amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 3/2020

estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Enrico Carloni, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Gianfranco D'Alessio, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Giovanni Cocozza, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Marcin Princ, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Procedimento amministrativo e "buon algoritmo".

di Emanuele Cocchiara

(Dottore in Giurisprudenza, Università degli Studi di Palermo)

Sommario

1. Introduzione. – 2. La buona scuola e la giurisprudenza: ammissibilità dell'atto amministrativo informatico e gli atti vincolati. – 3. Diritti dei privati nel procedimento "automatico" e principio di legalità. – 4. Conclusioni.

Abstract

This document deals with the use of algorithms and artificial intelligence in administrative procedures. Starting from the analysis of the sentences concerning the recent case of school mobility, it highlights the problematic profiles related to discretionary acts and the relationship between automatic public administration decision making and the protection of private individuals rights. Finally, it underlines the principles extrapolated from the GDPR and the fulfilment of the Rule of Law.

1. *Introduzione.*

La questione giurisprudenziale, nata dalle numerose impugnazioni della graduatoria di mobilità della cd. *Buona Scuola*, ha focalizzato l'attenzione anche della dottrina sull'utilizzo di algoritmi e intelligenze artificiali nel procedimento amministrativo, andando ben oltre il caso concreto.

Al di là dei principi espressi dalle diverse pronunce della giurisprudenza amministrativa, i quali saranno analizzati nel dettaglio, vi sono diversi punti di diritto controversi e che meritano particolare attenzione data la novità e la continua evoluzione della materia.

In *primis*, bisogna inquadrare la tipologia di atto amministrativo, frutto del lavoro non del responsabile del procedimento ma di strumenti informatici creati ad hoc, e la sua compatibilità con quei procedimenti caratterizzati da discrezionalità e indeterminatezza dei concetti giuridici in gioco, data la mancanza di capacità valutazionale di un software. La relativa novità di questi strumenti nel panorama giuridico, e in particolare nella macchina organizzativa pubblica, necessita di un corretto inquadramento prima di procedere alla individuazione della corretta disciplina applicabile.

Fondamentale è poi individuare gli istituti di partecipazione al procedimento indirizzati a garantire i diritti dei soggetti in gioco, come il diritto di accesso, e in che modo essi possono essere minati da un procedimento demandato ad intelligenze artificiali, e conseguentemente, come invece possono trovare comunque doverosa applicazione.

Per ultimo non bisogna trascurare di analizzare nel caso concreto il principio di legalità, infatti, seppur la legge prevede l'atto amministrativo informatico, sempre se si ritiene essere questa la sua definitiva collocazione senza creare una figura ad hoc, non vi è una chiara e precisa normativa che prevede espressamente e disciplina lo svolgimento del procedimento con la quasi assenza di elementi "umani" e risulta necessario individuare nel diritto interno e in quello comunitario le disposizioni che possono autorizzarlo o meno e quali siano i possibili limiti.

2. *La "buona scuola" e la giurisprudenza: ammissibilità dell'atto amministrativo informatico e gli atti vincolati.*

Il 2019 ha visto un susseguirsi di sentenze relative alla questione dell'utilizzo nel procedimento amministrativo di un software che, seppur ricorrendo ad un algoritmo fondato sui dettami della legge 107/2015, *cd .Buona Scuola*, i quali fissano nuove norme per la mobilità del personale docente e avviano un piano straordinario di mobilità, ha innescato la nascita di una serie di contenziosi proposti da docenti che si sono trovati catapultati in regioni lontane apparentemente senza alcuna logica. I problemi sarebbero sorti dal fatto che, secondo gli studi condotti dai tecnici delle Università La Sapienza e Tor Vergata di Roma, l'algoritmo sarebbe stato mal

progettato e "non orientato alla manutentabilità", ma c'è chi non esclude a priori che vi siano stati anche degli errori umani nell'immissione dei dati nel software.
Prescindendo da quale sia stata effettivamente la causa, mentre in linea teorica l'algoritmo avrebbe dovuto collocare nella sede scelta il docente con il maggior punteggio, per poi proseguire in questo modo sulla base della classifica dei punteggi ottenuti, analizzando le singole situazioni è apparso che l'algoritmo ha invece in alcuni casi dato precedenza alla prima destinazione scelta piuttosto che al punteggio, come prevedeva il bando. Sostanzialmente è accaduto che soggetti con un punteggio pari a 100 si sono ritrovati ad essere stati assegnati a sedi lontane perché la prima sede indicata era già stata occupata da docenti con un punteggio inferiore.
Gli innumerevoli ricorsi proposti dai docenti, dopo un primo dubbio sulla giurisdizione risolto dal Consiglio di Stato[1], che ha anticipato le Sezioni Unite della Corte di Cassazione nel riconoscere la giurisdizione del giudice amministrativo, hanno portato per la prima volta ad una profonda riflessione sull'utilizzo di software e algoritmi nel procedimenti amministrativi.
La sentenza del Consiglio di Stato n.8472/2019, accompagnata da una sentenza gemella n.2936/2019, è soltanto l'ultima in ordine di tempo a dirimere la questione, annullando i provvedimenti impugnati e argomentando con articolate osservazioni di principio, osservazioni che tuttavia non sono state unanimi nelle varie pronunce. Pur essendo stata pacifica la risoluzione del caso concreto, nella direzione dell'annullamento del provvedimento adottato sulla base della *Buona scuola*, prima di questa ultima pronuncia depositata il 13 dicembre 2019 si era registrata una differenza di vedute fra il TAR Lazio e il Consiglio di Stato, tanto che, nonostante l'intervallarsi di diverse opinioni dei giudici di Palazzo Spada, i giudici amministrativi di primo grado hanno perseverato nell'affermare le proprie considerazioni espresse in precedenti sentenze.
Andando con ordine, la prima valutazione sul carattere dell'atto frutto di un procedimento devoluto ad un software è stata effettuata nella sentenza 3769/2017, con la quale la sez.III bis del TAR Lazio si è dovuta esprimere in merito alla concessione del Diritto di Accesso all'algoritmo che gestiva il software incaricato di stilare la graduatoria di mobilità. Mentre il MIUR aveva negato tale diritto sostenendo che ciò avrebbe violato la proprietà industriale dell'opera di ingegno, i giudici hanno fatto rientrare il software nella categoria dell'*atto amministrativo informatico*, partendo dalla definizione di documento amministrativo di cui all'art.22 della legge 241/90, e pertanto suscettibile di accesso, senza alcuna lesione della proprietà industriale, dal momento che l'accesso è solamente finalizzato alla tutela dei diritti di partecipazione dei privati e non alla riproduzione dell'opera. Ragionando in termini di principio e al di là del caso concreto, questa sentenza

[1] Consiglio di Stato, sentenza 5409/2017;

dimostra come è sempre possibile tutelare la partecipazione del privato, a patto che vi siano chiare disposizioni atte a tutelare i diritti dei soggetti coinvolti nel procedimento.
Il quesito posto ai giudici presupponeva l'individuazione di una categoria al quale ricondurre quella tipologia di atto e bisogna sottolineare come manca nell'ordinamento una definizione chiara di atto amministrativo totalmente informatizzato, ossia frutto di un procedimento svolto da intelligenza artificiale o strumenti simili.
Le uniche definizioni normative in materia sono quelle di cui all'art.1 del CAD[2] che definisce il documento informatico *"il documento elettronico che contiene la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti"* e all'Art.1 del Testo Unico sulla Documentazione Amministrativa che definisce il documento amministrativo informatico *"ogni rappresentazione, comunque formata, del contenuto di atti, anche interni, delle pubbliche amministrazioni o, comunque, utilizzati ai fini dell'attività amministrativa"*[3].
Come si evince dal tenore letterale queste definizioni non hanno a che fare con un atto frutto di una elaborazione automatizzata ma riguardano semplicemente l'atto finale di un "normale" procedimento amministrativo, che viene trascritto in forma elettronica; infatti il TAR stesso ha richiamato una vecchia dottrina che distingueva fra *atti a forma elettronica*, dove è soltanto la forma finale dell'atto ad essere informatizzata, ed *atti ad elaborazione elettronica o informatica*, come ad esempio la graduatoria elaborata interamente da un software.[4]
Nonostante la sostanziale differenza fra le due tipologie di atti, essi vengono entrambi ricondotti nella definizione di atto amministrativo informatico, al fine di tutelare i privati garantendo l'accesso ad ogni atto conclusivo del procedimento. Dopo di essa si è venuto a formare un vero e proprio, seppur piccolo, *corpus* giurisprudenziale costituito da un susseguirsi di considerazioni sul tema dalla sez.III bis del TAR Lazio e il Consiglio di Stato.
In *primis* vi è stata la sentenza del TAR n.9227 del 10 settembre 2018, nella quale sono state effettuate stringenti considerazioni sull'utilizzo di algoritmi nel procedimento amministrativo, successivamente riprese nella sentenza 10694/2019 pubblicata il 13 settembre 2019, noncurante di una lievemente diversa opinione espressa da Palazzo Spada nelle more.
Attraverso queste pronunce il giudice amministrativo di primo grado aveva affermato che gli strumenti artificiali non possono sostituire *"l'attività cognitiva, acquisitiva e di giudizio che solo un'istruttoria affidata ad un funzionario persona fisica è in grado di svolgere...ostando alla deleteria prospettiva orwelliana di dismissione delle redini*

[2] D.Lgs 82/2005 modificato e integrato dal Decreto Legislativo n. 179/2016;
[3] DPR 4457200 aggiornato con l.31/2019;
[4] TAR Lazio, sez. III bis, 3769 del 22 marzo 2017;

della funzione istruttoria e di abdicazione a quella provvedimentale, il presidio costituito dal baluardo dei valori costituzionali scolpiti negli artt. 3, 24, 97 della Costituzione oltre che all'art. 6 della Convezione europea dei diritti dell'uomo."

Pertanto i giudici hanno ritenuto che neanche un procedimento con una mole non indifferente di soggetti coinvolti può giustificare l'utilizzo di un algoritmo, soprattutto alla luce del fatto che vi sono in gioco posizioni giuridiche soggettive di soggetti privati.

Secondo questa visione restrittiva, l'impersonalità di una attività istruttoria siffatta minerebbe le fondamenta del procedimento amministrativo, mortificando gli istituti di partecipazione, trasparenza e accesso, così come l'obbligo di motivazione che a cascata comporterebbe la lesione dei diritti di garanzia processuale.

Questa impostazione sembra essere in contrasto con tutta l'attività legislativa degli ultimi due decenni volta prima alla digitalizzazione dell'apparato burocratico[5] e poi addirittura alla preferenza della impostazione digitale rispetto a quella "tradizionale" *(digital first)*[6], perseverando nell'obiettivo, non ancora definitivamente raggiunto, dello snellimento delle procedure amministrative attraverso l'informatizzazione del sistema.

L'informatizzazione e la parziale devoluzione di passaggi del procedimento amministrativo a strumenti artificiali non necessariamente deve comportare una lesione dei principi cardine dell'amministrazione e una compressione dei diritti soggettivi e interessi legittimi dei privati, e ciò può evitarsi se nell'azione informatizzata si agisce con trasparenza.

Benché potevano apparire condivisibili le preoccupazioni dei giudici, non può tuttavia essere negato come sia fondamentale, particolarmente in procedimenti complessi, l'utilizzo di strumenti informatizzati che aiutano i soggetti "umani" a perseguire al meglio i principi di cui all'art.1 l.241/90.

Fra alle predette sentenze si è imposto un ragionamento della V sezione del Consiglio di Stato con la sentenza 2270 del 8 aprile 2019, che è apparso più "aperto" e maggiormente coerente con l'evoluzione tecnologica recepita dalle diverse leggi di riforma.

Pochi mesi prima della sentenza 10694 /2019 del TAR Lazio, il massimo organo della giustizia amministrativa, nonostante anch'esso accoglieva il ricorso dei ricorrenti, in quanto la graduatoria era stata stilata al di fuori di quanto prescritto della legge, si è espresso sull'utilizzo di algoritmi in termini sicuramente più possibilistici, seppur critici.

I giudici di Palazzo Spada ritenevano, infatti, utile adoperare strumenti siffatti per ottemperare ai principi di efficienza, economicità e buon andamento, a patto che ciò

[5] Codice Amministrazione Digitale d.lgs 82/2005;

[6] *"Digital first"* art.1.1 lett. *b)* l.124/2015 cd. Riforma Madia;

non comporti una compressione degli altri principi dell'attività amministrativa. A tal fine hanno enucleato delle *"regole algoritmiche"*, che devono essere rispettate per incardinare gli elementi artificiali all'interno del procedimento senza stravolgerne i fini: in *primis* non devono essere consentiti al software spazi discrezionali, in quanto la discrezionalità deve trarsi nel momento dell'elaborazione dell'algoritmo, e in secondo luogo l'algoritmo deve essere suscettibile di modifiche ed aggiornamenti in itinere.

Da ciò deriva l'equiparazione dell'atto frutto del procedimento adoperato nella Buona Scuola ad un atto amministrativo informatico, come già fatto dal TAR in occasione della concessione dell'accesso, divenendo conseguentemente *"conoscibile"* e soggetto alla piena cognizione del giudice amministrativo.

Quello che è emerge da questo scambio di vedute fra TAR Lazio e CDS è che vi è una dibattuta visione circa i limiti dell'utilizzo di siffatti mezzi, rimanendo come punto di unione solamente la ovvia tutela dei privati da un nuovo "modo" di affrontare i procedimenti amministrativi e accogliere tutte le perplessità relative al caso di specie, annullando conseguentemente i provvedimenti sulla mobilità scolastica in esame.

In sostanza è emerso che il problema che pone l'utilizzo di meccanismi automatizzati non attiene al *se* utilizzarli ma al *quando*, perché le strade che si aprono sono due: utilizzare tali atti, cd. *automatici*, soltanto in sostituzione dell'attività vincolata della PA, ovvero adoperarli anche nei casi in cui fungono da *autolimite* per la PA, inserendo nel software dati e parametri precostituiti che sarebbero dovuti essere oggetto di valutazione discrezionale dell'essere umano.[7]

Premettendo che il caso della graduatoria della "Buona Scuola" non si trova nell'area degli atti discrezionali, come ricordato nelle sentenze del 2019, e per i quali non vi sono ormai dubbi sulla possibilità di utilizzo di software, è necessario individuare il confine fra vincolatività e discrezionalità, limite che però è alquanto sottile e difficilmente identificabile in molte situazioni.[8]

E' pacifico che è solo grazie agli atti vincolati che si è posto il problema dell'utilizzo degli atti ad elaborazione elettronica, poiché ad essi si è fatto inizialmente ricorso soprattutto per quei procedimenti nei quali viene "semplicemente" tradotto in algoritmo un insieme di istruzioni e dati precisi e determinati, da elaborare

[7] D.MARONGIU, *Gli atti amministrativi ad elaborazione elettronica: la compilazione di un "pre-software" in lingua italiana.*, in Diritto Amministrativo Elettronico, quaderni DAE, 2003 "il *soggetto a cui spetta l'assunzione delle decisioni discrezionali decide di non pronunciarsi volta per volta, ma di individuare dei parametri precostituiti e di inserirli in un software che fornirà automaticamente le determinazioni relative ai casi concreti"*;

[8] Già nel 2000 la Suprema Corte con sentenza n.16204 distingueva fra gli atti vincolati e discrezionali con soltanto i primi suscettibili di elaborazione algoritmica, ma anche la attività vincolata richiede valutazioni e motivazioni diverse sulla base dei casi concreti. Secondo alcuni studiosi ciò serviva a distinguere fra *dimensione documentaria* e meta-documentaria della informatizzazione. Si legga M.D'ANGELOSANTE, *La consistenza del modello dell'amministrazione invisibile nell'età della tecnificazione: dalla formazione delle recisioni alla responsabilità per le decisioni*, in *La Tecnificazione* a cura di S.CIVITARRESE MATTEUCCI-L.TORCHIA in Studi a 150 anni dall'unificazione amministrativa Italiana vo.IV, Firenze University Press 2017;

attraverso il software e senza svolgere alcun tipo di ragionamento autonomo (*"if..then"*)[9] In questi casi la volontà dell'amministrazione non è completamente annullata ma circoscritta nella prima fase, in quanto non essendovi allo stato delle cose una norma che impone l'utilizzo di software, sarà l'amministrazione stessa a decidere di adottare tali procedure e trasformare i dettami di legge in precisi input per l'elaborazione dell'algoritmo.[10]

Alcuni autori sostengono che vi sia espressione della discrezionalità amministrativa nella definizione di regole sull'*an* e sul *quomodo* del procedimento.[11]

Infatti viene fatto notare che l'operato dell' "essere umano" è presente in più fasi, in quanto l'automazione opera attraverso una prima predisposizione della fattispecie astratta e nell'inserimento dei dati per sussumere la fattispecie concreta, prima di giungere alla decisione automatizzata; pertanto sarà questa decisione ad essere oggetto di impugnazione e non il software stesso.[12]

In questo caso, non potendosi imputare all'amministrazione alcuna responsabilità sullo svolgimento del procedimento devoluto allo strumento informatico, l'illegittimità del provvedimento potrebbe derivare dalle errate informazioni fornite a monte ovvero da errori o difetti di programmazione del software ovvero ancora dalla mancanza di un adeguato monitoraggio da parte dell'amministrazione procedente. I problemi sorgono quando si tenta di affidare ad un software lo svolgimento di quei procedimenti connotati da un certo grado di discrezionalità, i quali comportano maggiori difficoltà nell'elaborare degli algoritmi che tengano conto di un elevato numero di ipotesi e scenari, nonché delle diverse situazioni soggettive in gioco. In altre parole, il ricorso all'automazione potrebbe essere ostacolato nei casi in cui si è in presenza di presupposti indeterminati da valutare prima della decisione, oltre che ovviamente di decisioni a carattere discrezionale.[13]

Tuttavia, secondo parte della dottrina, nella zona del labile confine fra vincolatività e discrezionalità si collocano quegli atti amministrativi *a bassa complessità o discrezionalità*, per i quali, nonostante la presenza di margini discrezionali non vi è un elevato numero di risultati ottenibili e pertanto la quantità alternative possibili risulta tale da poter elaborare il software in modo da consentire alla PA di programmarne i risultati.

L'automatizzazione di tali atti si lega inevitabilmente al principio dell'autolimite della pubblica amministrazione, attraverso il quale si riduce la discrezionalità dei

[9] L.VIOLA, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell'arte*, in www.federalismi.it n.21/2018;

[10] P.OTRANTO, *Decisione amministrativa e digitalizzazione della p.a.*, in www.federalismi.it n.2/2018;

[11] M.CORRADINO, *Inquadramento generale dell'atto amministrativo elettronico*, Convegno Rivista Diritto Amministrativo Elettronico, 2004;

[12] Sull'argomento CONTALDO - MAROTTA, *L'informatizzazione dell'atto amministrativo: cenni sulle problematiche in campo*, in Il diritto dell'informazione e dell'informatizzazione, 2002;

[13] M.D'ANGELOSANTE, op.cit.;

criteri generali di valutazione finali, con la definizione dell'input in termini precisi e determinati tanto da essere suscettibile di traduzione nel linguaggio elettronico.[14]
Una volta esteso l'ambito di operatività al di fuori degli atti vincolati si rischia però di sfociare in modo pressoché incontrollato negli atti discrezionali puri, considerando anche il fatto che gli atti vincolati sono spesso un caso di scuola più che una realtà concreta.
La possibilità di considerare anche gli atti discrezionali come atti ad elaborazione elettronica passa inevitabilmente da considerazioni più scientifiche che giuridiche, perché bisogna comprendere se è possibile allo stato dell'arte la programmazione di un software in grado di eseguire determinate valutazioni.
Ciò però non significa che attraverso la tecnologia ogni procedimento possa essere reso "elettronico", perché vi sono casi, non rari, dove si incontra l'ostacolo dei *concetti giuridici indeterminati,* caratterizzati da un elevato numero di significati, che necessitano di un maggiore sforzo, prima del legislatore e poi dell'apparato amministrativo, nel colmare uno spazio valutativo per elaborare un linguaggio normalizzato e suscettibile di essere ridotto alla catena di comandi informatici. [15]
La peculiarità di tali concetti consiste nel costringere l'interprete ad effettuare valutazioni non meramente giuridiche, trovandosi a dover integrare regole tecniche, economiche o sociologiche a seconda dei casi.[16]
In aiuto, evitando di addentrarsi in considerazioni prettamente di carattere scientifico e tecnologico, intervengono autorevoli studiosi che hanno elaborato i *cd. sistemi esperti*, capaci di scegliere il processo logico adatto al caso concreto attraverso un *"meta-algoritmo"*, che consente altresì, per i casi più complessi, l'intervento umano in itinere.[17]
Probabilmente la giurisprudenza non solo amministrativa si troverà, in tempi non molto lontani, a dovere dirimere questioni ben più complesse data l'evoluzione sempre più in accelerazione.
Le valutazioni ed i ragionamenti effettuati nelle predette sentenze hanno avuto il duplice limite di non aprire all'uso degli algoritmi per gli atti con profili di discrezionalità e quello di non argomentare, come ci si sarebbe aspettato, in modo adeguato tutta una serie di elementi fondamentali per circoscrivere l'ambito di applicazione del procedimento affidato ad entità artificiali; questi limiti, di cui il

[14] G.DUNI, *L'amministrazione digitale. Il diritto amministrativo nelle evoluzione telematica*, Giuffrè, Milano, 2008;
[15] A.MASUCCI, *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie*, Giappichelli 2011;
[16] Sul tema R.FERRARA, *L'incertezza delle regole tra indirizzo politico e funzione definitoria della giurisprudenza*, Dir.Amm. 2014, sostiene che più è indeterminato il concetto giuridico più dipende dall'azione discrezionale degli attori istituzionali, di specie i responsabili del procedimento.
E.FERRERO, *Concetti giuridici indeterminati e poteri discrezionali delle amministrazioni,* in Diritto e Processo amministrativo n.3/2014;
[17] C.GIURDANELLA - E.GUARNACCIA, *Elementi di diritto amministrativo elettronico*, Halley Editrice Professionisti, a cura di L.Viola, 2005;

secondo sottolineato dalla numerosi commenti dottrinali[18], sono stati finalmente superati dal Consiglio di
Stato con due sentenze gemelle depositate il 13 dicembre 2019, la n.2936/2019 e la 8474/2019.
Le predette considerazioni sembrano essere state in parte recepite dal massimo organo della giustizia amministrativa, il quale si è espresso in modo ancora più esplicito a favore della "PA robot", fornendo al contempo dei limiti alla luce del rapporto fra la normativa procedimentale e il GDPR, cosa che le precedenti pronunce non avevano fatto.
A dispetto della visione restrittiva espressa dal TAR Lazio, i consiglieri di stato hanno ritenuto che *nulla vieta che i medesimi fini predetti* (accertamento e verifica della scelta) *perseguiti con il ricorso all'algoritmo informatico, possano perseguirsi anche in relazione ad attività connotata da ambiti di discrezionalità*, in quanto non vi sono ragioni di principio o concrete che ostano all'estensione dell'utilizzo di IA a procedimenti che costituiscono comunque espressione di attività autoritativa svolta nel perseguimento del pubblico interesse.
In definitiva viene incoraggiata l'adozione di procedure informatiche che portino direttamente alla decisione finale, per i numerosi vantaggi che esse possono arrecare allo snellimento dell'iter procedimentale, ma al contempo vengono enucleati una serie di principi a tutela delle norme sul procedimento, che come vedremo, sono ricavati da disposizioni comunitarie e che dovrebbero superare le legittime perplessità espresse dal TAR Lazio e dalla dottrina.

3. *I Diritti dei privati nel procedimento "automatico" e principio di legalità.*
Se il "problema" non è quindi l'ammissibilità dell'utilizzo sempre più diffuso e quasi inevitabile degli atti ad elaborazione elettronica, il legislatore a monte e l'amministrazione di volta in volta devono volgere la loro attenzione alla tutela dei diritti in gioco. In particolare si fa riferimento ai diritti che stanno alla base della tutela dei soggetti coinvolti in procedimenti amministrativi, fra i quali trasparenza e non discriminazione, attuando quello che può essere definito un *giusto processo tecnologico (technological due process)*.[19]
Il perseguimento di un percorso volto all'innovazione e alla "sbrurocratizzazione" dell'apparato non può di certo giustificare una compressione dei principi fondanti dell'azione amministrativa a tutela del cittadino, che passano inevitabilmente dal

[18] Fra i quali: MC.CAVALLARO - G.SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, in Federalismi n.16/2019S.CIVITARRESE MATTEUCCI, *«Umano troppo umano». Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in Diritto Pubblico n.1 2019, Mulino Editore;
[19] I.A.NICOTRA - V.VARONE, *L'algoritmo, intelligente ma non troppo*, in Rivista AIC n.4/2019 del 22 novembre 2019;

confronto con l'amministrazione procedente e quindi pienamente "responsabile" dell'azione.[20]

Come anticipato nella trattazione sulla giurisprudenza riguardante la graduatoria della *Buona Scuola*, già nel 2017 il TAR Lazio aveva chiarito che il diritto di accesso debba essere sempre garantito anche in presenza di elementi che costituiscono opere di ingegno, in quanto tale diritto del privato prevale con l'unico limite di non utilizzare a fini economici degli elementi estratti.

Ciononostante la giurisprudenza non si era ancora espressa in modo concreto sulla tutela da garantire ai soggetti destinatari di procedimenti automatici; ciò fino alla svolta avuta con le sentenze gemelle del Consiglio di Stato 2936 e 8474 del 2019. Con una argomentazione fondata principalmente su disposizioni comunitarie, dopo aver ribadito la complementarietà degli atti ad elaborazione elettronica con l'art. 97 Cost., i giudici hanno sostanzialmente individuato tre principi fondamentali da perseguire per il corretto utilizzo dei nuovi strumenti.

Il primo di essi è il principio di *piena conoscibilità*, corollario del principio di trasparenza.

Esso esprime l'esigenza che i soggetti interessati devono essere messi nelle condizioni di poter conoscere, e avere conseguentemente riconosciuto il diritto all'accesso, tutti gli aspetti della decisione automatizzata, dall'autore del procedimento al meccanismo di decisione, passando per le modalità di valutazione e di immissione dei dati.

Per realizzare questo obiettivo sarà quindi necessario che gli elementi tecnici dell'algoritmo siano resi leggibili da chi li richiede; tutti questi elementi sono contenuti agli artt.13 - 14 - 15, della sezione *"Informazione e accesso ai dati personali"* del *Regolamento generale sulla protezione dei dati*, conosciuto come GDPR.[21]

A tal fine è necessario fare in modo che la trasparenza passi attraverso un certo grado di "spiegabilità" dell'algoritmo, con tutto ciò che ne deriva.[22]

Nello specifico, interpretando le disposizioni del regolamento richiamate, il legislatore comunitario intende la trasparenza in questione in una visione ben più ampia. Infatti, data la complessità dello strumento, non è sufficiente consentire la conoscibilità della funzione matematica che ne sta alla base, bensì tutta la sua concreta implementazione, il contesto in cui è applicato, gli scopi perseguiti, le tecniche applicate e magari anche degli esempi circa il suo concreto funzionamento.[23]

---

[20] MC.CAVALLARO - G.SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, op.cit.;

[21] Regolamento UE n.679/2016;

[22] M.ZALNIERUTE - L. BENNET MOSES - G.WILLIAMS, The Rule of Law and Automation of Go vernment Decisions making, in The modern law review, 2019;

[23] E.TROISI. *AI e GDPR: l'Automated Decision Making, la protezione dei dati e il diritto alla 'intellegibilità' dell'algoritmo*, in European Journal of Privacy Law & Technologies, Giappichelli 2019;

Altro importante limite che il Consiglio di Stato estrapola è quello di *piena imputabilità* della decisione.
Tale principio si estrinseca nell'esigenza dell'apporto umano, individuando un soggetto responsabile a cui possano essere ricondotti gli effetti dell'azione amministrativa adottata dall'algoritmo. Da esso, secondo i giudici, deriva un ulteriore principio, quello di *non esclusività della decisione algoritmica*, sancito dall'art. 22 del GDPR e dalla "Carta della Robotica"[24], ossia del divieto di produrre effetti giuridici che incidono in modo significativo sulla sfera dei privati, basandosi solamente su un processo sviluppato da una entità artificiale.
A dire il vero, nel richiamare questo principio è stato dato un taglio sicuramente più restrittivo rispetto alla normativa comunitaria; infatti i giudici non hanno riportato nella decisione il secondo comma dell'art.22 GDPR, il quale individua dei limiti al principio di non esclusività elencando casi in cui una decisione esclusivamente automatizzata può incidere sui diritti della persona.[25]
Il terzo punto cardine individuato nella sentenza prende spunto dal considerando n. 71 del GDPR, cioè il *principio di non discriminazione algoritmica.*[26]
Esso attiene al momento della profilazione, intesa come l'insieme delle attività di raccolta ed elaborazione dei dati inerenti agli utenti di un servizio, al fine di suddividerli in gruppi.[27]
Anche nel caso in cui ci si trovi dinanzi ad un algoritmo conoscibile e comprensibile e ammesso anche che esso non costituisca l'unica base della decisione finale, esso potrebbe comunque ledere i diritti dei soggetti quando nella profilazione li suddivida attraverso criteri discriminatori.
Tale eventualità, non inverificabile, sarebbe ovviamente incostituzionale, anche se ciò presumibilmente si verifica quando l'algoritmo predittivo è costruito su un set di dati che è già in partenza discriminatorio.[28] [29]

---

[24] Risoluzione approvata dal Parlamento Europeo il 16 Febbraio 2017;

[25] Art.22 comma 2 GDPR: *Il paragrafo 1 non si applica nel caso in cui la decisione: a) sia necessaria per la coclusione o l'esecuzione di un contratto tra l'interessato e un titolare del trattamento b) sia au torizzata dal diritto delll'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento, che precisa altresì misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato;c) si basi sul consenso esplicito dell'interessato.*Sul punto A.SIMONCINI, *Profili costiituzionali dell'amministrazione algoritmica,* in Riv.Trim.Diritto Pubblico, fasc.4/2019, De Jure;

[26] Tale punto del GDPR recita: *"è opportuno che il titolare del trattamento utilizzi procedure matematiche o statistiche appropriate per la profilazione, metta in atto misure tecniche e organizzative adeguate...che impedisca tra l'altro effetti discriminatori nei confronti di persone fisiche sulla base della razza o dell'origine etnica, delle opinioni politiche, della religione o delle convinzioni personali, dell'appartenenza sindacale, dello status genetico, dello stato di salute o dell'orientamento sessuale, ovvero che comportano misure aventi tali effetti.";*

[27] B.SAETTA, *Profilazione e processi decisionali automatizzati,* protezionedatipersonali.it, dicembre 2018;

[28] A.SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà,* in BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto, n. 1/2019 richiama il principio GIGO *("garbage in garbage out")* per cui un algoritmo non può che riflettere la qualità dei dati su cui è costruito;

[29] Messo alla luce dal *cd.Caso COMPAS*, riguardante un sistema adottato nel caso *Loomis* nel quale veniv autilizzato un algoritmo "predittivo" per calcolare il rischio di recidiva per ex condannati tornati in libertà

La conoscibilità e l'imputabilità, uniti alla relativamente recente possibilità per il giudice amministrativo di avvalersi di consulenti tecnici d'ufficio al fine di comprendere anche i processi del software in sede di sindacato giurisdizionale, sono principi che, se rispettati, dovrebbero in linea di massima costituire una garanzia per il sistema di tutela delle situazioni soggettive e al contempo per il corretto svolgimento dei procedimenti amministrativi connotati dall'elaborazione elettronica, facendo salvi contemporaneamente il buon andamento della PA e il giusto processo tecnologico, pur in assenza di una normativa specifica a livello legislativo. Proprio tale assenza di specifica previsione di legge ha dato il via a dibattiti concernenti il principio di legalità, in quanto la tutela dei soggetti coinvolti nei procedimenti e in ossequio ai principi dello stato diritto è necessario soddisfare tale principio, e rimane conseguentemente da comprendere se esso possa essere soddisfatto dalla reperibilità di norme in fonti esterne e molteplici ovvero se sia necessaria una specifica legge interna.

Come emerge dalle sentenze del Consiglio di Stato, allo stato degli atti, il fondamento giuridico è ritrovato in una serie di norme poste a livelli differenti, direttive e regolamenti comunitari, atti di *soft law*, come la già citata Carta della Robotica, e giurisprudenza amministrativa, costretta ad elaborare principi soltanto dopo l'emergere di problemi connessi al completamento di procedimenti artificiali.[30] Viene fatto notare da alcuni Autori che è la stessa richiamata normativa comunitaria che esige indirettamente un fondamento nella legge per i provvedimenti amministrativi automatizzati e per l'individuazione di limiti specifici all'esercizio del potere di decisione automatizzata.[31]

La sempre più pressante necessità di adeguare la legislazione in modo da prevedere e disciplinare i casi in cui la PA può o non può avvalersi di tali procedimenti, risponderebbe all'art. 22 del GDPR comma 2 lett. *b)* che prevede, come presupposto alla decisione automatizzata incidente su diritti soggettivi, l'autorizzazione *"dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento, che precisa altresì misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato"*; anche se in un'ottica più ampia è però opportuno sottolineare come il GDPR, dato il suo ambito specifico di azione, nulla statuisce sul principio di legalità delle decisioni automatiche che non incidono sui dati personali.

---

attraverso le informazioni sul singolo soggetto collegate al gruppo sociale più affine. Ciò portò ad una condanna penale a causa del risultato discriminatorio del processo automatizzato che finiva per sovrastimare le ricadute criminose per i sooggetti di colore. S.CARRER, *Se l'amicus curiar è un algoritmo: il chiacchierato casoo Loomis alla Corte Suprema del Wisconsin,* in giurisprudenzapenale.com n.4 2019;

[30] G.ORSINI - E.D'ORLANDO, *Nuove prospettive dell'amministrazione digitale: Open Data e algoritmi,* in Istituzioni del federalismo n.3/2019;

[31] S.CIVITARRESE MATTEUCCI, *«Umano troppo umano». Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità,* op.cit.;

Quello che emerge è sostanzialmente un problema di *power conferring rule*, ossia di una norma che conferisca in modo diretto il potere di agire attraverso entità artificiali, come accade in alcuni ordinamenti all'interno dell'Unione Europea.
Esempi di *power conferrring rule* si ritrovano in ordinamenti non tanto dissimili dal nostro, anche se con diverse gradazioni. Nel sistema spagnolo ad esempio vi è una disposizione nel *Régimen Jurídico del Sector Público,* che prevede che qualsiasi amministrazione possa rifarsi a procedimenti automatizzati a patto che individui un soggetto incaricato di manutentare, aggiornare, programmare e controllare costantemente il software. Altro esempio si ritrova nell'ordinamento tedesco, dove è stata recentemente inserita nella disciplina sul procedimento amministrativo una apposita disposizione che sottopone l'utilizzo delle procedure automatizzate al rispetto di due criteri: l'assenza di margini di discrezionalità, sulla quale alla luce delle citate considerazioni possono essere avanzate delle perplessità, e soprattutto, la legittimazione proveniente da una specifica fonte di rango legislativo. [32] [33]
La differenza fra le due esperienze è che, mentre l'esempio spagnolo consente una maggiore flessibilità, l'esempio tedesco rappresenta sicuramente in modo più stringente il rispetto del principio di *legalità in senso sostanziale*, fornendo dei limiti direttamente su base legislativa senza delegare a fonti di rango inferiore.[34]
In sostanza una siffatta disposizione rispetterebbe a pieno i principi del Rule of Law ed eliminerebbe ambiti di incertezza sull'utilizzo di A.I.[35]
Ogni strumento che, nel suo utilizzo, rischia di produrre effetti critici sia sul piano dei principi che regolano l'azione pubblica, sia soprattutto sulla tutela dei diritti individuali, che nel caso di applicazione al diritto penale possono andare ben oltre a quelli in gioco nel procedimento amministrativo, dovrebbe necessariamente rispettare il Rule of Law ed essere previsto, delimitato e disciplinato da una apposita norma.

4. *Conclusioni.*

Nonostante in più ambiti sia ormai fondamentale l'impulso dato dal legislatore comunitario, dalla tutela dell'ambiente all'antitrust, l'ordinamento interno non può

[32] Legge sulla procedura amministrativa del 25.05.1976 art.35a introdotto con la riforma del 2015*"Ei Verwaltungsakt kann vollständig durch automatische Einrichtungen erlassen werden, sofern dies dur ch Rechtsvorschrift zugelassen ist und weder ein Ermessen noch ein Beurteilungsspielraum besteht.";*

[33] T.WISHMEYER - T.RADEMACHER, *Regulating Artificial Intelligence,* Springer *2020;* A.SUDMANN, *The democratization of artificial intelligence.Net politics in the Era of learing algorithms,*Transcript Verlag, 2019;

[34] S.CIVITARRESE MATTEUCCI, *Umano, troppo umano.*, op.cit.
Sulla "Legalità sostanziale" *o concetto forte della legalità: la legge non solo deve attribuire il potere all'amministrazione ma deve anche indicarne il contenuto e le modalità di esercizio.* A.MACHEDA, *Principio di legalità, poteri impliciti e legge provvedimento,* in www.ildirittoamministrativo.it; D.SIMEOLI, *Appunti sul principio di legalità amministrativa,* in www.questionegiustizia.it/rivista/;

[35] Secondo Joseph Raz il Rule of Law è una virtù del sistema giuridico che indica il suo stato di salute o buon funzionamento. F.VIOLA, *Il rule of law e il concetto di diritto*, in Ragion Pratica n,1/2008;

rimanere immobile davanti una tale evoluzione, mentre le istituzioni dell'Unione Europea continuano coerentemente ad estendere le prospettive delle IA, arrivando anche in ambito sanitario.[36]

Nel *Libro bianco sull'intelligenza artificiale* del 2020, che mira a favorire i progressi scientifici volti ad elaborazione di IA utilizzabili in ogni area possibile, la stessa Commissione UE evidenzia come la normativa generale dell'Unione in materia di sicurezza attualmente in vigore si applica ai prodotti ma non ai servizi, per cui si applicherebbe al "prodotto software" e non al servizio che lo utilizza, dalla sanità ai trasporti. Pertanto, mentre l'Unione Europea provvede ad adeguare la propria normativa in ossequio ai principi posti dal predetto documento, gli stati dovrebbero iniziare a disciplinare in un modo più ampio possibile tutto ciò che concerne le intelligenze artificiali e le loro applicazioni pratiche.

Valutazioni di questo tipo, interne al nostro Paese, dovrebbero affiancare sin da subito i già avviati meccanismi di sperimentazione di IA nei procedimenti amministrativi e giurisdizionali.

Infatti è stato recentemente siglato fra il Ministero dell'Innovazione e la *Fondazione Leonardo*, società partecipata del Ministero dell'Economia e delle Finanze, un protocollo di intesa sull'etica dell'Intelligenza Artificiale nella Pubblica Amministrazione.[37]

Tale protocollo mira a definire due progetti da destinare ad una sperimentazione sulla applicazione delle IA nei procedimenti amministrativi, rimarcando la tutela di quei principi già richiamati a dicembre 2019 dal Consiglio di Stato., oltre che ad elaborare un "codice di conformità" per l'implementazione di queste tecnologie sia nel pubblico sia nel privato.

Lo stesso documento firmato dal Governo nazionale contiene una puntuale riflessione in linea con le predette considerazioni; si legge, infatti, che *si avverte la necessità che il diritto "guidi" e "orienti" la tecnologia, onde permetterle di percorrere binari rispettosi di un sistema assiologico di valori riflesso nelle costituzioni degli stati moderni e nei trattati internazionali. Affinché tale missione sia portata a compimento, però, non è sufficiente un'opera di rivisitazione delle garanzie costituzionali dei diritti fondamentali; occorre, invece, una puntuale verifica circa le norme dell'ordinamento positivo e la loro perdurante abilità a riflettere alcuni principi ispiratori che ne giustificano la collocazione all'interno del sistema delle fonti.*

Seppure all'interno sia espressa una chiara preferenza per una regolamentarizzazione affidata a fonti secondarie a seguito di un processo di delegificazione e nei limiti dati dal legislatore, avvicinandosi pertanto all'esempio spagnolo, si sottolinea come gli

[36] Commissione Europea, Libro bianco sull'intelligenza artificiale Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia, Bruxelles 19.02.2020. www.ec.europa.eu

[37] https://innovazione.gov.it/un-protocollo-d-intesa-sull-etica-dell-intelligenza-artificiale-nella-pubblicaamministrazione/

strumenti di soft law richiamati nella giurisprudenza non siano più sufficienti e adeguati.

L'evoluzione tecnologica oltre i normali livelli di adattabilità dell'essere umano, da quando in ossequio ai risvolti pratici della *legge di Moore* la complessità e l'efficienza di un microcircuito raddoppia ogni 18 mesi[38], ci spinge inevitabilmente a riflettere sulle sue implicazioni nel campo del diritto.

L'utilizzo in ogni branca giuridica dei citati sistemi predittivi e sistemi esperti non è una mera prospettiva futura ma già realtà che si sta via via concretizzando, perciò si deve giungere alla considerazione che con l'evoluzione scientifica in atto il mondo del diritto è costretto a stare al passo e ad avere una maggiore apertura verso queste nuove tecnologie, con il solo limite di tutelare al contempo i diritti e gli interessi legittimi.

La devoluzione ad intelligenze artificiali di procedimenti decisionali delicati è già realtà anche in ambiti diversi dal diritto amministrativo, dove sono stati sperimentati i così detti algoritmi predittivi, i quali sulla base di dati statistici e diversi parametri elaborano modelli utilizzabili con diverse finalità.[39]

Ciò su cui si deve riflettere, infatti, non è se utilizzare le tecnologie che via via ci vengono offerte, ma in che modo adoperarle al meglio per il bene della collettività ponendo al contempo dei paletti che impediscono a tecnologie sempre più "intelligenti" di prevalere sull'attività umana trasformandosi da "servi" in "padroni".[40]Ogni elemento nuovo, che può consentire una più veloce e performante modalità di adottare atti o provvedimenti, deve superare necessariamente delle valutazioni in merito alla sua capacità di agire senza ledere i diritti e gli interessi legittimi di tutti i soggetti coinvolti.

Date queste premesse, per limitare il più possibile il sorgere di problemi che diventerebbero altrimenti inevitabili, il complesso di regole che conferisce il potere di utilizzare questi nuovi strumenti deve inevitabilmente derivare da una esplicita *power conferring rule*. Solo attraverso un procedimento legislativo e una dialettica fra idee contrapposte, prescindendo dalla eventuale scelta di rifarsi al modello spagnolo ovvero a quello tedesco, può esserci un bilanciamento a monte sui diritti in gioco. In

---

[38] T.L.FRIEDMAN, *Grazie per essere arrivato tardi*, 2016. Gordon Moore, cofondatore di Intel, la più grande società produttrice di microprocessori, teorizzò già nel 1965 questo principio che divenne in breve tempo una realtà nell'evoluzione tecnologica;

[39] Vengono distinti tre diversi livelli di automazione: Automazione completa attraverso i sistemi esperti, automazione ad intervento umano ridotto e automazione predittiva. Sul punto D.U.GALLETTA - J.G.CORVALAN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto,* in Federalismi.it 6.02.2019;

[40] A.SIMONCINI, *Profili costituzionali dell'amministrazione algoritmica,* op.cit. Qui viene metaforicamente contrapposta la preoccupazione "Orwelliana", emersa nelle pronunce del TAR Lazio, con una visione in cui le macchine si ribellano all'uomo come nel film *Blade Runner,* ciò per mettere in guardia sulla repentina evoluzione e sui rischi che si corrono a causa del fascino che godono tutti gli strumenti che permettono di risparmiare tempo e lavoro;

un siffatto contesto in piena evoluzione è auspicabile che venga messa in moto al più presto una discussione in sede parlamentare volta a sintetizzare e tradurre in disposizioni di legge i principi dati da diverse fonti, individuando, per quanto possibile, un limite fra vincolatività e discrezionalità, all'interno del quale permettere l'utilizzo più o meno esclusivo di software sostitutivi dell'attività umana.[41]

[41] L.TORCHIA - S.CIVITARRESE MATTEUCCI, *La tecnificazione dell'amministrazione*, op.cit..