

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO
Dottorato in Diritto Pubblico, Internazionale ed Europeo
XXXII Ciclo

UNIVERSITÉ PARIS I PANTHÉON-SORBONNE
École doctorale de droit de la Sorbonne, Droit comparé



PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO E AUTOMAZIONE:
PROBLEMI E PROSPETTIVE, ANCHE ALLA LUCE DI
UN'ANALISI COMPARATA ITALIA-FRANCIA

PROCÉDURE ADMINISTRATIVE ET AUTOMATISATION :
PROBLÈMES ET PERSPECTIVES, À LA LUMIÈRE AUSSI D'UNE
ANALYSE COMPARATIVE ITALIE-FRANCE

Tutor:

Chiar.ma Professoressa Diana-Urania GALETTA

Chiar.mo Professor David CAPITANT

Tesi di Dottorato di:
Giulia PINOTTI
Matricola n. R11699 (Unimi) / n. 11720897 (Paris I)

Anno Accademico 2018-2019

Ai miei genitori

RINGRAZIAMENTI

La mia gratitudine va anzitutto alla professoressa Diana-Urania Galetta, che mi ha generosamente seguito lungo tutto l'arco dell'elaborazione di questo lavoro, e al professor David Capitant per i suoi preziosi consigli. Utili suggerimenti mi sono anche giunti dal dottor Riccardo Savoia e dal dottor Tindaro Cicero, e dal dialogo fruttuoso con il professor Amedeo Santosuosso: a tutti loro va il mio sentito grazie. Sono infine riconoscente al Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale dell'Università degli Studi di Milano, al Département de Droit comparé dell'Université Paris I, che mi ha accolto durante le mie ricerche, e in particolare a Claire Flavigny per il paziente e cordiale sostegno.

Nel congedarmi da questo lavoro mi è gradito ricordare con affetto i miei compagni del Dottorato in Diritto pubblico, internazionale ed europeo dell'Università degli Studi di Milano: con loro ho condiviso un percorso appassionante e stimolante – ad Antonio, Guglielmo e Costanza.

Je tiens d'abord à exprimer toute ma gratitude à la professeure Diana-Urania Galetta, qui a généreusement suivi ce travail tout au long de son élaboration, et au professeur David Capitant pour ses conseils attentifs. J'ai aussi bénéficié des remarques avisées du docteur Riccardo Savoia et du docteur Tindaro Cicero, et des échanges fructueux avec le professeur Amedeo Santosuosso: qu'ils soient ici remerciés pour leur aide. Je suis enfin très reconnaissante au Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale dell'Università degli Studi di Milano, au Département de Droit comparé de l'Université Paris I, qui m'a accueilli pendant mes recherches, et tout particulièrement à Madame Claire Flavigny pour sa patience et son soutien chaleureux.

Au moment de conclure ce travail, mes pensées affectueuses vont à mes collègues du Dottorato in Diritto pubblico, internazionale ed europeo dell'Università degli Studi di Milano, avec lesquels j'ai partagé un parcours passionnant et stimulant – à Antonio, Guglielmo et Costanza.

INDICE

NOTA INTRODUTTIVA.....	1
PARTE I	4
CAPITOLO I LA DIGITALIZZAZIONE DELL'ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA E L'AUTOMAZIONE DEL PROCEDIMENTO	4
SEZIONE I DIGITALIZZAZIONE DELL'ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA: PREMESSE TERMINOLOGICHE E CONCETTUALI	5
1.1 La digitalizzazione dell'attività in Italia: quadro normativo e obiettivi	9
1.2 La digitalizzazione dell'attività amministrativa in Francia: quadro normativo e obiettivi 15	
1.3 Il quadro normativo e gli obiettivi europei.....	18
1.4 Algoritmo, codice sorgente e automazione: qualche nozione essenziale.....	21
SEZIONE II LA DIGITALIZZAZIONE DEL PROCEDIMENTO E IL RICORSO ALL'AUTOMAZIONE FRA ITALIA, FRANCIA E UNIONE EUROPEA	23
2.1 Definizioni e evoluzione normativa	25
2.1.1 <i>In Italia</i>	25
2.1.2 <i>In Francia</i>	27
2.1.3 <i>Nell'Unione Europea</i>	33
2.2 Procedimento e automazione.....	34
2.2.1 <i>Iniziativa e istruttoria</i>	35
2.2.2 <i>Decisione automatizzata (rinvio)</i>	38
2.3 Procedimento amministrativo e intelligenza artificiale.....	38
CAPITOLO II L'AUTOMAZIONE DELLA FASE DECISIONALE: INQUADRAMENTO GIURIDICO DELL'AUTOMAZIONE E CATEGORIE TRADIZIONALI DELL'ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA	45
SEZIONE I ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA, CATEGORIE TRADIZIONALI E AUTOMAZIONE	48
1.1 L'attività discrezionale della Pubblica Amministrazione.....	48
1.1.1 <i>Genesi storica: il Conseil d'État e l'arrêt Grazietti</i>	49

1.1.2 Attività discrezionale e attività interpretativa.....	51
1.1.3 Attività discrezionale e principi costituzionali.....	52
1.1.4 L'esercizio del potere discrezionale come bilanciamento di interessi.....	54
1.1.5 Attività discrezionale e Legge n. 241 del 1990.....	55
1.1.6 Per una definizione (anche in chiave strumentale).....	56
1.2 La predeterminazione come esercizio anticipato dell'azione, ovvero l'autolimita della Pubblica Amministrazione.....	57
1.2.1 Per una nozione di auto vincolo: i confini.....	58
1.2.2 Per una nozione funzionale di autovincolo.....	61
1.2.3 Il fondamento costituzionale del potere di autovincolo.....	64
1.2.4 Il riconoscimento legislativo.....	66
1.2.5 Il significato dell'autovincolo (e la sua rilevanza ai fini di questo lavoro).....	68
1.2.6 Conseguenze sul piano del controllo in sede giurisdizionale (un rinvio).....	71
1.3 L'automazione dell'attività vincolata.....	72
SEZIONE II PROFILI GIURIDICI DEL SISTEMA DI AUTOMAZIONE.....	75
2.1 Cos'è il programma (rinvio).....	75
2.2 Fondamento giuridico del programma.....	76
2.3 Natura dell'atto programma.....	77
2.4 (segue) e del singolo atto automatico.....	81
2.5 Per una diversa ricostruzione: il software e il ruolo del funzionario.....	83
2.6 La prospettiva anglosassone: algoritmi, discrezionalità e “fettering of discretion”.....	86
2.7 Attività amministrativa ad automazione decisionale: ipotesi applicative.....	88
2.7.1 L'Agenzia Nazionale di Valutazione del sistema Universitario (ANVUR).....	89
PARTE II.....	93
CAPITOLO I DECISIONI AUTOMATIZZATE E GARANZIE PROCEDIMENTALI.....	93
SEZIONE I PER UN DIVIETO DI RICORSO ALLE DECISIONI AUTOMATIZZATE.....	95
SEZIONE II PROFILI RILEVANTI PER L'AMMISSIBILITÀ DEL RICORSO ALL'AUTOMAZIONE: L'ESISTENZA DI UNA BASE LEGALE.....	102
2.1 Il ruolo servente della tecnologia e la facoltà dell'intervento umano.....	105
2.2 L'obbligo di motivazione degli atti amministrativi.....	111
2.2.1 L'obbligo di motivazione nell'ordinamento italiano.....	113
2.2.2 L'obbligo (o il non obbligo?) di motivazione nell'ordinamento francese.....	115
2.2.3 Il ruolo della motivazione nell'ordinamento europeo.....	118

2.2.4 <i>L'obbligo di motivazione e l'automazione dell'attività amministrativa</i>	119
2.3 Istituti di partecipazione procedimentale.....	125
2.3.1 <i>La partecipazione al procedimento automatizzato</i>	126
2.3.2 <i>La partecipazione nella fase di elaborazione dell'algoritmo: modelli di partecipazione nei processi decisionali per l'adozione di atti amministrativi generali</i> ...	127
CAPITOLO II DIRITTO DI ACCESSO E INTELLEGIBILITÀ DELLA DECISIONE AUTOMATIZZATA	133
SEZIONE I DIRITTO DI ACCESSO E AUTOMAZIONE: L'ESPERIENZA ITALIANA E QUELLA FRANCESE	136
1.1 L'accesso al codice sorgente: il caso italiano.....	136
1.1.1 <i>Il diritto d'accesso nella legge 241 del 1990</i>	137
1.1.2 <i>Nuove forme di accesso e tutela della trasparenza</i>	140
1.1.3 <i>Sistema informatico, diritto d'accesso e tutela giurisdizionale</i>	143
1.1.4 <i>L'algoritmo del Miur e la sentenza del Tar del Lazio Sez. III bis n. 3769 del 22 marzo 2017</i>	145
1.2 L'accesso al codice sorgente: il caso francese.....	151
1.2.1 <i>La disciplina francese del diritto d'accesso</i>	152
1.2.2 <i>Il ruolo della Commission d'accès aux documents administratifs</i>	155
1.2.3 <i>Il caso dell'Admission Post-Bac</i>	156
1.2.4 <i>La piattaforma dell'Admission Post-Bac: genesi</i>	157
1.2.5 <i>La richiesta d'accesso alla Commission d'accès aux documents administratifs</i>	159
1.2.6 <i>Il succedaneo dell'APB: il sistema Parcoursup</i>	161
1.2.7 <i>Gli obblighi introdotti con gli artt. 4 e 6 dalla Loi del 7 ottobre 2016 «Pour une République numérique»</i>	162
SEZIONE II LA NORMATIVA EUROPEA: TRASPARENZA, INTELLEGIBILITÀ E DECISIONI AUTOMATIZZATE NEL REGOLAMENTO 2016/679	169
2.1 Il diritto a ottenere una spiegazione nel Regolamento 2016/679 (e il falso mito dell'explainability)	171
2.2 Profili problematici e considerazioni di diritto comparato.....	175
2.2.1 <i>Il software opera di ingegno quale limite al diritto d'accesso</i>	175
2.2.3 <i>Trasparenza conseguita e opacità residua: per una nuova prospettiva</i>	177
NOTA CONCLUSIVA.....	180
BIBLIOGRAFIA ITALIANA.....	189

BIBLIOGRAPHIE FRANÇAISE 210

NOTA INTRODUTTIVA

1. Oggetto di studio e delimitazione dell'ambito d'indagine

Questo lavoro si pone principalmente due obiettivi, e per questo è articolato in due parti: Oggetto di entrambe è l'utilizzo di sistemi di automazione decisionale da parte dell'amministrazione pubblica. La prima parte è dedicata alla concettualizzazione e all'inquadramento normativo e sistematico della materia. È necessario, in primo luogo, identificare e definire i tratti essenziali della digitalizzazione della Pubblica Amministrazione. In un secondo momento ci si concentra invece sulla digitalizzazione del procedimento amministrativo, luogo di indagine privilegiato perché prodromico all'adozione della decisione. Si analizza quindi dove essa possa intervenire nel corso del procedimento, per arrivare poi al cuore del lavoro, ossia l'automazione decisionale. devono non solo essere individuate le fonti normative che consentono (e in alcuni casi limitano) il ricorso alle decisioni automatizzate da parte dell'amministrazione, ma si deve anche condurre una ulteriore indagine sulla natura giuridica dei strumenti che consentono l'automazione, perché ne derivano importanti conseguenze sul piano della legittimità degli atti e della responsabilità dei funzionari.

La seconda parte, invece, si concentra sui principali problemi giuridici posti dall'introduzione di decisioni amministrative pubbliche automatizzate. Una prima ipotesi è che l'automazione non sia compatibile con i principi e le norme europee in materia di amministrazione pubblica, nonché con le fonti nazionali sul procedimento: secondo questa ricostruzione – poi esclusa – l'automazione decisionale non sarebbe ammissibile. Esclusa questa prima ipotesi, ci si concentra su come conciliare principi e istituti procedurali tradizionali (l'obbligo di motivazione, la partecipazione) con l'automazione decisionale.

La parte finale del lavoro indaga il complesso rapporto fra trasparenza dell'attività amministrativa e intellegibilità della decisione automatizzata, analizzando istituti classici

come il diritto d'accesso – e il modo in cui vengono interpretati nei casi di specie dalla giurisprudenza – e nuovi strumenti di tutela previsti *ad hoc* dal Legislatore.

Si è scelto di non dedicare un'apposita sezione per fare una ricognizione dei sistemi decisionali automatizzati attualmente in uso all'amministrazione: non sarebbe stato né possibile né molto utile. Le ipotesi di automazione sono quindi utilizzate per illustrare alcuni profili illustrati in teoria, o per evidenziare la loro rilevanza per alcuni tipi di attività.

2. Lo strumento della comparazione

La ricerca è stata condotta portando avanti una comparazione fra il sistema italiano e quello francese. Questo per due ordini di ragioni: il primo luogo perché l'ambito di indagine, vale a dire le decisioni amministrative automatizzate e il loro regime giuridico, è un piuttosto inesplorato; l'intervento del Legislatore e le pronunce della giurisprudenza in materia hanno appena cominciato ad addentrarsi. Per questo limitarsi all'esperienza italiana sarebbe parso probabilmente non sufficiente per una completa ricognizione. In più, come si vedrà nel corso del lavoro, l'intervento dell'Unione Europea in materia di digitalizzazione della Pubblica Amministrazione e di decisioni algoritmiche è piuttosto esteso: in quest'ottica il confronto sulle conseguenze che le politiche europee hanno avuto in due diversi Stati Membri appare piuttosto significativo. La scelta della Francia non è però casuale: in primo luogo in Legislatore francese si è mostrato molto recettivo a fronte delle necessità di intervento richiesto dai nuovi strumenti informatici – e lo studio della normativa di riferimento si è rivelato di conseguenza molto importante – ma inoltre le molteplici affinità fra i due sistemi giuridici hanno reso l'analisi della tenuta di istituti classici del diritto amministrativo come l'obbligo di motivazione, o il diritto di accesso (a fronte dell'automazione) assai più agile.

3. Utilità dello studio

L'automazione procedimentale non è certo una materia di indagine nuova per gli studiosi di diritto amministrativo: è affrontata in dottrina – e praticata dalle amministrazioni – a partire dagli anni '80. Ciò che rende però questa ricerca attuale è il fatto che l'evoluzione delle tecnologie che consentono l'automazione (con l'avvento dell'Intelligenza Artificiale e di tecnologie di Machine Learning) hanno stravolto e esponenzialmente ampliato i settori dove questa può essere messa in pratica. Se fino a dieci o quindici anni fa il tipo di attività amministrativa in cui il funzionario poteva essere sostituito da un software era ridotta e *routinaria* (nonché necessariamente vincolata, dato il fatto che venivano utilizzati solo algoritmi di tipo deterministico), l'ingente numero di dati in possesso delle amministrazioni, il modo in cui possono essere conservati e soprattutto analizzati ha comportato il moltiplicarsi delle attività in cui vi si può far ricorso e i vantaggi che ne possono conseguire.

Nel corso di questo lavoro si è cercato quindi di identificare la giusta collocazione sistematica delle decisioni amministrative automatizzate (e di tutti gli elementi che le costituiscono), i problemi che in generale il ricorso a esse può comportare, trattandole unitariamente, indipendentemente quindi dal livello di complessità della tecnologia utilizzata.

PARTE I

Capitolo I

La digitalizzazione dell'attività amministrativa e l'automazione del procedimento

SOMMARIO I. La digitalizzazione dell'attività amministrativa: premesse terminologiche e concettuali – 1.1 La digitalizzazione dell'attività amministrativa in Italia: quadro normativo e obiettivi – 1.2 La digitalizzazione dell'attività amministrativa in Francia: quadro normativo e obiettivi – 1.3 Il quadro europeo di riferimento – 1.4 Algoritmo, Software e automazione: qualche nozione essenziale – **II. La digitalizzazione del procedimento amministrativo fra Italia, Francia e Unione Europea** – 2.1 Definizioni e evoluzione normativa – 2.1.1 In Italia – 2.1.2 In Francia – Nell'Unione Europea – 2.2 Procedimento e automazione – 2.2.1 Iniziativa e istruttoria – 2.2.2 Decisione automatizzata – 2.2.3 Procedimento amministrativo e intelligenza artificiale.

SEZIONE I

Digitalizzazione dell'attività amministrativa: premesse terminologiche e concettuali

Una delle maggiori difficoltà dello studiare l'attività amministrativa digitalizzata risiede nel complesso rapporto che lega scienza giuridica, nel caso di specie il diritto amministrativo, e tecnica, in questo caso l'informatica. «Si pone infatti il problema di come le une e le altre [disciplina giuridica e tecnica] si influenzino a vicenda: Per un verso la tecnologia offre i suoi servizi alla politica, all'amministrazione, aumentandone in ipotesi l'efficienza e l'efficacia, per altro verso questo comporta una trasformazione delle seconde che incide in profondità sul loro modo di essere».¹

Che l'introduzione del mezzo informatico porti con sé delle conseguenze, anche sul piano dogmatico, è innegabile, data la portata significativa dei cambiamenti che le tecnologie mettono in atto. Questo anche perché, come si avrà più volte modo di osservare, il mezzo è tutt'altro che neutro: richiede che vengano fatte delle scelte e adottate delle politiche le cui conseguenze sono evidenti anche sul piano giuridico. La portata delle innovazioni messe in atto va ben oltre la mera ambizione di condurre per il tramite di un supporto digitale un'attività che prima veniva svolta su carta.

In questo lavoro si è cercato però, indipendentemente da quanto appena osservato, di condurre l'analisi cercando di riportare i profili studiati nei confini classici degli istituti del diritto amministrativo, piuttosto che identificarne di nuovi in ragione del fatto che si sia ricorso al mezzo informatico.

Fatta questa premessa, deve ora essere chiarito cosa si intenda in questo lavoro per amministrazione digitale, e quali aspetti ne vengano maggiormente in rilievo, soprattutto perché questo consente una più corretta collocazione sistematica e storica dell'automazione dell'attività amministrativa, che è il centro di questa ricerca (anche perché di amministrazione digitale, o *e-government*, si parla fin dal primo utilizzo dei computer da parte dell'amministrazione, e lo studio del fenomeno ha una portata molto ampia).

¹ S. CIVITARESE MATTEUCCI E L. TORCHIA, *La tecnificazione*, in L. FERRARA et D. SORACE (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana: studi*, Firenze, Firenze University Press, 2016, p. 9.

Una prima chiave ricostruttiva che può fungere da guida è quella storica:² vi è stata una prima e prolungata fase, che è riconducibile al modello classico di Pubblica Amministrazione del diciannovesimo secolo, caratterizzata dall'utilizzo di carta, stampa e macchina da scrivere (classificabile comunque come un supporto tecnico diverso da quello cartaceo), sia nei rapporti interni che in quelli esterni. In una seconda fase sono invece stati incorporati il computer, i processori di testo, le stampanti e i fax. Nel XXI secolo, il settore pubblico ha iniziato a essere condizionato dall'uso di internet, dei portali digitali, delle applicazioni mobili e dei social network.

«Attualmente la Pubblica Amministrazione si trova, tuttavia, già in una quarta fase di evoluzione. Questa quarta fase è collegata alla c.d. Quarta Rivoluzione Industriale ed ha come minimo comun denominatore un alto grado di automazione e di interconnessione che sta esercitando un impatto importante sull'essere umano stesso e sul suo modo di essere oltre che sul suo ambiente di riferimento».³

L'evoluzione appena presentata non è lontana, in una prospettiva sincronica, da quella tracciata da Civitarese Matteucci e Torchia. secondo gli Autori infatti possono essere identificati quattro livelli di sofisticazione tecnologica nell'attività amministrativa digitalizzata:⁴ Il primo è quello dell'informazione, che comporta la creazione di mezzi di comunicazione telematica coi cittadini (ad esempio di siti internet istituzionali). Il secondo livello è quello dell'informazione bidirezionale, dove la comunicazione telematica non avviene solo da parte dell'Amministrazione, ma anche da parte del pubblico. Riguarda però, anche in questo caso, la mera trasmissione di informazioni.

Il terzo e il quarto livello sono quelli che più interessano questo lavoro: si tratta della transazione e dell'integrazione. Se si adottasse una prospettiva diacronica si potrebbe dire che questi livelli sono intervenuti in un secondo momento, dopo che l'Amministrazione aveva già introdotto mezzi di comunicazione telematici. Questo è vero però solo in parte, dal momento che, come si vedrà meglio nel corso del prossimo

² Si fa riferimento alla periodizzazione proposta da D.-U. GALETTA e J.G. CORVALAN, «Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto», *federalismi.it*, 2019.

³ *Ibid.* p. 4.

⁴ S. CIVITARESE MATTEUCCI E L. TORCHIA, *La tecnificazione*, op. cit. p. 23.

capitolo, le prime attività amministrative automatizzate, sulla base di sistemi molto semplici, sono state introdotte già nel corso degli anni '90.

Quando si parla di terzo e quarto livello di informatizzazione «si parla di procedure o procedimenti telematici poiché l'atto che definisce un determinato rapporto giuridico è operato, ad esempio, attraverso un sito internet e quindi mediante l'uso di programmi informatici che elaborano dati e producono una 'decisione'»: ⁵ questa definizione contiene sia il livello di transazione che quello di integrazione: in entrambi i casi l'informatizzazione non riguarda più solo le modalità di comunicazione ma coinvolge l'automazione di operazioni più o meno estese: la differenza fra una e l'altra non è da ricercarsi negli effetti che l'attività amministrativa produce all'esterno quanto piuttosto nell'organizzazione dell'attività di *back-office* dell'amministrazione che ne consegue.

È importante introdurre un ultimo concetto che permette di collocare correttamente l'oggetto di questa ricerca: le prime due fasi, vale a dire quelle di informazione mono e bidirezionale, si servono soprattutto di strumenti propri dell'informatica documentaria. Questo significa, per l'appunto, che consentono di svolgere telematicamente ciò che prima era svolto per il tramite di un supporto cartaceo (si pensi molto semplicemente a un'amministrazione che affigge una comunicazione relativa al suo orario di apertura sul proprio sito internet). I secondi due invece richiedono il passaggio a una informatica metadocumentaria, dove l'utilizzo degli strumenti informatici consente di riprodurre procedimenti prima svolti necessariamente da un funzionario. ⁶

Quanto detto fino a ora consente di collocare concettualmente e storicamente l'oggetto di questa ricerca, ossia l'automazione delle decisioni amministrative: ci si trova chiaramente di fronte a fenomeno che rientra all'interno delle fasi di transizione e integrazione, che richiede tendenzialmente un ricorso all'informatica metadocumentaria ma che può accompagnarsi anche a all'utilizzo di quella documentaria (si pensi all'ipotesi in cui un provvedimento amministrativo automatizzato venga recapitato via PEC al suo

⁵ *Ibid.* p. 24.

⁶ Sul punto si veda M. D'ANGELOSANTE, *La consistenza del modello dell'amministrazione 'invisibile' nell'età della tecnificazione: dalla formazione delle decisioni alla responsabilità per le decisioni*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA, *La Tecnificazione*, op. cit. Sul punto si veda anche LOMBARDI VALLAURI L., TADDEI ELMI G., «Integrazione e informatica giuridica», *Inf. e dir.*, 1982.

destinatario). Per quanto concerne la collocazione storica, come si vedrà meglio al par. 2.2, anche se meccanismi basilari di automazione erano stati introdotti già durante il secolo scorso, l'ingente numero di dati disponibili per le amministrazioni, unitamente alle nuove tecnologie (che ne permettono l'analisi) e unitamente alla più elevata interoperabilità fra le banche dati, hanno fatto sì che vi fosse la possibilità di compiere operazioni sempre più sofisticate. Si vedrà, a esempio, come l'evoluzione nell'elaborazione degli algoritmi e nella programmazione di software abbia consentito di immaginare l'automazione anche di attività amministrativa di tipo discrezionale (con i limiti e i problemi di cui si dirà diffusamente); automazione – per il tramite di sistemi esperti – che era impensabile fino a qualche decennio fa.

Nel corso della prima sezione di questo capitolo ci si occuperà di tracciare i caratteri essenziali dell'evoluzione normativa della digitalizzazione della Pubblica Amministrazione in Italia, nonché dei principi che l'hanno guidata (**par.1.1**), mettendolo a confronto con l'esperienza francese (**par. 1.2**) ovviamente ascrivendo entrambe le evoluzioni nel quadro europeo di riferimento (**par. 1.3**). L'ultimo paragrafo (**par. 1.4**) sarà dedicato alla creazione, senza alcuna pretesa di esaustività, di un piccolo vocabolario tecnico sugli strumenti informatici oggetto di questo lavoro, la cui analisi giuridica verrà invece condotta nel corso del prossimo capitolo. Questa ricostruzione sarà essenziale per collocare correttamente la digitalizzazione del procedimento (e il suo rapporto con l'automazione) e condurre un'analisi accurata del rapporto fra innovazione tecnologica e istituti classici del diritto amministrativo per come prima illustrata.

Nella seconda sezione ci si occupa di ricostruire il quadro normativo del procedimento amministrativo in relazione alle nuove tecnologie in Italia (**2.1.1**), Francia (**2.1.2**) e nella disciplina europea (**2.1.3**). Dopodiché ci si soffermerà sull'automazione nelle diverse fasi del procedimento (**2.2**), quindi sull'iniziativa, sull'istruttoria (**par. 2.2.1**) e sulla decisione (**2.2.2**), per la quale si rinvierà al prossimo capitolo.

Mentre nel corso del lavoro il modello di algoritmi di riferimento per l'automazione saranno tendenzialmente quelli tradizionali di tipo deterministico, il par. **2.3** sarà dedicato agli algoritmi di intelligenza artificiale, e all'uso che già ne viene fatto nel settore pubblico, soprattutto negli Stati Uniti ma anche in Europa.

1.1 La digitalizzazione dell'attività in Italia: quadro normativo e obiettivi

La difficoltà di ricostruire un quadro completo dell'amministrazione digitale in Italia è storicamente dovuta al fatto che lo sviluppo non è stato omogeneo né sul piano normativo né su quello operativo. Le singole amministrazioni si sono trovate ad adottare delle soluzioni di infrastrutture tecnologiche a seconda delle loro specifiche esigenze e senza delle linee guida nazionali. Questo soprattutto perché, quanto meno all'inizio, non si comprendevano a pieno né le potenzialità dello strumento né i rischi derivanti da una non accorta pianificazione del suo sviluppo: l'idea che potesse derivarne un vantaggio in termini di relazioni fra amministrazioni, ad esempio, è di gran lunga successiva alle prime soluzioni tecnologiche introdotte.⁷

La tendenza appena descritta è stata parzialmente ridimensionata con una nuova fase dell'informatica pubblica sul territorio nazionale, avviata con il d.lgs. n. 39 del 1993. Questa disciplina aveva il più alto grado di organicità mai raggiunto fino a quel momento, perché definiva in modo avanzato gli obiettivi dell'informatizzazione della Pubblica Amministrazione e gli strumenti più idonei a raggiungerli.⁸

Riconosceva inoltre la necessità della creazione di standard che armonizzassero le prassi non solo sul territorio nazionale ma anche con riferimento al quadro europeo. In più, con la stessa legge veniva istituita l'Autorità per l'informatica nella Pubblica Amministrazione (AIPA, l'attuale Agenzia per l'Italia Digitale), proprio con l'obiettivo

⁷ Per una ricostruzione si vedano, *ex multis*, D'ELIA, I., CIAMPI, C., *L'informatica nella pubblica amministrazione: problemi, risultati, prospettive*, Roma, NIS, 1987; E. ZAFFARONI, «L'informatizzazione della pubblica amministrazione», *Foro amm.*, n. 7, 1996; F. MERLONI e E. CARLONI (a cura di), *Introduzione all'eGovernment: pubbliche amministrazioni e società dell'informazione*, Torino, Giappichelli, 2005.

⁸ D. Lgs. 39 del 1993 art. 2: «L'utilizzazione dei sistemi informativi automatizzati di cui al comma 1 risponde alle seguenti finalità: a) miglioramento dei servizi; b) trasparenza dell'azione amministrativa; c) potenziamento dei supporti conoscitivi per le decisioni pubbliche; d) contenimento dei costi dell'azione amministrativa. 3. Lo sviluppo dei sistemi informativi automatizzati di cui al comma 1 risponde ai seguenti criteri: a) integrazione ed interconnessione dei sistemi medesimi; b) rispetto degli standard definiti anche in armonia con le normative comunitarie; c) collegamento con il sistema statistico nazionale».

di identificare un soggetto responsabile del perseguimento degli obiettivi appena enunciati.⁹

La maggiore difficoltà, che permane anche ora, è quella di coordinare la normativa sull'informatizzazione e sulle infrastrutture informatiche con le disposizioni dei singoli settori, che ne vengono direttamente o indirettamente toccate. Si pensi, ad esempio, oltre che alla legge sul procedimento amministrativo (su cui si tornerà al par. 2), alla normativa sulla documentazione amministrativa o a quella sulla protezione dei dati personali.

Nel 2003, proprio al fine di accelerare il processo di informatizzazione e, come si vedrà meglio fra poco, ampliarne gli obiettivi, viene data delega al governo per riorganizzare la materia. Il risultato è l'adozione del Codice dell'Amministrazione Digitale (CAD), istituito con il decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82: è un testo unico che riunisce e organizza le norme riguardanti l'informatizzazione della Pubblica Amministrazione nei rapporti con i cittadini e le imprese.

Sintomatico della difficoltà del percorso verso una compiuta realizzazione di una pubblica amministrazione digitale è l'*iter* di interventi normativi che si sono susseguiti sul CAD dal 2005 a oggi: ben 29, l'ultimo dei quali nel dicembre 2017. Fra i diversi interventi di riforma che hanno coinvolto il Codice degna di nota è la legge 124 del 2015, ("Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche", nota anche come legge Madia⁹): questo soprattutto perché, all'art. 1, identifica un *fil rouge* che lega alla semplificazione dei procedimenti amministrativi la

⁹ Fra i compiti dell'AIPA rientrano, infatti, : «a) dettare norme tecniche e criteri in tema di pianificazione, progettazione, realizzazione, gestione, mantenimento dei sistemi informativi automatizzati delle amministrazioni e delle loro interconnessioni, nonché della loro qualità e relativi aspetti organizzativi; dettare criteri tecnici riguardanti la sicurezza dei sistemi; c) promuovere, d'intesa e con la partecipazione anche finanziaria delle amministrazioni interessate, progetti intersettoriali e di infrastruttura informatica e telematica previsti dal piano triennale e sovrintendere alla realizzazione dei medesimi anche quando coinvolgono apparati amministrativi non statali, mediante procedimenti fondati su intese da raggiungere tramite conferenze di servizi, ai sensi della normativa vigente; g) nelle materie di propria competenza e per gli aspetti tecnico-operativi, curare i rapporti con gli organi delle Comunità europee e partecipare ad organismi comunitari ed internazionali, in base a designazione del Presidente del Consiglio dei Ministri.». D. Lgs. 39 del 1993 art. 7.

realizzazione di un'amministrazione completamente digitale.¹⁰ La digitalizzazione diventa quindi strumento privilegiato per la realizzazione di obiettivi generali della Pubblica Amministrazione. Il più recente piano triennale (2019-2021) per la realizzazione del processo di trasformazione digitale delle amministrazioni stabilisce infatti che «le pubbliche amministrazioni si debbano organizzare utilizzando le tecnologie dell'informazione e della comunicazione per la realizzazione degli obiettivi di efficienza, efficacia, economicità, imparzialità, trasparenza, semplificazione e partecipazione, nel rispetto dei principi di uguaglianza e di non discriminazione, per l'effettivo riconoscimento dei diritti digitali dei cittadini e delle imprese», e che il CAD «costituisce la principale fonte normativa e fornisce il contesto di riferimento per la realizzazione del processo».¹¹

Sembrerebbe potersi dedurre da quanto appena detto che non abbia più senso parlare di una Pubblica Amministrazione digitale distinta da una analogica: del resto, come si è appena visto, è la stessa legge Madia a far riferimento a un principio di *digital first*, anzitutto digitale, che non sembra lasciar spazio a direzioni diverse.¹²

In realtà, prescindendo dalle affermazioni di principio, almeno due sono le ragioni per le quali permane una certa perplessità rispetto alla possibilità che questa trasformazione sia effettiva. Entrambe sono state efficacemente messe in luce dal Consiglio di Stato nel parere reso sulle modifiche al CAD alla luce della Legge Madia.

Il primo ordine di obiezioni è connesso alle difficoltà nel «superamento delle problematiche, ormai note anche a livello europeo, connesse sia con il *gap* del paese rispetto al resto d'Europa in materia di digitalizzazione - che, come emerso dai rapporti

¹⁰ L. 124 del 2015 art. 1 l. b): «ridefinire e semplificare i procedimenti amministrativi, in relazione alle esigenze di celerità, certezza dei tempi e trasparenza nei confronti dei cittadini e delle imprese, mediante una disciplina basata sulla loro digitalizzazione e per la piena realizzazione del principio «innanzitutto digitale» (digital first), nonché l'organizzazione e le procedure interne a ciascuna amministrazione».

¹¹ AGID, Piano Triennale per l'Informatica nella Pubblica Amministrazione 2019 – 2021, 2019.

¹² Una posizione simile può essere ricostruita anche nell'ordinanza del Ministero della Pubblica Amministrazione spagnolo dell'11 aprile 2003 (APU/959/2003) «Parlare oggi di Pubblica Amministrazione significa necessariamente parlare di amministrazione digitale». Sul punto si veda I.M. DELGADO, «La riforma dell'amministrazione digitale: Un'opportunità per ripensare la Pubblica Amministrazione», in *La tecnificazione*, IV, A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana, Firenze, Firenze University Press, 2016.

denominati *Digital Agenda Scoreboard* e *Digital Economy and Society Index* (DESI), vede l'Italia al venticinquesimo posto in Europa nella diffusione della connessione *internet* tramite banda larga, nell'utilizzo di *internet*, nella diffusione delle competenze digitali, nel livello di innovazione digitale delle piccole e medie imprese e nella presenza di servizi pubblici digitali - sia con il cosiddetto *digital divide* ovvero il divario esistente tra chi ha accesso effettivo alle tecnologie dell'informazione e chi ne è escluso, in modo parziale o totale, in ragione delle proprie condizioni economiche, del livello d'istruzione, della qualità delle infrastrutture e della provenienza geografica». ¹³ In primo luogo, quindi, parlare di esclusivamente digitale nel panorama italiano attuale vuol dire tagliare fuori coloro che non hanno accesso agli strumenti digitali. E benché gli ultimi dati forniti da AgID segnalino un miglioramento, è facile osservare come questo sia direttamente proporzionato al grado di istruzione dei membri del nucleo familiare. Nelle famiglie dove c'è almeno un laureato la connessione a banda larga è presente del 91,6% dei casi, dato che scende al 55,3% nelle famiglie dove il titolo di studio più elevato è la licenza media. ¹⁴ Uno scenario in cui chi non ha accesso a una risorsa (che ha detta di alcuni dovrebbe essere ormai qualificata come essenziale) ¹⁵ rischia di essere ancora più relegato ai margini dallo Stato stesso.

¹³ Parere interlocutorio reso dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato in data 17 marzo 2016. Sul punto anche S. CIVITARESE MATTEUCCI E L. TORCHIA, *La tecnificazione*, in L. FERRARA et D. SORACE (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana: studi*, Firenze, Firenze University Press, 2016; C. LEONE, «Il principio “digital first”: obblighi e diritti in capo all'amministrazione e a tutela del cittadino. Note a margine dell'art. 1 della legge 124 del 2015», *Giustamm.*, 2016.

¹⁴ AGID, Libro Bianco sull'Intelligenza Artificiale al servizio del cittadino, 10 marzo 2018, p. 16. In generale sul punto si veda P. NORRIS, *Digital Divide: Civic Engagement, Information Poverty, and the Internet Worldwide*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001.

¹⁵ In questo senso è interessante richiamare l'art. 2 della Dichiarazione dei diritti di Internet (elaborata nel 2014 dalla Commissione Per i diritti e doveri di internet costituita presso la Camera dei Deputati) che, in materia di diritto di accesso, dispone come «1. L'accesso ad Internet è diritto fondamentale della persona e condizione per il suo pieno sviluppo individuale e sociale. 2. Ogni persona ha eguale diritto di accedere a Internet in condizioni di parità, con modalità tecnologicamente adeguate e aggiornate che rimuovano ogni ostacolo di ordine economico e sociale. 3. Il diritto fondamentale di accesso a Internet deve essere assicurato nei suoi presupposti sostanziali e non solo come possibilità di collegamento alla Rete. 4. L'accesso comprende la libertà di scelta per quanto riguarda dispositivi, sistemi operativi e applicazioni anche distribuite. 5. Le Istituzioni pubbliche garantiscono i necessari interventi per il superamento di ogni forma

Un utile strumento per far fronte a questa difficoltà potrebbero essere le politiche di alfabetizzazione digitale, che devono però anch'esse scontrarsi con il secondo problema a cui si faceva riferimento poco fa, anche questo ben evidenziato dal Consiglio di Stato nel suo parere: nell'art. 1 della l. 124/2015 si legge che «il Governo è delegato ad adottare, entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, *con invarianza delle risorse umane, finanziarie e strumentali disponibili a legislazione vigente*, uno o più decreti legislativi volti a modificare e integrare, anche disponendone la delegificazione, il codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, di seguito denominato “CAD”»; questo significa che una riforma strutturale dell'assetto amministrativo dello Stato dovrebbe essere realizzata a costo zero. La mancata previsione di spese aggiuntive, sottolineano i giudici, mina in partenza la possibilità che il cambiamento sia effettivo e efficace.¹⁶

Inoltre, affinché il principio del *digital first* acquisisca una valenza effettiva e non meramente programmatica, soprattutto nell'ottica di garantire l'accesso agli strumenti

di divario digitale tra cui quelli determinati dal genere, dalle condizioni economiche oltre che da situazioni di vulnerabilità personale e disabilità». Si vedano sul punto, *ex multis*, O. POLLICINO, T.E. FROSINI, E. APA, M. BASSINI (a cura di), *Diritti e libertà in Internet*, Le Monnier, Milano, 2017. A. PIROZZOLI, «Il libero accesso alla rete: un diritto in espansione», *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, n. 2, 2018; E. DE MARCO (a cura di), *Accesso alla rete e uguaglianza digitale*, Giuffè, Milano, 2008.

¹⁶ «In relazione a quanto fin qui esposto la Commissione speciale rileva che l'ampiezza delle problematiche connesse con la riforma dell'amministrazione digitale - ed in particolare quelle concernenti il raggiungimento dell'obiettivo della diffusione della cultura digitale (art. 9), lo sviluppo delle politiche di formazione (art. 12), e l'attribuzione all'Agid di rilevanti e nuovi compiti (art. 14 bis) - potrebbero comportare la necessità di programmare delle spesa aggiuntive rispetto a quelle previste per il settore, rendendo non perseguibile l'obiettivo di procedere nell'intervento normativo de quo a costo zero e, cioè, tramite il solo utilizzo di risorse economiche e di personale già a disposizione dei singoli organi dell'Amministrazione. In proposito la Commissione speciale, pur aderendo con convinzione al succitato orientamento governativo, ritiene necessario sottolineare da una parte che la mancata individuazione delle modalità con cui reperire le risorse necessarie per realizzare gli obiettivi programmati potrebbe, come peraltro già accaduto, pregiudicare l'esito della riforma stessa ed evidenziare dall'altra che l'importanza della riforma de qua può giustificare il ricorso ad un ponderato incremento di spesa, atteso che l'eventuale erogazione di denaro pubblico potrà essere compensata dai risparmi di spesa derivanti dalla concreta e tempestiva applicazione della riforma stessa». Parere interlocutorio reso dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato, *op. cit.*

informatici ai cittadini tutti, è importante che le politiche in materia di digitalizzazione si sviluppino in modo uniforme sul territorio nazionale.

In questo senso significativa è la sentenza della Corte costituzionale, che davanti a un ricorso presentato dalla Regione Veneto (in ragione del fatto che alcune norme della legge Madia avrebbero violato le competenze attribuite alla regione ex art. 117 della Costituzione) ha sostenuto che:

Le disposizioni impugnate, che pure intersecano sfere di attribuzione regionale come il turismo e l'organizzazione amministrativa regionale, costituiscono, in via prevalente, espressione della competenza statale nella materia del «coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale» (art. 117, secondo comma, lettera r, Cost.). Esse sono anzitutto strumentali per «assicurare una comunanza di linguaggi, di procedure e di standard omogenei, in modo da permettere la comunicabilità tra i sistemi informatici della pubblica amministrazione» (sentenza n. 17 del 2004; nello stesso senso, fra le altre, sentenze n. 23 del 2014 e n. 46 del 2013). *Assolvono, inoltre, all'esigenza primaria di offrire ai cittadini garanzie uniformi su tutto il territorio nazionale, nell'accesso ai dati personali, come pure ai servizi, esigenza che confina anche con la determinazione di livelli essenziali delle prestazioni.* Tanto basta per confermare la piena competenza dello Stato, coerente con l'impegno, dallo stesso assunto, di uniformarsi alle indicazioni provenienti dall'Unione europea.¹⁷

La dottrina ha sottolineato l'importanza di questa decisione della Consulta, giacché per la prima volta i principi in materia di digitalizzazione della Pubblica Amministrazione contenuti nel Codice sono stati inquadrati facendo riferimento ai LEP (Livelli Essenziali delle Prestazioni).¹⁸

¹⁷ Sentenza della Corte costituzionale n. 251 del 25 novembre 2016.

¹⁸ Per una più generale ricostruzione della sentenza si veda M. DE NES, «La sentenza della Corte costituzionale n. 251 del 2016 e i possibili riflessi sul coordinamento della finanza pubblica», *forumcostituzionale.it*, 2017.

1.2 La digitalizzazione dell'attività amministrativa in Francia: quadro normativo e obiettivi

Si è visto poc'anzi come a partire dal 2015 in Italia il *digital first* sia diventato il *leitmotiv* nei rapporti fra Pubblica Amministrazione, semplificazione e digitalizzazione; non diversamente è avvenuto in Francia, dove l'Amministrazione digitale è stata qualificata come *un impératif*, un imperativo.¹⁹

Un primo piano di riforma in questa direzione – anche alla luce delle politiche europee in materia, come si vedrà nel corso del prossimo paragrafo – è stato lanciato nel 1998. Questo primo intervento è stato seguito da un secondo, nel 2004 (il programma AdEle, Administration électronique) e da un terzo nel 2012, il “Plan France numérique 2012”.

Anche in Francia, così come in Italia, è stato osservato²⁰ come la difficoltà principale nella definizione di un quadro normativo efficace sia nel conciliare la normativa esistente, le nuove norme in materia di amministrazione digitale e le norme di settore volte a regolare alcune materie puntuali, come il regime dei dati o le norme di sicurezza, che coinvolgono necessariamente le prime due.²¹

Proprio in quest'ottica (anche se con un certo ritardo rispetto agli altri paesi europei), con l'obiettivo di rendere più organizzata la materia e più chiari gli obiettivi che

¹⁹ Sul punto si veda il Report dell'Organization for economic cooperation and development, *L'administration électronique: un impératif*, Paris, OECD Publishing, 2004. In generale per uno studio più approfondito della materia oggetto di questo paragrafo si veda L. CLUZEL-MÉTAYER, *Les procédures de l'administration électronique en France*, in J.-B.AUBY et T. PERROUD (a cura di), *Droit comparé de la procédure administrative : Comparative law of administrative procedure*, Collection droit administratif, n. 19, Bruxelles, Bruylant, 2016.

²⁰ L. CLUZEL-MÉTAYER, *Les procédures de l'administration électronique en France*, op. cit. p. 834.

²¹ Tenuto anche conto del fatto che la Francia si è dotata per la prima volta di una legge sul procedimento amministrativo, il *Code des relations entre le public et l'administration*, soltanto nel 2015, come si vedrà meglio al par. 2.1.2.

per il tramite della digitalizzazione si vogliono perseguire, è stata adottata, nel 2016, la Loi pour une République numérique (LPN).

È interessante soffermarsi in primo luogo sull'*iter* di adozione della legge: al fine di coinvolgere quanto più possibile i cittadini nell'elaborazione dei testi legislativi il Governo e il Parlamento (come si vedrà meglio anche nella seconda parte di questo lavoro al capitolo I par. 2.3.2) hanno introdotto delle consultazioni pubbliche sui progetti di legge, e il primo ad esservi stato sottoposto è stato proprio quello della LPN.²²

La consultazione pubblica è stata accessibile fra il 26 settembre e il 18 ottobre del 2015, con l'obiettivo dichiarato di «perfezionare e arricchire il progetto di legge proposto dal Governo prima del suo esame da parte del Parlamento» («perfectionner et enrichir le projet de loi proposé par le Gouvernement avant son examen par le Parlement»). I dati di partecipazione sono in apparenza soddisfacenti, visto che vi hanno preso parte 21.400 persone e i contributi presentati sono stati circa 800.²³

La LPN si sviluppa principalmente intorno a tre centri di interesse: “La circolazione di dati e conoscenze” (il primo titolo), “La tutela dei diritti nella società

²² Sul punto si vedano, *ex multis*, A. DENIZOT «La loi pour une République numérique: tous législateurs?» *RTD civ.*, 2017. V. LASSERRE, «Investiture de la société civile au Parlement. Analyse d'une nouvelle méthode législative» *JCP*, 2016.

²³ Anche se, a seguito di una lettura più attenta, si vede che il maggior numero di contributi viene da un gruppo molto ristretto di persone, e che si tratti di maschi in età adulta con un elevato grado di istruzione. In questo senso critico verso lo strumento si mostra Denizot: «Il n'est pas inintéressant de regarder de près qui a réellement contribué à cette co-écriture. Le bilan de la consultation nous confie que 76,9 % des personnes qui ont participé sont des hommes, 52 % sont cadres supérieurs et 62,4 % diplômés de l'enseignement supérieur long : des chiffres qui pourraient faire croire que c'est l'abbé Sieyès en personne qui a organisé la consultation citoyenne ! Ce n'est pas le moindre des paradoxes de cette co-écriture moderne, pour une République futuriste, de nous brosser le tableau d'une société démodée, où les femmes délaissent à la fois la participation à la vie politique et les métiers du numérique, principalement en raison de stéréotypes encore fortement marqués, même chez les jeunes. Nous ne pouvions malheureusement espérer d'autres statistiques pour cette consultation citoyenne : le rapport de l'Opiiec sur l'attractivité des métiers du numérique et de l'ingénierie pour les publics féminins en France (Observatoire des métiers du numérique, de l'ingénierie, des études et du conseil et de l'événement, févr. 2016) révèle que ce secteur du numérique présente un taux de féminisation de 33 % (contre 53 % tous secteurs confondus), un chiffre assez proche de celui du taux de participation des femmes à la contribution pour la loi numérique». A. DENIZOT «La loi pour une République numérique : tous législateurs ?», *op. cit.* p. 232.

digitale” (titolo secondo) e “L’accesso al digitale” (ultimo titolo). Ovviamente la normativa è stata costruita in modo tale da potersi integrare e poter specificare le disposizioni del Regolamento europeo 2016/679, sul quale ci si soffermerà nel prossimo paragrafo. Nell’*Exposé des motifs* che hanno portato all’adozione della legge il Governo scrive che «ha intrapreso azioni sostanziali, sia in materia di trasformazione digitale dello Stato sia in materia di politica economica (con riferimento al mercato digitale). È essenziale perseguire questo scopo, perché è una condizione necessaria per lo sviluppo della tecnologia digitale in Francia allo stesso ritmo attuale. L’obiettivo del Governo è duplice: in primo luogo, dare alla Francia un vantaggio nel dominio digitale promuovendo una politica di apertura dei dati e delle conoscenze; dall’altro, adottare un approccio digitale progressivo, che si basa sugli individui, per rafforzare il loro potere di agire e i loro diritti nel mondo digitale».²⁴

L’attenzione dedicata dalla Francia non alla digitalizzazione dell’amministrazione in generale, ma soprattutto alla digitalizzazione della medesima nei rapporti con i cittadini appare piuttosto evidente se ci si sofferma sui dati presentati nel 2018 dal Ministero dell’economia (Tabella 1), che illustrano i rapporti telematici fra amministrazione e pubblico. Da essi si evince, infatti, come la Francia si collochi nettamente al di sopra della media europea in ciascuna delle attività considerate.

Tabella 1 - Dati del Ministère De L'Économie - 2018

	UE 28	Francia	Germania	Regno Unito	Svezia
Avere dei rapporti con l’amministrazione	49%	68%	53%	49%	84%

²⁴ «A cette fin, le Gouvernement a déjà entrepris des actions de fond, que ce soit par la transformation numérique de l’Etat ou en matière de politique économique. Il est essentiel de poursuivre cette ambition ; c’est une condition nécessaire du développement du numérique en France sur un rythme aussi soutenu qu’actuellement. L’objectif du Gouvernement est double : d’une part, donner une longueur d’avance à la France dans le domaine du numérique en favorisant une politique d’ouverture des données et des connaissances ; d’autre part, adopter une approche progressiste du numérique, qui s’appuie sur les individus, pour renforcer leur pouvoir d’agir et leurs droits dans le monde numérique». *Dossiers législatifs - Exposé des motifs - Loi n. 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique.*

Ottenere delle informazioni dai siti web pubblici	41%	47%	52%	35%	76%
Scaricare dei documenti	30%	39%	34%	25%	51%
Inviare la dichiarazione dei redditi	18%	34%	17%	7%	46%
Inviare dei formulari compilati	30%	53%	18%	35%	72%

1.3 Il quadro normativo e gli obiettivi europei

Per tracciare un quadro, seppur sintetico, della digitalizzazione del settore pubblico in Italia e in Francia non si può prescindere dal fare alcune osservazioni sull'Unione Europea perché essa ha avuto, come si vedrà fra poco, un ruolo determinante in termini sia di contributo finanziario sia di direzione politica in materia.²⁵

Com'è noto l'Agenda digitale europea²⁶ ha un terreno d'azione ampio, che non coinvolge solo l'informatizzazione dell'amministrazione europea e dei singoli stati membri ma anche l'economia e il mercato del lavoro. L'Unione è stata, infatti, un precursore nel promuovere una strategia digitale a pieno titolo volta ad aiutare i paesi e le regioni europee a tenere il passo con le tendenze delle tecnologie digitali. In effetti, le prime iniziative in questa direzione risalgono agli anni '80, dopodiché gli interventi si sono susseguiti fino all'adozione dell'Agenda Digitale Europea (DEA) nel 2010 e del Mercato Unico Digitale (DSM) nel maggio 2015. L'obiettivo di entrambi gli interventi

²⁵ I trattati non contengono singole disposizioni che facciano diretto riferimento alle ICT, ma L'Unione Europea può porre in essere azioni utili al tal fine con riferimento a svariate politiche, fra le quali ad esempio politica in materia di concorrenza, di politica commerciale o di libera circolazione di servizi, capitali o merci.

²⁶ L'Agenda Digitale Europea è uno dei 7 pilastri della Strategia "Europa 2020", che indica gli obiettivi di crescita dell'Unione Europea fino al 2020.

ero quello di accompagnare lo sviluppo della informatizzazione nei paesi membri in modo tale da conseguire i maggiori benefici economici e sociali.

Per quanto concerne invece in maniera più diretta le politiche dell'Unione in materia di *e-government*, si può fare un quadro sintetico dei passaggi fondamentali: nel 2006, riconosciuta l'importanza della informatizzazione delle amministrazioni statali, la Commissione europea ha adottato il Piano d'Azione eGovernment i2010, con l'obiettivo di «rendere i servizi pubblici più efficienti e più moderni, nonché di soddisfare con più precisione le esigenze dei cittadini» («make public services more efficient and more modern and to target the needs of the general population more precisely»)²⁷ Il piano d'azione si basa sulla Dichiarazione ministeriale di Manchester del 2005 che mirava a fornire servizi inclusivi ai cittadini, rendere i servizi pubblici più efficaci ed efficienti, individuare servizi pubblici europei di forte impatto e garantire un accesso semplice e sicuro ai servizi pubblici online. Oltre a ciò, come quinta e ultima azione, il piano mirava a rafforzare la partecipazione elettronica e i processi decisionali democratici.²⁸

Come si è già osservato nel ricostruire il quadro normativo italiano e francese molta della complessità nell'analisi della legislazione in materia di digitalizzazione è dovuta al necessario sovrapporsi di diverse discipline. In questo senso va ricordato che il 27 aprile 2016 è stato adottato il Regolamento 2016/679 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati (che abroga la precedente Direttiva 95/46/CE ed è diventato operativo il 25 maggio 2018).²⁹ In più, in data 6 giugno 2016 è stata adottata la Direttiva

²⁷ COM (2006)173 – Comunicazione della Commissione del 25 aprile 2006, “i2010 eGovernment Action Plan - Accelerating eGovernment in Europe for the Benefit of all”.

²⁸ «The 2005 Manchester Ministerial Declaration aimed to provide inclusive services to citizens (i); make government services more effective and efficient (ii); identify high impact European public services (iii) and guarantee a simple and secure access to online public services (iv). In addition to this, the action plan aimed at strengthening eParticipation and democratic decision-making as a fifth action in addition to the Declaration's priorities». Programma ISA² «eGovernment factsheets – 10th anniversary report», 2019.

²⁹ Per una generale ricostruzione della disciplina si veda P. VOIGT, e A. von dem BUSSCHE, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): a practical guide*, Cham, Springer, 2017; M. KRZYSZTOFEK, *GDPR: General Data Protection Regulation (EU) 2016/679. Post-Reform Personal Data Protection in the European Union*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2018.

2016/1148 (nota anche come Direttiva NIS),³⁰ recante misure per un livello comune elevato di sicurezza delle reti e dei sistemi informativi nell'Unione.

Entrambe questi testi normativi (sul primo ci si soffermerà diffusamente nel corso di questo lavoro) svolgono certo un ruolo strategicamente essenziale e compongono il sistema delle fonti in materia, ma hanno ad oggetto, come più volte osservato una materia molto precisa.³¹ Questo significa che l'interprete deve necessariamente tenerne conto, soprattutto per quelle materie che ricadono nell'area di competenza del diritto dell'Unione.

Uno studio condotto nel 2018 per la Commissione Regi del Parlamento europeo (che ha competenza nell'ambito della politica regionale e di coesione dell'Unione) con obiettivo di analizzare il rapporto fra politiche di coesione europee, Agenda Digitale e Mercato Unico Digitale ha evidenziato come, nonostante gli evidenti passi avanti, sussista ancora un divario nello sviluppo digitale non solo fra l'Unione Europea e gli Stati Uniti, ma anche all'interno degli Stati Membri stessi.³² Questo evidenzia quanto osservato nei paragrafi precedenti, ossia il fatto che uno dei rischi maggiori di una spinta ingente alla digitalizzazione senza le giuste politiche, in Europa come in Italia, è l'aumento delle disuguaglianze già esistenti nel tessuto sociale. Mentre in Italia, come si è visto, la difformità di accesso agli strumenti digitali è legata principalmente al grado di istruzione dei membri della famiglia nonché alla presenza di minori nel nucleo, in Europa le disuguaglianze sono in primo luogo fra paesi del Nord e paesi del Sud, e all'interno dei singoli paesi soprattutto fra aree urbane e aree rurali.³³

L'oggetto di questa ricerca spiega perché si insista così tanto sul *digital divide*, sia nazionale che fra paesi europei. Lungi dal riguardare soltanto l'amministrazione (sia in termini di organizzazione che in termini di esercizio della funzione) il procedimento

³⁰ Attuata in Italia dal D. Lgs. n. 65 del 18 maggio 2018, in Francia dalla Loi n. 2018-133 del 26 febbraio 2018 e dal Décret n. 2018-384 del 23 maggio 2018.

³¹ Programma ISA² «Government factsheets – 10th anniversary report», *op. cit.*

³² I dati sono interessanti: in Islanda, ad esempio, il 98% delle famiglie ha accesso a Internet, così come in Olanda, Norvegia e Danimarca. Picchi più bassi si hanno fra Bulgaria (67%), Serbia (68%) e Grecia (71%). I dati sono del marzo 2018, la fonte è Eurostat: i dati relativi al 2019 erano in corso di elaborazione durante la stesura di questo lavoro.

³³ Su quanto detto fino a ora si veda la ricerca condotta per la Commissione REGI «Digital agenda and cohesion policy», 2018.

amministrativo digitalizzato coinvolge anche i cittadini. Questo per quel che concerne l'iniziativa, la partecipazione, la possibilità di comprendere l'*iter* che ha portato all'adozione della decisione. Il loro grado di accesso agli strumenti informatici è, di conseguenza, un prerequisito affinché la digitalizzazione del procedimento possa non essere lesiva del principio di eguaglianza sostanziale.

1.4 Algoritmo, codice sorgente e automazione: qualche nozione essenziale

Ovviamente non è possibile in questa sede approfondire i profili tecnici degli strumenti necessari per l'automazione: sarebbe impensabile sia per questioni di spazio che di competenze. Nonostante ciò pare opportuno richiare qualche nozione, quanto meno per rendere più chiaro l'oggetto di questo lavoro. Anzi tutto la definizione più semplice – data dal Vocabolario Treccani – di automazione è la seguente: «impiego di un insieme di mezzi e procedimenti tecnici che, agendo opportunamente su particolari congegni o dispositivi, assicurano lo svolgimento automatico di un determinato processo». Questo accade anche in sede procedimentale: per il tramite di uno strumento informatico vengono poste in essere delle attività che erano prima appannaggio di un funzionario. Il sistema di automazione è a sua volta composto da alcuni elementi necessari, che verranno presi in considerazione in vari momenti di questo lavoro. La prima nozione che viene in rilievo è quella di algoritmo: esso è una sequenza di istruzioni computazionali che indicano a una macchina le operazioni necessarie per trasformare una serie di dati *input* in un *output*. Tutti gli algoritmi hanno alcune proprietà: l'atomicità, la non ambiguità, la finitezza, la terminazione l'effettività e il determinismo.³⁴ Già da questa elementare definizione possono essere colti alcuni profili rilevanti in questa sede: che vi è un data set di partenza che fornisce i dati di input al programma (e che, conseguente, dalla correttezza di questi dati discenderà anche la correttezza dell'output finale) e che le istruzioni che vengono

³⁴ Questa breve definizione è stata elaborata sulla base di quanto descritto da M.A. BIASIOTTI, G. SARTOR, F. TURCHI, *Tecnologie e abilità informatiche per il diritto*, Torino, Giappichelli, 2018.

elaborate dal programmatore per la macchina costituiscono il codice sorgente del programma.

Gli algoritmi possono fondarsi su diverse tecnologie, che consentono di produrre *output* molto differenti. In particolare si può distinguere fra algoritmi di tipo deterministico e non deterministico (come ad esempio quelli di tipo probabilistico), fino a arrivare a algoritmi di apprendimento, che a loro volta possono essere di tipo supervisionato (in grado di attingere quindi al fine di adottare una decisione dalle esperienze – anche in numero vastissimo – che però sono già in loro possesso, e di tipo non supervisionato, dove sarà l'algoritmo ad identificare e ricercare modelli, senza una preventiva etichettatura.³⁵

È chiaro quindi che, a seconda del tipo di algoritmo alla base del sistema di automazione, si potranno profili problematici diversi, soprattutto in termini di intellegibilità e verificabilità della decisione adottata. Si rende necessaria un'ultima precisazione: anche a fronte degli algoritmi più elementari, di tipo deterministico, vi è comunque un passaggio delicato e essenziale: quello dalla norma – che sia una legge, un regolamento, o un atto amministrativo generale – al linguaggio computazionale. Difatti, anche qualora le disposizioni siano molto semplici, vi è una indeterminatezza e mancanza di precisione che è propria del linguaggio naturale, che è difficilmente compatibile con un linguaggio formale. Non è quindi arduo immaginare (come si vedrà nel corso del II capitolo) che possano esservi delle difficoltà per i programmatori nel tradurre in istruzioni delle regole all'apparenza precise, che possano tradursi in vizi poi invalidati al momento dell'adozione dell'atto automatizzato.³⁶

³⁵ Sul punto si veda G. AVANZINI, *Decisioni algoritmiche e algoritmi informatici: predeterminazione, analisi predittiva e nuove forme di intellegibilità*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019.

³⁶ «Sul punto si veda quanto osservato da Bourcier e De Filippi: le passage d'un système de normes fondées sur un langage juridique, caractérisé par les ambiguïtés et la flexibilité du langage naturel, vers un système de normes techniques, écrites en un langage informatique formel, comporte aussi des conséquences négatives. En dépit d'une grande efficacité, la formalisation et la transposition des règles juridiques en un langage informatique risquent d'altérer non seulement la nature mais aussi la portée et la signification de ces normes.

Alors que le code informatique offre de plus grandes certitude et précision en ce qui concerne l'applicabilité des normes, atténuant les zones grises du droit, il en réduit la flexibilité et la capacité à s'adapter à des circonstances imprévues. D'une part, la rigidité du code informatique comporte le risque de limiter

SEZIONE II

La digitalizzazione del procedimento e il ricorso all'automazione fra Italia, Francia e Unione Europea

Obiettivo di questa seconda sezione del capitolo è quello di analizzare in che modo sia intervenuta la digitalizzazione sull'attività procedimentale della Pubblica Amministrazione.³⁷ In particolare, come si è visto nella Nota introduttiva, nei prossimi paragrafi ci si occuperà soprattutto del modo in cui gli algoritmi sono utilizzati nel corso del procedimento (e nelle sue varie fasi), prima di arrivare a quello che è il cuore del lavoro, ossia l'automazione della decisione amministrativa. Non vi è una coincidenza, come si avrà più volte modo di ribadire, tra digitalizzazione del procedimento e ricorso all'automazione, sia essa totale o parziale: la digitalizzazione, però, pone le condizioni affinché l'automazione possa avvenire in forma più completa e corretta, e perciò non può essere trascurata (torna in rilievo anche qui la distinzione proposta fra informatica documentaria e metadocumetaria).

Le ragioni per cui si è scelto di occuparsi proprio di questo profilo sono principalmente due: la prima, di carattere storico, è che, come è stato osservato,³⁸ il

l'applicabilité de ces normes à un ensemble de cas prédéfinis, qui ont été explicitement appréhendés par le code sous-jacent, d'autre part, l'incapacité d'adaptation et l'exécution automatique de ces normes comportent le risque d'en étendre la portée à des situations auxquelles elles n'étaient pas censées s'appliquer». D. BOURCIER, P. DE FILIPPI. *Les algorithmes sont ils devenus le langage ordinaire de l'administration ?* G. KOUBI, L. CLUZEL-MÉTAYER, W. TAMZINI (a cura di) *Lectures critiques du Code des relations Public et administration*, Paris, LGDJ, 2018.

³⁷ Per condurre l'analisi nei paragrafi che seguiranno si farà riferimento alla letteratura più rilevante in materia di procedimento amministrativo: si vedano, *ex multis*, G. FALCON, *Il procedimento amministrativo nei diritti europei e nel diritto comunitario*, Padova, CEDAM, 2008; F. TRIMARCHI (a cura di), *Procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, Atti del Convegno Messina-Taormina 25-26 febbraio 1988, Milano, Giuffrè, 1990; B.G. MATTARELLA, *Il procedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, V ed., Milano, Giuffrè, 2015; F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Scritti Giuridici*, vol. II, Milano, Vita e Pensiero, 2006.

³⁸ Si veda quanto osservato sul punto da Galetta e Corvalan: «Si tratta, evidentemente, di un'evoluzione monumentale che è connessa, essenzialmente, a due grandi fenomeni: la mutazione esponenziale delle

quantitativo di dati in possesso delle Amministrazioni è aumentato esponenzialmente, in ragione soprattutto di come questi possono essere raccolti e conservati.³⁹ In più sono cambiati gli strumenti che consentono ai dati in questione di essere elaborati. Non stupisce quindi che l'automazione dell'attività amministrativa, e in generale la digitalizzazione del procedimento amministrativo (che erano stati oggetto di studio della dottrina nel corso degli anni 90, come si vedrà approfonditamente nel corso del prossimo capitolo)⁴⁰ sia diventata nuovamente oggetto di ricerca. Diverso è, ovviamente, il tipo di tecnologia che può ora essere utilizzata: se nelle prime ricostruzioni l'unico tipo di automazione ipotizzabile era quella derivante dal ricorso ad algoritmi di tipo deterministico o al massimo statistico, ora si parla soprattutto di algoritmi di intelligenza artificiale.⁴¹

nozioni di spazio e tempo che è derivata dall'uso massiccio di nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione; la trasformazione della maniera di elaborare dati e informazioni attraverso lo svolgimento automatizzato di attività che, prima, potevano essere svolte solo dall'intelligenza umana. L'automazione è connessa altresì all'attività predittiva, con tutti i suoi rischi e tutte le sue enormi potenzialità. In questo mutato contesto la burocrazia amministrativa si trova a dovere fare fronte ad opportunità e sfide senza precedenti, a fronte di cambiamenti che vanno ben al di là della mera necessità di adattare la Pubblica Amministrazione al passaggio da un'amministrazione che gestisce file cartacei ad un'amministrazione che gestisce file digitali, usa il web o i social network». G. AVANZINI, *Decisioni algoritmiche e algoritmi informatici: predeterminazione, analisi predittiva e nuove forme di intellegibilità*, Napoli, 2019, p. 3. Nello stesso senso anche Aubry: «Les données tendent à devenir le carburant essentiel de toute action sociale, qu'elle soit économique ou non. C'est le phénomène « Big Data » : c'est en identifiant de façon de plus en plus précise leurs cibles de manière à éclairer leurs choix que les plus grandes institutions orientent leur développement. [...] La transformation numérique de l'action publique s'appuie sur le traitement de l'information et sur l'utilisation des techniques informatiques pour ce traitement. Mais ces dernières se sont elles-mêmes trouvées enrichies par leur interaction avec les nouvelles technologies de la communication, dont celles qui s'associent à cette innovation considérable qu'aura constitué Internet». J.-B. AUBRY, «Le droit administratif face aux défis du numérique», *AJDA* 2018 p.835; P. SAVONA, «Administrative Decision-Making after the Big Data Revolution», *federalismi.it*, 2018, n. 19, p. 37.

³⁹ Sul punto si veda G. CARULLO, *Gestione, fruizione e diffusione dei dati dell'amministrazione digitale e funzione amministrativa*, 2017.

⁴⁰ Si vedano, *ex multis*, A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico: primi lineamenti di una ricostruzione*, Napoli, Jovene, 1993; A.G. OROFINO, « La patologia dell'atto amministrativo elettronico: sindacato giurisdizionale e strumenti di tutela », *Foro amministrativo C.d.S.*, 2003.

⁴¹ Come si vedrà meglio nel seguito del prossimo capitolo, in questa ricerca si è deciso comunque di concentrarsi sull'uso di algoritmi tradizionali: questo perché molti dei problemi che pongono sono gli stessi degli algoritmi di intelligenza artificiale, e poi perché in Italia e in Francia, che sono le due realtà giuridiche

La seconda ragione è di carattere sistematico: il diritto deve essere in grado di identificare gli obiettivi che possono essere raggiunti tramite l'informatizzazione, ma deve anche avere contezza delle regole che devono essere rispettate affinché il sistema di garanzie su cui si fonda resti intatto.

In questo senso il procedimento è il luogo di elezione per condurre questa analisi: le regole procedurali sono molto rilevanti, tanto quanto gli interessi che mirano a proteggere. Nella seconda parte del lavoro ci si occuperà proprio di comprendere se e a quali condizioni sia possibile rendere compatibili garanzie procedurali e automazione.

2.1 Definizioni e evoluzione normativa

2.1.1 *In Italia*

Non vi è allo stato attuale nella normativa italiana alcun riferimento diretto alla possibilità di ricorrere all'uso di algoritmi di intelligenza artificiale né tanto meno a meccanismi più elementari di automazione. Come si vedrà nel corso dei prossimi capitoli questa mancanza di disciplina pone, secondo parte della dottrina, un problema di compatibilità fra ricorso a questi strumenti da parte dell'amministrazione e principio di legalità. Secondo un altro orientamento – ma anche su questo si ritornerà – la facoltà di ricorrere a strumenti informatici rientra nella potestà autorganizzatoria della Pubblica Amministrazione (si veda sul punto il Capitolo II par. 2.2 della prima parte e il capitolo I par. 2.1 della seconda parte di questo lavoro). In questa sede ci si limita ad osservare la mancanza di una disciplina *ad hoc*. Vi era, invero, un riferimento normativo ai sistemi automatizzati: il Decreto legislativo 12 febbraio 1993 n. 39 disciplinava proprio i sistemi

su cui ci si concentra, sono ancora decisamente i più diffusi nel settore pubblico. Nonostante ciò, in diverse occasioni saranno entrambi oggetto di analisi, e il paragrafo 2.2 di questo capitolo sarà dedicato esclusivamente all'intelligenza artificiale applicata al procedimento amministrativo.

informativi automatizzati delle amministrazioni pubbliche. È stato però abrogato dalle nuove norme a modifica del CAD nel 2016.⁴²

Attualmente esistono quindi solo disposizioni che, in linea di principio, incentivano l'uso degli strumenti informatici nell'attività amministrativa in generale e nel procedimento amministrativo. È utile richiamare in questo senso l'articolo 12 del CAD: «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». La norma non si limita ad incentivare il ricorso alle tecnologie dell'informazione, ma sottolinea la loro funzione strumentale per il conseguimento degli obiettivi dell'attività amministrativa come indicati anche all'art. 1 della l. 241/90.⁴³

Sempre nel 2005 è stato introdotto l'art. 3-bis nella l. 241/90: «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». L'inserimento di questa norma, rubricata come “uso della telematica”, nella legge sul procedimento ha fatto molto discutere la dottrina: da una parte infatti vi è stato chi ha visto nel ricorso alla nozione di telematica (intesa come modalità esclusivamente

⁴² Si veda quanto osservato da Galetta e Corvalan: Fatta salva la previsione (di natura essenzialmente programmatica) secondo cui spetterebbe al Presidente del Consiglio dei Ministri (o al Ministro delegato per l'innovazione e le tecnologie) stabilire “i criteri in tema di pianificazione, progettazione, realizzazione, gestione, mantenimento dei sistemi informativi automatizzati delle pubbliche amministrazioni centrali e delle loro interconnessioni, nonché della loro qualità e relativi aspetti organizzativi e della loro sicurezza”. Così l'Art. 16 c. 1 lett. e) del D.lgs. 2005/82 cit. Mentre il Decreto legislativo del 12/02/1993 n. 39 (Norme in materia di sistemi informativi automatizzati delle amministrazioni pubbliche) è stato interamente abrogato ad opera della novella 2016 al Codice dell'Amministrazione digitale (D.lgs. 26 agosto 2016, n. 179). D.-U. GALETTA et J.G. CORVALAN, «Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto», *op. cit.* p.5. sul punto si vedano anche A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico*, *op. cit.* S. GAETANO, *La digitalizzazione del procedimento amministrativo*, Lecce, Clieoedu, 2018.

⁴³ Art. 1 l. 241/90: «L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza, secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario».

di trasmissione delle comunicazioni)⁴⁴ un tentativo di ridurre la portata degli strumenti tecnologici, relegandoli, in sede procedimentale, a meri fini di comunicazione e trasmissione delle informazioni.

Altra parte della dottrina, invece, ha letto l'art. 3-bis in combinato disposto con l'art. 12 co. 2 del CAD («Le pubbliche amministrazioni adottano le tecnologie dell'informazione e della comunicazione nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati, con misure informatiche, tecnologiche, e procedurali di sicurezza, secondo le regole tecniche di cui all'articolo 71»), e ritiene di dover dare una interpretazione più estensiva all'art. 3-bis, che quindi farebbe riferimento a un uso della tecnologia in senso più ampio.⁴⁵

Questo riferimento all'uso delle tecnologie nella legge sul procedimento, anche qualora lo si intenda in senso più ampio come ritiene parte della dottrina, resta di tipo programmatico. Affinché invece possa dirsi che in capo alle amministrazioni vige l'obbligo di adozioni di strumenti informatici, si potrebbe fare riferimento all'articolo 41 del CAD: letto contestualmente all'art. 3-bis della l. 241/90 gli farebbe acquistare una valenza effettiva. Infatti, la nuova formulazione dell'art. 41 co.1 prevede che *le pubbliche amministrazioni gestiscono i procedimenti amministrativi utilizzando le tecnologie dell'informazione e della comunicazione*. La norma attribuirebbe quindi una efficacia diretta e non solo programmatica all'articolo 3-bis, che imporrebbe alle pubbliche amministrazione di gestire i procedimenti ricorrendo agli strumenti informatici.⁴⁶

2.1.2 In Francia

La difficoltà nel comparare il quadro normativo della digitalizzazione del procedimento italiano con quello francese è dovuta in primo luogo al fatto che, come si è visto, in Italia non c'è una legislazione organica in materia. In Francia – come si vedrà

⁴⁴ Sul punto si veda F. BASSAN, *Diritto delle comunicazioni elettroniche*, Milano, Giuffrè, 2010.

⁴⁵ Si veda sul punto F. COSTANTINO, *Autonomia dell'Amministrazione e innovazione digitale*, op. cit.

⁴⁶ *Ibid.*

fra poco – la situazione che si presenta è piuttosto simile: esistono una serie di disposizioni a tutela dei cittadini in caso di ricorso, da parte dell'amministrazione, a strumenti di automazione decisionale.⁴⁷ Il funzionamento e l'efficacia di queste norme saranno discussi nel corso del capitolo II della seconda parte di questo lavoro: qui ci si limita ad esporle e a collocarle nel quadro normativo nazionale e europeo.

Nel paragrafo 1.2 si è fatto riferimento alla LRN, la quale ha introdotto, fra le altre cose, due disposizioni relative all'utilizzo degli algoritmi nelle decisioni pubbliche nel *Code de relations entre le public e l'administration* (CRPA).

La prima è disciplinata all'articolo 311-3-1, e dispone in linea di principio che «qualsiasi decisione individuale presa sulla base di un trattamento algoritmico deve prevedere una menzione esplicita che ne informi l'interessato. Le norme che definiscono tale trattamento e le principali caratteristiche del suo funzionamento sono comunicate dall'amministrazione alla persona interessata qualora questa ne faccia richiesta» («une décision individuelle prise sur le fondement d'un traitement algorithmique comporte une mention explicite en informant l'intéressé. Les règles définissant ce traitement ainsi que les principales caractéristiques de sa mise en œuvre sont communiquées par l'administration à l'intéressé s'il en fait la demande. Les conditions d'application du présent article sont fixées par décret en Conseil d'Etat»). Questa norma è integrata da alcune disposizioni, compresa quella dell'articolo R. 311-3-1-2, secondo la quale, in caso di richiesta di comunicazione, l'amministrazione deve fornire: «In una forma intelligibile, e senza che questo risulti lesivo di segreti protetti dalla legge: il grado e il modo in cui trattamento algoritmico ha contribuito al processo decisionale, i dati trattati e le loro fonti, i parametri del trattamento e, se applicabile, la loro ponderazione, applicati alla situazione dell'interessato nonché le operazioni effettuate per il tramite del trattamento». («L'administration communique à la personne faisant l'objet d'une décision individuelle prise sur le fondement d'un traitement algorithmique, à la demande de celle-ci, sous une forme intelligible et sous réserve de ne pas porter atteinte à des secrets protégés par la loi, les informations suivantes : Le degré et le mode de contribution du traitement

⁴⁷ Sulle prime ipotesi di automazione in Francia (con il progetto SAFARI) si veda BOUHADANA I., GILLES, W., (éds.), *Droit et gouvernance des administrations publiques à l'ère de numérique*, Les Éditions IMODEV, Paris, 2014, pp. 15 e ss.

algorithmique à la prise de décision ; Les données traitées et leurs sources ; Les paramètres de traitement et, le cas échéant, leur pondération, appliqués à la situation de l'intéressé ; Les opérations effectuées par le traitement»). Sempre rilevante per quello che attiene l'automazione delle decisioni amministrative è l'articolo L. 312-1-3 del CRPA che prevede come «le amministrazioni [...] pubblicano on line le regole che definiscono i principali trattamenti algoritmici utilizzati nello svolgimento delle loro missioni quando sono utilizzati per fondare le decisioni individuali» (les administrations [...] publient en ligne les règles définissant les principaux traitements algorithmiques utilisés dans l'accomplissement de leurs missions lorsqu'ils fondent des décisions individuelles).⁴⁸

Diverse possono essere le questioni da discutere rispetto a queste nuove norme del CRPA, come si vedrà nel corso della prossima parte di questo lavoro: sollevano problemi attinenti alla trasparenza, alla responsabilità, alla tutela della proprietà intellettuale, oltre che dubbi sulla loro efficacia e sull'ambito di applicazione. In questa sede pare solo opportuno far presente oltre al loro contenuto – appena esposto – anche quali sono le norme nazionali e europee con cui debbono coordinarsi. In questo senso è utile far riferimento alla decisione del Conseil Constitutionnel n. 2018-765, che prima tratteggia i caratteri necessari affinché una decisione amministrativa automatizzata sia legittima, e poi traccia una linea di confine fra le ipotesi che ricadono nell'ambito di applicazione del CRPA e quelle invece disciplinate dall'articolo 10 della Loi 78-17 del 6 gennaio 1978 (*relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*).

La decisione amministrativa automatizzata per essere legittima deve rispettare tre condizioni: deve essere fatta menzione della sua adozione sulla base di un algoritmo, le cui caratteristiche principali devono essere comunicate all'interessato. Come conseguenza, se l'algoritmo utilizzato rientra fra quelle ipotesi previste dalla legge che non consentono di divulgarne le caratteristiche, la decisione non può basarsi solo su di esso per essere legittima. In secondo luogo, la decisione deve poter essere impugnata, e l'amministrazione deve essere in grado di darne una motivazione che non si fondi solo sull'algoritmo stesso. Da ultimo, la decisione non può fondarsi solo su un algoritmo se i

⁴⁸ Si veda sul punto J.-B. AUBY, «Le droit administratif face aux défis du numérique», *op. cit.* nel corso dell'ultimo capitolo ci si occuperà anche della relazione fra le due norme e il relativo ambito di applicazione.

dati che tratta rientrano nella tipologia di dati “sensibili” di cui all’art. 8 (ora modificato) della Loi 78-17.⁴⁹

Il Conseil constitutionnel osserva poi la necessità di trovare un coordinamento fra le nuove disposizione del CRPA e la Loi 78-17, dato che le due discipline in materia di decisioni automatizzate sembrava sovrapporsi nel momento in cui a ricorrere all’automazione sia una pubblica amministrazione (dato che il CRPA a essere si rivolge):

⁴⁹ Décision n. 2018-765 DC del 12 giugno 2018: «le seul recours à un algorithme pour fonder une décision administrative individuelle est subordonné au respect de trois conditions. D'une part, conformément à l'article L. 311-3-1 du code des relations entre le public et l'administration, la décision administrative individuelle doit mentionner explicitement qu'elle a été adoptée sur le fondement d'un algorithme et les principales caractéristiques de mise en œuvre de ce dernier doivent être communiquées à la personne intéressée, à sa demande. Il en résulte que, lorsque les principes de fonctionnement d'un algorithme ne peuvent être communiqués sans porter atteinte à l'un des secrets ou intérêts énoncés au 2° de l'article L. 311-5 du code des relations entre le public et l'administration, aucune décision individuelle ne peut être prise sur le fondement exclusif de cet algorithme. D'autre part, la décision administrative individuelle doit pouvoir faire l'objet de recours administratifs, conformément au chapitre premier du titre premier du livre quatrième du code des relations entre le public et l'administration. L'administration sollicitée à l'occasion de ces recours est alors tenue de se prononcer sans pouvoir se fonder exclusivement sur l'algorithme. La décision administrative est en outre, en cas de recours contentieux, placée sous le contrôle du juge, qui est susceptible d'exiger de l'administration la communication des caractéristiques de l'algorithme. Enfin, le recours exclusif à un algorithme est exclu si ce traitement porte sur l'une des données sensibles mentionnées au paragraphe I de l'article 8 de la loi du 6 janvier 1978, c'est-à-dire des données à caractère personnel « qui révèlent la prétendue origine raciale ou l'origine ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques ou l'appartenance syndicale d'une personne physique », des données génétiques, des données biométriques, des données de santé ou des données relatives à la vie sexuelle ou l'orientation sexuelle d'une personne physique. En dernier lieu, le responsable du traitement doit s'assurer de la maîtrise du traitement algorithmique et de ses évolutions afin de pouvoir expliquer, en détail et sous une forme intelligible, à la personne concernée la manière dont le traitement a été mis en œuvre à son égard. Il en résulte que ne peuvent être utilisés, comme fondement exclusif d'une décision administrative individuelle, des algorithmes susceptibles de réviser eux-mêmes les règles qu'ils appliquent, sans le contrôle et la validation du responsable du traitement». Sul punto si veda E. MOURIESSE, «L’opacité des algorithmes et la transparence administrative», *RFDA*, 2019, p. 45 e ss. Per un commento più generale della decisione del Conseil constitutionnel si veda P. JANUEL, «RGPD : le Conseil constitutionnel valide l'essentiel de la loi d'adaptation», *Dalloz actualité*, 2018

L'articolo 10 della legge del 6 gennaio 1978 identifica i casi in cui, in via eccezionale, una decisione che produca effetti giuridici può essere assunta sulla base esclusiva di un trattamento di dati personali. *Una medesima sorte hanno, in virtù del 2 paragrafo dell'art. 10, le decisioni amministrative individuali qualora l'algoritmo utilizzato non coinvolga dati sensibili e siano possibili ricorsi amministrativi e si venga informati sull'impiego dell'algoritmo.*⁵⁰

In realtà l'assetto della Loi 78-17 è stato completamente riformato dall'Ordonnance n. 2018-1125 del 12 dicembre 2018,⁵¹ con l'obiettivo di rendere organica la disciplina in materia di trattamento e tutela dei dati personali: difatti ora l'art. 47 si limita a richiamare tanto le regole dettate dall'art. 22 del Regolamento 2016/69 in materia di decisione automatizzate (di cui si dirà a nel prossimo paragrafo e più

⁵⁰ Decisione n. 2018-765 DC del 12 giugno 2018: «l'article 10 de la loi du 6 janvier 1978 afin d'étendre les cas dans lesquels, par exception, une décision produisant des effets juridiques à l'égard d'une personne ou l'affectant de manière significative peut être prise sur le seul fondement d'un traitement automatisé de données à caractère personnel. En vertu du 2° de cet article 10, il en va ainsi des décisions administratives individuelles dès lors que l'algorithme de traitement utilisé ne porte pas sur des données sensibles, que des recours administratifs sont possibles et qu'une information est délivrée sur l'usage de l'algorithme».

⁵¹ L'art. 32 della Loi n. 2018-493 del 20 giugno 2018, delegava infatti il Governo «A la réécriture de l'ensemble de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés afin d'apporter les corrections formelles et les adaptations nécessaires à la simplification et à la cohérence ainsi qu'à la simplicité de la mise en œuvre par les personnes concernées des dispositions qui mettent le droit national en conformité avec le règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE et transposent la directive (UE) 2016/680 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil, telles que résultant de la présente loi; 2. Pour mettre en cohérence avec ces changements l'ensemble de la législation applicable à la protection des données à caractère personnel, apporter les modifications qui seraient rendues nécessaires pour assurer le respect de la hiérarchie des normes et la cohérence rédactionnelle des textes, harmoniser l'état du droit, remédier aux éventuelles erreurs et omissions résultant de la présente loi et abroger les dispositions devenues sans objet».

diffusamente nella seconda parte di questo lavoro) quanto quelle del CRPA.⁵² Come norma di chiusura, l'ultimo comma dell'articolo dispone che – comunque – nessuna decisione può fondarsi su un trattamento automatizzato che abbia ad oggetto esclusivamente dati personali, indipendentemente da quanto previsto dai paragrafi precedenti.⁵³

In questo modo, tramite lo sforzo del Legislatore che è intervenuto più volte sulla materia, il rapporto triangolare fra Regolamento europeo in materia di protezione dei dati, legge nazionale in materia di dati personali e legge nazionale in materia di decisioni amministrative che si avvalgono dell'uso di algoritmi risulta coerente.

⁵² Si veda sul punto F. MATTATIA, *RGDP et droit des données personnelles. Enfin un manual complet sur le nouveau cadre juridique issu de RGDP et de la loi Informatique et Libertés de 2018*, Eyrolles, Paris, 2018.

⁵³ Article 47 Loi 78-17: «Aucune décision de justice impliquant une appréciation sur le comportement d'une personne ne peut avoir pour fondement un traitement automatisé de données à caractère personnel destiné à évaluer certains aspects de la personnalité de cette personne.

Aucune décision produisant des effets juridiques à l'égard d'une personne ou l'affectant de manière significative ne peut être prise sur le seul fondement d'un traitement automatisé de données à caractère personnel, y compris le profilage, à l'exception:

1. Des cas mentionnés aux a et c du 2 de l'article 22 du règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016, sous les réserves mentionnées au 3 du même article 22 et à condition que les règles définissant le traitement ainsi que les principales caractéristiques de sa mise en œuvre soient communiquées, à l'exception des secrets protégés par la loi, par le responsable de traitement à l'intéressé s'il en fait la demande ;

2. Des décisions administratives individuelles prises dans le respect de l'article L. 311-3-1 et du chapitre Ier du titre Ier du livre IV du code des relations entre le public et l'administration, à condition que le traitement ne porte pas sur des données mentionnées au I de l'article 6 de la présente loi. Ces décisions comportent, à peine de nullité, la mention explicite prévue à l'article L. 311-3-1 du code des relations entre le public et l'administration. Pour ces décisions, le responsable de traitement s'assure de la maîtrise du traitement algorithmique et de ses évolutions afin de pouvoir expliquer, en détail et sous une forme intelligible, à la personne concernée la manière dont le traitement a été mis en œuvre à son égard.

Par dérogation au 2° du présent article, aucune décision par laquelle l'administration se prononce sur un recours administratif mentionné au titre Ier du livre IV du code des relations entre le public et l'administration ne peut être prise sur le seul fondement d'un traitement automatisé de données à caractère personnel».

2.1.3 Nell'Unione Europea

Nel paragrafo 1.3 di questo capitolo si è visto come l'Unione Europea abbia, soprattutto nell'ultimo ventennio, incentivato la digitalizzazione amministrativa come veicolo per una maggior trasparenza, efficienza e efficacia nella gestione della *res publica*.

In questa sede paiono opportune quindi solo due ulteriori riflessioni: la prima concerne la rilevanza che le nuove tecnologie potrebbero rivestire per il procedimento amministrativo europeo. È utile far riferimento in quest'ottica al progetto di Codice ReNEUAL del procedimento amministrativo dell'Unione Europea avviato del Research Network on EU Administrative Law.⁵⁴ Nella stesura delle norme modello, infatti, una cospicua attenzione è stata dedicata all'utilizzo dei sistemi informatici: nel corso del procedimento (ne sono un esempio alcune disposizioni contenute nel Libro III in materia di procedimento di adozioni di decisioni individuali), e come strumento per lo scambio di informazioni fra amministrazioni (si veda, in questo senso, il Libro VI).⁵⁵

La seconda osservazione è legata, come si è avuto in più occasione modo di osservare, alla necessaria complessità delle fonti che regolano l'oggetto di questo lavoro, che non sono organiche. Assai importante si è dimostrata, infatti, in materia di automazione decisionale, la disciplina europea sulla protezione dei dati (il Regolamento 2016/769). Il Regolamento, come si vedrà diffusamente nella seconda parte di questo lavoro, pone all'art. 22 un generale divieto di ricorso alle decisioni automatizzate: «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». Il

⁵⁴ G. DELLA CANANEA, D.-U. GALETTA, H.C.H. HOFMANN, J.-P. SCHNEIDER, J. ZILLER (a cura di), *Codice ReNEUAL del procedimento amministrativo dell'Unione Europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016.

⁵⁵ Non solo: nell'introduzione al Libro VI, infatti, viene sottolineato come le norme ivi contenute integrino gli altri Libri del Codice «disciplinando alcuni aspetti orizzontali che danno margine a problemi distinti di diritto in materia di informazioni. Queste varie disposizioni sulla gestione delle informazioni sono prerequisiti fondamentali per la realizzazione del diritto a una buona amministrazione». Si veda in questo senso quanto si dirà in materia di istruttoria procedimentale e scambio di informazioni al par. 2.2.1.

proseguo dell'art. 22 detta, però una serie di eccezioni a questo divieto, e lo stesso fa l'art. 23: sono quindi identificate delle regole (agli artt. 12, 13, 14 15) che dovrebbero costruire un sistema di garanzie a tutela del soggetto sottoposto a una decisione automatizzata, quando ammessa.

Il problema è che il regolamento ha un preciso ambito di applicazione, ragion per cui la normativa non si applica a qualsiasi decisione automatizzata: ne è un esempio il Considerando 16: «Il presente regolamento non si applica a questioni di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali o di libera circolazione dei dati personali riferite ad attività che non rientrano nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, quali le attività riguardanti la sicurezza nazionale. Il presente regolamento non si applica al trattamento dei dati personali effettuato dagli Stati membri nell'esercizio di attività relative alla politica estera e di sicurezza comune dell'Unione». Non stupisce quindi che la Francia si sia dotata di una disciplina che, come si è visto al par. 2.1.2, ha una portata più ampia di quella del Regolamento 2016/679.

2.2 Procedimento e automazione

Né la normativa italiana né quella francese, come si è visto, danno una definizione di attività amministrativa automatizzata. Può venire in soccorso quella elaborata dall'ordinamento spagnolo, secondo il quale si tratta di: «attività amministrativa prodotta per mezzo di un sistema di informazione adeguatamente programmato senza necessità di intervento di una persona fisica in ogni singolo caso» («Actuación administrativa producida por un sistema de información adecuadamente programado sin necesidad de intervención de una persona física en cada caso singular. Incluye la producción de actos de trámite o resolutorios de procedimientos, así como de meros actos de comunicación»)⁵⁶.

⁵⁶ *Anexo* alla Ley 11/2007, del 22 giugno 2007, in materia *de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos*. la norma è ora stata abrogata e sostituita dalla Ley 39/2015, del 1 di ottobre del 2015,

Se si torna alle definizioni e concettualizzazioni elaborate nel paragrafo iniziale si può osservare che, fino a ora, nel riferirsi alla digitalizzazione del procedimento non si è fatta alcuna distinzione fra informatica documentaria e metadocumentaria, ma ci si è limitati a prendere in considerazione il fenomeno nel suo insieme. Fino a ora ci si è riferiti in senso generale a digitalizzazione del procedimento, che può dirsi in atto anche quando, nel corso di un procedimento amministrativo ordinario, il supporto informatico facilita semplicemente la comunicazione fra amministrazioni o con i cittadini.

L'automazione (come si è visto al par. 1.4) rientra invece a tutti gli effetti nell'informatica metadocumentaria. L'obiettivo dei prossimi paragrafi è identificare in che modo essa possa intervenire nel corso del procedimento, tenendo presente che questa può accadere sia per lo svolgimento di singoli atti endoprocedimentali o può sostituire l'intero procedimento, dove quindi è l'intera attività a essere soggetta a automazione, e si tratta in questo caso di automazione decisionale.

2.2.1 Iniziativa e istruttoria

Per quel che concerne la fase iniziale del procedimento, questa può ormai essere svolta telematicamente: questo vale sia per il reperimento delle informazioni, sia per l'accesso alla modulistica.⁵⁷ L'automazione, però, svolge anche in questa sede un ruolo significativo: ne è un esempio in Italia la protocollazione automatica di cui all'art. 18-bis

ma il contenuto delle definizioni è rimasto invariato. Sul punto si veda I.M. DELGADO, «La riforma dell'amministrazione digitale: Un'opportunità per ripensare la pubblica Amministrazione», *op. cit.*

⁵⁷ Si vedano sul punto gli artt. 53 e 54 del CAD, che identificano le necessarie caratteristiche dei siti internet delle amministrazioni, nonché l'art. 24 del D.L. 90 del 2014: «*Il Governo, le regioni e gli enti locali, in attuazione del principio di leale collaborazione, concludono, in sede di Conferenza unificata, accordi [...] per adottare, tenendo conto delle specifiche normative regionali, una modulistica unificata e standardizzata su tutto il territorio nazionale per la presentazione alle pubbliche amministrazioni regionali e agli enti locali di istanze, dichiarazioni e segnalazioni con riferimento all'edilizia e all'avvio di attività produttive. Le pubbliche amministrazioni regionali e locali utilizzano i moduli unificati e standardizzati nei termini fissati con i suddetti accordi o intese*».

della l. 241/90 («Dell'avvenuta presentazione di istanze, segnalazioni o comunicazioni è rilasciata immediatamente, anche in via telematica, una ricevuta, che attesta l'avvenuta presentazione dell'istanza, della segnalazione e della comunicazione e indica i termini entro i quali l'amministrazione è tenuta, ove previsto, a rispondere, ovvero entro i quali il silenzio dell'amministrazione equivale ad accoglimento dell'istanza. [...] *La data di protocollazione dell'istanza, segnalazione o comunicazione non può comunque essere diversa da quella di effettiva presentazione*»)⁵⁸ Questo meccanismo consente infatti di eliminare – come si evince dalla lettura dell'articolo – la sfasatura temporale fra il momento effettivo in cui l'istanza viene presentata e la sua effettiva protocollazione. Ovviamente ciò è possibile qualora l'amministrazione sia in grado di garantire una gestione standardizzata del flusso di informazioni in entrata (si veda in questo senso la nota 50): sarà necessario, per estrapolare i dati necessari a eseguire la protocollazione, che essi siano stati correttamente inseriti e raccolti.

Non è possibile analizzare per esteso le potenzialità del ricorso all'automazione nella fase istruttoria del procedimento:⁵⁹ sia perché esse sono in questa sede intrinsecamente connesse al livello di complessità dei sistemi esperti utilizzati, sia perché la materia si interseca necessariamente con il rapporto fra automazione e istituti di partecipazione procedimentale.⁶⁰

Appare utile piuttosto presentare il quadro normativo delineato dal CAD in materia di acquisizione, in sede istruttoria, di documenti in possesso di un'altra amministrazione. Com'è noto infatti l'Amministrazione deve assai di frequente nel corso dell'attività procedimentale procedere all'accertamento di fatti, che rende necessaria l'acquisizione di documenti e informazioni, sia dal privato che da altre amministrazioni. È ovviamente possibile, a norma dell'art. 47 del CAD, che un documento venga acquisto

⁵⁸ Si veda in questo senso anche la possibilità, non l'obbligo, di protocollazione automatica della posta elettronica certificata sulla base di quanto indicato dalla circolare AIPA/CR/28. Sul punto si veda anche S. GAETANO, *La digitalizzazione del procedimento amministrativo*, op. cit. 95 e ss.

⁵⁹ Si vedano, *ex multis*, F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 1967; M.T. SERRA, *Contributo ad uno studio dell'istruttoria del procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1991; M.P. GUERRA, *Funzione conoscitiva e pubblici poteri*, Milano, Giuffrè, 1996.

⁶⁰ Non è infatti possibile soffermarsi sul rapporto fra automazione e partecipazione procedimentale. Si veda ad esempio sul punto in tema di automazione e diritto d'accesso quanto osservato da F. PUBUSA, *Diritto d'accesso e automazione*, Torino, Giappichelli, 2006.

telematicamente mediante l'utilizzo della posta elettronica. In questo modo, non diversamente da quanto è sempre accaduto, viene presentata una richiesta da un soggetto a un altro, con la sola differenza che l'invio non avviene attraverso mezzi cartacei tradizionali ma attraverso l'email.

È possibile però, sempre a norma dell'art. 47 co.1, che le comunicazioni di documenti avvengano mediante cooperazione applicativa; questa viene definita, all'art. 1 co.1 let. ee) del CAD quale «parte del Sistema Pubblico di Connettività finalizzata all'interazione tra i sistemi informatici dei soggetti partecipanti, per garantire l'integrazione dei metadati, delle informazioni, dei processi e procedimenti amministrativi».⁶¹

In questo modo viene posta in essere una acquisizione diretta, la quale è considerata legittima, a norma del CAD, in quanto «gli scambi di documenti informatici nell'ambito del SPC, realizzati attraverso la cooperazione applicativa e nel rispetto delle relative procedure e regole tecniche di sicurezza, costituiscono invio documentale valido ad ogni effetto di legge».⁶²

Il passaggio dall'accesso diretto (realizzato in cooperazione applicativa) a quello automatizzato è breve, quanto meno dal punto di vista concettuale. Non è difficile immaginare che un programma possa, alla presenza di determinate condizioni, acquisire automaticamente un documento necessario senza alcun intervento umano che lo richieda. Questo non vuol dire, però, che sia agevole, soprattutto da un punto di vista strutturale: deve sussistere una infrastruttura informatica che lo consenta, e che consenta soprattutto l'interoperabilità fra le diverse banche dati delle amministrazioni.⁶³

⁶¹ A norma dell'art. 73 del CAD: «Il sistema pubblico di connettività (SPC) [è costituito] al fine di assicurare il coordinamento informativo e informatico dei dati tra le amministrazioni centrali, regionali e locali e promuovere l'omogeneità nella elaborazione e trasmissione dei dati stessi, finalizzata allo scambio e diffusione delle informazioni tra le pubbliche amministrazioni e alla realizzazione di servizi integrati».

⁶² Art. 76 co.1 CAD. Questo è possibile sempre perché, a norma del CAD, «qualunque dato trattato da una pubblica amministrazione, con le esclusioni di cui all'articolo 2, comma 6, salvi i casi previsti dall'articolo 24 della legge 7 agosto 1990, n. 241, e nel rispetto della normativa in materia di protezione dei dati personali, è reso accessibile e fruibile alle altre amministrazioni quando l'utilizzazione del dato sia necessaria per lo svolgimento dei compiti istituzionali dell'amministrazione richiedente» (art 50 co. 2 del CAD).

⁶³ Il CAD all'art. 1 co. 1 lett. dd) definisce l'interoperabilità come: «caratteristica di un sistema informativo, le cui interfacce sono pubbliche e aperte, di interagire in maniera automatica con altri sistemi informativi

2.2.2 Decisione automatizzata (rinvio)

L'automazione può intervenire non solo nella fase di iniziativa e in quella istruttoria, ma anche in sede decisoria o sostituire l'intero procedimento. Sono queste ultimi due le ipotesi che presentano profili più problematici, e proprio per questo si è scelto di dedicarvi un apposito capitolo (il capitolo II di questa prima parte).

2.3 Procedimento amministrativo e intelligenza artificiale

Come si è avuto modo di osservare più volte nel corso dei precedenti paragrafi, l'utilizzo di algoritmi di intelligenza artificiale non è oggetto diretto di studio in questo lavoro. Come si è visto anche al par. 1.4, il ricorso a meccanismi di automazione pone problemi diversi a seconda del funzionamento della tecnologia utilizzata: basta ora solo accennare al fatto che, come si è visto, un conto è tradurre in linguaggio formale regole dettate in linguaggio naturale al fine di programmare algoritmi deterministici (che permettono l'esecuzione automatica, precisa e prevedibile di tutti i passaggi); un conto è

per lo scambio di informazioni e l'erogazione di servizi» Sul punto si vedano G. CARULLO, *Gestione, fruizione e diffusione dei dati dell'amministrazione digitale e funzione amministrativa*, op. cit. p. 134; M. P. GUERRA, «Circolazione dell'informazione e sistema informativo pubblico: profili giuridici dell'accesso interamministrativo telematico. Tra Testo unico sulla documentazione amministrativa e codice dell'amministrazione digitale», *Dir. pubbl.*, vol. 11, 2005; per quanto concerne la rilevanza dell'interoperabilità si veda G. DELLA CANANEA, D.-U. GALETTA, H.C.H. HOFMANN, J.-P. SCHNEIDER, J. ZILLER (a cura di), *Codice ReNEUAL del procedimento amministrativo dell'Unione Europea*, op. cit.

invece utilizzare più complessi algoritmi di intelligenza artificiale, che si basano sulla conoscenza, come ad esempio gli algoritmi di *Machine Learning*.⁶⁴

In questo caso infatti l'analisi di una ingente quantità di dati consente la creazione di un modello, chiamato modello "predittivo" che messo a lavorare su ulteriori (e diversi) set di dati consente di elaborare soluzioni a problemi specifici in precedenza identificati. Mentre l'utilizzo del primo tipo di algoritmi da parte dell'amministrazione è diffuso nel nostro sistema da oltre vent'anni (e lo stesso vale per gli altri paesi europei), il ricorso agli algoritmi di intelligenza artificiale è molto più recente. In questo lavoro ci si sofferma, come si è visto, non tanto sulle diversità che intercorrono fra i due strumenti ma su ciò che li accomuna, vale a dire sull'essere entrambi meccanismi tramite i quali una singola operazione all'interno del procedimento amministrativo o l'intero procedimento vengono svolti da un sistema informatico e non da un funzionario.

Fatta questa avvertenza, l'obiettivo di questo paragrafo è quello di portare alcuni esempi dell'uso di algoritmi di intelligenza artificiale da parte della Pubblica Amministrazione, tenendo presente soprattutto l'esperienza francese e quella italiana. Bisogna iniziare con l'osservare che, secondo un recente sondaggio condotto dalla *Commission nationale de l'informatique et des libertés* (CNIL), l'80% dei francesi ha la percezione che gli algoritmi siano già presenti nella vita di tutti i giorni. Fra di loro il 37% ritiene che siano "molto presenti" mentre, dall'altra parte, solo il 4% considera che "non sono affatto presenti". Inoltre, i 2/3 (65%) dei francesi ritengono che gli algoritmi avranno maggiore influenza nei prossimi anni.⁶⁵

⁶⁴ Esistono molteplici definizioni di cosa si intenda per Intelligenza Artificiale, fra le quali si annovera quella dell'Università di Stanford, che la identifica come «una scienza e un insieme di tecniche computazionali che vengono ispirate - pur operando tipicamente in maniera diversa - dal modo in cui gli esseri umani utilizzano il proprio sistema nervoso e il proprio corpo per sentire, imparare, ragionare e agire». Si veda sul punto: «Artificial Intelligence and life in 2030, One hundred year study on Artificial Intelligence», Stanford University, 2016.

⁶⁵ Più precisamente: «Une présence déjà jugée massive dans la vie de tous les jours et en plus appelée à se renforcer. Après remise à niveau, c'est-à-dire rappel à tous de la définition précise des algorithmes, 80% des Français affirment qu'ils sont actuellement présents dans la vie de tous les jours. Plus impressionnant est l'intensité perçue de leur présence, 37% estimant qu'ils sont « très présents » alors que symétriquement, seuls 4% estiment qu'ils ne sont « pas du tout présents ». Là encore, les CSP+ mettent plus en avant cette forte présence (49% vs 37% au global). De surcroît, les 2/3 (65%) des Français considèrent que les

A prescindere dalla percezione della popolazione – che però, come si vedrà meglio nella seconda parte di questo lavoro (al capitolo II, par. 1.2.3), ha molto influenzato il dibattito pubblico in materia – forme di algoritmi di intelligenza artificiale sono già in uso alle amministrazioni in questi anni.⁶⁶

Certo negli Stati Uniti è una realtà ormai assodata, sia nei singoli stati che a livello federale: tecnologie di *machine learning* vengono utilizzate per fare prevenzione incendi nelle città, per controllare la qualità delle acque, o com'è noto, per meglio gestire il traffico e i semafori nelle metropoli.⁶⁷

algorithmes auront plus d'influence dans les années qui viennent. Seuls 24% estiment qu'ils auront autant d'influence et 11% moins. En termes d'impact générationnel, ce sont ici surtout les personnes âgées, un peu moins concernées par l'influence actuelle des algorithmes, qui estiment que ce phénomène est amené à prendre de l'ampleur (73% des 65 ans et plus). De leur côté, les CSP+, malgré des perceptions déjà élevées de leur influence actuelle, estiment que la dynamique va encore s'accroître (73% partagent cet avis) ». SONDAGE IFOP POUR LA CNIL, *Notoriété et attentes vis-à-vis des algorithmes*, 2017.

⁶⁶ L'Australia si è mostrata aperta molto presto a una riflessione sull'uso di sistemi esperti nelle decisioni pubbliche: in uno studio del 2003 non solo la possibilità di ricorrere a meccanismi di automazione con algoritmi complessi veniva contemplate teoricamente, ma veniva già realizzata un'indagine sul territorio al fine di mappare le esperienze di automazione o semi automazione presenti sul territorio nazionale. Ne sono un esempio gli strumenti che già nel 2003 erano utilizzati dall'AFFA. (Agriculture Fisheries and Forestry): «1. The Ballast Water Decision Support System—a risk-assessment tool that enables vessels to undertake a risk assessment on their ballast water intended for discharge in Australian ports or waters. 2. The Vessel Monitoring System—a risk-assessment tool used in conjunction with vessels' pre-arrival reports to determine the level of inspection required. 3. The EXDOC system, which is used to validate importing country requirements on Australian exports of meat, fish, dairy, grain and horticulture products. 4. Systems used by the Dairy Adjustment Authority in its administration of the Dairy Structural Adjustment Program and the Supplementary Dairy Assistance scheme for determining dairy farmers' eligibility for payment. 5. The Australian Special Information Systems, which include a database for levy-payer management and use numeric weighting to determine the risk associated with each case». ADMINISTRATIVE REVIEW COUNCIL, «Automated assistance in administrative decision making», Issues Paper, 2003.

⁶⁷ «The City of Chicago, for example, has established an award-winning SmartData Platform initiative through which city officials are using machine learning to support a range of city services, from identifying restaurants that should be inspected to predicting where and when rodent control bait should be placed throughout the city. New York City has established a Mayor's Office of Data Analytics, which, among other things, is working with the city's fire department to use machine learning to decide where to send building inspectors. Flint, Michigan has partnered with Google and the University of Michigan to address its recent water crisis by targeting pipe replacements based on machine-learning predictions of lead

Sistemi di intelligenza artificiale sono utilizzati anche nell'amministrazione della giustizia: esempio ne è, in Argentina, Prometea, che per il tramite del ricorso a tecnologie di AI, «consente un'accelerazione esponenziale dei tempi di preparazione di documenti legali e amministrativi con un impatto che appare decisivo, nel sistema argentino, rispetto a tematiche cruciali quali l'effettività dei diritti, il principio di uguaglianza e il principio di certezza del diritto».⁶⁸

Anche la Francia si è mossa in questo senso: la LPN introducendo il principio di open data per le decisioni giudiziarie, ha aperto un ampio dibattito in dottrina sull'uso della c.d. "giustizia predittiva", soprattutto dopo che, nel 2017, è stato reso noto il Rapport Cadiet in materia.⁶⁹ La stessa cosa è avvenuta anche nel dibattito europeo dopo che, nel dicembre 2018, è stata adottata la Carta etica europea sull'uso dell'Intelligenza Artificiale nella giustizia.⁷⁰

contamination. The City of Los Angeles has installed sensors in all of its streets that continuously feed data into a machine-learning system that automatically determines when traffic signals should turn red or green to optimize traffic. At the federal level, one of the earliest domestic applications of machine learning came from, as we already noted, the U.S. Postal Service's need for a method to sort mail automatically by predicting the zip codes written on envelopes. Meteorologists within the National Oceanic and Atmospheric Administration have explored the use of machine learning to improve forecasts of severe weather events. Other federal agencies have also started to rely on machine learning to support various regulatory and administrative activities». C. COGLIANESE et D. LEHR, «Regulating by Robot: Administrative Decision Making in the Machine-Learning Era», *The Georgetown Law Journal*, vol. 105, p. 1060.

⁶⁸ Si veda sul punto J.G. CORVALÁN, «Inteligencia artificial: retos, desafíos y oportunidades – Prometea: la primera inteligencia artificial de Latinoamérica al servicio de la Justicia», *Revista de Investigações Constitucionais*, vol. 5, n. 1, 2018.

⁶⁹ L. CADIET, *Rapport sur "l'open data" des décisions de Justice*, 2017. Sul punto si vedano anche T. COUSTET «La réalité derrière le fantasme de la justice robot», *Dalloz actualité*, *Dalloz actualité*, 2019; M. BABONNEAU E T. COUSTET «Open data des décisions de justice: le casse-tête judiciaire du 21e siècle», *Dalloz actualité*, 2018; L. GODEFROY «La performativité de la justice "prédictive": un pharmakon?» *Recueil Dalloz*, 2018.

⁷⁰ La Carta, approvata dal Consiglio d'Europa, che si rivolge a operatori del diritto e regolatori, fa una panoramica sull'uso delle tecnologie di AI nei diversi paesi europei, dopodiché individua cinque regole che dovrebbero guidarne l'uso: «1. *Principle of respect for fundamental rights*: ensure that the design and implementation of artificial intelligence tools and services are compatible with fundamental rights; 2. *Principle of non-discrimination*: specifically prevent the development or intensification of any discrimination between individuals or groups of individuals; 3. *Principle of quality and security*: with

Sempre in Francia sono stati implementati, negli ultimi anni, alcuni algoritmi c.d. di gestione, il cui fine non è quello di sostituirsi alla decisione ma di fornirvi un supporto, ad esempio in materia fiscale (si pensi al sistema OpenFisca) o giurisdizionale (come il sistema Supra Legem).⁷¹ Per vedere quali altri algoritmi sia stati implementati dall'amministrazione francese (come si vedrà meglio al par. 1.2.7 del capitolo II della seconda parte di questo lavoro) è utile ricorrere alla piattaforma *Github*, grazie al quale si può osservare che, ad esempio, algoritmi sono in uso al Ministère de l'Enseignement

regard to the processing of judicial decisions and data, use certified sources and intangible data with models conceived in a multi-disciplinary manner, in a secure technological environment; 4. *Principle of transparency, impartiality and fairness*: make data processing methods accessible and understandable, authorise external audits; 5. *Principle "under user control"*: preclude a prescriptive approach and ensure that users are informed actors and in control of their choices».

Sul punto si veda A.-A. HYDE, «Vers une cyberéthique de la justice "prédictive"», Dalloz IP/IT 2019.

⁷¹ «De même, en 2014, le gouvernement français avait souhaité, à l'image des autres Etats, faire usaged'algorithmes dans un but de lutte contre la fraude fiscale. Avec OpenFisca, un algorithme avait donc été mis en place par la Direction générale des finances publiques à titre expérimental. Ensuite, par un arrêté publié le 14 novembre 2017 Bercy avait officialisé les traitements automatisés de lutte contre la fraude fiscale en raison des chiffres importants d'omission fiscale. L'arrêté prévoyait que "les traitements mis en œuvre peuvent utiliser, d'une part, à titre pérenne les données des professionnels et des personnes physiques en lien avec une entreprise et, d'autre part, à titre expérimental les données des particuliers sans lien avec une entreprise, contenues dans la base". Précaution utile; il a été finalement décidé que les données utilisées seraient fixées par le législateur. Encore, en France, la société Predictice a pour ambition de prévoir les probabilités du résultat d'une procédure contentieuse par le biais d'un algorithme. Cet algorithme serait capable de prévoir les chances de succès ou d'échec d'une procédure, le montant des indemnités que l'on a des chances d'obtenir, et d'indiquer quelle juridiction est susceptible de prendre la décision la plus favorable aux intérêts du client. Pour opérer, cet algorithme s'appuie sur le Big data, une base de données de 1,5 millions de décisions de justice. On ne connaît pas plus de détails sur la pertinence de ce volume et des choix opérés. Un autre site de justice prédictive (en Open source) s'est spécialisé en droit administratif français: le site Supra Legem, désormais racheté par les éditions Lefèbre Sarrut. L'algorithme reprend la jurisprudence administrative disponible sur Légifrance et propose là aussi des outils d'analyses et de recherches fondés sur les traitements algorithmiques. Ces statistiques ont pour objectif de fournir l'issue d'un litige devant une juridiction administrative. Là aussi, les données qui ont permis cet apprentissage seraient utiles pour évaluer la pertinence des résultats». D. BOURCIER e P. DE FILIPPI, «Transparence des algorithmes face à l'open data : quel statut pour les données d'apprentissage?» *Revue française d'administration publique*, n. 3, 2018.

supérieur, de la Recherche et de l'Innovation, o alla Direction générale des Finances publiques.⁷²

In Italia una panoramica sull'uso dell'intelligenza artificiale nel settore pubblico è stata condotta dall'Agenzia per l'Italia Digitale, che con il suo libro bianco nel 2018 ha proposto una riflessione generale su come l'AI potrebbe positivamente contribuire all'attività della Pubblica Amministrazione,⁷³ se sviluppata correttamente (quindi ponendo la giusta attenzione ai profili che possono risultare più critici, ad esempio sul piano giuridico).⁷⁴ Il libro presenta inoltre una panoramica dei progetti sperimentali che coinvolgo l'utilizzo di tecnologie di AI nel settore pubblico sul territorio nazionale.⁷⁵

⁷² Si veda <https://github.com/etalab/algorithms-publics/blob/master/liste.org>.

⁷³ «Per esempio, un chatbot dotato di IA può rispondere contemporaneamente a conversazioni che arrivano in un determinato momento, eliminando i tempi di attesa e, una volta comprese le esigenze del proprio interlocutore, può indirizzarlo verso gli uffici giusti, aiutarlo a trovare la documentazione che gli serve, fornire indicazioni per produrre correttamente le sue richieste scritte, se necessario parlando anche in una lingua straniera, o traducendo i termini burocratici che l'utente non comprende». AGID, Libro Bianco sull'Intelligenza Artificiale al servizio del cittadino, 10 marzo 2018. Sul punto si veda anche D.-U. GALETTA, «La Pubblica Amministrazione nell'era delle ICT: sportello digitale unico e Intelligenza Artificiale al servizio della trasparenza e dei cittadini?», *Cyberspazio e diritto*, n. 3, 2018.

⁷⁴ «La quinta sfida è quella legale, incentrata - come sempre accade quando si tratta di disciplinare l'attività della Pubblica amministrazione - sul bilanciamento tra gli interessi della collettività e quelli dell'individuo. A questo proposito, per esempio, nell'ambito dell'Intelligenza Artificiale è necessario temperare il principio di trasparenza degli atti amministrativi o la protezione dei dati personali con il diritto alla privacy. Ma un altro problema è quello del rapporto tra la necessaria trasparenza del funzionamento degli algoritmi che prendono decisioni di rilevanza pubblica e la tutela del diritto d'autore di chi ha creato gli algoritmi stessi. Oppure, ancora, sempre nel caso in cui la Pubblica amministrazione si serva di programmi che l'aiutino a prendere decisioni, o che addirittura decidano autonomamente, è necessario affrontare il problema dell'accountability, ossia dell'effettiva responsabilità giuridica a monte». *Ibid.* p. 56.

⁷⁵ «Il progetto Dante - DETecting and ANalysing TERRORist related online contents and financial activities - è finanziato dalla Commissione europea nell'ambito del Programma europeo H2020, Sfida Società Sicure e coinvolge 18 Paesi europei, tra cui l'Italia che vi partecipa con il Ministero della Difesa e con il Comando generale dell'Arma dei Carabinieri. DANTE mira ad utilizzare un sistema più efficiente, effettivo e automatizzato di estrapolazione dei dati, l'adozione di soluzioni analitiche ed un sistema integrato per individuare, recuperare, collezionare ed analizzare grandi quantità di contenuti eterogenei e complessi multimediali e multi lingua collegati al terrorismo, sia in Superficie sia nel Deep Web (Web Sommerso), comprese le Dark Nets». *Ibid.* p. 54.

Capitolo II

L'automazione della fase decisionale: inquadramento giuridico dell'automazione e categorie tradizionali dell'attività amministrativa

SOMMARIO **I. Attività amministrativa, categorie tradizionali e automazione** – 1.1 L'attività discrezionale della pubblica amministrazione – 1.1.1 Genesi storica: il Conseil d'État e l'*arrêt Grazietti* – 1.1.2 attività discrezionale e attività interpretativa – 1.1.3 Attività discrezionale e principi costituzionali – 1.1.4 L'esercizio del potere discrezionale come bilanciamento di interessi – 1.1.5 attività discrezionale e Legge 241 del 90 – 1.1.6 Per una definizione (anche in chiave strumentale) – 1.2 La predeterminazione come esercizio anticipato dell'azione, ovvero l'auto limite della Pubblica Amministrazione – 1.2.1 Per una nozione di auto vincolo: i confini – 1.2.2 Per una nozione funzionale di auto vincolo – 1.2.3 Il fondamento costituzionale del potere di auto vincolo – 1.2.4 Il riconoscimento legislativo. 1.2.5 Il significato dell'auto vincolo (e la sua rilevanza ai fini di questo lavoro) – 1.2.6 Conseguenze sul piano della giurisdizione – 1.3 L'automazione dell'attività vincolata – 1.4 L'automazione dell'attività di discrezionalità tecnica – **II. Natura giuridica del programma e del singolo atto automatizzato** – 2.1 Cos'è il programma – 2.2 Fondamento giuridico dell'atto programma (*software*) – 2.3 Natura dell'atto *software*... – 2.4 ... e del singolo atto automatizzato – 2.5 Per una diversa ricostruzione: il *software* come funzionario – 2.6 La prospettiva anglosassone: algoritmi, discrezionalità e *fettering of discretion* – 2.7 Attività amministrativa ad automazione decisionale: ipotesi applicative – 2.7.1 La scelta dei commissari nel procedimento di attribuzione dell'abilitazione scientifica nazionale

Nel primo capitolo di questo lavoro¹ si è già messo in evidenza come non paia necessario, né tanto meno utile da un punto di vista sistematico, ricorrere a nuovi strumenti o a nuove categorie giuridiche quando si studia l'apporto che le *ICT* hanno dato al diritto amministrativo; le nuove tecnologie consentono piuttosto di vagliare la tenuta delle categorie esistenti, che vengono quanto meno messe in discussione, o che sembrano non sempre solide di fronte all'emergere di nuovi problemi.

Proprio per questo motivo, nel corso di questo capitolo si cercherà di ricostruire la natura giuridica e la collocazione sistematica dell'automazione della decisione amministrativa.²

Obiettivo in questa sezione del lavoro è quello di comprendere, in primo luogo (**par. 1.1**), per quale tipo di attività sia possibile l'automazione della decisione, e se possano venire in aiuto le tradizionali categorie dell'attività amministrativa – discrezionale e vincolata – per individuare limiti e potenzialità dell'automazione stessa. La dottrina tradizionale³ ha sempre accolto, come meglio si vedrà nel corso dei paragrafi successivi, il criterio tradizionale di riparto fra i due tipi di attività per poi argomentare quale potesse essere resa automatica e con quali limiti. Il mio obiettivo è lo stesso, ma il presupposto dell'indagine sarà appunto una ricognizione della effettiva tenuta, oggi, delle categorie di attività discrezionale e attività vincolata. Anticipando una parte delle riflessioni dei prossimi paragrafi, da una difficoltà generale a scindere i due tipi di attività deriva una tendenziale difficoltà – o non utilità – a fare ricorso a questa nozione per individuare l'attività suscettibile di automazione.

In secondo luogo (**par. 1.2**) si ricorrerà alla categoria della predeterminazione della decisione amministrativa – o autolimita nell'esercizio dell'attività amministrativa –

¹ Vedi par. 1 del capitolo I.

² Ci si riferisce sempre alla nozione di decisione amministrativa come ricostruita al par. 2.2.2 del capitolo precedente: si fa dunque riferimento nel corso di questo capitolo all'automazione decisionale, in conseguenza della quale si ha un provvedimento amministrativo automatizzato. Per quanto concerne la nozione francese si veda quanto osservato nel corso della Nota introduttiva.

³ Si vedano, *ex multis*, A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico: primi lineamenti di una ricostruzione*, Napoli, Jovene, 1993, U. FANTIGROSSI, *Automazione e Pubblica Amministrazione: profili giuridici*, Bologna, Il Mulino, 1993, D. MARONGIU, *L'attività amministrativa automatizzata: profili giuridici*, Santarcangelo di Romagna (RN), Maggioli, 2005.

: sarà quindi necessario in un primo momento precisare la natura, piuttosto discussa, di tale nozione, per poter poi verificare se essa possa essere uno strumento utile per ammettere la possibilità di automatizzare, in presenza di alcuni elementi, certe tipologie di attività amministrativa discrezionale.

La seconda Sezione di questo capitolo avrà invece come obiettivo quello di ricostruire la natura giuridica di un *software* tramite il quale si adotti il singolo provvedimento amministrativo automatizzato. Si prenderanno in considerazione le diverse ipotesi e la conseguente disciplina giuridica (par. **2.1** e **ss.**), fino ad accogliere quella che, a mio avviso, consente meglio di accogliere l'utilizzo del software e di collocarlo all'interno del sistema già esistente.

Nell'ultima parte del capitolo (par. **2.7**) si presenteranno dei casi di studio, che consentiranno a seguito della ricostruzione teorica di osservare alcuni degli aspetti più problematici emersi nella loro dimensione applicativa.

SEZIONE I

Attività amministrativa, categorie tradizionali e automazione

1.1 L'attività discrezionale della Pubblica Amministrazione

Se l'attività della Pubblica Amministrazione ha come fine il perseguimento dell'interesse pubblico come identificato dalla legge, il concetto di discrezionalità del potere amministrativo presuppone l'esistenza, in capo al potere pubblico, di un margine di valutazione su quale sia il modo migliore per perseguire l'interesse pubblico individuato dal Legislatore.

Ovviamente questo potere non è innato, ma viene attribuito alla Pubblica Amministrazione ed esercitato entro i limiti del principio di legalità,⁴ come sancito chiaramente dall'articolo 1 della legge 241 del 1990 – *l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge* –, e come appare desumibile da una lettura sistematica della Carta Costituzionale. Il principio di legalità impone quindi, in primo luogo, una soggezione al medesimo del Legislatore, che è tenuto ad attribuire il potere all'Amministrazione non in modo affatto indeterminato, ma indicandone, seppur elasticamente, contenuto e modalità di esercizio.

Quando il Legislatore disegna l'attribuzione del potere alla Pubblica Amministrazione può farlo determinandone tutti gli elementi – lasciando quindi in capo all'Amministrazione solo un onere di verifica della sussistenza di tutti i requisiti nel caso concreto – oppure può farlo, come sottolineato all'inizio di questo paragrafo, lasciando un margine di valutazione in capo all'Amministrazione.

⁴ Si vedano *ex multis*: E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 40 ss., A. BARTOLINI-A. PIOGGIA, *La legalità dei principi di diritto amministrativo e il principio di legalità*, in *Studi sui principi del diritto Amministrazione*, (a cura di) M. RENNA-F. SAITTA, Milano, Giuffrè, 2012; N. BOBBIO, *Legalità*, in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, *Dizionario di politica*, Utet, Torino, 1976, pp. 518 ss.; G. CORSO, «Il principio di legalità nell'ordinamento italiano», *Studium iuris*, 2010; N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Giuffrè, Milano, 2001.

Prima di procedere ulteriormente con l'analisi, sembra utile fare chiarezza sul ricorso ai termini di attività discrezionale e potere discrezionale: d'ora in avanti verranno utilizzati in maniera indistinta, nonostante vi sia, come autorevolmente osservato,⁵ una differenza concettuale astratta fra i due termini, in quanto il primo, *potere discrezionale*, concerne l'attribuzione all'agente, mentre il secondo, *attività discrezionale*, concerne il suo operato. Ciò che cambia, di conseguenza, è soltanto il punto di vista, ma non è in concreto possibile né rilevante distinguere le due nozioni.

1.1.1 *Genesi storica: il Conseil d'État e l'arrêt Grazietti*

Per ricostruire la nozione rilevante di discrezionalità, occorre anzitutto descriverne l'origine e l'evoluzione storica; può essere utile farlo avvalendosi anche dello strumento della comparazione, applicato all'ambito francese.

Due cose colpiscono immediatamente quando si cerca una definizione giuridica di discrezionalità amministrativa – *discrétionnarité* – nella tradizione francese (parola che non esiste nella lingua francese di uso comune, a differenza di quanto accade per l'italiano): la prima è che essa viene definita come *l'obsession et l'hantise du dix-neuvième siècle*, l'ossessione e il tormento del diciannovesimo secolo, la seconda è che, ancora due secoli dopo, la prima parola che si usi per descriverla sia *souveraineté*, sovranità.⁶

Non sussiste alcun dubbio sul fatto che la nozione e l'inquadramento sistematico del potere discrezionale dell'Amministrazione Pubblica siano stati il *fil rouge* della storia del diritto amministrativo francese: un ipotetico punto di partenza per ricostruire le posizioni della dottrina e della giurisprudenza in materia potrebbe essere la sentenza del Conseil d'État del 31 gennaio 1902, nota anche come *arrêt Grazietti*.⁷

⁵ M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della Pubblica Amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1939, p. 13.

⁶ D. ALLAND (éd.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige Dicos poche, Paris, Presses Univ. de France, 2010, p. 374 e ss.

⁷ M. HAURIOU, «Note sous Conseil d'Etat, 31 janvier 1902, Grazietti» *Recueil Sirey*, Paris, 1903, p. 113.

Il *casus belli* può essere così riassunto: vi erano state delle irregolarità durante l'elezione del consiglio municipale di Vezzani che avevano portato all'annullamento della procedura elettorale;⁸ il consiglio municipale, però, era già stato sciolto dall'*Administration préfectorale* proprio in ragione delle irregolarità che avrebbero dovuto essere accertate dal giudice amministrativo.⁹

È a questo punto che interviene il Conseil d'État con l'annullamento del decreto di scioglimento, giacché riconosce come l'atto fosse viziato da *excès de pouvoir*, eccesso di potere. Del resto Hauriou, nella sua nota del 1903, osserva come non esistano atti puramente discrezionali, ma esistano solamente atti caratterizzati da un margine di discrezionalità.¹⁰

Questa sentenza consente quindi di mettere a fuoco due importanti elementi: da un punto di vista storico il potere discrezionale, tanto nella tradizione giuridica francese quanto in quella italiana, nasce come potestà originaria (in capo al Monarca e al suo apparato di burocrazia) di decidere liberamente, ossia senza che vi fossero apposti parametri giuridici sindacabili dal giudice.¹¹

In Italia l'introduzione della IV Sezione del Consiglio di Stato, con la legge Crispi del 1889, non aveva portato modifiche rilevanti sul piano del sindacato della discrezionalità. Ecco perché l'*arrêt Grazietti* assume una portata simbolicamente davvero rilevante anche nella nostra tradizione giuridica: è l'inizio di un mutamento di prospettiva, in cui la nozione di atto discrezionale non coincide più con quella di atto arbitrario o

⁸ Sentenza del 21 febbraio 1902, Rec. des arrêts du Cons. d'Etat, 1902, p. 128 e ss.

⁹ Si legge infatti nella motivazione dell'atto come «attendu que les conditions dans lesquelles a eu lieu l'élection du conseil municipal de Vezzani ne laissent pas aux membres de cette assemblée l'autorité morale suffisante pour administrer les affaires de la commune» (accertato come le condizioni nelle quali si sono svolte le elezioni del consiglio municipale di Vezzani sono prova del fatto che gli eletti non hanno le capacità morali richieste per amministrare la comunità).

¹⁰ M. HAURIOU, «Note sous Conseil d'Etat, 31 janvier 1902, Grazietti», *op. cit.* «Il n'y a pas d'actes discrétionnaires; il y a un certain pouvoir discrétionnaire de l'Administration, qui se retrouve plus ou moins dans tous les actes, et qui est essentiellement le pouvoir d'apprécier dans tous les actes, et qui est essentiellement le pouvoir d'apprécier l'opportunité des mesures administratives». Sul punto si veda anche, *ex multis*, G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, Paris, M. Giard, 1925.

¹¹ Si vedano in questo senso A. PIRAS, « Discrezionalità amministrativa », in *Enc. Dir.*, XIII, Giuffrè, Milano, 1964; S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, Giuffrè, 1993.

assolutamente libero, ma caratterizzato appunto da un *margin*e di discrezionalità, dall'essere in qualche modo vincolato.

Il secondo spunto di riflessione offerto da questa sentenza (che tornerà utile nella II parte di questo lavoro) è il necessario legame fra il profilo processuale e quello sostanziale.

1.1.2 Attività discrezionale e attività interpretativa

Nella ricostruzione di cosa si intenda per attività discrezionale, soprattutto ai fini di questo lavoro, è innanzitutto necessario procedere per esclusione, e indentificare *in primis* quale attività *non* è attività discrezionale.

Va riconosciuto a Giannini¹² il merito di aver chiarito la distinzione fra attività discrezionale e attività di interpretazione di norme che contengono concetti giuridici indeterminati o *imprecisi* (norme che, come si vedrà, presentano profili problematici per

¹² M. S. GIANNINI, *op. cit.*, p. 63 ss. Si veda inoltre M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1939, A. PIRAS, «Discrezionalità amministrativa», *op. cit.*, p. 69 ss., E. CASETTA, «Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione», in *dir. ec.* 1998, p. 503 ss. Va osservato come, in realtà, anche se attualmente sembra essere pacifica la distinzione fra attività interpretativa e attività discrezionale, essa sia stata storicamente assai discussa. Soprattutto in ragione del fatto che entrambe le attività hanno una connotazione creativa, e che, d'altro canto, ogni attività amministrativa comporta necessariamente un'opera interpretativa della norma. Osservano infatti Villata e Ramajoli come «esclusivo della discrezionalità è, a fianco del momento intellettuale, un momento volitivo, mentre l'attività interpretativa ha, rispetto alla norma scritta, un compito di integrazione, mai di innovazione, non comportando alcun giudizio di valore» R. VILLATA e M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, G. Giappichelli, 2017, p. 57. Nel senso di una riduzione della discrezionalità ad attività interpretativa si vedano, *ex multis*, L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, CEDAM, 1986; A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, Giuffrè, 1987; F. NICOSIA, *Potere ed eccesso di potere nell'attività amministrativa "non discrezionale"*, Napoli, Jovene, 1991.

quanto riguarda l'automazione). Osserva infatti l'Autore come parte della dottrina¹³ tendesse a ricondurre l'esistenza del potere discrezionale anche ad una formulazione imprecisa della norma da parte del Legislatore: vi sarebbe in questo caso una «attività intellettuale dell'Autorità cui è affidato il compito di precisare la norma vaga [...] dove non si ha però discrezionalità, perché l'impreciso è precisato da regole definite, che appartengono al mondo scientifico, e non c'è discrezionalità nell'interpretazione della legge, vi è discrezionalità ogni qualvolta si debba considerare una realizzazione (un atto da emanare) in ordine a uno scopo (interesse) da raggiungere: la legge rimette all'autorità il giudizio sull'attitudine dell'uno o dell'altro tipo di realizzazione per raggiungere un dato scopo».¹⁴

Le valutazioni discrezionali non vengono mai considerate, secondo questa ricostruzione, vicende normative o questioni di diritto e *assumono la loro effettiva identità di questioni di fatto, di ricerca del modo migliore di cura dell'interesse pubblico*.¹⁵

1.1.3 Attività discrezionale e principi costituzionali

Come osservato nel par. 1.1, è in ossequio del principio di legalità che il Legislatore attribuisce un determinato potere all'Amministrazione, così che agisca a tutela di un determinato interesse pubblico. Invero non esiste, in Costituzione, un riferimento diretto all'attività della Pubblica Amministrazione: è però sicuramente fondamentale l'articolo 97 («I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di

¹³ Come osservato alla nota precedente, si veda in questo senso, per quel che riguarda la dottrina italiana, L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, *op. cit.*, anche se storicamente questa ricostruzione trova origine in Germania; si veda in questo senso E. JÖHR, *Die verwaltungsgerichtliche Überprüfung des administrativen Ermessens*, Aarou, H.R. Sauerländer and co, 1931.

¹⁴ *Op. cit.*, p. 36.

¹⁵ Si veda in questo senso F.G. SCOCA «La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva», *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, n° 4, p. 1149.

legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'Amministrazione. Nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari»), poiché, se pure da una lettura letterale del disposto costituzionale i principi sembrano far riferimento solo all'organizzazione, è ragionevole supporre che questi si riferiscano anche all'attività che gli uffici sono chiamati a porre in essere.

Bisogna a questo punto domandarsi come e in quale misura questi principi abbiano influito nella ricostruzione dell'attività discrezionale dell'Amministrazione Pubblica da parte di dottrina e giurisprudenza.

Per quanto riguarda, in primo luogo, l'imparzialità e soprattutto la sua idoneità a farsi cardine non solo dell'organizzazione ma anche dell'attività dell'Amministrazione, tale principio ha trovato riconoscimento normativo nella nuova formulazione dell'articolo 1 della l. 241 del 1990 (per come modificato dalla l. 69 del 2009).

Ovviamente l'imparzialità va intesa come «equidistanza tra più soggetti, pubblici o privati, che vengono in contatto con la Pubblica Amministrazione»,¹⁶ e presenta quindi, sotto questo profilo, sia un carattere personale, inteso come imparzialità del funzionario pubblico, sia uno oggettivo, inteso come indipendenza dal potere politico. Assume però, nella sua accezione più completa,¹⁷ un significato molto rilevante anche per la ricostruzione del potere discrezionale dell'Amministrazione: trova infatti sua diretta esplicazione (ora anche grazie alla nuova formulazione dell'art. 1 della l.241 del 1990) nel procedimento amministrativo, luogo deputato al bilanciamento degli interessi per l'individuazione dell'interesse pubblico nel caso concreto.

È importante osservare come in questo caso il termine imparzialità non acquisti più solo una valenza negativa – divieto di trattamento differenziato – ma assuma invece una connotazione positiva (di notevole rilievo per il presente lavoro) come obbligo di

¹⁶ Per una ricostruzione del principio di imparzialità nell'attività amministrativa si vedano, *ex multis*, F. VETRÒ, *Il principio di imparzialità*, in *Studi sui principi del diritto Amministrazione*, (a cura di) M. RENNA-F. SAIITA, Milano, Giuffrè, 2012; P. BARILE, *Il dovere di imparzialità della Pubblica Amministrazione*, in *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, Padova, Cedam, 1958; S. CASSESE, «Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale», *Riv. it. scienz. giur.*, 1986; F. Satta, «Imparzialità della pubblica amministrazione», in *Enc. Giur.*, Milano, Giuffrè, 2000.

¹⁷ Si veda in questo senso, *ex multis*, U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, CEDAM, 1965.

valutazione di tutti gli interessi coinvolti. Assurge quindi in questo modo a criterio principe *per l'esercizio della discrezionalità amministrativa*.

Anche il principio di buon andamento¹⁸ dell'attività amministrativa può assurgere a parametro per ricostruire la fisionomia dell'attività discrezionale: i criteri guida corollari del buon andamento, quali l'efficienza, l'economicità, l'efficacia e la rapidità, hanno contribuito a spostare l'attenzione dall'atto amministrativo all'attività. Questo elemento acquista rilevanza soprattutto se letto contestualmente ai principi di imparzialità e di legalità, poiché essi rispondono a logiche diverse spesso contrastanti. Per esempio, la pubblicità e la trasparenza (corollari dell'imparzialità), sono spesso forieri di rallentamenti e comportano oneri che aggravano il procedimento amministrativo, e risultano dunque contrari a un principio di rapidità, e viceversa.

Ai fini di questa ricostruzione, si potrebbe quindi riconoscere come in questo senso il principio di buon andamento sposti l'attenzione dai parametri prettamente formali verso l'obiettivo da conseguire, allentando così, seppure parzialmente, le maglie del principio di legalità.

1.1.4 *L'esercizio del potere discrezionale come bilanciamento di interessi*

Proprio per quel che concerne il bilanciamento degli interessi, è importante sottolineare un ulteriore approdo dell'indagine condotta da Giannini¹⁹ per ricostruire i caratteri fondamentali dell'attività amministrativa discrezionale; l'Autore ha proficuamente individuato la sussistenza degli interessi secondari che convivono con l'interesse primario, e ha anche ribadito con forza come il cuore dell'esercizio del potere discrezionale risieda proprio nel bilanciamento fra essi.

Si legge infatti:

¹⁸ Sul principio di buon andamento si vedano, *ex multis*, M. SPASIANO, *Il principio di buon andamento*, in *Studi sui principi del diritto Amministrazione*, *op. cit.*; A. ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento della Pubblica Amministrazione*, Padova, Cedam, 1979.

¹⁹ M. S. GIANNINI, *op. cit.*, p. 76 e ss.

La discrezionalità amministrativa si identifica con la sostanza più squisita dell'attività amministrativa: questa infatti consiste sì nella cura di interessi pubblici assunti come fini dello Stato; la più delicata però di tale cura è appunto la ponderazione (del valore) dell'interesse pubblico nei confronti di altri interessi specifici, attribuita alla stessa autorità amministrativa cui spetta agire. Appunto tale ponderazione rientra nell'apprezzamento, *come elemento proprio della discrezionalità* (corsivo mio). [...] Gli interessi pubblici secondari che le singole autorità prendono in considerazione non sono fini dell'agire loro ma elementi che in concreto atteggiano l'interesse fine (interesse essenziale) facendone variare il valore in più o in meno.

Secondo questa ricostruzione, la discrezionalità si compone allora di due momenti: un primo di *giudizio* in cui l'Amministrazione responsabile è chiamata a prendere in considerazione per il tramite dell'istruttoria, secondo quanto regolato dalla Legge n. 241 del 1990, (come si vedrà meglio al paragrafo successivo), gli interessi e i fatti in rilievo. Il secondo momento si articola sulla base delle risultanze del primo, di *scelta*. È a questo punto che l'Amministrazione esprime la sua volontà adottando una decisione al fine di perseguire e tutelare l'interesse pubblico primario per come è venuto a comporsi.

1.1.5 Attività discrezionale e Legge n. 241 del 1990

L'ultima affermazione consente un ulteriore sviluppo argomentativo: se parte dell'esercizio del potere discrezionale riguarda il giudizio nel bilanciamento degli interessi, il luogo deputato a questo scopo è il procedimento amministrativo; l'attività amministrativa discrezionale è dunque attività procedimentalizzata, ed è guidata e incanalata dalle regole dettate dalla disciplina sul procedimento.

Questa affermazione generale trova conferma normativa in diverse disposizioni della legge 241: se una comune definizione di attività discrezionale potrebbe essere data

dalla libertà di agire sull'*an*, sul *quid*, sul *quomodo* e sul *quando* per quel che concerne l'emanazione del provvedimento, l'articolo 2, per esempio, limita parzialmente l'*an* al primo comma (imponendo all'Amministrazione, a fronte di un provvedimento su istanza di parte, di provvedere necessariamente con un provvedimento espresso) e il *quando* al secondo (imponendo un termine entro cui provvedere, diverso a seconda del tipo di procedimento). E d'altro canto una previsione come quella dell'articolo 14, la conferenza di servizi, incide sul piano dell'esercizio del potere discrezionale alla luce anche del parametro costituzionale dell'imparzialità.

Ancora più incisivamente agiscono in questo senso gli articoli 7 e 9 della Legge 241/90 che consentono, con la partecipazione dell'interessato al procedimento, un più agile emergere proprio di quegli interessi secondari a cui si è fino ad ora fatto riferimento.

Preme infine rilevare il ruolo centrale che, a avviso di chi scrive, gioca in quest'ottica l'articolo 3 («Ogni provvedimento amministrativo, compresi quelli concernenti l'organizzazione amministrativa, lo svolgimento dei pubblici concorsi ed il personale, deve essere motivato, salvo che nelle ipotesi previste dal comma 2. *La motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'Amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria*»): esso infatti funge da *trait d'union* fra il primo momento, quello del giudizio, e il secondo, quello della scelta. L'onere previsto all'articolo 3 rappresenta l'unico strumento idoneo a rendere esplicita la ponderazione degli interessi svolta dall'Amministrazione e la ragione che ha guidato la scelta di cui il provvedimento finale è manifestazione.

1.1.6 *Per una definizione (anche in chiave strumentale)*

Gli ultimi paragrafi consentono di trarre qualche conclusione sulla nozione di discrezionalità amministrativa, quanto meno nella sua dimensione storica; è innegabile che l'evoluzione sia stata molto significativa. Prescindendo dal rapporto fra discrezionalità e potenzialità dell'automazione si può comunque affermare come da una

nozione di discrezionalità intesa come mero arbitrio dell'Esecutivo ci si ritrovi ora non solo vincolati al principio di legalità, ma all'interno di un sistema procedimentale che incanala il potere discrezionale e il suo esercizio. L'azione pubblica è sempre più vincolata da regole di condotta, e si muove nei vincoli che, se non tracciati dalla legge stessa, sono identificati per il tramite di linee guida, atti amministrativi generali, circolari. In quest'ottica, quanto meno all'apparenza, la riduzione della discrezionalità "pura" potrebbe favorire segmenti di automazione di attività, anche alla luce di quanto si dirà nel prossimo paragrafo.

1.2 La predeterminazione come esercizio anticipato dell'azione, ovvero l'autolimita della Pubblica Amministrazione

Occorre iniziare lo studio di questo istituto con un'avvertenza: se l'obiettivo è quello di sostenere che l'autolimita – e in particolare una certa concezione del potere di autolimita – possa svolgere un ruolo strumentale nel rendere possibile l'automazione dell'attività discrezionale della Pubblica Amministrazione, sarà necessario in primo luogo ricostruire la fattispecie con la massima precisione possibile, anche se ovviamente senza alcuna pretesa di esaustività). Va altresì rimarcato, sempre in via preliminare, come l'esistenza stessa del potere di autolimita in capo alla Pubblica Amministrazione sia stata a lungo tempo discussa, soprattutto in dottrina.

Del resto non è difficile immaginare che si possa riscontrare una contraddizione nel parlare di limiti al potere discrezionale; la legge attribuisce alla Pubblica Amministrazione proprio il potere di decidere discrezionalmente, e quindi si potrebbe sostenere che, in qualche modo, faccia implicitamente divieto all'Amministrazione di tipizzare il proprio operato. Come è stato molto efficacemente osservato,²⁰ è esattamente con l'intenzione di non dare una connotazione negativa a questa operazione che alcuni

²⁰ R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, G. Giappichelli, 2017, p. 186, n. 360.

autori hanno deciso di parlare non tanto di autolimitate quanto piuttosto di predeterminazione delle scelte dell'Amministrazione. Questo perché:

La predeterminazione dei valori e dei parametri della condotta è opera dell'Amministrazione che, nell'esercizio della propria discrezionalità, gradualmente identifica i parametri e le regole dell'agire. [...] non vi è, in questo caso, un'eliminazione della discrezionalità, né un irrigidimento della flessibilità che deve caratterizzare l'azione amministrativa. [...] Si tratta, in altri termini, della anticipata individuazione dei parametri sulla base dei quali verrà effettuata la ponderazione dei diversi interessi.²¹

Due sono gli elementi che mi inducono ad adottare il termine autolimitate: dal punto di vista storico il concetto di auto limite trova i suoi natali nella dottrina tedesca, che lo qualifica come *Selbstbindung der Verwaltung*, letteralmente auto vincolo dell'Amministrazione. In secondo luogo la giurisprudenza italiana ha sempre fatto riferimento al termine autolimitate senza che questo comportasse necessariamente una connotazione negativa.²²

Proprio per questo nei paragrafi che seguiranno si continuerà a utilizzarlo, ovviamente nella speranza, dopo questa premessa, di aver svuotato il termine di ogni eventuale valenza negativa.

1.2.1 Per una nozione di auto vincolo: i confini

²¹ A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative: gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1997, p. 63.

²² Si vedano da ultime le sentenze del Consiglio di Stato, sez. V, del 28 marzo 2019 n. 2573 «nella specie non si trattava di decidere in astratto sulla sussistenza o meno del difetto di motivazione, a fronte dell'attribuzione di un punteggio numerico complessivo, bensì di applicare la “regola di autolimitate” espressamente fissata dalla Commissione» e Consiglio di Stato, sez. III, del 16 marzo 2016, n. 1048: «in quanto l'obbligo di indicare i costi della sicurezza aziendale a pena di esclusione avrebbe dovuto essere imposto dalla *lex specialis*, a guisa di autolimitate».

Se si volesse provare a dare una definizione ampia del termine autolimitate, lo si potrebbe descrivere come “l’apposizione di vincoli da parte dell’Amministrazione per la sua attività futura”.²³ Questa nozione, proprio per la sua ampiezza concettuale, potrebbe però indurre a ricomprendere nella categoria dell’autolimitate anche ipotesi che ne estenderebbero eccessivamente la portata, e che, nel caso specifico, non permetterebbero di coglierne aspetti rilevanti per questo lavoro.

È quasi intuitivo ritenere che, qualsiasi sia la decisione che deve essere presa, sia ragionevole stabilire dei criteri ai quali si ha l’intenzione di dare rilievo per guidare la decisione. Questo accade, in effetti, anche qualora ci si trovi all’interno di un procedimento e qualora a prendere la decisione sia un funzionario ad esito di un’istruttoria. Viene d’aiuto in questo senso richiamare l’art. 3 della L. 241/90 dove al co. 1 si legge che «La motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell’Amministrazione, in relazione alle risultanze dell’istruttoria».

Nella motivazione sarà quindi necessario dar conto del percorso logico seguito, e anche degli eventuali parametri utilizzati. In questo caso, però, non siamo di fronte a una circostanza in cui l’esercizio dell’autovincolo – vale a dire l’individuazione di quegli specifici parametri – viene posto in essere separatamente rispetto a quello del potere medesimo. Per utilizzare una nozione di autovincolo che sia funzionale alle esigenze di questo lavoro è necessario invece ricomprendere nella nozione solo quelle ipotesi in cui i due momenti siano separati.

Un’altra distinzione che può venire in rilievo è quella fra auto ed etero limite; più nello specifico: se per eterolimitate intendiamo i limiti che l’Amministrazione comunque incontrerebbe nell’esercizio di un potere, bisognerà indagare il rapporto fra auto e etero limiti.²⁴

²³ Per una completa ricostruzione si veda P.M. VIPIANA, *L’autolimitate della Pubblica Amministrazione: l’attività amministrativa fra coerenza e flessibilità*, Milano, Giuffrè, 1990.

²⁴ Mi pare importante anticipare qui una considerazione che verrà poi approfondita nei prossimi paragrafi (Sez. II di questo capitolo) quando si investigherà la natura giuridica dell’atto software: se infatti si accogliesse la tesi (molto discussa in realtà, come si vedrà più avanti) che l’atto software abbia natura normativa, si potrebbe allora ritenere che non ci si trovi di fronte, nel caso in esame, ad una ipotesi di autolimitate dell’Amministrazione, ma di eterolimitate. Sempre che si accolga la tesi (di cui al paragrafo 2.3)

Intendo con ciò riferirmi al complesso rapporto fra attività amministrativa e principio di legalità, e più generalmente all'idea che la legge né possa – data l'ampiezza e la specialità tecnica di tutti i settori che devono essere regolati – né voglia – e questo in ragione della maggior capacità dell'Amministrazione di tutelare l'interesse pubblico in un caso concreto rispetto alla legge – determinare in ogni circostanza tutti gli elementi *ex ante*.

Appare necessario fare qualche considerazione ulteriore in merito a questo rapporto: in primo luogo, se appare senza dubbio condivisibile l'affermazione di principio per cui «parrebbe possibile postulare una relazione di proporzionalità inversa fra area legislativamente normata e ampiezza dell'autolimita amministrativo»,²⁵ mi sembrano opportune almeno due specificazioni. La prima è che la legge può essere proprio la fonte a cui l'Amministrazione attinge per porre in essere un autovincolo, e questo è possibile soprattutto qualora l'autovincolo abbia una funzione di interpretazione dell'eterovincolo normativo. La seconda è che possono ricorrere delle ipotesi in cui è la legge stessa a prevedere che l'Amministrazione debba prefissarsi dei parametri decisionali. Può darsi l'ipotesi in cui i vincoli normativi convivano con gli autovincoli dell'Amministrazione e che questi non siano fra loro in un rapporto che va dal generale al particolare. Se infatti è ragionevole presumere che la legge detti regole più ampie di quelle che l'Amministrazione si auto impone (fino ad arrivare alla scelta nel caso concreto), nulla vieta che la sia la legge a dettare dei parametri molto rigidi e specifici, mentre l'autovincolo può rivestire un carattere assai generale.²⁶

Quali possano essere le conseguenze di un autovincolo a contenuto generale sulle ipotesi in questione sarà oggetto di analisi nei prossimi paragrafi.

secondo la quale l'ammissibilità dell'automazione di un certo tipo di attività amministrativa è condizionata all'accoglimento della nozione di autolimita.

²⁵ P.M. VIPIANA, *L'autolimita della Pubblica Amministrazione*, *op. cit.* p. 44.

²⁶ Il che non toglie che stiano, tra loro, in un rapporto gerarchico. Un vincolo imposto dalla legge, per quanto specifico, prevarrà sempre su unauto vincolo, per quanto di carattere generale.

1.2.2 Per una nozione funzionale di autovincolo

Come si è detto nel paragrafo precedente, una definizione piuttosto semplice di autolimitate amministrativo potrebbe essere quella di “apposizione di vincoli da parte dell’Amministrazione per la sua attività futura”, e si potrebbe aggiungere quale ulteriore elemento che il fine è quello di delimitare il potere – tendenzialmente discrezionale – che le viene attribuito.

Come spesso accade quando si cerca di tratteggiare le caratteristiche, sfuggenti, di una nozione, è meglio abbandonare l’idea di poterne offrire una di carattere strutturale per prediligere invece una funzionale, come quella, abbastanza generale, che ho appena dato.²⁷

A questo proposito è stato anche giustamente osservato²⁸ che si potrebbe ricavare ben poco cercando di definire in maniera rigida le numerosissime variabili di una nozione strutturale di autovincolo: si potrebbe addirittura concludere che non ne sia possibile una trattazione unitaria. Si potrebbero infatti prendere in considerazione, da diversi punti di vista:

1. I soggetti: le possibili combinazioni sono molteplici, e porterebbero tutte a individuare delle differenze; difatti l’autovincolo potrebbe essere apposto dal funzionario

²⁷ Si pensi, ad esempio alla nozione di Pubblica Amministrazione: «Non può ritenersi, in altri termini, che il riconoscimento ad un determinato soggetto della natura pubblicistica a certi fini, ne implichi automaticamente e in maniera automatica la integrale sottoposizione alla disciplina valevole in generale per la pubblica amministrazione. Al contrario, l’ordinamento si è ormai orientato verso una nozione “funzionale” e “cangiante” di ente pubblico. Si ammette senza difficoltà che uno stesso soggetto possa avere la natura di ente pubblico a certi fini e rispetto a certi istituti, e possa, invece, non averla ad altri fini, conservando rispetto ad altri istituti regimi normativi di natura privatistica». Sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, del 11 luglio 2016 n. 3043. Si veda in questo senso, *ex multis* G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 132.

²⁸ P.M. VIPIANA, *L’autolimitate della Pubblica Amministrazione*, *op. cit.*, p. 57, dove si legge: «se si riguarda, nel suo complesso, il fenomeno dell’auto limite della Pubblica Amministrazione, emerge, in modo evidente, a mio parere, che si tratta di una nozione unitaria dal punto di vista funzionale, non da quello strutturale. [...] sotto il profilo strutturale l’auto limite amministrativo concreta una complessa e multiforme fenomenologia».

medesimo che deve assumere la decisione, da un altro funzionario dello stesso organo o da due organi diversi dello stesso ente.²⁹

2. Gli strumenti per il tramite dei quali l'Amministrazione può porre in essere l'autovincolo: vale la pena di sottolineare ai fini di questo lavoro che la dottrina sembra accogliere la possibilità che il vincolo non derivi solo da atti amministrativi espliciti, ma anche da comportamenti e prassi.³⁰

Questo aspetto deve essere sottolineato proprio alla luce di quanto proverò a ricostruire nel corso di questo capitolo. Nei prossimi paragrafi sarà infatti centrale l'analisi della natura giuridica di un software preposto all'automazione dell'attività. Fra le varie nature che è possibile attribuirgli c'è quella di atto amministrativo. Se si ritiene vero questo assunto, e che l'esercizio dell'autovincolo è presupposto per l'automazione a certe condizioni dell'attività amministrativa discrezionale, allora verrà in rilievo la categoria degli atti espliciti con i quali l'Amministrazione decide di autolimitarsi. Se invece, viceversa, si ammette la ricostruzione che vede il software come un funzionario,³¹ e si vuole comunque ricondurre alla teorizzazione dell'autolimitate la possibilità di ammettere l'automazione di un certo tipo di attività, verranno allora in rilievo non tanto gli atti espliciti quanto, più logicamente, la prassi amministrativa.

²⁹ Una analisi dei soggetti preposti a porre in essere auto vincoli dell'attività amministrativa potrebbe venire in rilievo ai fini di questo lavoro solo per un aspetto: è chiaro che, qualora considerassimo la predisposizione del software come una forma di autovincolo, sarebbe molto difficile che questo venga realizzato dal medesimo funzionario preposto a prendere la decisione. In dottrina viene osservata una tendenza alla "istituzionalizzazione dell'attività conoscitiva della Pubblica Amministrazione (si veda in questo senso F. LEVI, *L'attività conoscitiva della Pubblica Amministrazione*, Torino, Giappichelli, 1967, p. 50), in cui l'attività conoscitiva preliminare alla decisione viene svolta in molti casi da un ufficio o da un organo diverso da quello preposto a assumerla. Lo stesso fenomeno, però, non è osservato (P.M. VIPIANA, *L'autolimitate della Pubblica Amministrazione*, op. cit., p. 63) per quel che concerne l'auto limite, dove questo viene apposto da un organo o da un ente diverso in ragione tendenzialmente di un preesistente rapporto gerarchico. Nel caso dell'automazione dell'attività amministrativa, come si vedrà al paragrafo 2.2 si richiede necessariamente che l'apposizione del vincolo avvenga in sede di elaborazione del software; appare quindi evidente che sarebbe meglio che ciò avvenisse in una sede istituzionalmente preposta a questo scopo.

³⁰ Si veda in questo senso A. CARULLO, *La prassi amministrativa*, Bologna, CEDAM, 1979.

³¹ Come si vedrà in modo più approfondito al paragrafo 2.5.

Un altro *distinguo* che è opportuno introdurre, quando si fa riferimento agli atti di autovincolo, è relativo alla loro natura finalisticamente determinata: pur esistendo anche ipotesi secondo le quali atti amministrativi svolgono la funzione di porre dei limiti all'Amministrazione nell'esercizio del suo potere senza essere a questo esplicitamente preposti,³² non sarà questo il caso dell'eventuale atto software, che avrà invece chiaramente questo come obiettivo. Questo anche perché, mentre nell'ipotesi di vincolo non disposto *ad hoc* è spesso la giurisprudenza a riconoscergli *ex post* quel valore, nel caso di atto disposto a quel preciso scopo dall'Amministrazione l'autovincolo viene predisposto in modo certo fin dall'origine.

3. La materia oggetto dell'autovincolo: l'ambito privilegiato d'elezione per l'esercizio di limiti per l'Amministrazione pare essere quello dei provvedimenti ampliativi della sfera giuridica del destinatario, nelle ipotesi in cui l'Amministrazione sia chiamata a fare una scelta. In realtà, se si prendono in considerazione quali possano essere i fondamenti per legittimare l'esercizio di questo potere da parte dell'Amministrazione – di cui si dirà meglio nel prossimo paragrafo – sembra possibile affermare che esso possa esercitarsi anche in caso di poteri restrittivi.

Una nozione funzionalistica di autovincolo, oltre a essere più agevole, consente poi di affrontare più agevolmente un'ulteriore indagine che pare necessaria e che sarà oggetto del prossimo paragrafo, ossia quella relativa al fondamento giuridico del potere di autolimita.

Se infatti questa nozione ci permetterà di dire che è autovincolo “l'apposizione di vincoli da parte dell'Amministrazione per la sua attività futura” (e dopo aver osservato come non sia semplice tenere le fila di chi possa apporre questi vincoli, di che forma i vincoli possano assumere e di quale attività futura possa esserne oggetto), è ora opportuno domandarsi quale sia la *ratio* dell'auto apposizione di vincoli da parte dell'Amministrazione alla sua attività e dove trovi fondamento questa legittimazione.

³² Si veda in questo senso P.M. VIPIANA, *L'autolimita della Pubblica Amministrazione*, *op. cit.*, che a p. 74 osserva come «dalla lettura della giurisprudenza si evince una serie cospicua di ipotesi nella quali questa fa derivare un autolimita della Pubblica Amministrazione da suoi atti non posti in essere appositamente».

1.2.3 Il fondamento costituzionale del potere di autovincolo

I primi studi sulla natura e sul fondamento del potere di autovincolo vengono elaborati dalla dottrina tedesca:³³ gli autori lo qualificano come derivazione del divieto di imparzialità di trattamento, che verrebbe meglio tutelato qualora la Pubblica Amministrazione identificasse in via preliminare e rendesse noti i criteri guida delle scelte discrezionali.

L'aspetto complesso comportato dal raffrontare l'esperienza italiana con quella tedesca si deve al fatto che la dottrina e la giurisprudenza in Germania qualificano l'obbligo di parità di trattamento quale corollario del principio di eguaglianza.³⁴ Lo spazio di operatività del principio di imparzialità è quindi drasticamente ridotto:

Negli scrittori di lingua tedesca, infatti, non sembra che l'imparzialità venga concepita come regola della funzione o dell'attività amministrativa; ci sembra piuttosto sia considerata come un dovere del funzionario [...] questo particolare concetto di imparzialità è tuttavia compensato dal fatto che buona parte della problematica la quale viene da noi solitamente ad esso ricondotta è stata affrontata dai giuristi e dai giudici tedeschi sulla base di diversi principi. Così, ad esempio, l'obbligo di imparzialità di trattamento si considera conseguente al principio di eguaglianza dei cittadini davanti alla legge, sancito dalla Costituzione».³⁵

³³ Si veda sul punto quanto osservato da A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, op. cit. p. 61. Per una ricostruzione della nozione tedesca si veda D.H. SCHEUING, *Selbstbindungen der Verwaltung*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Berlin, De Gruyter, 1982.

³⁴ Si veda in questo senso L. PALADIN, *Eguaglianza* (voce), *Enc. Giur. Trec.* Vol. XIV, Milano, 1965.

³⁵ A. CERRI, *Imparzialità e indirizzo politico nella Pubblica Amministrazione*, Padova, CEDAM, 1973, p. 66.

Nel nostro ordinamento, viceversa, lo spazio di operatività del principio di imparzialità, riconosciuto dall'art. 97 della Costituzione (e, come visto prima, rivolto non solo all'organizzazione ma anche all'attività) è molto più ampio: si rivolge tanto all'organizzazione dei pubblici uffici quanto all'attività, ma soprattutto trova un riconoscimento normativo nella legge sul procedimento che diventa il luogo deputato proprio all'esercizio imparziale dell'attività amministrativa. Esercizio che si esplica in una sequenza di atti tramite i quali accertare l'esistenza di presupposti di fatto e valutare di conseguenza i contrapposti interessi in gioco.

Si rende necessaria a questo punto una riflessione sul ricorso all'istituto dell'autolimita: è innegabile che queste considerazioni, ora riferite ad una nozione che trova le sue origini e il suo spazio di operatività molto prima dell'automazione dell'attività amministrativa, possano in realtà tornare utili anche all'oggetto di questa ricerca. È possibile, infatti, sollevare un'obiezione in merito non tanto alla legittimità quanto all'efficienza dell'uso del potere di autolimita: si potrebbe intuitivamente osservare che se il Legislatore ha voluto attribuire all'Amministrazione un potere discrezionale lo avrà fatto in funzione del tipo di attività che deve essere esercitata e soprattutto ad esito di un giudizio di necessaria elasticità delle valutazioni che devono essere effettuate. In questo senso si potrebbe affermare che il ricorso all'esercizio del potere di vincolo comporti una rigidità contraria all'efficienza e al buon andamento dell'Amministrazione (anche se magari conforme al principio di imparzialità *ex art. 97* della Costituzione).

Per poter analizzare criticamente l'affermazione appena fatta occorre anzi tutto valutare quale nozione di buon andamento³⁶ viene in rilievo: se si accoglie la teoria procedimentale di buon andamento, si riconosce anche che quest'ultimo trova soddisfazione dalla corretta valutazione e dal corretto temperamento di tutti gli interessi (primari e secondari) che entrano in gioco nell'esercizio di un potere, discrezionale in questo caso, e che devono essere quindi correttamente composti. Se si interpreta in quest'ottica il principio di buon andamento, non solo lo si può leggere non in contrapposizione con l'esercizio del potere di autovincolo, ma lo si può addirittura

³⁶ Si vedano *ex multis* A. ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento della Pubblica Amministrazione*, Bologna, CEDAM, 1979; G. FALZONE, *Il dovere di buona amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1953; G. D'ALESSIO, *Il buon andamento dei pubblici uffici*, Clua, Ancona, 1993.

riconoscere come uno dei fondamenti della sua legittimità. Del resto, come osservato al paragrafo 1.1.5 la procedimentalizzazione dell'attività amministrativa ne incanala la discrezionalità senza tuttavia vincolarla.

Quelli fino ad ora considerati sono i principi che trovano riconoscimento in Costituzione e che possono essere considerati come fondativi del potere di autolimita.³⁷

La disamina dei principi costituzionali sui quali si fonda il potere di autovincolo ha portato a interrogarsi sulla possibilità che il potere stesso trovi fondamento – ovviamente non esplicito – in Costituzione: questa impostazione non terrebbe conto, però, del fine del potere di autolimita, che può essere uno dei mezzi posti a disposizione dell'Amministrazione per raggiungere quegli obiettivi indicati in Costituzione. Sarà lo stesso esercizio del potere di autovincolo a far sì che la Pubblica Amministrazione, nel porre in essere un procedimento di carattere discrezionale, non violi, ad esempio, il dovere di parità di trattamento, o garantisca comunque il buon andamento dell'attività.

1.2.4 *Il riconoscimento legislativo*

Per quanto non sia possibile, e direi neppure utile,³⁸ data la varietà delle ipotesi configurabili, ricostruire tutte le circostanze nelle quali il Legislatore ha dato espresso

³⁷ In realtà ho scelto di riferirmi solo a quei principi che trovano espresso riconoscimento in Costituzione. Per una disamina più completa si veda P.M. VIPIANA, *L'autolimita della Pubblica Amministrazione*, op. cit., p. 173 e ss.

³⁸ Si vedano in questo senso sia A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, op. cit., p. 167 che P.M. VIPIANA, *L'autolimita della Pubblica Amministrazione*, op. cit., p. 367. È interessante però richiamare anche l'art. 12 del D.P.R. n. 487 del 9 maggio 1994 (ossia il Regolamento recante norme sull'accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni e le modalità di svolgimento dei concorsi, dei concorsi unici e delle altre forme di assunzione nei pubblici impieghi), che al comma 1 in materia di trasparenza nella selezione pubblica stabilisce che «Le commissioni esaminatrici, alla prima riunione, stabiliscono i criteri e le modalità di valutazione delle prove concorsuali, da formalizzare nei relativi verbali, al fine di assegnare i punteggi attribuiti alle singole prove. Esse, immediatamente prima dell'inizio di

riconoscimento a ipotesi di autovincolo nel nostro ordinamento, vale però a mio avviso la pena di soffermarsi sulla previsione dell'art. 12 della Legge 241 del 1990, dove viene stabilito che «La concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi ed ausili finanziari e l'attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati *sono subordinate alla predeterminazione da parte delle amministrazioni procedenti*, nelle forme previste dai rispettivi ordinamenti, *dei criteri e delle modalità cui le amministrazioni stesse devono attenersi*. L'effettiva osservanza dei criteri e delle modalità di cui al comma 1 deve risultare dai singoli provvedimenti relativi agli interventi di cui al medesimo comma 1» (corsivi miei).

La scelta di introdurre un riconoscimento esplicito all'autolimita nella legge sul procedimento è stata accolta con relativo favore da parte della dottrina, che ha infatti osservato, prima dell'entrata in vigore della norma: «delle due l'una: o una legge sul procedimento ignora del tutto il fenomeno auto limitativo lasciando impregiudicata la problematica della sua ammissibilità della sua estensione e del modo in cui si realizza [...] oppure la legge sul procedimento prevede espressamente l'obbligo di auto vincolarsi, ma allora dovrebbe farlo per tutte le tipologie di attività che lo richiedono».³⁹

In realtà si può facilmente intuire quale sia stata la volontà del Legislatore,⁴⁰ vale a dire quella di imporre l'obbligo di esercizio di predeterminazione dei criteri nelle ipotesi in cui vi sia, come si legge nella rubrica dell'articolo, un'attribuzione di vantaggio economico. Questo in ragione del fatto che sono proprio le ipotesi in esame a far venir in rilievo quell'accezione di "parità di trattamento" presa in esame al paragrafo 1.2.3.

Del resto, come è stato giustamente osservato,⁴¹ la norma ha una caratteristica apprezzabile: non si limita a stabilire che i criteri debbano essere predeterminati, ma dà attuazione e garantisce effettività alla norma, imponendo al comma 2 che il rispetto dell'obbligo sancito al comma 1 debba trovare riconoscimento espresso nel

ciascuna prova orale, determinano i quesiti da porre ai singoli candidati per ciascuna delle materie di esame. Tali quesiti sono proposti a ciascun candidato previa estrazione a sorte».

³⁹ P.M. VIPIANA, *L'autolimita della Pubblica Amministrazione*, op. cit., p. 520.

⁴⁰ Si veda l'art. 12 del Commentario alla legge sul procedimento amministrativo, S. COGLIANI (a cura di), *Commentario alla legge sul procedimento amministrativo*, Padova, CEDAM, 2004, p. 433 e ss.

⁴¹ A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, op. cit., p. 170.

provvedimento amministrativo relativo, riconoscendo in questo modo effettività alla previsione.

1.2.5 Il significato dell'autovincolo (e la sua rilevanza ai fini di questo lavoro)

La ricostruzione realizzata nei precedenti paragrafi aveva come obiettivo quello di tracciare la fisionomia del potere di autovincolo e di illustrarne il fondamento. Si trattava di una premessa necessaria allo sviluppo di questo lavoro, perché l'autovincolo – o la predeterminazione dei parametri – della decisione amministrativa consentono di ipotizzare l'automazione dell'attività amministrativa a carattere discrezionale.

Bisogna però osservare che parte della dottrina ha fin dall'inizio rifiutato questa ipotesi,⁴² negando qualsiasi possibilità di automazione dell'attività discrezionale: questo sulla base del fatto che il Legislatore, nell'attribuire all'Amministrazione l'esercizio di un potere discrezionale, avrebbe proprio voluto evitare di ridurre l'ampiezza e l'elasticità dell'esercizio. Questa impostazione può essere però confutata sia dal punto di vista sistematico, dato che pare piuttosto agevole riscontrare nell'ordinamento un fondamento del potere di autovincolo (come si è appena visto nei paragrafi precedenti), sia dal punto di vista normativo: abbiamo già osservato, infatti, che la predeterminazione non solo trova espresso riconoscimento in norme speciali di scarsa estensione, ma anche in materia di generale attribuzione di vantaggi economici ex art. 12 l. 241/90.

Resta ora da chiedersi fino a che punto la predeterminazione delle decisioni possa essere d'aiuto in materia di automazione: per rispondere a questa domanda occorre in via preliminare soffermarsi con più attenzione su quale tipo di attività può essere oggetto di autovincolo. Si è detto al paragrafo 3.1.2 che oggetto di predeterminazione è l'attività tendenzialmente discrezionale; questo però non esclude del tutto che oggetto della

⁴² A. USAI, *Le elaborazioni possibili delle informazioni. I limiti delle decisioni amministrative automatiche*, in G. DUNI, *Dall'informatica amministrativa alla teleAmministrazione*, Roma, Libreria dello Stato, 1992, p. 81: «è la stessa legge a conferire il potere discrezionale che allo stesso tempo vieta all'organo di legittimamente tipizzare e eliminare la discrezionalità nella sua attività. *De iure condito* è quindi illegittimo algoritmizzare l'attività non vincolata».

predeterminazione possa essere anche l'attività vincolata della Pubblica Amministrazione. Escludendo l'autolimitate ermeneutico,⁴³ si può piuttosto pensare a quelle ipotesi in cui gli accertamenti che devono essere svolti dall'Amministrazione abbiano un carattere meramente costitutivo; l'Amministrazione si limiterebbe in questo caso ad una attività di specificazione, e nulla esclude che essa venga anche svolta per il tramite di criteri predeterminati dall'Amministrazione stessa.

Oggetto di autolimitate può essere anche l'attività connotata da discrezionalità tecnica: anzi, è forse proprio questo il terreno privilegiato d'adozione per la predeterminazione dei parametri sulla base dei quali esercitare il potere.⁴⁴

Terreno d'elezione dell'autolimitate amministrativo resta, a mio avviso, l'attività connotata da discrezionalità pura: se assumiamo che l'esercizio dell'autolimitate sia legittimo, è necessario interrogarsi sulle modalità secondo le quali debba avvenire la predeterminazione dei criteri di esercizio del potere affinché sia possibile l'automazione. Il problema è che l'autolimitate, come è stato osservato,⁴⁵ può conoscere diversi gradi di intensità: può risolversi nell'elaborazione da parte dell'Amministrazione di principi generali, può consistere nell'individuazione di parametri abbastanza generali da non esaurire del tutto le libertà di scelta, o può invece consistere proprio in una rigida determinazione di ogni ipotesi, con la conseguente possibilità di individuare ogni caso applicativo *ex ante*.

Quest'ultima ipotesi, vale a dire quella che prevede, di fatto, una predeterminazione assoluta, non si limita a guidare l'Amministrazione nell'esercizio del suo potere – riducendo il rischio di arbitrio, nel rispetto dei principi di imparzialità, eguaglianza e buon andamento, come visto nei paragrafi precedenti – ma trasforma di fatto l'attività discrezionale in un esercizio anticipato dell'azione amministrativa.

⁴³ P.M. VIPIANA, *L'autolimitate della Pubblica Amministrazione*, *op. cit.*, p. 268. L'esempio dell'autolimitate ermeneutico risulta rischioso, in ragione del fatto che, come si è visto al paragrafo 3.1.1.2., alcuni autori (M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della Pubblica Amministrazione*, *op. cit.*) tengono distinte drasticamente interpretazione della norma e attività discrezionale, mentre alcuni altri (L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, CEDAM, 1986) intendono la discrezionalità amministrativa come «modo di essere non separabile dalle altre operazioni ermeneutiche».

⁴⁴ Si pensi a quanto osservato nella nota 37 in materia di concorsi pubblici.

⁴⁵ S. GAETANO, *La digitalizzazione del procedimento amministrativo*, *op. cit.*

Quest'ultima ipotesi è quella che meglio si presta ad ammettere l'automazione dell'attività discrezionale: attraverso l'automazione, infatti, le scelte discrezionali nel singolo caso concreto si trovano ad essere meri accertamenti costitutivi.⁴⁶ L'autolimita che nasce da esigenze di automazione ha una natura assai rigida, e non è quindi possibile utilizzarlo come valido strumento per qualsiasi tipo di esercizio di discrezionalità. Sarà possibile porre in essere questa operazione soltanto a fronte di un potere connotato da bassa discrezionalità,⁴⁷ che si concretizzi, di fatto, in una casistica abbastanza ridotta da essere interamente programmata a monte. Si tratta, in altre parole, di operazioni di *routine*, dove la discrezionalità ha un margine ridotto di operatività, e dove l'automazione può risultare assai vantaggiosa.

Resterebbero escluse da questo tipo di automazione tutte quelle operazioni in cui la complessità dell'esercizio del potere discrezionale è tale da non consentire all'attività amministrativa di essere legittima, qualora venga predeterminata per intero. Questo per due ordini di ragioni: in primo luogo, anche ammettendo che fosse possibile immaginare sin dal primo momento tutte le ipotesi che potrebbero verificarsi, il software non sarebbe comunque in grado di elaborare una decisione davanti a un'ipotesi nuova non contemplata. In secondo luogo, e i due punti sono strettamente correlati, sarebbe difficile immaginare in casi come questo il vantaggio del ricorso all'automazione.

Questo è vero in primo luogo in termini di costi di aggiornamento del software,⁴⁸ ma appare esatto anche alla luce di una riflessione di carattere più generale (che giunti a questo punto potrebbe essere utile): il ricorso allo strumento dell'automazione, ha come obiettivo quello di rendere più efficiente l'attività amministrativa nel rispetto dei principi che la regolano. Mentre nel caso dei provvedimenti a bassa discrezionalità si può pensare che il vantaggio conseguito a esito dell'automazione renda utile il ricorrervi, nel caso di poteri discrezionali più articolati, anche qualora fosse tecnicamente possibile fare ricorso

⁴⁶ Questo in ragione delle caratteristiche intrinseche dell'automazione, come si vedrà al paragrafo 3.2.1

⁴⁷ A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico*, op. cit., p. 36., dove per bassa discrezionalità si intende una semplicità degli elementi e degli interessi da comporre nella scelta.

⁴⁸ Per ulteriori problematiche che verrebbero in rilievo in relazione all'aggiornamento necessario del software faccio riferimento al paragrafo 3.2.4.

all'automazione, questa potrebbe comunque non rivelarsi la scelta più adatta al perseguimento dell'interesse pubblico.⁴⁹

1.2.6 Conseguenze sul piano del controllo in sede giurisdizionale (un rinvio)

Resta da osservare, in chiusura, che quanto ho cercato di illustrare negli ultimi paragrafi in materia di autolimiti della Pubblica Amministrazione porta con sé delle non indifferenti conseguenze sul piano della tutela giurisdizionale. Ciò è senza dubbio vero con riferimento alla predeterminazione dell'attività amministrativa tradizionale, ma lo è tanto più quando viene utilizzata nell'automazione dell'attività amministrativa (tanto in sede decisoria quanto in sede istruttoria, cfr. capitolo I, par. 2.2.1 e 2.2.2). Era già stato, infatti, osservato che «i canoni, le regole concrete e le scelte parziali che l'Amministrazione stessa pone per l'esercizio della funzione amministrativa diventano inevitabilmente parametri di controllo. I canoni predeterminati di azione diventano, *ex post*, parametri di verifica del risultato. Quelle regole e quei parametri assunti come scelte di base, anteriori alla emanazione (o alla non emanazione) di uno o più atti amministrativi che le attuino, da oggetto di controllo diventano parametro per il controllo».⁵⁰

Non è certo questa la sede per una approfondita indagine sul tipo di controllo che può essere esercitato in sede giurisdizionale anche in funzione dell'autovincolo; ai fini

⁴⁹ È utile richiamare in questa sede la riflessione, di portata più generale, in tema di ricorso alla digitalizzazione che fa D.-U. Galetta: «the decision if or not to digitalize - or better: to what extent digitalization of Public Administration might be worth the effort – must, in my opinion, be submitted to the proportionality test, at least in its basic version, which is that of a cost-benefit analysis». D.-U. GALETTA, «Information and Communication Technology and Public Administration: through the Looking-Glass», IN D.U. GALETTA, J. ZILLER (a cura di), *Information and Communication Technologies Challenging Public Law, beyond Data Protection*, Atti del 12° congresso annuale della Societas Iuris Publici Europaei (SIPE), Nomos Verlagsgesellschaft, 2018, p. 129.

⁵⁰ G. DUNI, *Dall'informatica amministrativa alla teleAmministrazione: il progetto nazionale ed il sottoprogetto sperimentale presso l'Amministrazione dell'Ateneo Cagliariitano*, Roma, Libreria dello Stato, 1992.

della mia analisi è sufficiente osservare che il tipo di vizio di legittimità a cui ricondurre il mancato rispetto dei criteri predeterminati varierà a seconda della loro coerenza: se storicamente è sempre stato ricondotto alla figura dell'eccesso di potere, la previsione normativa di alcune ipotesi di obbligo di predeterminazione comporta invece la possibilità di configurare il vizio come violazione di legge.

Come ha osservato la dottrina,⁵¹ le conseguenze appena sottolineate sono altrettanto significative quando si tratta di predeterminazione in funzione dell'automazione, dal momento che: «in ipotesi, le norme di riferimento vengono integrate da algoritmi che, nel cristallizzare gli elementi della fase istruttoria nella loro reciproca interrelazione, predeterminano in vari modi la decisione amministrativa riducendo, così, lo spazio di azione della discrezionalità amministrativa: con tutte le conseguenze che inevitabilmente ne scaturiscono “a sistema”, ivi compreso rispetto al successivo sindacato giurisdizionale».⁵²

Si riduce, di conseguenza, lo spazio di discrezionalità della Pubblica Amministrazione, a favore di un'estensione del sindacato del giudice: ulteriori considerazioni su questo spostamento saranno oggetto del capitolo II della parte II di questo lavoro, a cui si rinvia.

1.3 L'automazione dell'attività vincolata

Per comprendere se e in quale misura sia possibile l'automazione dell'attività amministrativa vincolata, è utile in primo luogo provare a darne una definizione.⁵³

⁵¹ Si vedano in questo senso D.-U. GALETTA e J.G. CORVALAN, «Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto», in *federalismi.it*, febbraio 2019, F. PATRONI-GRIFFI, «La decisione robotica e il giudice amministrativo», in <https://www.giustizia-amministrativa.it>, agosto 2018.

⁵² D.-U. GALETTA e J.G. CORVALAN, «Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto», *op. cit.* p. 22.

⁵³ Per una recente ricostruzione si veda F. FOLLIERI, «Decisione amministrativa e atto vincolato», *federalismi.it*, aprile 2017. Si vedano poi, *ex multis*, Si vedano, *ex multis*, R. VILLATA et M. RAMAJOLI, *Il*

Si può dire che si ha attività amministrativa vincolata quando il Legislatore abbia imposto rigidamente il comportamento che l'Amministrazione è tenuta ad avere nell'esercizio del potere attribuitole, in modo tale che il suo operato sia, di fatto, l'accertamento di presupposti determinati dalla legge.

Sono quindi disciplinati i presupposti e le conseguenze giuridiche, e non vi è spazio per scelta alcuna da parte dell'Amministrazione. La netta bipartizione fra attività vincolata e attività discrezionale che ho appena tracciato, nella sua rigidità, ha poco a che vedere con la realtà giuridica⁵⁴ dell'agire amministrativo, che spesso è caratterizzato da potestà discrezionale con *momenti vincolati*.⁵⁵

Questi caratteri, unitamente a quanto osservato in precedenza circa la fisiologia dell'automazione (capitolo I, par 1.4), consentono di osservare che non sembrano esserci ostacoli alla automazione dell'attività vincolata che anzi, come è stato osservato, risulta ben avviata.⁵⁶

Del resto, anche la prima ricostruzione della dottrina italiana in materia di atti amministrativi automatizzati⁵⁷ pare quasi riconoscere *ex post* qualcosa che nella prassi degli uffici era già di fatto avvenuto. Sembra, cioè, che dove il ricorso allo strumento dell'automazione – quindi nelle ipotesi di mera consequenzialità giuridica – risultasse molto semplice, esso sia stato posto in essere, e che la dottrina in seguito sia riuscita a ricondurre quelle ipotesi alla nozione di attività vincolata.

A questo punto è anche facile intravedere tutti i benefici che sono propri di un'automazione ben realizzata: in termini di efficienza nello svolgimento di un'attività

provvedimento amministrativo, op. cit. pp. 72 e ss.; G. FALCON, *Lezioni di diritto amministrativo*, Padova, CEDAM, 2005, pp. 44 e ss.

⁵⁴ Proprio in ragione di un'eccessiva rigidità nella ripartizione fra i due tipi di attività, sono state sostenute sia tesi secondo le quali non esiste in realtà alcuna attività che non sia discrezionale, e che dunque l'ipotesi di attività vincolata in senso stretto sia soltanto un'ipotesi di scuola, sia tesi che riconducono l'agere amministrativo, anche apparentemente discrezionale, ad ipotesi di attività vincolata. Si veda nel primo senso F. NICOSIA, *Potere ed eccesso di potere nell'attività amministrativa "non discrezionale"*, Napoli, 1991, p. 80 ss.; nel senso contrario invece V. OTTAVIANO, *Studi sul merito degli atti amministrativi*, Annuario di diritto comparato e studi legislativi, Roma, 1947.

⁵⁵ L'espressione è di R. VILLATA e M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, op. cit., p. 63.

⁵⁶ F. PATRONI-GRIFFI, «La decisione robotica e il giudice amministrativo», op. cit., p.8.

⁵⁷ D. MARONGIU, *L'attività amministrativa automatizzata*, op. cit., p. 407 ss.

spesso ripetitiva, nella quale, in presenza di alcuni presupposti giuridici, il provvedimento risulta quasi un atto dovuto.

Del resto l'automazione di attività vincolate in senso stretto è parte della realtà giuridica quotidiana. Basti pensare alle sanzioni automatizzate previste agli artt. 200 e 201 del D. Lgs. n. 285/1992 (Codice della strada): mediante mezzi di rilevazione automatica vengono registrati violazioni relative alla velocità di circolazione o all'accesso a zone a traffico limitato.⁵⁸ Un'altra previsione di settore che consente il ricorso a meccanismi di automazione decisionale è quella dell'art. 56 del D. Lgs. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici). Difatti la norma al co. 1 stabilisce che «Le stazioni appaltanti possono ricorrere ad aste elettroniche nelle quali vengono presentati nuovi prezzi, modificati al ribasso o nuovi valori riguardanti taluni elementi delle offerte. *A tal fine, le stazioni appaltanti strutturano l'asta come un processo elettronico per fasi successive, che interviene dopo una prima valutazione completa delle offerte e consente di classificarle sulla base di un trattamento automatico.* Gli appalti di servizi e di lavori che hanno per oggetto prestazioni intellettuali, come la progettazione di lavori, che non possono essere classificati in base ad un trattamento automatico, non sono oggetto di aste elettroniche».⁵⁹

⁵⁸ Su queste ipotesi si tornerà nel corso del capitolo I della seconda parte: difatti l'art. 384 del regolamento di esecuzione e attuazione del Codice della strada prevede, come eccezione alla contestazione immediata dell'infrazione da parte dell'agente, alla let. e), fra le ipotesi in cui è consentito il differimento della contestazione, quelle in cui «l'accertamento della violazione [avviene] per mezzo di appositi apparecchi di rilevamento che consentono la determinazione dell'illecito in tempo successivo ovvero dopo che il veicolo oggetto del rilievo sia già a distanza dal posto di accertamento o comunque nella impossibilità di essere fermato in tempo utile o nei modi regolamentare». Siamo di fronte a ipotesi di automazione completa, dove l'assenza della possibilità di intervento umano ha sollevato dubbi sulla legittimità della previsione, come si vedrà in seguito.

⁵⁹ Si veda sul punto A.G. OROFINO, *Forme elettroniche e procedimenti amministrativi*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 237 e ss.

SEZIONE II

Profili giuridici del sistema di automazione

Nei paragrafi appena conclusi ci si è soffermati sul tipo di attività amministrativa suscettibile di essere automatizzata, cercando di ricostruire la legittimità e l'opportunità di questa operazione a fronte delle diverse caratteristiche di ciascuna. Nel corso del presente paragrafo è necessario indagare invece quale sia in primo luogo il fondamento giuridico del software, vale a dire quale sia la giustificazione giuridica di un ricorso all'automazione da parte della Pubblica Amministrazione (par. 2.2) Occorrerà poi (sempre tenendo presente l'obiettivo generale, quello di ricondurre, fin dove possibile, l'utilizzo di nuovi strumenti alle categorie tradizionali) interrogarsi sulla natura giuridica del software (par. 2.3 e 2.5), del singolo atto automatizzato (par. 2.4) e valutare infine quale delle ricostruzioni meglio consente la tenuta del sistema, con tutte le sue peculiarità. Sarà utile, per una riflessione conclusiva, un confronto con le posizioni elaborate dalla dottrina anglosassone sul medesimo oggetto (par. 2.6). l'ultimo paragrafo (2.7) sarà invece dedicato allo studio di come tutti i profili esposti si collochino nella prassi, grazie al ricorso a un caso di studio.

2.1 Cos'è il programma (rinvio)

La ricostruzione di cosa sia il programma da un punto di vista tecnico non può certo essere svolta in questa sede, in ragione di una evidente mancanza di competenze in materia. nel corso del primo capitolo (par. 1.4) si era però scelto di dare alcune definizioni essenziali delle nozioni tecniche necessarie, a cui si rimanda.

2.2 Fondamento giuridico del programma

Se fino ad ora si è tentato di definire, in termini più tecnici che giuridici, cosa sia e che ruolo svolga il programma, bisogna ora provare a capire quale sia il suo fondamento giuridico. Questo aspetto è molto rilevante per un duplice ordine di ragioni: in primo luogo perché il programma, come proverò a dimostrare nel corso del paragrafo, acquista un ruolo centrale in quanto contiene la disciplina preordinata a un dato procedimento,⁶⁰ e in secondo luogo poiché ad esso saranno riconducibili tutti i singoli provvedimenti automatici.

Masucci per primo⁶¹ ritiene che non sia particolarmente complesso individuare quale sia il fondamento giuridico dell'atto programma: l'Autore lo riconduce infatti alla *potestà autorganizzatoria*. Ciascun soggetto, sia esso ente o organo, quando titolare di un potere, sarebbe titolare anche di un potere di autodisciplina per regolare l'esercizio del medesimo, attraverso il quale realizzerebbe una *normazione dell'azione*. Questa affermazione va letta contestualmente a quanto detto, in effetti, circa la possibilità di predeterminare il proprio agire da parte della Pubblica Amministrazione, anche senza ricorrere necessariamente allo strumento informatico. Se si ammette la legittimità dell'autolimita, certamente il suo fondamento è da ricercarsi nella facoltà di ogni ente – o organo – di autodeterminarsi.

Si tratta quindi di dettare delle norme di riferimento – generali e astratte – che agiscono come specificazioni e risultino come *un imperativo rivolto dall'autorità a sé medesima*. Questa facoltà è da ricondursi all'articolo 97 della Costituzione: è innegabile infatti che l'Amministrazione, per il tramite di una decisione, si autolimita, nel rispetto dei principi di imparzialità e buon andamento.⁶² Se si riconosce la legittimità di quanto

⁶⁰ D. MARONGIU, *L'attività amministrativa automatizzata*, op. cit., p. 84.

⁶¹ A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico: primi lineamenti di una ricostruzione*, Napoli, Jovene, 1993, p. 47 ss.

⁶² Si rimanda in questo senso a quanto detto nei paragrafi 3.1.2 e ss.

detto, va letta la riserva di legge ex articolo 97 Cost. in senso relativo e limitato alla disciplina degli aspetti essenziali dell'organizzazione.⁶³

2.3 Natura dell'atto programma

La dottrina ha lungamente dibattuto per cercare di ricostruire quale fosse la natura giuridico-amministrativa del programma. Proverò a esporre gli estremi del dibattito e cercherò di individuare quale possa essere la tesi più condivisibile e più adatta per il mio lavoro.

Una prima ipotesi potrebbe portare a configurare il programma come un atto normativo, visto che definisce in via generale e astratta le regole per lo svolgimento dell'attività successiva. Tuttavia, possono essere mosse nei confronti di questa prima ipotesi due obiezioni piuttosto intuitive, una di carattere formale l'altra di carattere sostanziale. In primo luogo parte della dottrina ritiene che il nostro ordinamento applichi un criterio formalistico⁶⁴ per l'individuazione degli atti a carattere normativo. Sono infatti qualificabili come atti normativi, quindi fonti secondarie, soltanto quelli atti emanati sulla

⁶³ Come descrive chiaramente Nigro, infatti «la disponibilità di una quota di potere organizzativo è essenziale per l'Amministrazione [...], gli stessi principi di imparzialità e buon andamento fissati all'articolo 97 fondano il potere organizzativo dell'Amministrazione: il rispetto, da parte dell'Amministrazione dell'esigenza di imparzialità postula l'esercizio di una potestà organizzatoria che è ovvia garanzia di obiettività, e l'osservanza del principio di buon andamento si traduce anche nella predisposizione dell'organizzazione idonea al raggiungimento dei fini prestabiliti» in G. AMATO, A. BARBERA, C. FUSARO, *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, 1995, p. 715. Si veda anche P. CERBO, «Il potere di organizzazione della Pubblica Amministrazione fra legalità e autonomia», *Jus*, vol. I, 2008, p. 228 ss.

⁶⁴ La questione è stata affrontata approfonditamente in dottrina e giurisprudenza. Per una ricostruzione si vedano, *ex multis*, B.E. TONOLETTI, «Fuga dal regolamento e confini della normatività nel diritto amministrativo», *Diritto Amministrativo*, 2015, n. 2-3, pp. 371 e ss. E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, *op. cit.* p. 65; L. VERRIENTI, «Regolamenti amministrativi», *Dig. disc. pubbl.*, Torino, Utet, 1997.

base di un particolare iter procedimentale. Qualora si preferisca adottare invece un criterio di tipo sostanziale, si può osservare che mancherebbe la portata innovativa per l'ordinamento in generale, terzo elemento costitutivo insieme all'astrattezza e alla generalità di una fonte del diritto.

Sarebbe forse più plausibile ricondurre il programma alla categoria degli atti amministrativi generali,⁶⁵ proprio in ragione del fatto che sarebbe l'Amministrazione stessa a predeterminare gli elementi del proprio agire. Ci si troverebbe di fronte ad un atto che si rivolge ad una platea non identificabile a monte (ma solo *ex post*) di destinatari senza l'obiettivo di innovare l'ordinamento. Oltre a qualificare il programma come atto amministrativo generale, resta da chiedersi se gli si debba attribuire un'efficacia esclusivamente interna o anche esterna:⁶⁶ se si accoglie la posizione secondo cui è atto esterno anche un atto a *rilevanza esterna*, allora il programma lo è certamente, tenuto conto del fatto che dalla sua esecuzione derivano i singoli atti automatici.

Anche se l'ipotesi che l'atto software (o l'atto con il quale l'Amministrazione adotta le istruzioni elaborate) possa essere ricondotto alla disciplina degli atti amministrativi generali ha trovato riscontro relativamente presto in giurisprudenza,⁶⁷ sorge un'obiezione di ordine potremmo dire logico, prima ancora che giuridico, nei confronti della dottrina che qualifica il software come atto amministrativo generale.⁶⁸

Il software, come si è visto nei paragrafi precedenti è compilato mediante l'uso di un linguaggio tendenzialmente non comprensibile né al funzionario pubblico né tanto meno al cittadino. In più il Decreto Legislativo del 14 marzo 2013 n. 33 ("Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni") dispone, all'art. 12, obblighi di pubblicazione concernenti gli atti di carattere normativo e amministrativo

⁶⁵ Per una ricostruzione puntale sulla natura e disciplina degli atti amministrativi generali si veda E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, *op. cit.*, p. 381 ss.

⁶⁶ Nel senso della rilevanza anche esterna si veda A. MASUCCI, *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie: il procedimento amministrativo elettronico ad istanza di parte*, Torino, Giappichelli, 2011. La produttività di effetti diretti o indiretti all'esterno assume una certa rilevanza, soprattutto in relazione alla possibilità che l'atto programma sia impugnato insieme al singolo provvedimento automatizzato.

⁶⁷ Si veda in questo senso, *ex multis*, la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. IV, del 13 maggio 1980 n. 531.

⁶⁸ Per una ricostruzione più dettagliata si veda C. GIURDANELLA e E. GUARNACCIA, *Elementi di diritto amministrativo elettronico*, Matelica, Halley, 2005, p. 35 ss.

generale, e impone che «fermo restando quanto previsto per le pubblicazioni nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana dalla legge 11 dicembre 1984, n. 839, e dalle relative norme di attuazione, le pubbliche amministrazioni pubblicano sui propri siti istituzionali i riferimenti normativi con i relativi link alle norme di legge statale pubblicate nella banca dati “Normattiva” che ne regolano l'istituzione, l'organizzazione e l'attività. Sono altresì pubblicati le direttive, le circolari, i programmi e le istruzioni emanati dall'Amministrazione e ogni atto, previsto dalla legge o comunque adottato, che dispone in generale sulla organizzazione, sulle funzioni, sugli obiettivi, sui procedimenti (corsivo mio) ovvero nei quali si determina l'interpretazione di norme giuridiche che le riguardano o si dettano disposizioni per l'applicazione di esse, ivi compresi i codici di condotta, le misure integrative di prevenzione della corruzione individuate ai sensi dell'articolo 1, comma 2-bis, della legge n. 190 del 2012, i documenti di programmazione strategico-gestionale e gli atti degli organismi indipendenti di valutazione»; obbligo di pubblicazione che dovrebbe, allora, essere esteso anche al programma.

Un'altra ipotesi ricostruttiva renderebbe possibile qualificare il software come un'operazione amministrativa⁶⁹ o forse persino come un *mero comportamento* della Pubblica Amministrazione, se si distinguesse fra l'atto di adozione del programma e il programma stesso.

Si avrebbe in questo modo da una parte un atto amministrativo e dall'altra un comportamento esecutivo, a questo punto effettivamente risultato di una volontà già espressa. Da un punto di vista fattuale⁷⁰ questo comporterebbe una prima stesura in linguaggio naturale da parte dell'Amministrazione delle regole che dovranno poi essere

⁶⁹ Se si guarda, difatti, all'inquadramento D'Orsogna da all'operazione giuridica nell'attività procedimentale («La disciplina giuridica dell'operazione amministrativa rappresenta appunto una risposta ai principali problemi posti dalla complessità organizzativa e dalla proliferazione e frammentazione delle competenze: con essa il diritto obiettivo, innalzando a fattispecie univocitaria l'insieme dei procedimenti cooperanti a un unico risultato pratico, ha inteso anzitutto razionalizzare lo svolgimento concreto di procedimenti decisionali complessi») si può ben cogliere in che modo la programmazione e implementazione del software possa esservi ricondotta. Si veda D. D'ORSOGNA, *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2005, p. 217.

⁷⁰ D. MARONGIU, *L'attività amministrativa automatizzata*, op. cit., p. 87.

il contenuto del programma. È stato osservato⁷¹ che, in questo modo, si potrebbe ipotizzare dal punto di vista fattuale una triplice operazione: in un primo momento il funzionario scrive in linguaggio naturale le regole del programma, in seguito il tecnico realizza il software e questo viene poi nuovamente approvato dall'Amministrazione.

Si arriverebbe così ad un risultato importante: il ruolo del funzionario e del tecnico informatico sarebbero nettamente separati, e il programma nient'altro sarebbe se non una fedele riproduzione in linguaggio formale dei precetti elaborati dal funzionario in quell'ottica di *normazione dell'azione* a cui facevo riferimento nel paragrafo precedente.

Sarebbe dunque non il software in sé ad essere atto amministrativo generale, ma le istruzioni elaborate e approvate dall'Amministrazione a monte, con rilevanti riflessi in tema di responsabilità, che purtroppo per ragioni di spazio non potranno essere oggetto di questo lavoro.

Questo tipo di impostazione ha una rilevanza anche in termini di aggiornamento del software: se si accogliesse l'impostazione che vede il software in sé come atto amministrativo generale, allora anche ogni suo singolo aggiornamento richiederebbe l'approvazione dell'Amministrazione responsabile per la sua adozione. Ad essere atto amministrativo generale sarebbe dunque l'atto con il quale si determina il contenuto del programma.

Parte della dottrina,⁷² nel tentativo di identificare la disciplina applicabile, ha cercato di individuare quali atti adottati tradizionalmente dall'Amministrazione potessero essere assimilabili all'adozione dell'atto programma: sarebbero in qualche misura accostabili agli atti di pianificazione urbanistica, *in primis* ai piani regolatori generali dei comuni.⁷³

⁷¹ G. DUNI, *L'Amministrazione digitale: il diritto amministrativo nella evoluzione telematica*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 76.

⁷² U. FANTIGROSSI, *Automazione e Pubblica Amministrazione: profili giuridici*, Ricerca, Bologna, Il Mulino, 1993, p. 103 ss.

⁷³ I piani regolatori generali sono disciplinati dagli artt. 7 ss. della legge urbanistica n. 1150/1942, e sono gli atti attraverso cui l'Amministrazione pianifica lo sviluppo dell'edilizia e urbanistica di un certo comune. Sono stati oggetto di un vivace dibattito giurisprudenziale e dottrinale circa la loro natura, vale a dire se dovessero essere qualificati come atti regolamentari, atti amministrativi generali o atti misti – con clausole a carattere normativo e clausole a carattere provvedimentale. Si veda F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, *op. cit.* p. 518 ss.

Un passo significativo è stato compiuto dalla giurisprudenza, che nel corso del giudizio sull'algoritmo utilizzato dal MIUR per lo spostamento dei docenti (si veda il par. 1.1.4 del capitolo II della seconda parte) ha affermato come *in definitiva, dunque, l'algoritmo, ossia il software, deve essere considerato a tutti gli effetti un atto amministrativo informatico*.⁷⁴ Certo dalla lettura della sentenza non risulta semplice comprendere se i giudici intendessero scindere l'atto di adozione del software in linguaggio naturale dal software stesso, con le rilevanti conseguenze applicative che, come appena osservato, ne deriverebbero.

2.4 (segue) e del singolo atto automatico

Dalla ricostruzione del programma che si accoglie dipende ovviamente la natura del singolo atto automatico adottato, ed esattamente come per il programma, anche per il singolo atto (a seconda della natura che gli si intende attribuire) derivano numerose conseguenze sulla disciplina applicabile.

Ricostruendo quanto detto nei paragrafi precedenti, una prima possibilità sarebbe quella di non attribuire valenza di atto amministrativo alla singola decisione concreta. Di fatto ogni elemento della volontà dell'Amministrazione sarebbe già stato predeterminato *ex ante* nel momento in cui il programma è stato elaborato e quindi ci si troverebbe di fronte a delle mere operazioni amministrative.⁷⁵

In realtà gran parte della dottrina⁷⁶ tende a riconoscere alla singola decisione automatica la valenza di un vero e proprio provvedimento amministrativo. Questo avviene per diverse ragioni, una delle quali è a mio avviso determinante: affinché il singolo atto possa essere emesso devono essere inseriti i dati necessari (*input*), e questa

⁷⁴ Consiglio di Stato, sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270, par. 8.2

⁷⁵ Questo anche coerentemente con quanto elaborato *in primis* dalla dottrina tedesca, è coerente con quanto osservato alla nota 72 di questo capitolo.

⁷⁶ A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico*, op. cit. p. 83 ss., U. FANTIGROSSI, *Automazione e Pubblica Amministrazione*, op. cit. p. 129 ss. D. MARONGIU, *L'attività amministrativa automatizzata*, op. cit. p. 105 ss.

operazione, quando posta in essere dal funzionario, non è assolutamente priva di conseguenze giuridiche. Da dati scorretti, o inseriti scorrettamente, potrebbe derivare una illegittimità dell'atto che non inficia in alcun modo la legittimità dell'atto a monte. Oppure da un inserimento dei dati non corretto potrebbe derivare una conseguente responsabilità autonoma.

Può essere utile in questo caso prendere come esempio⁷⁷ ciò che avviene per la dichiarazione di “sorteggiabilità” di coloro che vogliono prendere parte alle commissioni di attribuzione dell'Abilitazione Scientifica Nazionale (per una disamina più completa della disciplina e delle conseguenze applicative si rimanda al par. 3.3.1). I singoli professori presentano la candidatura caricando le proprie pubblicazioni su una piattaforma: chiaramente un errore nell'inserimento, o addirittura una dichiarazione non veritiera, condizioneranno il risultato finale, ma questo non in ragione di un cattivo funzionamento del software quanto piuttosto di una scorrettezza dei dati di *input*.

Se questo è vero qualora i dati di *input* siano inseriti da un funzionario, o dal singolo utente come nel caso in questione, ci si chiede cosa avvenga – e quali siano le conseguenze applicative – qualora i dati vengano estratti automaticamente da una banca dati senza che vi sia alcun intervento umano nell'emanazione dei singoli provvedimenti.⁷⁸

⁷⁷ Si veda in questo senso M. D'ANGELOSANTE, *La consistenza del modello dell'Amministrazione 'invisibile' nell'età della tecnificazione: dalla formazione delle decisioni alla responsabilità per le decisioni*, in S. Civitarese Matteucci, L. Torchia, *La Tecnificazione*, Firenze, 2016, e quanto si dirà al par. 2.7.1 di questo capitolo.

⁷⁸ Da questa semplice considerazione si può comprendere quanto rilevante sia non solo la correttezza dei dati, ma il loro corretto passaggio da un'Amministrazione a un'altra. In prospettiva, il ricorso ad un sempre maggiore utilizzo dell'automazione dell'attività amministrativa sarà inscindibilmente legato alla disponibilità sempre maggiore di dati per la Pubblica Amministrazione. Riferimento normativo utile in tal senso è l'art. 50-ter del CAD, che istituisce la Piattaforma Digitale Nazionale Dati “finalizzata a favorire la conoscenza e l'utilizzo del patrimonio informativo detenuto per finalità istituzionali, nonché alla condivisione dei dati tra i soggetti che hanno diritto ad accedervi ai fini della semplificazione degli adempimenti amministrativi dei cittadini e delle imprese, in conformità alla disciplina vigente”. Si veda in questo senso quanto osservato da D.-U. GALETTA et J.G. CORVALAN, «Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto», *op. cit.* p. 5. In generale in tema di dati pubblici si veda G. CARULLO, *Gestione, fruizione e diffusione dei dati dell'amministrazione digitale e funzione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2017.

Un altro elemento a sostegno dell'ipotesi che la singola decisione sia un provvedimento amministrativo a tutti gli effetti potrebbe essere individuato nel fatto che è un atto idoneo a produrre effetti diretti verso l'esterno, mentre ho osservato prima come anche chi riconduce il programma (o l'atto con cui si adottano le istruzioni per il programma) alla categoria di atti esterni lo fa attribuendogli una mera *rilevanza esterna*.⁷⁹

2.5 Per una diversa ricostruzione: il software e il ruolo del funzionario

Si è visto fino ad ora come la dottrina italiana abbia provato a ricondurre il software e i singoli provvedimenti adottati per il tramite di esso alle tradizionali categorie amministrative, addivenendo alla conclusione che il primo potesse essere ricondotto alla categoria degli atti amministrativi generali.⁸⁰ Del resto, come si evince da una lettura congiunta dei paragrafi 1.2 e ss., la Pubblica Amministrazione predetermina i contenuti del suo agire con un atto di carattere strumentale che permette poi l'adozione dei singoli atti automatizzati.

Si è già avuto modo di osservare come alla qualifica del software come atto amministrativo generale siano opponibili diverse obiezioni (ad esempio relative all'adozione di doverosi aggiornamenti, oppure alla non corrispondenza fra il soggetto che adotta l'atto che precede il software e colui che lo programma, che è necessariamente un informatico) a cui si può aggiungere anche il fatto che non si riscontra nella giurisprudenza un onere di impugnazione del software né in via autonoma né congiuntamente al singolo provvedimento attuativo.

⁷⁹ Osserva infatti Fantigrossi come «l'argomento decisivo ai fini del riconoscimento della natura provvedimentale dell'atto automatico è che esso chiude il procedimento complesso [...] e quindi ad esso va ricollegato l'effetto costitutivo della modificazione giuridica cui quell'intero assieme di attività amministrative era preordinato, [...] ed è proprio la presenza di questo elemento strutturale della produzione diretta e unilaterale dell'effetto l'elemento che le dottrine più tradizionali considerano come qualificante della categoria dei provvedimenti amministrativi in senso stretto». U. FANTIGROSSI, *Automazione e Pubblica Amministrazione*, *op. cit.*, p. 132.

⁸⁰ L. VIOLA, «L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell'arte», in *Foro Amministrativo*, dicembre 2018, p. 1598 ss.

Certo si potrebbe far fronte a queste obiezioni – come osservato – separando il momento di adozione dell'atto in linguaggio naturale dal momento di programmazione effettiva del software, che sarebbe a questo punto inquadrabile come esecuzione di un incarico sulla base dell'atto.⁸¹

Cosa resta, allora, per ricondurre il software alle categorie tradizionali del diritto amministrativo? «Dovrà essere ritenuto una nuova figura di pubblico funzionario; il programma ha, infatti solo una funzione di ausilio nei confronti dell'autorità amministrativa. È uno strumento dell'agire amministrativo, e nulla più»,⁸² ritiene parte della dottrina. Ovviamente questo sarebbe ammissibile con la dovuta precisazione che non si tratta di attribuire soggettività giuridica al software, ma di riconoscere un cambiamento alla figura del funzionario in ragione della modificazione del suo operato data la relazione con il computer.⁸³

Quest'ultima notazione ha un valore relativo se si resta ancorati al tipo di tecnologie di cui si occupa questo lavoro, nell'ambito delle quali non sarebbe neanche possibile per ragioni tecniche pensare all'attribuzione di una soggettività autonoma alla macchina.⁸⁴ Se però si prende in considerazione l'attuale evoluzione tecnologica, la

⁸¹ Oltre che D. MARONGIU, *L'attività amministrativa automatizzata*, op. cit. p. 67. Si veda in questo senso anche F. SAIITA, «Le patologie dell'atto amministrativo elettronico e il sindacato del giudice amministrativo», *Il diritto dell'economia*, 2003, p. 615.

⁸² A.G. OROFINO, «La patologia dell'atto amministrativo elettronico: sindacato giurisdizionale e strumenti di tutela», *Foro amministrativo C.d.S.*, 2003, p. 2256.

⁸³ V. FROSINI, «L'informatica e la Pubblica Amministrazione», in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1983, p. 483, dove si legge: «Il calcolatore elettronico potrebbe rappresentare una forma di nuovo funzionario, ovviamente in senso metaforico. Esso cioè apporterebbe un nuovo termine di riferimento nel procedimento amministrativo e l'informazione assumerebbe così un nuovo carattere formalizzato». Del resto, secondo l'Autore, è proprio l'agire attraverso la macchina che modifica il procedimento di conoscenza del funzionario.

⁸⁴ La questione meriterebbe sicuramente un'analisi più approfondita, soprattutto perché sono diversi i profili che vengono in rilievo. Provando a fare un quadro sintetico, la prima questione che si pone è se e in che misura possa configurarsi una responsabilità in capo a un agente non umano, e quali soggetti possano rientrare in questa categoria (per un approfondimento in questo senso si veda A. SANTOSUOSSO, *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, Padova, Wolters Kluwer, 2016, p. 321 ss). Il secondo profilo che viene in rilievo è a quale condizioni un sistema automatico possa qualificarsi come autonomo, e a quali profili di responsabilità possa andare incontro (si vedano in questo senso G. SARTOR et A. OMICINI, «The Autonomy

questione assume una connotazione diversa: dove l'utilizzo di tecnologie di Intelligenza Artificiale consente di immaginare un'autonomia – a diversi livelli –, dell'agente, è necessario pensare come collocarlo nelle categorie giuridiche di riferimento.

La dottrina sembra ritenere che i profili di attribuzione di responsabilità amministrativa debbano comunque rimanere in capo al funzionario persona fisica, poiché:

Le capacità delle nuove tecnologie, sebbene non siano illimitate, sono praticamente impossibili da prevedere. Pertanto – mi rendo conto –, affermare che in futuro la concezione dell'organo continuerà ad essere esattamente la stessa è una posizione rischiosa. Può, dunque, essere il sistema informatico un organo amministrativo, cioè, un'unità funzionale integrata nell'Amministrazione, dotata di competenza per manifestare all'esterno la sua volontà e vincolare ad essa, senza alcun intervento né specifico né puntuale, né anteriore né posteriore, di persona alcuna [...] *la norma collegherà questo organo e la sua azione con una persona fisica. Ciò viene dedotto dalla concorrenza di due elementi: il principio di legalità, che connetta tutta l'attività amministrativa con la norma che le serve da fondamento; e i principi di sicurezza giuridica e trasparenza, che esigono che si determini la connessione tra persona e attività e si sappia come essa opera.* Pertanto, di norma avviene che l'informatica decisionale rimane principalmente integrata nel contesto delle unità amministrative ausiliarie,

of Technological Systems and Responsibilities for their Use», in *Autonomous Weapon Systems*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, p. 39, G. SARTOR, «Sistemi basati sulla conoscenza giuridica e servizi pubblici», *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2003, p. 16). Per comprendere l'urgenza di un quadro normativo certo in materia è utile leggere quanto afferma la Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica: in questa sede infatti il Parlamento ha sottolineato come «più i robot sono autonomi, meno possono essere considerati come meri strumenti nelle mani di altri attori (quali il fabbricante, l'operatore, il proprietario, l'utilizzatore, ecc.); ciò, a sua volta, pone il quesito se le regole ordinarie in materia di responsabilità siano sufficienti o se ciò renda necessari nuovi principi e regole volte a chiarire la responsabilità legale dei vari attori per azioni e omissioni imputabili ai robot». Si veda http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_IT.html?redirect.

prive della capacità di manifestare all'esterno la volontà dell'Amministrazione, essendo le attività adottate in modo automatizzato imputate all'organo che esercita la competenza e da esse all'Amministrazione di cui fa parte: la decisione si adotta e si notifica in forma automatizzata senza l'intervento di nessuna persona fisica; ma questa si conetterà con il titolare dell'organo.⁸⁵

2.6 La prospettiva anglosassone: algoritmi, discrezionalità e “fettering of discretion”

A questo punto della trattazione può essere proficuo ricostruire quanto elaborato dalla dottrina anglosassone in merito al rapporto fra potere discrezionale e ricorso agli algoritmi da parte della Pubblica Amministrazione; è interessante anche perché consente di osservare da un'altra prospettiva quanto detto sino ad ora sia sulla predeterminazione dei criteri nell'esercizio dell'azione amministrativa sia sull'inquadramento giuridico del software.

L'ordinamento anglosassone conosce un vizio dell'atto amministrativo che si configura quando un organo decisionale, che esercita una funzione pubblica di carattere discrezionale, impedisca l'esercizio della propria discrezionalità nei casi concreti

⁸⁵ I.M. DELGADO, «La riforma dell'Amministrazione digitale: Un'opportunità per ripensare la Pubblica Amministrazione», in *La tecnificazione* (a cura di S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA), IV, A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana (a cura di L. FERRARA, D. SORACE), Firenze, Firenze University Press, 2016. Si veda sempre in questo senso quanto osservato da D.-U. Galetta: «Nonostante il supporto fornito nella gestione ed elaborazione di dati e informazioni, non è certo l'algoritmo a potere valutare gli esiti della frase istruttoria e/o a potere prendere la decisione in modo autonomo ed indipendente: poiché i sistemi di Intelligenza Artificiale non possono in alcun modo sostituire le competenze e le responsabilità del funzionario amministrativo persona fisica. Occorre dunque ribadire, qui, quello che può parere ovvio: è, cioè, che l'imputabilità giuridica dell'errore (e della decisione stessa) dovrà sempre riferirsi all'essere umano titolare dell'organo competente. Vale a dire che, il sistema di imputabilità delle decisioni e la connessa responsabilità amministrativa, non mutano a seguito dell'utilizzo di algoritmi (automazione basata sull'Intelligenza Artificiale) quale strumento di supporto dell'attività amministrativa». D.-U. GALETTA et J.G. CORVALAN, «Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto», *op. cit.*, p. 20.

attraverso l'adozione di regole *ex ante*. Punto di partenza è che l'Amministrazione non possa limitarsi nell'esercizio della discrezionalità, non possa quindi fare un'attività di *fettering of discretion*.⁸⁶

Parte della dottrina anglosassone ha adottato la categoria in esame per identificare uno dei possibili rischi derivanti dall'utilizzo degli algoritmi nelle scelte pubbliche: certo la letteratura a cui faccio riferimento si occupa di sistemi di automazione decisamente più complessi rispetto a quelli oggetto di questo lavoro, ma le osservazioni mi paiono in larga misura condivisibili. Viene, infatti, sottolineato come utilizzando un algoritmo decisionale senza l'intervento di un funzionario pubblico si incorre proprio in un vizio di *fettering of discretion*, di restrizione nell'esercizio di un potere di carattere discrezionale.⁸⁷

La soluzione che appare più condivisa per evitare di incorrere in questo vizio dell'atto amministrativo ricorda quanto appena ricostruito come conclusione del paragrafo 3.2.6: «il procedimento decisionale, di cui l'algoritmo come strumento è parte, deve conservare sempre l'eventualità di un intervento umano che possa tenere in considerazione elementi per loro natura inaspettati, e soprattutto per valutare se, nel caso concreto, la decisione che deve essere adottata sia una di quelle per le quali l'algoritmo è stato predisposto. Soprattutto, gli algoritmi non dovrebbero essere integrati in un procedimento che richieda l'esercizio di un potere discrezionale da parte di una Pubblica Amministrazione dove l'algoritmo corra il rischio di impedire il corretto esercizio della

⁸⁶ «A decision-making body exercising public functions which is entrusted with discretion must not, by the adoption of a fixed rule or policy, disable itself from exercising its discretion in individual case. It may not “fetter” its discretion» C. HARLOW et R. RAWLINGS, *Law and administration*, Law in context, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 216. In questo senso anche P.P. CRAIG, *Administrative law*, London, Sweet & Maxwell, 2012. J.-B. AUBY et T. PERROUD (éds.), *Droit comparé de la procédure administrative : Comparative law of administrative procedure*, Collection droit administratif, n. 19, Bruxelles, Bruylant, 2016.

⁸⁷ «A public body whose staff come to rely unthinkingly upon an algorithmic result in the exercise of discretionary power could be illegally ‘fettering its discretion’ to an internal ‘home-grown’ algorithm, or be regarded as delegating decision-making illegally to an externally developed or externally run algorithm, or having pre-determined its decision by surrendering its judgement». M. OSWALD, «Algorithm-assisted decision-making in the public sector: framing the issues using administrative law rules governing discretionary power», *Phil. Trans. R. Soc. A*, 2018, vol. 376, n. 2128, p. 14.

discrezionalità; questo sia perché potrebbero non venir presi in considerazione elementi altrimenti rilevanti, sia perché alcuni elementi anche se contemplati, potrebbero non essere correttamente inquadrati» (traduzione mia).⁸⁸

Sembra quindi possibile affermare che anche in questo caso non solo la decisione, quando adottata, debba sempre essere attribuibile a un funzionario persona fisica, ma che il suo intervento si renda comunque necessario quando ci si trovi di fronte ad una attività connotata da discrezionalità.

2.7 Attività amministrativa ad automazione decisionale: ipotesi applicative

Si è scelto nel corso di questo lavoro di non affrontare un'ampia casistica di attività amministrativa automatizzata dedicandole un'apposita sezione, ma piuttosto di utilizzare un esempio per tentare di chiarire alcuni problemi affrontati in teoria nel corso del capitolo.

È interessante prendere in considerazione le tecnologie in uso all'Agenzia Nazionale di Valutazione del sistema Universitario (ANVUR) in due differenti

⁸⁸ «The decision-making process, of which the algorithmic tool is part, must preserve the human discretion to assess 'un-thought of' relevant factors, and to assess whether the question or decision is the one for which the algorithm was designed. Algorithms should not be inserted into a process that requires the exercise of discretion by a public authority where the algorithm prevents that discretion; either because all of the factors relevant to the decision cannot be included, or required elements of the decision itself cannot be appropriately codified into, or by, the algorithm»: *ivi*, p. 16. L'Autore, per rendere più chiaro il suo ragionamento, propone come esempio un'attività che potrebbe apparire facilmente automatizzabile: il Police and Criminal Evidence Act, nel Regno Unito, stabilisce come un soggetto possa essere rilasciato su cauzione se il funzionario responsabile non ritiene vi siano *presupposti ragionevoli* per ritenere che la sottoposizione a misura cautelare sia necessaria per ragioni di prevenzione (intesa come volontà di evitare la recidiva, di interferire con l'Amministrazione della giustizia etc.). Si potrebbe ritenere che oggetto della decisione in questo caso sia quindi il rischio, che con un semplice software che si occupa di statistica sarebbe calcolabile; in realtà oggetto della decisione, in questo caso, è la sussistenza dei presupposti ragionevoli per ipotizzare la sussistenza di quel rischio, valutazione che non può che essere rimessa al funzionario persona fisica (che potrà però avvalersi del rischio ipotizzato dal software).

procedure: nella composizione delle commissioni per l'Abilitazione Scientifica Nazionale e nell'accREDITAMENTO dei dottorati di ricerca.⁸⁹

2.7.1 L'Agenzia Nazionale di Valutazione del sistema Universitario (ANVUR)

L'ANVUR⁹⁰ è un ente pubblico con la funzione di sovrintendere al sistema nazionale di valutazione della qualità delle Università e degli Enti di ricerca. Ha come obiettivo quindi quello di curare la valutazione esterna della qualità delle attività delle Università e degli Enti di Ricerca destinatari di finanziamenti pubblici, e di indirizzare le attività dei Nuclei di valutazione. Si occupa inoltre di valutare l'efficacia e l'efficienza dei programmi pubblici di finanziamento alle attività di ricerca e innovazione.

Fra i diversi profili interessanti che sono emersi nel corso del colloquio con il dottor Tindaro appena ricordato in nota, due sono quelli a mio avviso maggiormente rilevanti per questo lavoro, soprattutto perché consentono di attribuire una valenza non solo teorica ma anche pratica a quanto detto sino ad ora. In primo luogo quanto osservato al par. 3.2.6 circa la necessaria strumentalità dell'automazione alla decisione, senza che la stessa venga assunta in maniera automatizzata. Per quanto concerne, infatti, la composizione delle commissioni per l'Abilitazione Scientifica Nazionale, è certamente vero che le procedure sono automatizzate:⁹¹ coloro che vogliono candidarsi inseriscono

⁸⁹ Le riflessioni di questo paragrafo sono state possibili grazie a un colloquio avuto, nel marzo del 2019, con un funzionario dell'ANVUR, il dottor Cicero Tindaro, che ringrazio; quanto esposto è comunque frutto di una mia personale rielaborazione di quella conversazione.

⁹⁰ L'ANVUR è stata costituita ai sensi dell'art. 2, co. 138, del decreto-legge del 3 ottobre 2006, n. 262, convertito, con modificazioni, dalla legge del 24 novembre 2006, n. 286.

⁹¹ Si vedano in questo senso D.-U. GALETTA et J.G. CORVALAN, «Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto», *op. cit.*; M. D'ANGELOSANTE, *La consistenza del modello dell'Amministrazione 'invisibile' nell'età della tecnificazione: dalla formazione delle decisioni alla responsabilità per le decisioni*, in S. Civitarese Matteucci, L. Torchia, *La Tecnificazione*, Firenze, 2016, p. 165.

tutte le informazioni relative alla loro carriera su una piattaforma (gestita da Cineca)⁹² che valuta la loro idoneità a essere sorteggiati. Questa operazione è in una certa misura più semplice nei settori bibliometrici, mentre risulta assai più complessa nei settori non bibliometrici. In entrambe le circostanze, comunque, la dichiarazione di sorteggiabilità non è esattamente automatica: l'art. 8 del d.m. n. 120 del 2016⁹³ dà infatti all'ANVUR quaranta giorni per una verifica, prima che il Consiglio Direttivo la approvi. Questo lasso di tempo consente di evidenziare eventuali incongruità dei risultati, anche se la mole di candidati (circa 4000), comparata al tempo a disposizione (40 giorni), non rende possibile la verifica per ciascun candidato. La piattaforma permette una modifica da parte del funzionario, se egli la ritiene necessaria, del risultato dei tre indicatori rilevanti; appare dunque evidente, quanto meno allo stato attuale e soprattutto nei settori non bibliometrici, come sia impossibile procedere in via totalmente automatizzata allo svolgimento di questa attività.

In secondo luogo, invece, il sorteggio fra i candidati dichiarati idonei a essere sorteggiati avviene, questo sì, in maniera totalmente automatizzata per il tramite di una procedura informatizzata. Procedura che deve essere validata *ex ante* da un Comitato tecnico a norma dell'art. 7 co.5 del DPR n. 95 del 2016.⁹⁴

⁹² Cineca è un Consorzio Interuniversitario senza scopo di lucro al servizio del sistema accademico nazionale. Nasce nel 1969 lo scopo di “promuovere l'utilizzo dei più avanzati sistemi di elaborazione dell'informazione a favore della ricerca scientifica e tecnologica, pubblica e privata”.

⁹³ «[...] Entro quaranta giorni dalla ricezione della lista, l'ANVUR accerta il rispetto dei requisiti stabiliti dal comma 1, lettera c). I valori degli indicatori attribuiti a ciascun aspirante commissario sono calcolati esclusivamente sulla base dei codici identificativi delle pubblicazioni scientifiche riportati nella domanda, secondo il modello allegato al bando commissari. Non saranno prese in considerazione le pubblicazioni prive dei codici identificativi corretti. Se l'ANVUR reputa che dal curriculum e dalla documentazione acclusi alla domanda non risulti attestato il rispetto dei requisiti stabiliti dal comma 1, lettera c), ne informa per iscritto il Direttore generale, il quale comunica per via telematica all'interessato entro dieci giorni l'esclusione dalle liste per il sorteggio. Entro quindici giorni dal completamento degli accertamenti, il Direttore generale costituisce, per ciascun settore concorsuale, la lista prevista dall'articolo 6, comma 2, del Regolamento, con i nominativi dei professori ordinari che hanno presentato domanda per esservi inclusi».

⁹⁴ «Il sorteggio avviene tramite procedure informatizzate, preventivamente validate da un Comitato tecnico composto da non più di cinque membri, che opera a titolo gratuito ed è nominato con decreto del Ministro, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica. Del comitato fa parte obbligatoriamente un membro designato dalla CRUI e almeno uno designato dal CUN».

Nella prima fase della procedura, quella di dichiarazione di sorteggiabilità, possiamo dire che avvenga quanto descritto nel corso del par. 3.2.6, e che vi sia quindi un apporto strumentale da parte dei sistemi informatizzati che rendono in parte imprescindibile (si pensi ai settori non bibliometrici), in parte comunque possibile (settori bibliometrici), l'intervento dell'ufficio – inteso come funzionario persona fisica.

Una seconda considerazione che l'osservazione delle procedure dell'ANVUR mi permette di fare è relativa all'accREDITAMENTO dei corsi di dottorato.⁹⁵ Se si prendono come riferimento le Linee Guida del MIUR⁹⁶ per il XXXIII ciclo di dottorato, si può osservare come alcuni indicatori che devono essere rispettati affinché un determinato corso possa essere accreditato sono automatici: sono indicatori meramente quantitativi (si pensi al requisito A3, che impone la presenza di almeno 16 docenti compreso il Coordinatore, o al requisito A5, relativo al numero di borse di dottorato). Vi sono invece altri requisiti la cui valutazione necessita di un giudizio qualitativo: penso a quelli dettati alla lettera B, relativi alla formazione e alla ricerca, anche a carattere interdisciplinare. La valutazione del carattere interdisciplinare di un corso è ben diversa dal mero accertamento del numero di docenti parte del Collegio. Convivono dunque, nella stessa attività, valutazioni di carattere strettamente vincolato, che potremmo definire di mero accertamento, e attività che richiedono una valutazione ulteriore, caratterizzate da discrezionalità tecnica. È chiaro che l'accREDITAMENTO o meno del corso di dottorato non potrà essere condotto in maniera totalmente automatizzata, quanto meno con le tecnologie attualmente in uso alla Pubblica Amministrazione; ed è altrettanto chiaro che la netta distinzione fra attività vincolata, discrezionale e connotata da discrezionalità tecnica appare, come già sottolineato al par. 1 di questo capitolo, non solo di complessa tenuta teorica, ma anche non pienamente funzionale nella prassi. Saranno poche le attività in cui le valutazioni non risultino intrecciate, e questo rende l'automazione dell'intero procedimento, fino alla sua fase decisionale, ancora più complessa.

⁹⁵ «Nel 2013 è stato affidato all'ANVUR il compito di introdurre un sistema di indicatori definiti ex-ante per la verifica del possesso da parte degli atenei proponenti di idonei requisiti didattici, strutturali, organizzativi, di qualificazione dei docenti e delle attività di ricerca, nonché di sostenibilità economica-finanziaria».

⁹⁶ http://attiministeriali.miur.it/media/306521/nota_14_04_2017.pdf.

PARTE II

Capitolo I

Decisioni automatizzate e garanzie procedurali

SOMMARIO I. Per un divieto di ricorso alle decisioni automatizzate – II. Profili rilevanti per l'ammissibilità del ricorso all'automazione: l'esistenza di una base legale – 2.1 Il ruolo servente della tecnologia e la facoltà dell'intervento umano – 2.2 L'obbligo di motivazione degli atti amministrativi – 2.2.1 L'obbligo di motivazione nell'ordinamento italiano – 2.2.2 L'obbligo (o il non obbligo?) di motivazione nell'ordinamento francese – 2.2.3 Il ruolo della motivazione nell'ordinamento europeo – 2.2.4 L'obbligo di motivazione e l'automazione dell'attività amministrativa – 2.3 Istituti di partecipazione procedimentale – 2.3.1 La partecipazione al procedimento automatizzato – 2.3.2 La partecipazione nella fase di elaborazione dell'algoritmo: modelli di partecipazione nei processi decisionali per l'adozione di atti amministrativi generali

La prima parte di questo lavoro è servita a definire l'oggetto della ricerca e, soprattutto, a ricostruire il quadro normativo e concettuale di riferimento. In questa seconda parte del lavoro l'obiettivo è quello di analizzare le maggiori criticità che il ricorso pone il ricorso all'automazione decisionale da parte dell'amministrazione

pubblica. L'obiettivo di questo primo capitolo è quello di valutare se l'utilizzo di algoritmi decisionali nel settore pubblico è legittimo e compatibile con l'assetto di garanzie procedurali, e quali sono le condizioni affinché questo sia possibile.¹

Nella prima sezione ci si chiederà se l'utilizzo dell'automazione decisionale sia talmente rischioso per la salvaguardia delle garanzie procedurali da non poter essere ammesso. La seconda sezione si concentrerà invece sui principi-guida che dovrebbero regolare il ricorso all'automazione (par. 2.1) e sui profili più complessi nel rapporto fra procedimento amministrativo e automazione, vale a dire la motivazione (par. 2.2 e ss.) e gli istituti di partecipazione (par. 2.3 e ss.).

¹ Sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 8 aprile 2019 n. 2270: «Questa regola algoritmica, quindi, possiede una piena valenza giuridica e amministrativa, anche se viene declinata in forma matematica, e come tale, come si è detto, *deve soggiacere ai principi generali dell'attività amministrativa, quali quelli di pubblicità e trasparenza (art. 1 l. 241/90), di ragionevolezza, di proporzionalità, etc.*».

SEZIONE I

Per un divieto di ricorso alle decisioni automatizzate

Dal momento che il ricorso agli algoritmi nel settore pubblico solleva una cospicua quantità di problemi, una prima, radicale, ipotesi di soluzione potrebbe essere quella di vietarvi il ricorso *tout court*, senza fare nessuna distinzione fra attività discrezionale o vincolata, né tanto meno fra tipologie di algoritmi utilizzati. Del resto, anche il Regolamento 2016/679 pone, all'art. 22, un divieto di ricorso alle decisioni automatizzate che incidano sulla sfera giuridica di un soggetto («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»).

In realtà, come è stato osservato,² le eccezioni al divieto sono così numerose e così estese che il divieto stesso si trova a essere, di fatto, ineffettivo, soprattutto nelle

² «Il GDPR prevede espressamente al riguardo, al suo art. 22, che “L'interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato (...) che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona”. Tuttavia, questo non vale per quanto riguarda “i trattamenti che risultino necessari per l'esecuzione di un compito svolto nel pubblico interesse oppure nell'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento, ovvero per i legittimi interessi di un titolare del trattamento o di terzi”. Infatti, ai sensi del successivo art. 23, l'applicazione di questo diritto può essere limitata sia da norme di diritto UE che da norme di diritto nazionale “qualora tale limitazione rispetti l'essenza dei diritti e delle libertà fondamentali e sia una misura necessaria e proporzionata in una società democratica per salvaguardare” tutta una serie di interessi pubblici elencati nel proseguito dell'articolo; e che, di fatto, ha un'ampiezza tale da potere esaurire, o quasi, l'ambito dei compiti svolti dalle Amministrazioni Pubbliche. Sicché, può trarsene di fatto la conclusione che, ai sensi del GDPR, i trattamenti automatizzati da parte di amministrazioni pubbliche sono ammissibili sempre: purché siano basati su specifiche previsioni normative (principio di legalità) e purché rispettino il principio di proporzionalità, inteso nei termini classici di idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto del trattamento rispetto alla tutela dell'interesse pubblico in concreto perseguito dal titolare del trattamento». D.-U. GALETTA et J.G. CORVALAN, «Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto», *federalismi.it*, 2019, p. 17.

circostanze in cui il titolare del trattamento sia una Pubblica Amministrazione, in ragione delle eccezioni sancite all'art. 23.³

Anche se non è possibile fondare un divieto generalizzato di utilizzo di algoritmi decisionali sull'art. 22 del Regolamento 2016/679, vi è comunque una parte della dottrina e della giurisprudenza che ritiene che l'Amministrazione non debba legittimamente farvi ricorso, dal momento che automazione e giusto procedimento sono inevitabilmente inconciliabili.⁴

Significativa è, in questo senso, una recente sentenza del Tar del Lazio:

«Ritiene la Sezione che alcuna complicatezza o ampiezza, in termini di numero di soggetti coinvolti ed ambiti territoriali interessati, di una procedura amministrativa, può legittimare la 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, specie ove sfociante in atti provvedimenti incisivi di posizioni giuridiche soggettive di soggetti privati e di conseguenziali ovvie ricadute anche sugli apparati e gli assetti della pubblica amministrazione. *Un algoritmo, quantunque, preimpostato in guisa da tener conto di posizioni personali, di titoli e punteggi, giammai può assicurare la salvaguardia delle guarentigie procedurali che gli artt. 2, 6,7,8,9,10 della legge 7.8.1990 n. 241 hanno apprestato, tra l'altro in recepimento di un inveterato percorso giurisprudenziale e dottrinario*» (corsivo mio).⁵

³ Eccezioni che, come visto alla nota precedente, sono molto estese quando coinvolgono la tutela di un interesse pubblico.

⁴ Sul giusto procedimento si vedano, *ex multis*, V. CRISAFULLI, «Principio di legalità e giusto procedimento», *Giur. cost.*, I, 1962; G. ROEHRSEN, «Il giusto procedimento nel quadro dei principi costituzionali», *Dir. Proc. Amm.*, 1989.

⁵ Sentenza del Tar del Lazio, sez. 3-bis, 10 ottobre 2018 n. 9224.

In questo caso i giudici sottolineano come il problema non rimanga circoscritto alle ipotesi in cui l'attività da svolgere abbia carattere discrezionale,⁶ ma investa invece ogni tipo di decisione, per i limiti propri di tutte le procedure automatizzate, anche a prescindere dalla tipologia di algoritmo utilizzato o di attività svolta.⁷ I profili di illegittimità che i giudici evidenziano dipendono, infatti, dalla deformazione che il meccanismo decisionale automatizzato impone al tradizionale *iter* procedimentale. Come si è visto nel capitolo precedente, tale meccanismo modifica drasticamente i passaggi che consentono di giungere all'adozione del provvedimento: si pensi ad esempio al fatto che, in assenza della previsione di un parallelo procedimento tradizionale, *de facto*⁸ l'unico

⁶ Diversamente da quanto la stessa sez. sembrava aver sostenuto nella sentenza del 22 marzo 2017 n. 3769: «Si può agevolmente concordare in ordine alla circostanza che la predetta tipologia di atto informatico è giuridicamente ammissibile e legittimo quanto all'attività vincolata dell'amministrazione, atteso che l'attività vincolata è compatibile con la logica propria dell'elaboratore elettronico in quanto il software traduce gli elementi di fatto e i dati giuridici in linguaggio matematico dando vita a un ragionamento logico formalizzato che porta a una conclusione che, sulla base dei dati iniziali, è immutabile. Come è evidente, diversamente è a dirsi quanto all'attività discrezionale della pubblica amministrazione, nell'ambito della quale l'amministrazione ha la possibilità di scelta dei mezzi da utilizzare ai fini della realizzazione dei fini determinati dalla legge; al riguardo potrebbe ritenersi che, in realtà, l'ammissibilità dell'elaborazione elettronica dell'atto amministrativo non è legata alla natura discrezionale o vincolata dell'atto quanto invece essenzialmente alla possibilità, che tuttavia è scientifica e non invece giuridica, di ricostruzione dell'iter logico sulla base del quale l'atto stesso possa essere emanato per mezzo di procedure automatizzate quanto al relativo contenuto dispositivo».

⁷ Si veda la riflessione che fanno in questo senso D.-U. Galetta e J.G. Corvalán: «Il problema che si pone non è tanto un problema di correttezza o meno della decisione finale adottata dalla Pubblica Amministrazione [...] quanto, piuttosto, un problema di rispondenza del *modus decidendi* ai canoni del c.d. giusto procedimento. A parere di chi scrive, infatti, il fulcro della relazione tra cittadino e Pubblica Amministrazione non è rappresentato dalla decisione in sé, ma dal modo in cui questa giunge a formazione. È cioè il “modo di formazione” delle decisioni amministrative, ossia il procedimento, ad influenzare pesantemente, la c.d. “*Akzeptanz*”. Cosicché, come era stato anni orsono autorevolmente (ed assai condivisibilmente) osservato, la legalità procedurale viene a rappresentare un essenziale “... *crisma di legittimazione del potere autoritativo della pubblica amministrazione*”». D.-U. GALETTA et J.G. CORVALAN, «Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto», *op. cit.*, p. 18.

⁸ Si veda la sentenza del Tar Lazio, sez. III-bis del 27 giugno 2016, n. 80, con cui si è evidenziata «la manifesta irragionevolezza, ingiustizia ed irrazionalità di un sistema di presentazione delle domande di partecipazione ad un concorso che, a causa di meri malfunzionamenti tecnici, giunga ad esercitare

strumento possibile per opporsi a una decisione automatizzata è il ricorso in sede giurisdizionale. In questo modo rimane veramente poco degli istituti procedurali – come il c.d. preavviso di rigetto (ex art. 10-bis l. 241/90), o la possibilità di presentare memorie scritte –, la cui finalità è certo quella di ridurre il contenzioso davanti al giudice, ma soprattutto quella di garantire il privato che si relaziona con l'amministrazione. Si deve altresì ricordare che gli istituti in esame danno facoltà all'amministrazione di comporre meglio, tramite l'interlocazione col privato, l'assetto di interessi che il provvedimento mira a realizzare.

Nell'illustrare le ragioni per cui il ricorso all'automazione procedimentale dovrebbe essere escluso, la giurisprudenza ha osservato come esso:

«Non è conforme al vigente plesso normativo complessivo e ai dettami dell'art. 97 della Costituzione, ai principi ad esso sottesi, agli istituti di partecipazione procedimentale definiti agli artt. 7,8, 10 e 10 – bis della L. 7.8.1990, n. 241, all'obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi sancito dall'art. 3, stessa legge, al principio ineludibile dell'interlocazione personale intessuto nell'art. 6 della legge sul procedimento e a quello ad esso presupposto di istituzione della figura del responsabile del procedimento. [Non è conforme inoltre] affidare all'attivazione di meccanismi e sistemi informatici e al conseguente loro impersonale funzionamento, il dipanarsi di procedimenti amministrativi, sovente incidenti su interessi, se non diritti, di rilievo costituzionale, che invece postulano, onde approdare al corretto esito provvedimentale conclusivo, il disimpegno di attività istruttoria, acquisitiva di rappresentazioni di circostanze di fatto e situazioni personali degli interessati

impersonalmente attività amministrativa sostanziale, disponendo esclusioni de facto riconducibili a mere anomalie informatiche e che pro futuro ed in un'ottica conformativa del potere, l'Amministrazione debba predisporre, unitamente a strumenti telematici di semplificazione dei flussi documentali in caso di procedure concorsuali di massa, altresì procedure amministrative parallele di tipo tradizionale ed attivabili in via di emergenza, in caso di non corretto funzionamento dei sistemi informatici predisposti per il fisiologico inoltro della domanda». Nello stesso senso anche la sentenza del Tar Puglia, sez. I, del 7 luglio 2016 n. 896.

destinatari del provvedimento finale, attività, talora ponderativa e comparativa di interessi e conseguentemente necessariamente motivazionale, che solo l'opera e l'attività dianoetica dell'uomo può svolgere».⁹

Agli occhi dei giudici, dunque, le decisioni automatizzate violano l'art. 97 della Costituzione, nonché gli artt. della l. 241/90 che regolano gli istituti di partecipazione procedimentale, l'obbligo di motivazione e la necessaria interlocuzione personale. È proprio da questi istituti che si deve partire se si vuole costruire un apparato di regole che, ove rispettate, consentano il ricorso agli algoritmi nelle decisioni pubbliche.

Quella che è stata appena delineata sembra essere la direzione verso la quale si indirizza parte della dottrina e della giurisprudenza:¹⁰ in qualche modo si pone come posizione intermedia fra coloro che, come si è appena visto, ritengono l'automazione decisionale incompatibile con le tradizionali garanzie procedimentali e coloro che ne ammettono invece l'uso, senza porre nessun limite o alcuna condizione.

Un orientamento intermedio come quello delineato sembra preferibile anche perché – come si è già osservato nel corso del capitolo precedente – per alcuni tipi di procedimenti (quelli che portano all'emanazione di provvedimenti che potrebbero dirsi *routinari*), i vantaggi in termini di efficienza dell'azione amministrativa sembrano notevoli.¹¹ Questo orientamento appare condiviso anche dal Consiglio di Stato, che in una

⁹ Sentenza del Tar del Lazio, sez. 3-bis, 10 ottobre 2018 n. 9224.

¹⁰ Emblematica è, in questo senso, la decisione del Conseil Constitutionnel n. 2018-765 DC del 12 giugno 2018, dove i giudici non negano in assoluto la possibilità di ricorrere agli algoritmi nelle decisioni pubbliche, ma pongono come condizione che non si utilizzino algoritmi di AI senza che vi sia il controllo e l'approvazione del soggetto responsabile: «Il en résulte que ne peuvent être utilisés, comme fondement exclusif d'une décision administrative individuelle, des algorithmes susceptibles de réviser eux-mêmes les règles qu'ils appliquent, sans le contrôle et la validation du responsable du traitement».

¹¹ È interessante richiamare anche in questa sede, come già nel corso del capitolo I (par. 2.1.1) della prima parte di questo lavoro la l. del 7 luglio 2015 n. 124, con il quale il Parlamento delegava il Governo ad apportare delle modifiche al Codice dell'Amministrazione Digitale, dove all'art. 1, co. 1 lett. b si legge che «[l'obiettivo è] Ridefinire e semplificare i procedimenti amministrativi, *in relazione alle esigenze di celerità, certezza dei tempi* e trasparenza nei confronti dei cittadini e delle imprese, mediante una disciplina basata sulla loro digitalizzazione e per la piena realizzazione del principio “innanzitutto digitale” (*digital first*), nonché l'organizzazione e le procedure interne a ciascuna amministrazione».

recente sentenza ha osservato come il ricorso agli algoritmi decisionali possa essere ammesso ad alcune condizioni:

«esso è, invero, conforme ai canoni di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa (art. 1 l. 241/90), i quali, secondo il principio costituzionale di buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.), impongono all'amministrazione il conseguimento dei propri fini con il minor dispendio di mezzi e risorse e attraverso lo snellimento e l'accelerazione dell'iter procedimentale. Per questa ragione, in tali casi – ivi compreso quello di specie, relativo ad una procedura di assegnazione di sedi in base a criteri oggettivi – l'utilizzo di una procedura informatica che conduca direttamente alla decisione finale non deve essere stigmatizzata, ma anzi, in linea di massima, incoraggiata: essa comporta infatti numerosi vantaggi quali, ad esempio, la notevole riduzione della tempistica procedimentale per operazioni meramente ripetitive e prive di discrezionalità, l'esclusione di interferenze dovute a negligenza (o peggio dolo) del funzionario (essere umano) e la conseguente maggior garanzia di imparzialità della decisione automatizzata. In altre parole, l'assenza di intervento umano in un'attività di mera classificazione automatica di istanze numerose, secondo regole predeterminate (che sono, queste sì, elaborate dall'uomo), e l'affidamento di tale attività a un efficiente elaboratore elettronico appaiono come doverose declinazioni dell'art. 97 Cost. coerenti con l'attuale evoluzione tecnologica».¹²

Nei paragrafi che seguono si considereranno singolarmente gli istituti procedimentali che paiono più problematici (come la necessaria interlocuzione umana e il ruolo del responsabile del procedimento, l'obbligo di motivazione, la partecipazione del privato), e si cercherà di tracciare una linea di confine fra ciò che è ammissibile – nonché vantaggioso, come sottolineato nella sentenza del Consiglio di Stato appena ricordata –, e che può con le dovute precisazioni essere reso compatibile con l'attuale assetto

¹² Sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 8 aprile 2019 n. 2270.

normativo, e ciò che invece resta, in presenza appunto di tale assetto, difficilmente qualificabile come legittimo.

SEZIONE II

Profili rilevanti per l'ammissibilità del ricorso all'automazione: l'esistenza di una base legale

Si è detto che, a norma dell'art. 22 del Regolamento, è ammesso il ricorso all'automazione decisionale in presenza di alcune condizioni – piuttosto estese –, fra cui, innanzi tutto, la sussistenza di una base legale che lo autorizzi.¹³ È indubbio che l'uso di un algoritmo decisionale non autorizza l'amministrazione a porre in essere un provvedimento amministrativo senza che il potere le sia stato attribuito dalla legge; è invece necessario chiarire se anche la decisione di adottarlo per il tramite di una procedura informatizzata debba essere prevista dalla legge (o da un altro atto normativo, anche secondario).

La questione può essere affrontata in diversi modi: innanzitutto tramite un approccio di tipo sistematico che prescindendo dai casi singoli. Come si è già visto al par. 2.2 del capitolo II nella prima parte di questo lavoro, la dottrina, fin dai primi studi sull'automazione,¹⁴ ha fondato il potere di ricorrervi sulla potestà autorganizzatoria della Pubblica Amministrazione; dello stesso avviso sembra essere anche il Ministero della Funzione Pubblica, che nella direttiva del 24 aprile 2018 n. 3 sottolinea come «La scelta del modello concorsuale deve tenere conto del livello e dell'ambito di competenza richiesto per la professionalità da reclutare, nonché della *necessità di definire procedure*

¹³ La stessa considerazione sembrerebbe potersi estendere anche all'ordinamento francese, dato quanto sostenuto dal Conseil constitutionnel nella decisione sulla *Loi relative à la protection des données personnelles* (il cui fine era quello di adeguare la legislazione nazionale al Regolamento 2016/679): «Toutefois, en premier lieu, ces dispositions se bornent à autoriser l'administration à procéder à l'appréciation individuelle de la situation de l'administré, par le seul truchement d'un algorithme, en fonction des règles et critères définis à l'avance par le responsable du traitement. Elles n'ont ni pour objet ni pour effet d'autoriser l'administration à adopter des décisions sans base légale, ni à appliquer d'autres règles que celles du droit en vigueur. Il n'en résulte dès lors aucun abandon de compétence du pouvoir réglementaire». Conseil Constitutionnel Décision n° 2018-765 DC du 12 juin 2018.

¹⁴ Si fa riferimento, *ex multis*, a A. MASUCCI, *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie*, op. cit.

*efficaci e celeri che possano svolgersi anche con l'ausilio di sistemi automatizzati, diretti anche a realizzare forme di preselezione».*¹⁵

Non andrà poi trascurato il fatto che anche l'unico riferimento agli strumenti tecnologici nella legge sul procedimento amministrativo è assai vago: l'art. 3-bis si limita a far riferimento all'uso della telematica e a incentivarla nei rapporti fra amministrazioni e coi privati, senza però introdurre alcuna specifica sulle condizioni di ammissibilità («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»).

Dal punto di vista sistematico, non esiste nel nostro ordinamento una norma che sancisca la necessità di una base legale che autorizzi la singola amministrazione a automatizzare i suoi procedimenti, che si tratti dell'intero *iter* o piuttosto di una singola parte. Anche il Consiglio di Stato, nel primo parere sulla bozza del Codice dell'Amministrazione Digitale, aveva sottolineato come fosse problematica l'assenza, nel nuovo codice, di norme che andassero a integrare le nuove regole con la disciplina del procedimento:

«Ciò rende ancora più problematica una delle questioni di fondo della materia in esame: quella dei rapporti tra procedimento amministrativo e disciplina della “digitalizzazione”, che il codice risolve - alquanto sommariamente - assorbendo in sé parti della disciplina, senza modificare (o limitandosi ad abrogare) la disciplina “amministrativa” delle stesse procedure. [...] Vi è la necessità di accompagnare alle enunciazioni di principio norme direttamente precettive, che non rimettano l'attuazione di tali principi esclusivamente alla volontà (mutevole per definizione) di attuarle da parte delle singole amministrazioni. Come rilevato dalla migliore dottrina, la presenza di nuovi mezzi di svolgimento dell'attività amministrativa impone, quando le innovazioni lo consentono, il compimento di operazioni di adattamento dei vecchi istituti alle nuove situazioni (si ricordi l'insegnamento di “interrogare

¹⁵ Direttiva del Ministero della Funzione Pubblica del 24 aprile 2018 n. 3 sulle procedure concorsuali. Sul punto si veda anche quanto osservato da G. AVANZINI, *Decisioni algoritmiche e algoritmi informatici: predeterminazione, analisi predittiva e nuove forme di intellegibilità*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019.

i nuovi ordinamenti adoperando gli antichi istituti e modificandoli, quando necessario”».¹⁶

Quando si analizzano più da vicino le singole ipotesi, si colgono agevolmente le conseguenze di questa assenza di regolazione precisa. In alcune fattispecie il ricorso all’automazione è espressamente contenuto in una fonte – anche secondaria –,¹⁷ mentre in altre la scelta di ricorrervi non viene neppure resa nota. E questo si verifica non solo quando si tratti di procedimento completamente automatizzato, ma anche, e forse soprattutto, nei casi in cui l’utilizzo di meccanismi di automazione non sostituisce l’intero procedimento ma solo una sua fase.¹⁸

Era già davvero difficile sostenere che per il cittadino fosse irrilevante essere destinatario di un provvedimento automatizzato o invece tradizionale, ma, di fronte a tecnologie sempre più complesse, emerge in maniera evidente che per il cittadino la scelta è foriera di conseguenze davvero rilevanti. In quest’ottica, appare arduo argomentare in favore di una completa autonomia di scelta da parte del potere pubblico in merito al ricorso a procedure informatizzate – e per quale tipo di procedimento –, senza che nessuna indicazione venga data dal Legislatore, quanto meno sui provvedimenti per i quali l’automazione dovrebbe essere inammissibile.

¹⁶ Parere del Consiglio di Stato del 7 febbraio 2005 n.11995. Sul punto si vedano anche N. PAOLANTONIO, A. POLICE e A. ZITO, *La pubblica amministrazione e la sua azione: saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalla leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Torino, Giappichelli, 2006. p. 82 e F. CARDARELLI, *L’uso della telematica, commento all’art. 3-bis della l. 241/90*, in M.A. SANDULLI, *Codice dell’azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2017.

¹⁷ Si pensi al già citato esempio dell’accertamento automatico di alcune tipologie di infrazioni per eccesso di velocità a norma degli artt. 200-201 del D.lgs. 30 aprile 1992, n. 285 (Codice della Strada) si veda a titolo esemplificativo l’art. 201 co. 1-quater: «In occasione della rilevazione delle violazioni di cui al comma 1-bis, lettera g-bis), *non è necessaria la presenza degli organi di polizia stradale qualora l’accertamento avvenga mediante dispositivi o apparecchiature che sono stati omologati ovvero approvati per il funzionamento in modo completamente automatico*» (corsivo mio).

¹⁸ Si pensi quanto detto nel corso del capitolo precedente sulla procedura di selezione dei commissari per l’Abilitazione Scientifica Nazionale da parte dell’Anvur.

2.1 Il ruolo servente della tecnologia e la facoltà dell'intervento umano

Il punto di partenza di questa riflessione, apparentemente, è quasi scontato, ma richiede invece una qualche considerazione: qualsiasi strumento tecnologico deve mantenere un ruolo servente rispetto all'attività da svolgere, che resta appannaggio dell'essere umano.¹⁹

A mio avviso, il primo strumento che consente che ciò avvenga nello svolgimento dell'attività procedimentale è la supervisione della procedura automatizzata da parte di un funzionario persona fisica. Tale supervisione può assumere caratteristiche diverse a seconda del tipo di tecnologia utilizzata: in caso di procedimento completamente automatizzato (si pensi alle ipotesi di attività ripetitive più volte ricordate), si tratterà di un controllo esterno; a fronte invece di attività più complesse, l'algoritmo tendenzialmente coadiuverà l'attività istruttoria, ma l'attività decisoria resterà appannaggio del funzionario.²⁰ Dello stesso avviso sembra essere anche la giurisprudenza italiana, che ha sottolineato come:

¹⁹ Sul punto si vedano il Rapport della Commission nationale informatique et libertes «Comment permettre à l'Homme de garder la main? Rapport sur les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle», 2017, ma anche A. CARLEO, *La decisione robotica*, Bologna, Il Mulino, 2019; D. BOURCIER, *La décision artificielle: le droit, la machine et l'humain*, Les voies du droit, Paris, Presses universitaires de France, 1995.

²⁰ Si veda in questo senso quanto osservato da D.-U. Galetta e J.C. Corvalán: «Se vi sono, infatti, una serie di principi generali che possono (e debbono) essere utilmente applicati per accompagnare il passaggio alla c.d. Pubblica Amministrazione 4.0 - e di cui si dirà nel proseguo - il primo e più importante principio generale è quello che, allorquando si applichino processi di automatizzazione nel contesto del settore pubblico, deve sempre essere garantita la supervisione dei risultati da parte di un "funzionario persona fisica". A parere di chi scrive non è cioè immaginabile sostituire con un algoritmo la figura del funzionario responsabile del procedimento: piuttosto, è viceversa certamente possibile immaginare che il funzionario responsabile del procedimento si serva utilmente dell'Intelligenza Artificiale per potere svolgere più rapidamente, e con maggiore precisione, attività della fase istruttoria delle quali resta, ovviamente, il responsabile: sia in termini di verifica dei risultati della stessa, sia in termini di collegamento fra le risultanze della fase istruttoria e l'adozione della decisione finale che confluisce nel provvedimento conclusivo del procedimento». D.-U. GALETTA et J.G. CORVALAN, «Intelligenza Artificiale per una

«Le procedure informatiche, finanche ove pervengano al loro maggior grado di precisione e addirittura alla perfezione, non possano mai soppiantare, sostituendola davvero appieno, l'attività cognitiva, acquisitiva e di giudizio che solo un'istruttoria affidata ad un funzionario persona fisica è in grado di svolgere e che pertanto, al fine di assicurare l'osservanza degli istituti di partecipazione, di interlocuzione procedimentale, di acquisizione degli apporti collaborativi del privato e degli interessi coinvolti nel procedimento, deve seguitare ad essere il dominus del procedimento stesso, all'uopo dominando le stesse procedure informatiche predisposte in funzione servente e alle quali va dunque riservato tutt'oggi un ruolo strumentale e meramente ausiliario in seno al procedimento amministrativo e giammai dominante o surrogatorio dell'attività dell'uomo».²¹

Del resto, anche il Conseil d'État e il Conseil constitutionnel sembrano essere di avviso simile, dato che hanno indicato proprio la garanzia dell'intervento umano come condizione necessaria perché il ricorso agli algoritmi nella sfera pubblica sia legittimo.²²

Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto», *federalismi.it*, febbraio 2019, p. 19.

²¹ Sentenza del Tar del Lazio, sez. 3-bis, 10 ottobre 2018 n. 9224.

²² «L'encadrement de l'utilisation des algorithmes est un domaine nouveau pour les pouvoirs publics, mais devenu nécessaire en raison du rôle grandissant de ces mécanismes et des risques qu'ils présentent pour l'exercice des libertés. L'étude du Conseil d'État préconise trois méthodes d'encadrement: assurer l'inevitabilité de l'intervention humaine dans la prise de décision au moyen d'algorithmes». Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux, étude annuelle, 2014*, Doc. fr. p. 237.

«Le responsable du traitement doit s'assurer de la maîtrise du traitement algorithmique et de ses évolutions afin de pouvoir expliquer, en détail et sous une forme intelligible, à la personne concernée la manière dont le traitement a été mis en œuvre à son égard. Il en résulte que ne peuvent être utilisés, comme fondement exclusif d'une décision administrative individuelle, des algorithmes susceptibles de réviser eux-mêmes les règles qu'ils appliquent, sans le contrôle et la validation du responsable du traitement.». Conseil Constitutionnel Décision n. 2018-765 DC du 12 juin 2018.

Si veda sul punto anche É. UNTERMAIER-KERLÉO, « Les nouveaux visages de la décision administrative : d'une administration assistée à une administration automatisée », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, 2018, vol. 50, p. 2339 e ss.

Anche la Commission national informatique et libertés (CNIL) nel suo *Rapport* del 2017 si sofferma sulla necessità di garantire l'intervento umano, ma in risposta a quanto osservato dal Conseil d'État propone una osservazione abbastanza importante: con il crescere del ricorso a strumenti di automazione (dato lo sviluppo di sistemi di AI), la garanzia di un intervento umano per ciascuna procedura potrebbe risultare complessa e controproducente. La Commission si sofferma, di conseguenza, su alcune ipotesi alternative meno gravose, e suggerisce che una delle regole che dovrebbero governare l'uso degli algoritmi nella sfera pubblica sia l'*obligation de vigilance*, l'obbligo di vigilanza. La tesi è che gli strumenti a tutela del corretto uso degli algoritmi non si sostanzino solo nell'apparato di garanzie attribuite al cittadino, ma anche negli strumenti dati alla collettività nel suo insieme.²³ Nel paragrafo conclusivo di questo capitolo ci si soffermerà proprio sui modi di partecipazione *uti cives* al procedimento di adozione dell'algoritmo.

Alla luce di queste recenti riflessioni, appare quindi in parte superata la dottrina tedesca che, a dire il vero per forme di procedimenti automatizzati piuttosto elementari, riteneva possibile non individuare nemmeno un funzionario responsabile del procedimento.²⁴

In Italia già il D. Lgs. n. 39 del 1993 all'art. 3 richiedeva che, nei provvedimenti a elaborazione elettronica, fosse indicato il nome del funzionario responsabile di immissione, riproduzione e emanazione.²⁵ Ovviamente i singoli atti automatizzati (a

²³ En effet, quand l'automatisation a pour fonction d'optimiser et d'accélérer un processus en remplaçant l'homme, une intervention humaine réellement effective pour chaque décision risque d'être dissuasive. On pourrait en fait poser ainsi la question : comment faire assurer par des machines des tâches auparavant accomplies par l'intelligence humaine (c'est la définition de l'IA) sans évacuer l'homme ? Une façon d'y répondre consiste à avancer que l'on pourrait envisager l'effectivité de l'intervention humaine autrement qu'à l'échelle de chaque décision individuelle. On pourrait, par exemple, assurer que des formes de délibération humaine et contradictoire encadrent et accompagnent l'utilisation des algorithmes en examinant et en interrogeant le paramétrage mais aussi tous les effets – directs et indirects – du système
Rapport de la Commission national informatique et libertés, *Comment permettre à l'Homme de garder la main ? Rapport sur les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle*, 2017, p. 52.

²⁴ Si veda A. VON MUTIUS, «Zu den Formenerfordernissen automatisierten Verwaltungsentscheidungen», *Verwaltungsarchiv*, 1976.

²⁵ Sul ruolo del funzionario responsabile del procedimento si vedano, *ex multis*, M. OCCHIENA, *Il "nuovo" responsabile del procedimento, la responsabilità dei dirigenti pubblici e il labile confine tra la politica e*

valle) possono essere adottati anche a distanza di tempo rispetto all'atto (a monte) di adozione del software e, come si è visto nel capitolo precedente, anche da amministrazioni differenti: difficilmente quindi i due responsabili del procedimento persone fisiche coincideranno.

La riflessione sul ruolo del responsabile del procedimento non si esaurisce in un richiamo alla sua centralità, ma apre una serie di questioni sul rapporto fra automazione e organizzazione degli uffici sulle quali purtroppo, per ragioni di spazio e pertinenza, non ci si può soffermare.

Senza alcuna pretesa di esaustività, bisogna almeno osservare come vi sia il rischio, paventato anche da Coglianese e Lehr, che i funzionari responsabili non abbiano contezza delle decisioni che – anche in termini di elaborazione dell'algoritmo prima e di programmazione del software poi – sono state assunte, e delle quali sono chiamati a rispondere. Questo accade soprattutto perché coloro che programmano gli algoritmi tendenzialmente sono soggetti esterni all'amministrazione o, se interni, difficilmente vi rivestono funzioni apicali.²⁶

l'amministrazione, in *Verso un'amministrazione responsabile*, Milano, Giuffrè, 2005, 245 ss.; S. USAI, *Il responsabile del procedimento amministrativo*, Sant'Arcangelo di Romagna, Maggioli, 2014; S. TARULLO, «Il responsabile del procedimento amministrativo: evoluzione storica e prospettive della figura», *GiustAmm.*, 2014; A. ZITO, *I compiti del responsabile del procedimento*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE e A. ZITO, *La pubblica amministrazione e la sua azione: saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalla leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Torino, Giappichelli, 2006.

²⁶ «Courts should give more deference when an agency head makes the key decision than when decisions are made by subordinate officials. The courts have not embraced such a graduated approach, but its suggestion should prompt agency officials to consider how machine learning may affect the locus of decision making inside their agencies. When rules are intimately tied to the outputs of an algorithm, the programming of that algorithm will be a consequential task—one that presumably should not be assigned exclusively to a lower level analyst, as traditional statistical analyses may be today. Assigning responsibility to lower-level analysts without adequate input and oversight could run the risk that higher-level officials—those who are more directly accountable to the political branches of government and to the public—will not fully understand critical details about an already ostensibly opaque rulemaking process. Perhaps worse, the lower-level analysts could make choices about an algorithm's specifications and tuning without realizing potentially far-reaching impacts of their decisions. For these reasons, agencies should be mindful of who within an agency actually wields algorithm-specifying power and how well high-level officials understand the methods of regulating by robot or adjudicating by algorithm». C. COGLIANESE et d. LEHR,

Non è molto lontano, in fondo, da quanto è sempre accaduto nelle relazioni interorganiche,²⁷ ma i soggetti sono diversi. Storicamente, i singoli funzionari conservavano, dal punto di vista operativo, un margine di discrezionalità anche nei procedimenti in cui la maggioranza degli elementi erano predeterminati (si pensi, per esempio, a un funzionario che, nonostante il termine per consegnare una domanda sia passato da alcuni minuti, decida di accettarla comunque); attualmente questo margine è totalmente assente quando la procedura è automatizzata. Un certo margine di decisione si è però spostato in capo a coloro che programmano il software: come si è, infatti, visto nel corso del secondo capitolo della prima parte di questo lavoro, nel passaggio dal linguaggio naturale a quello informatico quasi nessuna scelta è completamente neutra, data la naturale indeterminatezza del primo dei due, e l'assenza di precisione con cui le norme in linguaggio naturale possono essere formulate.²⁸

Ecco allora che il programmatore sarà chiamato a compiere delle scelte (per esempio, facendo riferimento alla nota 23, includere anche gli allievi di un corso di dottorato alla categoria studenti) che tradizionalmente sarebbero spettate ai singoli funzionari.²⁹ Per questa ragione il funzionario responsabile deve essere messo nelle

«Regulating by robot: administrative decision making in the machine-learning era», *The Georgetown law journal*, vol. 105, p. 85.

²⁷ G. DI GASPARE, «Organizzazione amministrativa», *Dig. pubbl.*, 1995; G. VESPERINI, *L'organizzazione*, in S. CASSESE (a cura di) *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012.

²⁸ Si pensi anche solo alla formulazione di un parametro all'apparenza preciso, ad esempio l'età massima per poter aver accesso a un dato beneficio, nel caso di una riduzione in quanto studente, o in quanto giovane fino a 26 anni. È studente anche un soggetto iscritto a un corso di dottorato? Per 26 anni di intende il compimento o è compreso anche l'anno fino ai 27?

²⁹ «The system designers, legal policy staff, and IT experts in particular are to be regarded as the new equivalents of the former street-level bureaucrats. By this we mean that they are the persons whose choices can affect the practical implementation of a policy. These system-level bureaucrats have the discretionary power to convert legal frameworks into concrete algorithms, decision trees, and modules. They are constantly making choices—which definitions should be used, how should vague terms be defined, how are processes to be designed and interlinked? Therefore, just as the street-level bureaucrats were not in their time docile policy implementation robots, but policy makers themselves». M. BOVENS et S. ZOURIDIS, «From Street-Level to System-Level Bureaucracies: How Information and Communication Technology is Transforming Administrative Discretion and Constitutional Control», *Public Administration Review*, 2002, vol. 62, n.2, pp. 182.

condizioni di avere contezza delle scelte compiute, soprattutto se sarà chiamato a risponderne.³⁰

Insieme alla necessità dell'intervento umano, una parte della giurisprudenza italiana ha richiesto come requisito di ammissibilità per le procedure automatizzate (sempre con l'obiettivo di far conservare alla tecnologia un ruolo servente) che fosse predisposta dalle amministrazioni, accanto alla procedura digitale, anche una procedura tradizionale, che potesse operare in caso di malfunzionamento del sistema.³¹

Questa soluzione viene ipotizzata soprattutto per quei procedimenti in cui da un errore tecnico possa derivare la lesione di una posizione sostanziale (ad esempio in caso di impossibilità di presentazione di una domanda a fronte di un termine previsto a decadenza). Può essere utile ricorrere a un esempio: la Regione Campania, nel 2017, si è dotata di una piattaforma telematica (UMA.RGCA) attraverso la quale gli interessati richiedono ed ottengono l'assegnazione dei quantitativi di gasolio e benzina ad accisa ridotta da impiegare nei lavori agricoli. Nella fase iniziale di sperimentazione del sistema era stato consentito di presentare domanda in forma cartacea semplificata, con l'onere però di regolarizzare quanto prima la propria posizione anche telematicamente, per consentire al sistema di fare le necessarie verifiche.

Il Tar di Salerno ha riconosciuto come legittimo l'annullamento in autotutela dell'assegnazione del carburante a una azienda agricola dopo che questa aveva beneficiato correttamente delle agevolazioni per il tramite della sola presentazione cartacea, ma non aveva poi regolarizzato in via informatica la sua posizione. I giudici, in

³⁰ Questa necessaria partecipazione del funzionario può anche essere letta contestualmente a quanto osservato poco fa circa la sussistenza di un obbligo di vigilanza, che avrebbe anche il merito, secondo la CNIL, di ridurre il rischio di una percepita deresponsabilizzazione: «La promotion d'un principe d'"obligation de vigilance" pourrait être une façon d'aborder ce défi en prévoyant la prise en compte par les concepteurs et ceux qui déploient l'intelligence artificielle de cette caractéristique inédite. Par ailleurs, ce principe d'obligation de vigilance viserait aussi à contrebalancer le phénomène de confiance excessive et de déresponsabilisation dont on a vu qu'il était favorisé par le caractère de boîte noire des algorithmes et de l'IA». Rapport de la Commission national informatique et libertés, *Comment permettre à l'Homme de garder la main ? Rapport sur les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle*, op. cit. p.45.

³¹ Si vedano, in questo senso, le sentenze del Consiglio di Stato, sez. VI, 7 novembre 2017 n. 5136; Tar Puglia, 27 giugno 2016, n.806; Tar Lazio, sez. III-bis, 20 luglio 2016, n. 8312.

un passaggio argomentativo, sostengono che la procedura parallela tradizionale non debba essere prevista regolarmente, ma solo in quelle circostanze in cui vi sia il rischio che il sistema non funzioni correttamente, quindi solo in via sussidiaria.³² Questa soluzione (in cui rimane possibile azionare in via residuale un *iter* procedimentale tradizionale) sembra coerente sia con il principio del *digital first* a cui si è più volte fatto riferimento, sia con la necessità che questo non si traduca in una *deminutio* di garanzie per il privato.

2.2 L'obbligo di motivazione degli atti amministrativi

Per comprendere se e in che misura l'automazione delle decisioni sia compatibile con l'obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi,³³ è necessario procedere a un'analisi che si sviluppi con molta cautela. In primo luogo, bisogna capire su cosa si fonda l'obbligo di motivazione e quale tipo di attività coinvolga, senza perdere di vista, in prospettiva comparatistica, il fatto che nell'ordinamento italiano e francese il dovere è diversamente concepito. Il quadro si complica ulteriormente quando si rifletta sul fatto che il software stesso, come si è visto nel corso del capitolo precedente (par. 2.3), secondo una parte della dottrina è inquadrabile come un atto amministrativo generale: nel nostro ordinamento, come prevede l'art. 11 della l. 241 del 1990, tali atti non sono soggetti

³² Sentenza del Tar Campania – Salerno, sez. II, del 6 dicembre 2018, n. 1757. Sul punto si veda anche G. AVANZINI, *Decisioni algoritmiche e algoritmi informatici: predeterminazione, analisi predittiva e nuove forme di intellegibilità*, op. cit. p. 89.

³³ L'obbligo di motivazione assume, a livello giuridico, connotati assai differenti, a seconda di dove esso venga sancito. La macro distinzione più rilevante è quella fra obbligo di motivazione degli atti giurisdizionali, riconosciuto dall'art. 111 della Costituzione (si veda sul punto V. DENTI, sub. Art. 111 Cost., in *La magistratura*, IV, in *Commentario alla Costituzione*, G. BRANCA, A. PIZZORUSSO, Bologna, Zanichelli, 1987) e la motivazione dei provvedimenti dell'amministrazione, oggetto di questo paragrafo. Va osservato fin da ora che, come si vedrà, la motivazione consente al giudice amministrativo di valutare l'iter logico del provvedimento posto in essere, la cui legittimità o meno andrà poi anch'essa motivata con atto giurisdizionale.

all'obbligo di motivazione, come non lo sono gli atti normativi né primari né secondari. Diverso è invece quanto previsto dall'ordinamento francese (come si dirà meglio al par. 2.3.2), e il fatto ha delle importanti conseguenze, soprattutto se l'obiettivo è quello di trovare soluzioni che rendano l'automazione delle decisioni amministrative compatibile col nostro sistema di garanzie.

Si pongono quindi due problemi diversi: in primo luogo il rapporto fra il provvedimento amministrativo automatizzato e l'obbligo di motivazione; a seguire la, eventuale, motivazione del software al momento della sua adozione, a seconda ovviamente della qualificazione che gli si attribuisce.

Si può avanzare subito una considerazione di carattere generale: come osserva Giannini,³⁴ la complessità degli studi sulla motivazione è imputabile innanzitutto al fatto che non vi sia, di fondo, un accordo su cosa debba intendersi per motivazione di provvedimento, quanto meno quando si parla di motivazione in "senso stretto". Ci si domanda, per esempio, se essa debba ricomprendere anche gli elementi di fatto su cui si fonda il provvedimento, o se esista una differenza ben delineabile fra giustificazione e motivazione della decisione. Si può dire che l'indicazione dei fini, la giustificazione e la motivazione nella sua accezione più ristretta siano tutte parti che compongono la dichiarazione dell'atto programmatico, ad esclusione della mera manifestazione di volontà.

L'idea che gli atti del potere pubblico debbano essere motivati trae origine dalla giurisprudenza, che ha scalfito un po' alla volta il muro di segretezza dietro al quale si celava l'attività delle amministrazioni fino alla fine dell'Ottocento. Questo è soprattutto merito – come si vedrà meglio al par. 2.2.2 –, dalle decisioni del Conseil d'État: il sindacato giurisdizionale sull'attività amministrativa trovava nella motivazione il suo principale elemento di indagine.

La *ratio* dell'esistenza di un obbligo di motivazione è poi andata ampliandosi e attualmente le vengono attribuite tre funzioni, coesistenti, seppure con alterne fortune: che essa permetta di interpretare l'atto amministrativo; che sia, come appena detto, oggetto di indagine necessario in sede di sindacato giurisdizionale; e che sia – secondo

³⁴ M.S. GIANNINI, «Motivazione dell'atto amministrativo», in *Enciclopedia del Diritto*, XV, Giuffrè, 2000.

una più moderna ricostruzione – strumento di garanzia per il privato cittadino che si relaziona con l'amministrazione.

2.2.1 L'obbligo di motivazione nell'ordinamento italiano

Gli studi sulla motivazione nel nostro ordinamento sono numerosi, e vanno di pari passo con l'evoluzione del diritto amministrativo.³⁵ Questo perché l'istituto pone questioni di duraturo e notevole interesse; si tratta talvolta di questioni "classiche", relative per esempio all'esercizio del potere discrezionale, ai profili di responsabilità nell'adozione dell'atto, ai rapporti fra cittadini e amministrazione, o al sindacato giurisdizionale e alla sua estensione; in altri casi, invece, si affacciano problematiche nuove, come si verifica ogni volta che, come in questo caso, l'attività amministrativa si trova a confrontarsi con meccanismi e realtà che ne mettono, quanto meno in apparenza, in discussione i principi.

Si può in estrema sintesi e senza alcuna pretesa di esaustività, provare a tratteggiare gli elementi salienti della motivazione: essa è sancita dall'art. 3 della l. 241/90,³⁶ che non ne dà però una definizione (cosa che, del resto, non fanno neanche le

³⁵ Si vedano, *ex multis*, A. ROMANO-TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, Giuffrè, 1987; G. BERGONZINI, «Difetto di motivazione del provvedimento amministrativo ed eccesso di potere», *Diritto Amministrativo*, 2000, p. 181 e ss.; M.S. GIANNINI, «Motivazione dell'atto amministrativo», *op. cit.*; B.G. MATTARELLA, *Motivazione*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2006. C.M. IACCARINO, *Studi sulla motivazione: (con speciale riguardo agli atti amministrativi)*, Roma, Foro Italiano, 1933. A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Padova, CEDAM, 2013; M. CHIAPPETTA, *L'obbligo di motivazione*, in G. PASQUINI et A. SANDULLI (a cura di), *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, Giuffrè, 2001; R. JUSO, *Motivi e motivazione nel provvedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1963.

³⁶ «1. Ogni provvedimento amministrativo, compresi quelli concernenti l'organizzazione amministrativa, lo svolgimento dei pubblici concorsi ed il personale, deve essere motivato, salvo che nelle ipotesi previste dal comma 2. La motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria.
2. La motivazione non è richiesta per gli atti normativi e per quelli a contenuto generale.

norme francesi e quelle europee, di cui si dirà in seguito); si limita a indicare quali sono gli elementi che imprescindibilmente devono costituirle e per quali atti non sia prevista.³⁷

Per quanto concerne il suo fondamento costituzionale, l'obbligo non trova una copertura diretta nella Carta, nonostante fosse stato proposto in sede di Assemblea costituente in parallelo con quanto previsto, all'art. 111, per la motivazione delle sentenze.³⁸ Diverse sono, invece, le fonti costituzionali a cui fare riferimento, a seconda anche della funzione della motivazione a cui si vuole attribuire valore. Chi propende per un forte valore garantistico dell'obbligo di motivazione ritiene, anzitutto, che l'art. 3 sia una sorta di "norma d'azione"³⁹ che impone all'amministrazione procedente di ricostruire l'*iter* logico contestualmente all'attività procedimentale, e che questo avvenga al fine di garantire al destinatario del provvedimento imparzialità e trasparenza nel procedimento che lo vede coinvolto, in attuazione di quanto previsto all'art. 97 della Costituzione.⁴⁰

Pare inoltre doveroso il richiamo agli artt. 24 e 113 della Costituzione dato che, come si è visto, la funzione originaria (e che permane tutt'ora, anche se parzialmente ridimensionata) della motivazione era quella di consentire un più agevole sindacato giurisdizionale sulla decisione avverso la quale era stato presentato ricorso.⁴¹

3. Se le ragioni della decisione risultano da altro atto dell'amministrazione richiamato dalla decisione stessa, insieme alla comunicazione di quest'ultima deve essere indicato e reso disponibile, a norma della presente legge, anche l'atto cui essa si richiama.

4. In ogni atto notificato al destinatario devono essere indicati il termine e l'autorità cui è possibile ricorrere,»

³⁷ Pur non potendo procedere con un'analisi dettagliata dell'istituto, si rende però necessario operare un *distinguo*, non sempre semplice da cogliere nella prassi, come si è detto prima, fra giustificazione, intesa come indicazione dei presupposti di fatto, e motivazione in senso stretto, ovvero ricostruzione dell'*iter* logico. Si veda A. ROMANO-TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, *op. cit.*

³⁸ Osserva Giannini come questo risalga non tanto alla volontà di non dare copertura costituzionale diretta all'obbligo, quanto piuttosto all'idea che questo fosse già saldamente affermato dalla giurisprudenza.

³⁹ A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, *op. cit.* p. 34.

⁴⁰ Si veda in questo senso U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, CEDAM, 1965; G. MANFREDI, *Giusto procedimento e interpretazioni della Costituzione*, in L.R. PERFETTI, *Procedura, procedimento, processo: atti del convegno, Urbino, 14 e 15 giugno 2007*, Milano, CEDAM, 2010.

⁴¹ Pur non potendosi soffermare sul punto, è interessante quanto meno accennare al fatto che la funzione attribuita alla motivazione sia andata modificandosi nella lettura della giurisprudenza. Se come, si è appena

C'è un terzo e ultimo aspetto che deve essere preso in considerazione, che è senza dubbio il più controverso ma anche quello che, forse, tocca di più le questioni oggetto di questo studio. Parte della dottrina, infatti, nel ridimensionare notevolmente il ruolo della motivazione, richiama l'art. 97 e il conseguente diritto ad una buona amministrazione, non tanto in una chiave di lettura garantista, quanto piuttosto per far riferimento ai principi di efficienza, efficacia e economicità, che del buon andamento sarebbero corollari. In quest'ottica allora la motivazione discorsiva potrebbe essere sacrificata o quanto meno attenuata a fronte di una maggiore celerità dell'azione amministrativa; lo stesso art. 97, così interpretato, è inoltre l'argomento principale a sostegno della motivazione *per relationem*, la cui legittimità è riconosciuta dall'art. 3 della l. 241/90.⁴²

Le tre ricostruzioni appena proposte debbono essere tenute presenti anche quando si considera l'attività amministrativa soggetta a automazione, come si vedrà nel par. 2.3.4: questo perché la tensione comunque esistente fra le diverse funzioni della motivazione si ripresenta anche nel dibattito sull'ammissibilità o meno di quei provvedimenti che, proprio in ragione dell'essere automatizzati, sono privi di motivazione tradizionale.

2.2.2 *L'obbligo (o il non obbligo?) di motivazione nell'ordinamento francese*

detto, inizialmente essa è stata veicolo per permettere al giudice amministrativo il sindacato sull'atto, in un secondo momento essa è stata ritenuta un limite per la stessa operazione. Dato che il giudice amministrativo può conoscere dell'attività condotta dall'amministrazione nelle diverse fasi procedurali, il ruolo della motivazione è senza dubbio meno significativo o, in alcune circostanze, può addirittura essere sviante. Si pensi alle ipotesi in cui la motivazione discorsiva sia corretta, ma non corrisponda all'attività condotta – ad esempio – nella fase istruttoria. Si veda in questo senso M.S. GIANNINI, «Motivazione dell'atto amministrativo», *op. cit.* p. 265.

⁴² Si veda in questo senso L. IANNONOTA, *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, in V. MOLASCHI et C. VIDETTA (a cura di), *Scritti in onore di Elio Casetta*, Napoli, Jovene, 2001; A. ROMANO-TASSONE, *Sulla formula "amministrazione per risultati"* in *Ibid.*; M. IMMORDINO e al. (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati: atti del Convegno, Palermo, 27-28 febbraio 2003*, n° 10, Torino, G. Giappichelli, 2004.

Pur non potendo ripercorrere interamente l'esperienza d'oltralpe, può essere utile e interessante richiamare almeno alcuni passaggi che hanno segnato l'evoluzione del dovere di motivazione dei provvedimenti amministrativi in Francia.⁴³

L'autoritatività e l'unilateralità dell'atto amministrativo sono caratteristiche note anche nel nostro ordinamento, che però nella seconda metà del secolo scorso sono state mitigate per lasciare spazio a una più moderna immagine dell'*agere* amministrativo. In Francia, invece, esse hanno conservato una maggiore forza, influenzando così, di conseguenza, il ruolo e la disciplina della motivazione.

Anche in Francia, come in Italia, sia la dottrina che la giurisprudenza a cavallo fra Ottocento e Novecento ritenevano non sussistente un obbligo di motivare, e che questo fatto rientrasse nei privilegi della *administration commandante*.⁴⁴ L'obbligo di motivazione sussisteva solo in alcuni casi tassativamente previsti dalla legge; del resto altri erano fino a quel momento i meccanismi elaborati dalla giurisprudenza del Conseil d'État per contrastare l'arbitrio del potere pubblico. Innanzitutto il richiamo costante al principio di legalità, che consentiva un sindacato sulla violazione di legge da parte del

⁴³ Si veda anzitutto la voce *Motivation* in A. VAN LANG, G. GONDOUIN et V. INSERGUET-BRISSET, *Dictionnaire de droit administratif*, Paris, Dalloz, 2015. Si vedano inoltre J. PHILIBERT, *Le but et le motif dans l'acte administratif*, Bordeaux, Cadoret, 1931; C. PERELMAN et P. FORTIERS, *La Motivation des décisions de Justice*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 1978. G. PÉQUIGNOT, « La loi française du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs », *Les Cahiers de droit*, 1980, n. 21; O. GABARDA, « Vers la généralisation de la motivation obligatoire des actes administratifs ? », *RFDA*, 2012, p. 61 e ss.

⁴⁴ «Le principe de la motivation facultative a été consacré à la fin du XIX^e siècle par le Conseil d'État, à l'époque où subsistait encore la théorie du ministre juge. L'absence de motivation obligatoire des décisions administratives contrastait alors avec les décisions juridictionnelles du ministre, lesquelles, en tant que décisions de justice, devaient être motivées. En dépit de l'abandon de la théorie du ministre juge, le principe a été maintenu et n'a toujours pas été formellement abandonné, malgré de nombreux infléchissements. Le Conseil d'État se montre particulièrement réticent à la généralisation d'une obligation de motivation. Il n'est jamais revenu sur la règle selon laquelle "les décisions des autorités administratives n'ont pas, en règle générale, à être motivées (...) la motivation n'est obligatoire, lorsque la décision émane d'une autorité personnelle, qu'autant qu'elle est expressément prévue par les textes". Quant au Conseil constitutionnel, il confirme que, sauf exception, il n'y a pas dans le *corpus* constitutionnel français de garanties imposant une obligation générale de motivation. Tant qu'elles ne prononcent pas une sanction ayant le caractère d'une punition, "les règles et principes de valeur constitutionnelle n'imposent pas par eux-mêmes aux autorités administratives de motiver leurs décisions». O. GABARDA, «Vers la généralisation de la motivation obligatoire des actes administratifs ?», *op. cit.* p. 65.

giudice; in secondo luogo, un controllo sulla sussistenza degli elementi di fatto e di diritto che avevano determinato l'adozione dell'atto era considerato sufficiente garanzia per il destinatario della decisione.⁴⁵ In questo caso, però, era il giudice che valutava d'ufficio i motivi dell'atto, e l'amministrazione era quindi tenuta a giustificare in giudizio le ragioni della decisione.⁴⁶

Uno strumento siffatto, cui si può solo accennare in questa sede, ha il limite di concentrare l'attenzione sul ruolo che la motivazione riveste nella fase contenziosa, mentre la motivazione gioca un ruolo assai significativo, come si è visto nei paragrafi precedenti, anche in fase procedimentale e, più in generale, nel rapporto fra amministrazione e cittadino. In più, come è stato osservato,⁴⁷ l'amministrazione in caso di valutazione solo in fase contenziosa, era chiamata a giustificare il suo operato *ex post*: in questo modo «il Conseil d'État praticava un mero controllo successivo della decisione, dando ai pubblici poteri la facoltà di giustificare, *ora per allora*, l'esercizio del potere discrezionale e di razionalizzare a posteriori la singola scelta».⁴⁸

Nella seconda metà del secolo scorso l'idea a cui si è appena accennato, vale dire che la motivazione non dovesse avere una funzione limitata alla fase contenziosa, ha acquistato sempre più spazio: la dottrina⁴⁹ ha sottolineato come fosse fondamentale (proprio nell'ottica di mitigare la percezione dell'atto amministrativo come unilaterale) per rendere più accettabili – perché più facilmente comprensibili – le decisioni al destinatario. Proprio sulla scia di questo diverso inquadramento, sono state introdotte due distinte previsioni normative volte a ampliare le ipotesi in cui l'amministrazione è tenuta a motivare gli atti: è soprattutto interessante osservare che, per alcune tipologie di decisioni, è stato previsto l'obbligo di motivazione solo ad esito di una partecipazione al procedimento da parte del destinatario dell'atto; appare quindi evidente la volontà di

⁴⁵ Si vedano in questo senso le sentenze del Conseil d'État del 4 aprile 1914, *Gomel*, e del 14 gennaio 1916, *Camino*.

⁴⁶ Si veda in questo senso la sentenza del Conseil d'État del 26 gennaio 1968 *Maison Genestal*.

⁴⁷ A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Padova, CEDAM, 2013, p. 173; si vedano in questo senso anche le osservazioni sul sistema francese che fa D. DE PRETIS in *La giustizia amministrativa*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Milano, Giuffrè, 2007.

⁴⁸ A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, *op. cit.*

⁴⁹ G. PÉQUIGNOT, « La loi française du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs », *op. cit.*

legare la motivazione all'insieme di istituti di garanzia che caratterizzano il procedimento.⁵⁰

Attualmente queste disposizioni sono confluite nel CRPA che, agli articoli L211-2 e ss., indica le tipologie di atti amministrativi che debbono essere motivati: le riforme della fine degli anni Settanta consentono di tracciare una nuova fisionomia della motivazione, non relegata alla mera sede del sindacato giurisdizionale, ma dotata di una centrale funzione garantistica nel momento dell'esercizio del potere. Nonostante tutto ciò, non è comunque possibile affermare che nell'ordinamento francese vi sia un obbligo generale di motivazione degli atti amministrativi.

2.2.3 Il ruolo della motivazione nell'ordinamento europeo

È molto importante ai fini di questo lavoro comprendere anche il ruolo che, per il diritto dell'Unione Europea, ha il dovere di motivazione.⁵¹ Nonostante non vi sia lo spazio sufficiente per ricostruire la cospicua giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia, si possono individuare alcuni punti fermi.⁵² in primo luogo l'obbligo di motivazione tanto

⁵⁰ La *Loi n. 79-587* del 11 luglio 1979 (relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public) e il *Décret n. 83-1025* del 28 novembre 1983 (concernant les relations entre l'administration et les usagers). Le due previsioni di legge, come l'indicazione stessa delle materie di cui si occupano suggerisce, avevano come obiettivo quello migliorare e facilitare i rapporti fra l'amministrazione e i cittadini.

⁵¹ Si vedano, *ex multis*, D.-U. GALETTA, «Trasparenza e governance amministrativa nel diritto europeo», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2006; L.R. PERFETTI, «Diritto a una buona amministrazione, interesse pubblico ed equità», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2010;

⁵² Per una ricostruzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia e del Tribunale si veda D.-U. GALETTA, «Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedurali nei confronti della Pubblica Amministrazione», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2005, n.3, p. 836. Sul punto si vedano, inoltre, *ex multis*, J. SCHWARZE, *European administrative law*, Luxembourg, Office for Official Publications of the European Communities, 2006; G. DELLA CANANEA et C. FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, Giappichelli, 2013.

degli atti normativi quanto degli atti amministrativi dell'Unione è sancito dall'art. 296 del TFUE⁵³ e dall'art. 41 della Carta di Nizza.⁵⁴

Il principio ha una significativa valenza politica, e contribuisce a costruire la funzione garantistica della motivazione che, come si è visto, ha caratterizzato anche l'evoluzione dell'istituto nel nostro ordinamento. Non ha, però, una portata esclusivamente simbolica: com'è stato osservato,⁵⁵ vi sono moltissime norme settoriali che danno operatività in sede procedimentale alle disposizioni dei trattati e della Carta. Questa funzione garantistica della motivazione è stata messa in luce dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, che ha più volte sottolineato la centralità dell'istituto, senza dubbio al fine di garantire un controllo sugli atti delle istituzioni, ma soprattutto per la tutela del cittadino destinatario di un provvedimento.⁵⁶

2.2.4 *L'obbligo di motivazione e l'automazione dell'attività amministrativa*

Quanto detto sin qui sulla motivazione dei provvedimenti amministrativi porta alla conclusione che, tendenzialmente, anche quelli automatizzati dovrebbero essere soggetti a un obbligo di motivazione. Per l'ordinamento italiano a norma dell'art. 3 della

⁵³ Art. 296 TFUE par. 2: «Gli atti giuridici sono motivati e fanno riferimento alle proposte, iniziative, raccomandazioni, richieste o pareri previsti dai trattati».

⁵⁴ Art. 41 Carta di Nizza par. 1 e 2: «Ogni persona ha diritto a che le questioni che la riguardano siano trattate in modo imparziale ed equo ed entro un termine ragionevole dalle istituzioni, organi e organismi dell'Unione. Tale diritto comprende in particolare: a) il diritto di ogni persona di essere ascoltata prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che le rechi pregiudizio; b) il diritto di ogni persona di accedere al fascicolo che la riguarda, nel rispetto dei legittimi interessi della riservatezza e del segreto professionale e commerciale; c) *l'obbligo per l'amministrazione di motivare le proprie decisioni*».

⁵⁵ A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, *op. cit.* p. 207.

⁵⁶ Si veda quanto osserva Galetta sul punto: «La giurisprudenza impone un obbligo di motivazione particolarmente ampio quando la decisione incide oltre una certa misura sulla sfera giuridica del destinatario». D.-U. GALETTA, «Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedurali nei confronti della Pubblica Amministrazione», *op. cit.* p. 836.

l. 241/90, per quello francese qualora rientrino nelle tipologie di atti indicate all'art. L211-2, che però – come si è visto – ha una portata piuttosto ampia.

Sicuramente dovranno essere motivati quei provvedimenti che incidono negativamente sulla sfera giuridica del destinatario. Invero parte della dottrina che fino a ora si è occupata della questione si è limitata a osservare che l'utilizzo degli algoritmi sembra, in generale, incompatibile con l'obbligo di motivazione come riconosciuto tanto dalle fonti nazionali quanto da quelle europee. Vale la pena richiamare, in questo senso, quanto osservano sul punto i giudici del Tar del Lazio: «Ad essere inoltre vulnerato [per il tramite del ricorso agli algoritmi] non è solo il canone di trasparenza e di partecipazione procedimentale, ma anche l'obbligo di motivazione delle decisioni amministrative, con il risultato di una frustrazione anche delle correlate garanzie processuali che declinano sul versante del diritto di azione e difesa in giudizio di cui all'art. 24 Cost., diritto che risulta compromesso tutte le volte in cui l'assenza della motivazione non permette inizialmente all'interessato e successivamente, su impulso di questi, al Giudice, di percepire l'*iter* logico – giuridico seguito dall'amministrazione per giungere ad un determinato approdo provvedimentale».⁵⁷

A questo punto è forse necessaria una ulteriore precisazione, che fa riferimento alle diverse nozioni di algoritmo come presentate nel I capitolo della parte precedente di questo lavoro: è molto diverso il caso in cui ci si trovi di fronte ad algoritmi tradizionali,

⁵⁷ Sentenza del Tar del Lazio, sez. 3-bis, 10 ottobre 2018 n. 9224. Si veda anche in questo senso il Rapport public *Puissance publique et plateformes numériques : accompagner l'ubérisation*: «L'on pourrait d'ailleurs envisager lorsque la décision est défavorable, d'inclure cette obligation dans l'obligation de motivation qui résulte, en droit de l'Union, du 2 de l'article 4 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Tout d'abord, dans de nombreux cas, l'IA ne peut offrir une explication détaillée sur la manière d'atteindre un résultat donné : l'algorithme présente un défaut de motivation. Dans certains cas, on ne connaît pas le processus de raisonnement utilisé lors de l'interaction entre les informations et les données pour prendre des décisions, établir des résultats ou faire des prédictions». *Puissance publique et plateformes numériques : accompagner l'ubérisation*, La Documentation française, 2017. O sempre in questo senso si veda la sentenza del Consiglio di Stato sez. VI, 24 ottobre 2000 n.5682: «Tale non corretto funzionamento della procedura informatizzata di correzione delle prove di dattilografia, specificamente dedotto, e risultato provato nel corso del giudizio di primo grado, è sindacabile in sede di giurisdizione di legittimità, sotto il profilo dei vizi di eccesso di potere per travisamento dei fatti e difetto di motivazione».

dove tutti gli elementi della decisione sono stati predeterminati, rispetto al caso in cui agiscono algoritmi che utilizzano tecnologie di Machine Learning.

Nel considerare la prima categoria di algoritmi (che le amministrazioni già utilizzano, come si è visto), bisogna osservare come il dibattito non si discosti molto da quello, molto praticato da dottrina e giurisprudenza, circa l'ammissibilità di una motivazione solo numerica (soprattutto nelle procedure concorsuali e di evidenza pubblica) degli atti amministrativi.⁵⁸

Volendo ricostruire sinteticamente la questione, tre sono gli orientamenti presenti nel nostro ordinamento: il primo ritiene ammissibili – senza ulteriori specifiche – provvedimenti con motivazione numerica. Il terzo ritiene sempre e comunque necessaria una motivazione discorsiva. Il secondo, intermedio, che ha ricevuto anche l'avallo del Consiglio di Stato e della Corte Costituzionale, riconosce la possibilità di una motivazione esclusivamente numerica per tutte quelle ipotesi in cui l'intero novero di parametri sia stato predeterminato a monte.⁵⁹

Questo secondo orientamento sembra adattarsi perfettamente alle ipotesi di ricorso all'automazione in caso di algoritmi tradizionali. Difatti, com'è stato osservato:

«La motivazione numerica ben si presta alle ipotesi di procedimenti automatizzati, dove non è necessaria alcuna concreta assunzione di

⁵⁸ Sulla motivazione numerica si vedano, *ex multis*, V. ITALIA, «Voto numerico e motivazione nella giurisprudenza del Consiglio di Stato», *Foro amministrativo C.d.S.*, 2008; BOMBERDELLI, «La motivazione dei giudizi espressi con voto numerico», *Giornale di diritto amministrativo*, 2010; F.G. COCCA, «Punteggio numerico e principio di buon andamento», *Giur. cost.*, 2011, p. 2279 e ss.

⁵⁹ Si veda in questo senso la sentenza della Corte costituzionale del 7 giugno 2011 n. 175: «Infatti, è vero che la motivazione è diretta a rendere trasparente e controllabile l'esercizio della discrezionalità amministrativa, garantendo così l'imparzialità della pubblica amministrazione nonché la parità di trattamento dei cittadini di fronte ad essa. Non è esatto, però, che il criterio del punteggio numerico sia inidoneo a costituire motivazione del giudizio valutativo espresso dalla commissione esaminatrice. Come poco sopra si è notato, il detto criterio (peraltro diffusamente adottato nelle procedure concorsuali ed abilitative) rivela una valutazione che, attraverso la graduazione del dato numerico, conduce ad un giudizio di sufficienza o di insufficienza della prova espletata e, nell'ambito di tale giudizio, rende palese l'apprezzamento più o meno elevato che la commissione esaminatrice ha attribuito all'elaborato oggetto di esame. Pertanto, non è sostenibile che il punteggio indichi soltanto il risultato della valutazione. Esso, in realtà, si traduce in un giudizio complessivo dell'elaborato».

responsabilità solo rispetto a valutazioni derivanti dalla pura applicazione di formule matematiche. [...] Non esiste infatti alcuna necessità di assumere la responsabilità di una scelta che si è “consumata” nella stessa elaborazione della prova scritta e delle possibili risposte. Va da sé che, in tal caso, il giudice amministrativo potrebbe eventualmente sostituirsi all’amministrazione a fronte della contestazione degli esiti delle singole prove sulla base degli automatismi operativi che contraddistinguono tale attività». ⁶⁰

Questo orientamento è stato però criticato da parte della dottrina, ⁶¹ che non condivide il nesso (riconosciuto anche dalla giurisprudenza costituzionale) fra ricorso alla

⁶⁰ A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione nell’attività amministrativa*, op. cit. p. 345. Certo, questa considerazione è condivisibile fin tanto che – e su questo ci si soffermerà nel capitolo successivo – sia data la possibilità in sede di sindacato giurisdizionale di verificare il corretto funzionamento del programma, oltre che la correttezza dei dati introdotti. Si veda nello stesso senso anche quanto osservato da Viola: «Ad avviso di chi scrive, deve poi essere ampiamente sdrammatizzata la problematica relativa all’applicabilità, anche agli atti amministrativi ad elaborazione elettronica, dell’obbligo di motivazione previsto dall’art. 3 della l. 7 agosto 1990, n. 241, risolta in senso affermativo o negativo dalla dottrina. A ben vedere, la problematica in questione deve, infatti, essere risolta, non sulla base dei principi relativi agli atti ad elaborazione elettronica (ed in questa prospettiva appare indiscutibile come la già citata previsione dell’art. 3 della l. 7 agosto 1990, n. 241 non rechi alcuna esclusione relativa all’attività amministrativa informatica e come, per di più, l’attività in questione sia soggetta ad esigenze di trasparenza e intelligibilità anche maggiori dell’attività amministrativa “ordinaria”, proprio in considerazione del non facile accesso al linguaggio informatico), ma delle categorie più generali relative all’applicabilità, anche agli atti amministrativi vincolati (che come sarà rilevato, costituiscono l’unica categoria di atti oggi in concreto automatizzata), della previsione in materia di obbligo di motivazione; in questa prospettiva, l’intero dibattito relativo all’obbligo di motivazione degli atti ad elaborazione elettronica rischia di risolversi in una querelle puramente nominalistica, apparendo evidente come sussistano due diverse accezioni, una sostanziale e una formale, del termine motivazione e come, pertanto, per certi orientamenti (quelli che seguono la teoria “formale”), possa essere considerato motivato anche un provvedimento recante la sola cd. giustificazione, ovvero la semplice menzione, tra i presupposti, del programma amministrativo che ha elaborato il provvedimento amministrativo in forma elettronica (vale a dire, l’unica motivazione concreta che è possibile apporre ad un provvedimento amministrativo vincolato ad elaborazione elettronica)». L. VIOLA, «L’intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell’arte», *federalismi.it*, 2018.

⁶¹ Si veda in questo senso M. RAMAJOLI, «Il declino della decisione motivata», *Diritto processuale amministrativo*, 2017.

motivazione numerica e art. 97 della Costituzione: una motivazione discorsiva, se sintetica, non può certamente causare un danno temporale ingente. Inoltre, anche se è vero che in questo modo il sindacato da parte del giudice è possibile, il ruolo della motivazione discorsiva come strumento di più agile comprensione dell'attività procedimentale da parte dei cittadini passa in secondo piano.⁶²

Quanto si è detto fino a ora riguarda la motivazione del singolo atto automatizzato. Se si volesse ricorrere alle categorie che tradizionalmente compongono la nozione di motivazione in senso ampio, si potrebbe dire che, del singolo atto automatizzato, risulta conoscibile la giustificazione, vale a dire gli elementi di fatto, cioè i dati di input inseriti nel programma. Se si accoglie la ricostruzione presentata nel corso del II capitolo della prima parte di questo lavoro, che vede il software come atto amministrativo generale, si potrebbe dire che la motivazione in senso stretto del singolo atto è ricavabile necessariamente dall'atto amministrativo generale *per relationem*. Resta il fatto che, nel nostro ordinamento, non sono soggetti all'obbligo di motivazione gli atti amministrativi generali per i quali, in ipotesi come questa, dovrebbe quindi essere previsto un obbligo di legge *ad hoc*.⁶³

Se quanto detto sino a ora riguarda algoritmi che utilizzano sistemi di logica tradizionale, discorso completamente diverso è da farsi riguardo agli algoritmi che utilizzano tecnologie di AI.⁶⁴ Anche se l'argomento esula dallo specifico oggetto di questo lavoro, vale la pena di proporre una considerazione di carattere generale: come si

⁶² Si veda sul punto quanto osservato da Avanzini: «Se consideriamo il dato positivo e in particolare l'art. 3 della l. 241/90 non si può escludere la sussistenza di un dovere di motivazione anche con riguardo alle decisioni automatizzate. Tuttavia la motivazione come ricostruita dalla dottrina e dalla giurisprudenza occupa un momento, una fase sub-procedimentale che nei procedimenti automatizzate non sussiste, non segue le scansioni temporali tradizionali». G. AVANZINI, *Decisioni algoritmiche e algoritmi informatici: predeterminazione, analisi predittiva e nuove forme di intellegibilità*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, p. 148.

⁶³ Sul punto si veda D. MARONGIU, *L'attività amministrativa automatizzata: profili giuridici*, Santarcangelo di Romagna (RN), Maggioli, 2005, p. 127.

⁶⁴ Il problema è stato affrontato anche dalla letteratura statunitense in materia, come dimostra la riflessione che Coglianese e Lehr fanno sul rapporto fra il ricorso all'uso di algoritmi di AI da parte dell'amministrazione e necessità di *reason-giving*. C. COGLIANESE et D. LEHR, «Regulating by Robot: Administrative Decision Making in the Machine-Learning Era», *The Georgetown Law Journal*, vol. 105, p. 1210.

vedrà meglio nel corso del prossimo capitolo, sussiste una opacità intrinseca e non attualmente superabile quando si fa ricorso a un determinato tipo di tecnologie, che indiscutibilmente fanno fatica a conciliarsi con la motivazione tradizionale, soprattutto se ci si immagina che essa venga elaborata contestualmente alla decisione da parte di un pubblico funzionario.

E allora chiaro che, in questi casi, diventa di vitale importanza la conoscibilità dell'algoritmo, del suo funzionamento e della sua base di dati (oggetto, difatti, del prossimo capitolo); in primo luogo perché sembra l'unica possibilità per rendere ammissibile – con le dovute cautele – l'uso di tecnologie di AI nelle decisioni pubbliche. In secondo luogo perché ciò consente all'amministrazione di non abdicare alla sua responsabilità (in ragione dell'impossibilità del rendere noto perché una decisione sia stata assunta, ma solo di poterne prendere atto), ma anzi di dare ragione delle sue scelte *ex ante*, cioè prima che la decisione venga assunta o mentre ciò avviene, in modo tale da non relegare alla sola sede giurisdizionale il necessario confronto con i cittadini.⁶⁵

Quando nel corso del primo capitolo di questo lavoro ci si è occupati di definire in quale momento del procedimento possa intervenire l'automazione, si è detto anche (al par. 2.1) che, nella prassi, la segmentazione dei momenti procedimentali non è nei fatti sempre agevole. Si pensi, ad esempio a quanto detto sull'Anvur e sul ricorso in fase istruttoria a algoritmi di tipo statistico, i cui risultati sono poi oggetto di una valutazione da parte della commissione competente a adottare la decisione. Le osservazioni svolte fino a ora in materia di motivazione valgono, quanto meno a mio avviso, non solo per le ipotesi di automazione decisoria (quindi senza alcun intervento umano), ma anche per quelle ipotesi in cui la decisione è semi-automatizzata, ossia vi è l'intervento di un funzionario ma alla luce di una istruttoria completata tramite il ricorso a algoritmi di AI.⁶⁶ Ecco che

⁶⁵ Non stupisce, come meglio si vedrà nel prossimo capitolo, che in Francia la nuova formulazione della norma L312-1-3 del CRPA preveda la pubblicazione non solo degli algoritmi *open source* in uso all'amministrazione, ma che la pubblicazione sia accompagnata anche da una spiegazione accessibile e in linguaggio naturale del funzionamento.

⁶⁶ «L'uso dell'algoritmo rimane, in questi casi, una scelta meramente interna al procedimento e peraltro a fronte dei principi di officiosità informalità e atipicità a cui si ispira l'istruttoria procedimentale non è assistito da particolari omenti di pubblicità e confronto con il cittadino». G. AVANZINI, *Decisioni algoritmiche e algoritmi informatici: predeterminazione, analisi predittiva e nuove forme di intellegibilità*, *op. cit.* p. 152.

allora, anche in questi casi, il ricorso a una spiegazione discorsiva del funzionamento dell'algoritmo e della base di dati utilizzata potrebbe assolvere un'utile funzione di garanzia. Ciò sarebbe molto efficace soprattutto se la fase di elaborazione e adozione dell'algoritmo fosse accompagnata da strumenti che consentano la partecipazione dei soggetti potenzialmente interessati, come si vedrà nel corso del prossimo paragrafo.

2.3 Istituti di partecipazione procedimentale

Nello scorso capitolo si è sottolineato più volte come l'intervento della digitalizzazione in generale e dell'automazione in particolare possa avvenire nelle diverse fasi del procedimento, con profili che vengono in rilievo di conseguenza. In caso di automazione decisionale che si è definita *completa*, le norme della l. 241 del 1990 che regolano la partecipazione procedimentale (collocate nel capo III) non possono trovare applicazione, per ragioni che sono intrinsecamente legate alla natura della decisione automatizzata.⁶⁷ Difatti, come si è visto, l'intera automazione del procedimento richiede che tutti gli elementi della decisione vengano predeterminati a monte (questo quanto meno in caso di algoritmi di tipo deterministico): è difficile quindi immaginare come i tradizionali istituti procedimentali, che sono propri di un *iter* la cui prima caratteristica è il fatto di avere una durata temporale, possano operare in caso di attività procedimentale praticamente istantanea.

A prescindere da questi limiti, a cui pare difficile trovare rimedio, bisogna ora interrogarsi su quali potrebbero essere i meccanismi che consentano la compatibilità fra l'uso di sistemi di automazione e gli istituti di garanzia di partecipazione come previsti

⁶⁷ Si vedano, *ex multis*, S. CASSESE, *Il procedimento amministrativo tra modello partecipativo e modello "neoclassico"*, in L. TORCHIA (a cura di) *Il procedimento amministrativo: profili comparati*, Padova, Cedam, 1993; S. CASSESE, «La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato», *Riv. trim. dir. pubb.*, 2007; G. DELLA CANANEA, *Il diritto di essere sentiti e la partecipazione*, V. CERULLI IRELLI, (a cura di), *Il procedimento amministrativo*, Napoli, 2007

dal nostro ordinamento – anche nel rispetto della normativa europea e della giurisprudenza della Corte di Giustizia.

2.3.1 La partecipazione al procedimento automatizzato

Il margine di applicazione dei tradizionali istituti partecipativi a fronte del ricorso all'automazione da parte dell'amministrazione deve essere affrontato in maniera differente a seconda di quando essa interviene: se, infatti, la procedura informatica opera in un solo momento (di iniziativa, o nel corso dell'istruttoria), non si pongono particolari difficoltà, mentre ne sorgono di notevoli a fronte dell'automazione decisionale.⁶⁸

A fronte di uno strumento che riduce necessariamente il lasso temporale in cui la decisione viene assunta e rende istantanea l'adozione del provvedimento sembra difficile che gli istituti partecipativi di cui al capo III della l. 241/90 trovino applicazione. Anche in questa sede come diverse volte per cogliere la portata di questa incompatibilità strutturale è utile distinguere fra le ipotesi in cui l'amministrazione pone in essere una attività di carattere vincolato e una di carattere discrezionale.

Questo in ragione del fatto che, nella normativa italiana, la violazione di norme sul procedimento non comporta la nullità del provvedimento qualora esso abbia natura vincolata. È l'articolo 21-octies (come modificato nel 2005) che, al secondo comma – primo periodo – dispone come «non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato».⁶⁹

Se non è annullabile un provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento (fra cui pare corretto annoverare anche gli istituti di partecipazione) qualora

⁶⁸ L'unico istituto che fa eccezione è l'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento di cui all'art. 7 della l. 241/90.

⁶⁹ Per una più completa ricostruzione si veda D.-U. GALETTA, *Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento*, Milano, Giuffrè, 2003.

questo, data la sua natura vincolata, non avrebbe potuto essere diverso, si potrebbe conseguentemente dedurre che in caso di automazione di attività vincolata la partecipazione del privato abbia un ruolo trascurabile. In realtà questo ragionamento sembra, quanto meno a parere di chi scrive, assai rischioso. La norma di cui al 21-octies co.2, oltre a essere stata accolta molto criticamente da parte della dottrina,⁷⁰ ha carattere eccezionale: utilizzarla come argomento per dedurre la non rilevanza della partecipazione del privato al procedimento amministrativo, seppur di natura vincolata, potrebbe degradare le norme di garanzia procedimentali, che dovrebbero essere anch'esse fine e non solo mezzo dell'attività amministrativa.⁷¹

2.3.2 La partecipazione nella fase di elaborazione dell'algoritmo: modelli di partecipazione nei processi decisionali per l'adozione di atti amministrativi generali

Dato quanto osservato fino a ora sulla partecipazione al singolo procedimento ad automazione decisionale, appare piuttosto evidente che alcuni istituti partecipativi (come ad esempio la possibilità di intervenire, presentare memorie scritte, o la comunicazione di cui all'art. 10-bis) non possono trovare applicazione.

Si tratta ora di capire se resta un margine affinché essi possano essere recuperati, conservando la loro funzione, data la diversa struttura e scansione temporale del procedimento in esame, o se vi sono strumenti che possano essere adoperati con la stessa finalità. Alla luce delle considerazioni avanzate sino ad ora, appare piuttosto chiaro che gli sforzi per conservare l'apparato di garanzie procedimentali devono essere rivolti

⁷⁰ Si vedano in questo senso F. FRACCHIA e M. OCCHIENA, «Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21-octies, l. 241/90: quando il legislatore non può e non deve», *giustamm.it*, 2007; D.-U. GALETTA, *Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento*, Milano, Giuffrè, 2003; S. MICARI, «Legittimità costituzionale del disposto di cui all'art. 21-octies l. 241/90: tra logica di risultato e logica di legalità», *Giust. Civ.*, 2006.

⁷¹ Si veda sul punto ampiamente P. PROVENZANO, *I vizi nella forma e nel procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2015.

eminentemente al momento di elaborazione dell'algoritmo, momento in cui gli assetti di interessi vengono a comporsi.

A questo proposito, un notevole aiuto può essere offerto dall'esperienza francese: nel già citato Rapport del Conseil d'État viene in più occasioni sottolineato come i destinatari della decisione dovrebbero essere messi nelle condizioni non solo di comprenderne la logica, ma anche di fare obiezioni, e che il momento più idoneo sia quello di elaborazione dell'algoritmo.⁷² Si potrebbe pensare a una sorta di meccanismo *notice and comment*, come se si trattasse di atti amministrativi generali, sul modello delle agenzie federali statunitensi. La procedura si articolerebbe in una proposta, a cui farebbero seguito le osservazioni da parte dei soggetti potenzialmente interessati, per poi sfociare nell'adozione dell'atto. Questo *iter* consentirebbe non solo una più ampia ricostruzione degli interessi in gioco, ma ridurrebbe il contenzioso: i soggetti interessati, dopo aver partecipato alla sua elaborazione, avrebbero più fiducia nella legittimità dell'atto.⁷³

Del resto l'esperienza francese in questo senso è significativa: nonostante infatti non esista allo stato attuale un principio generale di partecipazione all'attività amministrativa se per i provvedimenti individuali dell'Amministrazione, molto è stato fatto negli ultimi quarant'anni in questo senso.⁷⁴ È stato osservato come in alcuni settori questo obbligo derivi da fonti sovranazionali, come nel caso della Convenzione di Aarhus del 25 giugno 1998, che all'art. 8 riconosce il diritto dei cittadini di partecipare ai processi

⁷² «À cette fin, l'auteur de la décision devrait d'abord informer la personne faisant l'objet de celle-ci des données personnelles utilisées par l'algorithme, ce qui lui permettra de s'assurer de leur véracité ; le meilleur des algorithmes ne peut en effet produire que des résultats erronés si les données qui lui sont soumises sont inexactes... Il devrait aussi lui présenter la logique générale de l'algorithme, en expliquant par exemple, pour un organisme de crédit, que telle information est utilisée en raison de la corrélation observée par des études avec le risque de défaut. Enfin, comme indiqué, la personne devrait avoir la possibilité de faire valoir ses observations avant la prise de décision».

⁷³ Sul punto si veda F. BIGNAMI, «Comparative Administrative Law», *GW Law Washington DC*, Public Law and Legal Theory Paper n. 115, 2012.

⁷⁴ Per una ricostruzione generale si vedano J. Richard e V. Kapsali, *La participation à l'élaboration des règlements administratifs en France*, in J.-B. AUBY et T. PERROUD (a cura di), *Droit comparé de la procédure administrative: Comparative law of administrative procedure*, Collection droit administratif, n° 19, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 317 e ss; J.-B. AUBY, Quelques observations sur l'administration "délibérative", in Conseil d'État, Rapport public, Consulter autrement, participer effectivement, 2011.

decisionali in materia di ambiente. Un obbligo non dissimile è riconosciuto anche dalla Direttiva 2003/CE, che prevede la partecipazione del pubblico nell'elaborazione di taluni piani e programmi in materia ambientale.

Nonostante l'assenza di una norma generale, come si diceva poco fa, diverse sono le ipotesi in cui la normativa francese prevede lo strumento in esame. Due sono i modelli prevalenti: il primo è caratterizzato dalla partecipazione dei soli soggetti membri di un insieme predeterminato, anche se ampio,⁷⁵ mentre il secondo vede come protagonista potenziale la cittadinanza tutta. Esempio ne è la Loi n. 2012-1460 del 27 dicembre 2012, che ha l'obiettivo di mettere in pratica il principio di partecipazione riconosciuto dall'art. 7 della *Charte de l'environnement*.⁷⁶

Per quanto concerne le consultazioni aperte il modo di procedere può essere così riassunto: il progetto, di solito accompagnato da una nota che ne presenta le caratteristiche essenziali, viene presentato al pubblico su una piattaforma dove sono indicate anche le istruzioni per formulare delle osservazioni. Fino alla data ultima indicata per proporle non è possibile procedere all'adozione del testo da parte dell'autorità competente.⁷⁷

⁷⁵ Si pensi in questo senso alla previsione L. 4122-1 del *Code de la santé publique*, che prevede la possibilità per gli ordini nazionali dei medici, dentisti e ostetriche di esaminare i progetti di legge che vengono loro sottoposti dal Ministero della Salute. («Le conseil national de l'ordre remplit sur le plan national la mission définie à l'article L. 4121-2. Il veille notamment à l'observation, par tous les membres de l'ordre, des devoirs professionnels et des règles édictées par le code de déontologie prévu à l'article L. 4127-1. Il étudie les questions ou projets qui lui sont soumis par le ministre chargé de la santé. Il peut, devant toutes les juridictions, exercer tous les droits réservés à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession de sage-femme, de médecin ou de chirurgien-dentiste, y compris en cas de menaces ou de violences commises en raison de l'appartenance à l'une de ces professions»).

⁷⁶ Articolo L. 110-1 come modificato dalla legge n. 2012-1460: «Le principe de participation en vertu duquel toute personne est informée des projets de décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement dans des conditions lui permettant de formuler ses observations, qui sont prises en considération par l'autorité compétente». Sul punto si vedano M. PRIEUR, «Un nouvel instrument de démocratie participative», AJDA 2013; A. FARO, «La portée du principe de participation du public consacré par l'article 7 de la Charte de l'environnement», *Constitutions*, 2012. B. DELAUNAY, «La réforme de la participation du public», AJDA, 2013.

⁷⁷ Si veda in questo senso l'art. 121-9 del *Code de l'environnement*: «Lorsque la Commission nationale du débat public est saisie, elle détermine les modalités de participation du public au processus de décision dans les conditions suivantes : La commission apprécie, pour chaque projet, plan ou programme si le débat public

Nonostante la fortuna che, come si è visto, questi modelli partecipativi hanno conosciuto negli ultimi decenni in Francia non sono poche neanche le perplessità sollevate. In primo luogo, come si è visto nel primo capitolo di questo lavoro in relazione alla consultazione precedente l'adozione della LRN, il rischio è che, soprattutto a fronte di materie molto tecniche, la partecipazione si riduca a essere realizzata da gruppi di interesse ristretti (portatori, tendenzialmente, di interessi particolari). In più, com'è noto, non esiste un obbligo di motivazione in Francia degli atti amministrativi generali: l'Amministrazione non è tenuta quindi, salvo diversa disposizione di legge, né a formulare una sintesi delle osservazioni ricevute né tanto meno a esporre le ragioni che hanno portato all'adozione dell'atto, il che porterebbe le consultazioni a rivelarsi, di fatto, inefficaci.⁷⁸

doit être organisé en fonction de son incidence territoriale, des enjeux socio-économiques qui s'y attachent et de ses impacts sur l'environnement ou l'aménagement du territoire. Si la commission estime qu'un débat public est nécessaire, elle l'organise et en confie l'animation à une commission particulière qu'elle constitue. Si la commission estime qu'un débat public n'est pas nécessaire, elle peut décider de l'organisation d'une concertation préalable. Elle en définit les modalités, en confie l'organisation au maître d'ouvrage ou à la personne publique responsable et désigne un garant. La concertation préalable ainsi menée se déroule dans les conditions définies à la section 4 du présent chapitre. Lorsqu'un projet a fait l'objet d'un débat public lors de l'élaboration d'un plan ou d'un programme approuvé depuis moins de cinq ans et définissant le cadre dans lequel le projet pourrait être autorisé et mis en œuvre, ce dernier est dispensé de débat public ou de concertation préalable. La commission peut cependant décider, si elle l'estime nécessaire, d'organiser un tel débat ou une telle concertation et motive sa décision».

⁷⁸ Fa eccezione in questo senso il *Code de l'environnement*, che proprio al fine di rafforzare il valore dello strumento partecipativo, impone l'obbligo di pubblicare i motivi della decisione finale, oltre che la sintesi delle osservazioni ricevute, ed è una delle poche ipotesi di motivazione obbligatoria di un *acte réglementaire* in Francia. Si veda sul punto R. NOGUELLOU, «Le principe de participation du public», *Dr. adm.*, n. 2, 2013. Un altro aspetto molto interessante, che non può per ragioni di spazio essere approfondito, è il rapporto che sussiste fra legittimità dell'atto amministrativo generale in ragione di vizi relativi alla procedura consultiva. In particolare si fa riferimento all'art. 70 della Loi n. 2011-525 del 17 maggio 2011, («Lorsque l'autorité administrative, avant de prendre une décision, procède à la consultation d'un organisme, seules les irrégularités susceptibles d'avoir exercé une influence sur le sens de la décision prise au vu de l'avis rendu peuvent, le cas échéant, être invoquées à l'encontre de la décision. L'alinéa précédent s'applique également aux consultations ouvertes conduites en application de l'article 16 de la présente loi»), e alla precedente giurisprudenza in materia del Conseil d'État. Si veda sul punto X. Domino e A. Bretonneau, «Jurisprudence Danthony: bilan après 18 mois», *AJDA*, 2013.

Per quanto riguarda invece l'esperienza italiana, l'art. 13 della l. 241/90 esclude dall'ambito di applicazione del capo III, che racchiude tutti gli istituti di partecipazione, gli atti normativi e quelli generali (le uniche tipologie di atti a cui l'algoritmo potrebbe essere ricondotto, come si è visto nel capitolo II della prima parte del lavoro). In realtà, com'è noto, molti processi di regolazione – soprattutto quelli delle autorità indipendenti – sono soggetti a oneri di consultazione, indipendentemente da quanto previsto all'art. 13.⁷⁹

In particolare degno di nota è l'art. 5 della delibera del 21 maggio 1997 n. 61 che introduceva forme di partecipazione per l'elaborazione degli atti amministrativi della Autorità di Regolazione di Energia, Reti e Ambiente. La stessa Autorità nel 2012 ha anche lanciato l'iniziativa sperimentale "Notice & Comment", con «l'obiettivo di ampliare, estendere e coinvolgere anche i piccoli consumatori nelle decisioni dell'Autorità e, in particolare, ai provvedimenti di più diretto interesse».⁸⁰

Del resto anche l'Unione Europea sembra muoversi nella stessa direzione: val a dire che, nell'indicazione degli obiettivi da perseguire per un corretto uso delle tecnologie, molto rilievo viene dato alle garanzie partecipative nei processi decisionali che le vedono coinvolte. Molto indicativa in tal senso è la Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica, dove nel codice etico-deontologico elaborato si legge che «Gli ingegneri robotici garantiscono la trasparenza e il rispetto del legittimo diritto di accesso all'informazione di tutti i soggetti interessati. Tale inclusività consente

⁷⁹ Si pensi ad esempio all'art. 23 della legge 262 del 2005, in materia di tutela del risparmio (Procedimenti per l'adozione di atti regolamentari e generali): «1. I provvedimenti della Banca d'Italia, della CONSOB, dell'ISVAP e della COVIP aventi natura regolamentare o di contenuto generale, esclusi quelli attinenti all'organizzazione interna, devono essere motivati con riferimento alle scelte di regolazione e di vigilanza del settore ovvero della materia su cui vertono. 2. Gli atti di cui al comma 1 sono accompagnati da una relazione che ne illustra le conseguenze sulla regolamentazione, sull'attività delle imprese e degli operatori e sugli interessi degli investitori e dei risparmiatori. Nella definizione del contenuto degli atti di regolazione generale, le Autorità di cui al comma 1 tengono conto in ogni caso del principio di proporzionalità, inteso come criterio di esercizio del potere adeguato al raggiungimento del fine, con il minore sacrificio degli interessi dei destinatari. *A questo fine, esse consultano gli organismi rappresentativi dei soggetti vigilati, dei prestatori di servizi finanziari e dei consumatori*». (corsivo mio).

⁸⁰ Sul punto si veda la Delibera dell'Autorità 456/2012/R/gas del 31 ottobre 2012.

la partecipazione ai processi decisionali di tutti i soggetti coinvolti nelle attività di ricerca sulla robotica o di quelli che nutrono un interesse nella stessa».

Capitolo II

Diritto di accesso e intellegibilità della decisione automatizzata

SOMMARIO I. Diritto di accesso e automazione: l'esperienza italiana e quella francese – 1.1 L'accesso al codice sorgente: il caso italiano – 1.1.1 Il diritto d'accesso nella legge 241 del 1990 – 1.1.2 Nuove forme di accesso e tutela della trasparenza – 1.1.3 Algoritmo, diritto di accesso e tutela giurisdizionale – 1.1.4 L'algoritmo del Miur e la sentenza del Tar del Lazio Sez. III bis n. 3769 del 22 marzo 2017 – 1.2 L'accesso al codice sorgente: il caso francese – 1.2.1 La disciplina francese del diritto d'accesso – 1.2.2 La predeterminazione come esercizio anticipato dell'azione, ovvero l'auto limite della Pubblica Amministrazione – 1.2.1 Per una nozione di auto vincolo: i confini – 1.2.2 Il ruolo della Commission d'accès aux documents administratifs – 1.2.3 Il caso dell'Admission Post-Bac – 1.2.4 La piattaforma dell'Admission Post-Bac: genesi 1.2.5 La richiesta d'accesso alla Commission d'accès aux documents administratifs – 1.2.6 Il succedaneo dell'APB: il sistema Parcoursup – 1.2.7 Gli obblighi introdotti con gli artt. 4 e 6 dalla Loi del 7 ottobre 2016 “pour une République numérique– **II. La normativa europea: trasparenza, intellegibilità e decisioni automatizzate nel Regolamento 2016/679** – 2.1 Il diritto a ottenere una spiegazione nel Regolamento 2016/679 (e il falso mito dell'explainability) – 2.2 Profili problematici e considerazioni di diritto comparato – 2.2.1 Il software come opera di ingegno quale limite al diritto d'accesso – 2.2.2 Trasparenza conseguita e opacità residua: per una nuova prospettiva.

Nel corso del capitolo precedente si è cercato di vagliare la tenuta delle tradizionali garanzie procedurali alla luce delle modifiche che l'introduzione dei sistemi di automazione apporta all'attività amministrativa. L'obiettivo era quello di condurre tale analisi tenendo conto dei principi che, a norma della Costituzione e della legge 241/90, regolano l'agire dell'amministrazione: in particolare – come si è visto – il principio di trasparenza e i suoi corollari (partecipazione procedimentale, obbligo di motivazione).

In questo secondo capitolo, in una prospettiva più analitica, si vuole affrontare il rapporto fra il principio di trasparenza, l'intelligibilità della logica algoritmica sottesa alla decisione e il diritto di accesso. La scelta di puntare l'attenzione su questo rapporto triadico è motivata dal fatto che, quanto meno a parere di chi scrive, se è necessario comprendere correttamente tutti gli elementi sulla base dei quali viene assunta una decisione – in questo caso una decisione automatizzata –, sussiste d'altro canto incertezza sugli strumenti mediante i quali questo obiettivo può essere realizzato.

La disciplina non viene in soccorso, quanto meno a livello nazionale, dal momento che essa risulta, come vedremo, tutt'altro che organica: occorrerà quindi ricorrere sia all'analisi della giurisprudenza – che per prima si è trovata a confrontarsi con questo problema –, sia alla legislazione – dove questa è intervenuta (è il caso della Francia e dell'Unione Europea) –, sia, infine, alle riflessioni della dottrina.

È necessaria un'avvertenza iniziale: l'istituto del diritto di accesso, com'è noto,¹ svolge anche tradizionalmente diverse funzioni, quanto meno nel nostro ordinamento: è veicolo di partecipazione al procedimento, di tutela strumentale della propria posizione giuridica e, soprattutto alla luce delle più recenti riforme, di garanzia di trasparenza in senso più ampio nel rapporto fra Pubblica Amministrazione e cittadini. Questa versatilità, unita al fatto che l'analisi dell'istituto prenderà in considerazione anche l'ordinamento francese, rende senza dubbio complesso valutare la sua reale efficacia in rapporto alla funzione che sembra venirgli attribuita in materia di decisioni automatizzate.

¹ Si vedano in questo senso, *ex multis*, M.A. SANDULLI, «Accesso alle notizie e ai documenti amministrativi», in *Enciclopedia del Diritto*, IV, Milano, Giuffrè, 2000; G. ARENA, *L'Accesso ai documenti amministrativi*, Bologna, Il Mulino, 1991.

Lo svolgimento del capitolo sarà così scandito: dopo una ricostruzione dell'istituto nell'ordinamento italiano (par. **1.1 e ss.**), ci si soffermerà sulla giurisprudenza in materia di diritto d'accesso e decisioni automatizzate, con particolare riferimento al diritto di accesso al codice sorgente dell'algoritmo (par. **1.1.2 e ss.**). La stessa operazione verrà in seguito condotta in relazione all'esperienza francese, tenuto conto però del significativo intervento in materia condotto dal Legislatore d'oltralpe (par. **1.2 e ss.**). nella seconda sezione ci si soffermerà sulla normativa in materia di decisioni automatizzate introdotta dal Regolamento 2016/679, con particolare riferimento agli articoli che – per lo meno in teoria – dovrebbero fondare il diritto del soggetto interessato a ottenere una spiegazione della logica sottesa all'algoritmo coinvolto nella decisione che lo riguarda (par. **2.1 e ss.**). La parte finale del capitolo (par. **2.2 e ss.**) si propone di analizzare i profili più interessanti emersi, per esempio in materia di proprietà intellettuale, ma soprattutto di chiarire in che modo l'intelligibilità della logica algoritmica può essere più efficacemente perseguita, se gli strumenti sinora utilizzati sono stati efficaci e quali potrebbero essere più idonei.

SEZIONE I

Diritto di accesso e automazione: l'esperienza italiana e quella francese

1.1 L'accesso al codice sorgente: il caso italiano

Una decisione automatizzata viene assunta, come si è visto, tramite un software che elabora un insieme di dati sulla base delle istruzioni ricevute: l'accesso a tutte le informazioni relative alla decisione può avere diverse finalità – e quindi essere effettuato ricorrendo a diversi istituti –, e può inoltre concentrarsi su alcuni dei diversi segmenti che compongono il procedimento decisionale.

Nel nostro ordinamento la questione si è posta in relazione alla possibilità di esercitare il diritto di accesso tradizionale *esoprocedimentale* (ex art. 22 l. 241/90) per ottenere il codice sorgente del software sulla base del quale una decisione (come si vedrà in materia di mobilità dei docenti) era stata assunta. Appare quindi necessario inquadrare questa tipologia di accesso, coglierne presupposti e finalità, e verificare se si tratti dello strumento più idoneo a raggiungere l'obiettivo atteso, ossia quello di avere una cognizione sufficiente a permettere la tutela delle proprie posizioni giuridiche.

Se si vuole ricostruire la disciplina del diritto di accesso in Italia, si può iniziare con l'osservare come l'accesso ex art. 22 l. 241/90 conviva nel nostro ordinamento con “nuove” tipologie di accesso, che perseguono finalità differenti.

L'introduzione di queste diverse modalità – le cui caratteristiche, ma soprattutto i cui presupposti operativi, come si vedrà, ne delineano una fisionomia assai differente rispetto all'accesso ex art. 22 – trova in parte giustificazione nella discrasia fra l'istituto dell'accesso come è venuto a delinarsi dopo la riforma del 2005 nel nostro ordinamento e l'accesso come viene inteso dal diritto dell'Unione Europea e nella tradizione di diversi paesi comunitari.

Il diritto dell'Unione Europea riconosce infatti l'esistenza di una solida connessione fra trasparenza, buona amministrazione e diritto di accesso ai documenti

amministrativi.² Tale connessione è riscontrabile, come si vedrà meglio più avanti (par. 2 e ss. di questo capitolo), anche nell'ordinamento francese, e ha importanti ricadute sulla materia di cui ci si sta occupando. Poiché l'obiettivo di questo capitolo, e in generale di questa seconda parte del lavoro, è quello di vagliare la tenuta degli istituti classici di cui si viene a trattare di fronte all'automazione del procedimento e in particolare della decisione amministrativa, è evidente che nel caso del diritto di accesso saranno molto importanti i presupposti operativi dell'istituto. A seconda degli elementi costitutivi per il suo esercizio potrebbe esservi infatti un esito differente per quel che riguarda sia l'ammissibilità del diritto di accesso sia, soprattutto, gli obiettivi che si vogliono conseguire per il tramite dell'esercizio del diritto.

1.1.1 *Il diritto d'accesso nella legge 241 del 1990*

Nel nostro ordinamento il diritto di accesso³ ha acquisto una portata generale con la legge 241 del 1990 («Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi»), risultato di un lungo percorso elaborativo che ha origine già in seno all'Assemblea Costituente⁴ e giunge sino ai lavori della Commissione Nigro, terminati nel 1984.

² Si veda in questo senso D.-U. GALETTA, *Access to Administrative Documents and to Public Sector Information in Italy*, in H.-J. BLANKE e R.P.M. DA SILVA (éds.), *The Right of Access to Public Information: An International Comparative Legal Survey*, Berlin, Springer, 2018, p. 372.

³ Per una ricostruzione completa della disciplina si vedano, *ex multis*: M.A. SANDULLI, «Accesso alle notizie e ai documenti amministrativi», *op. cit.*; D.-U. GALETTA, *Access to Administrative Documents and to Public Sector Information in Italy*, H.-J. BLANKE et R.P.M. da SILVA (éds.), *The Right of Access to Public Information*, *op. cit.*; P. ALBERTI, *L'accesso ai documenti amministrativi*, in *Lezioni sul procedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 1992; G. CORSO e F. TERESI, *Procedimento amministrativo e accesso ai documenti: commento alla legge 7 agosto 1990, n. 241*, Strumenti di diritto pubblico, n. 7, Rimini, Maggioli, 1991; M. BOLOGNESI, *Il diritto di accesso: profili evolutivi*, Genova, ECIG, 2007.

⁴ Si veda in questo senso F. CUOCOLO in M. BASSANI, V. ITALIA, *Procedimento amministrativo e diritto di accesso ai documenti*, Giuffrè, Milano, 1995.

La formulazione originaria dell'art. 22 della 241/90 («Al fine di *assicurare la trasparenza dell'attività amministrativa* e di favorirne lo svolgimento imparziale è riconosciuto a chiunque vi abbia interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti il diritto di accesso ai documenti amministrativi, secondo le modalità stabilite dalla presente legge») poneva indiscutibilmente al centro della previsione la trasparenza dell'attività amministrativa, contrapposta alla segretezza che storicamente caratterizzava gli atti della Pubblica Amministrazione.

Già prima del riconoscimento generale da parte della legge 241 – quando il diritto di accesso era disciplinato solo da previsioni legislative settoriali –, come suo fondamento venivano richiamati anzitutto gli articoli 1, 2 e 3 della Costituzione, che sanciscono i principi di democraticità ed eguaglianza, di cui il diritto di accesso può essere qualificato come un corollario, e in secondo luogo l'art. 21 («Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione»), che fonderebbe anche, *a contrario*, il diritto a essere informati.⁵ Svolge poi un ruolo centrale, ovviamente, l'art. 97 della Costituzione, nella misura in cui il diritto di accesso è sicuramente strumento di garanzia del buon andamento e dell'imparzialità della Pubblica Amministrazione che vi sia sottoposta. Da ultimo si dovranno richiamare – alla luce di come si è evoluta l'interpretazione del diritto di accesso e di come è stato modificato – gli artt. 24 e 113 della Costituzione: il diritto di accesso è infatti strumentale a consentire una tutela delle posizioni giuridiche soggettive che essi garantiscono.

⁵ In realtà il rapporto fra diritto di accesso agli atti e art. 21 della Costituzione, nella sua componente passiva di *diritto a essere informati*, è piuttosto fragile. Cgiasce bene il punto il Consiglio di Stato: «Se è vera la relazione giuridica tra chi informa e chi viene informato, non solo non si può legittimamente predicare l'esistenza d'un diritto soggettivo in capo ai destinatari tale addirittura da condizionare la posizione di chi informa pure nei contenuti e nel risultato, ma non si ravvisa, nel corpo dello stesso art. 21 Cost., il fondamento di un generale diritto di accesso alle fonti notiziali, al di là del concreto regime normativo che, di volta in volta e nell'equilibrio dei molteplici e talvolta non conciliabili interessi in gioco, regolano tal accesso. In altre parole, occorre evitare ogni generalizzazione sul rapporto tra diritto d'accesso e libertà di informare. Il nesso di strumentalità tra le due figure, che pure esiste, si sostanzia non già reputando, come fa l'appellante, il diritto di accesso qual presupposto necessario della libertà d'informare, ma nel suo esatto opposto. È il riconoscimento giuridico di questa che, in base alla concreta regolazione del primo, diviene il presupposto di fatto affinché si realizzi la libertà d'informarsi». Sentenza del Consiglio di Stato, sez. IV, del 12 agosto 2016, n. 3631.

Da una lettura dell'art. 22 come previsto dal Legislatore del 1990, emerge chiaramente il ruolo centrale svolto dalla trasparenza (anche solo in riferimento alla lettera della norma): in realtà la giurisprudenza ne ha dato un'interpretazione piuttosto restrittiva, giacché richiede, al fine di riconoscere il diritto di accesso, la sussistenza di un interesse. La riforma del 2005 ha accolto questo orientamento giurisprudenziale consolidato e ha poi cristallizzato l'interesse come *diretto, concreto e attuale*, corrispondente a una situazione giuridicamente tutelata. Il diritto di accesso è quindi inescindibilmente legato a una posizione che il soggetto vuole far valere: la conoscenza di un determinato documento amministrativo assume in questa accezione un carattere strumentale.

Non solo viene quindi rimosso il riferimento diretto alla trasparenza (poi parzialmente richiamata, a partire dal 2009, in maniera indiretta, dal co. 2: «L'accesso ai documenti amministrativi, attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse, costituisce principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza»), ma viene anche introdotta una disposizione specifica all'art. 24 che sancisce che «non sono ammissibili istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni». Fra i casi di esclusione del diritto di accesso agli atti amministrativi viene ricompresa quindi l'istanza dettata dalla mera volontà di controllare l'attività posta in essere dalla Pubblica Amministrazione, che non costituisce quindi per il giudice prima e per il Legislatore poi un presupposto sufficiente per l'esercizio del diritto. L'attuale configurazione dell'art. 22 della l. 241 del 1990 porta a escludere la possibilità di un diritto d'accesso inteso come mero «*droit du citoyen de savoir ce qu'ont fait, font ou vont faire les autorités administratives*»⁶ (*diritto del cittadino di sapere ciò che hanno fatto, fanno o faranno le pubbliche amministrazioni*).

È interessante inoltre osservare che, mentre nell'Unione Europea il diritto d'accesso è qualificato come vero e proprio diritto di cittadinanza, in Italia la sua natura giuridica – diritto soggettivo, interesse legittimo – è ancora discussa.⁷

⁶ D. TRUCHET, *Droit administratif*, Thémis Droit, Paris, Presses universitaires de France, 2008, p. 147.

⁷ Si veda in questo senso D.-U. GALETTA, *Access to Administrative Documents and to Public Sector Information in Italy*, in H.-J. BLANKE et R.P.M. da SILVA (a cura di), *The Right of Access to Public Information*, *op. cit.* p. 374. «As to the nature of the right to access, while in the European Union Law the

1.1.2 Nuove forme di accesso e tutela della trasparenza

Quanto detto sinora sul rapporto fra diritto di accesso e trasparenza in Italia viene via via modificandosi a partire dal 2009 in ragione di diversi interventi normativi (anche su spinta europea, se si pensa alla trasposizione della Direttiva 2003/98/CE) e della centralità sempre maggiore che la trasparenza in sé è andata guadagnandosi in quest'ultimo decennio.⁸

Nel panorama legislativo italiano è ora possibile identificare tre possibili e ben distinte tipologie di accesso: quello *tradizionale* (o documentale), disciplinato come appena visto al capo V della legge n. 241 del 7 agosto 1990, quello *civico*, che consente di accedere ai documenti oggetto degli obblighi di pubblicazione e da ultimo l'accesso *generalizzato*, relativo a tutti gli altri documenti detenuti dalla Pubblica Amministrazione.

nature of such access is that of a proper right to citizenship, in the Italian legal system the nature of such access is still debated, both in court rulings and in the legal theory. While some authors, referring to the literal meaning (right of access) and to other elements (e.g., exclusive jurisdiction of the administrative court), consider it a subjective right, others, focusing on different elements (judicial protection entrusted to the administrative court, request subject to the discretionary approval of the administration), speak of a mere legitimate interest. Therefore of an individual subjective legal position that undoubtedly is less protected and largely ancillary to the protection of public interest. Incidentally, this understanding of the right of access as a mere legitimate interest is also supported in the rulings of the Italian Council of State».

⁸ Per una ricostruzione completa si vedano D.U. GALETTA, «Transparency and access to public sector information in Italy: A proper revolution?», *Italian Journal of Public Law*, 2014, vol. 6, p. 212 e ss., D.U. GALETTA, « Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del Decreto Legislativo n. 33/2013 », *federalismi.it*, 2016, D.U. GALETTA, «Accesso (civico) generalizzato ed esigenze di tutela dei dati personali ad un anno dall'entrata in vigore del Decreto FOIA: la trasparenza de "le vite degli altri"?», *federalismi.it*, 2018.

Queste ultime due forme di accesso sono regolate dai commi 1 e 2 dell'art. 5 del d. lgs. n. 33/2013.⁹

Le due ipotesi sono molto diverse: nel primo caso, infatti, ci si trova di fronte a un accesso-sanzione («L'obbligo previsto dalla normativa vigente in capo alle pubbliche amministrazioni di pubblicare documenti, informazioni o dati comporta il diritto di chiunque di richiedere i medesimi, nei casi in cui sia stata omessa la loro pubblicazione»):¹⁰ il Legislatore ha autorizzato a monte la pubblicazione degli atti di cui si richiede l'accesso civico, e ha quindi già operato un bilanciamento fra interessi contrapposti, come il diritto alla privacy dei terzi. Diverso invece il caso dell'accesso generalizzato, introdotto con il d. lgs. 97/2016 («allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico, *chiunque ha diritto di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni*, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione ai sensi del presente decreto, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti secondo quanto previsto dall'articolo 5-bis») e volto a conseguire anche ciò che l'art. 24 co.3 della 241/90 vieta, cioè un controllo generale dell'operato delle pubbliche amministrazioni (il «*droit du citoyen de savoir ce qu'ont fait, font ou vont faire les autorités administratives*» cui si faceva riferimento prima). Proprio per questo è consentito a chiunque, ma al tempo stesso sottoposto a ipotesi di esclusione molto più ampie di quelle previste per l'accesso tradizionale (disciplinate all'art. 5-bis).

Ci si trova del resto di fronte all'esito di un bilanciamento: se l'istanza di accesso tradizionale deve essere supportata dalla sussistenza di un interesse diretto, concreto e attuale all'ottenimento di quel documento, la posizione dell'istante sarà più solida a fronte di un interesse contrapposto, e quindi più facilmente vittoriosa a esito del bilanciamento. Nel caso dell'accesso generalizzato le più numerose ipotesi di esclusione sono giustificate da un interesse più debole, inidoneo a prevalere rispetto ad altri interessi in gioco (si pensi,

⁹ Decreto Legislativo n. 33 del 14 marzo 2013, che per l'appunto ha come obiettivo il «Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni».

¹⁰ Si veda D.U. GALETTA, «Accesso (civico) generalizzato ed esigenze di tutela dei dati personali ad un anno dall'entrata in vigore del Decreto FOIA: la trasparenza de “le vite degli altri”?», *op. cit.*, p. 4.

facendo riferimento alle ipotesi di esclusione previste dal 5-bis, alla volontà di evitare un pregiudizio concreto alla tutela sia di uno degli interessi pubblici indicati, sia di quelli privati).

Se è stato fondamentale ricostruire gli elementi costitutivi dell'accesso tradizionale nonché distinguerlo, sia pure rapidamente, dalle diverse forme di accesso, è per una duplice ragione. Anzitutto, nell'ottica di condurre parte di questo lavoro di ricerca in chiave comparatistica, è necessario studiare ipotesi affini senza mai perdere di vista gli elementi in virtù dei quali i due sistemi si differenziano. Nei paragrafi che seguono si prenderanno in considerazione due casi apparentemente molto simili in cui è stata presentata istanza di accesso, in Italia e in Francia, per il codice sorgente di un software, e sarebbe impossibile comprendere questi due “casi di studio” senza vagliare i presupposti operativi dell'istituto dell'accesso in entrambi i sistemi. Inoltre, nel primo dei casi che verranno presentati sono stati chiamati in causa tanto l'accesso civico quanto quello tradizionale, ed è quindi necessario avere contezza delle differenze, a maggior ragione perché «Si tratta, con riguardo all'accesso civico generalizzato, “di situazioni, non ampliative né sovrapponibili a quelle che consentono l'accesso ai documenti amministrativi, ai sensi degli articoli 22 e seguenti della legge 7.8.1990, n. 241, come successivamente modificata ed integrata”. Sicché, come ha di recente sottolineato anche il Garante per la protezione dei dati personali, nel caso in cui non sussistano i presupposti per concedere l'accesso civico – in particolare perché per i controinteressati potrebbe risultarne “un pregiudizio concreto ed estremamente probabile alla tutela del loro interesse alla protezione dei dati personali” – allora rimane “la possibilità per l'istante di accedere a tutta documentazione richiesta, anche con i dati personali in chiaro”; tuttavia questo presuppone necessariamente che il richiedente l'accesso “formulando una diversa domanda di accesso agli atti amministrativi ai sensi degli artt. 22 ss. della l. n. 241/1990, dimostri di possedere ‘un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso’”».¹¹

¹¹ *Ibid.*, p. 22.

L'accesso tradizionale è necessariamente più profondo di quello generalizzato, e richiede di conseguenza un vaglio molto solido dei presupposti operativi per essere consentito.

1.1.3 *Sistema informatico, diritto d'accesso e tutela giurisdizionale*

Bisogna ora prendere in esame la possibilità che l'atto automatizzato di cui si è fino ad ora parlato sia, fra le altre cose, affetto da un vizio di legittimità: del resto «l'invalidità di un atto amministrativo è conseguenza della non conformità dell'atto rispetto al suo modello legale ed alla regolamentazione puntuale dei suoi presupposti, dei suoi effetti e dei modi di essere del procedimento previsto per la sua adozione».¹² Non si potrà purtroppo – per ragioni di spazio – condurre in questa sede l'analisi delle patologie dell'atto amministrativo automatizzato, ma risulta comunque opportuno ai fini della presente trattazione avanzare almeno qualche considerazione.¹³

La dottrina ha osservato,¹⁴ fin dall'inizio degli studi relativi all'automazione degli atti amministrativi, come una delle aspettative principali nei confronti del nuovo strumento fosse la drastica riduzione del rischio di una serie di vizi che sono propri dell'atto amministrativo come storicamente conosciuto (si pensi al classico esempio dell'imparzialità di trattamento). È innegabile che si trattasse di una aspettativa fondata, ma lo è altrettanto (come si è già parzialmente visto nel corso del capitolo II della prima parte, par. 1.3) che possono prodursi, proprio in ragione dell'elemento dell'automazione,

¹² Si veda A. MASUCCI, *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie: il procedimento amministrativo elettronico ad istanza di parte*, op. cit., p. 107.

¹³ Le riflessioni in questo paragrafo sono una rielaborazione del contributo presentato al seminario del Dottorato di diritto pubblico europeo *Big Data and Law: New Challenges beyond Data Protection*. G. PINOTTI, «Automated administrative procedure and right of access to source code», in *Big data and Public Law: new challenges beyond data protection*, Eurojus, 2019.

¹⁴ Si veda la ricostruzione della dottrina in materia di automazione nella prima parte di questo lavoro, al capitolo II par. 2.1 e ss.

vizi parzialmente estranei al panorama precedente, relativi alle istruzioni fornite dall'Amministrazione, a un difetto dell'algoritmo o del funzionamento del software, oppure all'elaborazione del singolo atto automatico.¹⁵

Si può osservare che le patologie possibili si suddividono in due gruppi: anzitutto quelle relative al modo in cui il software è stato costruito e funziona, le cui conseguenze si riverberano su tutti gli atti adottati col medesimo programma, in secondo luogo le patologie relative ai vizi del singolo atto automatico. Si pensi ad esempio a un funzionario che, nell'inserire il dato della residenza di un soggetto, indichi Lecco anziché Lecce.

Per quanto concerne sia i provvedimenti amministrativi tradizionali – adottati dall'uomo – sia quelli automatizzati, appare chiaro che per sollevare una qualsiasi obiezione sulla legittimità del provvedimento emesso è necessario avere una piena conoscenza della normativa sulla base della quale l'atto è stato emanato (e quindi delle istruzioni fornite dall'Amministrazione perché il programma potesse essere elaborato, nel caso degli atti automatizzati) come del funzionamento del software medesimo.

Come si è visto nel paragrafo precedente, infatti, il diritto di accesso può essere esercitato ai fini di una eventuale tutela giurisdizionale successiva: bisogna chiedersi se l'accesso ex art. 22 della l. 241/90 possa essere esperito ai fini di comprendere l'esatto funzionamento dell'atto automatizzato, ma soprattutto bisogna chiedersi a che cosa si può avere accesso (a una mera descrizione del programma? al codice sorgente del software?), entro quali limiti, e quali siano, in ogni caso, i problemi che si pongono.

¹⁵ Non ci si può soffermare in questa sede su un altro aspetto certo degno di interesse, ossia quale tipo di sindacato spetti al giudice sugli atti automatici: è sufficiente osservare che sia la dottrina che la giurisprudenza si sono domandate in via preliminare se questa nuova tipologia di atti richiedesse una considerazione differente rispetto a quella tradizionale. Si veda su questo punto A.G. OROFINO, «La patologia dell'atto amministrativo elettronico: sindacato giurisdizionale e strumenti di tutela», *Foro amministrativo C.d.S.*, 2003.

Per quanto riguarda la posizione della giurisprudenza (abbasta univoca) sulla sindacabilità dei singoli atti assunti mediante procedimento automatizzato, si veda Consiglio di Stato, sez. VI, 7 febbraio 1995 n. 152, in cui si legge «l'azione amministrativa che si avvalga dell'informatica non si differenzia in nessun modo da quella ordinaria, e lo schema logico-giuridico da applicare nel caso di sindacato giurisdizionale si identifica con quello generale che esige la verifica della conformità dell'azione e dei suoi effetti alla norma che li disciplina, in relazione alla circostanziata denuncia, da parte del soggetto che invoca tale sindacato, di una lesione personale, diretta ed attuale».

1.1.4 *L'algoritmo del Miur e la sentenza del Tar del Lazio Sez. III bis n. 3769 del 22 marzo 2017*

Per realizzare tale operazione, la scelta più efficace è forse quella di ripercorrere i diversi profili con l'aiuto di un caso che consenta di mettere le conseguenze delle considerazioni teoriche sinora proposte.

Punto di partenza dell'analisi del caso concreto sarà l'ordinanza ministeriale n. 241 dell'8 aprile 2016, che detta la normativa relativa alla mobilità del personale docente per l'anno scolastico 2016/2017 (in applicazione delle disposizioni del contratto collettivo nazionale integrativo). Nel 2016 il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca (M.I.U.R.) nel 2016 ha infatti deciso di affidare a una società, tramite appalto, l'elaborazione della graduatoria relativa ai trasferimenti interprovinciali dei docenti, ai quali viene quindi richiesto di compilare un'istanza online secondo le modalità indicate dall'ordinanza.

A seguito di un esito percepito come pesantemente negativo da molti dei partecipanti alla procedura di mobilità, un gruppo di ricorrenti si è rivolto al M.I.U.R. per avere accesso al codice sorgente del software che aveva prodotto la graduatoria. L'Amministrazione ha fornito loro solo una generica descrizione delle modalità di funzionamento, e non l'accesso al codice in sé, sulla base di due argomenti sui quali è utile soffermarsi:

- a. I codici sorgente dell'algoritmo di cui trattasi non integrerebbero gli estremi del documento amministrativo di cui agli artt. 22 e ss. della l. 241 del 1990 neppure con specifico riferimento alla lettera d) del predetto art. 22.
- b. i predetti codici e quindi il relativo software costituirebbero opere dell'ingegno e in quanto tali sono tutelati dalla normativa in materia di proprietà intellettuale.

Il primo punto da affrontare è se il software possa essere assimilato a un documento amministrativo ex lett. d) art. 22 l. 241/90.¹⁶ È necessaria una precisazione su quanto detto nel corso del par. 1.1: per quanto riguarda il procedimento amministrativo e l'accesso alla documentazione amministrativa, la lettura della lett. d) dell'art. 22 conduce a una nozione assai ampia di documento amministrativo, che tiene conto della sostanziale valenza amministrativa del documento piuttosto che della sua provenienza. La giurisprudenza, infatti, si mostra abbastanza unanime nell'attribuire scarso rilievo al fatto che sia stata l'Amministrazione stessa a dare origine all'atto; l'unico fatto rilevante è se il documento investa un'attività di interesse pubblico. Anche nel caso di atti di diritto privato, ciò che conta ai fini della qualificazione di documento amministrativo è la sua funzionalizzazione al perseguimento dell'interesse pubblico. È la *ratio* della norma che deve essere ricercata per comprenderne a pieno la portata estensiva: l'obiettivo è rendere conoscibile ogni atto che ha contribuito a formare la volontà dell'Amministrazione (non stupisce quindi che le previsioni di esclusione dal diritto di accesso siano tassative ex art. 24 l. 241/1990).

Parte della dottrina e della giurisprudenza¹⁷ ritengono quindi che ci si riferisca al documento in funzione dell'informazione in esso contenuta. In questo senso il documento sarebbe oggetto dell'accesso perché unico strumento attendibile (rispetto, ad esempio a una volontà espressa in forma orale) di verifica delle informazioni in possesso dell'Amministrazione.

Fatta questa premessa sulla portata dell'art. 22 lett. d), può essere riproposta la domanda: è legittima l'istanza di accesso nei confronti del codice sorgente del software usato dall'Amministrazione?

A questa tesi potrebbe essere mossa una cospicua serie di obiezioni: *in primis* che il software, data la sua natura prettamente informatica, non è intellegibile al funzionario,

¹⁶ Cfr. lett. d) art. 22 l. 241/90: «per "documento amministrativo", ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie del contenuto di atti, anche interni o non relativi ad uno specifico procedimento, detenuti da una pubblica amministrazione e concernenti attività di pubblico interesse, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale».

¹⁷ Si veda sul punto quanto osservato da F. PUBUSA, *Diritto d'accesso e automazione*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 25.

né da lui direttamente elaborato; potrebbe poi rilevare il fatto che le decisioni vengono prese *ex ante* dall'Amministrazione (come già visto nel corso del capitolo II della prima parte, par. 1.2), e che quindi il software svolge una funzione di mero ausilio, limitandosi a riprodurre la volontà dell'Amministrazione, che al momento dell'utilizzo del software si è già espressa.

A livello più generale bisogna chiedersi se la scelta discrezionale di ricorrere a strumenti innovativi da parte della Pubblica Amministrazione (quindi nel caso di specie la scelta di ricorrere al mezzo informatico per gestire un procedimento che pervenga a un provvedimento rispettoso della normativa in materia) possa comportare un limite – o porre ostacoli – all'accessibilità conoscitiva dell'atto o del procedimento da parte del suo destinatario.

Il Tar del Lazio, sez. III bis, nella vicenda giudiziaria ora in esame sembra aver risposto in maniera negativa a questo interrogativo: ha riconosciuto che il codice sorgente del software utilizzato dal M.I.U.R. può essere qualificato come «documento amministrativo» ex lett. d) art. 22 l. 231/90.¹⁸

¹⁸ Tar Lazio, sez. III-bis del 22 marzo 2017 n. 3769: «si ritiene che la qualificabilità in termini di atto amministrativo informatico del software ai fini che interessano possa essere fondatamente sostenuta sulla base delle seguenti considerazioni:

- è con il software che si concretizza la volontà finale dell'amministrazione procedente;
- è con il software che, in definitiva, l'amministrazione costituisce, modifica o estingue le situazioni giuridiche individuali anche se lo stesso non produce effetti in via diretta all'esterno;
- il software finisce per identificarsi e concretizzare lo stesso procedimento;
- la circostanza che il software sia compilato mediante linguaggi di programmazione che sono solitamente incomprensibili non solo al funzionario che ne fa uso ai fini della elaborazione della decisione finale del procedimento amministrativo ma anche al privato destinatario dell'atto stesso non appare dirimente atteso che, da un lato, la predetta circostanza è conseguenza della scelta, questa sì discrezionale dell'amministrazione di ricorrere a uno strumento innovativo, quale è ancora la programmazione informatica, per la gestione di un procedimento di propria spettanza e competenza e che, dall'altro, ai fini della sua comprensione e della verifica della sua correttezza, il privato destinatario dell'atto, in particolare, può, comunque, legittimamente avvalersi dell'attività professionale di un informatico competente in materia;
- la circostanza che il software non sia elaborato direttamente da parte dell'amministrazione pubblica ma da parte di un soggetto privato specificatamente competente in materia, anche se sulla base delle indicazioni puntuali in ordine ai criteri e alle finalità di natura amministrativa fornite dalla stessa amministrazione, parimenti, non assume valenza dirimente ai fini che interessano, in quanto già in precedenza si è rilevato

Un secondo profilo problematico che è stato sollevato dall'Amministrazione è quello relativo alla tutela della proprietà intellettuale del *software* utilizzato. Si tratta di una questione delicata, che comporta una più generale discussione circa l'onere in capo alla Pubblica Amministrazione di utilizzare come prima scelta codici *open source* o invece prodotti dall'Amministrazione come sancito dalla nuova formulazione del CAD art. 68.¹⁹

come la stessa nozione di atto amministrativo informatico, per come elaborata in sede di accesso agli atti nell'ambito dell' *art. 22, comma 1, lett. d), della L. n. 241 del 1990*, sia idonea a ricomprendere in sé anche atti di provenienza e disciplina sostanziale di natura privatistica, purché utilizzati da un'amministrazione nell'ambito di un'attività di rilievo pubblicistico;

- quanto all'argomentazione centrale secondo cui il software costituirebbe in sostanza l'esecuzione mera di una decisione amministrativa già presa e che è di per sé già direttamente produttrice di effetti giuridici, si rileva che:

- quanto alla decisione di fare ricorso all'elaborazione elettronica ai fini della definizione del contenuto dell'atto, la predetta decisione si sostanzia, in realtà, esclusivamente nella metodologia prescelta dall'amministrazione ai fini dell'articolazione e dello svolgimento del procedimento amministrativo, che si presenta alternativa rispetto a quella tradizionale della materiale acquisizione al procedimento caso per caso di tutti gli elementi decisivi ai fini dell'assunzione della decisione finale e, pertanto, la decisione al riguardo dell'amministrazione assume essenzialmente una valenza di tipo organizzativo dell'attività amministrativa stessa ma non influisce sulla qualificazione giuridica del software stesso, una volta che sia stato commissionato e predisposto e quindi utilizzato per i fini cui è destinato all'interno del procedimento;

- per quanto concerne la definizione dell'architettura stessa del software, si rappresenta che, in realtà, per mezzo del software si attribuisce specifico contenuto ed effettiva concretezza a una decisione che l'amministrazione ha soltanto delineato nei suoi presupposti in via ordinaria e non può, pertanto, ritenersi che, per il solo fatto che si tratti di attività vincolata e delineata puntualmente nei suoi presupposti, si tratti esclusivamente di una modalità di esecuzione, atteso che è il software che, in concreto, tiene conto dei singoli passaggi procedurali in cui si sarebbe dovuto concretizzare il procedimento ordinariamente svolto da parte di un funzionario pubblico-persona fisica».

¹⁹ Co. 1-ter art. 68 del Codice dell'Amministrazione Digitale: «Ove dalla valutazione comparativa di tipo tecnico ed economico, secondo i criteri di cui al comma 1-bis, risulti motivatamente l'impossibilità di accedere a soluzioni già disponibili all'interno della pubblica amministrazione, o a software liberi o a codici sorgente aperto, adeguati alle esigenze da soddisfare, è consentita l'acquisizione di programmi informatici di tipo proprietario mediante ricorso a licenza d'uso. La valutazione di cui al presente comma è effettuata secondo le modalità e i criteri definiti dall'AgID».

Anche qualora si prescindano dalla disposizione dell'art. 68, e quindi non ci si soffermi sulle ragioni che hanno indotto l'Amministrazione a ricorrere – legittimamente o meno – a una società esterna per la realizzazione del programma (la questione sarà meglio affrontata nel corso del par. 4.1 confrontandola anche con l'esperienza francese), resta da chiedersi se il diritto d'accesso possa essere negato in ragione della tutela del diritto d'autore di un'opera d'ingegno (partendo in questo caso dal presupposto che il software integri quei requisiti di creatività e originalità²⁰ che consentono di accedere alla tutela).

Occorre ancora riferirsi alla l. 241/90 in merito alla disciplina del diritto di accesso, in particolare all'art. 24 (esclusione del diritto d'accesso) e, di nuovo, ricercare la *ratio* in virtù della quale alcuni documenti possono essere esclusi dal diritto di accesso.

Bisogna intanto interrogarsi su quale sia il fine della normativa a tutela del diritto d'autore: se l'obiettivo è quello di preservare la possibilità di trarne un vantaggio economico da parte dell'autore – o di chi ne è titolare –, esso, secondo i giudici del Tar del Lazio, può essere bilanciato con l'interesse tutelato dal diritto di accesso. I giudici osservano infatti come «né il diritto di autore né la proprietà intellettuale precludono la semplice riproduzione, *ma precludono*, invece, al massimo, soltanto *la riproduzione che consenta uno sfruttamento economico* e, non essendo l'accesso lesivo di tale diritto all'uso economico esclusivo dell'opera, l'ostensione deve essere consentita nelle forme richieste da parte dell'interessato, ossia della visione e dell'estrazione di copia, fermo restando che delle informazioni ottenute dovrà essere fatto un uso appropriato, *ossia esclusivamente un uso funzionale all'interesse fatto valere con l'istanza di accesso* che, per espressa allegazione della parte ricorrente, è rappresentato dalla tutela dei diritti dei propri affiliati, in quanto ciò costituisce non solo la funzione per cui è consentito l'accesso stesso, ma nello stesso tempo anche il limite di utilizzo dei dati appresi, con conseguente responsabilità diretta dell'avente diritto all'accesso nei confronti del titolare del software».

Fra le argomentazioni addotte a giustificazione del diniego, la Pubblica Amministrazione ha richiamato anche l'art. 5-bis co. 2 del d. lgs. 33/2013, dove vengono identificati i limiti all'accesso *generalizzato*, e alla lett. c) vengono indicati anche *gli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi la*

²⁰ Sul punto si veda E. PROSPERETTI, *L'opera digitale fra regole e mercato*, Torino, Giappichelli, 2013.

proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali. Si deve però osservare come le differenze costitutive fra l'accesso ex art. 22 della l. 241/90 e l'accesso civico *generalizzato* (come descritto al par. 1.2) rendano il richiamo effettuato dall'Amministrazione privo di efficacia: occorre infatti sottolineare ancora come nell'accesso classico ci si trovi di fronte a un interesse diretto alla tutela di una posizione giuridica qualificata, che giustifica una conoscibilità più profonda rispetto a quella consentita dall'accesso *generalizzato*.

Nel caso in esame il Tar del Lazio ha autorizzato l'accesso al codice sorgente del software dell'algoritmo di gestione della procedura di mobilità dei docenti per l'a.s. 2016/2017. A prescindere dalla soluzione adottata dal Tar e dagli esiti che ne sono conseguiti²¹ quanto si è visto sin qui consente di trarre alcune considerazioni conclusive, sia pure provvisorie.

Intanto è utile leggere la perizia tecnica preliminare che i ricorrenti hanno fatto svolgere sul codice dopo avervi avuto accesso; essendo una perizia preliminare e di parte ha ovviamente un valore indicativo – anche se alcune riflessioni sul metodo di programmazione scelto sollevano spunti interessanti –, ma permette di sottolineare un aspetto importante. I periti rilevano come la modalità con la quale il codice è stato reso disponibile non permette né di eseguirlo né di comprenderne a pieno il funzionamento, con la conseguenza di rendere assai ardua l'intelligibilità della decisione assunta.²²

Si potrebbe obiettare che sia proprio il ricorso all'automazione a rendere più complesso per gli interessati comprendere il funzionamento della procedura di mobilità: esattamente il rischio paventato dai giudici del Tar quando scrivono di voler evitare che «il ricorso a strumenti innovativi da parte dell'amministrazione per la gestione della propria attività procedimentale e provvedimentale [...] si rifletta in senso limitativo

²¹ Ad esito della procedura di mobilità sono stati presentanti un vastissimo numero di ricorsi.

²² «È evidente che la mancanza di tali precisazioni, così come la mancanza dei file richiamati all'interno del codice, del database, dei file che il software utilizza in lettura e scrittura dei dati (non tanto nei contenuti quanto nella forma) nonché delle specifiche tecniche, configura una condotta poco trasparente, nonostante l'intervenuto ordine di ostensione dei dati e degli atti da parte del TAR, nei confronti del Ministero. Tali omissioni inficiano in maniera irreversibile la possibilità di un completo controllo sulle concrete modalità di utilizzo dell'algoritmo e, quindi, sulle modalità che hanno determinato lo spostamento degli insegnanti sul territorio nazionale», Perizia tecnica preliminare sull'analisi dell'algoritmo che gestisce il software della mobilità docenti per l'a.s. 2016/2017, 4 giugno 2017.

all'accessibilità conoscitiva da parte del destinatario dell'atto». Nel caso di specie, il modo in cui il codice è stato fornito dall'Amministrazione non ha reso possibile ai ricorrenti comprendere a pieno tutti gli elementi sui quali si è fondata la decisione di destinarli a una determinata sede; resta da chiedersi – e lo si vedrà meglio nel paragrafo 4.2 – se, anche a fronte di una messa a disposizione integrale del codice, l'obiettivo potrebbe dirsi raggiunto.

La messa a disposizione del codice (al di là di quanto stabilito dalla giurisprudenza) pone innegabili problemi legati alla tutela proprietaria del software, che non potranno essere ignorati sino a che l'Amministrazione ricorrerà a tecnologie sviluppate da o insieme a privati. Ed è possibile introdurre una ulteriore osservazione, ancora più significativa: qualora – diversamente dal caso in esame – il codice sorgente fosse stato fornito in maniera corretta, i soggetti incaricati della perizia avrebbero di certo avuto gli elementi sufficienti (data anche la semplicità del funzionamento del software) per provarne il funzionamento oltre che per comprenderlo a pieno. Diversa resta, però, la comprensione che dello stesso possono avere i soggetti destinatari della decisione, che potrebbero avere interesse (diritto?) a comprenderne il funzionamento anche senza l'intervento di soggetti terzi.

1.2 L'accesso al codice sorgente: il caso francese

Nei paragrafi che seguono l'obiettivo è il medesimo che ha guidato la stesura dei paragrafi precedenti: ricostruire la disciplina del diritto d'accesso, in questo caso nell'ordinamento francese, e vedere se, e entro quali limiti, questo strumento è applicabile in caso di decisioni automatizzate e quali siano le funzioni che esso svolge.

La trattazione si varrà della più recente giurisprudenza e, lo si sottolinea sin d'ora, anche di un recente intervento normativo (ci si riferisce all'art. 6 dalla *Loi* n. 2016-1321) relativo proprio all'accesso alle informazioni in caso di decisione automatizzata: tale intervento permette di introdurre un importante distinguo fra l'esperienza francese e quella italiana, e sarà dunque oggetto di specifica riflessione (par. 2.4).

1.2.1. La disciplina francese del diritto d'accesso

«Le droit du citoyen de savoir ce qu'ont fait, font ou vont faire les autorités administratives»²³ (*il diritto del cittadino di sapere ciò che hanno fatto, fanno o faranno le pubbliche amministrazioni*): questa è l'essenza della trasparenza, quanto meno nell'ordinamento francese, dove il suo legame con il diritto di accesso ha origini assai remote.²⁴

Fino dalla *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* del 1789 viene infatti riconosciuto, all'art. 15, il diritto di tutti i consociati di chieder conto all'Amministrazione del suo operato («La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration»), e già alla fine del 1800 vengono introdotte le prime norme a garanzia del diritto di accesso, anche se esso viene formalmente introdotto con la *Loi n. 78-17* del 6 gennaio 1978 (nota come *Loi informatique et libertés*).²⁵ È importante osservare come sia stata introdotta contestualmente al CNIL, la Commission nationale de l'informatique et des libertés – di cui si dirà diffusamente più avanti –, autorità indipendente che ha il compito di proteggere i dati personali, seguire l'innovazione e garantire le libertà individuali (*protéger les données personnelles, accompagner l'innovation, préserver les libertés individuelles*).

La norma è stata poi soggetta a numerose modifiche, la più importante delle quali risale al 2005: l'obiettivo dell'ordinanza era senza dubbio quello di trasporre la direttiva europea 2003/98/CE, esattamente come osservato prima per la riforma italiana dello stesso anno, ma anche di adeguare la normativa alle evoluzioni giurisprudenziali nel

²³ D. TRUCHET, *Droit administratif, op. cit.*, p. 147.

²⁴ Per una più completa ricostruzione si vedano J. CHEVALLIER, «Le mythe de la transparence administrative», *PUF*, 1988, E. AUBIN, «La protection constitutionnelle de la transparence administrative», *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2018, n. 2, p. 35 e ss., R. LETTERON, «Le modèle français de transparence administrative à l'épreuve du droit communautaire», *RFD adm.*, 1995, p. 183 e ss.

²⁵ Per una ricostruzione più completa si veda C. CHEVALLIER-GOVERS, *Right of Access to Public Documents in France*, in H.-J. BLANKE et R.P.M. da SILVA (éds.), *The Right of Access to Public Information, op. cit.*, CADA, *Documents administratifs - Droit d'accès et réutilisation*, Paris, La Documentation française, 2008.

frattempo intervenute. Inoltre, l'ordinanza riconosce alla Commission d'accès aux documents administratifs – di cui ci si occuperà al paragrafo 2.1.1 – il ruolo di autorità indipendente.

Da ultimo va ricordato come la legge del 1978 sia confluita nella assai travagliata operazione di codificazione del procedimento amministrativo: attualmente quindi le regole in materia di accesso sono collocate nel libro III del *Code des relations entre le public et les administrations*.²⁶

Per quanto concerne la ricostruzione giuridica degli elementi costitutivi del diritto d'accesso e il suo fondamento costituzionale, bisogna anzitutto osservare che la Costituzione del 1958, dichiara nel preambolo che «il popolo francese proclama solennemente il suo legame con i Diritti dell'uomo e con i principi della sovranità nazionale come sono stati definiti dalla Dichiarazione del 1789, confermata e completata dal preambolo della Costituzione del 1946»,²⁷ riconoscendo conseguentemente una sorta di *fil rouge* nella tutela della trasparenza e del diritto di accesso strumentale ad essa che si dipana senza interruzione dal 1789 ai giorni nostri.²⁸

Questa menzione, che effettivamente è piuttosto generica e avrebbe potuto mantenere una pura valenza simbolica, ha acquisito una diversa portata quando il Conseil Constitutionnel, nella decisione n. 71-44 DC del 16 luglio 1977 (in materia di libertà di associazione), ha fatto riferimento diretto al preambolo della Costituzione e al riconoscimento per suo tramite ai diritti sanciti dalla *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*.²⁹ La *Déclaration* diviene quindi parte del sistema di fonti che possono

²⁶ La genesi del *Code* è stata tutt'altro che semplice: per una ricostruzione si veda D. CHABANOL, *Code des relations entre le public et l'administration: annotations, commentaires, jurisprudence*, Codes, Antony, Moniteur, 2016; M. VIALETES *et al.*, *Code des relations entre le public et l'administration: annoté & commenté*, Paris, Dalloz, 2017; G. KOUBI, L. CLUZEL-METAYER *et* W. TAMZINI (éds.), *Lectures critiques du Code des relations entre le public et l'administration*, Issy-les-Moulineaux, LDGJ, 2017.

²⁷ «Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946»; mia la traduzione a testo.

²⁸ Bisogna considerare anche che la prima nazione ad avere introdotto una normativa in materia di diritto d'accesso è stata la Svezia già nel 1766.

²⁹ Par. 2 della Decisione: «*Considérant qu'au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et solennellement réaffirmés par le préambule de la Constitution il y a lieu de ranger le*

essere richiamate direttamente per vagliare la conformità a costituzione di una norma di legge.³⁰

Del resto, in maniera non dissimile da quanto detto prima in merito al diritto di accesso nell'ordinamento italiano, diversi sono i principi costituzionali che possono essere individuati a suo fondamento: è utile in questo senso richiamare ad esempio la decisione del Conseil Constitutionnel n. 99-421 del 16 dicembre 1999, che afferma come «l'eguaglianza di fronte sancita dall'articolo 6 della *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* e la “tutela dei diritti” richiesta dall'articolo 16 potrebbero non essere efficaci se i cittadini non avessero sufficiente conoscenza delle norme a loro applicabili; tale conoscenza è inoltre necessaria anche per l'esercizio dei diritti e delle libertà garantiti sia dall'articolo 4 della *Déclaration*, in virtù del quale tale esercizio non ha altri limiti all'infuori di quelli determinati dalla legge, sia dall'articolo 5».³¹ Senza la garanzia di facile accesso alle norme, e in generale al sistema di regole dell'ordinamento, è impossibile pensare che il principio di eguaglianza possa esser garantito.

principe de la liberté d'association ; que ce principe est à la base des dispositions générales de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association ; qu'en vertu de ce principe les associations se constituent librement et peuvent être rendues publiques sous la seule réserve du dépôt d'une déclaration préalable ; qu'ainsi, à l'exception des mesures susceptibles d'être prises à l'égard de catégories particulières d'associations, la constitution d'associations, alors même qu'elles paraîtraient entachées de nullité ou auraient un objet illicite, ne peut être soumise pour sa validité à l'intervention préalable de l'autorité administrative ou même de l'autorité judiciaire».

³⁰ «According to its decision of 16 July 1971 on “Freedom of association”, the Constitutional Council acknowledged unambiguously that the Declaration of the Rights of Man and the Citizen of 26 August 1789 and the Preamble to the 1946 Constitution, to which the Preamble to the 1958 Constitution refers, form part of the reference rules of constitutional

law, and may therefore be invoked during the constitutional review procedure» C. CHEVALLIER-GOVERS, *Right of Access to Public Documents in France*, in H.-J. BLANKE et R.P.M. da SILVA (éds.), *The Right of Access to Public Information*, *op. cit.* p. 268.

³¹ Par. 13 della Decisione: «l'égalité devant la loi énoncée par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et " la garantie des droits " requise par son article 16 pourraient ne pas être effectives si les citoyens ne disposaient pas d'une connaissance suffisante des normes qui leur sont applicables ; qu'une telle connaissance est en outre nécessaire à l'exercice des droits et libertés garantis tant par l'article 4 de la Déclaration, en vertu duquel cet exercice n'a de bornes que celles déterminées par la loi, que par son article 5»; mia la traduzione a testo.

1.2.2 Il ruolo della Commission d'accès aux documents administratifs

La Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) è stata istituita con *Loi* n. 78-17 del 6 gennaio 1978: la sua funzione, ancor prima che venisse riconosciuta quale autorità indipendente, è sempre stata quella di assicurare una applicazione corretta delle norme in materia di accesso.³² Cittadini e amministrazioni possono adirla affinché si pronunci sulla conoscibilità o meno di un determinato atto amministrativo, qualora l'amministrazione di riferimento abbia già negato l'accesso, o abbia un dubbio al riguardo (o anche qualora sia trascorso un mese dalla presentazione dell'istanza e non vi sia stata risposta).

La CADA svolge anche una importante funzione di stimolo nei confronti del Governo sulle necessarie modifiche da apportare alla normativa in materia di accesso³³ e ha la facoltà di comminare sanzioni in caso di mancato rispetto degli obblighi di legge.³⁴ La *ratio* della sua introduzione è da ricercarsi nella volontà di ridurre il contenzioso, tant'è che proprio nel primo articolo relativo al funzionamento e alla composizione della Commission è stabilito che un suo parere è prerequisite obbligatorio per poter ricorrere alla procedura contenziosa.³⁵

³² Article L340-1 CRPA: «Elle est chargée de veiller au respect de la liberté d'accès aux documents administratifs et aux archives publiques ainsi qu'à l'application du titre II du présent livre dans les conditions prévues par le présent livre et par le titre Ier du livre II du code du patrimoine».

³³ Article L R342-5 CRPA: «La commission peut proposer au Gouvernement toute modification des dispositions législatives ou réglementaires relatives au droit d'accès aux documents administratifs ou au droit de réutilisation des informations publiques ainsi que toute mesure de nature à en faciliter l'exercice».

³⁴ Article L342-3 CRPA: «La commission, lorsqu'elle est saisie par une administration mentionnée au premier alinéa de l'article L. 300-2 ou par son président, peut, au terme d'une procédure contradictoire, infliger à l'auteur d'un manquement aux prescriptions du titre II du présent livre les sanctions prévues par l'article L. 326-1».

³⁵ Article L342-1: «La saisine pour avis de la commission est un préalable obligatoire à l'exercice d'un recours contentieux».

La CADA è stata riconosciuta come autorità amministrativa indipendente nel 2005, a seguito della importante riforma normativa a cui si è fatto prima riferimento.

1.2.3 Il caso dell'Admission Post-Bac

Il caso della piattaforma APB (Admission Post-Bac), appare interessante sotto molteplici punti di vista, tanto più che ha avuto un'eco significativa nell'opinione pubblica, che ne ha discusso per mesi.³⁶ Questo fatto, probabilmente, ha molto condizionato il modo in cui il popolo francese ha percepito l'introduzione delle decisioni algoritmiche nella sfera pubblica: o per meglio dire, è stata questa la prima volta in cui alcuni rischi derivanti dall'uso – o dal non corretto uso – di strumenti tecnologici nella decisione pubblica hanno prodotto una reazione tanto eclatante.³⁷

Inoltre, questo è stato l'inizio di un lungo *iter* di decisioni che ha coinvolto tutti gli attori pubblici, dal Legislatore ai tribunali di merito, dalle autorità indipendenti (come la Commission d'accès aux documents administratifs) fino al Conseil Constitutionnel, e ha contribuito a costruire lo scenario normativo in materia di decisioni amministrative automatizzate ora in vigore in Francia. È stato poi oggetto di un *Rapport* condotto dall'*Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques*, le cui conclusioni sono state presentate l'8 e il 15 febbraio 2018, molto utile per ricostruire i diversi aspetti della vicenda.³⁸

³⁶ Le maggiori testate nazionali francesi se ne sono occupate per diversi mesi, come testimonia il dossier costantemente aggiornato da Le Monde sul tema: <https://www.lemonde.fr/dossier-apb/>.

³⁷ Anche se, come già osservato, le procedure automatizzate sono una realtà piuttosto estesa nel settore pubblico in Francia: si pensi, nuovamente, alle procedure per assegnare le borse di studio universitarie o al sistema di attribuzione dei posti ai *maîtres de conférences*.

³⁸ C. VILLANI, G. LONGUET, *Les algorithmes au service de l'action publique : le cas du portail admission post-bac*, Rapport au nom de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, le cui conclusioni sono state presentate l'8 e il 15 febbraio 2018.

1.2.4 La piattaforma dell'Admission Post-Bac: genesi

La *saga APB*, come viene chiamata in Francia,³⁹ ha origine nella scelta, da parte dell'Amministrazione francese, di espletare per il tramite di una piattaforma online la procedura di ammissione degli studenti ai corsi universitari. Il sistema, elaborato e sperimentato a partire dal 2003, è stato utilizzato su scala nazionale (salvo qualche eccezione) a partire dal 2009. L'obiettivo del Ministère de l'Éducation nationale et de la Jeunesse, per il tramite della centralizzazione e dell'automazione, era quello di rendere la procedura meno lenta e macchinosa di quanto non fosse in precedenza.⁴⁰

I parametri presi in considerazione dal *Code de l'Éducation* sono la condizione familiare dello studente, la scuola di provenienza, il suo domicilio nonché, ovviamente, le preferenze (i *voeux*) espresse dagli studenti.⁴¹ La procedura si è in realtà rivelata piuttosto efficace nei primi anni di utilizzo, e tale è rimasta per l'accesso ai corsi

³⁹ Si veda ad esempio J. CROUZET, *Déchiffrer l'algorithme. La saga Admission post-bac (APB) se poursuit*, «Revue Lamy droit de l'immatériel», n. 142, 2017, p. 46 e ss.

⁴⁰ Sono utili in questo senso le parole di Bernard Koehret, professore emerito del Politecnico di Tolosa, ideatore del sistema APB: «L'obiettivo era ovviamente quello di semplificare la vita dei candidati, evitando la moltiplicazione delle candidature e sostituendole con una sola, trasmessa via Internet, con la massima trasparenza possibile. A questo si univa un'esigenza di ottimizzazione in rapporto agli istituti e di efficienza, grazie all'uso di un algoritmo» («L'objectif était évidemment de simplifier la vie des candidats, en évitant la multiplication des dossiers, et en les remplaçant par un dossier unique, transmis via internet, avec autant de transparence que possible. Cela s'accompagnait d'un souci d'optimisation pour les établissements, et d'efficacité, grâce à l'utilisation d'un algorithme», mia la traduzione), C. VILLANI, G. LONGUET, *Les algorithmes au service de l'action publique : le cas du portail admission post-bac*, Rapport au nom de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, *op. cit.*, p. 23.

⁴¹ «On prenait d'abord en compte le domicile (les candidats résidant ou ayant obtenu le baccalauréat dans l'académie du siège ou du site de l'établissement postulé se voyaient accorder une priorité par rapport aux autres) ; en second lieu, les préférences du candidat, en considérant le rang de priorité qu'il avait accordé aux diverses formations demandées ; venait enfin la situation de famille, une priorité étant accordée aux candidats mariés, pacsés, ou vivant en concubinage ou ayant des charges de famille», A. LEGRAND, « L'utilisation du tirage au sort pour décider de l'accès à l'université n'est pas interdite en soi », *AJDA*, 2018, p. 414 e ss.

universitari selettivi; diversa invece è stata l'evoluzione per i corsi di laurea non selettivi, che hanno visto aumentare il numero di domande del 50% fra il 2012 e il 2016:⁴² il risultato è stato che per l'anno 2016-2017 non c'erano abbastanza posti disponibili per tutti gli studenti.⁴³

A questo punto è entrato in azione un meccanismo che, di fatto, operava già, ma in un numero più limitato di casi: l'algoritmo della piattaforma APB, sviluppato sul modello teorico di Gale-Shapley per risolvere il problema dei c.d. matrimoni stabili,⁴⁴ in caso di parità di risultati a fronte di un numero ridotto di posti procede come *extrema ratio* al *tirage au sort*, al sorteggio.⁴⁵

⁴² Interessante in questo senso è il contributo uscito su *Le Monde* il 6 dicembre 2017 a firma di Cedric Villani, deputato e vice-presidente dell'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, responsabile del *Rapport* a cui si riferimento alla nota 39. https://www.lemonde.fr/idees/article/2017/12/06/cedric-villani-ce-qui-a-bugge-dans-apb-ce-n-est-pas-le-logiciel-mais-bien-l-etat_5225204_3232.html?xtmc=apb&xtcr=1.

⁴³ «APB a concerné 808 000 candidats en 2017, pour 654 000 places offertes. Il ne faut donc pas s'étonner que tout le monde n'ait pu finalement obtenir une place», C. VILLANI, G. LONGUET, *Les algorithmes au service de l'action publique : le cas du portail admission post-bac*, Rapport au nom de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, *op. cit.*, p.27.

⁴⁴ Il teorema del matrimonio stabile sancisce che sotto determinate condizioni, preso un gruppo composto da un numero X di uomini e donn, e per ciascuno di essi la lista ordinata delle preferenze di incontro con i soggetti del gruppo del sesso opposto, è sempre possibile trovare una situazione di incontro stabile, dove per stabile si intende che nessun membro X di nessuna coppia preferirebbe stare con un altro partner Y nello stesso momento in cui Y preferirebbe stare con X rispetto al suo partner attuale.

⁴⁵ In realtà il ricorso allo strumento del sorteggio pone, nel modo in cui era arrivato a configurarsi, alcune questioni che già si era avuto occasione di sollevare nel corso del II capitolo (prima parte) di questo lavoro. Osserva infatti Legrand che «Le Conseil d'Etat ne remet pas non plus en cause l'orientation générale du dispositif. Il rappelle qu'aucune règle, ni aucun principe ne faisait obstacle à ce que le départage final repose sur le tirage au sort. Simplement, dans la mesure où cette procédure n'est pas prévue par la loi, son utilisation n'aurait dû intervenir qu'à titre exceptionnel pour départager un nombre limité de cas. Or, ce n'est pas ce qui s'est passé. Selon les indications données par le rapporteur public dans ses conclusions, 66 505 candidats ont été départagés de cette manière, soit 25 % des candidatures adressées aux filières en tension» (A. LEGRAND, «L'utilisation du tirage au sort pour décider de l'accès à l'université n'est pas interdite en soi», *op. cit.* p. 415); si nota infatti, commentando una decisione del Conseil d'Etat, che il ricorso al sorteggio non è previsto direttamente dal *Code de L'Éducation*, ma inserito per il tramite di una circolare. L'Autore sottolinea come l'introduzione di questo ulteriore parametro, che potrebbe passare come una soluzione

Molti studenti si sono quindi visti assegnare a una facoltà in una sede magari indicata molto in basso fra le 24 possibili – mentre venivano preferiti loro colleghi talora con risultati scolastici inferiori – e in qualche caso addirittura privare di ogni possibilità di scelta.

Diverse sono le istituzioni francesi che, nel corso del 2017, si sono occupate della vicenda, sollecitate in parte dall’attenzione crescente dell’opinione pubblica, in parte dai ricorsi presentati dagli studenti e dalle associazioni incaricate di rappresentarli. Nel corso del capitolo I si è preso in considerazione soprattutto il *Rapport* della Cour des comptes e il parere reso dalla Commission nationale de l’informatique et des libertés,⁴⁶ perché hanno consentito di analizzare profili assai interessanti relativi alla salvaguardia delle garanzie in caso di procedimenti automatizzati.

1.2.5 *La richiesta d’accesso alla Commission d’accès aux documents administratifs*

Fra i diversi profili sollevati dalla vicenda, è interessante considerare ora quello relativo alla richiesta presentata dalla Association Droit des lycéens nella primavera del 2016 alla Commission d’accès aux documents administratifs avente come oggetto l’accesso a un discreto numero di “documenti” amministrativi relativi alla procedura di assegnazione della sede universitaria per il tramite della piattaforma APB. Fra i documenti indicati dagli istanti, oltre a quelli relativi alla descrizione della modalità di selezione automatizzata,⁴⁷ c’era anche la richiesta di ottenere il codice sorgente dell’algoritmo utilizzato.⁴⁸

“tecnica”, minima e neutrale, sia invece assai incisivo, soprattutto quando utilizzato di frequente e che quindi avrebbe dovuto essere introdotto per il tramite di una modifica legislativa.

⁴⁶ Si vedano i par. 2.1 e 2.3.2.

⁴⁷ «Les documents décrivant les modalités de la sélection automatisée “critérisée” pratiquée pour départager les différents candidats, y compris s’il s’agit d’un tirage au sort pour une L1 à capacité limitée», CADA, avis n. 20161989 del 23 giugno 2016.

⁴⁸ «L’algorithme (code source) effectuant ce tirage au sort ou une présélection de manière à ne tirer au sort que certains candidats remplissant des critères prédéfinis» *ibid.*

La Commissione accoglie la richiesta di accesso argomentando come «Il codice sorgente di un software è un insieme di file informatici contenenti istruzioni che devono essere eseguite da un microprocessore. Ritiene che i file informatici che costituiscono il codice sorgente o l'algoritmo richiesti, prodotti dall'Institut national polytechnique di Tolosa per il Ministère de l'Éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche nell'ambito delle rispettive attività di servizio pubblico, abbiano carattere di documenti amministrativi, ai sensi dell'articolo L300-2 del *Code des relations entre le public et l'administration*. Questo codice è, di conseguenza, comunicabile a chiunque lo richieda, in conformità con l'articolo L311-1 del medesimo *Code*. In applicazione dell'articolo L311-9, deve essere comunicato, a discrezione del richiedente e nei limiti delle possibilità tecniche dell'amministrazione, mediante consegna di una copia su un supporto compatibile con quello da essa impiegato, a spese del richiedente, o via e-mail e senza costi aggiuntivi. In virtù dell'articolo L321-1 relativo al riutilizzo di informazioni pubbliche, e sempre che soggetti terzi rispetto all'Amministrazione non detengano diritti di proprietà intellettuale su questo Codice, può essere utilizzato da chiunque lo desideri per altri scopi» (*traduzione mia*).⁴⁹

Questa decisione non è la prima che in Francia abbia avuto come oggetto la facoltà di accesso al codice sorgente di un algoritmo in uso alla Pubblica Amministrazione: con l'*avis* dell'8 gennaio 2015 n. 20144578, infatti, la CADA aveva già ordinato l'ostensione del codice sorgente, in questo caso di un algoritmo utilizzato in materia fiscale. È

⁴⁹ «La commission rappelle que le code source d'un logiciel est un ensemble de fichiers informatiques qui contient les instructions devant être exécutées par un micro-processeur. Elle estime que les fichiers informatiques constituant le code source ou algorithme sollicité, produits par l'Institut national polytechnique de Toulouse pour le ministère de l'éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche dans le cadre de leurs missions de service public respectives, revêtent le caractère de documents administratifs, au sens de l'article L300-2 du code des relations entre le public et l'administration. Ce code est, de ce fait, communicable à toute personne qui le demande, conformément à l'article L311-1 du même code. En application de l'article L311-9, il doit être communiqué, au choix du demandeur et dans la limite des possibilités techniques de l'administration, par la délivrance d'une copie sur un support compatible avec celui qu'elle utilise, aux frais du demandeur, ou par courrier électronique et sans frais. En vertu de l'article L321-1 relatif à la réutilisation des informations publiques, et à moins que des tiers à l'administration détiennent des droits de propriété intellectuelle sur ce code, il peut être utilisé par toute personne qui le souhaite à d'autres fins», *ibid.*; mia la traduzione a testo.

importante fare riferimento anche a questo precedente per due ragioni: in primo luogo perché la lettura delle due decisioni permette di considerare la presa di posizione della Commissione non come una pronuncia isolata, ma come quella maggiormente consolidata, dall'altra perché è ulteriore testimonianza del fatto che, quanto meno in Francia, l'utilizzo di procedure automatizzate da parte dell'Amministrazione sta assumendo da diversi anni un ruolo sempre più centrale.

1.2.6 *Il succedaneo dell'APB: il sistema Parcoursup*

Con la legge n. 2018-166 dell'8 marzo 2018 è stato “rottamato” il sistema APB ed è stato introdotto per sostituirlo Parcoursup. Diversamente dal suo predecessore, che gestiva per intero l'orientamento su scala nazionale, il nuovo sistema è bifasico, e coinvolge nella selezione anche le singole università.

Anche questo nuovo metodo, benché il codice sorgente dell'algoritmo utilizzato sulla piattaforma nazionale sia stato reso pubblico sin dall'inizio, ha dato il via a una lunga *querelle* giudiziaria che ha visto da ultimo pronunciarsi, nel giugno 2019, il Conseil d'État. La vicenda è interessante ai fini di questo lavoro perché costituisce un ulteriore tassello nel mosaico del quadro normativo francese in materia.

Secondo il Conseil d'État, anche le singole università hanno l'onere di rendere noto il codice sorgente dei sistemi informatici che operano con Parcoursup. Questo però sulla base non già dell'art. 311-1 del CRPA (sul quale ci si soffermerà nel prossimo paragrafo), che impone un obbligo di comunicazione *generale* a chiunque ne faccia domanda, ma del nuovo art. L612-3 del *Code de l'éducation*, che al par. I, nel riconoscere l'obbligo di comunicazione degli elementi fondanti della decisione – fra cui anche il codice sorgente dell'algoritmo –, pone un limite preciso, ossia che a presentare l'istanza sia il soggetto interessato dalla decisione.⁵⁰

⁵⁰ Conseil d'État, 12 juin 2018, req. n. 427916: «Si ces dispositions sont, en principe, applicables aux traitements algorithmiques utilisés, le cas échéant, par les établissements d'enseignement supérieur pour fonder des décisions individuelles et si elles instaurent, par suite, un droit d'accès aux documents relatifs

1.2.7 *Gli obblighi introdotti con gli artt. 4 e 6 dalla Loi del 7 ottobre 2016 «Pour une République numérique»*

Quanto si dirà sul quadro normativo europeo (par. 3 e ss.), unitamente alle considerazioni sviluppate nei paragrafi precedenti sul diritto d'accesso nel sistema francese, conducono a un'ultima osservazione.

Come si è visto nel par. 1 e ss., nell'ordinamento italiano il diritto d'accesso tradizionale non è più inquadrabile come mero strumento per garantire la trasparenza dell'attività della Pubblica Amministrazione (bensì come strumento di tutela di una posizione giuridica soggettiva), il che ha portato all'introduzione di nuove forme di accesso agli atti amministrativi che fossero più conformi al principio di trasparenza.

Lo stesso non può dirsi del sistema francese: ulteriore riprova ne è l'art. L311-1 del CRPA, secondo il quale le amministrazioni hanno un obbligo di pubblicazione online o di comunicazione ai terzi che ne facciano richiesta.⁵¹ Appare dunque evidente che nel sistema francese il diritto d'accesso assume una funzione di garanzia della trasparenza

aux algorithmes utilisés par ces établissements et à leurs codes sources, il résulte des termes du dernier alinéa du I de l'article L. 612-3 du code de l'éducation cité au point 2, éclairés par les travaux préparatoires de la loi dont ils sont issus, que le législateur a entendu régir par des dispositions particulières le droit d'accès aux documents relatifs aux traitements algorithmiques utilisés, le cas échéant, par les établissements d'enseignement supérieur pour l'examen des candidatures présentées dans le cadre de la procédure nationale de préinscription. Ces dispositions spéciales doivent ainsi être regardées comme ayant entendu déroger, notamment, aux dispositions de l'article L. 311-1 du code des relations entre le public et l'administration, en réservant le droit d'accès à ces documents aux seuls candidats, pour les seules informations relatives aux critères et modalités d'examen de leur candidature». Per una ricostruzione si veda J.-M. PASTOR, «Les algorithmes locaux de Parcoursup ne sont pas communicables à un syndicat», *Dalloz actualité*, 2019. Per un commento alla sentenza di primo grado si veda invece E. MAUPIN, «Les algorithmes locaux de Parcoursup sont communicables», *AJDA*, 2019.

⁵¹ «Sous réserve des dispositions des articles L. 311-5 et L. 311-6, les administrations mentionnées à l'article L. 300-2 sont tenues de publier en ligne ou de communiquer les documents administratifs qu'elles détiennent aux personnes qui en font la demande, dans les conditions prévues par le présent livre».

nel rapporto fra privato e cittadino, trasparenza che è allo stesso modo garantita per il tramite della pubblicazione dei documenti amministrativi.

All'interno del sistema sinora delineato trova spazio un importante intervento normativo che coinvolge direttamente l'oggetto di questo lavoro: l'art. 4 della *Loi pour une République numérique* introduce una modifica al CRPA, in base alla quale un duplice obbligo vige in capo alle amministrazioni che assumano una decisione individuale⁵² per il tramite di un trattamento automatizzato: in primo luogo quello di comunicare all'interessato che la decisione è assunta mediante strumento informatico, in secondo luogo quello di chiarire le regole sulla base delle quali la decisione viene assunta e quali siano le caratteristiche del suo funzionamento; tutto ciò deve essere comunicato all'interessato che ne faccia domanda.⁵³

Questa previsione risulta estremamente significativa per due ordini di ragioni: anzitutto perché si tratta, se non della prima, quanto meno di una delle rare disposizioni di legge che si occupino in maniera non indiretta di decisioni algoritmiche⁵⁴ (dato che, come si vedrà al par. 3, lo stesso non si può dire del Regolamento 2016/679, che nasce

⁵² Qui si rende forse necessaria una osservazione: il riferimento alle “decisioni individuali” (*décision individuelle*) può apparire poco preciso dal punto di vista giuridico se si ragiona secondo gli istituti di diritto italiano; utile allora può essere questa definizione, che in realtà procede per differenziazione: «Les auteurs classiques eux-mêmes n'ont cessé d'opérer une distinction entre les règlements et les actes individuels, distinction en principe simple, l'acte réglementaire régissant une situation considérée en termes généraux tandis que la décision individuelle se caractérise par la situation de droit d'un administré nommément désigné. Pour autant on ne saurait se limiter à une approche quantitative de la distinction, un acte réglementaire pouvant ne concerner qu'un seul administré tandis que certains actes affectant la situation de nombreux administrés apparaissent comme une sorte de collection d'actes individuels» (P. COPPOLANI, «Le décret n° 2017-330 du 14 mars 2017 relatif aux droits des personnes faisant l'objet de décisions individuelles prises sur le fondement d'un traitement algorithmique: vers une victoire à la Pyrrhus?», *Information, données & documents*, 2017, n. 4, p. 16). Si può affermare che la *décision individuelle* è il nostro provvedimento amministrativo, in questo caso distinto rispetto a un atto amministrativo generale.

⁵³ «Sous réserve de l'application du 2° de l'article L. 311-5, une décision individuelle prise sur le fondement d'un traitement algorithmique comporte une mention explicite en informant l'intéressé. Les règles définissant ce traitement ainsi que les principales caractéristiques de sa mise en œuvre sont communiquées par l'administration à l'intéressé s'il en fait la demande. Les conditions d'application du présent article sont fixées par décret en Conseil d'Etat»

⁵⁴ Si veda in questo senso G. AVANZINI, *Decisioni algoritmiche e algoritmi informatici: predeterminazione, analisi predittiva e nuove forme di intelligibilità*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, p. 124.

come è noto al fine di disciplinare la protezione dei dati personali, e che si occupa quindi di utilizzo di algoritmi solo in maniera indiretta e tangenziale), e inoltre perché permettere di riflettere, come si vedrà meglio ai parr. 4.2 e 4.3, sul rapporto fra diritto d'accesso e conoscibilità in materia di decisioni algoritmiche.

Le modalità attraverso le quali questi obblighi di comunicazione dovevano essere posti in essere dalla Pubblica Amministrazione sono rimaste alquanto generiche fino all'entrata in vigore del *Décret* n. 2017-330 del 14 marzo 2017 («In materia di diritti degli individui soggetti a decisioni individuali assunte sulla base di un trattamento automatizzato»),⁵⁵ decreto che ha proprio l'obiettivo di renderle più precise e dunque efficaci.

Bisogna fare riferimento *in primis* al nuovo art. R311-3-1-1 del CRPA,⁵⁶ con il quale viene ribadito il diritto di conoscere la logica sulla base del quale la decisione automatizzata viene assunta (come già previsto dal *Code*) e inoltre, aspetto interessante, l'obbligo di presentare istanza alla CADA sulla base delle regole indicate nel libro III del CRPA, ossia in materia di diritto d'accesso.

L'articolo successivo (art. R311-3-1-2) compie un passaggio ulteriore, e identifica ciò che è oggetto dell'obbligo di comunicazione (in questo caso apparentemente solo su istanza di parte: sembra quindi di fatto venir meno il riferimento all'obbligo di pubblicazione online di cui all'art. 4 della *Loi pour un République numérique*): al destinatario debbono essere comunicati *in forma intellegibile e a condizione che non ledano segreti protetti dalla legge*, il modo e il grado in cui il trattamento automatizzato ha contribuito alla decisione, i dati trattati e la loro origine, i parametri del trattamento, e come i parametri siano stati fra loro bilanciati qualora il caso lo richieda, nonché le operazioni effettuate per il tramite del trattamento automatizzato.⁵⁷

⁵⁵ «Relatif aux droits des personnes faisant l'objet de décisions individuelles prises sur le fondement d'un traitement algorithmique».

⁵⁶ «La mention explicite prévue à l'article L. 311-3-1 indique la finalité poursuivie par le traitement algorithmique. Elle rappelle le droit, garanti par cet article, d'obtenir la communication des règles définissant ce traitement et des principales caractéristiques de sa mise en œuvre, ainsi que les modalités d'exercice de ce droit à communication et de saisine, le cas échéant, de la commission d'accès aux documents administratifs, définies par le présent livre».

⁵⁷ Articolo R311-3-1-2: «L'administration communique à la personne faisant l'objet d'une décision individuelle prise sur le fondement d'un traitement algorithmique, à la demande de celle-ci, sous une forme

Questi due articoli hanno il merito, come si diceva prima, di offrire una regola generale in materia di decisioni automatizzate (anche perché non vi è alcun riferimento all'utilizzo di dati personale come requisito per l'esercizio del diritto), ma, poiché in certo qual modo si muovono in un territorio inesplorato, lasciano aperti numerosi interrogativi.

Il primo problema che si pone è se il diritto in questione possa configurarsi come diritto d'accesso: parte della dottrina sembrerebbe non aver alcun dubbio al riguardo, e afferma che «il Decreto consacra [...] un diritto d'accesso del soggetto sottoposto alla decisione fondata su base algoritmica a varie informazioni [...]».⁵⁸ Come è stato sottolineato,⁵⁹ si tratta tuttavia del diritto di accedere non già all'algoritmo stesso (o al suo codice sorgente, oggetto, come si è visto, di diverse pronunce della giurisprudenza francese e italiana), bensì alle informazioni relative alle regole di funzionamento comunicate in una forma intellegibile. La questione, quindi, è il rapporto fra accesso e

intelligible et sous réserve de ne pas porter atteinte à des secrets protégés par la loi, les informations suivantes:

1. Le degré et le mode de contribution du traitement algorithmique à la prise de décision;
2. Les données traitées et leurs sources;
3. Les paramètres de traitement et, le cas échéant, leur pondération, appliqués à la situation de l'intéressé;
4. Les opérations effectuées par le traitement».

⁵⁸ «Ce décret consacre, par le nouvel article R. 311-3-1-2 du code des relations entre le public et l'administration, *un droit d'accès de la personne soumise à la décision algorithmiquement fondée à diverses informations* : le degré et le mode de contribution du traitement algorithmique à la prise de décision, les données traitées et leurs sources, les paramètres de traitement des données et leur pondération, ainsi que l'ensemble des opérations effectuées au cours du traitement. De nouvelles modalités de l'obligation de transparence administrative sont donc introduites au fur et à mesure du recours accru à des algorithmes guidant la décision administrative», M. ENGUERRAND et A. STROWEL, «Gouverner par la loi ou les algorithmes : de la norme générale de comportement au guidage rapproché des conduites», *Dalloz IP/IT*, 2017, p. 517.

⁵⁹ «Il ne s'agit pas d'un droit d'accès au traitement algorithmique en lui-même mais aux règles le définissant ainsi qu'à ses principales caractéristiques de mise en oeuvre. Communication sous une forme intelligible Lorsqu'une demande de communication lui sera adressée, l'administration sera dans l'obligation de transmettre, sous une forme intelligible, les informations portant sur le degré et le mode de contribution du traitement algorithmique à la prise de décision ; les données traitées et leurs sources ; les paramètres de traitement et, le cas échéant, leur pondération, appliqués à la situation de l'intéressé ; les opérations effectuées par le traitement». J.-M. PASTOR, «Accès aux traitements algorithmiques utilisés par l'administration», *AJDA*, 2017, p. 604.

intelleggibilità, in particolare alla luce del fatto che la comprensibilità dell'informazione a cui si accede è qui assai ardua per chi non abbia una formazione tecnica.

Si pone ora un problema relativo alle eccezioni a questo diritto e alla loro portata: la riflessione non ha un carattere meramente speculativo, dato che l'estensione delle eccezioni, in particolare quella che investe i segreti tutelati dalla legge («Ou, sous réserve de l'article L. 124-4 du code de l'environnement, aux autres secrets protégés par la loi») condiziona in maniera significativa l'effettività della tutela garantita. Questo aspetto, che può essere considerato di notevole rilevanza, sarà oggetto di una analisi generale al par. 4.1.

Vi è poi un'ulteriore previsione, introdotta sempre dalla *Loi pour une République numérique*: all'art. 6 viene disposto, in capo alle amministrazioni, un obbligo generale di pubblicazione online delle regole sulla base delle quali avviene un trattamento automatizzato, qualora esse lo utilizzino nel perseguimento dei loro fini istituzionali e fondino una decisione individuale.⁶⁰ Non si tratta di un obbligo di comunicazione, ma di pubblicazione, perché le regole di funzionamento dell'algoritmo debbono essere diffuse *motu proprio*.⁶¹ Perché la norma sia efficace le amministrazioni che ricorrono ad algoritmi sulla base dei quali vengono assunte decisioni individuali debbono dotarsi di una documentazione esplicativa.

⁶⁰ Nuovo articolo L312-1-3 del CRPA: «Sous réserve des secrets protégés en application du 2° de l'article L. 311-5, les administrations mentionnées au premier alinéa de l'article L. 300-2, à l'exception des personnes morales dont le nombre d'agents ou de salariés est inférieur à un seuil fixé par décret, publient en ligne les règles définissant les principaux traitements algorithmiques utilisés dans l'accomplissement de leurs missions lorsqu'ils fondent des décisions individuelles».

⁶¹ «Ces administrations ont l'obligation de publier en ligne les règles définissant les principaux traitements algorithmiques utilisés dans l'accomplissement de leurs missions, lorsque ces traitements fondent des décisions individuelles. Ici, les règles de fonctionnement des algorithmes ne sont pas seulement quérables : elles doivent être diffusées spontanément. Toute personne ayant connaissance de l'utilisation d'un algorithme par l'une des administrations précitées peut, si elle constate l'absence d'explication de cet algorithme en ligne, demander qu'une présentation soit publiée et éventuellement contester le refus d'y procéder», E. MOURIESSE, «L'opacité des algorithmes et la transparence administrative», *RFDA*, 2019, p. 48.

Attualmente le amministrazioni francesi non si trovano tutte allo stesso stadio di avanzamento nel porre in essere questa operazione,⁶² anche perché non è intervenuta alcuna specifica successiva circa le modalità di diffusione (diversamente da quando è avvenuto per gli obblighi di comunicazione ex art. 4), il che ha fatto sì che le prassi fossero assai differenti.

Basta consultare, sulla piattaforma *github*, la pagina dedicata alle amministrazioni francesi che vogliono pubblicare le caratteristiche degli algoritmi che utilizzano:⁶³ le amministrazioni che vi hanno aderito non sono molte e le modalità descrittive non seguono alcuna linea guida.

Sembra, di fatto, di trovarsi di fronte a uno sdoppiamento: un obbligo di diffusione da una parte e un obbligo di comunicazione dall'altra, aventi però lo stesso oggetto. È stato infatti osservato: «Va detto che la combinazione dei due processi è stata ritenuta ridondante dalla dottrina. Sembra che il legislatore abbia inteso moltiplicare i canali di diffusione delle informazioni per favorire la comprensione dell'attività dell'amministrazione da parte degli amministrati. Vi si può anche leggere, in un contesto di sfiducia da parte dei cittadini nei confronti dei depositari dell'autorità pubblica, una volontà di legittimare l'azione dell'amministrazione attraverso la comunicazione della sua attività: come la trasparenza è volta a sostenere la legittimità dei rappresentanti, quella degli algoritmi contribuirebbe alla loro accettabilità sociale da parte dei cittadini. Si può infine notare che il carattere impreciso delle modalità di diffusione spontanea dei principi operativi degli algoritmi sulla base dei quali le decisioni singole vengono assunte rende necessario il secondo dispositivo, che è meglio regolamentato. Quest'ultimo garantisce

⁶² «D'un ministère à l'autre, les pratiques sont différentes en matière de formalisation, de publication et d'opposabilité d'une doctrine. C'est un élément sur lequel il faudrait pouvoir travailler. Il constitue l'un des aspects du chantier qui nous attend dans les mois à venir. Il s'agira de voir, ministère par ministère, si la pratique consistant à formuler et publier une doctrine, qui constitue un facteur de convergence entre le droit et le code informatique, existe ou pas». C. VILLANI, G. LONGUET, *Les algorithmes au service de l'action publique : le cas du portail admission post-bac*, Rapport au nom de l'office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, *op. cit.*, p. 50.

⁶³ <https://github.com/etalab/algorithmes-publics/blob/master/liste.org>. la pubblicazione degli algoritmi è una delle attività sviluppate da Etalab (<https://www.etalab.gouv.fr/>), una missione fondata nel 2013 con il compito di coordinare l'azione delle amministrazioni pubbliche e di offrir loro il supporto necessario al fine di facilitare il riuso più ampio possibile delle informazioni pubbliche da esse detenute.

inoltre una migliore trasparenza perché rende accessibili anche i dati elaborati dagli algoritmi che fondano una decisione individuale».

SEZIONE II

La normativa europea: trasparenza, intellegibilità e decisioni automatizzate nel Regolamento 2016/679

Come si è già avuto modo di vedere nel corso del capitolo precedente, la normativa europea in materia di protezione dei dati si occupa anche di decisioni automatizzate (e profilazione): l'enorme ammontare di dati attribuibili a un determinato soggetto fa sì che vi sia un interesse sempre crescente a ricorrere a questo tipo di strumenti informatici. Strumenti che sollevano una serie di interrogativi sul rispetto delle garanzie, soprattutto procedimentali, che debbono essere mantenute quando una decisione viene assunta per il tramite di essi. Le regole dettate in sede europea per la protezione dei dati non configurano un intervento normativo organico in materia di decisioni algoritmiche, ma partecipano anch'esse a comporre il mosaico di riferimenti che si sta tentando di ricostruire.

Come s'è detto, l'art. 22 del Regolamento 2016/679 vieta decisioni fondate unicamente su un trattamento automatizzato dei dati, ma ammette nel contempo diverse eccezioni ed enuclea un assetto di garanzie che devono accompagnare la decisione qualora venga assunta tramite trattamento automatizzato. Oltre alle garanzie già considerate nel corso del capitolo precedente (par. 2.2 e ss.) e disciplinate dagli artt. 16, 17 e 18 del Regolamento, un ulteriore nucleo di riferimento è quello costituito dagli artt. 13, 14 e 15 (e in parte dall'art. 12).

Questi ultimi hanno come obiettivo quello di imporre obblighi specifici di trasparenza:⁶⁴ i soggetti interessati debbono essere informati, nel momento in cui i dati

⁶⁴ Il Regolamento 2016/679 non dà una definizione di trasparenza: il Considerando 39 si limita a enucleare quelle che sono le conseguenze della trasparenza sul soggetto interessato in materia di dati personali. «It should be transparent to natural persons that personal data concerning them are collected, used, consulted or otherwise processed and to what extent the personal data are or will be processed. The principle of transparency requires that any information and communication relating to the processing of those personal data be easily accessible and easy to understand, and that clear and plain language be used. That principle

vengono raccolti (e in qualsiasi momento su loro richiesta), dell'esistenza di una decisione automatizzata, delle regole sulla base delle quali la decisione viene presa e delle conseguenze che ne deriveranno.

Sono utili per meglio comprendere il contenuto di questi articoli – e per meglio comprenderne tutte le conseguenze applicative – le *Guidelines on transparency under Regulation 2016/679* elaborate dal gruppo di lavoro WP29: sono infatti state scritte proprio al fine di meglio interpretare le norme del Regolamento che dettano oneri di trasparenza, dato che questo principio – assieme a quelli di legalità, correttezza e responsabilità – è alla base della nuova normativa in materia di trattamento dei dati personali.⁶⁵

Si deve anzitutto osservare che, al co. 1 dell'art. 12, viene subito sottolineato il legame fra trasparenza e intelligibilità: «tutte le informazioni di cui agli articoli 13 e 14 e le comunicazioni di cui agli articoli da 15 a 22 e all'articolo 34 relative al trattamento [debbono avvenire] *in forma concisa, trasparente, intelligibile e facilmente accessibile, con un linguaggio semplice e chiaro*». Per il Legislatore europeo è rilevante quindi non solo che le informazioni vengano fornite al soggetto interessato, ma anche che queste gli siano trasmesse in una forma intellegibile. L'intellegibilità, e la sua relazione con la trasparenza, come si è già avuto modo di osservare, assumono un ruolo centrale soprattutto in una materia come quella in esame, governata da regole tecniche che rendono il rapporto fra le due non di diretta consequenzialità. Se è facile immaginare – anche se in realtà è meno ovvio di quanto si pensi – che l'accesso a un testo scritto in linguaggio naturale possa essere di per sé intellegibile, questo è sempre meno vero quando

concerns, in particular, information to the data subjects on the identity of the controller and the purposes of the processing and further information to ensure fair and transparent processing in respect of the natural persons concerned and their right to obtain confirmation and communication of personal data concerning them which are being processed».

⁶⁵ Par. 2: «Transparency is a long established feature of the law of the EU5 . It is about engendering trust in the processes which affect the citizen by enabling them to understand, and if necessary, challenge those processes. It is also an expression of the principle of fairness in relation to the processing of personal data expressed in Article 8 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union. Under the GDPR, in addition to the requirements that data must be processed lawfully and fairly, transparency is now included as a fundamental aspect of these principles. Transparency is intrinsically linked to fairness and the new principle of accountability under the GDPR».

le informazioni sono trasmesse in una forma diversa dal linguaggio naturale (si vedrà il caso del codice sorgente di un algoritmo), o sono per loro costituzione difficilmente comprensibili a un pubblico non preparato a leggerle (si pensi, ad esempio, alla mera comunicazione di un insieme di dati).

Il Regolamento detta quindi una disciplina volta a implementare la trasparenza in caso di trattamento di dati personali, implementazione resa possibile da alcuni strumenti fra i quali vi è il diritto dell'interessato a ottenere una spiegazione. Il fondamento normativo di questo diritto, ma soprattutto l'effettività della sua tutela, sono stati oggetto di rilevanti riflessioni da parte della dottrina,⁶⁶ e saranno oggetto del prossimo paragrafo.

2.1 Il diritto a ottenere una spiegazione nel Regolamento 2016/679 (e il falso mito dell'explainability)

Per comprendere se nel Regolamento esista effettivamente un diritto a ottenere una spiegazione in caso di decisione individuale a seguito di un trattamento automatizzato, occorre anzitutto cercare di definire tale diritto, posto che, come si vedrà nel corso di questo capitolo, l'espressione è usata più volte, in diversi contesti normativi, con l'aggravante del plurilinguismo e della conseguente necessità di traduzione, il che rende ancora più arduo afferrare il concetto. Sarà forse opportuno elaborare una mappa⁶⁷ di come una spiegazione potrebbe essere articolata e su cosa potrebbe vertere.

⁶⁶ B. GOODMAN et S. FLAXMAN, « European Union regulations on algorithmic decision-making and a “right to explanation” », *AI Magazine*, ottobre 2017, vol. 38, n. 3, pp. 50 e ss; L. EDWARDS et M. VEALE, «Slave to the Algorithm? Why a “right to an explanation” is probably not the remedy you are looking for», *Duke Law & Technology Review*, 2017, pp. 18 e ss; M.E. KAMINSKI, «The Right to Explanation, Explained», *Berkeley Technology Law Journal*, v. 34, 2019 pp. 65 e ss; A. D. SELBST AND J. POWLES «Meaningful Information and the Right to Explanation» *International Data Privacy Law*, v. 7, 2017, pp. 233 e ss.

⁶⁷ Per questo paragrafo mi rifaccio alla ricostruzione proposta dal S. WACHTER, B. MITTELSTADT e L. FLORIDI, «Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation», *International Data Privacy Law*, 2017, vol. 7, p. 76 e ss.

La spiegazione potrebbe in primo luogo essere fornita sul *funzionamento del sistema* che porta ad assumere la decisione, quindi su quali sono i criteri predeterminati, come funzionano la struttura decisionale e la modalità di classificazione; oppure sulla *singola decisione*, quindi sulle ragioni e le circostanze che in un caso specifico sono state determinati, e sul peso di ciascuna.

La spiegazione potrebbe intervenire *ex ante* o *ex post*: ovviamente se interviene *ex ante* verterà esclusivamente sul funzionamento del sistema, se *ex post* su uno solo o entrambi dei due aspetti evidenziati.

Il Considerando 71 del Regolamento, che come si vedrà a breve è l'unico a fare espresso riferimento al diritto a ottenere una spiegazione, è chiaramente improntato su un modello *ex post*, dal momento che riconosce un diritto a ottenere una spiegazione della decisione conseguita a esito della valutazione automatizzata (e quindi a contestare la decisione).⁶⁸ Ciò che deve essere ora indagato è se sussista base legale per affermare la sussistenza di un diritto a ottenere una spiegazione all'interno del Regolamento, e quale essa possa essere. Del diritto in questione è fatta menzione nel Considerando 71, appena richiamato, l'unico che parli esplicitamente del «right to explanation». Ma – come è noto – i considerando sono privi di una portata normativa autonoma.⁶⁹ E l'art. 22, che il Considerando 71 commenta, non vi fa del resto alcuna menzione, mentre contempla altre garanzie procedurali in caso di decisione a esito di un trattamento automatizzato, come si è visto nel capitolo precedente.⁷⁰

⁶⁸ Considerando 71 par. 4: «In ogni caso, tale trattamento dovrebbe essere subordinato a garanzie adeguate, che dovrebbero comprendere la specifica informazione all'interessato e il diritto di ottenere l'intervento umano, di esprimere la propria opinione, di ottenere una spiegazione della decisione conseguita dopo tale valutazione e di contestare la decisione».

⁶⁹ «After the statement of the powers relied on (which, in the English language version start with the words 'Having regard to ...') come a number of Recitals (which, in the English text start with the word 'Whereas ...'). These Recitals explain the background to the legislation and the aims and objectives of the legislation. They are, therefore, important to an understanding of the legislation which follows». Sul punto si veda J. ZILLER, *Diritto delle politiche e delle istituzioni dell'Unione europea*, Bologna, Il Mulino, 2013.

⁷⁰ È stato infatti sottolineato come «Rights have to be explicitly legally established prior to their enforcement. This idea stems from the relationship between legal rights and duties. The scope of a right can be subject to interpretation; a legal basis for its existence must, however, first be beyond doubt [...] The safeguards specified in Recital 71 are almost identical to those in Article 22(3), with the significant difference of the further inclusion of a right “to obtain an explanation of the decision reached after such assessment” in

A fondamento dell'esistenza di un diritto a ottenere una spiegazione possono certamente richiamarsi gli artt. 13 e 14,⁷¹ che, entrambi al co. 2, stabiliscono come, nel caso di processi decisionali automatizzati (definiti all'art. 22 del Regolamento), il titolare del trattamento debba fornire in primo luogo notizia dell'esistenza di quel dato trattamento, e in secondo luogo informazioni sulla logica utilizzata e sulle conseguenze che ne derivano. Se si riprende la distinzione sopra proposta fra spiegazione *ex ante* ed *ex post*, è evidente che ci si trova qui di fronte ad una ipotesi di spiegazione che interviene *prima* che la decisione venga assunta, tant'è vero che riguarda appunto la logica su cui si fonda. Né potrebbe essere diversamente anche se ci riferisce al fatto che la spiegazione dovrebbe intervenire nel momento in cui i dati sono raccolti, quindi più facilmente *prima* che la decisione intervenga.

Speculare alla previsione degli artt. 13 e 14 è quella dell'art. 15 del Regolamento: essa riconosce, infatti, gli stessi diritti di cui al par. 2 dei due artt. appena esaminati, ma non come un dovere in capo al titolare del trattamento, piuttosto come un diritto a ottenere le informazioni in capo al soggetto interessato.⁷²

L'art. 15 potrebbe dunque avere una *vis expansiva* maggiore degli artt. 13 e 14, dal momento che sembra riconoscere il diritto di accedere alle informazioni senza specifici limiti temporali, ma, stante il riferimento alle *conseguenze previste* – che ancora

Recital 71. The purposeful omission of this text from Article 22 may not be an oversight but suggests that legislators did not intend to implement a right to explanation of specific decisions in the GDPR», S. WACHTER, B. MITTELSTADT et L. FLORIDI, «Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation », *op. cit.* p. 80.

⁷¹ Art. 13(2): «In aggiunta alle informazioni di cui al paragrafo 1, nel momento in cui i dati personali sono ottenuti, il titolare del trattamento fornisce all'interessato le seguenti ulteriori informazioni necessarie per garantire un trattamento corretto e trasparente: [...] f) l'esistenza di un processo decisionale automatizzato, compresa la profilazione di cui all'articolo 22, paragrafi 1 e 4, e, almeno in tali casi, informazioni significative sulla logica utilizzata, nonché l'importanza e le conseguenze previste di tale trattamento per l'interessato» (l'art. 14(2) detta la medesima disciplina con la differenza che i dati a cui si fa riferimento non sono stati raccolti presso l'interessato).

⁷² Art. 15(1): «L'interessato ha il diritto di ottenere dal titolare del trattamento la conferma che sia o meno in corso un trattamento di dati personali che lo riguardano e in tal caso, *di ottenere l'accesso* ai dati personali e *alle seguenti informazioni*: [...] h) l'esistenza di un processo decisionale automatizzato, compresa la profilazione di cui all'articolo 22, paragrafi 1 e 4, e, almeno in tali casi, informazioni significative sulla logica utilizzata, nonché l'importanza e le conseguenze previste di tale trattamento per l'interessato».

una volta non costituisce il fondamento del diritto a ottenere una spiegazione successiva all'assunzione di una decisione individuale (l'ottenimento di una spiegazione della decisione conseguita come previsto dal Considerando 71) –, non pare offrire in realtà che la possibilità di accesso alle informazioni solo secondo il modello *ex ante*.

Certo, nel ricercare una base legale del diritto in questione, resta un dato da considerare, anche se pare un argomento assai debole: l'art. 22(3) del Regolamento fa riferimento, come già s'è ampiamente visto nel capitolo precedente, al diritto dell'interessato a contestare la decisione assunta nei suoi confronti.⁷³ E poiché se non si comprende la logica che ha consentito di porre in essere la decisione è impossibile opporvisi, il diritto a ottenere una spiegazione di tale logica potrebbe essere - come è stato sostenuto in dottrina - implicitamente desumibile proprio dall'art. 22(3).⁷⁴

È importante anche qui richiamare quanto detto al capitolo precedente circa la nozione di processo decisionale automatizzato: dalle Linee guida del Gruppo di Lavoro 29 sembra potersi inferire che le garanzie previste ex art. 22(3) si applichino in caso o di trattamento completamente automatizzato o in caso di ricorso allo strumento della profilazione, anche solo per assumere parte della decisione. Questo porterebbe a escludere la possibilità di invocare il diritto a ottenere una spiegazione nel caso in cui il ricorso all'automazione coinvolga solo parte della decisione (e non si sia ricorso alla profilazione per come caratterizzata all'art. 4 del regolamento e specificata dalle Linee Guida).⁷⁵

⁷³ Si veda in questo senso quanto detto da Wachter, Mittelstadt e Floridi: «A broad reading of Article 22(3), according to which an explanation is required to contest a decision, would strengthen the right to contest. In this case, the argument for a right to explanation of specific decisions could be further buttressed by drawing on the rights to fair trial and effective remedy enshrined in Articles 6 and 13 of the European Convention on Human Rights and Article 47 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union. Without an explanation of how the algorithm works, both rights are hard to enforce, because the decisions/evidence used will be impossible to contest in court». S. WACHTER, B. MITTELSTADT et L. FLORIDI, «Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation», *op. cit.* p. 93.

⁷⁴ Questa considerazione va letta contestualmente a quanto si dirà poi in materia di diritto di accesso al dice sorgente nella giurisprudenza italiana (par. 1.2.2.1)

⁷⁵ «Qualsiasi forma di trattamento automatizzato di dati personali consistente nell'utilizzo di tali dati personali per valutare determinati aspetti personali relativi a una persona fisica, in particolare per analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze

2.2 Profili problematici e considerazioni di diritto comparato

2.2.1 *Il software opera di ingegno quale limite al diritto d'accesso*⁷⁶

Il problema dell'utilizzo di un software libero (o *open source*) per svolgere attività di carattere pubblicistico è stato oggetto di una attenta riflessione anche in sede di elaborazione della *Loi pour une République numérique*, in particolare per la stesura dell'art. 4 di cui si è diffusamente parlato al par. 2.3. In quella occasione la questione della tutela del segreto industriale, anche in caso di algoritmi elaborati da società pubbliche (o che verrebbero funzionalmente qualificate come pubbliche amministrazioni in caso di richiesta di accesso), ha portato il Legislatore a una estrema prudenza, tanto a tutela della concorrenza quanto al fine di evitare un alto numero di contenziosi.⁷⁷ Ma oltre che dei casi in cui l'amministrazione abbia acquistato il software (software di tipo proprietario mediante ricorso a licenza d'uso), occorre anche preoccuparsi di quelli in cui il software sia stato realizzato per conto della Pubblica Amministrazione per un dato scopo senza che questo sia rilasciato *open source*. Il Conseil constitutionnel nel giugno

personali, gli interessi, l'affidabilità, il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti di detta persona fisica. La profilazione è costituita da tre elementi: 1) deve essere una forma di trattamento *automatizzato*; 2) deve essere effettuata su *dati personali*; 3) il suo obiettivo deve essere quello di *valutare aspetti personali* relativi a una persona fisica». Linee Guida sul processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche e sulla profilazione, Gruppo di Lavoro art. 29, p. 7.

⁷⁶ Mi rifaccio in questa sede alle nozioni come organizzate nel Codice dell'Amministrazione digitale.

⁷⁷ «Un tel régime présente un risque d'appropriation immédiate, gratuite et irréversible des savoir-faire des SPIC. Il conduirait donc à les déposséder de leur patrimoine industriel. [...] Nous devons donc être très prudents sur ces questions, d'autant plus que l'exception liée au secret en matière industrielle ou commerciale est juridiquement incertaine. Elle peut occasionner de très nombreux contentieux», Assemblée Nationale, martedì 19 gennaio 2016; <http://www.assemblee-nationale.fr/14/cri/2015-2016/20160104.asp#P701121>.

del 2018 ha cercato una soluzione di compromesso: non possono essere assunte decisioni automatizzate qualora il software sulla base del quale vengono adottate rientri nelle eccezioni alla comunicabilità previste dall'art. L. 311-5 del CRPA.⁷⁸

Il panorama italiano, come si è visto, è in parte differente, il che è dovuto principalmente al fatto che la questione è stata affrontata esclusivamente in sede giurisprudenziale;⁷⁹ è impossibile, quanto meno ad avviso di chi scrive, pensare che la posizione sostenuta dal tribunale amministrativo possa diventare oggetto di una disposizione normativa, soprattutto perché, per come è venuta a configurarsi, necessita di un giudizio di bilanciamento *ad hoc* ogni volta in cui si presenta.

Contestualmente va anche ricordato, però, che il 9 maggio 2019 sono entrate in vigore le Linee Guida su acquisizione e riuso di software per le pubbliche amministrazioni elaborate dall'AgID, che hanno come obiettivo quello di dare attuazione tecnico-normativa agli artt. 68 e 69 co. 2bis del CAD. Leggendole appare chiaro che l'intenzione è quella di incentivare l'utilizzo del codice *open source* e soprattutto il riuso del codice (dato che le esigenze delle amministrazioni sono spesso condivise), ma questo non significa affatto che l'amministrazione sia tenuta a rinunciare al ricorso al software proprietario.⁸⁰

⁷⁸ Conseil constitutionnel, commentaire décision n. 2018-765 del 12 giugno 2018 (Loi relative à la protection des données personnelles): «Ainsi, il a tiré de la référence à l'article L. 311-3-1 du code des relations entre le public et l'administration, qui prévoit comme exception à la communication des principes et règles de mises en œuvre d'un algorithme, celles des documents dont la communication serait susceptible de porter atteinte aux secrets et intérêts prévus au 2° de l'article L. 311-5 du même code (secret de la défense nationale, sûreté de l'État...), qu'aucune décision administrative ne pourra être fondée exclusivement sur un algorithme dont les principes de fonctionnement ne seraient pas communicables en raison de cet article L. 311-5».

⁷⁹ Si fa riferimento alla sentenza del Tar del Lazio Sez. III bis n. 3769 di cui ci si è occupati al par. 1.3.1.

⁸⁰ Si potrebbero invece immaginare delle clausole contrattuali *ad hoc* anche in presenza di software proprietario che ne consentano la verifica da una autorità terza di controllo (come si dirà meglio in sede di conclusioni) potendo così evitarne la diffusione e preservarne il valore commerciale.

2.2.3 Trasparenza conseguita e opacità residua: per una nuova prospettiva

Come già si accennava nel corso del par. 2.4, la normativa introdotta dalla *Loi pour une République numérique* lascia spazio a diverse perplessità in merito alla sua efficacia. Alcune sono relative all'obbligo di pubblicazione per le ragioni già esposte, altre coinvolgono invece il diritto ad ottenere informazioni sul trattamento algoritmico, anche per come attuato dal decreto del 2017.

La giurisprudenza francese, come quella italiana – seppur con le differenze sottolineate al par. 2.2.2 –, era arrivata a qualificare in primo luogo il codice sorgente come documento amministrativo, e in secondo luogo a garantirvi l'accesso, ovviamente a esito di un giudizio di bilanciamento con altri interessi. Nell'elaborazione legislativa successiva viene meno qualsiasi riferimento al diritto d'accesso al codice sorgente o in generale all'algoritmo, sostituito, come si è visto, dal diritto di ottenere informazioni relative al trattamento automatizzato.⁸¹

Questa nuova configurazione del diritto implica, certo, un approdo importante e reale, come si è visto al par. 1.2.7 di questo capitolo: affinché il diritto di conoscenza sia effettivamente garantito non è sufficiente l'accesso all'informazione di per sé, ma tale informazione deve essere anche proposta in una forma che intellegibile al destinatario, tanto più se la forma in cui si potrebbe presentare è praticamente inaccessibile alla maggior parte dei soggetti interessati a conoscerla.⁸²

⁸¹ Fatta eccezione per alcune normative di settore, come si è visto con riferimento al Code de l'Éducation 2.2.3.

⁸² Si veda in questo senso T. DOUVILLE, «Parcoursup à l'épreuve de la transparence des algorithmes», *Daloz IP/IT*, 2019, p. 390 e ss., ma anche quanto la CADA osservava già con riferimento al diritto di accesso al codice sorgente: «La Commissione ritiene quindi che si debba intendere che, per avere efficacia, le disposizioni del nuovo comma aggiunto all'articolo L311-3 (art. 3 della legge del 17 luglio 1978) debbano inoltre offrire agli interessati, oltre all'eventuale comunicazione del codice sorgente, la cui comprensione richiede competenze tecniche in materia di programmazione, spiegazioni complementari tali da esplicitare le regole di trattamento messe in atto e le sue principali caratteristiche» («La commission estime donc que, pour présenter un effet utile, les dispositions du nouvel alinéa ajouté à l'article L311-3 (art. 3 de la loi du 17 juillet 1978) doivent être comprises comme ouvrant en outre à ces personnes le droit d'obtenir de l'administration, en complément de la communication éventuelle du code source, dont la

Il binomio accessibilità/conoscibilità appare dunque assai significativo, ma sulla base della normativa ora vigente non è previsto in alcun modo l'accesso al codice di per sé.

Vale senza dubbio la pena di interrogarsi sulle ragioni che hanno portato il Legislatore francese a operare questa scelta: in primo luogo il problema della proprietà industriale del software, qualora non realizzato dall'amministrazione e del quale l'amministrazione non abbia acquisito la proprietà intellettuale (vedi par. 4.1), o comunque l'interesse economico che anche l'amministrazione stessa potrebbe voler preservare mantenendo la segretezza del software.

Certo si potrebbe obiettare che la protezione del segreto industriale è già oggetto di bilanciamento anche in caso di diritto d'accesso: ma la CADA potrebbe rifiutare una richiesta d'accesso all'algoritmo solo in ragione del fatto che ora il CRPA prevede esplicitamente un'altra forma di tutela?⁸³ La riflessione non è meramente teorica, ma ha significative conseguenze applicative: una pura descrizione in linguaggio naturale del funzionamento dell'algoritmo non si distinguerebbe in realtà molto dalla norma di legge che detta le regole sulla base delle quali l'algoritmo viene programmato: se si torna a quanto detto nel corso del II capitolo della prima parte di questo lavoro, si può ricordare come molti dei problemi e dei *bias* che possono sorgere sono relativi a come l'algoritmo viene programmato e non tanto alle norme che in teoria lo regolano.⁸⁴

compréhension nécessite des compétences techniques en codage informatique, des explications complémentaires, explicitant les règles de traitement mises en œuvre et les principales caractéristiques de celle-ci. Ces dispositions complètent ainsi, notamment en faveur des personnes morales, le droit que toute personne physique tient de l'article 39 de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés d'obtenir du responsable d'un traitement de données à caractère personnel « les informations permettant de connaître et de contester la logique qui sous-tend le traitement automatisé en cas de décision prise sur le fondement de celui-ci et produisant des effets juridiques à l'égard de l'intéressé»), CADA, Avis n. 20155079 sur le projet de loi pour une République numérique, 19.5.2015 (traduzione mia).

⁸³ Anche se, fino ad ora, non sembra aver abbandonato l'interpretazione estensiva del diritto d'accesso tradizionale, dato che ha consentito l'accesso anche con decisioni successive all'entrata in vigore delle nuove regole del CRPA. L'indirizzo della CADA potrebbe andare in questo senso nella direzione opposta a quella per la quale le è stata attribuita competenza in materia: è facile pensare che possa sollevarsi un contenzioso davanti al giudice amministrativo.

⁸⁴ È efficace il parallelismo che in questo senso fa Élise Mouriessé, che osserva come il programmatore non sia dissimile da un traduttore: è impossibile non vi siano delle decisioni arbitrarie nel suo lavoro, dato

In più, l'accesso al codice sorgente consente di verificare realmente il funzionamento del trattamento automatizzato, in modo tale che, al netto della documentazione esplicativa, possa essere verificata la conformità alla legge del suo funzionamento.

Parte della dottrina⁸⁵ ha inoltre osservato come la comunicazione dell'algoritmo stesso sarebbe l'unico modo per garantire l'effettiva tutela giurisdizionale in un ricorso avente come oggetto una decisione adottata sulla base di un trattamento automatizzato: senza verificarne il funzionamento sarebbe impossibile accertarne la legittimità, e persisterebbe sempre un certo grado di opacità.

All'interno del dibattito presentato nel corso di questo capitolo la tensione fra trasparenza e intrinseca opacità parrebbe insuperabile: da una parte l'accesso all'intero algoritmo sembra lesivo di giuste istanze di tutela commerciale, dall'altra permangono comunque delle difficoltà in termini di intellegibilità. Nel momento in cui queste vengono in qualche modo ridotte, ad esempio attraverso documenti esplicativi, finiscono però con il riemergere, come appare evidente dalle considerazioni appena fatte circa la necessità di poter testare e verificare il funzionamento dell'algoritmo stesso per accertarsi del suo legale funzionamento.

Forse è la prospettiva adottata ad essere in parte errata, come cercherò di dimostrare nelle considerazioni conclusive

che ogni lingua è governata dalle sue regole e che l'obiettivo è quello di ottenere la miglior traduzione (programma, in questo caso) possibile: «Le concepteur a en effet le même pouvoir qu'un traducteur : il traduit en langage informatique un texte juridique, de la même façon qu'un traducteur traduit un récit français en allemand, soit deux langues n'ayant pas les mêmes racines. Or toute personne s'étant prêtée à la traduction sait qu'elle implique certains biais : les règles orthographiques, syntaxiques et grammaticales varient selon les langues, ce qui impose de procéder à des arbitrages, en vue d'obtenir la meilleure traduction possible. Le programmeur devra procéder aux mêmes arbitrages pour aboutir à la meilleure traduction informatique du raisonnement juridique. Ces choix peuvent influencer le fonctionnement de l'algorithme. Il est de ce fait nécessaire que l'algorithme tel qu'il est conçu soit lui aussi transparent», E. MOURIESSE, «L'opacité des algorithmes et la transparence administrative», *op. cit.*, p. 55.

⁸⁵ H. PAULIAT, «La décision administrative et les algorithmes : une loyauté à consacrer», *Revue du droit public*, s.d., n° 3, p. 641 e ss., P. COPPOLANI, «Le décret n° 2017-330 du 14 mars 2017 relatif aux droits des personnes faisant l'objet de décisions individuelles prises sur le fondement d'un traitement algorithmique: vers une victoire à la Pyrrhus?», *op. cit.*, J.-B. DUCLERCQ, «Les algorithmes en procès», *RFDA*, 2018, p. 131 e ss.

NOTA CONCLUSIVA

Nel concludere questo lavoro è importante, in primo luogo, fare il punto su alcuni nodi essenziali che si sono venuti via via affrontando.

La prima parte si è proposta come obiettivo la concettualizzazione e l'inquadramento normativo dell'automazione decisionale. Nel corso del I capitolo, dopo aver definito e delimitato l'oggetto della ricerca – oltre a chiarire alcune nozioni imprescindibili – lo si è collocato all'interno del più ampio percorso di digitalizzazione dell'amministrazione. E questo tanto per l'esperienza italiana che per quella francese, nella consapevolezza di quanto sia stato determinante il contributo europeo sia in termini di indirizzo politico sia in termini di contributo economico. Ci si è concentrati soprattutto sulla digitalizzazione del procedimento amministrativo, identificandone innanzitutto la cornice normativa in Italia, Francia e Unione Europea. Un paragrafo è stato dedicato esclusivamente ai progetti attualmente in corso in cui vengano utilizzati algoritmi di intelligenza artificiale: seppure gli stessi non siano oggetto diretto di questo lavoro, ne costituiscono però il naturale sviluppo. Nella II sezione ci si è interrogati sul modo in cui la digitalizzazione possa intervenire nelle diverse fasi procedurali, per poi focalizzare l'indagine sull'automazione in sede di iniziativa e di istruttoria, rinviando, per ciò che concerne l'automazione decisionale, al capitolo successivo. Nello svolgere questo segmento della trattazione sono venuti in evidenza i primi, cospicui, problemi relativi al modo in cui le politiche di digitalizzazione sono state condotte, con conseguenze rilevanti anche per l'automazione procedimentale. Due aspetti meritano di essere richiamati a tale proposito. Il primo, sul quale ci si è concentrati nella I sezione, è quello relativo alle fonti: la materia, per sua natura, coinvolge molti istituti tradizionali, e non è sempre agevole coordinare le diverse normative. L'operazione è resa ancora più complessa dal fatto che la disciplina in materia di automazione è piuttosto esigua: o si occupa della materia solo indirettamente (è il caso del Regolamento 2016/679), o si limita a individuare meccanismi

di tutela per il cittadino nel caso in cui l'amministrazione vi ricorra (è il caso della Francia). Il secondo profilo è quello relativo all'alfabetizzazione digitale: l'automazione coinvolge sì i rapporti interni dell'amministrazione, ma riguarda soprattutto i suoi rapporti con imprese e cittadini. Se, come si è visto, il principio dell'*innanzitutto digitale* di cui alla l. 124/2015 e dell'amministrazione digitale come *imperativo*¹ suggeriscono che i governi identificano la digitalizzazione quale strumento chiave per la realizzazione della semplificazione e dell'efficienza amministrativa, l'operazione non può avere come effetto collaterale l'esclusione di fasce di popolazione dal dialogo con l'amministrazione.

Il II capitolo ha per oggetto l'indagine sulla natura giuridica e sulla collocazione sistematica dell'automazione decisionale. Si è cercato in primo luogo di comprendere per quale tipo di attività sia possibile l'automazione della decisione, e se possano venire in aiuto le tradizionali categorie dell'attività amministrativa – discrezionale e vincolata – per individuare limiti e potenzialità dell'automazione stessa. Per condurre l'indagine si è fatto anche ricorso alla nozione di predeterminazione (o auto vincolo) dell'attività amministrativa. È emersa una generale difficoltà nello scindere i due tipi di attività, dalla quale deriva – quanto meno ad avviso di chi scrive – una tendenziale difficoltà, o non utilità, nel fare ricorso alle categorie di attività discrezionale e vincolata per individuare l'attività suscettibile di automazione. Questo soprattutto perché, come si è visto nel paragrafo relativo all'Anvur, nell'esercizio dell'attività amministrativa discrezionale possono esservi dei momenti vincolati, e l'automazione può intervenire sì sull'intero procedimento, sostituendosi a quello tradizionale, ma anche solo in alcune fasi del medesimo. In conclusione di questo capitolo è stata anche realizzata una - non esaustiva - attività di ricognizione delle tipologie di attività amministrative attualmente automatizzate.

Nella seconda sezione del capitolo II viene indagata la natura giuridica del programma mediante il quale l'automazione viene attuata. Le ipotesi ricostruttive considerate sono state diverse: che si tratti di un atto normativo, di un atto amministrativo generale, di un'operazione amministrativa; una ulteriore questione analizzata è stata quella del rapporto fra il programma e il funzionario, dato che il software si trova a svolgere attività che sono tradizionalmente appannaggio di un essere umano.

¹ Report dell'Organization for economic cooperation and development, *L'administration électronique: un impératif*, Paris, OECD Publishing, 2004

Anche dall'attività di analisi condotta in questo capitolo emergono alcuni profili importanti, soprattutto alla luce del fatto che, a seconda della nozione giuridica di programma che si accoglie, ne derivano differenti conseguenze in termini di validità degli atti e di responsabilità per l'adozione.

La seconda parte del lavoro è invece dedicata all'analisi dei problemi che si pongono qualora si ammetta il ricorso all'automazione decisionale. In particolare il I capitolo, dopo aver preso in considerazione l'ipotesi che l'automazione decisionale sia incompatibile *tout court* con le garanzie procedurali poste a tutela del privato, si occupa di individuare regole e principi che consentano comunque di farvi ricorso. L'obiettivo, oltre a quello appena indicato di individuare nuovi principi a fondamento dell'ammissibilità (come, ad esempio, il necessario ruolo servente della tecnologia e l'imprescindibile ruolo del funzionario), è quello di analizzare in che modo istituti classici del procedimento, come l'obbligo di motivazione e la partecipazione, possano in ogni caso essere garantiti. Un esempio interessante è quello degli istituti di partecipazione procedimentale: alcuni di essi, infatti, non possono trovare applicazione per ragioni strutturalmente connesse al modo col quale opera l'automazione. Si è cercato quindi di ipotizzare come si possa ovviare al problema garantendo la partecipazione alla fase di elaborazione dell'algoritmo, tramite l'impiego di strumenti che sono propri del sistema francese in materia da partecipazione all'elaborazione dei regolamenti. Nella seconda sezione l'attenzione è venuta concentrandosi in particolare sul rapporto fra automazione e intellegibilità della decisione. Questo ha richiesto una disamina degli strumenti tradizionali (e di quelli appositamente introdotti per le decisioni automatizzate) posti a tutela della trasparenza dell'azione amministrativa, cui si è aggiunta un'analisi di casi di studio italiani e francesi.

Il quadro che emerge è piuttosto articolato, e richiede alcune generali riflessioni conclusive: del resto il lavoro di ricerca stesso reca nel titolo *problemi e prospettive*, ed è sulle seconde che ci si vuole ora concentrare. Una prima considerazione è però necessaria, prima di proseguire: le decisioni algoritmiche pubbliche sono già una realtà. «Sono in effetti degli algoritmi che calcolano le nostre tasse, i sussidi familiari, che mandano i nostri figli in una determinata scuola o università. È dunque molto importante che il ricorso a questi strumenti non celi, dietro uno schermo opaco, gli elementi che hanno portato ad adottare quella decisione: si rischierebbe altrimenti di lasciare spazio

all'arbitrio».² Le parole del Deputato francese sono del tutto condivisibili: se il divieto di qualsiasi tipo di decisione automatizzata da parte delle amministrazioni pubbliche risulterebbe anacronistico, è tanto più vero che i giuristi, in particolare gli studiosi di diritto amministrativo, non possono abdicare al loro ruolo e devono continuare a collaborare nell'individuare ciò che è legittimo e ciò che non lo è, evitando che lo strumento tecnologico possa celare l'arbitrarietà di una decisione.

Le questioni di maggior interesse che restano aperte possono così esse sintetizzate: un punto fondamentale è quello relativo all'indagine sui meccanismi di controllo delle decisioni algoritmiche, e sul momento in cui essi debbano intervenire. La prima ipotesi, quella che appare come più naturale, è che il controllo possa essere effettuato *ex post*, sulla singola decisione; la tutela in sede giurisdizionale resta, infatti, luogo di elezione per la tutela delle posizioni giuridiche dei singoli. Si pongono, però, difficoltà non irrilevanti: la sempre maggiore complessità dei sistemi utilizzati rende infatti sempre più ardua la possibilità di comprenderli, non solo per degli eventuali ricorrenti ma anche per coloro che debbono assisterli. Sarebbe necessaria la competenza di un consulente esperto anche solo per individuare gli elementi per il ricorso (come si è visto nel capitolo II della seconda parte in materia di diritto d'accesso, questo è necessario anche a fronte di un algoritmo piuttosto elementare).³

² C. Paul, deputato, nel corso del dibattito, in Assemblée Nationale, sull'art. 2 della Loi sur la République Numérique: «Ce sont en effet des algorithmes qui calculent nos impôts, les allocations familiales ou l'affectation de nos enfants dans telle école ou telle université. Il est donc très important que le recours à ces algorithmes ne dissimule pas les éléments constitutifs des décisions derrière un écran opaque, ce qui risquerait de laisser place à l'arbitraire».

³ In questo senso anche Coglianese e Lehr: «Given that this thorough examination of algorithmic error will entail sophisticated deconstructions of data quality and methodology, few individual claimants will readily possess the mathematical and analytical ability to conduct such an investigation without assistance. Even with the appointment of counsel, or with a requirement that a hearing examiner effectively act as counsel, claimants may not be able to receive a fair hearing about the choices embedded in and the data used by algorithmic adjudication. Most potential counsel or agency hearing examiners do not possess the necessary skills to interrogate machine learning systems. An expert must have a good degree of statistical knowledge to understand how, for example, variables' importance values are interpreted and what consequences those interpretations hold for the effects of possible erroneous variable measurements on predictions» C. COGLIANESE, e D. LEHR, «Regulating by Robot: Administrative Decision Making in the Machine-Learning Era», *The Georgetown law Journal*, vol. 105, 2017.

Certo è vero che, in materia di contenzioso amministrativo, l'elevato grado di complessità tecnica non è inusuale; è anche vero, però, che sistemi esperti possono essere utilizzati in maniera trasversale, quindi per decisioni che coinvolgono sia operatori economici di settore (che posseggono i mezzi necessari al ricorso), sia comuni cittadini (è il caso dell'assegnazione della sede universitaria, o dei sussidi familiari). Osservazioni affini possono essere fatte anche con riferimento ai giudici amministrativi: sarà necessario, ogni qual volta l'amministrazione ricorra all'uso di un algoritmo, che il giudice nomini un soggetto che lo assista nel valutare la legittimità del procedimento, qualora i vizi riscontrati dai ricorrenti vertano sul modo in cui l'algoritmo è stato programmato o sul suo funzionamento.⁴ C'è da aggiungere che questi i problemi acquisterebbero una portata ancora più ampia se l'amministrazione non si limitasse a ricorrere agli algoritmi deterministici o statistici, ma utilizzasse tecnologie di Machine Learning: in questo caso, infatti, i parametri tradizionali su cui si fonda il giudizio di legittimità di un atto difficilmente potrebbero risultare applicabili.⁵

⁴ Sul punto si veda anche quanto osservato da Duclercq : «Il appartiendra désormais aux magistrats, s'ils ne se résignent pas à diminuer la portée et l'intensité de leur contrôle à proportion de la complexité des algorithmes, d'étendre leur examen au cœur des instructions qu'ils contiennent. La tâche relèvera de la gageure en ce qui concernera, par exemple, le contentieux à venir des codes sources, érigés au rang de « documents administratifs », devenus communicables à l'exception de ceux de ces documents qui porteraient atteinte « à la sécurité des systèmes d'information des administrations ». À moins de disposer d'un haut diplôme en informatique, le juge administratif devra systématiquement recourir à une expertise pour être capable de comprendre les détails du mode opératoire de l'algorithme décrit dans le code source et détecter les menaces pesant sur la sécurité de ces systèmes». J.-B. DUCLERCQ, «Le droit public à l'ère des algorithmes», *Revue du droit public*, n.5, 2017

⁵ In questo senso anche Auby: «Il est assez évident que le contrôle juridictionnel des décisions administratives fondées sur des algorithmes ne sera pas de tout repos. Non seulement les juges ne seront en général pas plus experts que les citoyens moyens pour comprendre les algorithmes, mais on peut vraiment craindre que les techniques dont ils usent habituellement pour contrôler la motivation des actes administratifs et le rapport de ceux-ci à leurs motifs perdent leur efficacité actuelle. Ces techniques celles du contrôle de la proportionnalité, de l'erreur manifeste d'appréciation, etc. s'adressent en effet à des schémas classiques de rationalité causale. Elles risquent d'avoir une prise limitée sur des motivations qui reposent sur des corrélations statistiques, comme dans la logique fréquente des algorithmes». J.B. AUBY, «Le droit administratif face aux défis du numérique», *AJDA*, 2018.

Una soluzione percorribile potrebbe essere quella di immaginare un controllo non *ex post* sull'algoritmo, ma *ex ante*: in questo modo il sindacato del giudice potrebbe avere per oggetto la correttezza dei dati utilizzati per la singola decisione, ma non la legittimità dell'algoritmo in sé. Certo sarebbe necessario in questo caso che venissero poste in essere tutte le politiche possibili al fine di avvicinare i cittadini alle decisioni algoritmiche, per ridurre l'attuale diffidenza verso il mezzo tecnologico. In questo senso gli istituti partecipativi immaginati nel corso della seconda parte di questo lavoro (capitolo II, par. 2.3.2) potrebbero rivelarsi assai utili, nonostante le diverse difficoltà sollevate, per le quali si rimanda alla trattazione specifica. Inoltre, non sono pochi i problemi (anche di carattere pratico) che vengono alla luce: basti solo pensare al fatto che gli algoritmi necessitano di un aggiornamento costante, e sarebbe molto complesso immaginare che questa verifica possa avvenire ogni volta.

D'altro canto è assai importante determinare quale soggetto dovrebbe essere preposto a questo compito di controllo in sede di elaborazione degli algoritmi: per risolvere il problema dell'aggiornamento costante si potrebbe immaginare che ad elaborare gli algoritmi sia un corpo di membri tecnici parte dell'amministrazione. Ovviamente questo richiederebbe, come si vedrà meglio al punto 2, nuove politiche di formazione e di assunzione all'interno dell'amministrazione pubblica. Si potrebbe in alternativa pensare di attribuire questa funzione a una autorità, sul modello delle autorità indipendenti, dato l'elevato grado di complessità della materia trattata.⁶

⁶ Sul punto si veda quanto osservato da Mourisse: «Une autre solution serait la création d'un service public de contrôle de la conception des algorithmes, qui pourrait produire des rapports accessibles au public. On peut également imaginer une certification par une autorité administrative indépendante, comme l'a de nombreuses fois proposé la doctrine. Puisque la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) peut être décrite comme un « garde-fou éthique », il pourrait être envisagé de lui confier ce rôle, sous réserve d'adapter ses pouvoirs et sa composition. Cette solution s'inscrirait dans la lignée du RGPD, de la loi pour une République numérique et de la loi du 20 juin 2018, qui ont eu pour objectif d'augmenter les pouvoirs de la CADA et de la CNIL». E. MOURIESSE, «L'opacité des algorithmes et la transparence administrative», *RFDA*, 2019, p. 45 e ss. Sul punto si vedano anche quanto detto dal Conseil d'État («Développer et favoriser la mise en réseau, au niveau européen, de structures dotées d'une certaine indépendance, regroupant des compétences scientifiques, juridiques et économiques, ayant pour mission de veiller de manière continue et constante au fonctionnement des algorithmes et des intelligences artificielles» CONSEIL D'ÉTAT, Étude annuel, *Puissance publique et plateformes numériques : accompagner l'« ubérisation »*, 2017) e il Rapport del Conseil national du numérique: «Le Conseil national

Nell'ipotesi di un controllo *ex ante* da parte di un soggetto terzo si avrebbe anche il considerevole vantaggio di poter salvaguardare la segretezza dell'algoritmo e del software, qualora essi fossero stati programmati e implementati da un privato.⁷ Ovviamente, entrambe le soluzioni prospettate sarebbero immaginabili soltanto qualora gli algoritmi fossero implementati dalle pubbliche amministrazioni su scala nazionale, secondo una gestione centralizzata (non diversamente da quanto è stato fatto con il programma Consolle del magistrato, che è l'unica applicazione che consenta ai giudici di gestire il Processo Civile Telematico) e non in autonomia, sulla base della loro potestà auto-organizzatoria, come prospettato nel Capitolo II della prima parte del lavoro.

Tutte le soluzioni fino a questo momento prospettate portano al secondo e conclusivo punto di queste considerazioni finali: è infatti necessario ripensare la formazione digitale, in due differenti prospettive. Sono anzitutto necessarie, come si è più volte ricordato nel corso di questo lavoro, delle politiche pubbliche volte a colmare il divario digitale fra fasce di popolazione suddivise per età, livello di istruzione e provenienza geografica. Questo risulta indispensabile per il conseguimento di obiettivi sia di medio-lungo periodo (altrimenti strumenti partecipativi come quelli esposti poco più su perderebbero di significato), sia più immediati, al fine di evitare fenomeni di

du numérique ne juge pas souhaitable d'imposer aux entreprises, même de grande taille, une forme de certification de leurs algorithmes a priori. En revanche, il semble plus qu'utile de créer une nouvelle profession, dotée d'un statut légal et de compétences à la fois de data scientist et de juriste. Ce corps d'experts serait susceptible d'intervenir en cas de suspicion forte de non-respect de la loyauté, à la demande exclusive d'une autorité de régulation ou dans un cadre judiciaire, pour aller examiner le fonctionnement de l'algorithme en question». CONSEIL NATIONAL DU NUMERIQUE, Rapport, *Ambition numérique : pour une politique française et européenne de la transition numérique*, 2015.

⁷ Si vedano sul punto Wachter, Mittelstadt e Floridi: «This approach limits the risk to data controllers of exposing trade secrets, while also providing an oversight mechanism for data subjects that can operate when explanations are infeasible or too complex for lay comprehension. The powers of Supervisory Authorities could be expanded in this regard. Alternatively, a European regulator could be created specifically for auditing algorithms, before (certifications) and/or after algorithms are being deployed». S. WACHTER, B. MITTELSTADT, e L. FLORIDI, «Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation», *International Data Privacy Law*, vol. 7, 2017.

esclusione dovuti all'impossibilità di accesso alle risorse informatiche o all'incapacità di utilizzarle.⁸

Il ripensamento della formazione non coinvolge soltanto i cittadini nel loro necessario rapporto con l'amministrazione, ma coinvolge soprattutto l'amministrazione stessa, la formazione e l'organizzazione dei suoi uffici.

Il passaggio al digitale dell'amministrazione comporta la necessità di creare nuove figure professionali al suo interno, e al contempo di investire sulla preparazione dei funzionari che si trovano a lavorare con i nuovi strumenti. In effetti questa esigenza è stata recepita dal CAD, che, all'art. 13, fa riferimento alla formazione informatica dei dipendenti pubblici. È anche vero, però, che allo stesso articolo viene richiesto che essa avvenga ricorrendo alle risorse finanziarie già disponibili all'amministrazione, rendendo così l'art. 13 in buona sostanza un'affermazione a carattere programmatico, priva di una efficacia diretta.⁹ Le difficoltà non sono, tuttavia, esclusivamente economiche. Si tratta

⁸ Questo coerentemente con quanto osservato dal Consiglio di Stato: «Gli obiettivi di lungo periodo ineriscono al superamento delle problematiche, ormai note anche a livello europeo, connesse sia con il gap del paese rispetto al resto d'Europa in materia di digitalizzazione - che, come emerso dai rapporti denominati Digital Agenda Scoreboard e Digital Economy and Society Index (DESI), vede l'Italia al venticinquesimo posto in Europa nella diffusione della connessione internet tramite banda larga, nell'utilizzo di internet, nella diffusione delle competenze digitali, nel livello di innovazione digitale delle piccole e medie imprese e nella presenza di servizi pubblici digitali - sia con il cosiddetto digital divide ovvero il divario esistente tra chi ha accesso effettivo alle tecnologie dell'informazione e chi ne è escluso, in modo parziale o totale, in ragione delle proprie condizioni economiche, del livello d'istruzione, della qualità delle infrastrutture e della provenienza geografica». Parere interlocutorio reso dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato in data 17 marzo 2016 sullo schema di decreto legislativo recante “modifiche e integrazioni al Codice dell'Amministrazione Digitale di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, ai sensi dell'articolo 1 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle Amministrazioni pubbliche”.

⁹ Osserva ancora il Consiglio di Stato: «A quest'ultimo proposito occorre purtroppo rilevare che, almeno per quel che riguarda il caso dell'Italia, se l'art. 13 del Codice dell'Amministrazione Digitale (che reca l'epigrafe “Formazione informatica dei dipendenti pubblici”) prevede espressamente che si attuino anche “politiche di formazione del personale finalizzate alla conoscenza e all'uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione”, non vi è, tuttavia, un corrispondente stanziamento di risorse finanziarie ad hoc per questa formazione. La norma fa infatti riferimento all'utilizzo delle risorse complessive destinate al piano di formazione del personale. Sicché [...] nulla è stato stanziato

anche di ripensare l'organizzazione degli uffici per ciò che concerne le attività di back office, dato che la digitalizzazione in generale, e ancor di più l'introduzione di meccanismi di automazione decisionale, condizionano inesorabilmente le modalità di lavoro dei pubblici funzionari.¹⁰

specificamente per la formazione tecnologica del personale alle dipendenze della Pubblica Amministrazione». *Ibid.*

¹⁰ «Si evidenzia la necessità di realizzare una complessiva trasformazione delle pratiche di 'back-office', quindi in un certo senso si riferisce maggiormente alla dimensione organizzativa delle amministrazioni. Si rinviene nella letteratura l'idea che la fase dell'integrazione comporterebbe un vero e proprio passaggio da una concezione burocratico-centrica a una cittadino-centrica delle pubbliche amministrazioni, ove vale a dire tanto la dimensione organizzativa quanto quella prestazionale varierebbero in funzione delle esigenze degli utenti». S. CIVITARESE MATTEUCCI E L. TORCHIA, *La tecnificazione*, in L. FERRARA et D. SORACE (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana: studi*, Firenze, Firenze University Press, 2016.

BIBLIOGRAFIA ITALIANA

- ALBERTI, P., *Lezioni sul procedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 1992.
- ALLEGRETTI, U., *L'imparzialità amministrativa*, Padova, CEDAM, 1965.
- AMATO, G., BARBERA, A. e FUSARO, C., *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, 1995.
- ANDREANI, A., *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*, Padova, CEDAM, 1979.
- ARENA, G., *L'Accesso ai documenti amministrativi*, Bologna, Il Mulino, 1991.
- AVANZINI, G., *Decisioni algoritmiche e algoritmi informatici: predeterminazione, analisi predittiva e nuove forme di intellegibilità*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019.
- BARILE, P., *Il dovere di imparzialità della Pubblica Amministrazione*, in *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, Padova, Cedam, 1958
- BARMANN, B., «La responsabilità della PA per il cattivo funzionamento dei sistemi informatici», *Giorn. dir. amm.*, 2016.
- BARTOLINI, A. e PIOGGIA, A., *La legalità dei principi di diritto amministrativo e il principio di legalità*, in RENNA, M. e SAITTA, F. (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012.
- BASSANI, M., e ITALIA, V., *Procedimento amministrativo e diritto di accesso ai documenti*, Giuffrè, Milano, 1995.

- BASSI, N., *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Giuffrè, Milano, 2001.
- BENVENUTI, F., *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, Marsilio, 1994.
- BENVENUTI, L., *La discrezionalità amministrativa*, Padova, CEDAM, 1986.
- BERGONZINI, G., *La motivazione degli atti amministrativi*, Vicenza, Neri Pozza, 1979.
- BERGONZINI, G., «Difetto di motivazione del provvedimento amministrativo ed eccesso di potere», *Diritto Amministrativo*, 2000.
- BIGNAMI, F., «Comparative Administrative Law», in *GW Law Washington DC*, Public Law and Legal Theory Paper n. 2012-115, 2012.
- BLANKE, H.-J. e PERLINGEIRO, R., *The Right of Access to Public Information: An International Comparative Legal Survey*, Berlin, Springer, 2018.
- BOBBIO, N., *Legalità*, in BOBBIO, N. MATTEUCCI, N., *Dizionario di politica*, Utet, Torino, 1976.
- BOLOGNESI, M., *Il diritto di accesso: profili evolutivi*, Genova, ECIG, 2007.
- BOMBARDELLI, M., *Decisioni e pubblica amministrazione: la determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Torino, Giappichelli, 1996.
- BOMBERDELLI, M., «La motivazione dei giudizi espressi con voto numerico», *Giornale di diritto amministrativo*, 2010.
- BORRUSO, R., *Computer e diritto. Problemi giuridici dell'informatica*, Milano, Giuffrè, 1988.

BORRUSO R., *La legge, il giudice, il computer: un tema fondamentale dell'informatica giuridica*, Milano, Giuffrè, 1997.

BOVENS, M. e ZOURIDIS, S., «From Street-Level to System-Level Bureaucracies: How Information and Communication Technology is Transforming Administrative Discretion and Constitutional Control », *Public Administration Review*, vol. 62, 2002.

BYGRAVE, L.A., «Minding the Machine: Article 15 of the EC Data Protection Directive and Automated Profiling», in *Computer Law & Security Report*, n. 17, 2001.

CALZOLAIO, S., «Privacy by design. Principi, dinamiche, ambizioni del nuovo Reg. Ue 2016/679», *federalismi.it*, 2017.

CAMILLETTI, F., «La responsabilità della pubblica amministrazione per violazione del diritto all'uso delle tecnologie», *federalismi.it*, 2008.

CARLEO, A., *La decisione robotica*, Bologna, Il Mulino, 2019.

CARLONI, E., *Le verità amministrative: l'attività conoscitiva pubblica tra procedimento e processo*, Milano, Giuffrè, 2011.

CARLONI, E., «Tendenze recenti e nuovi principi della digitalizzazione pubblica», *Giornale Dir. Amm.*, 2015.

CAROTTI, B., «La riforma della pubblica amministrazione, l'amministrazione digitale e la trasparenza amministrativa», *Giornale Dir. amm.*, 2015.

CAROTTI, B., «L'Amministrazione digitale: le sfide culturali e politiche del nuovo codice», *Giornale dir. amm.*, 2017.

CARRER, S., «Se l'amicus curiae è un algoritmo: il chiacchierato caso Loomis alla Corte Suprema del Wisconsin», *Giur. pen.*, 2019.

CARULLO, A., *La prassi amministrativa*, Bologna, CEDAM, 1979.

CARULLO, G., *Gestione, fruizione e diffusione dei dati dell'amministrazione digitale e funzione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2017.

CASSETTA, E., MOLASCHI, V. e VIDETTA, C. (a cura di), *Scritti in onore di Elio Casetta*, Napoli, Jovene, 2001.

CASSETTA, E., «Profili della evoluzione dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione», *Dir. amm.*, 1993.

CASSETTA, E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2011.

CASSATELLA, A., *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Dipartimento di scienze giuridiche, Padova, CEDAM, 2013.

CASSESE, S. e CATENACCI, M., *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2006.

CASSESE, S., «Il privato e il procedimento amministrativo. Una analisi della legislazione e della giurisprudenza», *Arch. Giur.*, 1970.

CASSESE, S., «Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale», *Riv. it. scienz. giur.*, 1986.

CASSESE, S., *Il procedimento amministrativo tra modello partecipativo e modello "neoclassico"*, in TORCHIA, L. (a cura di), *Il procedimento amministrativo: profili comparati*, Padova, CEDAM, 1993.

CASSESE, S., «La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato», *Riv. trim. dir. pubb.*, 2007.

CASTRO-EDWARDS, J., *EU general data protection regulation: a guide to the new law*, London, The Law Society, 2017.

CERBO, P., «Il potere di organizzazione della pubblica amministrazione fra legalità e autonomia», *Jus*, 2008.

CERRI, A., *Imparzialità e indirizzo politico nella Pubblica Amministrazione*, Padova, CEDAM, 1973.

CITRON, D.K. e PASQUALE, F., «The scored society: due process for automated predictions», *Washington Law Review*, vol. 89, 2014.

COBBE, J., «Administrative Law and the Machines of Government: Judicial Review of Automated Public-Sector Decision-Making», *Legal studies*, 2019.

COGLIANESE, C. e LEHR, D., «Regulating by Robot: Administrative Decision Making in the Machine-Learning Era», *The Georgetown Law Journal*, vol. 105, 2017.

COGLIANI, S. (a cura di), *Commentario alla legge sul procedimento amministrativo*, Padova, CEDAM, 2004.

CONITZER, V., FREEMAN, R. e SHAH, N., «Fair Public Decision Making», *Proceedings of the 2017 ACM Conference on Economics and Computation*, 2017.

CORSO, G. e TERESI, F., *Procedimento amministrativo e accesso ai documenti: commento alla legge 7 agosto 1990, n. 241*, Rimini, Maggioli, 1991.

CORSO, G., «Il principio di legalità nell'ordinamento italiano», *Studium iuris*, 2010.

COSSUTTA, M., *Questioni sull'informatica giuridica*, Giappichelli, Torino, 2003.

COSTANTINO, F., *Autonomia dell'amministrazione e innovazione digitale*, Napoli, Jovene, 2012.

COSTANTINO, F. «Lampi. Nuove frontiere delle decisioni amministrative tra open e big data», *Dir. amm.*, 2017.

COSTANTINO, F., «Intelligenza artificiale e decisioni amministrative», *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, n. 8, 2017.

CRAIG, P., *Administrative law*, London, Sweet & Maxwell, 2012.

CRAWFORD, K. e SCHULTZ, J., «Big Data and Due Process: Toward a Framework to Redress Predictive Privacy Harms», *55 B.C.L. Rev.*, 2014.

D'ELIA, I., e CIAMPI, C., *L'informatica nella pubblica amministrazione: problemi, risultati, prospettive*, Roma, Nis, 1987.

D'ALBERTI, M., «La 'visione' e la 'voce': le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi», *Riv. trim. dir. pubbl.*, vol. 3, 2000.

D'ALESSIO, G., *Il buon andamento dei pubblici uffici*, Clua, Ancona, 1993.

D'ORSOGNA, D., *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, Napoli, Editoriale scientifica, 2005.

DE BENEDETTO, M., MARTELLI, M. e RANGONE, N., *La qualità delle regole*, Bologna, Il Mulino, 2011.

DE BENEDETTO, M., *Istruttoria amministrativa e ordine del mercato*, Torino, Giappichelli, 2008.

DE GRAZIA, D., «Informatizzazione e semplificazione dell'attività amministrativa nel 'nuovo' codice dell'amministrazione digitale», *Dir. pubb.*, 2011.

DE NES, M., «La sentenza della Corte costituzionale n. 251 del 2016 e i possibili riflessi sul coordinamento della finanza pubblica», *forumcostituzionale.it*, 2017.

DELGADO, I.M., «La riforma dell'amministrazione digitale: Un'opportunità per ripensare la pubblica Amministrazione», in *La tecnificazione*, vol. 4, Firenze University Press, 2016.

DELLA CANANEA, G. e FRANCHINI, C., *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, Giappichelli, 2013.

DELLA CANANEA, G. e GALETTA D.-U., *Codice ReNEUAL del procedimento amministrativo dell'Unione europea*, Napoli, Editoriale scientifica, 2016.

DELLA CANANEA, G., *Il diritto di essere sentiti e la partecipazione*, in CERULLI IRELLI, V. (a cura di), *Il procedimento amministrativo*, Napoli, Jovene, 2007.

DI SAN LUCA, G. C., *Diritto di accesso e interesse pubblico*, Napoli, Jovene, 2006.

DUNI, G., «L'utilizzabilità delle tecniche elettroniche nell'emanazione degli atti e nei procedimenti amministrativi. Spunto per una teoria dell'atto emanato nella forma elettronica», *Riv. amm. R.I.*, 1978.

DUNI, G., *Dall'informatica amministrativa alla teleamministrazione: il progetto nazionale ed il sottoprogetto sperimentale presso l'amministrazione dell'Ateneo Cagliariitano*, Roma, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Libreria dello Stato, 1992.

DUNI, G., *L' amministrazione digitale: il diritto amministrativo nella evoluzione telematica*, Milano, Giuffrè, 2008.

EDWARDS, L. e VEALE, M., «Slave to the Algorithm? Why a “right to an explanation” is probably not the remedy you are looking for», *Duke Law and Technology*, 2017.

FALCON, G., *Lezioni di diritto amministrativo*, Padova, CEDAM, 2005.

FALZONE, G., *Il dovere di buona amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1953.

FANTIGROSSI, U., *Automazione e pubblica amministrazione: profili giuridici*, Bologna, Il Mulino, 1993.

FERRARA, L. e SORACE, D. (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana: studi*, Firenze, Firenze University Press, 2016.

FINOCCHIARO, G., «Riflessioni su diritto e tecnica», *Il dir. dell'informaz. e dell'informat.*, 2012.

FOLLIERI, F., «Decisione amministrativa e atto vincolato», *federalismi.it*, 2017.

FONDERICO, G., «La regolazione del trattamento dei dati personali», *Giornale dir. amm.*, 2018.

FRACCHIA, F., e OCCHIENA, M., «Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21-octies, l. 241/90: quando il legislatore non può e non deve», *giustamm.it*, 2007.

FRANCHINI, F., «In tema di motivazione dell'atto amministrativo», *Foro Amm.*, 1956.

FROSINI, T.E., «Tecnologie e libertà costituzionali», *Il dir. dell'informaz. e dell'informat.*, 2003.

FROSINI, V., «L'informatica e la Pubblica Amministrazione», *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1983.

FROSINI, V., «L'informatica nella società contemporanea», *Inf. e dir.*, 1984.

GAETANO, S., *La digitalizzazione del procedimento amministrativo*, Lecce, Clioedu, 2018.

GALDI, M., «Sisifo e l'evoluzione della discrezionalità amministrativa», *federalismi.it*, 2018.

GALETTA, D.-U. e CORVALAN, J.G., «Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto», *federalismi.it*, 2019.

GALETTA, D.-U., *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1998.

GALETTA, D.-U., *Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento*, Milano, Giuffrè, 2003.

GALETTA, D.-U., «Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedurali nei confronti della Pubblica Amministrazione», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 3, 2005.

GALETTA, D.-U., «Trasparenza e governance amministrativa nel diritto europeo», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 2, 2006.

GALETTA, D.-U., «Transparency and access to public sector information in Italy: A proper revolution?», *Italian Journal of Public Law*, vol. 6, 2014.

GALETTA, D.-U., «Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del Decreto Legislativo n. 33/2013», *federalismi.it*, 2016.

GALETTA, D.-U., «La trasparenza, per un nuovo rapporto tra cittadino e Pubblica Amministrazione: un'analisi storico-evolutiva in una prospettiva di diritto comparato ed europeo», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 5, 2016.

GALETTA, D.-U., «Accesso (civico) generalizzato ed esigenze di tutela dei dati personali ad un anno dall'entrata in vigore del Decreto FOIA: la trasparenza de “le vite degli altri”?»», *federalismi.it*, 2018.

GALETTA, D.-U., «Information and Communication Technology and Public Administration: through the Looking-Glass», in GALETTA, D.-U. e ZILLER, J. (a cura di), *Information and Communication Technologies Challenging Public Law, beyond Data Protection*, Atti del XII congresso annuale della Societas Iuris Public Europaei (SIPE), Nomos Verlagsgesellschaft, 2018.

GALETTA, D.-U., «La Pubblica Amministrazione nell'era delle ICT: sportello digitale unico e Intelligenza Artificiale al servizio della trasparenza e dei cittadini?»», *Cyberspazio e diritto*, n. 3, 2018.

GALLIGAN, D.J. e SORACE, D., *La discrezionalità amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1999.

GIANNINI, M.S., *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1939.

GIANNINI, M.S., «Motivazione dell'atto amministrativo», in *Enciclopedia del Diritto*, XV, Milano, Giuffrè, 2000.

GIURDANELLA, C. e GUARNACCIA, E., *Elementi di diritto amministrativo elettronico*, Matelica, Halley, 2005.

GOODMAN, B. e FLAXMAN, S., «European Union regulations on algorithmic decision-making and a “right to explanation”», *AI Magazine*, vol. 38, 2017.

GRECO, G., *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2017.

GUERRA, M.P., *Funzione conoscitiva e pubblici poteri*, Milano, Giuffrè, 1996.

GUERRA, M.P., «Circolazione dell'informazione e sistema informativo pubblico: profili giuridici dell'accesso interamministrativo telematico. Tra Testo unico sulla documentazione amministrativa e codice dell'amministrazione digitale», *Dir. pubbl.* n. 11, 2005.

HARLOW, C. e RAWLINGS, R., *Law and administration*, Cambridge; New York, Cambridge University Press, 2009.

IACCARINO, C. M., *Studi sulla motivazione: (con speciale riguardo agli atti amministrativi)*, Roma, Foro Italiano, 1933.

IMMORDINO, M. *et al.* (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati: atti del Convegno, Palermo, 27-28 febbraio 2003*, Torino, Giappichelli, 2004.

ITALIA, V., «Voto numerico e motivazione nella giurisprudenza del Consiglio di Stato», *Foro amministrativo C.d.S.*, 2008.

JÖHR, E., *Die verwaltungsgerichtliche Überprüfung des administrativen Ermessens*, Aarou, H.R. Sauerländer and co, 1931.

JUSO, R., *Motivi e motivazione nel provvedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1963.

KAMINSKI, M.E., *The Right to Explanation, Explained*, Berkeley Tech. L.J., 2019.

KRZYSZTOFEK, M., *Post-reform personal data protection in the European Union: general data protection regulation (EU) 2016/679*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2017.

LEDDA, F., «Problema amministrativo e partecipazione al procedimento», *Dir. amm.*, 1993.

LEONARDI, R., «Il diritto di accesso ai documenti amministrativi: a proposito dei soggetti attivi per un'azione amministrativa trasparente, ma non troppo», *Il Foro amministrativo T.A.R.*, 2012, n° 6, p. 2155 e ss.

LEONE, C., «Il principio “digital first”: obblighi e diritti in capo all'amministrazione e a tutela del cittadino. Note a margine dell'art. 1 della legge 124 del 2015», *Giustamm.*, 2016.

LEVI, F., *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 1967.

LOMBARDI VALLAURI, L., e TADDEI ELMI, G., «Integrazione e informatica giuridica», *Inf. e dir.*, 1982.

MADDALENA, M.L., «La digitalizzazione della vita dell'amministrazione e del processo», *Foro Amm.*, 2016.

MANZELLA, G.P., «Brevi cenni sulla regulatory negotiation», *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1994.

MARONGIU, D., *L'attività amministrativa automatizzata: profili giuridici*, Santarcangelo di Romagna (RN), Maggioli, 2005.

MARTINES, F., «La digitalizzazione della pubblica amministrazione», *Rivista del diritto dei media*, n. 2, 2018.

MASUCCI, A., *L'atto amministrativo informatico: primi lineamenti di una ricostruzione*, Napoli, Jovene, 1993.

MASUCCI, A., *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie: il procedimento*

amministrativo elettronico ad istanza di parte, Torino, Giappichelli, 2011.

MAZZAROLLI, L.A., *L'accesso ai documenti della pubblica amministrazione: profili sostanziali*, Padova, CEDAM, 1998.

MERLONI, F. e CARLONI, E. (a cura di), *Introduzione all'eGovernment: pubbliche amministrazioni e società dell'informazione*, Torino, Giappichelli, 2005.

MERLONI, F. (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2008.

MERLONI, F., «Le attività conoscitive e tecniche delle amministrazioni pubbliche. Profili organizzativi», *Diritto pubblico*, 2013.

MICARI, S., «Legittimità costituzionale del disposto di cui all'art. 21-octies l. 241/90: tra logica di risultato e logica di legalità», *Giust. Civ.*, 2006.

MOROLLO, F., «Documento elettronico fra e-government e artificial intelligence (AI)», *federalismi.it*, 2015.

NAPOLITANO, G. (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Milano, Giuffrè, 2007.

NEUWAHL, N., *The European Union and human rights*, TheHague, Nijhoff, 1995.

NICOSIA, F., *Potere ed eccesso di potere nell'attività amministrativa "non discrezionale"*, Napoli, Jovene 1991.

NIGRO, M., «Il nodo della partecipazione», *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980.

O'NEIL, C., *Weapons of math destruction: how big data increases inequality and threatens democracy*, New York, Crown, 2016.

OCCHIENA, M., *Il “nuovo” responsabile del procedimento, la responsabilità dei dirigenti pubblici e il labile confine tra la politica e l’amministrazione*, in *Verso un’amministrazione responsabile*, Milano, Giuffrè, 2005.

OROFINO, A.G., «La patologia dell’atto amministrativo elettronico: sindacato giurisdizionale e strumenti di tutela», *Foro amministrativo C.d.S.*, 2003.

OROFINO, A.G., *Forme elettroniche e procedimenti amministrativi*, Milano, Giuffrè, 2008.

OROFINO, M., «Diritto alla protezione dei dati personali e sicurezza: osservazioni critiche su una presunta contrapposizione», *Rivista del diritto dei Media*, 2018.

OSWALD, M., «Algorithm-assisted decision-making in the public sector: framing the issues using administrative law rules governing discretionary power», *Phil. Trans. R. Soc. A*, vol. 376, 2018.

OTRANTO, P., «Decisione amministrativa e digitalizzazione della p.a.», *federalismi.it*, 2018.

OTTAVIANO, V., *Studi sul merito degli atti amministrativi*, Annuario di diritto comparato e studi legislativi, Roma, 1947.

PAOLANTONIO, N., POLICE, A. e ZITO, A., *La pubblica amministrazione e la sua azione: saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Torino, Giappichelli, 2006.

PASQUINI, G. e SANDULLI, A. (a cura di), *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, Giuffrè, 2001.

PASTORI, G., *Interesse pubblico e interessi privati fra procedimento, accordo e autoamministrazione*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, Milano, Giuffrè, 1994.

PATRONI-GRIFFI, F., «Un contributo alla trasparenza dell'azione amministrativa: partecipazione procedimentale e accesso agli atti (legge 7 agosto 1990, n. 241)», *Diritto processuale amministrativo*, 1992.

PATRONI-GRIFFI, F., «La decisione robotica e il giudice amministrativo», *giustizia-amministrativa.it.*, 2018.

PERELMAN, C. e FORIERS, P., *La Motivation des Décisions de Justice*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 1978.

PERFETTI, L.R., «Diritto a una buona amministrazione, interesse pubblico ed equità», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2010.

PERFETTI, L.R., *Procedura, procedimento, processo: atti del convegno, Urbino, 14 e 15 giugno 2007*, Padova, CEDAM, 2010.

PERNA, R., «Accesso e trasparenza: due linee destinate ad incontrarsi», *giustizia-amministrativa.it*, 2017.

PERUGINELLI, G. e RAGONA, M. (a cura di), *L'informatica giuridica in Italia: cinquant'anni di studi, ricerche ed esperienze*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2014.

PINOTTI, G., *Automated administrative procedure and right of access to source code*, in *Big data and Public Law: new challenges beyond data protection*, Eurojus, 2019.

PIRAS, A., «Discrezionalità amministrativa», in *Enciclopedia del Diritto*, XIII, Milano, Giuffrè, 2000.

POLICE, A., *La predeterminazione delle decisioni amministrative: gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, Edizioni scientifiche, 1997.

PROVENZANO, P., *I vizi nella forma e nel procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2015.

PUBUSA, F., *Diritto d'accesso e automazione*, Torino, Giappichelli, 2006.

PUGLIESE, F. P., «Il procedimento amministrativo tra autorità e 'contrattazione'», in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971.

RAMAJOLI, M., «Il declino della decisione motivata», *Diritto processuale amministrativo*, 2017.

ROMANO-TASSONE, A., *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, Giuffrè, 1987.

SAITTA, F., «Le patologie dell'atto amministrativo elettronico e il sindacato del giudice amministrativo», *Il diritto dell'economia*, 2003.

SANDULLI, M.A., «Accesso alle notizie e ai documenti amministrativi», in *Enciclopedia del Diritto*, IV, Milano, Giuffrè, 2000.

SANDULLI, M.A. (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2017.

SANDULLI, M.A., *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2017.

SANTOSUOSSO, A., *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, Padova, Wolters Kluwer, 2016.

SARTOR, G. e OMCINI, A., «The Autonomy of Technological Systems and Responsibilities for their Use», in *Autonomous Weapon Systems*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016.

SARTOR, G., *Le applicazioni giuridiche dell'intelligenza artificiale: la rappresentazione*

della conoscenza, Milano, A. Giuffrè, 1990.

SARTOR, G., «L'intenzionalità degli agenti software e la loro disciplina giuridica», *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2003.

SARTOR, G., «Sistemi basati sulla conoscenza giuridica e servizi pubblici», *Informatica e diritto*, 1-2, 2009.

SARTOR, G., *L'informatica giuridica e le tecnologie dell'informatica: corso d'informatica giuridica*, Torino, Giappichelli, 2010.

SATTA, F., «Imparzialità della pubblica amministrazione», in *Enc. Giur.*, Milano, Giuffrè, 2000.

SATTA, F., «Contraddittorio e partecipazione nel procedimento amministrativo», in *Dir. amm.*, 2010.

SAVONA, P., «Administrative Decision-Making after the Big Data Revolution», *federalism.it*, 2018.

SCHARTUM, D. W., «Law and algorithms in the public domain», *Nordic Journal of Applied Ethics*, 2016.

SCHWARZE, J., *European administrative law*, Luxembourg, Office for Official Publications of the European Communities, 2006.

SCOCA, F. G., «La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva», *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 4, 2000.

SCOCA, F. G., «Punteggio numerico e principio di buon andamento», *Giur. cost.*, 2011.

SERRA, M. T., *Contributo ad uno studio dell'istruttoria del procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1991.

SMITH, M. L., NOORMAN, M. E. e MARTIN, A. K., «Automating the Public Sector and Organizing Accountabilities», *Communications of the Association for Information Systems*, 2010.

SORACE, D., *Il problema degli interessi non-diritti da tutelare nell'administrative law americano (linee di un dibattito in corso)*, in *Scritti per Mario Nigro*, vol. 3, Milano, Giuffrè, 1991.

TARULLO, S., «Il responsabile del procedimento amministrativo: evoluzione storica e prospettive della figura», *GiustAmm.*, 2014.

TONOLETTI, B., «Fuga dal regolamento e confini della normatività nel diritto amministrativo», *Diritto Amministrativo*, n. 2-3, 2015.

USAI, S., *Il responsabile del procedimento amministrativo*, Sant'Arcangelo di Romagna, Maggioli, 2014.

VERRIENTI, L., «Regolamenti amministrativi», *Dig. disc. pubbl.*, Torino, Utet, 1997.

VILLATA, R. e RAMAJOLI, M., *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017.

VIOLA, L., «L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell'arte», *federalismi.it*, 2018.

VIPIANA, P. M., *L'autolimita della pubblica amministrazione: l'attività amministrativa fra coerenza e flessibilità*, Milano, Giuffrè, 1990.

VOIGT, P. e BUSSCHE, A. von dem, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): a practical guide*, Cham, Springer, 2017.

WACHTER, S., MITTELSTADT, B. e FLORIDI, L., «Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation», *International Data Privacy Law*, vol. 7, 2017.

WACHTER, S., MITTELSTADT, B. e RUSSELL, C., «Counterfactual Explanations Without Opening the Black Box: Automated Decisions and the GDPR», *Harvard Journal of Law & Technology*, vol. 31, 2018.

ZAFFARONI, E., «L'informatizzazione della pubblica amministrazione», *Foro amm.*, 1996.

DOCUMENTI

(CIASCUN DOCUMENTO È REPERIBILE SUL SITO DEL SOGGETTO CHE LO HA EMESSO)

AGID, *Libro Bianco sull'Intelligenza Artificiale al servizio del cittadino*, 10 marzo 2018.

AGID, *Piano Triennale per l'Informatica nella Pubblica Amministrazione 2019 – 2021*, 2019.

COMMISSIONE EUROPEA, Comunicazione, *i2010 eGovernment Action Plan - Accelerating eGovernment in Europe for the Benefit of all*, 2006.

COMMISSIONE EUROPEA, COMUNICAZIONE, *Il piano d'azione europeo per l'eGovernment 2011-2015 Valorizzare le TIC per promuovere un'amministrazione digitale intelligente, sostenibile e innovativa*, 15 dicembre 2010.

COMMISSIONE EUROPEA, GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29 PER LA PROTEZIONE DEI DATI, *Linee guida sul processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche e sulla profilazione ai fini del regolamento 2016/679*, 3 ottobre 2017.

COMMISSIONE LAVORO DEL SENATO, *Audizione di Antonello Soro, Presidente del Garante per la protezione dei dati personali, in tema di utilizzo delle metodologie di data mining per eseguire visite mediche di controllo nei confronti dei lavoratori del settore pubblico*, 18 settembre 2018.

PARLAMENTO EUROPEO, COMMISSIONE PER LE LIBERTÀ CIVILI, LA GIUSTIZIA E GLI AFFARI INTERNI, *Relazione sulle implicazioni dei Big Data per i diritti fondamentali: privacy, protezione dei dati, non discriminazione, sicurezza e attività di contrasto*, 2017.

PARLAMENTO EUROPEO, RISOLUZIONE, *Raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica*, 2017.

PROGRAMMA ISA², *eGovernment factsheets – 10th anniversary report*, 2019.

BIBLIOGRAPHIE FRANÇAISE

I. OUVRAGES

AUBY, J.-B., *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Dalloz, 2010.

AUBY, J.-B. et PERROUD, T. (éds.), *Droit comparé de la procédure administrative : Comparative law of administrative procedure*, Collection droit administratif, n° 19, Bruxelles, Bruylant, 2016.

ALLAND, D. (éd.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige Dicos poche, Paris, Presses Univ. de France, 2010.

BLANKE, H.-J., et PERLINGEIRO, R. *The right of access to public information : an international comparative legal survey*, Berlin, Springer, 2018.

BOUHADANA, I., et GILLES, W., (éds.), *Droit et gouvernance des administrations publiques à l'ère de numérique*, Les Éditions IMODEV, Paris, 2014.

BOURCIER, D., *La décision artificielle : le droit, la machine et l'humain*, Les voies du droit, Paris, Presses universitaires de France, 1995.

CASTRO-EDWARDS, J., *EU general data protection regulation : a guide to the new law*, London, The Law Society, 2017.

CATALA, P., *Le droit à l'épreuve du numérique : jus ex machina*, Paris, Presses universitaires de France, 1998.

- COUFFIGNAL, L. *Les Machines à penser*, Paris, Éditions de Minuit, 1964.
- CHAPUS R., *Droit administratif général*, LGDJ, Paris, 2001.
- CRAIG, P., *Administrative law*, London, Sweet & Maxwell, 2012.
- DEFOORT, B., *La décision administrative*, Issy-les-Moulineaux Cedex, LGDJ, 2015.
- DELCROS, X. et WOLF, D., *L'acte administratif unilatéral*, Paris, La Documentation française, 1977.
- FRAYSSINET, J., *La bureaucratie : l'administration française face à l'informatique*, L'Administration nouvelle, Paris, Berger-Levrault, 1981.
- GAUDEMET Y., *Traité de droit administratif général*, LGDJ, Paris, 2001.
- HARLOW, C. et RAWLINGS, R., *Law and administration*, New York, Cambridge University Press, 2009.
- JÈZE, G., *Les principes généraux du droit administratif*, Paris, M. Giard, 1925.
- JÖHR, E., *Die verwaltungsgerichtliche Überprüfung des administrativen Ermessens*, Aarou, H.R. Sauerländer and co, 1931.
- JUBERT F., MONTFORT E., STAKOWSKY R., *La e-administration Levier pour la réforme de l'Etat*, Paris, Dunod, 2005.
- HAURIU, M. *et al.*, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, Dalloz, 2002.
- HOSTIOU, R., *Procédure et formes de l'acte administratif unilatéral en droit français*, Paris, LJDG, 1974.

KOUBI, G., CLUZEL-METAYER, L. et TAMZINI, W. (éds.), *Lectures critiques du Code des relations entre le public et l'administration*, Issy-les-Moulineaux, LDGJ, 2017.

KRZYSZTOFEK, M., *Post-reform personal data protection in the European Union : general data protection regulation (EU) 2016/679*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2017.

LACHAUME, J.-F. et al. (éds.), *Droit administratif : les grandes décisions de la jurisprudence*, Paris, PUF, 17e éd., 2017.

MATTATIA, F., *RGDP et droit des données personnelles. Enfin un manual complet sur le nouveau cadre juridique issu di RGDP et de la loi Informatique et Libertés de 2018*, , Paris, Eyrolles, 2018.

NEUWAHL, N. (éd.), *The European Union and human rights*, TheHague, Nijhoff, 1995.

O'NEIL, C., *Weapons of math destruction : how big data increases inequality and threatens democracy*, New York, Crown, 2016.

PERELMAN, C. et FORIERS, P., *La Motivation des Décisions de Justice*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 1978.

PHILIBERT, J., *Le but et le motif dans l'acte administratif*, Bordeaux, Cadoret, 1931.

SCHWARZE, J., *European administrative law*, Luxembourg, Office for Official Publications of the European Communities, 2006.

SUPIOT, A., *La gouvernance par les nombres : cours au Collège de France (2012 - 2014)*, Poids et mesures du monde, Nantes, Inst. D'Études Avancées de Nantes, 2015.

TRUCHET, D., *Droit administratif*, Thémis Droit, Paris, Presses universitaires de France, 2008.

VAN LANG, A., GONDOUIN, G. et INSERGUET-BRISSET, V., *Dictionnaire de droit administratif*, Paris, Dalloz, 2015.

VIALETTE, M. *et al.* (éds.), *Code des relations entre le public et l'administration : annoté & commenté*, Paris, Dalloz, 2017.

VOIGT, P. et BUSSCHE, A. von dem, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR) : a practical guide*, Cham, Springer, 2017.

WALINE, J., *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 27e éd., 2018.

II. ARTICLES

AUBIN, E., « La protection constitutionnelle de la transparence administrative », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2018.

AUBY, J.-B., « Le droit administratif face aux défis du numérique », *AJDA*, 2018.

BABONNEAU, M., et COUSTET, T., « Open data des décisions de justice : le casse-tête judiciaire du 21e siècle », *Dalloz actualité*, 2018.

BARRAUD, B., « L'algorithmisation de l'administration », *RLDI*, 2018.

BARRIERE, F., « L'algorithmie fou », *BJB*, n. 10, 2016.

BENABOU, V. L., « La loi pour une République numérique et la propriété intellectuelle », *Dalloz IP/IT*, 2016

BESSE, P., CASTETS-RENARD, C., et GARIVIER, A., « Loyauté des décisions algorithmiques », *Contribution au débat public initié par la CNIL : Éthique et Numérique*, 2017.

BOCKEL, A., « Contribution à l'étude du pouvoir discrétionnaire de l'administration », *AJDA*, 1978.

BOURCIER, D. et DE FILIPPI, P., « Les algorithmes sont-ils devenus le langage ordinaire de l'administration ? », in KOUBI, G., CLUZEL-METAYER, L. et TAZMINI, W. (éds.), *Lectures critiques du Code des relations Public et administration*, Paris, LGDJ, 2018.

BOURCIER, D. et DE FILIPPI, P., « Transparence des algorithmes face à l'open data : quel statut pour les données d'apprentissage ? », *Revue française d'administration publique*, n. 3, 2018.

BOURGEOIS, M. et MOINE, M., « La nouvelle loi Informatique et libertés ; Une transposition du RGPD ? » *La Semaine Juridique - Entreprise et affaires*, 2018.

BOVENS, M. et ZOURIDIS, S., « From Street-Level to System-Level Bureaucracies: How Information and Communication Technology is Transforming Administrative Discretion and Constitutional Control », *Public Administration Review*, vol. 62, 2002.

BYGRAVE, L.A., « Minding the Machine: Article 15 of the EC Data Protection Directive and Automated Profiling », *Computer Law & Security Report*, n. 17, 2001.

CALMETTE, J.-F., « Le hasard peut-il bien faire les choses ? Du recours au tirage au sort dans la gestion administrative », *AJDA*, 2017.

CARCASSONNE, G., « Le trouble de la transparence », *Pouvoirs*, n. 2, 2001.

CHANTEPIE, G., « Le droit en algorithmes ou la fin de la norme délibérée ? » *Dalloz IP/IT*, 2017.

CHEVALLIER, J., « Le mythe de la transparence administrative », *PUF*, 1988.

CITRON, D. K., et PASQUALE, F., « The scored society : due process for automated predictions », *Washington Law Review*, vol. 89, 2014.

CLUZEL-METAYER, L., « La loi pour une République numérique : l'écosystème de la donnée saisi par le droit », *AJDA*, 2017.

COBBE, J., « Administrative Law and the Machines of Government: Judicial Review of Automated Public-Sector Decision-Making », *Legal studies*, 2019.

COGLIANESE, C. et LEHR, D., « Regulating by Robot : Administrative Decision Making in the Machine-Learning Era », *The Georgetown law Journal*, vol. 105, 2017.

CONITZER, V., FREEMAN, R. et SHAH, N., « Fair Public Decision Making », *Proceedings of the 2017 ACM Conference on Economics and Computation*, 2017.

COPPOLANI, P., « Le décret n° 2017–330 du 14 mars 2017 relatif aux droits des personnes faisant l’objet de décisions individuelles prises sur le fondement d’un traitement algorithmique : vers une victoire à la Pyrrhus ? », *Information, données & documents*, 2017.

CORVALAN, J.G., « Inteligencia artificial: retos, desafíos y oportunidades – Prometea: la primera inteligencia artificial de Latinoamérica al servicio de la Justicia », *Revista de Investigações Constitucionais*, vol. 5, n. 1, 2018.

COUSTET, T., « La réalité derrière le fantasme de la justice robot », *Dalloz actualité*, 2019.

CRAWFORD, K. et SCHULTZ, J., « Big Data and Due Process: Toward a Framework to Redress Predictive Privacy Harms », *55 B.C.L. Rev.*, 2014.

CROUZET, J., « Déchiffrer l’algorithme La saga Admission post-bac (APB) se poursuit », *Dalloz actualité*, 2018.

DE GLINIASTY J., « La rentrée universitaire renvoyée aux calendes grecques », *AJDA*, 2017.

DEFERRARD, F., et PAPINEAU, C., « Le pouvoir de jurisdictio des algorithmes aux États-Unis : entre fantasme et réalité jurisprudentielle », *Dalloz IP/IT*, 2017.

DELAUNAY, B., IDOUX, P., et SAUNIER, S., « Procédure administrative – Un an de droit de la procédure administrative », *Droit Administratif*, 2017.

DENIZOT, A., « La loi pour une République numérique : tous législateurs ? » *RTD Civ.*, 2017.

DOUVILLE, T., « Parcoursup à l'épreuve de la transparence des algorithmes », *Dalloz IP/IT*, 2019.

DUCLERCQ, J.-B., « Le droit public à l'ère des algorithmes », *Revue du droit public*, n.5, 2017.

DUCLERCQ, J.-B., « Les algorithmes en procès », *RFDA*, 2018.

EDWARDS, L. et VEALE, M., « Slave to the Algorithm? Why a “right to an explanation” is probably not the remedy you are looking for », *Duke Law and Technology*, 2017.

FARO, A., « La portée du principe de participation du public consacré par l'article 7 de la Charte de l'environnement », *Constitutions*, 2012.

FERRIE, S.M., « Les algorithmes à l'épreuve du droit au procès équitable », *JPC*, vol. 11, 2018.

GABARDA, O., « Vers la généralisation de la motivation obligatoire des actes administratifs ? », *RFDA*, 2012.

GALETTA, D.-U., « Transparency and access to public sector information in Italy : A proper revolution? », *Italian Journal of Public Law*, vol. 6, 2014.

GALETTA, D.-U., « Information and Communication Technology and Public Administration : through the Looking-Glass », in GALETTA, D.-U., et ZILLER, J. (éds.), *Information and Communication Technologies Challenging Public Law, beyond Data Protection*, Atti del XII congresso annuale della Societas Iuris Publici Europaei (SIPE), Nomos Verlagsgesellschaft, 2018.

GAULLIER, F., « Le principe de finalité dans le RGPD : beaucoup d'ancien et un peu de nouveau », *Communication commerce électronique*, 2018.

GODEFROY, L., « La performativité de la justice “prédictive” : un pharmakon ? » *Recueil Dalloz*, 2018.

GODEFROY, L., « Le code algorithmique au service du droit », *Dalloz*, 2018.

GOODMAN, B. et FLAXMAN, S., « European Union regulations on algorithmic decision-making and a “right to explanation” », *AI Magazine*, vol. 38, 2017.

GUEVAL D., « Admission post-Bac : et après ? » *Recueil Dalloz*, 2017.

HAURIOU, M., « Note sous Conseil d'Etat, 31 janvier 1902, Grazietti » *Recueil Sirey*, Paris, 1903.

HYDE, A.-A., « Vers une cyberéthique de la justice “prédictive” », *Dalloz IP/IT*, 2019.

JANUEL, P., « RGPD : le Conseil constitutionnel valide l'essentiel de la loi d'adaptation », *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, n. 142, 2017.

KAMINSKI, M. E., « The Right to Explanation, Explained », *Berkeley Tech. L.J.*, 2019.

LACHAUME, J.-F., « Le formalisme », *AJDA*, 1995.

LALUQUE, L., *La commission d'accès aux documents administratifs : contribution à l'étude de la transparence administrative* (thèse de doctorat), Université d'Orléans, 2003.

LASSERRE, V., « Investiture de la société civile au Parlement. Analyse d'une nouvelle méthode législative », *JCP*, 2016.

LEGRANF, A., « L'utilisation du tirage au sort pour décider de l'accès à l'université n'est pas interdite en soi ? », *AJDA*, 2018.

LEGRANF, A., « Feu vert du Conseil constitutionnel pour Parcoursup », *AJDA*, 2018.

LETTERON, R., « Le modèle français de transparence administrative à l'épreuve du droit communautaire », *RFD adm.*, 1995.

MARIQUE, E. et STROWEL, A., « Gouverner par la loi ou les algorithmes : de la norme générale de comportement au guidage rapproché des conduites », *Dalloz IP/IT*, 2017.

MARTIAL BRAZ, N., « Les nouveaux droits des individus consacrés par la loi pour une République numérique : Quelles innovations ? Quelle articulation avec le Règlement européen ? », *Dalloz IP/IT*, 2016.

MAUPIN, E., « La CNIL impose la réforme du portail admission post-bac », *AJDA*, 2017.

MAUPIN, E., « Le dispositif Parcoursup précisé », *AJDA*, 2018.

MAUPIN, E., « Les algorithmes locaux de Parcoursup sont communicables », *AJDA*, 2019.

MAXIM, N., « Le point sur le projet de loi pour une République numérique », *Dalloz IP/IT*, 2016.

MICHEL, H., « Promesses et usages des dispositifs de transparence : entre approfondissement et redéfinition de la démocratie », *RFAP*, n. 1, 2018.

MOURIESSE, E., « L'opacité des algorithmes et la transparence administrative », *RFDA*, 2019.

OSWALD, M., « Algorithm-assisted decision-making in the public sector: framing the issues using administrative law rules governing discretionary power », *Phil. Trans. R.*

Soc. A, vol. 376, 2018.

PASTOR, J.-M., « Les politiques publiques dans la République numérique. Projet de loi pour une République numérique » *Dalloz actualité*, 2015.

PASTOR, J.-M., « Accès aux traitements algorithmiques utilisés par l'administration », *AJDA*, 2017.

PASTOR, J.-M., « Les nouvelles règles de protection des données personnelles », *AJDA*, 2018.

PASTOR, J.-M., « Les algorithmes locaux de Parcoursup ne sont pas communicables à un syndicat », *Dalloz actualité*, 2019.

PAULIAT, H., « La décision administrative et les algorithmes : une loyauté à consacrer » *Revue du droit public*, n. 3, 2018.

PEQUIGNOT, G., « La loi française du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs », *Les Cahiers de droit*, n. 21, 1980.

PRIEUR, M., « Un nouvel instrument de démocratie participative », *AJDA*, 2013.

PUYBASSET, M., « Le droit à l'information administrative », *AJDA*, 2003.

ROBINEAU-ISRAËL, A. et LASSERRE, B., « Administration électronique et accès à l'information administrative », *AJDA*, 2003.

ROCHFELD, J., « L'encadrement des décisions prises par algorithme », *Dalloz IP/IT*, 2018.

ROCHFELD, J. et ZOLYNSKY, C., « La loyauté des plateformes : quelles plateformes ? Quelle loyauté ? », *Dalloz IP/IT*, 2016.

SARTOR, G. et OMICINI, A., « The Autonomy of Technological Systems and Responsibilities for their Use », in *Autonomous Weapon Systems*, Cambridge, Cambridge

University Press, 2016.

SAVONA, P., « Administrative Decision-Making after the Big Data Revolution », *federalism.it*, 2018.

SCHARTUM, D.W., « Law and algorithms in the public domain », *Nordic Journal of Applied Ethics*, 2016.

SILGUY, S. DE, « Doit-on se méfier davantage des algorithmes ? », *Revue Lamy droit civil*, 2017.

SMITH, M. L., NOORMAN, M. E. et MARTIN, A. K., « Automating the Public Sector and Organizing Accountabilities », *Communications of the Association for Information Systems*, 2010.

UNTERMAIER-KERLEO, É., « Les nouveaux visages de la décision administrative : d'une administration assistée à une administration automatisée », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, vol. 50, 2018.

WACHTER, S., MITTELSTADT, B. et FLORIDI, L., « Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation », *International Data Privacy Law*, vol. 7, 2017.

WACHTER, S., MITTELSTADT, B. et RUSSELL, C., « Counterfactual Explanations Without Opening the Black Box : Automated Decisions and the GDPR », *Harvard Journal of Law & Technology*, vol. 31, 2018.

ZARCA, J.-C., « La loi relative à la protection des données personnelles », *LPA*, 2018.

III. RAPPORTS OFFICIELS, DECISIONS ET COMMUNICATIONS

COMMISSION D'ACCES AUX DOCUMENTS ADMINISTRATIFS, *Droit d'accès et réutilisation*, 2008.

COMMISSION DES LIBERTES CIVILES, DE LA JUSTICE ET DES AFFAIRES INTERIEURES, *Rapport, Les incidences des mégadonnées pour les droits fondamentaux : respect de la vie privée, protection des données, non-discrimination, sécurité et application de la loi*, 2017.

COMMISSION NATIONALE DE L'INFORMATIQUE ET DES LIBERTES, *Décision n. 2017-053*, 2017.

COMMISSION NATIONALE DE L'INFORMATIQUE ET DES LIBERTES, *Rapport, Le rôle des données et des algorithmes dans l'accès aux contenus*, 2017

COMMISSION NATIONALE DE L'INFORMATIQUE ET DES LIBERTES, *Sondage, Notoriété et attentes vis à-vis des algorithmes*, 2017.

COMMISSION NATIONALE INFORMATIQUE ET LIBERTES, *Rapport, Comment permettre à l'Homme de garder la main ? Rapport sur les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle*, 2017.

CONSEIL D'ÉTAT, *Étude annuel, Puissance publique et plateformes numériques : accompagner l'« ubérisation »*, 2017.

CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport, La numérique et les droits fondamentaux*, 2014.

CONSEIL NATIONAL DU NUMERIQUE, Rapport, *Ambition numérique : pour une politique française et européenne de la transition numérique*, 2015.

COUR DES COMPTES, Rapport, *Admission post-bac et accès à l'enseignement supérieur*, 2017.

MINISTERE DE L'EDUCATION NATIONALE, DE L'ENSEIGNEMENT SUPERIEUR ET DE LA RECHERCHE, *Communication n. 2016-0175*, 2016.

MINISTERE DE LA JUSTICE, Rapport par L. Cadiet, *"l'open data" des décisions de Justice*, 2017.

PARLEMENT, C. Villani, *Donner un sens à l'intelligence artificielle : pour une stratégie nationale et européenne*, 2018.