridica di tali *fatti*, l'Amministrazione (come qualsiasi privato), dinanzi a lesioni dei diritti di terzi causate da decisioni algoritmiche, rimarrebbe esposta all'ordinaria responsabilità civile, penale ed amministrativa per *fatto* antiggiuridico.

4.2. Il divieto di atti di amministrazione digitale “esclusivamente” algoritmica

Posto, quindi, che sia difficile immaginare un divieto assoluto di atti di amministrazione algoritmica, occorrerà iniziare a porre i pilastri – quantomeno a livello costituzionale – del regime giuridico della amministrazione algoritmica.

Il primo principio della *constitutional rule of technology* che si è affacciato nella più recente giurisprudenza amministrativa (Consiglio Stato, sez. VI, sentenze 13 dicembre 2019, nn. 8472, 8473, 8474 e 4 febbraio 2020, n. 881) è quello del «divieto di atti di amministrazione digitale *esclusivamente* algoritmica» (A. SIMONCINI [2], 2019).

In base a questo principio, che ha trovato autorevole conferma a livello di diritto europeo, la tecnologia può affiancare, supportare, ma mai “sostituire” l’intero procedimento decisionale, ovvero intere fasi endoprocedimentali, quando questi procedimenti incidono su diritti o interessi rilevanti.

Visto specularmente, si può descrivere come il dovere, per chi materialmente nel mondo della *computer science* scrive questi programmi, dello HITL (*Human in The Loop*). Quando la PA decide di avvalersi di strumenti di valutazione o di decisione automatica dovrà essere sempre prevista la possibilità di un intervento umano nel procedimento decisionale.

Come abbiamo già sottolineato, nel caso dei sistemi automatizzati per l’ammissione di domande a procedure selettive, alcuni giudici amministrativi giungono a prevedere, come auspicio *de jure condendo*, «procedure amministrative parallele di tipo tradizionale ed attivabili in via di emergenza, in caso di non corretto funzionamento dei sistemi informatici predisposti per il fisiologico inoltro della domanda» (Cons. Stato, sez. VI, sentenza 18 maggio 2020, n. 3148).

Questo principio, di “non esclusività” della decisione automatizzata, viene derivato direttamente dai valori costituzionali scolpiti negli artt. 3, 24, 97 della Costituzione oltre che all’art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo che devono perciò necessariamente essere “filtrati” nel procedimento amministrativo.

A sostegno esplicito di questa prospettiva è intervenuto il Regolamento 2016/679/UE (GDPR) che, riprendendo una norma già presente nella precedente Direttiva 95/46/CE, all’art. 22 afferma che «l’interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona».

La norma europea non specifica il tipo di decisione; dunque, dobbiamo immaginare si riferisca a qualsiasi decisione presa da soggetti pubblici o privati.

Nella normativa euro-nazionale, dunque, esiste il divieto di decisioni “esclusivamente” (“solely”, nella versione inglese) automatizzate.

Su questo punto, però, occorrerà una precisazione.

Esiste, infatti, una differenza cospicua tra la normativa europea ed i principi desumibili dalla nostra costituzione nazionale che fa ritenere la prospettiva costituzionale italiana ben più *garantista* di quella comunitaria.

Il divieto di decisioni esclusivamente algoritmiche, infatti, nell'art. 22 del GDPR è soggetto ad una amplissima serie di eccezioni (tanto che viene da dubitare della sua effettività come regola ...).

In base al vigente diritto europeo, infatti, una decisione algoritmica può *legittimamente* incidere sui diritti della persona *anche senza alcun intervento umano* (dunque, una decisione può essere *esclusivamente* algoritmica):

- a) quando sia necessaria per concludere o eseguire un contratto tra interessato e titolare del trattamento;
- b) quando sia stata autorizzata dal diritto dell'Unione o dello stato membro;
- c) quando vi sia il consenso esplicito dell'interessato.

È più che evidente che la portata di queste eccezioni, nei fatti, è vastissima.

L'inserimento di clausole volte ad autorizzare l'uso automatizzato dei dati nelle condizioni generali di contratto che sottoscriviamo (normalmente senza leggere ...) nell'attivazione di una qualsiasi *app* sul *web*, è frequentissimo e di fatto riduce di molto l'area di applicazione del principio.

D'altra parte, sappiamo bene – e tutta la storia dell'evoluzione della tutela legale della privacy lo dimostra – quanto oggi la possibilità di negare il consenso (il cosiddetto diritto di *opting-out*) rappresenti una forma debolissima di garanzia nella tutela dei diritti. Il nostro grado di dipendenza *pratica* dalle tecnologie e l'asimmetria tra i contraenti quando ad essere coinvolta nell'accordo è una delle c.d. Big Tech, fanno sì che la libertà o il consenso informato siano spesso mere *fictiones*, necessarie solo per sollevare dalla responsabilità civile i venditori di servizi tecnologici.

Ognuno rimane – teoricamente – libero di non dare il suo consenso ... “semplicemente” non avrà accesso a servizi che, d'altra parte, sono gratuiti. Si tratterà, perciò, “solo” di rinunciare a Facebook, Instagram, Google, Google maps, Gmail, Youtube, LinkedIn, ecc. Ovvero a piattaforme tecnologiche – si pensi a quelle di videoconferenza – che in certe situazioni, e il pensiero va alla recente esperienza di *lockdown* causata dalla pandemia da COVID-19, si sono rivelate di fatto indispensabili per consentire il godimento di diritti fondamentali come quello al lavoro, all'istruzione o alla salute.

Senza poi considerare che nel caso dei procedimenti predisposti dai poteri pubblici spesso la soggezione alla decisione algoritmica è obbligatoria per legge (ovvero per norma di regolamento).

Già oggi quando l'Amministrazione si avvale di piattaforme telematiche, così come fanno le grandi compagnie private che vendono servizi digitali, normalmente richiede il preventivo consenso al trattamento dei dati ai sensi della disciplina del Codice della privacy, circostanza questa sufficiente a rendere legittima qualsiasi decisione automatica senza intervento umano.

In questi ultimi casi (di consenso prestato ovvero di esecuzione dei contratti) il GDPR pone in capo al titolare dei dati l'obbligo di garantire comunque il diritto dell'interessato ad ottenere un intervento umano o di esprimere la propria opinione o di contestare la decisione automatizzata, ma queste garanzie – nel diritto europeo – vengono meno quando la decisione automatica è prevista per legge dallo Stato membro, circostanza che ricorre spesso dinanzi a procedimenti amministrativi. Senza tener conto che dinanzi a queste eccezioni, l'intervento umano a garanzia dell'interessato avviene solo *ex post*, cioè dopo che la decisione automatica che lo riguarda è stata presa, configurando quindi, una forma di protezione solo successiva ed eventuale.

Il diritto europeo, quindi, al di là delle affermazioni di principio e di una certa opinione pubblica, è molto più favorevole all'utilizzo *esclusivo* delle decisioni automatiche di quanto possa sembrare.

Il diritto giurisprudenziale italiano, invece, – soprattutto quello espresso dai giudici amministrativi – fa un uso dei principi costituzionali nazionali e della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, molto più stringente della normativa espressa dal GDPR.

La giurisprudenza che abbiamo richiamato, infatti, è molto chiara nell'affermare che l'atto di un pubblico potere in cui vi sia una sostituzione completa della decisione umana da parte di un algoritmo ovvero di altro sistema automatizzato, è in radice illegittimo perché *incostituzionale*, prima che illegittimo ovvero in contrasto con i principi della legge sul procedimento amministrativo oppure del Codice della amministrazione digitale. L'aggancio diretto ai «valori costituzionali scolpiti negli artt. 3, 24, 97 della Costituzione oltre che all'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo» fanno sì che una eventuale violazione non potrebbe ritenersi sanata né dal consenso, né dall'esistenza di una previsione contrattuale e neppure – noi riteniamo – da una previsione legislativa *ad hoc*.

La tutela interna, dunque, è più ampia e più forte di quella europea.

Ci troviamo dinanzi ad uno di quei casi in cui il principio di massima espansione della tutela costituzionale gioca decisamente a favore dell'ordinamento interno rispetto a quello europeo; la garanzia del diritto fondamentale a non essere “colpiti” da decisioni “esclusivamente” algoritmiche a livello nazionale è più ampia che a livello europeo. D'altra parte, ciò non deve stupire.

Questa tensione si spiega agevolmente per la dialettica strutturale che esiste tra diritto europeo e le identità costituzionali nazionali e che ha trovato recezione nell'art. 4 del Trattato sull'Unione.

In questa materia – come spesso accade in altri settori di competenza dell'Unione Europea – emergono due modi molto diversi di concepire il bilanciamento tra i diversi valori costituzionali in gioco: da un lato, la tutela della

libertà e della dignità della persona e dei suoi dati (il cosiddetto *habeas data* (T.E. FROSINI, 2011) ovvero la *digital persona*) e dall'altra, il valore della libera circolazione dei dati, risorsa economica fondamentale per il mercato digitale. Mentre, a livello europeo, il punto di equilibrio è molto più spostato sul versante della libera circolazione ed elaborazione dei dati, a livello interno, prevale decisamente la tutela della libertà della persona dinanzi ai trattamenti automatizzati.

Sarà, quindi, molto interessante seguire il dialogo che verosimilmente si instaurerà tra questo orientamento giurisprudenziale interno e quello della Corte di giustizia dell'UE nella applicazione dell'art. 22 del GDPR.

4.3. L'obbligo di motivazione nella amministrazione digitale "algoritmica"

Il secondo pilastro della *Constitutional Rule of Technology* attinge anch'esso agli strati profondi della teoria del diritto pubblico ed è in qualche modo legato al primo.

Se il primo afferma che tutte le decisioni algoritmiche debbono prevedere la possibilità di un intervento umano, il secondo può essere espresso così: ogni decisione algoritmica deve essere basata su una motivazione umanamente comprensibile.

Come chiaramente sintetizza la giurisprudenza, vulnerato non sarebbe 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 provvedimento» (T.A.R. Lazio, sez. III-*bis*, sentenza 10 settembre 2018, nn. 9224-9230).

O, in maniera ancora più netta: «l'ammissibilità dell'elaborazione elettronica dell'atto amministrativo non è legata alla natura discrezionale o vincolata dell'atto quanto invece alla possibilità, che tuttavia è scientifica e non invece giuridica, di ricostruzione dell'iter logico sulla base del quale l'atto stesso possa essere emanato per mezzo di procedure automatizzate quanto al relativo contenuto dispositivo» (T.A.R. Lazio, sez. III-*bis*, sentenza 22 marzo 2017, n. 3769).

Insomma, «la "caratterizzazione multidisciplinare" dell'algoritmo (costru-

zione che certo non richiede solo competenze giuridiche, ma tecniche, informatiche, statistiche, amministrative) non esime dalla necessità che la “formula tecnica”, che di fatto rappresenta l’algoritmo, sia corredata da spiegazioni che la traducano nella “regola giuridica” ad essa sottesa e che la rendano leggibile e comprensibile» (Cons. Stato, sez. VI, sentenza 4 febbraio 2020, n. 881. Su cui si rinvia al capitolo III, D.-U. GALETTA).

Qui, come si vede, non è neppure in discussione la natura di amministrazione vincolata o discrezionale, bensì la mera delega di una decisione amministrativa ad una macchina, mette a rischio – *sul piano scientifico, prima che giuridico* – il diritto di ciascun interessato a conoscere la “ragione” di tale decisione, per utilizzare la formulazione dell’art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea, in cui si sancisce il dovere della PA di “dare ragione” delle proprie decisioni.

Una decisione presa “algoritmicamente”, infatti, rischia di privare *strutturalmente* il suo destinatario della possibilità di ricostruirne l’*iter* logico.

Si apre qui il tema della motivazione dell’atto amministrativo *algoritmico* e di quello *digitale*, per riprendere la distinzione che abbiamo richiamato al par. 3.1.

Nell’atto meramente digitale, ovvero *in forma elettronica*, la decisione è determinata dall’essere umano e di conseguenza anche la motivazione, sebbene espressa in forma è elettronica.

Nell’atto algoritmico, invece, il problema della motivazione ovvero della ragione alla base della scelta o della decisione, si pone in maniera tutt’affatto diversa.

Secondo una certa ricostruzione non vi sarebbero problemi a tracciare un parallelo tra i due tipi di atto amministrativo: così come non vi è nessun ostacolo per gli atti aventi forma elettronica (in tal caso anche la motivazione sarà in forma elettronica), allo stesso modo per gli atti ad elaborazione elettronica sarebbe plausibile la *motivazione elettronica* generata, appunto, mediante l’automatico reperimento, collegamento e giustapposizione di norme e dati.

Esisterebbe quindi una motivazione propria della amministrazione “algoritmica”, definibile come il meccanismo automatico di “reperimento, collegamento e giustapposizione di norme e dati” (C. GIURDANELLA, E. GUARNACCIA).

Orbene, su questo punto occorre un approfondimento.

L’idea che si possa sempre determinare una motivazione, seppur “*elettronica*”, degli algoritmi non tiene conto del cambio di paradigma subito dall’intelligenza artificiale negli anni più recenti (v. capitolo IV, R. CAVALLO PERIN e I. ALBERTI).

Oggi infatti ci troviamo dinanzi ad algoritmi – soprattutto quelli predittivi –

che non hanno necessariamente una logica, quantomeno nel senso filosofico o deterministico-matematico, con cui normalmente utilizziamo il termine “logica” (A. SIMONCINI, S. SUWEIS, 2019).

La maggior parte degli algoritmi di nuova generazione non si limita a dedurre in maniera deterministica conseguenze già contenute negli assiomi prefissati dal programmatore, sussumendo fatti concreti, ma in virtù dei sistemi automatici di apprendimento (*machine learning*) cui abbiamo fatto cenno in avvio, essi stessi producono i propri criteri di inferenza. Criteri che in molti casi non sono comprensibili agli stessi programmatori; ha avuto una certa notorietà il caso di due algoritmi di intelligenza artificiale incaricati di simulare tra di loro una serie di negoziazioni concatenate e che, ad un certo punto, hanno autonomamente “cambiato” la lingua della negoziazione: dall’inglese ad una lingua del tutto incomprensibile per gli umani, ma più “immediata” ed “efficiente” per le macchine; l’esperimento è stato immediatamente interrotto.

D’altra parte, questo tipo di algoritmi non è costruito per rispondere a domande circa il “*perché*” avverrà una certa cosa, ma solo ad indicare con la maggiore accuratezza possibile, la probabilità che essa avvenga (C. COGLIANESE, D. LEHR, 2017). Affinché si possa conoscere la motivazione con la quale un algoritmo prende una certa decisione, occorrerebbe che tale algoritmo fosse – non tanto *ragionevole*, perché potrebbe comunque produrre decisioni commisurate allo scopo, quanto – “*razionabile*” (dalla *rationabilitas* canonica; C. MINELLI, 2015) ovvero, come si preferisce nella terminologia tecnica più aggiornata, “*esplicabile*”; cioè interamente descrivibile nella sua strutturazione causale, in modo da poterne “ripercorrerne l’iter logico”, come chiedono i giudici.

Questa qualità oggi non è un carattere *necessario* di tutti i sistemi di decisione automatica ed anzi sono rapidamente in aumento le tecnologie basate sul cosiddetto “*deep learning*” ovvero sistemi di apprendimento automatico che simulano l’azione del cervello (M. LOLLER-ANDERSEN, E. FOLKESTAD, M. GOPINATHAN e Ø. NYGARD, 2018).

In questi casi – quand’anche si volesse riconoscere all’algoritmo la natura di “atto” (vedi *supra* par. 4.1) – esso sarebbe strutturalmente inconoscibile (o *in-esplicabile*), perlomeno con gli strumenti ordinari della logica umana.

Non è un caso che il tema più scottante nel dibattito scientifico odierno all’interno della comunità scientifica che si occupa di intelligenza artificiale sia proprio quello sulla cosiddetta “XAI” (ovvero *Explainable Artificial Intelligence*); detto altrimenti: come riuscire a garantire “trasparenza effettiva”, ovvero “esplicabilità,” agli algoritmi che per gran parte oggi sono delle “scatole nere” (F. PASQUALE, 2015).

Il diritto europeo (artt. 13, comma 2, lett. f) e 14, comma 2, lett. g) del

GDPR; sostanzialmente anticipati già dall'art. 12 della Direttiva 95/46/CE), nonché l'attuazione che ne è stata data a livello nazionale, sanciscono solennemente il principio generale per cui ognuno ha diritto a conoscere l'esistenza di processi decisionali automatizzati che lo riguardino e, in questo caso, a «ricevere informazioni significative sulla logica utilizzata» (artt. 13, 14 e 15 del GDPR). Ma anche in questo caso valgono i *caveat* che abbiamo già espresso sul principio di “esclusività”, *sub* par. 4.2. La normativa del GDPR è intrinsecamente debole, dal momento che la mera conoscenza dell'esistenza di un algoritmo, non produce in sé nessun effetto se non si è in grado di decifrarne la logica, se cioè non potessimo comprendere perché tale procedimento metta assieme i dati in un *certo* modo e quindi giunga a *certe* conclusioni. In altri termini, che applicazione verrà data degli artt. 13 e 14 GDPR dinanzi a decisioni automatizzate delle quali non sia possibile dare «informazioni significative sulla logica» utilizzata?

Ovviamente, su questi temi sarà decisiva la giurisprudenza costituzionale nazionale e della Corte di Lussemburgo nella interpretazione di questa previsione.

Una ipotesi ermeneutica che si potrebbe prospettare è quella di una interpretazione combinata dell'art. 22 – che richiede il necessario intervento umano nelle decisioni automatiche che incidono sulle libertà (cfr. *supra* par. 4.2) – con gli artt. 13, 14 e 15 del GDPR – che attribuiscono all'interessato il diritto ad avere accesso ad informazioni significative – dalla quale risulti che la necessità dell'intervento umano si sostanzia proprio nella funzione di fornire quelle “informazioni significative sulla logica” della decisione automatizzata e che ne costituiscano, in sostanza, la motivazione.

In questo senso la formulazione dei diritti previsti agli artt. 13, 14 (obbligo per il titolare dei dati nei confronti dell'interessato alla informazione sull'esistenza di un processo decisionale automatizzato e, in tali casi, a informazioni significative sulla logica utilizzata) e 15 (diritto dell'interessato di accesso a tali processi ed alle informazioni di cui sopra) come diritti generali degli interessati, potrebbe far venir meno o quantomeno moderare, in sede di interpretazione giudiziaria sistematica, l'applicazione delle numerose eccezioni all'art. 22 che come abbiamo visto in moltissimi casi consente che decisioni automatizzate siano prese *senza intervento umano*. Anche nei casi in cui è stato prestato consenso ovvero è previsto dalle condizioni generali di contratto, l'intervento umano diventa necessario per rendere effettivi i diritti di informazione ed accesso garantiti a tutti negli artt. 13, 14 e 15.

Peraltro, su questo specifico tema è intervenuto anche il *Conseil Constitutionnel* (Décision n° 2018-765 DC du 12 June 2018), sollecitato a pronunciarsi sulla proposta francese di legge di adeguamento al GDPR.

Il *Conseil* ha respinto la *saisine* proposta da una minoranza di senatori, ritenendo in generale che l'assetto della legge di adeguamento fosse conforme a Costituzione; uno dei profili di incostituzionalità sollevato riguardava proprio il fatto che determinati algoritmi di nuova generazione, capaci di "auto-apprendimento", potessero rivedere essi stessi le regole applicate, «empêchant, selon eux, de ce fait, l'administration de connaître les règles sur le fondement desquelles la décision administrative a été effectivement prise (...) Les règles appliquées par ce dernier type d'algorithmes ne pouvant être déterminées à l'avance, il en résulterait également une méconnaissance du "principe de publicité des règlements"».

La posizione del *Conseil* è molto significativa. I giudici costituzionali francesi, infatti, hanno confermato la possibilità giuridica di una decisione amministrativa esclusivamente algoritmica, ma subordinando tale possibilità ad alcune condizioni.

Innanzitutto, le regole e i criteri sulla base dei quali è costruito l'algoritmo debbono essere predeterminati dal responsabile del trattamento (richeggiano un po' la teoria della "regola algoritmica previa" elaborata dal Consiglio di Stato italiano, *sub* par. 3.3). Ma, soprattutto, «il responsabile del trattamento deve garantire la supervisione ("maîtrise") dell'elaborazione algoritmica e delle sue evoluzioni, in modo tale da poter spiegare in dettaglio e in una forma intelligibile all'interessato il modo in cui il trattamento è stato messo attuato nei suoi riguardi».

L'algoritmo, quindi, secondo il giudice costituzionale francese dev'essere esplicabile dal responsabile del procedimento.

Anche da questa decisione, dunque, viene un'ulteriore spinta verso l'intelligibilità della motivazione degli algoritmi decisionali, confermando quella tensione tra l'interpretazione giudiziaria interna ed una normativa europea che, in realtà, non vieta le decisioni amministrative automatizzate, ma si limita a porre in capo all'Amministrazione l'obbligo di dare «informazioni significative sulla logica» utilizzata; obbligo che nei casi di algoritmi non deterministici, come abbiamo visto, non è strutturalmente assolvibile.

4.4. Il principio di "non discriminazione" nella amministrazione digitale "algoritmica"

Il terzo pilastro *Constitutional Rule of Technology* è il principio di "non discriminazione" per via algoritmica.

Quand'anche ci trovassimo dinanzi ad un algoritmo perfettamente conoscibile e comprensibile (rispettoso del secondo principio, *supra* par. 4.3) e po-

sto anche che esso non rappresenti la motivazione esclusiva della decisione (rispettoso anche del primo principio, *supra* par. 4.2), l'algoritmo potrebbe essere *di per sé* discriminatorio e, dunque, incostituzionale per violazione del principio di uguaglianza.

Questo accade quando l'algoritmo predittivo è costruito ed addestrato su un set di dati che già in partenza è discriminatorio.

È il principio noto tra i *data scientists* come GIGO – «garbage in garbage out» – per cui un algoritmo non può che riflettere la qualità dei dati su cui è costruito.

Per chiarire quest'ultimo punto, può essere utile riprendere il dibattito che negli Stati Uniti ha seguito la nota decisione “Compas” cui abbiamo fatto cenno in precedenza (cfr. *supra* par. 2). In questo caso un giudice americano ha fatto uso di un algoritmo predittivo per determinare la pena da comminare in un processo penale. L'algoritmo utilizzato – appunto “Compas” – è prodotto dalla una società privata (Equivant) e valuta il rischio di recidiva e la pericolosità sociale di un individuo sulla base di vari dati statistici, precedenti giudiziari, questionari somministrati all'imputato stesso, nonché una serie di altre variabili che non è dato di conoscere perché coperte dalla proprietà intellettuale della società medesima.

L'algoritmo, per ciascun imputato e sulla base dei dati sopra richiamati, indica una classificazione in varie categorie di rischio, che vanno da “molto basso” a “molto alto”.

Ebbene, un gruppo di esperti in computer science ha deciso di “testare” la affidabilità di questo software: ha individuato un campione di 10.000 imputati in una diversa contea (Broward, Florida) ed ha comparato il rischio di recidiva predetto dal sistema *Compas*, con il tasso di recidiva effettivamente realizzato dagli stessi imputati nei due anni successivi (i dati sono descritti in J. LARSON, S. MATTU, L. KIRCHNER e J.A. MAY).

Il risultato è che l'algoritmo presenta un margine di errore nella predizione della recidiva; e fin qui nulla di nuovo o sorprendente: il software *Compas* è pur sempre uno strumento orientato ad una predizione probabilistica. Il dato rilevante è, però, *come* l'algoritmo sbaglia.

Difatti l'analisi effettuata da questi studiosi mostra che l'errore nella predizione della recidiva, *sovrastima* sistematicamente il rischio per gli imputati di colore ed altrettanto sistematicamente sottostima il rischio per i bianchi.

Lo studio ha mostrato che la probabilità dell'algoritmo di sbagliare il giudizio nel caso di imputati di colore – definendoli ad alto rischio mentre in realtà non hanno compiuto nessun altro reato nei due anni successivi, i cosiddetti “falsi positivi” – era circa il doppio della probabilità di analogo errore per gli imputati bianchi (45% errore nei neri e 25% di errore nei bianchi).

Viceversa, l'algoritmo tendeva a giudicare gli imputati bianchi molto meno rischiosi di quanto effettivamente poi siano stati. L'analisi ha rilevato che gli imputati bianchi che hanno effettivamente recidivato nei successivi due anni – e che erano stati erroneamente etichettati come a basso rischio (i cosiddetti “falsi negativi”) – sono quasi il doppio rispetto ai delinquenti di colore neri (48% contro 28%).

Dati ancora più discriminatori sono stati rilevati sui tassi di errore dell'algoritmo nel giudicare soggetti a rischio di recidiva *violenta* (il tasso di errore in caso di imputati bianchi che hanno effettivamente avuto recidive violente, ma erano stati erroneamente classificati a basso rischio, è stato del 63% più alto che per i neri).

Si pensi ad analoghe distorsioni che possono essere prodotte da algoritmi predittivi se utilizzati in altri settori che non siano la probabilità di recidiva: dal merito di credito, al costo delle assicurazioni, dalla profilazione per le assunzioni.

Esiste, dunque, un ulteriore problema di costituzionalità che può colpire le decisioni algoritmiche di tipo predittivo: quando esse nascano *intrinsecamente* distorte a causa dei dati di input che hanno alimentato le macchine incaricate di produrre l'algoritmo.

È, questo, il caso dell'algoritmo *geneticamente* incostituzionale; quello, cioè, che cade nella stessa fallacia che a metà del '700 Hume attribuiva alle teorie giusnaturalistiche: l'errore di derivare dall'essere (in questo caso dall'apparenza della realtà sociale, spesso ingiusta, parziale o distorta) il *dover* essere.

Di questi casi, purtroppo non vi è traccia di disposizione normativa espressa nel GDPR, anche se nei “considerando” premessi al Regolamento troviamo indicazioni estremamente significative.

Ci riferiamo in particolare al considerando n. 71 del Regolamento UE 679/2016, nella parte in cui afferma che «tenendo in considerazione le circostanze ed il contesto specifici in cui i dati personali sono trattati, è opportuno che il titolare del trattamento utilizzi procedure matematiche o statistiche appropriate per la profilazione, metta in atto misure tecniche e organizzative adeguate al fine di garantire, in particolare, che siano rettificati i fattori che comportano inesattezze dei dati e sia minimizzato il rischio di errori e al fine di garantire la sicurezza dei dati personali secondo una modalità che tenga conto dei potenziali rischi esistenti per gli interessi e i diritti dell'interessato e che impedisca tra l'altro effetti discriminatori nei confronti di persone fisiche sulla base della razza o dell'origine etnica, delle opinioni politiche, della religione o delle convinzioni personali, dell'appartenenza sindacale, dello status genetico, dello stato di salute o dell'orientamento sessuale, ovvero che com-

portano misure aventi tali effetti» (Regolamento 2016/679/UE, considerando n. 71, nostra la sottolineatura).

In questo passaggio, pur avendo ad oggetto un caso particolare di trattamento automatizzato, quello della *profilazione*, l'argomento è estendibile a qualsiasi altra forma di algoritmo predittivo.

Come abbiamo detto, queste prescrizioni hanno solo un valore interpretativo, in quanto contenute nella motivazione della fonte europea e non nelle sue disposizioni, ma esse debbono essere a loro volta considerate come direttamente espressive del principio generale di non discriminazione previsto sia nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (artt. 20 e ss) che nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo (art. 14) che nostra Costituzione all'art. 3.

In realtà, il principio è già esistente nella giurisprudenza interna italiana cui abbiamo più volte fatto riferimento (Cons. Stato, sentenze 8 aprile 2019, n. 2770, 13 dicembre 2019, nn. 8472, 8473, 8474 e 4 febbraio 2020, n. 881) ed era stato in qualche modo auspicato dalla dottrina (A. SIMONCINI [1] 2019).

È evidente che questo principio di non discriminazione, ha una sua autonomia sul piano descrittivo-manualistico, nel senso che in effetti è frequente la possibilità di algoritmi decisionali "parziali" ovvero "biased" – per utilizzare il termine più ricorrente nella letteratura specialistica –. Per questo ne va evidenziata la incompatibilità con il nostro sistema costituzionale, dedicando uno specifico paragrafo di queste riflessioni.

Sul piano di una interpretazione orientata alla concreta applicazione del diritto, però, pensiamo che anche per quest'ultimo principio valga quanto abbiamo evidenziato per il secondo (*comprensibilità*, *supra* par. 4.3) e per il primo (non esclusività, *supra* par. 4.2); ovverosia, riteniamo che i tre principi nella loro concreta attuazione si sostengano a vicenda e sia impossibile una loro effettiva utilizzazione separata.

A ben vedere, infatti, se l'intervento umano serve a rendere conoscibile la motivazione e trasparente l'iter logico della decisione automatizzata, entrambi questi elementi sono decisivi per determinare in concreto l'esistenza o meno di una ragione discriminatoria o di una violazione del principio di eguaglianza.

Si potrebbe dire, in conclusione, che tutte e tre queste dimensioni sono necessarie per definire le coordinate dello "spazio" costituzionale in cui si muove l'amministrazione digitale algoritmica.

5. Spunti conclusivi. La dialettica “servo-padrone” nell’uso degli algoritmi

Proviamo a proporre qualche breve spunto conclusivo.

Noi pensiamo che non solo l’amministrazione digitale, ma che anche quella specificamente *algoritmica* sia destinata a crescere come importanza qualitativa ed impatto quantitativo sulla organizzazione dei poteri pubblici e nella vita dei cittadini.

In particolare, sarà molto difficile impedire all’intelligenza artificiale e le sue applicazioni di natura predittiva di entrare nei processi di decisione (pubblici e privati), giacché, per un verso, sarebbe anacronistico e per altro probabilmente ormai impossibile visto l’avanzamento della ricerca e la dimensione degli investimenti (A. SANTOSUOSSO, 2020).

Il futuro va, quindi, rapidamente verso un impiego sempre più diffuso delle tecnologie digitali e questa direzione non può (né deve necessariamente) essere cambiata. Soprattutto nell’ambito delle operazioni ripetitive o routinarie, l’automazione può produrre considerevoli risparmi e performances molto più efficaci ed efficienti.

La tecnica, però, non potrà, né dovrà, mai sostituirsi del tutto alla decisione umana, ogniqualvolta la decisione sia suscettibile di incidere sulle libertà fondamentali o i diritti costituzionali.

Questo principio vale non solo in caso di malfunzionamento degli strumenti tecnici adottati – laddove opera la responsabilità della PA per le scelte organizzative effettuate – ma anche quando la decisione è presa “ordinariamente” dalla macchina; e ciò, sia in caso di atti di natura vincolata, ma ancor più se si tratta di atti di natura discrezionale.

In questa direzione va il sistema costituzionale vivente, composto dai principi della nostra costituzione nazionale e da quelli desumibili dalla normativa europea e che si esprime in alcuni “metaprinциpi” – che abbiamo proposto di chiamare *constitutional rule of technology* – posti a garanzia della amministrazione digitale algoritmica:

- il principio di *non esclusività*, per cui ogniqualvolta decisioni amministrative automatizzate possono interferire con i diritti e gli interessi della persona, occorre garantire effettivamente la possibilità di un intervento umano;

- il principio di *comprensibilità*, per cui ogni algoritmo decisionale utilizzato dalla PA per adottare un provvedimento dev’essere in grado di fornire una motivazione umanamente comprensibile della decisione (principio che assorbe, come abbiamo visto, quello di *non discriminazione*).

Il punto critico, soprattutto *pro futuro*, è che questa conclusione, desunta

sia dal diritto costituzionale euro-nazionale che da quello giurisprudenziale, è solo apparentemente appagante.

Nelle riflessioni sull'impatto della tecnica sulla amministrazione pubblica, ed in particolare di quella digitale, ricorre spesso l'idea di una natura "servente" (questo participio presente ricorre più volte nella giurisprudenza) della tecnologia rispetto all'essere umano, che invece dovrebbe comunque rimanere il "padrone" ("dominus") del procedimento e della decisione. L'idea della tecnologia "al servizio" dell'amministrazione, sembra – subliminalmente – evocare l'etimologia di *robot*, parola di origine ceca, che sta per "lavoro forzato", "schiavo".

I principi di non esclusività e di comprensibilità sembrano, appunto, essere la traduzione in termini costituzionali di questa destinazione *servente* della tecnologia.

Com'è noto, Hegel, nella *Fenomenologia dello spirito*, esamina il rapporto tra "servo e padrone", considerandolo un rapporto dialettico: l'autocoscienza dell'uno ha bisogno dell'altro per definirsi. L'impressione è che qualcosa di analogo stia accadendo nel rapporto tra decisioni umane (pubbliche o private) e tecnologia. Difatti, anche quando ribadiamo con forza che la tecnologia deve avere esclusivamente un valore "servente", in realtà non possiamo ignorare la sua travolgente "forza pratica", che tende a rendere "servo" il padrone.

Come ho cercato di dimostrare altrove (A. SIMONCINI [1], 2019), ogniqualvolta un automatismo decisionale venga inserito in un procedimento deliberativo, l'automatismo tende a "catturare" la decisione, o quantomeno a rendere estremamente difficile prescindere.

Questo perché, da un lato, esso solleva il decisore dal *burden of motivation*, dal peso dell'esame e della motivazione; dall'altro, perché gli consente di "qualificare" la propria decisione con un crisma di "scientificità" ovvero "neutralità" che oggi circonda la valutazione algoritmica e le conferisce una peculiare – quanto infondata – "autorità". La decisione automatica quindi finirà sempre più per godere di quella che la *nudging theory* chiama la "*default-option force*": ovvero l'indubbio plusvalore "pratico" connesso alla scelta suggerita automaticamente dal sistema, rispetto alla quale ci si può discostare, ma a patto di impegnarsi in un notevole sforzo (e rischio) valutativo.

Si immagini – come è successo già nel concorso della riforma della scuola che ha dato occasione a molte delle pronunce che abbiamo esaminato – una amministrazione pubblica appesantita da procedimenti lunghi, ripetitivi e faticosi, spesso "schiava" di una normativa tutt'altro che semplice e con arretrati o tempi di attesa spesso insostenibili da parte degli utenti.

Sarà in grado di sottrarsi all'attrattiva di procedimenti impersonali, spesso immotivati, ma rapidi, veloci e – molto spesso – efficaci?

Ebbene, il rischio è che gli automatismi da "servi" divengano "padroni",

proprio in virtù della loro “attrattiva” pratica. È il mito della meccanizzazione delle attività “socialmente necessarie, ma fastidiose” che apre la strada a nuove forme organizzate di controllo politico, dal quale alcuni profeti non ascoltati ci avevano messo in guardia oltre 50 anni fa (MARCUSE, 1964) ed che riecheggia in altri pensatori contemporanei (BODEI, 2019).

Non possiamo nasconderci, infatti, che gli algoritmi esercitino un fascino discreto ma potentissimo: fanno risparmiare lavoro, tempo e, soprattutto, sembrano sollevare dal peso e dal rischio di dover motivare e rispondere di quelle motivazioni.

Proprio per questo abbiamo bisogno di un livello “costituzionale” di tutela, sovralegislativo e pronto anche ad arginare – utilizzando la propria identità – l’approccio mercantile del diritto europeo.

Una *constitutional rule of technology* che ponga al riparo valori e diritti, che altrimenti, molto probabilmente, saremmo del tutto disposti a barattare per un po’ di lavoro in meno.

Bibliografia

- BARMANN B., *La responsabilità della Amministrazione per il cattivo funzionamento dei sistemi informatici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2016, p. 3.
- BILANCIA P., PIZZETTI F.G., *Aspetti e problemi del costituzionalismo multilivello*, Giuffrè, Milano, 2004.
- BODEI R., *Dominio e sottomissione. Schiavi, animali, macchine, intelligenza artificiale*, Il Mulino, Bologna, 2019.
- CAVALLARO M.C., SMORTO G., *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell' algoritmo*, in *federalismi.it*, 2019, p. 16.
- CIVITARESE MATTEUCCI S., “Umano troppo umano”. *Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in *Diritto pubblico*, 2019, p. 1.
- CLARICH M., *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 2019.
- COGLIANESE C. and LEHR D., *Regulating by Robot: Administrative Decision Making in the Machine-Learning Era* (2017), *Faculty Scholarship at Penn Law*. 1734. https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1734.
- CONSTANT B., *La libertà degli antichi, paragonata a quella dei moderni*, 1819, ripubblicato da Einaudi, a cura di G. PAOLETTI, 2005.
- DI MARTINO B., LI K., YANG L.T., ESPOSITO A., *Internet of Everything: Algorithms, Methodologies, Technologies and Perspectives*, Springer, Singapore, 2017.
- FASANO G., *Le decisioni automatizzate nella pubblica amministrazione: tra esigenze di semplificazione e trasparenza algoritmica*, in *MediaLaws*, 2019, p. 3.
- FIORAVANTI M., *Lo Stato moderno in Europa*, Laterza, Roma-Bari, 2019.
- FOLLIERI F. *Decisione amministrativa e atto vincolato*, in *Federalismi.it*, 2017, p. 7.
- FREDIANI E., *Il dovere di soccorso procedimentale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016.

- FROSINI T.E., *Il diritto costituzionale di accesso a internet*, in M. PIETRANGELO (a cura di), *Il diritto di accesso ad Internet*, Collana ITTIG-CNR, Serie "Studi e documenti", n. 9, ESI, Napoli, 2011.
- GALETTA D.-U., CORVALÀN J.G., *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in federalismi.it, 2019, p. 3.
- GALGANO F., *Diritto privato*, Cedam, Padova, 1985.
- GIURDANELLA C. ed GUARNACCIA E., *Elementi di diritto amministrativo elettronico*, Halley Editrice, Matelica, 2005.
- GROSSI P., *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, Roma-Bari, 1995.
- LARSON J., MATTU S., KIRCHNER L. e ANGWIN J. *May How We Analyzed the COMPAS Recidivism Algorithm*, *Pro Publica* 23, 2016.
- LEVI A., *Teoria generale del diritto*, Cedam, Padova, 1950.
- LOLLER M.-ANDERSEN, FOLKESTAD E., GOPINATHAN M. E NYGARD Ø., *Current Trends in Deep Learning in Medium*, 28 dicembre 2018, knowitlabs.no/current-trends-in-deep-learning-85e378dc813.
- LUCIANI M., *La decisione giudiziaria robotica*, in *Rivista AIC*, 2018, p. 3.
- MAC SÍTHIGH D. and SIEMS M., *The Chinese social credit system: A model for other countries?*, in *EUI Working Paperes*, 2019, 1, in https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/60424/LAW_2019_01.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
- MACLUHAN M., *Understanding Media: The Extensions of Man*, Mentor, New York, 1964.
- MACRÌ I., MACRÌ U., PONTEVOLPE G., *Il nuovo Codice della amministrazione digitale*, Ipsoa, Milano, 2011.
- MARCUSE H., *One-dimensional Man*, Beacon Press, Boston, 1964.
- MARTINES F., *La digitalizzazione della pubblica amministrazione*, in *Rivista di diritto dei media*, 2018, p. 2.
- MASUCCI A., *Atto amministrativo informatico, ad vocem*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1997, I aggiornamento.
- MASUCCI A., *L'atto amministrativo informatico*, Jovene, Napoli, 1993.
- MINELLI C., «Rationabilitas» e codificazione canonica. *Alla ricerca di un linguaggio condiviso*, Giappichelli, Torino, 2015.
- MORRONE A., *Sovranità*, in *Rivista AIC*, 2017, p. 3.
- MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Tomo I, Cedam, Padova, 1967.
- ONIDA V., *Pubblica amministrazione e costituzionalità delle leggi*, Giuffrè, Milano, 1967.
- PAPA M., *Future crimes: intelligenza artificiale e rinnovamento del diritto penale*, in *Criminalia*, 2020.
- PASQUALE F., *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Harvard University Press, Cambridge, 2015.
- PREDIERI A., *Gli elaboratori elettronici nell'amministrazione dello Stato*, Il Mulino, Bologna, 1971.
- RANELLETTI O., AMORTH A., *Atti amministrativi voce*, in *Novissimo digesto italiano*, Utet, Torino, 1964.
- SANTOSUOSSO A., *Intelligenza Artificiale e Diritto, Perché le tecnologie di IA sono una grande opportunità per il diritto*, Milano, Mondadori, 2020.

- SIMONCINI A. [1], *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2019, p. 1.
- SIMONCINI A. [2], *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2019, p. 4.
- SIMONCINI A. *Sovranità e potere nell'era digitale*, in T.E. FROSINI, O. POLLICINO, E. APA, M. BASSINI (a cura di) *Diritti e libertà in internet*, Le Monnier, Firenze, 2017.
- SIMONCINI A., SUWEIS S., *Il cambio di paradigma nell'intelligenza artificiale*, in *Rivista di Filosofia del Diritto*, 2019, p. 1.
- SORACE D., *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Il Mulino, Bologna, 2014.
- TORRENTE A., SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2011.
- VIOLA L., *Attività amministrativa e intelligenza artificiale*, in *Cyberspazio e diritto*, 2019, pp. 1-2.
- VIOLA L., *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell'arte*, in *Foro Amministrativo*, II, 2018, p. 9.
- ZANOBINI G., *Corso di diritto Amministrativo*, Volume I, Giuffrè, Milano, 1958.
- ZUBOFF S., *The age of surveillance capitalism*, Hacette Book Group, New York, 2019.

© Copyright 2020 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100
<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-3643-4

Per gli Autori che ad essi afferiscono il volume è da considerarsi come il risultato dell'attività di ricerca svolta all'interno di CERIDAP (Centro di Ricerca Interdisciplinare sul Diritto delle Amministrazioni Pubbliche) e nell'ambito delle attività del "Dipartimento di eccellenza" dei Dipartimenti di Diritto Pubblico, Italiano e Sovranazionale e di Scienze sociali e politiche dell'Università degli Studi di Milano; nonché nel contesto del dottorato in "Diritti e Istituzioni" dell'Università degli Studi di Torino.

Composizione: La Fotocomposizione - Torino

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

IL DIRITTO DELL'AMMINISTRAZIONE PUBBLICA DIGITALE

a cura di
Roberto Cavallo Perin e Diana-Urania Galetta

Introduzione di Mario G. Losano
Coordinamento editoriale di Gherardo Carullo

Con le novità del D.L. Semplificazioni
(D.L. n. 76/2020 come convertito in legge)



G. Giappichelli Editore