

La decisione amministrativa nell'età degli algoritmi: primi spunti*

Lucia Musselli

Abstract

La diffusione delle decisioni automatizzate e dell'intelligenza artificiale nell'ambito della Pubblica Amministrazione pone alcune questioni particolari con riferimento al rispetto dei principi contenuti nella legge sul procedimento amministrativo, la n. 241/1990. I primi orientamenti del giudice amministrativo sembrano ispirati ad un certo scetticismo nell'accogliere procedure interamente automatizzate, richiedendosi specifici doveri di trasparenza degli algoritmi.

The implementation of artificial intelligence and Automated Decision Making in Public Authorities might impact on the provisions under Law no 241/1990 (the Italian Administrative Procedure Act). The first judicial decisions of Administrative Tribunals are against the extension of the area of Automated Decision Making to complex contests. In particular, transparency of algorithms becomes the very topical issue.

Sommario

1. Introduzione. - 2. Il processo (ancora incompiuto) della digitalizzazione della pubblica Amministrazione. - 3. Decisione automatizzata e procedimento amministrativo. - 4. Qualche conclusione.

Keywords

pubblica amministrazione - decisione automatizzata - attività discrezionale - algoritmi - intelligenza artificiale

1. Introduzione

La digitalizzazione della P.A. (la c.d. “tecnificazione dell'amministrazione”), appare oggi un processo inarrestabile, in continua evoluzione che incide sull'organizzazione e sull'attività amministrativa¹.

* Il testo costituisce una rielaborazione di quanto presentato nel corso del Workshop “Diritti, partecipazione e rappresentanza nell'età degli algoritmi” (15 marzo 2019, Università degli Studi di Milano, Milano Digital Week 2019). Su determinazione della direzione, il contributo è stato sottoposto a referaggio anonimo in conformità all'art. 15 del regolamento della Rivista.

¹ Tra le opere più recenti cfr. S. Civitarese Matteucci-L. Torchia, *La tecnificazione*, vol. IV, Firenze, 2016;

A livello sovranazionale, sia nell'ottica UE che in ambito OCSE, ove è dato particolare rilievo all'aspetto dell'*open government*², troviamo atti, prevalentemente di *soft law*, che indicano gli obiettivi e le tappe da raggiungere³.

Ma al di là della definizione dei cronoprogrammi contenuti in documenti diversamente denominati (piani, Agende digitali ecc.), peraltro attuati in modo piuttosto disomogeneo tra i vari paesi europei, tale processo è reso necessario dal mutare dei rapporti sociali ed economici che ha visto una diffusione sempre maggiore del calcolo algoritmico utilizzato sovente in contesti di *big data*⁴.

In particolare, la diffusione degli algoritmi sta producendo grandi vantaggi per la collettività con particolare riferimento all'immediatezza dei risultati prodotti⁵.

Tale aspetto, collegato alle forti aspettative di velocità e razionalità dei processi decisionali, è stato particolarmente enfatizzato nella lettura del fenomeno rendendolo fortemente *appealing* anche con riferimento all'attività amministrativa, caratterizzata nel nostro paese dalla perenne ricerca di "ricette" per migliorarne l'efficienza⁶.

L'utilizzo di sistemi automatizzati nell'adozione di decisioni amministrative, destinati nel futuro ad aumentare attraverso l'affinamento dei processi di *machine learning* e *deep learning* (mediante cui la macchina può imparare da se stessa ed elaborare nuovi percorsi di apprendimento)⁷ offre poi ulteriori vantaggi, oltre a quello di economicità temporale, quali il minor rischio di errori e l'aumento dell'imparzialità dell'azione amministrativa⁸. Da un certo punto di vista anzi il ricorso a procedure algoritmiche risulta necessitato qualora si debbano processare grandi masse di dati.

Tuttavia, al di là di alcune problematiche generali relative ai limiti degli algoritmi che

P. Otranto, *Decisione amministrativa e digitalizzazione della p.a.*, in *Federalismi.it*, 17 gennaio 2018, 4-5 e da ultimo G. Avanzini, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici*, Napoli, 2019. Per un inquadramento generale della questione relativa all'informatizzazione della p.A. cfr. G. Duni, *Teleamministrazione*, in *Enc. Giur.*, XXX, 1993, 3 e A. Masucci, *L'atto amministrativo informatico*, Napoli, 1993.

² Sul punto F. Martines, *La digitalizzazione della Pubblica Amministrazione*, in *questa Rivista*, 2, 2018, 146 ss. Con la formula "amministrazione aperta" si intende un modello di amministrazione che mira a rendere i processi decisionali più trasparenti ed aperti alla partecipazione degli *stakeholder* con il risultato complessivo di far sì che le amministrazioni pubbliche risultino maggiormente responsabili del proprio operato davanti ai cittadini (*accountability*). Al riguardo merita una menzione l'*Open Government Partnership*, iniziativa internazionale multilaterale composta oggi da 79 Stati e la Raccomandazione dell'OCSE C(2017)140 in materia di *open government*.

³ Cfr. ad esempio il piano d'azione per l'egov nell'ambito dell'Agenda digitale europea. Sugli ultimi sviluppi M. Tresca, *I primi passi verso l'Intelligenza Artificiale al servizio dei cittadini: brevi note sul Libro Bianco dell'Agenzia per l'Italia digitale*, in *questa Rivista*, 3, 2018, 245 ss.

⁴ Su tale profilo, con riferimento alle numerose implicazioni anche problematiche che sorgono con riferimento alla decisione amministrativa, G. Avanzini, *op. cit.*

⁵ G. Avanzini, *op. cit.*, 14.

⁶ Per il collegamento tra l'impiego degli strumenti digitali e il miglioramento dell'efficienza amministrativa G. Duni, *Il procedimento amministrativo tra L. 7 agosto 1990, n. 241 e l'introduzione dell'amministrazione telematica*, in *Foro Amm.*, 1995, 226 ss.

⁷ Sul punto S. Crisci, *Intelligenza artificiale ed etica dell'algoritmo*, in *Foro Amm.*, 2018, 1787 ss.

⁸ Cfr. G. Avanzini (*op. cit.*, 14 ss.) che sottolinea come «i risultati cui perviene l'analisi algoritmica tendono ad essere considerati in sé prevedibili e precisi, e ciò soddisfa il bisogno o l'aspirazione alla certezza giuridica, lascito della modernità politica e divenuta così cruciale nei rapporti tra cittadini e amministrazione nella società contemporanea e nel mercato».

risultano, come ampiamente dimostrato, in alcuni casi fallibili⁹, la caratterizzazione particolare sotto il profilo finalistico e contenutistico dell'attività amministrativa, identificata in una cura di interessi orientata al perseguimento dell'interesse pubblico individuato dalla legge, impone alcune prime riflessioni a carattere problematico circa il perimetro di estensione della sostituibilità di decisioni umane con particolare riferimento alle attività "discrezionali"¹⁰.

2. Il processo (ancora incompiuto) della digitalizzazione della pubblica Amministrazione

Che cosa si intende per amministrazione digitale? In via di prima approssimazione si può rispondere che tale espressione fa riferimento all'utilizzo delle tecnologie informatiche nell'organizzazione e nello svolgimento dell'attività amministrativa.

In ottica più ampia, prestando attenzione ai processi politici non solo nazionali, ma anche sovranazionali (europei e non) possiamo registrare come gli interventi normativi in materia possono essere letti nel più ampio processo denominato *eGovernment*¹¹, ove l'applicazione delle tecnologie informatiche all'Amministrazione viene finalizzata ad un aumento del grado di efficienza e produttività nelle attività svolte e nei servizi resi, restituendo nel contempo centralità alla figura del cittadino-utente a cui deve essere costantemente offerta la possibilità di interloquire con l'Amministrazione e di esprimere il proprio gradimento nei confronti del suo operato.

La digitalizzazione della p.A. risulta frutto di una disciplina normativa di tipo multilivello contrassegnata da fonti normative di diversa cogenza.

Storicamente la nozione di *eGovernment* si sviluppa negli USA negli anni Ottanta con un primo momento segnato da iniziative dal basso di tipo *grassroot*, comunità *on line* di cittadini per i cittadini (quali *freenet* e *civic networks*), ovvero promosse dalle pubbliche Amministrazioni per rendere fruibili informazioni di pubblico interesse¹². Sarà poi durante l'amministrazione Clinton degli anni Novanta che si definisce un ruolo più preciso per le Amministrazioni e si introduce il termine di *eGovernment*. Nel seguito il processo conoscerà una svolta decisiva, in particolare all'atto del suo insediamento nel 2009 Barack Obama emana un *memorandum* di indirizzo rivolto ai dirigenti delle amministrazioni su trasparenza e *Open Government* in cui quest'ultimo concetto viene costruito attorno ai tre pilastri della trasparenza, partecipazione e collaborazione.

A livello europeo la digitalizzazione assume un ruolo importante a partire dagli anni 2000 nell'ambito della c.d. "Strategia di Lisbona"¹³ e conosce un significativo punto di

⁹ Cfr. G. Avanzini, *op. cit.*, 18 ss.

¹⁰ La questione è altamente problematica e parte della dottrina e la giurisprudenza tende a negare la possibilità di impiego di procedure automatizzate nell'esercizio di poteri discrezionali; sul punto cfr. di recente la ricostruzione critica svolta da G. Avanzini, *op. cit.*, 91.

¹¹ Su cui F. Merloni, *Introduzione all'e-government. Pubblica amministrazione e società dell'informazione*, Torino, 2005.

¹² Sul punto F. Di Donato, *Lo Stato trasparente- Linked open data e cittadinanza attiva*, Napoli, 2011.

¹³ Nel marzo 2000 i leader politici dell'Unione Europea si sono riuniti a Lisbona con lo scopo di fare dell'Unione «l'economia basata sulla conoscenza più competitiva e dinamica del mondo, in

svolta con l'approvazione da parte dei ministri responsabili dell'*eGovernment* nei paesi membri della Dichiarazione di Malmö del 2009¹⁴. Se l'*eGovernment* viene in un primo momento strettamente collegato alla realizzazione del mercato unico ed all'attuazione della libera circolazione di imprese e cittadini in seguito e parallelamente all'affermarsi dei principi in materia di buona amministrazione così come definito dall'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali esso si carica anche di una valenza autonoma come processo che mira a migliorare la qualità dei servizi, ne omogeneizza il livello qualitativo, realizza il principio di trasparenza ed inclusività¹⁵. In verità i due aspetti appaiono fortemente intrecciati in quanto un'amministrazione aperta ad approcci innovativi risulta più efficiente facilitando quindi gli scambi e gli investimenti nell'UE.

Venendo alla situazione italiana occorre ricordare come lo sviluppo delle ICT applicato alle p.A. sia stato oggetto di interventi legislativi piuttosto tardivi e non sempre coordinati e che di conseguenza anche gli studi sul punto abbiano registrato un certo ritardo.

Come eccezione a tale quadro si possono ricordare gli studi pionieristici di Alberto Predieri¹⁶ e di Giovanni Duni¹⁷ così come fondamentale (e non solo per questi aspetti) risulta il contributo di Massimo Severo Giannini che nel Novembre del 1979 nel suo "Rapporto sui principali problemi dell'Amministrazione dello Stato"¹⁸ intuì le potenzialità rappresentate dagli strumenti informatici applicati alla P.A. ponendo in luce, in modo assai lungimirante, come tale processo non avrebbe dovuto interessare solamente *l'organizzazione interna*, ma avrebbe dovuto riguardare anche *l'attività amministrativa rivolta all'esterno*, quella, d'altra parte, che più da vicino interessa i cittadini.

È solo tuttavia a partire dagli inizi degli anni Novanta che il processo di informatizzazione della p.A. iniziò ad essere concepito in modo organico¹⁹.

In questa fase l'Italia, se appare sempre in posizione arretrata rispetto agli altri paesi europei quanto ad investimenti pubblici in ICT, si caratterizza per l'approvazione di importanti novità normative tese ad introdurre significativi elementi di modernizza-

grado di realizzare una crescita economica sostenibile con nuovi e migliori posti di lavoro e una maggiore coesione sociale» entro il 2010. Tale strategia rinnovata viene riproposta nel 2005 ed uno dei pilastri è rappresentato proprio dall'Egov. Sul punto si ricordano i seguenti atti: Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 1° giugno 2005, intitolata "i2010 – Una società europea dell'informazione per la crescita e l'occupazione" (COM (2005) 229 def). Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni – Relazione sulla competitività digitale in Europa: principali risultati della strategia i2010 nel periodo 2005-2009 (COM(2009) 390 def).

¹⁴ Tale Dichiarazione muove dal basso e cioè dalla presentazione del documento *An open Declaration on European Public Services*, promossa da cittadini ed ONG.

¹⁵ Sugli aspetti però anche problematici collegati all'impiego dell'IA cfr. D. U. Galetta-J.C. Corvalàn, *Intelligenza artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *Federalismi.it*, 3, 2019.

¹⁶ V. *Gli elaboratori elettronici nell'amministrazione dello Stato*, Bologna, 1971.

¹⁷ *L'utilizzabilità delle tecniche elettroniche nell'emanazione degli atti e nei procedimenti amministrativi. Spunti per una teoria dell'atto amministrativo elaborato nella forma elettronica*, in *Riv. Amm.*, 1978, 407 ss.

¹⁸ Tale testo può essere letto in *tecnicenormative.it*.

¹⁹ In tali anni infatti si assiste al passaggio dalla "meccanizzazione" alla "informatizzazione della P.A." come ben descritto da F. Martini, *Il sistema informativo pubblico*, Torino, 2006.

zioni nell'organizzazione e nel funzionamento dell'Amministrazione che la portano ad essere uno dei primi paesi al mondo a riconoscere il valore giuridico del documento elettronico e della firma digitale²⁰.

L'approvazione della l. 241/1990, che pure nella sua formulazione originaria non prevede quasi nulla in materia (sul punto vd. però la nozione ampia di “documento amministrativo” di cui all'art. 22, c. 1, lett. *d*), fornisce tuttavia i principi di riferimento (principi di efficacia, economicità, trasparenza) per gli interventi sull'informatizzazione pubblica che tutti, in modo più o meno esplicitato, si inseriranno nel solco riformista da tale legge inaugurato.

Venendo agli atti normativi che costituiscono in senso più specifico le “fonti” del diritto dell'amministrazione digitale, possiamo ricordare le seguenti:

il d.lgs. 39/1993, che tra le sue novità più significative introduceva il principio della dematerializzazione (art. 3) e istituiva l'Autorità per l'informatica nelle p.A. (art. 4);

l'art. 15, c. 2, della l. 59/1997 (e il relativo decreto attuativo d.P.R. 513/1997) che attribuisce pieno valore giuridico agli atti pubblici e privati in forma elettronica e che fu salutato come il momento di svolta verso un'amministrazione smaterializzata;

il d.P.R. 445/2000 “Testo unico sulla documentazione amministrativa”;

il d.lgs. 82/2005 “Codice dell'amministrazione digitale”.

Il Codice dell'amministrazione digitale che a dispetto del nome «non esaurisce in sé tutte le possibili declinazioni dell'amministrazione dematerializzata»²¹ è stato più volte modificato nel corso degli anni, da ultimo con i d.lgs. 179/2016 e d.lgs. 217/2017 che hanno semplificato e razionalizzato alcune previsioni.

Se il quadro normativo e paranormativo appare denso di norme il processo di passaggio al digitale non si è però ancora pienamente attuato²². L'Italia si trovi non solo assente dalla *top ten* dei paesi più avanzati in materia di *eGovernment*, ma si colloca solo al 24° posto (United Nations E-Government Survey 2018)

3. Decisione automatizzata e procedimento amministrativo

Com'è noto a partire dagli anni Novanta del secolo scorso, con la disciplina introdotta dalla l. 241/1990²³, abbiamo assistito all'imporsi del procedimento come modalità

²⁰ Ricorda tale aspetto F. Bassanini, *le riforme amministrative degli anni Novanta: che cosa si è fatto che cosa resta da fare*, in *Astrid Rassegna*, 17, 2008, pur ritenendo che l'informatizzazione della PA costituisca un esempio di riforme ancora incompiute nel paese.

²¹ Basti pensare infatti alle norme in materia di trasparenza contenute nel d.lgs. 33/2013; per una descrizione dei contenuti del Codice F. Cardarelli, *Amministrazione digitale Trasparenza e principio di legalità*, in *Dir. Inf.*, 2, 2015, 227 ss.

²² Sul punto sottolinea bene G. Avanzini, *op. cit.*, 31-32, come le affermazioni contenute nei vari atti normativi rimangono chiuse «in una visione ottativa volta a creare le condizioni in cui possa svilupparsi la digitalizzazione, ma inidonea ad affrontare le questioni derivanti dai limiti e dai possibili pregiudizi insiti negli stessi processi di digitalizzazione e automazione», emblematico in tal senso è l'assenza di riferimento normativo alla realtà degli algoritmi.

²³ Legge 7 agosto 1990, n. 241 recante “Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto d'accesso ai documenti amministrativi”.

ordinaria di esercizio del potere amministrativo²⁴. Rispetto all'amministrazione tradizionale, che agiva unilateralmente, il procedimento, inteso come forma della funzione amministrativa, si carica di importanti significati garantistici, sia in riferimento alla predeterminazione delle scansioni procedurali, sia con riferimento alla possibilità di "influire" in modo dinamico sulla decisione amministrativa da parte dei portatori di interessi, seppure nelle forme e nei modi previsti dalla disciplina procedimentale²⁵. In tal senso un ruolo di assoluto rilievo è rivestito dalla partecipazione dei privati che rendendo possibile l'emersione dei vari interessi nella fase istruttoria, assume un'importanza valenza in chiave difensiva e collaborativa. Poco o nulla nella legge sul procedimento veniva invece previsto con riferimento alla possibilità di assumere decisioni automatizzate anche se con una successiva modifica della l. 241 si introduce l'art. 3 bis che incentiva l'uso della telematica nei rapporti interni tra amministrazioni ed esterni con i privati²⁶.

Parallelamente alla disciplina procedimentale grazie a successive normative si disciplina l'utilizzo delle tecnologie digitali con riferimento a "singoli segmenti del procedimento", quali l'invio della domanda, la protocollazione, la sottoscrizione dell'atto e la sua conservazione²⁷. Quello che però è mancato, come ben sottolineato in dottrina, è stata una rilettura più profonda dell'intera disciplina del procedimento ove questo venisse inteso come «un unico processo informatizzato»²⁸ comportando anche un ripensamento della realtà organizzativa in cui veniva calato²⁹. Successivamente con la c.d. riforma Madia ed i suoi decreti attuativi per perseguire il principio del *digital first* viene per la prima volta prefigurato «il passaggio ad un procedimento amministrativo digitalizzato mediante la ridefinizione e semplificazione delle relative regole accompagnate da adeguate misure concernenti l'organizzazione»³⁰.

Allo stato attuale si possono identificare due diverse modalità di procedimento amministrativo informatico che, solo in parte, ricalcano la distinzione in precedenza proposta tra atto su supporto elettronico ed atto ad elaborazione elettronica³¹.

²⁴ La letteratura in materia è amplissima; sul punto G. Morbidelli, *Il principio del procedimento*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006 e R. Villata-G. Sala, *Procedimento amministrativo*, ad vocem, in *Dig. Disc. Pubbl.*, 1996.

²⁵ M. D'Alberti, *La "visione" e la "voce": le garanzie di partecipazione a procedimenti amministrativi*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2000, 1 ss. e M.A. Sandulli, *Il procedimento amministrativo fra semplificazione e partecipazione*, Milano, 2000.

²⁶ Tale norma tuttavia non ha efficacia precettiva configurandosi come "norma programmatica generica"; sul punto in senso critico G. Avanzini, *op. cit.*, 82

²⁷ In tal senso si esprime C. Notarmuzi, *Il procedimento amministrativo informatico*, in *Astrid Rassegna*, 36, 2006.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Come peraltro aveva già richiesto il Cons. Stato nella sua Ad. Plen. 31/2006 (Parere sullo schema di decreto correttivo del d.lgs. 82/2005).

³⁰ P. Otranto, *Decisione amministrativa*, cit., 12.

³¹ Nel primo il contenuto dell'atto è determinato dai funzionari ma trasfuso in forma elettronica, nel secondo invece è il contenitore a venire in rilievo e questo deve essere necessariamente immateriale, l'atto dunque nasce già *ab origine* in forma elettronica e il contenuto viene predisposto direttamente dal computer tale forma appare quella oggi più interessante. A. Masucci, *Il documento amministrativo informatico*, in Aa. Vv., *La documentazione amministrativa*, Rimini, 2001, 173 ss.; M. Torsello-M. Minerva, *Documento informatica e Pubblica Amministrazione*, in *Giustizia-Amministrativa.it*; A.G. Orofino, *La patologia*

In un primo modello di procedimento amministrativo ai fini di speditezza ed efficienza, vengono digitalizzate attività in precedenza cartacee e le tecnologie svolgono una funzione di supporto ad un'attività procedimentale che per il resto segue le regole tradizionali e trova come soggetto di riferimento il funzionario³².

In una seconda accezione invece più spinta, quella della “cooperazione applicativa”, il procedimento viene ad essere svolto direttamente dalle macchine che collegate in banche dati interoperanti, come dovrebbe avvenire oggi nel sistema pubblico di connettività, svolgono l'intera procedura. Risulta evidente come questa seconda ipotesi esiga delle profonde trasformazioni di tipo organizzativo e funzionali all'interno della pubblica Amministrazione.

Nel modello di procedimento amministrativo interamente digitalizzato la ricostruzione tradizionale dell'*iter* inteso come fattispecie a formazione progressiva perde di senso in favore di una sua configurazione di tipo policentrica o com'è stato detto «a stella»³³.

La sostituzione in taluni casi di un'attività procedimentale classica che può svolgersi anche in modalità digitale con un'attività di tipo automatizzata in cui la selezione di interessi viene compiuta da un programma, esclude sicuramente il ricorso ad errori o favoritismi, ma presenta alcuni aspetti problematici per il diritto amministrativo costruito attorno alla teoria dell'atto adottato da persone³⁴. In modo più puntuale le criticità ravvisate nell'ambito delle decisioni automatizzate fanno riferimento ai seguenti aspetti:

- interpretazione delle norme, laddove queste come sovente accade si esprimano in concetti giuridici indeterminati;
- discrezionalità amministrativa;
- difficoltà della trasferibilità di conoscenza semantica al computer;
- maggiore vulnerabilità degli atti amministrativi digitali.

Al riguardo però occorre fare una distinzione importante tra attività amministrativa vincolata, senza esplicazione di discrezionalità amministrativa, ove l'impiego degli strumenti informatici in funzione decisionale (anche se non meramente servente) non pone particolari problemi³⁵ ed attività decisionale che concede qualche spazio di alternativa e quindi una facoltà di scelta che invece presenta sicuramente criticità maggiori. Come esempio del primo tipo, classico caso di procedimento amministrativo totalmente informatizzato, troviamo la procedura di accertamento di sanzioni del codice della strada per mezzo dei c.d. autovelox. La macchina in questo caso ravvisa un discostamento dal parametro tipico impostato (il limite di velocità) e produce un provvedimento amministrativo di tipo afflittivo, la sanzione. In questa ipotesi la discrezionalità è azzerata³⁶ e il soggetto destinatario del provvedimento sfavorevole può solo

dell'atto amministrativo elettronico: sindacato giurisdizionale e strumenti di tutela, in *Giur. Mer.*, 2003, 400.

³² G. Avanzini, *op. cit.*, 85 ss.

³³ Così G. Duni, *L'amministrazione digitale*, Milano, 2008, spec. 47 ss.

³⁴ Sul punto A. Masucci, *L'atto amministrativo informatico*, cit.; D. Marongiu, *L'attività amministrativa automatizzata*, Rimini, 2005.

³⁵ Sull'attività vincolata v. F. Follieri, *Decisione amministrativa e atto vincolato*, in *Federalismi.it*, 2017.

³⁶ In quanto l'elaboratore trasforma dati quantificabili (input) in output senza svolgere alcun

contestare un errato funzionamento dell'apparecchio o qualche vizio di tipo formale attinente alla sua corretta installazione ed indicazione. Proprio in quest'ottica la giurisprudenza ha affermato che l'apparecchio deve essere previamente indicato, posizionato in modo visibile, così come deve essere soggetto periodicamente a verifiche della funzionalità e taratura³⁷.

Maggiormente problematica risulta invece la situazione con riferimento ad attività decisionale complessa - dove sono previste delle alternative legali ovvero laddove la fattispecie normativa faccia riferimento a concetti giuridici non analitici- che in qualche modo sfugge alla logica tradizionale del sillogismo giuridico.

L'atteggiamento della giurisprudenza amministrativa, soprattutto di primo grado, appare piuttosto conservativo circa l'ammissibilità di decisioni automatizzate in procedimenti complessi

In sentenze recenti, aventi ad oggetto la procedura di assegnazioni delle sedi dei docenti in attuazione del piano straordinario di assunzioni a tempo indeterminato di personale docente ai sensi della l. 107/2015 (la c.d. "buona scuola"), il Tar Lazio³⁸ respinge in modo netto la possibilità di attribuire ad un algoritmo capacità decisionali in un caso in cui il *software* relativo all'assegnazione dei posti aveva peraltro prodotto risultati scarsamente razionali³⁹. Con riferimento a tale attività informatizzata il Tar mostra un atteggiamento di netta chiusura affermando come «fosse mancata nella fattispecie in esame una vera e propria attività amministrativa, essendosi demandato ad un impersonale algoritmo lo svolgimento dell'intera procedura di assegnazione dei docenti alle sedi disponibili nell'organico dell'autonomia della scuola». L'utilizzo di tale procedura informatizzata (definito «meccanismo informatico o matematico del tutto impersonale e orfano di capacità valutazionale») avrebbe leso in particolare le garanzie procedurali di cui agli artt. 2, 6, 7, 8, 9, 10 della l. 241/1990 nonché il generale obbligo di motivazione degli atti amministrativi con ricadute significative sotto il versante delle garanzie processuali e del diritto di difesa.

In senso maggiormente aperto si esprime invece il Consiglio di Stato⁴⁰, il quale, investito in sede di appello, sempre nell'ambito di una controversia avente ad oggetto la procedura di trasferimento dei docenti, sottolinea «gli indiscutibili vantaggi derivanti dall'automazione del processo decisionale dell'amministrazione mediante l'utilizzo di un procedura digitale ed attraverso un algoritmo». L'utilizzo degli algoritmi per valutare e graduare una moltitudine di elementi risulta dunque conforme ai principi di economicità dell'azione amministrativa e del buon andamento comportando una significativa riduzione della tempistica e esclusione delle interferenze dovute a negligenza o dolo del funzionario e una maggiore garanzia di imparzialità.

Se dunque in linea di massima l'adozione di procedure "robotizzate" in procedimenti

ragionamento autonomo ma sulla base del programma v. P. Otranto, *op. cit.*, 15.

³⁷ Sul punto Cass. civ., sez. II, 22 gennaio 2019, n. 1661.

³⁸ Tar Lazio, Roma, sez. III-*bis*, 27 maggio 2019, n. 6606, ma v. anche sentt. 9224/2018 e 9227/2018.

³⁹ Si parlò al riguardo di "algoritmo impazzito" in quanto sulla base di tale programma alcuni docenti venivano destinati a sedi lontane centinaia di chilometri dalla residenza anche in presenza di sedi vacanti più vicine e non erano state rispettate correttamente le preferenze di sede.

⁴⁰ Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270.

complessi (privi di discrezionalità) non deve, a parere del supremo consesso, essere stigmatizzata nella seconda parte della sentenza si introducono una serie di *caveat* atti a limitarne il pratico utilizzo.

Punto di partenza del ragionamento del giudice è l'assimilazione dell'algoritmo ad un atto amministrativo informatico⁴¹. Se comprensibile risulta la *ratio* per estendere al *software* le garanzie procedurali di cui alla l. 241/1990 e per consentire la cognizione del giudice amministrativo⁴² tuttavia sotto un profilo concettuale tale assimilazione non convince pienamente ed andrebbe meglio approfondita (quantomeno, come fatto in dottrina, distinguendo tra *software* e le sue regole di utilizzo⁴³), in considerazione delle caratteristiche tecniche e peculiari dell'algoritmo.

4. Qualche conclusione

Gli straordinari sviluppi tecnologici in corso stanno conducendo a risultati poco tempo fa inimmaginabili; si pensi, ad esempio, alla c.d. guida automatizzata ove un'attività umana considerata tradizionalmente tra le più pericolose, viene demandata in tutto o in parte ad una macchina⁴⁴. Sulla base quindi di tali dirompenti sviluppi si impone all'interprete un atteggiamento di vigile apertura nei confronti della possibilità che una decisione amministrativa (qui si ritiene anche a bassa discrezionalità⁴⁵) sia automatizzata, questo in particolare alla luce degli sviluppi in tema di *machine learning* in cui sistemi esperti possano raggiungere decisioni sempre più attendibili e complesse⁴⁶.

Se come si è ricordato visto non si pongono problemi particolari nel caso di attività semplice a carattere vincolato⁴⁷, maggiori problemi si pongono nei casi, di verifica- zione molto più frequente, di attività complesse che pongono alternative. Tuttavia, negare, come fa parte della giurisprudenza amministrativa di primo grado, in questi casi la possibilità che procedimenti amministrativi siano completamente automatizzati ritenendo che risultino frustrati i principi garantistici previsti nella l. 241/1990⁴⁸ o non sia possibile la cognizione del giudice amministrativo appare francamente eccessivo⁴⁹.

⁴¹ Tale tesi riprende peraltro orientamenti dottrinali tesi a considerare tale atto come “atto generale” (Fantigrossi), “atto interno” (Usai) o “atto amministrativo strumentale” (Masucci). Per la ricostruzione di tali orientamenti cfr. *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell'arte*, in *Foro Amm.*, 2018, 1598 ss.

⁴² Sul punto G. Avanzini, *op. cit.*, 155 ss.

⁴³ L. Viola, *op. cit.*, che distingue le regole della programmazione pre-software dal vero e proprio programma informatico di emanazione dell'atto. Sul punto anche G. Avanzini, *op. cit.*, 138.

⁴⁴ Su cui M.G. Losano, *Il progetto di legge tedesca sull'auto a guida automatizzata*, in *Dir. Inf.*, 1, 2017, 1 ss.

⁴⁵ In tal senso cfr. C. Notarmuzi, *op. cit.*

⁴⁶ Sulla necessità di non demonizzare l'impiego degli algoritmi nelle decisioni amministrative cfr. anche G. Avanzini, *op. cit.*, 81 che richiama la necessità di interrogarsi «sulla possibilità di declinare in maniera diversa le regole già esistenti per fornire adeguate garanzie all'esercizio del potere in forma automatizzata o semiautomatizzata».

⁴⁷ Invero rari sono i casi oggi di attività amministrativa totalmente vincolata sul punto cfr. L. Viola, *op. cit.* e F. Follieri, *op. cit.*, 15.

⁴⁸ Cfr. L. Viola, *op. cit.*

⁴⁹ Come ben sottolinea G. Avanzini, *op. cit.*, 88 ss. la mancanza di garanzia non può essere usata come

Maggiormente interessante, seppure costantemente ispirata ad un'esigenza di bilanciamento tra efficienza e garanzie, appare l'apertura dimostrata dal Consiglio di Stato che spostando il *focus* sulla regola algoritmica afferma la necessità che questa sia sottoposta ai principi generali dell'attività amministrativa di pubblicità, trasparenza, ragionevolezza e proporzionalità, ritagliando nel contempo un importante ruolo per la pubblica Amministrazione in un momento *ex ante* di definizione dell'algoritmo e di controllo sullo stesso⁵⁰.

Meno convincente, seppure siano pienamente comprensibili sotto un profilo garantistico le ragioni di tale operazione ermeneutica, invece è la tendenza giurisprudenziale e dottrinale a spingere verso un'"amministrativizzazione" dell'algoritmo e cioè la sua riconduzione *tout court* alla nozione di atto amministrativo⁵¹.

Risulta d'altro canto vero che l'utilizzo di algoritmi sempre più sofisticati se presenta grandi potenzialità ai fini di un miglioramento dell'efficienza solleva anche alcune rilevanti problematiche di ordine giuridico ed etico.

Qui ci limitiamo ad individuare in via di prima approssimazione due diversi aspetti del problema.

Un primo, più generale, appare quello collegato alla tutela dei diritti fondamentali delle persone in cui proprio alla luce degli aspetti potenzialmente pericolosi che l'utilizzo di procedure automatizzate evoca (opacità della decisioni, rischio di introdurre dei bias, problema del controllo dei dati nella formulazione dell'algoritmo) ci si interroga sulla possibilità/necessità di stabilire alcune regole etiche (operazione complessa stante le diversità socio culturali dei diversi paesi)⁵² e giuridiche. In tale prospettiva particolare rilievo assume la disciplina del trattamento dei dati personali⁵³.

Con riferimento invece al diritto amministrativo, avendo riguardo alla nostra tradizione di diritto amministrativo europeo e continentale, una questione cruciale risulta quella relativa alla «conoscenza della logica algoritmica»⁵⁴ nonché la necessità del rispetto dei principi generali dell'attività amministrativa (*in primis* quelli di ragionevolezza, proporzionalità e parità di trattamento). Sul punto la giurisprudenza amministrativa si è dimostrata da subito particolarmente attenta, riconoscendo il diritto d'accesso in modo esteso anche al c.d. codice sorgente del programma⁵⁵.

argomento con cui negare l'uso degli algoritmi, ma come peraltro anche espresso in giurisprudenza, occorre prevedere la possibilità di modalità procedurali alternative a fronte di anomalie del sistema.

⁵⁰ In tal senso l'esercizio del potere verrebbe ad essere predeterminato così G. Avanzini, *op. cit.*, 131; in generale sulla predeterminazione del potere cfr. A. Police, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, Napoli, 1998.

⁵¹ Sulla tendenza della dottrina e giurisprudenza a "digerire" ed integrare l'innovazione in una sistematica consolidata v. L. Viola, *op. cit.*

⁵² Sul punto cfr. E. Stradella, *Le regole della robotica e dell'intelligenza Artificiale: il dibattito, le proposte, le prospettive. Alcuni spunti di riflessioni*, in *questa Rivista*, 1, 2019, 73 ss.

⁵³ Cfr. F. Pizzetti (a cura di), *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018.

⁵⁴ Così G. Avanzini, *op. cit.*, 113 ss. Ricorda però l'autrice come la possibilità di comprendere in un linguaggio chiaro e comprensibile il funzionamento di un algoritmo non è sempre possibile e come «un certo grado di opacità rimane ineliminabile» (153).

⁵⁵ Tar Lazio, Roma, sez. III-bis, 22 marzo 2017, n. 3769.

Al di là poi della controversa questione relativa alla natura giuridica del software⁵⁶ risulta invece assai condivisibile il collegamento fatto in dottrina con la teoria della predeterminazione dei limiti dell'attività decisionale che permetterebbero di estendere l'automazione anche in territori caratterizzati da una bassa *discrezionalità*⁵⁷. Rimane aperta la questione su come garantire l'apporto umano ed in particolare dell'uomo poi funzionario nella progettazione del programma e come garantire in tale contesto di *Screen-Level Bureaucracy* ai destinatari degli atti ed al giudice (che dovrà verificare l'esercizio del potere) una intelligibilità degli stessi per superare il rischio dell'affermarsi di quella che con toni evocativi è stata definita come «un'amministrazione invisibile»⁵⁸.

⁵⁶ Come si è visto considerato prevalentemente in dottrina come atto amministrativo, mentre si ritiene concetto da approfondire una sua lettura nell'ambito della *soft law*, come proposto dalla dottrina francese richiamata da G. Avanzini, *op. cit.*, 138.

⁵⁷ Sul punto v. A. Masucci, *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie*, Torino, 2011, 131. Sull'autolimita amministrativo v. M. P. Vipiana, *L'autolimita della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1990.

⁵⁸ In tal senso v. 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, *op. cit.*, 155 ss.