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
Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 3/2025

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 Cudia, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Valentina Maria Donini, 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 Martĭnez, 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, Beatrice Coppa, Giuseppe Doria, Manuel Delgado Iribarren, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Giuseppina Lofaro, Federica Lombardi, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Giovanni Pesce, Benedetta Piazza, Marcin Princ, Sara Pugliese, Bianca Nicla Romano, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Esper Tedeschi, Simona Terracciano, Stefania Terracciano, 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"

L'algoritmo nella costruzione del potere amministrativo, tra opportunità e questioni ancora aperte

di **Adriana Ciafardoni**

(Assegnista di ricerca in diritto amministrativo presso l'Università degli Studi G. d'Annunzio di Chieti-Pescara)

Sommario

1. L'evoluzione digitale della pubblica amministrazione. – 2. Potere e decisione algoritmica. – 2.1 (*segue*): soggettività del diritto pubblico e decisione automatizzata. – 3. La necessità di un effettivo controllo umano. – 4. La responsabilità del funzionario nella società dell'algoritmo. – 5. La responsabilità della pubblica amministrazione nella società dell'algoritmo. – 6. L'amministrazione algoritmica alla prova del diritto.

Abstract

This essay aims to analyze the impact of digitalization on the administrative process. The algorithm, in particular, shares with the administrative process the idea of a sequential and structured logic, but, unlike the latter, it risks colliding with the subjective construction of power, which recognizes the official—and the resulting system of accountability—as the cornerstone of administrative legality. In this context, the discipline of accountability needs to be rethought to avoid, on the one hand, the official acting as a mere formal controller or, worse, a legal lightning rod, and, on the other, the citizen being left without an adequate system of protection.

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

ISSN 2036-7821

1. L'evoluzione digitale della pubblica amministrazione.

Con la digitalizzazione della pubblica amministrazione, il ricorso all'intelligenza artificiale e agli algoritmi[1] entra sempre più nella formazione dei processi decisionali pubblici[2]. La ricerca di provvedimenti oggettivi e razionali, dotati di un'idilliaca fisionomia di neutralità, si affianca, però, al crescente timore della «graduale trasformazione della "macchina dello Stato" in uno "Stato delle macchine"»[3].

Del resto, sembra esservi un'innata predisposizione del procedimento amministrativo a incorporare l'algoritmo. La nozione di algoritmo (che ha radici antiche, risalendo all'incipit di un libro scritto da un matematico persiano che si apriva, nella traduzione latina, con l'espressione *Dixit Algorizmi*), indicava – e indica, se ne semplifichiamo la nozione – una serie concatenata di istruzioni impiegate per elaborare dati[4]. Stupisce, in questo senso, la forte assonanza con la nozione di procedimento amministrativo che, invece, presuppone una serie concatenata di operazioni e atti impiegati per adottare un provvedimento[5].

Tuttavia, se l'algoritmo condivide con il procedimento amministrativo l'idea di una logica sequenziale e strutturata, diversamente da quest'ultimo, rischia di collidere con la costruzione soggettiva del potere che riconosce nel funzionario – e nel conseguente sistema di responsabilità – il perno della legalità amministrativa: l'uno esclude l'uomo, l'altro ne necessita. In questo contesto, v'è, quindi, da chiedersi se sia possibile far convivere l'algoritmo con la struttura stessa del rapporto giuridico amministrativo, tanto simili quanto diversi. Si discute, infatti, di un livello significativo di intervento che, portato alle estreme conseguenze, renderebbe superflua la presenza di una persona fisica per la formazione della volontà procedimentale. La centralità della questione e del dibattito che ne consegue dipende

[1] Sulla distinzione tra digitalizzazione e ricorso agli algoritmi, cfr. A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 4, pp. 1149 ss. Secondo S. DEL GATTO, *Potere algoritmico*, digital welfare state *e garanzie per gli amministrati. I nodi ancora da sciogliere*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2020, 6, 830-831, gli algoritmi e i sistemi informatici che si avvalgono dei *big data* permettono un passaggio ulteriore rispetto alla mera digitalizzazione, modificando l'amministrazione dall'interno, poiché mutano il modo di assumere decisioni e di elaborare politiche pubbliche.

[2] P. SEVERINO, *Intelligenza artificiale. Politica, economia, diritto, tecnologia*, Roma, 2022, 98 ss., sottolinea come l'irrompere della tecnologia imponga, da un lato, di rivedere la realtà e, dall'altro, di pensare a nuove regole per gestire un neonato mondo che impetuosamente si sta affermando.

[3] In questi termini, C. COLAPIETRO, *La proposta di* artificial intelligence act: *quali prospettive per l'amministrazione digitale*, in J.B. AUBY, G. DE MINICO, G. ORSONI (a cura di), *L'amministrazione digitale. Quotidiana efficienza e intelligenza delle scelte*, Atti del Convegno 9-10 maggio 2022, Federico II, Napoli, 2023, 53.

I primi studi sull'applicazione dell'intelligenza artificiale risalgono alla Conferenza di Dartmouth del 1956. Sulle caratteristiche dell'intelligenza artificiale nel contesto moderno, D. MARONGIU, *L'intelligenza artificiale "istituzionale": limiti (attuali) e potenzialità*, in *European Review of Digital Administration & Law - Erdal*, 2020, 1-2, 37 ss. Per un'attenta analisi dei *new risks* per i pubblici poteri, si veda A. BARONE, *Amministrazione del rischio e intelligenza artificiale*, in *European Review of Digital Administration & Law - Erdal*, 2020, 1-2, 63 ss.

[4] La similitudine è riconducibile a M.C. CAVALLARO, *Imputazione e responsabilità delle decisioni automatizzate*, in *European Review of Digital Administration & Law – Erdal*, 2020, 1, 69.

[5] A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1964, *passim*.

ISSN 2036-7821

dalla possibilità di estendere l'impiego «dello strumento informatico in funzione "decidente" e sostitutiva di quella umana»[6] ed è testimoniata dalla rapida evoluzione giurisprudenziale sul tema[7].

D'altro canto, è anche (e non solo) nella Costituzione che si trova il fondamento della necessità che l'esercizio del potere sia riconducibile a un soggetto agente. Infatti, anche nel caso di ricorso all'IA devono restare ferme le garanzie procedimentali e la tutela dei diritti individuali nelle decisioni prese, dovendosi porre come faro i principi di imputabilità, trasparenza, legalità, non discriminazione e partecipazione[8].

Sul rapporto tra uomo e macchina tanto si è detto e tanti nomi sono stati dati: non esclusività della decisione algoritmica, *human in the loop*, riserva di umanità. Denominazioni diverse per indicare un principio generale – già ricavabile dall'art. 22 del GDPR e accolto dalla giurisprudenza sia nazionale che comunitaria[9] – relativo alla necessità di un controllo umano effettivo sulle decisioni automatizzate[10]. Si richiede, in particolare, che vi sia «nel processo decisionale un contributo umano capace di controllare, validare, ovvero smentire, la decisione automatica»[11]. È l'idea che, per interrompere l'alienante ripetitività delle cose e costituire un circolo virtuoso, la presenza dell'uomo sia imprescindibile[12].

---

[6] Così, S. VERNILE, *Verso la decisione amministrativa algoritmica?*, in *Media laws*, 2020, 2, 139.

[7] Tra i vari interventi giurisprudenziali si segnalano: TAR Lazio, Roma, Sez. III-*bis*, 14 febbraio 2017, n. 3769; TAR Lazio, Roma, Sez. III-*bis*, 11 luglio 2018, n. 9230; Cons. Stato, Sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270; Cons. Stato, Sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472; Cons. Stato, Sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881 e, più di recente Cons. Stato, Sez. VI, 6 giugno 2025, n. 4929; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III *bis*, 16 agosto 2025, n. 15557. Per un approfondimento della questione in dottrina si rimanda, *ex multis*, a R. FERRARA, *Il giudice amministrativo e gli algoritmi. Note estemporanee a margine di un recente dibattito giurisprudenziale*, in *Dir. amm.*, 2019, 4, 773 ss.; M.C. CAVALLARO, G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, in *Federalismi.it*, 2019, 10 ss.; C. STRINATI, *Algoritmi e decisioni amministrative*, in *Foro amm.*, 2020, 7-8, 1591 ss.

[8] Da ciò dovrebbe conseguire la necessità di attuare una "reingegnerizzazione" dell'attività amministrativa che comporta una riorganizzazione dei pubblici poteri in ogni aspetto. Cfr., in tal senso, E. PICOZZA, *Politica, diritto amministrativo* and artificial intelligence, in *Giur. it.*, 2019, 7, 1657. In generale, sulla necessità di studi volti a delimitare l'operatività di tali tecnologie, si v. R. CAVALLO PERIN, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, in *Dir. amm.*, 2020, 2, 305 ss.

[9] Cons. Stato, Sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472 e Cons. Stato, Sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881, secondo cui «deve comunque esistere nel processo decisionale un contributo umano capace di controllare, validare ovvero smentire la decisione automatica. In ambito matematico ed informatico il modello viene definito come HITL (*human in the loop*), in cui, per produrre il suo risultato è necessario che la macchina interagisca con l'essere umano».

[10] Questo modello è stato positivamente accolto anche in dottrina: *ex multis*, E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica*, in *Dir. amm.*, 2020, 2, 294; V. NERI, *Diritto amministrativo e intelligenza artificiale: un amore possibile*, in *Giustizia amministrativa*, 2021 581 ss; M.C. CAVALLARO, *Imputazione e responsabilità delle decisioni automatizzate*, cit., 70; A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, cit., 1186. Quest'ultimo sottolinea come la partecipazione dell'uomo all'attività algoritmica risenta, inevitabilmente, dell'influenza di principi etici che devono governare l'impiego delle macchine.

[11] Cons. Stato, Sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472 e Cons. Stato, Sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881.

[12] Le decisioni integralmente automatizzate, salvo eccezioni, sono vietate. Sulla questione e, più in generale, sulla portata applicativa dell'art. 22, par. 1, del GDPR, cfr. CGUE, 7 dicembre 2023, *Schufa Holding (Scoring)*, C-634/21. Nella sentenza si precisa che «tale disposizione prevede che un interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che

ISSN 2036-7821

Anche i più recenti interventi legislativi sembrano muoversi in tal senso. In questa direzione si colloca sicuramente il Regolamento (UE) 2024/1689 (c.d. *AI act*)[13] che, dal punto di vista del destinatario della decisione, prevede, per i sistemi di intelligenza artificiale ad alto rischio, il diritto di interloquire con una persona professionalmente attrezzata e dotata per legge del potere di intervenire sul sistema per impedirne esiti illegittimi (art. 14, par. 4, lett. d ed e). Del resto, il richiamato Regolamento impone una vera e propria *human oversight*: i sistemi ad alto rischio devono essere progettati e utilizzati prevedendo ruoli e procedure di supervisione, formazione del personale, possibilità per l'operatore umano di sospendere o ignorare l'esito del sistema e tracciamento delle valutazioni e degli interventi effettuati.

Non diversamente, il disegno di legge delega sull'intelligenza artificiale, nuovamente all'esame del Senato[14], prevede il ricorso all'IA nella pubblica amministrazione in funzione servente («strumentale e di supporto all'attività provvedimentale»), *nel rispetto dell'autonomia e del potere decisionale della persona che resta l'unica responsabile dei provvedimenti e dei procedimenti in cui sia stata utilizzata l'intelligenza artificiale.* Pur al netto delle perplessità che potrebbe sollevare l'introduzione di una normativa nazionale su una questione già disciplinata a livello comunitario, emerge una chiara direttrice antropocentrica: l'intelligenza artificiale resta strumento e non decisore; le scelte automatizzate devono essere presidiate da un controllo umano effettivo e qualificato, affiancato da obblighi di trasparenza e tracciabilità.

---

produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona. L'applicabilità di tale disposizione è quindi soggetta a tre condizioni cumulative, vale a dire, in primo luogo, che deve esistere una "decisione", in secondo luogo, che tale decisione deve essere "basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione", e, in terzo luogo, che essa deve produrre "effetti giuridici [riguardanti l'interessato]" o incidere "in modo analogo significativamente sulla sua persona"» (par. 42 e 43). La sentenza precisa, altresì, che «l'articolo 22, paragrafo 1, del RGPD conferisce all'interessato il "diritto" di non essere oggetto di una decisione fondata esclusivamente su un trattamento automatizzato, compresa la profilazione. Tale disposizione sancisce un divieto di principio la cui violazione non necessita di essere fatta valere individualmente da una tale persona. Infatti, come risulta dal combinato disposto dell'articolo 22, paragrafo 2, del RGPD e del considerando 71 di tale regolamento, l'adozione di una decisione basata esclusivamente su un trattamento automatizzato è autorizzata solo nei casi di cui a tale articolo 22, paragrafo 2, ossia qualora tale decisione sia necessaria per la conclusione o l'esecuzione di un contratto tra l'interessato e un titolare del trattamento [lettera a)], qualora sia autorizzata dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento [lettera b)], o si basi sul consenso esplicito dell'interessato [lettera c)]. Inoltre, l'articolo 22 del GDPR prevede, al paragrafo 2, lettera b), e al paragrafo 3, che devono essere previste misure appropriate per la salvaguardia dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato. Nei casi di cui all'articolo 22, paragrafo 2, lettere a) e c), di tale regolamento, il titolare del trattamento attua almeno il diritto dell'interessato di ottenere un intervento umano, di esprimere la propria opinione e di contestare la decisione. Peraltro, conformemente all'articolo 22, paragrafo 4, del GDPR, è solo in taluni casi specifici che le decisioni basate unicamente sul trattamento automatizzato, ai sensi di tale articolo 22, possono essere fondate sulle categorie particolari di dati personali di cui all'articolo 9, paragrafo 1, di tale regolamento» (par. 53-55).

[13] Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio.

[14] Approvato dal Senato il 20 marzo 2025, è stato approvato dalla Camera dei deputati con modifiche il 25 giugno 2025 e ora è nuovamente al vaglio del Senato.

ISSN 2036-7821

2. Potere e decisione algoritmica.

Questo orientamento, quantomeno nel diritto amministrativo, trova una base in un dato storico che rende necessario indagare il rapporto tra l'algoritmo e la costruzione del potere amministrativo, anche perché in settori diversi dall'attività amministrativa, la digitalizzazione è a livelli superiori, talora con implicazioni ancora più rilevanti[15].

Il potere, in particolare, è il cardine dell'odierna costruzione del diritto pubblico e, a partire da esso, sono stati sviluppati alcuni dei concetti centrali del diritto amministrativo: dalla funzione, esplicazione di un potere previsto dalla norma, al procedimento, forma di tale esplicazione[16]. Per questo è dall'analisi del potere giuridico che può (*rectius*: deve) cogliersi il ruolo dell'automazione nel settore pubblico. Guardando in sintesi al dibattito che la dottrina ha condotto intorno al concetto di potere giuridico, non ci si può esimere dall'accennare, nei limiti di interesse per la presente analisi, alla contrapposizione tra concezione soggettiva e oggettiva che, come si vedrà, incide sul modo di accogliere l'automazione nel procedimento. In tal senso, occorre verificare il rapporto tra l'automazione e il trinomio fattispecie normativa, potere giuridico e atto[17]. È ormai noto che il provvedimento amministrativo sia estrinsecazione di un potere giuridico, il quale, a sua volta, trova fondamento nella norma che disciplina l'atto medesimo. Tale sequenza, per quanto banale in una prospettiva logica, mostra problematicità se rapportata al ruolo del soggetto (pubblico) agente nelle ipotesi in cui ci si riferisca a "operatore digitale" (un *software* a cui è stata demandata l'adozione della decisione).

In particolare, la costruzione soggettiva del potere amministrativo si concentra sulle caratteristiche personali e sulle intenzioni dei soggetti che lo esercitano: le decisioni sono rispettate e osservate in ragione della loro provenienza. In questo approccio, il potere amministrativo è visto come una prerogativa attribuita a singoli funzionari o alle autorità specifiche e le decisioni sono influenzate da competenze, motivazioni e scelte soggettive (pur sempre riconducibili al concetto di discrezionalità). Questa impostazione mette in luce il ruolo delle interazioni del decisore: la legittimità della decisione è valutata anche in relazione alla correttezza dell'operato del soggetto agente. È, infatti, indispensabile che l'amministrazione consideri le circostanze concrete, in modo che le decisioni siano assunte in modo equo e proporzionato[18].

---

[15] Basti pensare che la Linea C della Metropolitana di Roma utilizza sistemi di automazione integrale e, di fatto, si guida da sola.

[16] A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere giuridico*, in *Annali della Facoltà di Economia e Commercio dell'Università di Messina*, 1981, 2, 406 e ivi i richiami a F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 18 ss.; ID., *Eccesso di potere come vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, 1s.

[17] Cfr. A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere giuridico*, cit., 409.

[18] È stato osservato che la legittimazione soggettiva non solo conferisce autorità a ogni singola decisione, ma rafforza l'intero processo decisionale del titolare del potere durante il periodo del suo incarico. Sulla questione, cfr. A. ROMANO TASSONE, *A proposito del potere, pubblico e privato, e della sua legittimazione*, in *Dir. amm.*, 2013, 568.

ISSN 2036-7821

Al contrario, la costruzione oggettiva del potere amministrativo si concentra sull'analisi delle norme e delle strutture istituzionali, prescindendo dalle caratteristiche personali degli attori coinvolti. L'accento è posto sulla legalità dell'azione amministrativa e sulla sua conformità a norme giuridiche predeterminate: il potere è, dunque, considerato come un meccanismo istituzionale e la sua legittimità è valutata in base al rispetto delle procedure e dei principi del diritto. Ne risulta un apparato pubblico visto come un'entità che esercita il proprio potere attraverso l'applicazione di norme predefinite. Il ricorso al modello oggettivo, quindi, richiede la stretta aderenza al parametro legale, indipendentemente dal titolare del potere che, per quanto pur legittimato a intervenire, non è in grado, da solo, di ottenere adesione e consenso[19].

Le differenze tra la ricostruzione soggettiva e quella oggettiva del potere amministrativo riflettono due modi distinti di concepire e valutare l'azione delle autorità pubbliche: la concezione soggettiva pone il fulcro sul soggetto, sottolineando come le caratteristiche personali e le motivazioni influenzino l'esercizio del potere. Al contrario, la ricostruzione oggettiva enfatizza l'importanza delle norme e delle procedure, vedendo l'azione amministrativa come un fenomeno istituzionale che deve essere valutato in base a criteri meramente oggettivi. Inoltre, nell'approccio soggettivo, la discrezionalità del decisore è un elemento cruciale, mentre il *focus*, nella concezione oggettiva, è sulla legalità e sulla conformità a principi generali del diritto.

2.1 (segue): soggettività del diritto pubblico e decisione automatizzata.

La contrapposizione tra la concezione soggettiva e quella oggettiva si manifesta anche nell'individuazione dei limiti e delle modalità di ricorso all'intelligenza artificiale nel procedimento. Ciò, del resto, manifesta le tensioni esistenti tra la ricerca di decisioni uniformi e la necessità di preservare il giudizio umano[20].

La concezione oggettiva del potere, ponendo il fulcro sulle norme giuridiche piuttosto che sulla partecipazione individuale, sembra particolarmente compatibile con l'impiego di algoritmi. Questi, infatti, applicano le regole in modo rigoroso, riducendo al minimo l'influenza personale. In un contesto in cui la ricostruzione oggettiva risulta predominante, il ricorso all'IA potrebbe essere accolto positivamente quale strumento per garantire imparzialità, trasparenza e uniformità al paradigma legale. Emerge, dunque, in modo chiaro come tale concezione potrebbe

[19] Proprio per questo, la base di consenso di tali decisioni è più difficile da ottenere perché queste si prestano con maggiore semplicità a dubbi e contestazioni. Cfr. A. ROMANO TASSONE, *A proposito del potere, pubblico e privato, e della sua legittimazione*, cit., 568

[20] A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere giuridico*, cit., 472, evidenzia che è necessario tracciare «un più compiuto disegno dei rapporti tra il potere, come categoria fondamentale della società politica, e le forme giuridiche in cui esso è apprezzabile; è necessario, cioè, riprendendo e coordinando in un quadro complessivo gli spunti critici che siamo andati svolgendo, ribaltarne in indicazioni positive la sostanza polemica ed abbozzare un profilo sommario della dinamica giuridica».

ISSN 2036-7821

garantire al sistema algoritmico un ruolo centrale, ma se ne manifestano anche i limiti: questa impostazione rischia di sottovalutare l'importanza del contributo dei singoli individui coinvolti e può portare a decisioni che, sebbene formalmente corrette, risultano inique o inadeguate rispetto alle specifiche situazioni concrete. Del resto, l'opacità di alcuni sistemi, soprattutto quelli basati su tecniche di apprendimento automatico, può rendere difficile per i cittadini comprendere il processo decisionale, compromettendo la trasparenza e il diritto alla difesa.

Cionondimeno, già prima del confronto con l'intelligenza artificiale, la concezione oggettiva è stata oggetto di critiche, incontrando un significativo ostacolo nel rapporto con la titolarità del potere[21]: non può non riconoscersi che l'azione pubblica «si esplica tramite atti riconducibili alla volontà o comunque all'iniziativa del soggetto titolare»[22]. In altri termini, la teoria oggettiva finisce, comunque, per richiamare schemi soggettivi[23]. Il discorso si presenta in termini non dissimili anche con riguardo al ricorso all'intelligenza artificiale nel procedimento amministrativo. Se, infatti, è innegabile che la digitalizzazione potrebbe agevolare la realizzazione di un'amministrazione in grado di garantire il rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità[24], il ricorso all'algoritmo impone, comunque, valutazioni nella

[21] Sostiene A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel Diritto Amministrativo. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento*, Torino, 2020, 54, che la teoria oggettiva «dequotando completamente, fino ad annullare, il valore del soggetto nella dinamica della produzione, non è stata solitamente reputata idonea, in sé, a rappresentare efficacemente la realtà giuridica».

[22] In questi termini, M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, 2018, 147. Nello stesso senso anche A.M. SANDULLI, *Per la delimitazione del vizio di incompetenza degli atti amministrativi*, in *Rass. dir. pubbl.*, Napoli, 1948, III, 25-44 e 101-115, e in ID., *Scritti giuridici*, III. *Diritto amministrativo*, Napoli, 1990, 64.

[23] Sulla critica alle teorie oggettive si rinvia ad A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere giuridico*, cit., 420 ss., che ne contesta l'inconsistenza tecnico-giuridica. Secondo l'A. le teorie oggettive sono riconducibili in due gruppi. Da una parte, vi è chi ravvisa nel potere un'energia o una forza giuridica (tali tesi sono riconducibili a G. MIELE, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Riv. dir. comm.*, 1944, I, 116). La critica mossa a tale tesi è che, comunque, presuppone un soggetto cui debba essere attribuita tale forza giuridica al fine di produrre un risultato, il che finirebbe per rimandare alla concezione soggettiva. Dall'altra, vi è chi considera il potere al pari di una fattispecie normativa di comportamento (in questo senso, G. GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo* (1949), rist. Napoli, 1990, *passim*). A tale ricostruzione si contesta la distinzione tra fattispecie normativa del comportamento (che riguarda il potere e rispetto a cui viene meno ogni riferimento soggettivo) e fattispecie normativa dell'atto (che riguarda l'attuazione del potere e incorpora il profilo soggettivo nella forma di necessaria imputazione dell'atto a un individuo). La necessità di scindere tra potere ed esercizio al fine di legittimare la rilevanza dei soli profili oggettivi manifesta la debolezza della tesi. Infine, l'A. contesta la ricostruzione presentata da G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, *passim*) che considera il potere un'energia oggettiva, in quanto riferibile direttamente all'ordinamento. La critica, anche in questo caso, attiene alla volontà di ricondurre a unità la complessità fenomenica, eliminando la dicotomia oggetto-soggetto (437) (in questo stesso senso, già M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, 72). Berti, infatti, scinde l'esperienza giuridica in due momenti: la dinamica giuridica (relativa alla produzione, di carattere oggettivo) e la statica giuridica (riguardante l'imputazione, di natura soggettiva).

[24] Il tema è particolarmente caro alla dottrina. *Ex multis:* A. MASUCCI, *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie: il procedimento amministrativo elettronico ad istanza di parte*, Torino, 2011; A. PREDIERI, *L'informatica nella amministrazione pubblica*, in *Dir. econ.*, 1971, 3, 304 ss.; G. DUNI, *Il procedimento amministrativo tra l. 7 agosto 1990 n. 241 ed introduzione dell'amministrazione telematica*, in *Foro amm.*, 1995, 1, 226 ss.; D.U. GALETTA, J.G. CORVALÁN,

ISSN 2036-7821

selezione dei dati rilevanti, nell'individuazione di criteri da adottare e dei modelli da sviluppare. Tutte scelte non certo neutre né irrilevanti che influenzano la decisione finale. Infatti, ogni posizione presa (consapevolmente o meno) dall'uomo che si affianca al *software* finisce per influenzarlo. Così l'algoritmo, che avrebbe dovuto affermarsi per ridurre la componente discrezionale umana, richiede, per la sua stessa esistenza, valutazioni soggettive[25].

Non stupisce, allora, che sia la concezione soggettiva ad aver trovato maggiore consenso, in quanto è lo stesso diritto amministrativo a esser costruito in tal senso[26]. Ad esempio, la centralità del soggetto emanante fa sì che, anche se la decisione è adottata da un organo diverso rispetto a quello individuato dalla norma attributiva del potere, il relativo vizio debba essere esaminato preventivamente e assorba le restanti censure[27]. Seppur meno palese, un'altra espressione della concezione soggettiva accolta dall'ordinamento attiene alle forme di partecipazione riconosciute ai privati. In questo modo, però, la centralità del soggetto agente viene riconosciuta, seppur non in senso assoluto: essa non può riassumere in sé l'intera gamma dei valori dell'ordinamento. La decisione del soggetto pubblico deve, comunque, cercare mediazione e integrazione con gli altri centri di potere coinvolti[28].

Nella prospettiva della ricostruzione soggettiva, l'uso degli algoritmi nel procedimento amministrativo viene visto con maggiore cautela. Questo approccio sottolinea l'importanza delle competenze e del giudizio personale dei decisori,

---

Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto, in *Federalismi.it*, 2019, 3; P. OTRANTO, *Riflessioni in tema di decisione amministrativa, intelligenza artificiale e legalità*, in *Federalismi.it*, 2021, 7; R. CAVALLO PERIN, D.U. GALETTA, *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica*, Torino, 2020; G. PASCUZZI, *La cittadinanza digitale. Competenze, diritti e regole per vivere in rete*, Bologna, 2022.

[25] Per comprendere quanto detto può considerarsi, come esempio, l'opposizione della Lega Nazionale Professionisti Serie A, della Lega Nazionale Professionisti Serie B e dei club alla proposta presentata dalla FIGC di utilizzare un algoritmo per ottenere la classifica finale del campionato, qualora non fosse stato possibile portarlo a termine a causa dell'emergenza epidemiologica da Covid-19. Sebbene l'algoritmo cercasse di operare equamente e neutralmente per definire la classifica finale, tutti gli interessati hanno preferito opporsi a tale soluzione, in quanto i criteri selezionati incidevano in modo non neutro sul risultato finale.

[26] Cfr. A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere giuridico*, cit., 459, per cui «la categoria soggettiva [...] riveste un'importanza fondamentale, consistente nell'attribuzione, che solo tramite essa è possibile operare, di senso e di valore all'interno dell'ordinamento». Invero, la distinzione tra teoria oggettiva e soggettiva non è poi così netta, infatti gli aspetti soggettivi mostrano sempre risvolti soggetti e, anche se meno marcatamente, anche la ricostruzione oggettiva richiama aspetti soggettivi. Secondo E. FOLLIERI, *Potere giuridico e atto autoritativo nel pensiero di Antonio Romano Tassone*, in *Dir. e proc. amm*., 2014, 2, 1145 ss., entrambe «possono stare alla base del potere giuridico indifferentemente, a seconda del momento storico, e possono anche convivere nella contestualità».

[27] In giurisprudenza, Cons. Stato, Ad. Plen., 27 aprile 2015, n. 5. In dottrina, cfr. M. COLETTA, *Sulla natura assorbente del vizio-motivo di incompetenza a margine dell'Adunanza plenaria n. 5/2015*, in *Dir. e proc. amm.*, 2016, 1, 271 ss. ed E. FOLLIERI, *Due passi avanti e uno indietro nell'affermazione della giurisdizione soggettiva del processo amministrativo di annullamento*, in *Giur. it.*, 2015, 10, 2192 ss.

[28] A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere giuridico*, cit., 443.

ISSN 2036-7821

aspetti che gli algoritmi non possono replicare[29]: seppur sofisticati, essi mancano della capacità di valutare il contesto, di interpretare in modo flessibile le norme e di considerare le circostanze uniche di ciascun caso. Il margine di valutazione del decisore è, invece, elemento cruciale al fine di garantire che le scelte adottate siano coerenti con il caso concreto.

3. La necessità di un effettivo controllo umano.

L'assetto che mantiene centrale la figura umana anche in presenza di algoritmi rinviene copertura anche dai principi costituzionali. La digitalizzazione, infatti, non deve essere «un fattore di rottura dell'architettura costituzionale»[30]: è «un movimento dalle coordinate fuori dello spazio e oltre il tempo»[31] della Costituzione, ma che deve essere ricondotta a essa. Proprio per questo, se l'IA impone all'amministrazione «modi di essere e di operare atipici rispetto al modello tradizionale»[32], ciò non significa che questo possa avvenire in rottura con gli obblighi costituzionali. Si tratta di interpretare le norme neppure in termini evolutivi, ma semplicemente adeguativi[33].

L'art. 28 Cost. prevede la responsabilità *dei funzionari* per gli atti compiuti in violazione dei diritti[34]. L'interpretazione pacifica, nonostante il dato letterale, riconduce la responsabilità all'amministrazione in ragione dell'applicazione della teoria dell'immedesimazione organica[35]. Quindi, seppur gli atti sono materialmente adottati dal funzionario, essi, così come gli effetti degli stessi, vengono ricondotti all'apparato pubblico, per mezzo del rapporto di immedesimazione tra organo ed ente. Più lineare è la previsione contenuta nell'art. 97 Cost., nel qual caso, oltre alla riserva di legge prevista al fine di garantire imparzialità e buon andamento, si precisa

[29] E. CARDI, *Procedimento amministrativo*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1995, 5, osserva come la figura del responsabile del procedimento risulti idonea a rispondere all'«esigenza di stabilire i nessi tra la produzione e l'imputazione dell'attività e di stabilire per questa via i centri di responsabilità dell'agire amministrativo, dispersi nei rivoli delle competenze amministrative».

[30] G. DE MINICO, *Prefazione*, in J.B. AUBY, G. DE MINICO, G. ORSONI (a cura di), *L'amministrazione digitale. Quotidiana efficienza e intelligenza delle scelte*, 11.

[31] G. DE MINICO, *Prefazione*, cit., 11.

[32] G. DE MINICO, *Prefazione*, cit., 11.

[33] G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, vol. I, Torino 1987, 68 ss.

[34] Cfr. M.C. CAVALLARO, *Potere amministrativo e responsabilità civile*, Torino, 2004, 48 ss. Per l'Autrice la formulazione dell'art. 28 risulta alquanto «infelice», frutto del contrasto emerso durante i lavori preparatori tra i fautori della responsabilità diretta dello Stato per fatto proprio e i sostenitori di una responsabilità indiretta per fatto altrui.

[35] M.C. CAVALLARO, *Potere amministrativo e responsabilità civile*, cit., 55-56, precisa, infatti, che «l'atteggiamento della dottrina e della giurisprudenza, pur in presenza del tenore letterario del testo costituzionale, è stato nel senso di mantenere fermi i principi che si erano consolidati nel corso degli anni precedenti in materia di responsabilità civile della pubblica amministrazione, ritenendo che il pregio innovativo dell'art. 28 della Costituzione fosse non solo quello di fondare il principio della responsabilità della pubblica amministrazione, ma soprattutto quello di affiancare a tale responsabilità quella propria del funzionario».

ISSN 2036-7821

che «nell'ordinamento degli uffici» debbano essere «determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari».
Dunque, la Costituzione postula un nesso tra atto adottato e funzionario, per poter ricondurre la responsabilità all'amministrazione. Ciò assume una nuova rilevanza con riguardo al ricorso agli algoritmi: da una parte, la robotizzazione cerca di rimuovere il contributo umano dalla decisione; dall'altra, la Costituzione pone un limite (indiretto) al ricorso alle scelte (integralmente) automatizzate.
Da quanto detto consegue che il ricorso agli algoritmi andrebbe escluso ogniqualvolta non sia possibile un intervento, anche in termini di vigilanza e controllo, di un soggetto, appartenente all'amministrazione, sulla decisione. In altri termini, l'automazione è possibile solo nei limiti in cui venga garantita una partecipazione effettiva del funzionario nel processo decisionale[36].
È, dunque, necessario chiarire quale sia l'ambito della partecipazione o del controllo, nonché se si tratti di forme effettive. Sicuramente il primo problema, messo in luce dalla dottrina[37], riguarda le scelte discrezionali, rispetto alle quali è necessaria una valutazione comparativa di più interessi, al fine di porre in essere la decisione finale. Il problema risiede in una caratteristica dell'IA, ossia quella di poter essere *self-learning*. Il *machine learning* e il suo molteplice atteggiarsi, che spazia dal *deep learning* alle reti neurali, è caratterizzato dalla capacità del sistema di apprendere dai dati[38]. Ne consegue che attraverso tecniche di *machine learning*, i programmi potrebbero

[36] I.M. DELGADO, *La riforma dell'amministrazione digitale: un'opportunità per ripensare la pubblica amministrazione*, in L. FERRARA, D. SORACE (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, Firenze, 2016, 133 ss. L'Autore chiarisce come la presenza di una decisione automatizzata – peraltro, anche qualora non vi sia contributo di una persona fisica – non implichi che la paternità dell'atto sia imputata all'algoritmo, dovendo sempre ricadere sull'organo amministrativo che detiene il potere e ne esercita la potestà.

[37] La questione è stata oggetto di dibattito in dottrina. *Ex multis*, cfr. A. CASSATELLA, *La discrezionalità amministrativa nell'età digitale*, in AA.VV., *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, Napoli, 2021, vol. I, 675 ss.; L. PARONA, *Poteri tecnico-discrezionali e* machine learning: *verso nuovi paradigmi dell'azione amministrativa*, in F. DONATI, A. PAJNO, A. PERRUCCI (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?*, vol. II, Bologna, 2022, 131 ss.; A. DI MARTINO, *Tecnica e potere nell'amministrazione per algoritmi*, Napoli, 2023, 60 ss. G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative. Indagine sui limiti dell'automazione decisionale tra procedimento e processo*, Milano, 2023, 71 ss.; I. ALBERTI, *L'istruttoria nel procedimento amministrativo. Prospettive di acquisizione digitale della conoscenza*, Torino, 2024, 153 ss.; M.B. ARMIENTO, *Pubbliche amministrazioni e intelligenza artificiale. Strumenti, principi e garanzie*, Napoli, 2024, 23 ss.

[38] Sulla distinzione tra algoritmo "semplice" e algoritmo che ricorre a sistemi di intelligenza artificiale è intervenuta anche la giurisprudenza. Si legge in Cons. Stato, Sez. III, 25 novembre 2021, n. 7891, che «non v'è dubbio che la nozione comune e generale di algoritmo riporti alla mente "semplicemente una sequenza finita di istruzioni, ben definite e non ambigue, così da poter essere eseguite meccanicamente e tali da produrre un determinato risultato" (questa la definizione fornite in prime cure). Nondimeno si osserva che la nozione, quando è applicata a sistemi tecnologici, è ineludibilmente collegata al concetto di automazione ossia a sistemi di azione e controllo idonei a ridurre l'intervento umano […]. Cosa diversa è l'intelligenza artificiale. In questo caso l'algoritmo contempla meccanismi di *machine learning* e crea un sistema che non si limita solo ad applicare le regole *software* e i parametri preimpostati (come fa invece l'algoritmo "tradizionale") ma, al contrario, elabora costantemente nuovi criteri di inferenza tra dati e assume decisioni efficienti sulla base di tali elaborazioni, secondo un processo di apprendimento automatico».

ISSN 2036-7821

diventare parte del procedimento di formazione della volontà, plasmando le regole date e, addirittura, producendone di nuove[39]. In altri termini, si potrebbe dire che l'intelligenza artificiale esprime in «formule la complessità del comportamento umano»[40]. Il ricorso ai sistemi di *machine learning*, quindi, fa sì che l'algoritmo, caratterizzato per sua natura da un buon grado di controllabilità, possa sviluppare una propria "coscienza"[41]. Pertanto, le decisioni cui si potrebbe giungere possono risultare difficilmente controllabili e prevedibili dall'amministrazione e dal programmatore, essendoci un progressivo (e sempre maggiore) allontanamento tra il programma e le intenzioni progettuali[42]. Dunque, l'algoritmo finirebbe per essere non prevedibile *ex ante*, oppure per «appiattire la fattispecie concreta sulla precedente casistica»[43], andando in crisi in presenza di circostanze anomale o eccezionali[44].

In questo senso, la discrezionalità amministrativa costituisce (*rectius*: dovrebbe costituire) un argine all'algoritmizzazione[45].

---

[39] G. GALLONE, *Il Consiglio di Stato marca la distinzione tra algoritmo, automazione ed intelligenza artificiale*, in *Dir. Internet*, 2022, 1, 163-164. Infatti, l'IA è in grado di operare mediante deduzioni e induzioni: così S. CIVITARESE MATTEUCCI, *«Umano troppo umano». Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 1, 6.

[40] A. VESPIGNANI, *L'algoritmo e l'oracolo. Come la scienza predice il futuro e ci aiuta a cambiarlo*, Milano, 2019, 65.

[41] Così, L.R. PERFETTI, Beyond the chinese room. *Appunti per una riflessione su intelligenza artificiale e diritto pubblico*, in *P.A. persona e amministrazione*, 2017, 1, 462.

[42] A. MATTHIAS, *The responsibility gap: Ascribing responsibility for the actions of learning automata*, in *Ethics and Information Technology*, 2004, 6, 182. In altri termini, «a differenza dei *software* tradizionali, un sistema di IA non si basa sulla programmazione (cioè sul lavoro di sviluppatori che scrivono il codice di funzionamento del sistema), ma su tecniche di apprendimento […]. Le decisioni dell'IA si fondano, pertanto, su processi decisionali che non possono essere compresi da osservatori esterni»: in questi termini, M. DI FLORIO, *Il diritto penale che verrà. Brevi considerazioni sul possibile impiego dell'IA per prevenire il rischio di disastri colposi*, in *Arch. Pen.*, 2021, 2, 10-11. L'Autore sottolinea, inoltre, come l'IA può apprendere non solo dalle proprie esperienze, ma, attraverso il ricorso ai *cloud computing*, persino dall'attività delle altre macchine.

[43] Così, E. FOLLIERI, *Presentazione del volume di Giovanni Pascuzzi "La cittadinanza digitale. Competenze, diritti e regole per vivere in rete"*, in *Giustamm.it*, 20 giugno 2022, 9.

[44] Sull'intelligenza artificiale generativa e il rischio di appiattimento sul precedente, cfr. L. TORCHIA, *Lo Stato digitale. Una introduzione*, II ed., Bologna, 2025, 25 ss.

[45] L.R. PERFETTI, Beyond the chinese room. *Appunti per una riflessione su intelligenza artificiale e diritto pubblico*, cit., 466. L'Autore sottolinea come non vi siano sistemi di intelligenza artificiale in grado di sostituire il giurista, ma unicamente in grado di compiere operazioni standardizzare, rispetto alle quali, peraltro, rappresentano «strumenti non solo utili, ma per molti versi benefici».

Sul punto si veda, altresì, M. DE BENEDETTO, *Indeterminatezza delle regole ed effettività dell'azione amministrativa*, in M. TRIMARCHI (a cura di), *Concetti giuridici indeterminati e standards valutativi del potere amministrativo*, Napoli, 2024, 86 ss. L'Autrice esclude l'algoritmizzazione delle decisioni discrezionali in forza di tre considerazioni: (I) *la discrezionalità è fatta di intelligenza ma anche di intuizione*, richiamando quella conoscenza che è propria del decidente umano e che si orienta anche in ragione dell'esperienza. (II) *Il ragionamento discrezionale richiede un tempo*, tale tempo è dato dall'istruttoria, ove è possibile svolgere quelle verifiche controfattuali che vadano a confermare o a smentire la tesi sostenuta; in tale fase un ruolo centrale è sviluppato dalla partecipazione. (III) *Il ragionamento discrezionale richiede una sede per svolgersi* (la coscienza del decisore in cui si compongono intelletto e intuizione) *e una per essere conosciuto* ((la motivazione, nella quale il modo di esercizio del potere trova giustificazione).

ISSN 2036-7821

Eppure, anche limitando il ricorso all'intelligenza artificiale alle ipotesi di attività vincolata o a finalità istruttorie nel caso di decisioni discrezionali[46], permane il dubbio sull'effettiva possibilità dei funzionari di discostarsi dalle risultanze della macchina[47]. Il problema attiene anche al piano sociologico: chi si assumerebbe la responsabilità di opporsi a una decisione presa (o a un'istruttoria compiuta) da una macchina, sulla base di parametri statistici apparentemente inconfutabili? Si tratta del c.d. *automation bias*, vale a dire la tendenza a fidarsi delle raccomandazioni automatiche. Questo scenario solleva interrogativi non solo giuridici, ma anche sociali e culturali sul ruolo del pubblico dipendente e sulla garanzia di effettività dei diritti nella società digitale, con ricadute in termini di responsabilità. Il timore di esporsi a critiche, rilievi disciplinari o contenziosi può indurre una forma di deferenza passiva nei confronti dell'algoritmo, riducendo il margine di autonomia e discernimento del funzionario stesso. Il problema dei *bias* che la persona può riversare nella macchina si riflette anche nel modo in cui questa si rapporta alla decisione. Così, in questi casi, un controllo sarebbe formalmente possibile, ma sostanzialmente improbabile o, quantomeno, non effettivo. E se non si prendesse coscienza di ciò, si rischia di chiudersi nella gabbia della forma che non guarda alla sostanza.

In questo contesto, la disciplina della responsabilità necessita di essere ripensata in modo da evitare, da un lato, che il funzionario funga da mero controllore formale o, peggio, da parafulmine giuridico e, dall'altra, che il cittadino resti privo di un idoneo sistema di protezione.

4. La responsabilità del funzionario nella società dell'algoritmo.

Un'ulteriore questione aperta riguarda la responsabilità del funzionario, quale persona fisica[48]. In particolare, la problematica attiene alla necessità che il funzionario non funga da capro espiatorio del sistema[49], ma risponda solo nei casi in cui un

[46] Su istruttoria e procedimento algoritmico, cfr. I. ALBERTI, *L'istruttoria nel procedimento amministrativo. Prospettive di acquisizione digitale della conoscenza*, Torino, 2024, *passim*.

[47] Sulla questione cfr. G. TERRACCIANO, *I.I.A. (intelligenza artificiale amministrativa) e sindacato giurisdizionale*, in *Amministrativ@mente*, 2022, 2. L'A. sottolinea «il rischio che il decisore umano finisca per appiattirsi al calcolo matematico, per quanto complesso e sofisticato, dando credito alla predizione e con ciò favorendo la realizzazione dell'evento supposto».

[48] Sul punto, cfr. E. PICOZZA, *Politica, diritto amministrativo* and artificial intelligence, in *Giur. it.*, 2019, 7, 1657 ss. Secondo l'Autore è possibile «attribuire la responsabilità dei comportamenti omissivi o commissivi della A.I. al suo programmatore e manutentore: in tal caso però l'ingegnere informatico che "guida la macchina" diventa obiettivamente un pubblico funzionario ed un pubblico ufficiale con tutte le conseguenze del caso ivi incluso il giudizio di responsabilità contabile dinanzi alla Corte dei Conti per danno erariale; se invece si opta per una responsabilità 'diretta' della macchina verso i terzi (come normalmente avviene in un ufficio amministrativo "reale") la responsabilità del suo programmatore e manutentore resterebbe pure sempre una responsabilità civile e di regresso».

[49] In generale, si v. E. FREDIANI, *Attività amministrativa e capri espiatori. Scenari*, Milano, 2024. L'A. evidenzia la «consapevolezza dell'insufficienza ed inadeguatezza di quelle soluzioni fondate esclusivamente sulla logica della

ISSN 2036-7821

controllo sia concretamente possibile e socialmente sostenibile. Rispetto a tale circostanza, dunque, è necessario valutare la portata dell'art. 1 della l. n. 20 del 1994, che, in via ordinaria, limita la responsabilità alle ipotesi di dolo o colpa grave.

In tema di dolo, originariamente, alla più garantistica costruzione penalistica, era stata preferita quella c.d. contrattuale, tant'è che non era ritenuta necessaria la rappresentazione e la volizione delle conseguenze dannose derivanti da una determinata condotta, essendo sufficiente la consapevolezza e volontarietà della condotta tenuta. Il legislatore è, poi, intervenuto imponendo anche «la dimostrazione della volontà dell'evento dannoso»[50].

Oggi, dunque, il dolo non può essere desunto dalla mera adozione di un provvedimento algoritmico dannoso, ma è necessario accertare la coscienza e la volontà del funzionario di perseguire un risultato pregiudizievole tramite lo strumento informatico. Dunque, non è sufficiente dimostrare l'accettazione del rischio legato al ricorso all'IA, ma si deve provare un'intenzionalità diretta alla realizzazione dell'evento dannoso.

Più delicata è l'individuazione dell'ipotesi di colpa grave, a maggior ragione se rapportata alle decisioni della macchina. La definizione della gravità, in mancanza di un parametro legislativo puntuale, è rimessa alla valutazione della giurisprudenza[51], che fissa confini tutt'altro che certi. Non sorprende, dunque, che il comma 2 dell'art. 21 del d.l. n. 76 del 2020 abbia limitato (seppur in via temporanea) la responsabilità contabile alle sole condotte dolosamente volute (restando ferma la colpa grave per le omissioni)[52]. Tale previsione, introdotta per limitare i fenomeni di burocrazia

---

colpevolezza» (104), sottolineando la necessità «arginare il fenomeno della polarizzazione della colpa sui singoli agenti» (15). Evitare, cioè, che un soggetto «sia chiamato a pagare per colpe che sono anche di altri» (11).

[50] Modifica introdotta dall'art. 21, c. 1, d.l. n. 76/2020 che ha modificato l'art. 1 della l. 20/1994. Sulla questione, cfr. D. BOLOGNINO, *Ancora un tassello per la definizione di un nuovo equilibrio della responsabilità amministrativa per danno all'erario*, in *Rivista di Diritto ed Economia dei Comuni*, 2024, 2, 151.

[51] La stessa Corte dei conti nel contributo scritto di febbraio 2023 sull'atto di governo n. 19 (codice dei contratti pubblici) ha rivelato che «La difficoltà a individuare criteri generali e astratti univoci per definire la colpa grave e differenziarla da quella lieve dipende dalla sua assoluta relatività: la gravità o meno di una condotta non può mai prescindere, infatti, dalla considerazione di una molteplicità di elementi, soggettivi ed oggettivi, desumibili, volta per volta, dal caso concreto».

[52] Le critiche mosse allo scudo erariale sembrano richiamare quelle mosse al legislatore del 1996 che limitò alla colpa grave la medesima responsabilità. Sulla questione, S. FOÀ, *Oltre lo "scudo erariale": quale futuro per la responsabilità amministrativa*?, in *Giustizia Insieme*, 15 aprile 2025, e ivi i richiami a E. CASETTA, *Colpa del dipendente pubblico o colpa del legislatore?*, in *Giur. cost*., 1998, 3257 ss. Sulla questione è intervenuta anche la sentenza della Corte costituzionale n. 132/2024 (depositata il 16 luglio 2024) che ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 21, comma 2, in riferimento agli artt. 28, 81 e 103 della Costituzione e non fondate le questioni di legittimità costituzionale della medesima disposizione sollevate in riferimento agli artt. 3 e 97 della Costituzione. In dottrina, si v. F. CINTIOLI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 132 del 2024: dalla responsabilità amministrativa per colpa grave al risultato amministrativo*, in *Federalismi.it*, 2024, 19; L. BALESTRA, *Per un ripensamento della responsabilità erariale e, più in generale, delle funzioni della Corte dei conti*, in *Giur. It*., ottobre 2024, 2166 ss.; A. INDELICATO, *Responsabilità e "scudo" erariale: retrospettive e prospettive dopo la rimessione alla Consulta*, in *Riv. Corte dei conti*, 2023, 6, 217 ss.; D. PALUMBO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 132/2024: verso un nuovo*

ISSN 2036-7821

difensiva durante l'emergenza pandemica, è stata prorogata con d.l. 12 maggio 2025, n. 68 (convertito con l. 2 luglio 2025, n. 100), alle condotte commesse fino al 31 dicembre 2025.

Invero, quella in oggetto è una tendenza preoccupante che indirizza il sistema verso «un'amministrazione senza qualità, un'amministrazione deresponsabilizzata»[53], ma che denota, comunque, una diffidenza nei confronti della colpa grave.

In tale contesto, una possibile soluzione (e ciò a prescindere dal ricorso all'IA) potrebbe essere quella di circoscrivere la colpa grave alla *nimia negligentia* (*non intelligere quod omnes intellegunt*)[54], valutata in ragione della concreta possibilità di intervento del funzionario. In questo modo si andrebbe a evitare che questi funga da capro espiatorio. Anche il Codice dei contratti pubblici, assunto a riferimento nell'individuazione della colpa grave, richiede il carattere dell'*esigibilità* delle condotte dell'agente pubblico *in base alle specifiche competenze e in relazione al caso concreto* (art. 2, co. 3, d.lgs. n. 36 del 2023)[55]. Si pensi a un provvedimento illegittimo adottato mediante algoritmo. In questo caso il controllo del funzionario sarebbe unicamente da intendersi in senso di vigilanza e rispetto dei diritti e delle garanzie fondamentali, quando risultino apertamente violate dalla decisione. Vale a dire, solo qualora risulti palese l'illegittimità del provvedimento algoritmico o delle risultanze istruttorie, il funzionario è tenuto a intervenire. Diversamente, se fosse chiamato a rispondere anche nei casi in cui l'illegittimità non sia manifesta, si finirebbe per richiedere al soggetto di svolgere un'istruttoria parallela alla decisione algoritmica, finalizzata a controllare la legittimità della scelta della macchina, il che è senza dubbio irrazionale.

5. La responsabilità della pubblica amministrazione nella società dell'algoritmo.

Più complesso è il problema del rapporto tra ricorso all'intelligenza artificiale, possibile controllo del funzionario e responsabilità della pubblica amministrazione. Anche perché per il cittadino il problema della decisione algoritmica si pone in

---

punto di equilibrio nella ripartizione del rischio tra la P.A. e l'agente pubblico?, in *Giustizia Insieme*, 18 novembre 2024; A. RIPEPI, *"Paura della firma", principio della fiducia ed evoluzioni della Pubblica Amministrazione. Disamina di Corte costituzionale, 16 luglio 2024, n. 132*, in *Rassegna dell'Avvocatura dello Stato*, 2024, 4, 96; S. BATTINI, *Burocrazia difensiva e responsabilità amministrativa: la sentenza "Pitruzzella"*, in *Gior. dir. amm.*, 2025, 1, 73.

[53] R. FERRARA, *Le "complicazioni" della semplificazione amministrativa: verso un'amministrazione senza qualità?*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 2, 323 ss.

[54] Cfr. Digesto 50.16.213.2 (Ulpiano, 1 reg.), secondo cui, *lata culpa est nimia neglegentia, id est non intellegere quod omnes intellegunt*.

[55] Così S. FOÀ, *Oltre lo "scudo erariale": quale futuro per la responsabilità amministrativa*?, cit.; G. TERRACCIANO, *La riforma della responsabilità amministrativa, tra esigenze di efficienza delle PP.AA e di protezione degli interessi erariali, per consentire un'autonomia decisionale dei funzionari pubblici più consapevole e meno timorosa*, in *Amministrativ@mente*, 2024, 3, 885, che «la disciplina definitoria di cui all'art. 2 richiamato del Codice dei contratti, sia pure riferita ad un ambito circoscritto, finisce per sopperire alla mancanza di una definizione normativa della colpa erariale, ma non pare ancora risolvere il problema della difficile ricerca di un tratto distintivo tra colpa lieve e colpa grave».

ISSN 2036-7821

termini di (possibile) fiducia lesa, che non riguarda (soltanto) il verificarsi del danno (possibile e insito in ogni sistema), ma si riferisce alle ipotesi in cui a seguito dell'errore non venga garantita una protezione adeguata. Questo, di fatto, è un problema di imputazione della responsabilità dalla macchina all'amministrazione ed è necessario che venga chiarito prima che all'IA si faccia effettivo ricorso.

Le soluzioni prospettabili potrebbero essere due: la tradizionale teoria dell'immedesimazione organica, rispetto a cui occorre chiedersi se risulti idonea anche in considerazione del ricorso all'algoritmo; in alternativa, il sistema di responsabilità oggettiva offerto dal codice civile.

Il discorso sull'immedesimazione organica è noto: gli atti, sebbene materialmente adottati dal funzionario (anche per mezzo della macchina), si intendono posti in essere dall'ente[56]. Non vi è, quindi, alterità soggettiva tra colui che agisce e l'organo nel quale costui è incardinato. Questa, essendo la soluzione accolta dalla giurisprudenza, rappresenta, oggi, la scelta più rassicurante, anche perché, accogliendo tale modello, non si andrebbe a stravolgere il sistema di imputazione della responsabilità alla P.A. Nella giurisprudenza amministrativa si sottolinea, infatti, la necessità di ricondurre la decisione, anche algoritmica, «all'organo titolare del potere, il quale deve poter svolgere la necessaria verifica di logicità e legittimità della scelta e degli esiti affidati all'algoritmo»[57]. Il problema sorge quando il controllo di una persona fisica non sia giuridicamente possibile o socialmente fattibile. Se l'IA opera come scatola nera, si ha il rischio che all'ente venga attribuita non l'attività di un suo organo, ma di una macchina.

L'alternativa potrebbe essere data dal ricorso a sistemi di responsabilità oggettiva offerti dal codice civile. È suggestiva la possibilità di ricondurre la responsabilità agli schemi previsti dagli artt. 2050 e 2051 c.c., perché la *ratio* alla base di tali norme è un'esigenza di giustizia distributiva, in forza della quale le conseguenze cagionate da una cosa inanimata o da un'attività pericolosa ricadono su chi concretamente esercita l'attività o su chi detiene o utilizza la *res*[58].

Invero, il ricorso all'art. 2050 c.c. è suggestivo, ma di difficile applicazione: la pericolosità richiede l'esistenza di un'attività intrinsecamente pericolosa o con rischio tipico elevato. L'algoritmo non è pericoloso in sé, anche se potrebbe esserlo; tuttavia pericoloso nel senso di idoneo a produrre un danno. Ne consegue che l'amministrazione sarebbe chiamata a rispondere sia per un danno che dipenda da una situazione intrinseca della cosa (come un programma difettoso), sia per le ipotesi di un elemento dannoso sorto nella stessa (ad esempio, una decisione discriminatoria in ragione dei criteri adottati per l'assunzione della decisione). In questo modo, però,

[56] Su imputazione e teoria organica, cfr. C. DE NICOLA, *Illecito del dipendente e imputazione della responsabilità alla pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 4, 2021, 917 ss.

[57] Cons. Stato, Sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881 e Cons. Stato, Sez. VI, 13 dicembre 2019, nn. 8472, 8473 e 8474.

[58] Cass. civ., Sez. III, 31 maggio 1971, n. 1641.

ISSN 2036-7821

i confini di "cosa pericolosa" finirebbero per allargarsi troppo, potendosi riferire a ogni attività idonea a produrre un danno. Pertanto, tale ipotesi risulta difficilmente percorribile.

Maggiori margini di applicabilità sembrano esservi in relazione a quanto previsto dall'art. 2051 c.c. In questo caso, la macchina viene considerata quello che realmente è: una cosa, uno strumento (un ottimo strumento, ma, comunque, uno dei tanti) al servizio dell'amministrazione. Del resto, perché si configuri la responsabilità della pubblica amministrazione è necessario (e sufficiente) che la cosa sia inserita nella sequenza causale che ha portato all'evento dannoso; di conseguenza l'utilizzo di un algoritmo (in qualsiasi modo lo si integri nel procedimento), al verificarsi del danno, è esso stesso da solo sufficiente a radicare una responsabilità. Peraltro, la giurisprudenza ammette la responsabilità dell'amministrazione per violazione degli obblighi di custodia anche a prescindere dalla possibilità di un effettivo controllo, se il danno si è determinato per cause intrinseche alla cosa[59]. Ciò significa che, qualora l'algoritmo venga considerato "una cosa in custodia", l'apparato pubblico sarebbe chiamato a rispondere anche nelle ipotesi in cui, in concreto, non sia stata possibile alcuna verifica: si pensi, ad esempio, al programma difettoso. Infatti, non può gravare sul cittadino la distinzione tra l'errore del funzionario e quello del programma. In questi casi, comunque, l'amministrazione potrebbe attivare meccanismi di rivalsa o regresso nei confronti del programmatore, del fornitore o di chi risulti direttamente responsabile dell'evento dannoso.

Dal punto di vista della tutela del privato, uno schema oggettivo semplifica l'accertamento: non è, infatti, necessario provare il dolo o la colpa che, rispetto a una situazione tecnica e complessa come il ricorso alle macchine, risulta particolarmente gravoso. Del resto, la prova dell'elemento soggettivo è sicuramente una delle questioni più delicate in tema di responsabilità; al di là della materia degli appalti pubblici, dove le spinte europee hanno portato a un'oggettivizzazione della colpa, nei restanti casi, pur criticata la soluzione offerta dalla sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione n. 500 del 1999[60], non sono state trovate valide alternative[61]. La colpa d'apparato, la teoria dei tre canoni, le presunzioni relative e gli incerti confini

[59] Cass. civ., Sez. III, 15 ottobre 2019, n. 25925, per *cause intrinseche alla cosa* intende il vizio costruttivo o manutentivo, che ben potrebbe riferirsi anche ad algoritmi difettosi per cause imputabili al programmatore. Nello stesso senso, cfr. Tribunale Asti, Sez. I, 29 giugno 2021, n. 527; Tribunale Roma, Sez. XII, 30 settembre 2016, n. 18059; Tribunale Grosseto, 11 maggio 2016, n. 374; Cass. civ., Sez. III, 8 maggio 2015, n. 9323.

[60] Cfr. A. ZITO, *Il danno da illegittimo esercizio della funzione amministrativa. Riflessioni sulla tutela dell'interesse legittimo*, Napoli, 2003, 160.

[61] Cfr. F. LIGUORI, *La reintegrazione in forma specifica nel processo amministrativo*, Napoli, 2003, 115. L'Autore osserva che «quanto all'elemento soggettivo, è innegabile la problematicità della relativa indagine posto che 'la volontà dell'amministrazione decidente è una semplice ipostasi' e, d'altro canto, il riferimento operato dalle Sezioni Unite non al funzionario agente, ma alla stessa p.a. intesa come apparato è alquanto oscuro né sembra chiarito dalla precisazione che la colpa si tradurrebbe in 'violazione delle regole d'imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione' qualificate come limiti esterni alla discrezionalità».

ISSN 2036-7821

dell'errore scusabile portano a una frammentazione della ricostruzione scientifica tale da mettere in discussione il corretto funzionamento dell'istituto. Nell'attuale sistema, infatti, «la delicata funzione di spartiacque tra illegittimità colpose ed illegittimità non colpose viene affidata [...] a circostanze particolari individuate solo in via esemplificativa e [...] che il giudice può riempire di contenuto a sua discrezione a seconda delle peculiarità del caso concreto»[62]. Nemmeno gli aggiustamenti del legislatore ai rilievi formulati in tema di colpa si sottraggono a osservazioni critiche: anche a seguito dell'emanazione del codice del processo amministrativo, l'unico riferimento normativo all'elemento soggettivo è previsto in relazione all'ipotesi di cui all'art. 2-*bis* della l. n. 241 del 1990.

In questo contesto un modello di responsabilità oggettiva sicuramente va a semplificare tale accertamento.

6. L'amministrazione algoritmica alla prova del diritto.

Il ricorso all'algoritmo nel procedimento amministrativo rappresenta una grande opportunità, ma anche una sfida complessa. L'affinità, almeno sul piano formale, tra algoritmo e procedimento – entrambi fondati su una logica prettamente consequenziale – fa emergere un'apparente neutralità dell'innesto, ma la costruzione del potere amministrativo in chiave soggettiva mette in luce i limiti, anche costituzionali, di un'automazione procedimentale integrata. D'altro canto, la riserva di umanità, per quanto appaia il *migliore dei mondi possibili*[63], non risolve tutti i mali. Il rischio è che il controllo umano possa rimanere puramente formale: il funzionario potrebbe limitarsi ad avallare l'esito della macchina, rinunciando a una valutazione effettiva.

In questo contesto, la disciplina della responsabilità necessita di essere ripensata. Nella prospettiva del funzionario, essa può sussistere solo nei casi in cui un controllo sia non solo possibile, ma anche socialmente esigibile; altrimenti si avrebbe una distorsione del sistema di colpevolezza.

Più complessa è l'ipotesi della responsabilità della pubblica amministrazione, che presuppone l'imputazione della decisione (e dei suoi effetti) dall'algoritmo alla pubblica amministrazione. Sicuramente suggestiva è la possibilità di una rilettura dei modelli di responsabilità oggettiva offerti dal codice civile: l'art. 2051 c.c., in particolare, permette di imputare all'ente i danni derivanti da strumenti tecnologici che verrebbero considerati al pari di "cose in custodia". Del resto, è la digitalizzazione a spingere verso modelli privatistici[64]. Con il PNRR[65] l'innovazione

[62] In questi termini, S. D'ANTONIO, *Teoria e prassi nella tutela risarcitoria dell'interesse legittimo*, Napoli, 2003, 276.

[63] VOLTAIRE, *Candide, ou l'Optimisme. Traduit de l'allemand de M. le Docteur Ralph*, Genève, Cramer, 1759, trad. it. da cui si cita, Milano, 2012, cap. XXX, 119.

[64] G. DE MINICO, *Prefazione*, cit., 11.

ISSN 2036-7821

digitale è stata considerata «una missione orizzontale, la quale richiede di essere sviluppata non in un unico campo dell'azione, pubblica o privata, perché il suo essere comune a tutte le missioni settoriali comporta che sia perseguita da ogni componente del piano»[66].

Del resto, spesso, nella disciplina di diritto pubblico, a fronte di situazioni complesse, concorrono qualificazioni pubblicistiche e civiliste; ciò anche e soprattutto con riguardo alla responsabilità per illegittimo esercizio della funzione pubblica. È innegabile che il modello a cui si è guardato sia quando è stato abbattuto il muro dell'irrisarcibilità, sia quando è stato attribuito al giudice amministrativo il potere di condannare l'amministrazione al risarcimento del danno, sia quello dell'illecito aquiliano. Ed è ciò che potrebbe avvenire anche in questo caso. Questo non significa che non si finirà per tendere verso una progressiva autonomia della disciplina responsabilità (tendenza che, almeno in parte, già si rinviene[67]), ma guardare, in assenza di soluzioni alternative, alla radicata disciplina civilistica in tema di responsabilità può essere, nell'incertezza generale, una rassicurante soluzione da cui partire.

Il cittadino, infatti, può accettare una decisione automatizzata solo se percepisce che l'ordinamento è pronto a proteggerlo in caso di errore o ingiustizia. In quest'ottica, un sistema di responsabilità oggettiva della pubblica amministrazione, come quello previsto dall'art. 2051 c.c., può rappresentare una soluzione efficace, soprattutto in relazione ai danni che dipendono direttamente dal malfunzionamento della

---

[65] Si consideri che per la missione 1 del PNRR «digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura e turismo» sono stati stanziati 40,32 miliardi di euro, di cui 9,75 miliardi sono riservati a digitalizzazione, innovazione e sicurezza nella P.A. Peraltro, è interessante sottolineare come il PNRR si ponga «in una dimensione intermedia tra programmazione politica e amministrazione, dimensione ancora tutta da scoprire, ma sicuramente portatrice di un approccio innovativo, fonte di sicura crescita economica e sociale», in questi termini V. FANTI, *Verso un turismo ecosostenibile e una digitalizzazione del patrimonio culturale*, in L. BIANCHI, B. CARAVITA (a cura di), *Il PNRR alla prova del Sud*, Napoli, 2021, 144. Del resto, la commistione tra algoritmo e procedimento richiede un investimento sia sulle strutture che sul capitale umano; per tale motivo è opportuno valutare il costo del ricorso all'IA. La digitalizzazione, ancor prima di poter essere uno strumento di riduzione dei costi, rappresenta essa stessa un costo. Sulla questione, cfr. M.A. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo e la semplificazione,* in *Jus publicum*, 2012, 4, 57 ss. Secondo l'Autrice gli interventi finalizzati a snellire e semplificare l'amministrazione non devono limitarsi alla possibilità di ricorrere agli istituti previsti e applicabili nel procedimento. Deve, infatti, essere possibile adoperare anche altri strumenti che determinino, in concreto, una semplificazione, come l'uso della telematica, «in considerazione del fatto che informatizzare equivale a dire semplificare». Si veda, altresì, A.G. OROFINO, *La semplificazione digitale*, in *Dir. econ.*, 2019, 3, 87 ss.

[66] G. DE MINICO, *Prefazione*, cit., 11.

[67] Sulla questione, cfr. E. FOLLIERI, *Il modello di responsabilità per lesione di interessi legittimi nella giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo: la responsabilità amministrativa di diritto pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 1, 20 ss.; L. GAROFALO, *La responsabilità dell'amministrazione: per l'autonomia degli schemi ricostruttivi*, in *Dir. amm.*, 2005, 1, 1 ss.; ID., *Verso un modello autonomo di responsabilità dell'amministrazione*, in *Urb. app.*, 2016, 9, 1067; A. ZITO, *Il danno da illegittimo esercizio della funzione amministrativa. Riflessioni sulla tutela dell'interesse legittimo*, Napoli, 2003, 172 ss. e, più di recente, ID., *Responsabilità civile della pubblica amministrazione per attività provvedimentale illegittima*, in C. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *Responsabilità civile (Enc. dir.)*, Milano, 2024, 818 ss.

ISSN 2036-7821

macchina, vuoi per errore del programmatore, vuoi per incuria dell'apparato pubblico. Il fine, a prescindere dal ricorso a strumenti algoritmici, deve restare quello di mantenere ferma la garanzia di giustizia dinanzi al fatto e al provvedimento.

ISSN 2036-7821