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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

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. 2/2023

Estratto

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

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Francesco Cardarelli, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Chiara Cudio, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Bruno Mercurio, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Josè Manuel Ruano de la Fuente, Leonardo J. Sańchez-Mesa Martĩnez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Sveva Bocchini Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Andrea Marco Colarusso, Sergio Contessa, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Federica Lombardi, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Giovanni Pesce, Marcin Princ, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Simona Terracciano, Salvatore Villani, Stefania Terracciano.

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"

I limiti nell'utilizzo delle decisioni automatizzate e la legalità algoritmica

di Vincenza Dardano

(Dottoranda in Studi Giuspubblicistci presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata")

Sommario

1. Il fatto; 2. Le questioni sul tavolo; 3. L'ammissibilità del ricorso agli algoritmi nel settore amministrativo. Quali le garanzie minime?; 4. Il processo di automazione decisionale nella giurisprudenza amministrativa; 5. L'Algoritmo come schema procedimentale moderno, ma vincolato al rispetto dei principi amministrativi; 6. Conclusioni.

Abstract

With sentence no. 7703/2022, the third section of the Campania Administrative Court confirmed the legitimacy of the use of algorithms in the administrative procedure, provided that full knowledge of the algorithm used is ensured - so as to allow full attribution of the deed and consequent responsibilities adoption of the final decision by the body holding power (with guarantee of knowability of the logics that inspired the automated administrative action) - and respect for the principle of non-exclusivity of the algorithmic decision.

** Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review*

ISSN 2036-7821

1. Il fatto

Il Giudice amministrativo, con la decisione in commento, torna a pronunciarsi sul controverso tema dell'automazione decisionale che si è affermata nella pubblica amministrazione mediante l'introduzione di algoritmi investiti del potere di adottare determinate decisioni.

La vicenda processuale trae origine dall'annullamento di alcune note con cui l'Agea aveva ricalcolato l'importo già versato a titolo di indennità compensativa per le aziende agricole localizzate in territori montani di cui alla Misura 13.1.1. "Pagamento compensativo per le zone 3 montane", varata nell'ambito del PSR Campania 2014-2020, al fine di compensare almeno parzialmente i costi aggiuntivi ed il mancato guadagno dovuti alla particolare ubicazione dei fondi agricoli.

In particolare, tale indennità era stata originariamente calcolata, in ossequio a quanto previsto dall'art. 6 dei bandi attuativi, sulla base di una procedura di calcolo, con indicazione espressa dell'algoritmo adoperato, specificatamente disciplinato nel bando stesso.

Dunque, nel rispetto di tale metodo di calcolo, Agea aveva determinato per la ricorrente un'indennità per gli anni 2018-2019 pari complessivamente ad euro 43.439,51.

L'Agea, però, aveva proceduto a ricalcolare l'indennità applicando un nuovo e diverso algoritmo di calcolo, riscontrando un eccesso negli importi versati e procedendo al recupero degli importi versati precedentemente.

Chiaramente, la decisione dell'Amministrazione ha generato un'impugnativa al Tar territorialmente competente, con domanda di annullamento delle note adottate dalla stessa Agea all'esito dell'operazione di ricalcolo.

Il ricorrente ha contestato l'utilizzo del diverso algoritmo lamentando la violazione della *lex specialis* e di principi cardine del procedimento amministrativo, quali il principio di motivazione dell'atto amministrativo e la partecipazione al procedimento.

2. Le questioni sul tavolo.

Il *thema decidendum* è calibrato, come anticipato, sulla dibattuta tematica relativa alla ammissibilità della cd. decisione amministrativa algoritmica e alla connessa applicazione dei principi del procedimento amministrativo dettati dalla l. n. 241/90.

Nella comune esperienza, la procedura automatizzata può sia sostituire interamente l'attività amministrativa – dando la stura ad ipotesi nelle quali il funzionario viene integralmente sostituito dall'algoritmo, tanto che si parla di "funzionario digitale"[1] – sia svolgere una funzione strumentale rispetto ad un percorso che contempla comunque l'intervento umano.

[1] F. F. PAGANO, *Pubblica amministrazione e innovazione tecnologica,* in *La Rivista Gruppo Pisa*, n. 3/2021.

ISSN 2036-7821

A prescindere dall'adozione di un modello decisionale integralmente rimessa all'algoritmo o di un modello che prevede l'intervento umano, il ricorso al procedimento algoritmico può apparire foriero di ricadute positive per l'operato della pubblica amministrazione e per gli stessi cittadini perché, per la prima volta, potrebbe avviarsi un sistema di gestione dei dati e delle informazioni volto ad automatizzare attività ripetitive e standardizzate.

Il Consiglio di Stato[2], già in passato, si è mostrato favorevole all'utilizzo di un procedimento algoritmico che conduca direttamente alla decisione finale, ritenendo che questa tendenza dovesse essere incoraggiata ma sempre nel pieno rispetto dei principi fondamentali su cui si fonda l'ordinamento italiano. È noto, infatti, che il principio di buon andamento dell'azione amministrativa sia comprensivo anche del principio di economicità che impone all'amministrazione un precipuo obbligo di raggiungimento dei fini che le sono propri, con il minor impiego possibile di risorse e mezzi.

Tale pronuncia ha rappresentato una prima importante occasione per dettare una serie di rilevanti condizioni in grado di incidere sulla legittimità dell'atto finale adottato in maniera automatizzata[3].

In dottrina, invece, si è recentemente e proficuamente discusso di "*principio di legalità algoritmica*"[4], con ciò volendo intendere le condizioni che giustificano il legittimo ricorso a tali procedure algoritmiche in modo da garantire i diritti degli amministrati che si confrontano con l'amministrazione digitale chiamata, questa volta, non a erogare servizi burocratici o servizi *on-line*, ma ad esercitare poteri amministrativi idonei ad incidere negativamente sulla sfera giuridica dei privati[5].

Ebbene, il Tar Campania, sede di Napoli, con la pronuncia in commento, si premura di porre l'accento sull'imparzialità del risultato conseguito mediante l'utilizzo dell'algoritmo, in assenza di elementi soggettivi che possano intervenire ad alterare o mutare il risultato.

Orbene non ci si può non domandare se ciò sia effettivamente conforme ai canoni di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa – *ex* art. 1 l. 214/1990 – i quali, secondo il principio costituzionale di buon andamento dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 della Costituzione, come visto, impongono all'amministrazione il conseguimento dei propri fini con il minor dispendio di mezzi e risorse.

---

[2] Cons. Stato, VI sez., 8 aprile 2019, n. 2270 *in www.giustizia-amministrativa.it*.

[3] Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270, con nota di R. FERRARA, *Il giudice amministrativo e gli algoritmi, note estemporanee a margine di un recente dibattito giurisprudenziale, in Dir. amm., 2019, 784 ss.*, nonché di G. PESCE, *Il Consiglio di Stato ed il vizio dell'opacità dell'algoritmo tra diritto interno e diritto sovranazionale*, in www.giustizia-amministrativa.it, 16 gennaio 2020; L. MUSSELLI, *La decisione amministrativa nell'età degli algoritmi: primi spunti*, *in MediaLaws*, n. 1/2020., 18 ss.

[4] E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, *in riv Dir. Amm.*, 2020.

[5] F.F. PAGANO, *Pubblica amministrazione e Innovazione tecnologica*, in *La Rivista Gruppo Pisa*, n. 3/2021.

ISSN 2036-7821

Certamente, infatti, l'utilizzo di una procedura informatica che conduca direttamente alla decisione finale dev'essere incoraggiato, comportando numerosi vantaggi quali, ad esempio, la notevole riduzione della tempistica procedimentale per operazioni ripetitive, l'esclusione di interferenze dovute a negligenza del funzionario e la conseguente maggiore garanzia di imparzialità.
Si pensi, a titolo esemplificativo, alla riduzione dei tempi procedimentali in riferimento a operazioni prive di discrezionalità, consistenti in una sequela di mere ripetizioni. Ma non solo. Invero, anche l'attività amministrativa non vincolata è espressione di un'attività autoritativa svolta nel perseguimento del pubblico interesse che richiede una fase di verifica e accertamento dei fini indicati dalla legislazione di riferimento, ben esercitabile mediante l'uso di algoritmi.
Tuttavia, nella pronuncia in commento, il giudice amministrativo non trascura neppure la necessità di controbilanciare l'opposta esigenza di garantire un controllo umano del procedimento in funzione di garanzia, in modo da assicurare che il funzionario, in qualunque momento, possa intervenire per compiere interlocuzioni con il privato e verificare l'esattezza del procedimento. Infatti, la regola tecnica che governa ciascun algoritmo resta pur sempre una regola amministrativa generale, costruita dall'uomo e non dalla macchina, per poi essere *in concreto* applicata da quest'ultima.
A fronte di tali esigenze contrapposte si pone dunque il quesito della necessità di delineare gli equilibri di diritti, doveri e poteri che si configurano quando è la Pubblica Amministrazione ad agire attraverso algoritmi, ovvero a mediare il proprio rapporto con i cittadini per mezzo di applicazioni e piattaforme informatiche.

3. L'ammissibilità del ricorso agli algoritmi nel settore amministrativo. Quali le garanzie minime?

Il concetto di algoritmo non rappresenta un'acquisizione recente. Se vogliamo inquadrare tale "schema sistematico" sotto un profilo storico, l'algoritmo è stato infatti enucleato nel contesto della matematica araba dell'alto medioevo. Nella sua connotazione pre-tecnologica, esso è identificato in una procedura che conduce alla soluzione di un problema attraverso un percorso formalizzato che si risolve in una sequenza di passaggi precostituiti, ordinati ed univoci, tali da poter essere eseguiti e ripetuti senza margini di scelta arbitraria[6].
È invece nella seconda metà del ventesimo secolo che, con la nascita e lo sviluppo della *computer science*, la nozione di algoritmo ha subìto una parziale traslazione di

[6] Sul punto si vedano L. LOMBARDI VALLAURI, *Neuroni, mente, anima, algoritmo: quattro ontologie, in Id., Logos dell'essere logos della norma*, Bari, 1999, p. 586, A. BALDI, D. MULA, *Responsabilità civile e intelligenza artificiale, in Intelligenza Artificiale*, 2020; G. TADDEI ELMI, A. CONTALDO, *Algoritmi giuridici. Ius condendum o "fantadiritto"*?, Pacini Giuridica Pisa, 2021, p.168, e R. BORRUSO, S. RUSSO, C. TIBERI, *L'informatica per il giurista*, Milano, 2009, p. 207.

ISSN 2036-7821

significato, per cui oggi è divenuto sinonimo di "programma informatico" capace di svolgere solo funzioni precise, sequenziali e univoche[7].

Da tempo ormai, la Pubblica Amministrazione è stata investista dall'innovazione tecnologica, seppur con tempistiche non sempre celeri e con le annesse difficoltà per gli opportuni adattamenti organizzativi.

Invero, i primi interventi legislativi sul tema dell'innovazione tecnologica della P.A. si registrano negli anni novanta del novecento. In particolare, dapprima fu introdotto il d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 che si occupava di informatizzazione degli uffici pubblici, disciplinando le modalità di adozione degli strumenti tecnologici da parte degli uffici[8]; poi con la legge 15 marzo del 1997, n. 59, si è ulteriormente rafforzato il rapporto della Pubblica Amministrazione con l'utilizzo della tecnologia, quale strumento di comunicazione con i cittadini in grado di semplificare la fruizione dei servizi burocratici erogati dalla P.A..

Il momento di svolta sotto il profilo normativo è però rappresentato dagli anni duemila, quando la telematica ha avuto un formale riconoscimento nella legge 7 agosto 1990, n. 241, per effetto delle modifiche apportate con la legge 11 febbraio 2005, n. 15: di spiccato rilievo è l'art. 3-*bis*, a mente del quale "*per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche incentivano l'uso della telematica, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati*".

Tale previsione, ha poi trovato un'ampia attuazione per il tramite del Codice dell'amministrazione digitale (CAD), adottato con d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 e modificato più volte, da ultimo attraverso la legge di riorganizzazione delle pubbliche amministrazioni del 7 agosto 2015, n. 124 e con d.lgs. 13 dicembre 2017, n. 217 e ancora più recentemente con il D.L. 16 luglio 2020, n. 76 (decreto semplificazioni) e il D.L. 31 maggio 2021, n. 77, convertito con modificazioni dalla legge 29 luglio 2021, n. 108

Significativa a tal riguardo è stata l'introduzione dell'art. 12 del CAD, il quale precisa che "*le pubbliche amministrazioni nell'organizzare autonomamente la propria attività utilizzano le tecnologie dell'informazione e della comunicazione per la realizzazione degli obiettivi di efficienza, efficacia, economicità, imparzialità, trasparenza, semplificazione e partecipazione*".

---

[7] R. BORRUSO, *La legge, il giudice, il computer*, in D. LIMONE (a cura di), *Dalla giuritecnica all'informatica giuridica*, Milano, 1995, p.24.

[8] Art. 1 d. lgs 3 febbraio 1993, n. 29 prevedeva infatti che "*le amministrazioni pubbliche definiscono, secondo principi generali fissati da disposizioni di legge e, sulla base dei medesimi, mediante atti organizzativi secondo i rispettivi ordinamenti le linee fondamentali di organizzazione degli uffici; individuano gli uffici di maggiore rilevanza e i modi di conferimento della titolarità dei medesimi; determinano le dotazioni organiche complessive. Esse ispirano la loro organizzazione ai seguenti criteri: (..) c) collegamento delle attività degli uffici, adeguandosi al dovere di comunicazione interna ed esterna, ed interconnessione mediante sistemi informatici e statistici pubblici*".

ISSN 2036-7821

È innegabile, dunque, come le tecnologie dell'informazioni siano progressivamente divenute strumento di agevolazione del rispetto dei principi che informano l'attività amministrativa.

Tuttavia se da un lato sono evidenti le facilitazioni che derivano dalla fruizione, da parte dei cittadini, dei servizi *online* offerti dalle varie amministrazioni, dall'altro va ribadito come l'evoluzione tecnologica non si è limitata all'uso della tecnologia di informazione e comunicazione ma si è spinta fino all'utilizzo di procedimenti amministrativi algoritmici.

Sicché, il superamento del tradizionale modello di esercizio dell'attività amministrativa, fondato sulla prevalente utilizzazione di supporti di tipo cartaceo (c.d. Amministrazione 1.0), non si risolve nel mero impiego di *computer* e altri apparati informatici (c.d. Amministrazione 2.0) o nella fruizione delle risorse digitali offerte dalla rete internet, dalle applicazioni mobili o dagli stessi *social networks* (c.d. Amministrazione 3.0), ma nell'automazione di funzioni precedentemente affidate in via esclusiva alle abilità umane (c.d. Amministrazione 4.0)[9].

Tale ultimo aspetto è quello che, più di ogni altro, connota qualitativamente il mutamento della concezione stessa di algoritmo: da un'applicazione di mero supporto nella fase istruttoria di raccolta e di organizzazione dei dati, gli algoritmi sono sempre più spesso impiegati anche in ausilio - o addirittura in sostituzione - del funzionario nell'assunzione del provvedimento amministrativo finale[10].

L'emergenza pandemica ha poi confermato quanto sia importante per l'Amministrazione detenere, raccogliere e gestire dati esatti, allo scopo di valutare l'efficacia dell'azione amministrativa e, tramite la predizione, indirizzare l'attività di governo[11].

La più rilevante novità, che caratterizza le amministrazioni nella fase attuale di impatto della tecnologia sul loro operato, è rappresentata proprio dalla circostanza che le enormi quantità di dati in possesso della Pubblica Amministrazione sono ora sempre più spesso convertite in decisioni grazie all'uso di algoritmi[12], il cui utilizzo, come si dirà, rischia di mettere a dura prova le tradizioni categorie del diritto amministrativo, in particolare quelle aventi copertura costituzionale.

---

[9] Cfr. D.U. GALETTA - J.G. CORVALÁN, *Intelligenza Artificiale per una pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *Rivista di Diritto Pubblico Italiano Comparato Europeo 6*, 2019.

[10] Il fenomeno è stato definito da M. BOVENS - S. ZOURIDIS, *How ICT is transforming administrative discretion and constitutional control* in *Public Administration Review*, 2002 in termini di passaggio dalla c.d. "*Street-Level Bureaucracy*" alla c.d. "*Screen-Level Bureaucracy*" in cui le ICT sono in grado di eseguire e/o controllare l'intero procedimento decisionale.

[11] M. TRESCA, *«Lo Stato digitale». Big data, open data e algoritmi: i dati al servizio della pubblica amministrazione*, *in Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2/2021, p. 556.

[12] G. ORSONI, E. D'ORLANDO, *Nuove prospettive dell'Amministrazione digitale: Open data e algoritmi, in Istituzioni del Federalismo*, 3/2019, pp. 593 ss.

ISSN 2036-7821

D'altronde, sin da subito la dottrina aveva proposto di inquadrare il *software* quale vero e proprio atto amministrativo[13], intendendone l'impiego nel procedimento amministrativo quale genuina espressione della potestà organizzatoria propria di ciascun ente[14].

Nonostante la persistenza di un fronte dottrinale contrario[15], la concezione "attizia" del *software* è stata condivisa anche dalla giustizia amministrativa, che ha richiamato l'attenzione sul dato per cui è con il *software* che la pubblica amministrazione costituisce, modifica ed estingue situazioni giuridicamente rilevanti, mentre resta del tutto irrilevante che l'algoritmo sia compilato in un linguaggio di programmazione incomprensibile al funzionario ed al cittadino interessato[16].

Dunque, in uno scenario così connaturato, in cui l'algoritmo in chiave tecnologica è elemento dominante dei processi comunicativi e sociali, compito degli ordinamenti giuridici è creare un "diritto dell'algoritmo", ovvero costruire una disciplina articolata volta a regolare le posizioni di diritti e doveri che si instaurano nelle relazioni umane mediate da programmi informatici.

---

[13] Secondo U. FANTIGROSSI, *Automazione e pubblica amministrazione*, Bologna, 1993, pp.51 ss. "*il software avrebbe natura di atto amministrativo generale per mezzo del quale l'amministrazione limita la propria discrezionalità, vincolando la propria azione rispetto ad una serie indeterminata di situazioni future*". A. USAI, *Le prospettive di automazione delle decisioni amministrative in un sistema di teleamministrazione*, in *Dir. inf.*, 1993, 1, pp. 163 ss. lo qualifica nei termini di atto amministrativo interno, mentre A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, Napoli, 1993, pp. 47 ss. inquadra il programma quale atto generale a contenuto non normativo attraverso il quale l'autorità amministrativa indirizza, predeterminandone modalità e contenuti, il proprio agire.

[14] In questi termini A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, Napoli, 1993, p. 55, che evidenzia come tale potestà organizzatoria si ricollega al potere dell'amministrazione di autolimitarsi mediante parametri decisionali predeterminati al fine uniformare - in vista di una maggiore giustizia - l'applicazione del diritto.

[15] Ha escluso la qualificazione del programma informatico come atto amministrativo A.G. OROFINO, *La patologia dell'atto amministrativo elettronico. Sindacato giurisdizionale e strumenti di tutela*, in *Foro amm. CDS*, 2002, pp. 2256 ss., enfatizzando come il *software* non sia materialmente imputabile al titolare dell'organo e che esso sia redatto in una lingua incomprensibile a chiunque non sia un tecnico, in violazione delle garanzie procedimentali a favore dei cittadini interessati. A. BIAMONTE, *L'amministrazione digitale e la digitalizzazione procedimentale. Verso un nuovo esercizio della funzione. Problematiche e prospettive*, in F. LIGUORI (a cura di), *Studi sul procedimento e sul provvedimento amministrativo*, Milano, 2007, p. 252 ha sostenuto che il software integrerebbe una mera modalità di esecuzione di una volontà amministrativa già espressa a monte della traduzione algoritmica. D. MARONGIU, *Gli atti amministrativi ad elaborazione elettronica: la compilazione di un "pre-software" in lingua italiana*, in *Riv. dir. amm. elettronico*, 2003, ha proposto una ricostruzione in termini dualistici, distinguendo tra il momento preliminare alla compilazione del *software*, costituito dalla redazione di un testo redatto in lingua italiana ma già sotto forma di algoritmo (c.d. "pre-software" o "atto algoritmo") ed il vero e proprio programma informatico per la emanazione dell'atto.

[16] In questi termini T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III-*bis*, 22 marzo 2017, n. 3769 che confuta partitamente le tesi contrarie alla configurazione attizia del *software*. In senso analogo anche Cons. Stato, Sez. V, 8 aprile 2019, n. 2270 secondo cui "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".

ISSN 2036-7821

Anche se, a ben vedere, proprio la contestualizzazione storica degli algoritmi consente di rimetterne in discussione la supposta neutralità ed efficienza in termini assoluti: se la sfera tecnica è necessariamente intrecciata con la sfera sociale, allora anche un artefatto tecnologico non è mai veramente neutro, né tanto meno naturale[17].
Invero se l'uso dell'algoritmo rappresenta un *quid pluris* per l'efficacia ed efficienza dei procedimenti amministrativi[18] certamente è innegabile come questa vada fortemente ad incidere sulla sostanza del procedimento amministrativo.
Sicché, sebbene vi siano, come visto, delle norme che legittimano – o meglio incentivano – l'uso dell'algoritmo nel procedimento amministrativo è comunque importante prestare le giuste cautele in tale attività.

4. Il processo di automazione decisionale nella giurisprudenza amministrativa.
Poste tali premesse, si riesce già a comprendere come l'affermazione della pronuncia in commento di legittimità dell'uso degli algoritmi nei procedimenti amministrativi non fosse affatto scontata.
Fin da una prima lettura della pronuncia oggetto d'esame, infatti, ci si rende conto di come essa non vada letta in modo isolato, ma debba essere collocata nell'alveo di un contesto pretorio più ampio, sviluppatosi negli ultimi anni.
Invero, a lungo la giurisprudenza si è interrogata sulla possibilità di demandare ad un programma lo svolgimento di taluni segmenti procedimentali o, addirittura, la determinazione del contenuto di un provvedimento, ancorché poi formalmente imputato all'organo titolare della funzione esercitata.
Un primo indirizzo, avallato da una nutrita serie di pronunce del Tar del Lazio[19], ha assunto un atteggiamento di apertura nei confronti di tale possibilità, sulla base del rilievo che la scelta operata dall'amministrazione di ricorrere a strumenti elettronici di conduzione di procedimenti fosse qualificabile alla stregua di una manifestazione di discrezionalità che, in quanto tale, sarebbe stata sindacabile solo in caso di illogicità manifesta, ravvisabile nell'ipotesi in cui gli strumenti adoperati fossero inadeguati, giacché obsoleti, mal realizzati, o perché le peculiari funzioni esercitate fossero di complessità tale da non poter essere demandate ad una formula[20].
Tuttavia, in un secondo momento il medesimo Tar ha modificato il suo atteggiamento divenendo molto più cauto; difatti si è ben presto registrata una netta

[17] M. MAZZOTTI, *Algorithmic Life*, in *www.lareviewofbooks.com*, 2017, secondo cui "*we need to see the technical features of an algorithm as the outcome of a process. In other words, we need a historical - indeed genealogical - understanding of the algorithm*".
[18] cfr. C. NAPOLI, ***Algoritmi, intelligenza artificiale e formazione della volontà pubblica: la decisione amministrativa e quella giudiziaria***, ***Riv. it. cost.***, 2020, 3, 318 ss.
[19] In questi termini, *ex multis*, TAR Lazio, Roma, sez. III-*bis*, 22 marzo 2017, n. 3769 *in www.giustizia-amministrativa.it*.
[20] A.G. OROFINO, *La patologia dell'atto amministrativo elettronico: sindacato giurisdizionale e strumenti di tutela*, in *Foro Amm.*, 2002, pp. 2256 e spec. 2264.

ISSN 2036-7821

chiusura da parte del giudice amministrativo il quale (giudicando sugli esiti di un procedimento di mobilità condotto dal MIUR) ha ritenuto illegittimo che si fosse "*demandato ad un impersonale algoritmo lo svolgimento dell'intera procedura di assegnazione dei docenti*", ed ha altresì affermato che la eventuale complessità dell'azione svolta non può comunque costituire una valida giustificazione per giungere alla sua "*devoluzione 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*"[21].

Una tesi intermedia – e, quindi, più permissiva – rispetto a quella esposta dal giudice romano, è stata più recentemente illustrata da una parte della dottrina, secondo la quale l'uso di formule algoritmiche nei processi decisionali sarebbe consentito solo quando espressamente autorizzato dalla legge[22].

Non sorprende, dunque, come le posizioni appena illustrate abbiano a lungo inibito, quasi completamente, il ricorso a strumenti di informatica decisionale da parte delle amministrazioni.

Basti pensare che lo stesso Consiglio di Stato[23], solo qualche anno fa, ha optato per una chiusura, sostenendo che "*le procedure informatiche, finanche ove pervengano al loro maggior grado di precisione e addirittura alla perfezione, non possono 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*".

La consapevolezza del fatto che il fenomeno in esame è affetto da significative criticità non ha comunque portato il Consiglio di Stato a rinunciare all'utilizzo degli algoritmi nell'espletamento di funzioni amministrative.

Con una posizione più articolata infatti il Consiglio di Stato, a partire dalla fondamentale sentenza n. 881 del 2020, ha sviluppato un filone giurisprudenziale[24] ben più aperto all'impiego di algoritmi da parte di pubbliche amministrazioni. Per parte loro, i supremi giudici amministrativi hanno chiarito che pure l'Amministrazione deve poter sfruttare le rilevanti potenzialità della rivoluzione digitale, giacché l'uso di programmi informatici può portare ad un guadagno in

[21] T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III-*bis*, 10 settembre 2018, n. 8224 *in www.giustizia-amministrativa.it*.

[22] In tal senso v. quanto previsto dal par. 35.a della Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG), recante: "*Vollständig automatisierter Erlass eines Verwaltungsaktes*", il quale espressamente dispone che: "un atto amministrativo può essere completamente automatizzato ove consentito dalla legge e se non vi sia discrezionalità".

[23] Cons. di Stato, Sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881 *in www.giustizia-amministrativa.it*.

[24] Cons. St. Sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270; Cons. St., Sez. VI, 13 dicembre 2019, nn. 8472 – 8473 – 8474; Cons. St., sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881; Cons. St., Sez. VI, 8 settembre 2022, n. 6236; Cons. St., sez. III, 25 novembre 2021, n. 7891;

ISSN 2036-7821

termini di efficienza e imparzialità dell'azione svolta[25], sicché il loro utilizzo va implementato, anche in ipotesi di svolgimento di funzioni discrezionali.

5. L'Algoritmo come schema procedimentale moderno, ma vincolato al rispetto dei principi amministrativi.

Tornando al caso in esame, vale notare come il giudice amministrativo, dopo aver affermato la legittimità del ricorso agli algoritmi in campo amministrativo, ne ha delineato altresì i relativi limiti.

Nel caso di specie, infatti, l'amministrazione si è limitata a sostituire l'algoritmo previsto dalla *lex specialis* con un diverso algoritmo - non reso noto - e a ripetere il calcolo matematico finalizzato al computo dell'indennità dovuta alla ricorrente.

Ebbene, alla luce delle considerazioni finora svolte appare evidente, a parere di chi scrive, che l'innesto di procedure informatizzate nell'ambito del procedimento amministrativo imponga, di riadattare istituti e categorie tradizionali dell'azione amministrativa per evitare di compromettere il mantenimento delle garanzie dei cittadini nei confronti della Pubblica Amministrazione, nonostante l'automazione delle decisioni.

In quest'ottica, il ricorso a formule algoritmiche è stato ammesso in virtù dei principi sull'auto-limite della pubblica amministrazione, spostando l'esercizio del potere discrezionale al momento della redazione di una sorta di atto amministrativo presupposto che contiene i criteri e i parametri applicabili dalla formula algoritmica[26].

Non sorprende, dunque, come il Giudice amministrativo, nella sentenza in esame, si sia premurato di ribadire un principio già noto alla giurisprudenza amministrativa[27], in base al quale ogniqualvolta la decisione amministrativa sia fondata su un algoritmo si richiede che sia assicurata un "*declinazione rafforzata del principio di trasparenza*" intesa come "*piena conoscibilità della regola espressa in un linguaggio differente da quello giuridico*".

Giunti a questo punto ben si comprende come la predeterminazione dei criteri sia determinante, anche in termini di trasparenza e controllo dell'attività in questione,

[25] Si legge in Cons. Stato, Sez. V, 20 ottobre 2008, n. 5114, che "*il ricorso a procedure automatizzate, ai fini del reclutamento dei pubblici impiegati, è stato ritenuto pienamente legittimo dalla giurisprudenza amministrativa e costituisce ormai pratica ampiamente diffusa*".

[26] A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli 1997, pp. 247 ss. L'A. offre degli spunti di riflessione, tutt'ora attuali, in merito alla predeterminazione dell'azione pubblica che accrescerebbe anche il grado di prevedibilità delle decisioni amministrative, facendo sorgere, di conseguenza, in capo agli amministrati un legittimo affidamento in ordine all'esito dell'azione stessa. A tal riguardo, l'A. esprime un giudizio contrario all'utilizzo dei termini "autolimite" o "autovincolo", in quanto locuzioni che sembrano attribuire all'istituto una connotazione negativa, cioè di limite alla discrezionalità, e non valorizzerebbero la funzione propulsiva della futura azione discrezionale esercitata dal fenomeno in questione.

[27] Cons. di Stato, 8 aprile 2019, n. 2270 *in www.giustizia-amministrativa.it*.

ISSN 2036-7821

perché consuma il potere discrezionale nella sua fase più tipica, aperta, peraltro, alla partecipazione degli interessati al procedimento[28].

In particolare, il Giudice nella pronuncia in commento ha opportunamente osservato come il principio di conoscibilità comporta che ognuno ha diritto sia a conoscere l'esistenza di processi decisionali automatizzati che lo riguardano, sia a ricevere informazioni significative sulla logica utilizzata[29].

Difatti, la caratterizzazione multidisciplinare dell'algoritmo non esime dalla necessità che la formula tecnica sia corredata da spiegazioni che la traducano nella regola giuridica, rendendola comprensibile. Né può assumere rilievo la riservatezza delle società informatiche, le quali "*ponendo al servizio del potere autoritativo tali strumenti, all'evidenza ne accettano le relative conseguenze in termini di necessaria trasparenza*".

A questo punto, peraltro, non si può prescindere dall'annotare che, ad avviso di chi scrive, la conoscibilità dell'algoritmo, dovrebbe essere garantita in tutti gli aspetti: dai suoi autori, al procedimento usato per la sua elaborazione, al meccanismo decisionale, comprensivo delle priorità assegnate nella procedura valutativa e decisionale e dei dati selezionati come rilevanti. Ciò al fine di poter verificare che gli esiti del procedimento algoritmico siano conformi alle prescrizioni e alle finalità stabilite dalla legge o dalla stessa amministrazione a monte di tale procedimento e affinché siano chiare – e quindi sindacabili – le modalità e le regole in base alle quali esso è stato impostato.

La regola algoritmica, pertanto, deve essere non solo conoscibile in sé, ma anche soggetta alla piena cognizione e al pieno sindacato del giudice amministrativo, per la necessità di poter sindacare come il potere sia stato concretamente esercitato, ponendosi in ultima analisi come declinazione del diritto di difesa del cittadino, al quale non può essere precluso di conoscere le modalità con le quali è stata in concreto assunta una decisione destinata a ripercuotersi sulla sua sfera giuridica.

Difatti, il principio di trasparenza nasce per assicurare al cittadino la conoscibilità dei meccanismi interni all'Amministrazione, nonché delle logiche e delle motivazioni che guidano quest'ultima nell'assunzione delle proprie decisioni.

In altri termini, la trasparenza è lo strumento che, da una parte, rende possibile il coinvolgimento nel procedimento amministrativo e, quindi, di assumere consapevolezza sull'operato della macchina pubblica e, dall'altra, responsabilizza la Pubblica Amministrazione assicurando il buon andamento e l'imparzialità.

---

[28] Sul punto, S. VERNILE, *Verso la decisione amministrativa algoritmica*, in *Medialaws – Rivista di diritto dei media*, 2020, pp. 145 ss.; cfr. anche A. MASUCCI, *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie. Il procedimento amministrativo elettronico ad istanza di parte*, Milano 2011, pp. 93-94, il quale evidenzia come sia possibile l'adozione dell'atto amministrativo discrezionale mediante computer «quando possono essere predeterminati dalla stessa amministrazione in via generale i criteri secondo i quali il potere discrezionale dovrà essere esercitato nei singoli casi […] Si tratta di una "predeterminazione" dei criteri dell'esercizio del potere discrezionale del tutto legittima, che trova conferma in diverse previsioni legislative».

[29] Nel rispetto di quanto previsto dagli artt. 13 e 14 del Regolamento n. 2016/679.

ISSN 2036-7821

Al riguardo, è chiaro – e compiutamente evidenziato dalla pronuncia in commento – come il rispetto del principio di trasparenza imponga un indefettibile obbligo motivazionale a carico della pubblica amministrazione, che si declina nella conoscibilità e nella comprensibilità della formula algoritmica utilizzata.
Solo così, infatti, viene consentito da un lato il pieno esercizio del diritto di difesa da parte del destinatario del provvedimento, ai sensi degli artt. 24 e 113 Cost., dall'altro, il pieno sindacato di legittimità da parte del giudice amministrativo.
La sentenza annotata partendo dunque dai principi costituzionali di trasparenza ed efficienza della pubblica amministrazione e dopo aver precisato l'applicabilità del principio di piena conoscibilità, cristallizza il proprio *iter* argomentativo mediante il richiamo ad un ulteriore principio fondamentale, di derivazione europea, da applicarsi relativamente agli strumenti informatici.
In particolare, il principio di non esclusività della decisione algoritmica[30] di cui all'art. 22 GDPR[31], in forza del quale qualora una decisione robotizzata sia atta a produrre effetti giuridici incidenti in modo significativo su un individuo, questi ha il diritto a che la decisione che lo riguarda non sia fondata esclusivamente su tale processo automatizzato.
In altri termini, in tutte le ipotesi in cui le pubbliche amministrazioni facciano uso di formule algoritmiche, sarebbe necessario operare un controllo degli esiti della procedura informatica secondo quel modello che, in ambito informatico, viene espressamente definito come "*human in the loop*" (HITL).
Ne deriva, come evidenziato dal giudice nella sentenza in esame, che la decisione adottata con ricorso all'algoritmo vede sempre la necessità che sia l'amministrazione a compiere un ruolo *ex ante* di selezione e verifica, anche per mezzo di costanti *test*, aggiornamenti e modalità di perfezionamento dell'algoritmo.
Il passaggio ulteriore, attiene al controllo delle scelte, ed alla imputabilità delle decisioni informatizzate e, pertanto, delle responsabilità conseguenti all'adozione di tali decisioni[32].
Il Consiglio di Stato[33] ha già in passato sottolineato l'esigenza che l'uso di procedure informatizzate non porti all'elusione di quei principi che, nel nostro ordinamento, sono stati faticosamente costruiti a tutela dei cittadini; sicché anche l'azione

[30] sancito già nella famosa decisione della *Supreme Court of Wisconsin, State of Wisconsin v. Eric L. Loomis*, n. 2015AP157-CR, 5 April – 13 July 2016, infra, sez. III.

[31] Art. 22 Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati "*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*"

[32] A. CERRILLO I MARTINEZ, *How can we Open the Black Box of Public Administration? Transparency and Accountability in the Use of Algorithms*, in *Revista Catalana de Dret Públic*, n. 58, 2019, 13. V. Brigante, *Evolving pathways of administrative decisions. Cognitive activity and data, measures and algorithms in the changing administration*, Napoli, 2019, 133.

[33] Cfr. nt. 16.

ISSN 2036-7821

informatizzata dev'essere soggetta alle verifiche tipiche di ogni procedimento amministrativo, prima fra tutte la possibilità di conoscere i dati e criteri usati per l'assunzione della decisione finale, i meccanismi decisionali adoperati dal programma, i soggetti che lo hanno progettato e, infine, l'organo titolare del potere autoritativo, il quale deve poter svolgere l'irrinunciabile verifica di logicità e legittimità delle scelte e degli esiti dei procedimenti affidati al *computer*.
Ci si chiede dunque se non sarebbe opportuno concepire il programma come una sorta di responsabile del procedimento che presenta una bozza di atto all'organo titolare del potere di svolgimento della funzione.
In tale prospettazione il programma rappresenterebbe una sorta di "funzionario virtuale"[34], che opera in funzione strumentale rispetto ad un organo chiamato a verificare se la macchina abbia operato bene o commesso errori.
Grazie ad una siffatta virtuosa interazione l'autorità amministrativa potrebbe raggiungere un duplice fondamentale obiettivo: da un lato, verificare la corretta esecuzione delle operazioni logiche svolte dal programma, potendo così intercettare eventuali errori o difetti di programmazione; dall'altro, introdurre un ulteriore filtro umano contro il rischio di adottare decisioni manifestamente discriminatorie o in contrasto con i principi di ragionevolezza e proporzionalità[35].
Una soluzione che sembra assicurare piena attuazione al diritto dell'interessato di ottenere un intervento umano nel corso della procedura informatizzata prima che nei suoi confronti venga adottata la decisione finale.

6. Conclusioni

In definitiva, l'epoca nella quale viviamo è caratterizzata da un imponente processo di innovazione tecnologica e i processi di digitalizzazione hanno determinato una progressiva trasformazione dell'organizzazione e dell'azione amministrativa secondo un processo evolutivo ancora in corso, come dimostra l'attenzione del PNRR per la digitalizzazione della PA.
Come emerso, l'assenza di una normativa specifica sul tema, pronta ad accogliere l'innovazione e a disciplinarla nella maniera più proficua per permetterle di svolgere il suo compito, ha provocato oscillazioni giurisprudenziali e un'iniziale incertezza nell'applicazione di tali strumenti. Più volte, nel corso degli ultimi anni, si è pervenuto all'annullamento di una decisione ad elaborazione algoritmica per sua illegittimità o per violazione di fondamentali principi amministrativi.

---

[34] A.G. OROFINO, R.G. OROFINO, *L'automazione amministrativa, in Giorn. Dir. Amm.*, 2005, 1310. L'automazione si inserisce, in tal senso, in una fase che è solo pre-decisoria atteso che quella effettivamente decisoria resta di appannaggio, secondo il modello tradizionale, ad una persona fisica che recepisce in un provvedimento il risultato delle operazioni computazionali condotte dal software.

[35] In questi termini I.M. DELGADO, *Automazione, intelligenza artificiale e pubblica amministrazione: vecchie categorie per nuovi problemi?, in Ist. del Fed., n. 3/2019*, cit., 660.

ISSN 2036-7821

Certamente, in generale, l'approccio mostrato dall'ordinamento italiano nei confronti dei soggetti sottoposti ad una decisione automatizzata si caratterizza per essere ampiamente garantista, finalizzato ad impedire che l'adozione degli algoritmi possa comportare una compressione dei diritti e degli interessi del cittadino.
In tale contesto si sente fortemente la necessità di apprestare un quadro normativo adeguato alle opportunità offerte dall'innovazione tecnologica che riconduca tale sistema entro il programma di garanzie comune agli ordinamenti a base personalistica[36], anche se questo dovesse portare ad un'opera di ripensamento e adattamento di istituti tradizionali idonea a preservarne l'effettività.
Ciò che è certo è che l'uso delle nuove tecnologie da parte della Pubblica amministrazione non può comportare l'attenuazione degli obblighi di trasparenza e di motivazione dei provvedimenti amministrativi, elementi che diventano ancor più centrali, considerata l'ermeticità degli algoritmi.
Pertanto, in attesa che venga portato a compimento l'auspicato intervento regolatore, sarebbe preferibile, a sommesso avviso di chi scrive, un approccio prudenziale nell'utilizzo degli algoritmi, al fine di evitare che l'utilizzo di tali strumenti si traduca in un'elusione dei diritti fondamentali del singolo e una compressione delle garanzie costituzionali.

[36] I.M. MARINO, *Prime considerazioni su diritto e democrazia*, 2010, in *Dir. Soc.*, 2010, p. 269, nota 77, affermava che la legge sul procedimento *«è improntata al principio personalista: dai diritti dei partecipanti, alla comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, dagli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento, al responsabile del procedimento»* (avendo subito prima richiamato la comunicazione "*personale*" di cui agli artt. 7 e 8 LPA).

ISSN 2036-7821