



GRUPPO
di PISA

Dibattito aperto sul Diritto
e la Giustizia Costituzionale

La Rivista / Quaderno n° 3

Fascicolo speciale monografico

A cura di

**Antonello LO CALZO, Leonardo PACE,
Giuliano SERGES, Cecilia SICCARDI,
Pietro VILLASCHI**

**«Diritto e nuove tecnologie
tra comparazione e interdisciplinarietà»**

in memoria di

PAOLO CARROZZA



**GRUPPO
di PISA**

Dibattito aperto sul Diritto
e la Giustizia Costituzionale

**La Rivista / Quaderno n° 3
Fascicolo speciale monografico**

A cura di

**Antonello LO CALZO - Leonardo PACE - Giuliano SERGES -
Cecilia SICCARDI - Pietro VILLASCHI**

**Diritto e nuove tecnologie
tra comparazione e interdisciplinarietà**

Atti del Seminario di diritto comparato – 26 marzo 2021

in memoria di
Paolo Carrozza

Contributi di:

A. Al Hasani Maturano, D. Baldoni, S. Barbareschi, M. Bardin, C. Bologna, F. Camillieri, V. Cavani, D. Chinni, F. Cirillo, Y.M. Citino, E. Cocchiara, C. Colapietro, E. Cremona, M. D'Amico, L. Del Corona, C. Della Giustina, L. Dell'Atti, G. Donato, M. Falduti, M. Fasan, A. Ferrero, N. Fiano, R. Fittipaldi, V. Fogliame, I. Forgione, V. Fredianelli, A. Fricano, M. García Goldar, A. Giubilei, L. Grimaldi, E. La Fauci, A. Lauro, F. Laviola, L. Lorenzini, E. Mantovani, V. Martínez Torres, F. Musella, F. Novello, J. Ocón García, F. Paolucci, L. Pasqui, P. Passaglia, A. Prozzo, P.G. Puggioni, M. Rhao, C. Righetti, L. Rinaldi, D. Rosani, P. Rossi, M. Dorado Ruiz, L. Rullo, F. Severa, C. Severino, I. Spadaro, F. Spagnoli, V. Telaro, A. Valsecchi, G. Verrigno, P. Villaschi, D. Zecca, G. Ziccardi.

Quaderno monografico abbinato al fascicolo 2021/2 de «La Rivista Gruppo di Pisa»

Atti del Seminario di diritto comparato dell'Associazione "Gruppo di Pisa" del 26 marzo 2021 su "Diritto e nuove tecnologie tra comparazione e interdisciplinarietà" – Università degli Studi di Milano

Tutti i contributi sono stati sottoposti a referaggio ai sensi dell'art. 5 del Regolamento della Rivista

Finito di comporre nel mese di novembre 2021

La Rivista **Gruppo di Pisa. Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale** è inclusa tra le riviste scientifiche dell'Area 12 - Scienze giuridiche. Codice **ISSN: 2039-8026**.

Per il triennio 2020-2022, **Direttore responsabile:** Marilisa D'Amico (*Università degli Studi di Milano*).

Comitato di Direzione: Adriana Apostoli (*Università degli Studi di Brescia*), Carlo Colapietro (*Università degli Studi "Roma Tre"*), Giacomo D'Amico (*Università degli Studi di Messina*), Gianluca Famiglietti (*Università di Pisa*), Gennaro Ferraiuolo (*Università degli Studi di Napoli "Federico II"*), Federica Grandi (*"Sapienza" Università di Roma*).

Comitato di Redazione: Antonello Lo Calzo (Coordinatore) (*Università degli Studi del Sannio di Benevento*), Rossana Caridà (*Università degli Studi "Magna Græcia" di Catanzaro*), Arianna Carminati (*Università degli Studi di Brescia*), Martina Contieri (*Università degli Studi di Napoli "Federico II"*), Alessia Fusco (*Università degli Studi di Torino*), Marsid Laze (*"Sapienza" Università di Roma*), Cristina Luzzi (*Università di Pisa*), Giuditta Marra (*"Sapienza" Università di Roma*), Andrea Napolitano (*Università degli Studi di Napoli "Parthenope"*), Costanza Nardocci (*Università degli Studi di Milano*), Leonardo Pace (*Università degli Studi "Roma Tre"*), Valentina Pupo (*Università degli Studi "Magna Græcia" di Catanzaro*), Giada Ragone (*Università degli Studi di Milano*), Umberto Ronga (*Università degli Studi di Napoli "Federico II"*), Giuliano Serges (*Università degli Studi "Roma Tre"*), Cecilia Siccardi (*Università degli Studi di Milano*).



RIVISTA DEL GRUPPO DI PISA - INDICE DEL QUADERNO N° 3

Nota dei curatori

Antonello LO CALZO, Leonardo PACE, Giuliano SERGES, Cecilia SICCARDI, Pietro VILLASCHI.....	1
--	---

Presentazione

Marilisa D'AMICO.....	5
-----------------------	---

Introduzione al Seminario

Carlo COLAPIETRO, <i>Le sfide del "Costituzionalismo digitale": un approccio originale al rapporto tra diritto e nuove tecnologie</i>	7
---	---

PRIMA SESSIONE

Relazioni

Fortunato MUSELLA, <i>Legge e amministrazione digitale. Lo spazio conteso della regolazione pubblica</i>	15
Caterina SEVERINO, <i>La democrazia francese e le sfide del digitale: tra opportunità e rischi</i>	33
Giovanni ZICCARDI, <i>Profilazione dell'individuo, Big Data, e metadati: comprendere le tecnologie attuali per comprendere i contenuti d'odio online</i>	49

SECONDA SESSIONE

PARTE I

LIBERTÀ DI MANIFESTAZIONE DEL PENSIERO, DIRITTO ALLA RISERVATEZZA
E NUOVE TECNOLOGIE

Presentazione della coordinatrice

- Chiara BOLOGNA, *Libertà di espressione e riservatezza «nella rete»?*
Alcune osservazioni sul mercato delle idee nell'agorà digitale 67

Contributi dei partecipanti

- Amir AL HASANI MATURANO, *El dilema entre censurar o amparar la libertad de expresión en el ciberespacio* 81
- Valentina CAVANI, *Diritto all'oblio. Dal diritto "ad essere dimenticati" al diritto alla deindicizzazione* 91
- Francesco CIRILLO, *Il fondamento costituzionale dei neurodiritti* 107
- Camilla DELLA GIUSTINA, *L'uso privato dei droni: una nuova sfida per i diritti umani?* 123
- Giuseppe DONATO, *La negazione delle libertà negative: quali regole sul territorio dei social network* 137
- Antonella FERRERO, *I diritti dei minori nell'ambiente digitale* 149
- Mónica GARCÍA GOLDAR, *La Directiva (UE) 2019/770 y los aspectos más relevantes de su ámbito de aplicación* 159
- Andrea GIUBILEI, *Il nuovo Oversight Board istituito per il controllo dei contenuti su Facebook alla luce delle sue prime decisioni: tra natura paragiurisdizionale e tutela della libertà d'espressione* 179
- Francesco LAVIOLA, *Diritti fondamentali ed efficienza economica nel mercato digitale: tra protezione dei dati personali e tutela della concorrenza* 195
- Luca RINALDI, *Le piattaforme tra diritto pubblico e diritto privato: libertà d'espressione, discorso politico e social network in alcuni casi recenti tra Italia e Stati Uniti* 211
- Domenico ROSANI, *Nuove vie costituzionali (comparate) per promuovere i diritti dei minori nella disciplina delle nuove tecnologie* 229
- Ignazio SPADARO, *Il contrasto alla disinformazione e ai discorsi d'odio nell'ambiente digitale e le possibili ricadute sulla forma di stato* 243

Pietro VILLASCHI, <i>Profilazione online e manipolazione del consenso nella bubble democracy</i>	257
Michaël BARDIN, <i>La loi Avia et la lutte contre les contenus haineux sur internet. Contexte, inspiration et échec (ou la chronique d'un désastre annoncé)</i>	271
Marco RHAO, <i>Gaia X: un'analisi giuspubblicistica dei cloud europei</i>	283

PARTE II

GARANZIA DEI DIRITTI E NUOVE TECNOLOGIE

Contributi dei partecipanti

Simone BARBARESCHI, <i>Rivoluzione digitale e diritti dei disabili: la tecnologia come fattore inclusivo e la tutela dell'habeas mentem</i>	299
Federica CAMILLIERI, <i>Gli algoritmi predittivi alla luce dei principi delineati nella European Ethical Charter</i>	313
Marta FASAN, <i>L'intelligenza artificiale nella dimensione giudiziaria. Primi profili giuridici e spunti dall'esperienza francese per una disciplina dell'AI nel settore della giustizia</i>	325
Valentina FREDIANELLI, <i>La Dataveillance e il sistema di credito sociale cinese</i>	341
Laura GRIMALDI, <i>Giustizia predittiva e garanzie del giusto processo</i>	353
Enrico MANTOVANI, <i>Intelligenza artificiale e discriminazione: quali prospettive? Il modello inglese del Data trust</i>	367
Federica NOVELLO, <i>Rapporto tra metodi di calcolo degli assegni di mantenimento e intelligenza artificiale. Spunti di diritto comparato e prospettive de iure condendo</i>	381
Juan OCÓN GARCÍA, <i>Vida privada versus seguridad pública: en busca de una solución ponderada al cifrado fuerte de comunicaciones</i>	395
Alessandra PROZZO, <i>Digitalizzazione della Pubblica Amministrazione ed effettività dei diritti</i>	407
María RUIZ DORADO, <i>SITEL e Captatore informatico? Due strumenti di indagine tecnologica con particolari implicazioni costituzionali</i>	421
Davide ZECCA, <i>L'autonomia della pretesa alla segretezza delle comunicazioni digitali fra nuovi diritti ed equo contemperamento di interessi divergenti</i>	437

PARTE III

GIUSTIZIA E NUOVE TECNOLOGIE

Presentazione del coordinatore

Paolo PASSAGLIA, *Introduzione* 453

Contributi dei partecipanti

Emanuele COCCHIARA, *Algoritmi amministrativi e principio di legalità: riflessioni interne e spunti di comparazione* 459

Lavinia DEL CORONA, *I social media e la disinformazione scientifica: spunti per un cambiamento di rotta alla luce dell'esperienza statunitense ed europea*..... 473

Mattia FALDUTI, *L'imprevedibilità del diritto vivente: accesso e analisi del dato giudiziario*..... 489

Nannerel FIANO, *La robotizzazione delle decisioni amministrative e della decisione giudiziale. Problematiche di diritto costituzionale in chiave comparata con la Germania*..... 501

Ilde FORGIONE, *L'esercizio del potere tramite i dati, tra logica small e big data* 515

Alessandro LAURO, *Sicurezza cibernetica e organizzazione dei poteri: spunti di comparazione* 529

Virginia MARTÍNEZ TORRES, *La cuarta revolución industrial: el principio de capacidad económica en la digitalización y la robótica* 547

Federica PAOLUCCI, *Il riconoscimento facciale: una sfida di policy per il futuro dei diritti fondamentali*..... 561

Pier Giuseppe PUGGIONI, *Il giudice e l'estraneo. Spigolature su intelligenza artificiale, giudizio e soggettività* 575

Philipp ROSSI, *Il ruolo delle Regioni e delle Province autonome nell'informatica pubblica alla luce della competenza esclusiva statale in materia di «Coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale» di cui all'art. 117, comma secondo, lettera r) della Costituzione*..... 591

Luigi RULLO, *Corti costituzionali e social media. Una panoramica europea* 607

Andrea VALSECCHI, *La spersonalizzazione della funzione giudicante: un primo sguardo sulla giustizia algoritmica*..... 625

PARTE IV

POTERE POLITICO E NUOVE TECNOLOGIE

Presentazione del coordinatore

Daniele CHINNI, *Potere politico e nuove tecnologie. Spunti conclusivi a margine della discussione nell'atelier* 641

Contributi dei partecipanti

Diego BALDONI, *La raccolta delle firme online nella democrazia regionale: linfa tecnologica per una partecipazione ancora offline*..... 649

Ylenia Maria CITINO, *Il “fatto digitale” e l’elasticità costituzionale nei processi di formazione del governo*..... 667

Elia CREMONA, *Le nuove tecnologie oltre la “grande dicotomia” tra pubblico e privato* 681

Luca DELL’ATTI, *E-Democracy e partiti populistici. Un lettura del paradigmatico caso del Movimento 5 Stelle attraverso gli artt. 49 e 67 Cost.* 697

Raffaella FITTIPALDI, *La strategia tecnico-politica dei partiti digitali tra potere e orizzontalità: il caso di Podemos* 711

Virgilia FOGLIAME, *Democrazia partecipativa e processi deliberativi alla luce della rivoluzione digitale: la “rappresentanza connessa”* 725

Alessandro FRICANO, *Prove tecniche di resilienza costituzionale: l’assalto a Capitol Hill e la censura mediatica di Donald Trump*..... 733

Erika LA FAUCI, *I partiti politici e le piattaforme digitali: più tecnologia e meno democrazia?*..... 745

Lucie LORENZINI, *Souveraineté numérique : Quelle place pour l’État dans le cyberspace ?*..... 759

Leonardo PASQUI, *La costituzione economica tra opinione pubblica e bubble democracy* 773

Camille RIGHETTI, *Un an après, quelle révolution numérique pour le parlement français à l’heure de la crise sanitaire?* 787

Francesco SEVERA, *La dissoluzione dello spazio pubblico. Il fattore “tecnologico” tra geodiritto e geopolitica*..... 801

Federico SPAGNOLI, <i>Parlamenti virtuali: una soluzione d'emergenza?</i> <i>Riflessioni in prospettive comparata</i>	815
Vincenzo TELARO, <i>I servizi di rete sociale (social network) come spazio pubblico d'espressione politica. Verso il "giudice" digitale?</i>	829
Giuseppe VERRIGNO, <i>Potere politico e nuove tecnologie: il vertice dell'esecutivo nel tempo del consenso digitale</i>	839
<i>Informazioni sui Curatori e sugli Autori</i>	851



SECONDA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«DIRITTO E NUOVE TECNOLOGIE TRA COMPARAZIONE E INTERDISCIPLINARITÀ»
- IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA -

LA ROBOTIZZAZIONE DELLE DECISIONI AMMINISTRATIVE E DELLA
DECISIONE GIUDIZIALE.
PROBLEMATICHE DI DIRITTO COSTITUZIONALE IN CHIAVE COMPARATA
CON LA GERMANIA

NANNEREL FIANO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il quadro nazionale e sovranazionale di riferimento. – 3. Decisione amministrativa automatizzate e decisione giudiziale automatizzata. – 4. IA e Costituzione tra decisione amministrativa e decisione giudiziale. – 5. L'ordinamento tedesco: la regolamentazione dell'utilizzo degli algoritmi nella P.A. – 6. Conclusioni alla luce del diritto costituzionale italiano e tedesco.

1. Premessa

Il presente lavoro intende affrontare, in un'ottica comparata tra Italia e Germania, i più rilevanti profili di diritto costituzionale legati al procedimento di *decisione amministrativa* automatizzata, cioè quando il procedimento che conduce alla decisione amministrativa sia affidato ad uno strumento elettronico che, prendendo le mosse da dati, per il tramite di una procedura di natura computazionale, genera un provvedimento decisorio di natura amministrativa¹.

Al contempo, si intendono analizzare i profili di diritto costituzionale più rilevanti in punto di *decisione giudiziale* automatizzata.

¹ Per tale descrizione si veda C. NAPOLI, *Algoritmi, intelligenza artificiale e formazione della volontà pubblica: la decisione amministrativa e quella giudiziaria*, in *Rivista AIC*, 3/2020, 334.

Tanto premesso, occorre considerare che, come oramai noto, in generale, l'utilizzo degli algoritmi impatta fortemente sul diritto costituzionale.

Infatti, ciò che può essere definito come intelligenza artificiale, cioè «la simulazione di pensiero, ragionamento e comportamento umani, in modo da permettere, nella logica del *machine learning*, processi spontanei di comprensione, acquisizione e raccolta di informazioni anche dall'ambiente circostante e capacità di adattamento a situazioni imprevedute»², non può non coinvolgere principi di diritto costituzionale: tutti i diritti sono coinvolti nella diffusione dell'applicazione dell'intelligenza artificiale, primo fra tutti, il principio di eguaglianza e di non discriminazione³, ma anche «il diritto di autodeterminazione individuale legato alla scelta, libera e consapevole, del singolo di fare parte ma anche di non fare parte di una formazione sociale»⁴.

A tal proposito, è evidente il rischio che i sistemi di intelligenza artificiale «elaborino informazioni o dati in modo distorto o condizionato dalle distinzioni fra esseri umani in ragione della loro razza, colore, sesso, lingua, religione, opinione politica, origine nazionale o sociale, posizione economica, nascita o qualsiasi altra condizione sociale»⁵, tanto è vero che l'utilizzo di sistemi informatizzati fondati su algoritmi nelle decisioni amministrative e giudiziarie ha portato la dottrina a riflettere sul «diritto ad una decisione umana»⁶ e sulla categoria dell'«algoritmo incostituzionale»⁷, soprattutto con riferimento alla c.d. amministrazione algoritmica⁸.

2. Il quadro nazionale e sovranazionale di riferimento

Al fine di offrire un quadro completo del contesto di riferimento, o, meglio, del punto di partenza, cioè quello della digitalizzazione dell'attività amministrativa – uno degli obiettivi delineati dal PNRR⁹ – si consideri, per quanto interessa l'ordinamento interno e come indicato dalla dottrina, la l. 7 agosto 1990, n. 241, che fornisce i principi di efficacia, economicità, trasparenza per gli interventi sull'informatizzazione pubblica, il d.lgs. 12 febbraio 1993, n. 39, che introduceva, all'art. 3, il principio della dematerializzazione e istituiva, e, all'art. 4, l'Autorità per l'informatica nelle P.A.; l'art.

² Cfr. C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, Fascicolo Speciale, maggio 2019, 103.

³ Per un'attenta analisi del rapporto tra intelligenza artificiale e discriminazione di genere si veda M. D'AMICO, *Una parità ambigua. Costituzione e diritti delle donne*, Milano, 2020, 313-324.

⁴ Così C. NARDOCCI, *Intelligenza artificiale e discriminazioni*, Relazione al Convegno annuale dell'Associazione del Gruppo di Pisa “*Il diritto costituzionale e le sfide dell'innovazione tecnologica*”, 18-19 giugno 2021, 89.

⁵ Cfr. D.U. GALETTA, J.G. CORVALÁN, *Intelligenza artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *Federalismi.it*, 2019, 21.

⁶ Cfr. C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni*, cit., 127-129.

⁷ Così A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal*, 1/2019.

⁸ Sull'amministrazione algoritmica v. A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, in *Istituto di ricerche sulla pubblica amministrazione*, 4/2019.

⁹ Cfr. il Piano Nazionale di Resilienza e Resistenza a 44-51. Cfr. <https://www.governo.it/sites/governo.it/files/PNRR.pdf>.

15, c. 2, della l. 15 marzo 1997, n. 59 e il relativo decreto attuativo d.P.R. il d.P.R. 10 novembre 1997, n. 513, che attribuisce valore giuridico agli atti pubblici e privati in forma elettronica; il d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445 “Testo unico sulla documentazione amministrativa” e il d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 “Codice dell’amministrazione digitale”, modificato da ultimo, come noto, con i d.lgs. 26 agosto 2016, n. 179, e d.lgs. 13 dicembre 2017, n. 217¹⁰.

Quando si fa riferimento, però, all’utilizzo degli algoritmi nella P.A, si intende un livello più avanzato di digitalizzazione, cioè quello della possibile sostituzione della decisione umana con quella algoritmica¹¹.

Allo stato dell’arte, nell’ordinamento italiano manca una disciplina del procedimento amministrativo automatizzato, e ciò nonostante il Regolamento UE 2016/679 (GDPR), al fine di «anteporre l’uomo alla macchina in modalità servente all’uomo»¹² prevede, con riferimento al diritto nazionale, all’art. 22, rubricato «Processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche, compresa la profilazione», l’onere di predisporre misure a tutela dei diritti, delle libertà e degli interessi legittimi della persona interessata¹³, e ciò nonostante sia ammessa «la possibilità per uno Stato membro di derogare al principio di non esclusività della decisione algoritmica [...]»¹⁴.

In effetti, come è stato scritto, la disposizione in questione sembra spostare l’attenzione «dal dato personale e suo trattamento» alla «liceità dei processi automatizzati di decisione tramite analisi di dati e propri esiti giuridici»¹⁵.

Si accennava al fatto che allo stato attuale non vi è quindi una disciplina di normazione di quelli che sono stati definiti i “decisori autonomi”, i quali, in casi che potrebbero essere definiti estremi, potrebbero condurre con logiche opache all’esclusione dall’esercizio di diritti o dall’accesso ai servizi¹⁶.

Ebbene, il legislatore nazionale ed europeo «fatica a trovare la cornice di regolazione più adeguata, e finisce spesso con l’adottare singole disposizioni (siano esse di autorizzazione o di divieto) che mancano, però, di una ampia visione d’insieme»¹⁷.

¹⁰ La ricostruzione normativa è dovuta a L. MUSSELLI, *La decisione amministrativa nell’età degli algoritmi: primi spunti*, in *Media Laws*, 1/2020, 22.

¹¹ In questo senso S. VERNILE, *L’adozione delle decisioni amministrative tramite formule algoritmiche*, in F. APERIO BELLA, A. CARBONE, E. ZAMPETTI (a cura di), *Dialoghi di Diritto Amministrativo. Lavori del laboratorio di Diritto amministrativo 2019*, Roma, 2020, 109.

¹² Cfr. il commento di S. SASSI, *Gli algoritmi nelle decisioni pubbliche tra trasparenza e responsabilità*, in *Analisi Giuridica dell’Economia*, 1/2019, 114 all’art. 22 GDPR.

¹³ C. NAPOLI, *Algoritmi, intelligenza artificiale e formazione della volontà pubblica: la decisione amministrativa e quella giudiziaria*, cit., 341.

¹⁴ Cfr. sempre C. NAPOLI, *Algoritmi, intelligenza artificiale e formazione della volontà pubblica: la decisione amministrativa e quella giudiziaria*, cit., 341.

¹⁵ Così A. GALIANO, A. LEOGRANDE, S.F. MASSARI, A. MASSARO, *I processi automatici di decisione: profili critici sui modelli di analisi e impatti nella relazione con diritti individuali*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 2/2019, 42.

¹⁶ Così A. GALIANO, A. LEOGRANDE, S.F. MASSARI, A. MASSARO, *I processi automatici di decisione: profili critici sui modelli di analisi e impatti nella relazione con diritti individuali*, cit., 42.

¹⁷ Così G. PINOTTI, *Amministrazione digitale algoritmica e garanzie procedurali*, in *Labour&Law Issues*, vol. 7, 1/2021, 80.

È pur vero, però, che sul piano nazionale, anche alla luce del PNRR, nel campo dell'intelligenza artificiale la giustizia amministrativa può assumere certamente «un ruolo pilota»¹⁸.

Infine, sul piano della normativa sovranazionale, la disciplina della protezione del trattamento dei dati personali sotto l'angolo prospettico dell'automatizzazione ha conosciuto una forma di inquadramento nella Convenzione n. 108 del 1981 sul trattamento di dati automatizzati di carattere personale, «unico strumento giuridicamente vincolante in materia di protezione di dati»¹⁹, eseguita in Italia dalla l. 21 febbraio 1989, n. 98.

Sul piano del diritto europeo rileva, invece, quale principale strumento giuridico, la Direttiva 95/46/CE, recepita con la l. 31 dicembre 1996, n. 675, che tutela il diritto alla vita privata, prevede l'introduzione di autorità di controllo indipendenti e disciplina il trasferimento dei dati personali al di fuori dello Spazio Economico Europeo (SEE)²⁰.

In seguito, come noto, è stato approvato il Regolamento UE 2016/679, «al fine di assicurare una maggiore tutela di un diritto fondamentale non solo per i cittadini europei, bensì per tutti gli individui che si trovano sul territorio dell'Unione»²¹.

3. Decisione amministrativa automatizzate e decisione giudiziale automatizzata

Tanto chiarito, quando si fa riferimento alla decisione robotica nell'ambito del diritto amministrativo, occorre distinguere tra decisione amministrativa robotica e decisione giudiziale robotica: la prima offre una soluzione «sul da farsi», la seconda, invece, offre una soluzione rispetto a quello che «si sarebbe dovuto fare»²².

Nell'accogliere tale fondamentale distinzione, pare opportuno chiedersi quali siano i vantaggi e le criticità legati alla decisione amministrativa robotizzata, e, in seguito, quelli legati alla decisione giudiziale robotizzata.

Quanto alle prime, i vantaggi dell'utilizzo di procedure algoritmiche sono quelli legati all'economicità temporale e all'aumento del grado dell'imparzialità dell'azione di natura amministrativa, in particolar modo quando risulti necessario processare masse di dati²³.

¹⁸ F. PATRONI GRIFFI, *Relazione sull'attività della giustizia amministrativa del Presidente del Consiglio di Stato Filippo Patroni Griffi*, 2021, 32.

¹⁹ Cfr. https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-handbook-data-protection-law-2nd-ed_it.pdf, 16.

²⁰ Cfr. <https://protezionedatipersonali.it/direttive-europee>.

²¹ Cfr. C. COLAPIETRO, *I principi ispiratori del Regolamento UE 2016/679 sulla protezione dei dati personali e la loro incidenza sul contesto normativo nazionale*, in *Federalismi.it*, 2018, 2.

²² Cfr. F. PATRONI GRIFFI, *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, Intervento al Convegno «Decisione robotica», organizzato nell'ambito dei Seminari 'Leibniz' per la teoria e la logica del diritto – Roma, Accademia dei Lincei, 5 luglio 2018, 2.

²³ Si veda, in questo senso, P.S. MAGLIONE, *La Pubblica Amministrazione "al varco" dell'Industria 4.0: decisioni automatizzate e garanzie procedurali in una prospettiva human oriented*, in *Amministrazione in Cammino*, 2020, 14. Si veda anche E. LONGO, *La giustizia nell'era digitale*, cit., 13.

Anche la neutralizzazione della componente emotiva e degli errori umani costituisce un dato non irrilevante²⁴.

Non solo, l'intelligenza artificiale può anche rappresentare una forma di prevenzione della corruzione²⁵.

Del pari, però, sembrano essere evidenti i limiti insiti nell'automatizzazione del processo decisionale: in primo luogo, emerge il nodo problematico relativo alla dimensione del grado di sostituibilità di decisioni umane con riferimento, in particolare, alle attività di natura discrezionale²⁶; in questo senso, del tutto significativo è quanto è stato affermato di recente dalla dottrina, e cioè che uno dei rischi insiti nella digitalizzazione della giustizia – e, parallelamente, ad avviso di chi scrive, della P.A. – consiste propriamente in quello di «affidarsi in modo assoluto alla tecnica, trascurando che il digitale è per sua forza capace di impadronirsi della decisione e attraverso di essa dare un nuovo ordine di senso al mondo»²⁷.

In secondo luogo, rileva in chiave problematica la valutazione da parte del giudice della correttezza del processo automatizzato, e quindi della correttezza non solo dei dati utilizzati, ma anche e soprattutto dello stesso algoritmo.

Più in generale, gli algoritmi basati su meccanismi di *machine learning*, capaci di sviluppare e adottare decisioni altre rispetto a quelle che potrebbero essere adottate sulla base dei dati inseriti nel *software*²⁸, possono essere contraddistinti dal deficit dell'opacità del processo decisionale²⁹.

Invece, ai sensi dell'art. 97 Cost., un'amministrazione imparziale deve adottare decisioni conoscibili e trasparenti e deve fondare la propria decisione su un algoritmo che non sia, già in partenza, "parziale"³⁰: è noto, infatti, come la P.A. debba improntarsi ai criteri di efficienza, efficacia ed economicità³¹.

Nelle sentenze gemelle adottate dal Tar Lazio, Roma, sez. III-bis, 10 settembre 2018, nn. 9224, 9225, 9226, 9227, 9228, 9229 e 9230, il giudice amministrativo ha ritenuto illegittimo l'utilizzo dell'«algoritmo preimpostato perché avrebbe finito per azzerare l'attività amministrativa, ponendosi così in contrasto con i principi sottesi all'art. 97 Cost., nonché con le garanzie procedurali apprestate dalla legge n. 241/1990»³².

²⁴ Così, in modo significativo, S. VERNILE, *L'adozione delle decisioni amministrative tramite formule algoritmiche*, cit., 111.

²⁵ Cfr. S. VERNILE, *Verso la decisione amministrativa algoritmica?* in *Media Laws*, 2/2020, 5.

²⁶ Cfr. L. MUSSELLI, *La decisione amministrativa nell'età degli algoritmi: primi spunti*, cit., 20.

²⁷ Cfr. E. LONGO, *La giustizia nell'era digitale*, cit., 3. È pur vero, però, che le macchine dotate di intelligenza artificiale sembrano essere «lontane dal replicare l'insieme complessivo delle abilità e dei comportamenti umani (*strong AI*)». Cfr. C. CASONATO, *Costituzione e intelligenza artificiale: un'agenda per il prossimo futuro*, cit., 9.

²⁸ Cfr. S. VERNILE, *Verso la decisione amministrativa algoritmica?*, cit., 112.

²⁹ Si veda ancora S. VERNILE, *Verso la decisione amministrativa algoritmica?*, cit., 112.

³⁰ Sul rapporto tra principi costituzionali e pubblicità amministrazione si veda R. CARIDÀ, *Principi costituzionali e pubblica amministrazione*, in *Consulta Online*, 2013.

Inoltre, sulla problematicità dell'algoritmo non parziale si veda D. DALFINO, *Decisione amministrativa robotica ed effetto performativo. Un beffardo algoritmo per una "buona scuola"*, in *Questionegiustizia.it*, 2020.

³¹ Si veda A. SOLA, *La giurisprudenza e la sfida dell'utilizzo di algoritmi nel procedimento amministrativo*, in *Giustamm.it*, 2020.

³² Così I.A. NICOTRA, V. VARONE, *L'algoritmo, intelligente ma non troppo*, in *Rivista AIC*, 4/2019, 90.

Ebbene, il principio di conoscibilità si completa con il principio di comprensibilità: per questa ragione, l’algoritmo deve essere intellegibile secondo criteri logico-razionali³³.

La possibilità di ricostruire l’*iter* logico sulla base del quale l’atto viene adottato per mezzo di procedure automatizzate, d’altra parte, incide sulla legittimità dello stesso, come affermato dal giudice amministrativo nella decisione Tar Lazio, Roma, sez. III-bis, 22 marzo 2017, n. 3769³⁴, che rileva, inoltre, per il fatto di avere distinto tra «attività vincolata e attività discrezionale quale presupposto che legittima l’impiego di decisioni automatizzate da parte della PA»³⁵.

Non solo, come ha avuto modo di affermare il Consiglio di Stato in occasione della decisione VI sez., 8 aprile 2019, n. 2270, con cui è stata riformata la pronuncia adottata dal Tar Lazio, Roma, sez. III-bis, 1 dicembre 2016, n. 12026, che aveva respinto il ricorso contro l’attuazione della mobilità nazionale degli insegnanti in ottemperanza al piano straordinario assunzionale di cui alla l. n. 31 luglio 2015, n. 107, commi da 95 a 104 (Buona scuola), la struttura dell’algoritmo e la procedura informatica utilizzata devono garantire la sindacabilità della decisione amministrativa³⁶: è necessario quindi poterne verificare la correttezza, la ragionevolezza e la logicità.

La pronuncia in questione si qualifica per il fatto che il Consiglio di Stato traccia con essa «lo statuto dell’algoritmo nel procedimento»³⁷ e, pertanto, i provvedimenti *de qua* sono stati annullati per violazione dei principi di imparzialità, trasparenza e pubblicità.

Inoltre, nella pronuncia in questione il Giudice amministrativo afferma, in linea con quanto affermato dalla pronuncia del TAR Lazio n. 3769/2017, che «la regola algoritmica [...] non può lasciare spazi applicativi discrezionali (di cui l’elaboratore elettronico è privo), ma deve prevedere con ragionevolezza una soluzione definita per tutti i casi possibili, anche i più improbabili»³⁸.

In una pronuncia successiva, Consiglio di Stato, Sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472, è stato chiarito che l’applicazione di una formula algoritmica ai fini decisionali è ammessa a condizione che sia resa pienamente trasparente e conoscibile; vi deve inoltre essere «un controllo da parte del soggetto responsabile, escludendo che si possa prescindere del tutto dall’intervento umano, seppure ‘a valle’»³⁹. In questo senso, il

Come sottolineato dalla dottrina, in occasione di TAR Lazio, Roma, Sez. III bis, sentenza del 25 maggio 2019, n. 6606, ha evidenziato “la stretta correlazione esistente tra l’obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi, evidentemente da ritenersi non assolto per il tramite di decisioni automatizzate e il diritto di difesa di cui all’art. 24 Cost”.

Cfr. F.F. PAGANO, *Pubblica amministrazione e innovazione tecnologica*, versione provvisoria della Relazione al Convegno annuale dell’Associazione del Gruppo di Pisa “*Il diritto costituzionale e le sfide dell’innovazione tecnologica*”, 18-19 giugno 2021, 17.

³³ Così G. PESCE, *Il giudice amministrativo e la decisione robotizzata. Quando l’algoritmo è opaco*, in *Judicium.it*, 2020.

³⁴ Così I.A. NICOTRA, V. VARONE, *L’algoritmo, intelligente ma non troppo*, cit., 99.

³⁵ Cfr. F.F. PAGANO, *Pubblica amministrazione e innovazione tecnologica*, cit., 16.

³⁶ F.F. PAGANO, *Pubblica amministrazione e innovazione tecnologica*, cit., 19.

³⁷ I.A. NICOTRA, V. VARONE, *L’algoritmo, intelligente ma non troppo*, cit., 88.

³⁸ Cfr. p.to 8.

³⁹ Cfr. S. VERNILE, *Verso la decisione amministrativa algoritmica?*, cit., 115.

Consiglio di Stato ha fatto applicazione del principio della non esclusività della decisione algoritmica di cui all'art. 22 GDPR.

Non solo, quello che forse rileva ancora di più consiste nel fatto che il Consiglio di Stato abbia mostrato una certa apertura anche nei confronti dell'attività discrezionale, chiarendo che «né vi sono ragioni di principio, ovvero concrete, per limitare l'utilizzo all'attività amministrativa vincolata piuttosto che discrezionale, entrambe espressione di attività autoritativa svolta nel perseguimento del pubblico interesse»⁴⁰.

È bene ricordare che il giudice amministrativo ha affrontato il processo di automazione nel procedimento amministrativo anche in occasione di Consiglio di Stato, Sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881, ove stati enucleati il principio di conoscibilità del processo automatizzato e quello di non esclusività della decisione algoritmica.

A questo punto, è possibile chiedersi quali siano i principali nodi problematici che si ravvisano nel rapporto tra utilizzo dell'intelligenza artificiale nella Pubblica Amministrazione, nel processo amministrativo e la Costituzione.

4. IA e Costituzione tra decisione amministrativa e decisione giudiziale

Il ricorso all'intelligenza artificiale impatta fortemente sugli istituti della partecipazione, della trasparenza e dell'obbligo di motivazione delle decisioni amministrative, in tal modo incidendo sulle garanzie processuali del diritto di azione e di difesa in giudizio di cui all'art. 24 della Cost., nonché sull'art. 111 Cost.

Il caso più “eclatante” è ravvisabile nel fenomeno della *black box*, «secondo cui, con l'impiego soprattutto *del machine e deep learning*, non è dato comprendere, nemmeno ai programmatori, il percorso attraverso cui la macchina produce il risultato della propria attività»⁴¹: non vi è chi non veda, nell'utilizzo di tale tecnica, un forte vizio di legittimità costituzionale.

Per questa ragione, come afferma la dottrina, sarebbe opportuno prevedere, quale presupposto del procedimento decisionale della pubblica amministrazione, e ciò a prescindere dalle difficoltà tecniche legate al rispetto di tali principi costituzionali da parte di un algoritmo “decidente”⁴², una *disclosure* dei singoli passaggi «che compongono la sequenza procedimentale, il tutto alla luce dei principi fondamentali dell'ordinamento che assicurano il corretto dispiegarsi dell'azione amministrativa»⁴³; allo stesso tempo, naturalmente, anche un provvedimento giurisdizionale deve poter soddisfare il requisito della necessaria motivazione, di cui all'art. 111, sesto comma, Cost.

⁴⁰ Così S. VERNILE, *Verso la decisione amministrativa algoritmica?*, cit., 116.

⁴¹ Così C. CASONATO, *Costituzione e intelligenza artificiale: un'agenda per il prossimo futuro*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, in *Consulta Online*, 2020, 6.

⁴² Questo il ragionamento di C. CASONATO, *Costituzione e intelligenza artificiale: un'agenda per il prossimo futuro*, cit., 11.

⁴³ Cfr. N. MUCIACCIA, *Algoritmi e procedimento decisionale: alcuni recenti arresti della giustizia amministrativa*, in *Federalismi.it*, 2020, 366.

Un ulteriore profilo problematico è rappresentato dal rispetto del principio di legalità: allo stato dell'arte, lo si è visto, non vi è una legge che disciplini il procedimento amministrativo automatizzato⁴⁴.

Come affermato del tutto opportunamente dalla dottrina, in armonia con quanto previsto dall'art. 22, par. 2, lett. b), è necessario un intervento normativo che preveda una disciplina avente ad oggetto il procedimento amministrativo automatizzato, le attività rispetto alle quali consentire l'automatizzazione, l'individuazione dell'organo competente a tradurre la norma giuridica in formula tecnica, l'identificazione della responsabilità e le modalità di effettiva ottemperanza all'onere motivazionale⁴⁵, tanto più che, come è stato scritto, nel momento in cui gli strumenti informatici aiutano nella conduzione di una scelta, «le tecnologie tendono ad imporre la loro architettura»⁴⁶.

Inoltre, come si accennava poc'anzi, un ruolo centrale assume il principio di non discriminazione, il quale, anche nello stesso GDPR, assume un ruolo del tutto marginale alla luce della previsione di una serie di deroghe rispetto all'assunzione di una decisione interamente automatizzata⁴⁷.

L'art. 22 dello stesso Regolamento (Processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche), infatti, che sancisce «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», conosce un'eccezione nei casi in cui la decisione «sia necessaria per la conclusione o l'esecuzione di un contratto tra l'interessato e un titolare del trattamento» e nei casi in cui «si basi sul consenso esplicito dell'interessato».

Con riferimento alla prima clausola è a tutto noto come sia semplice «ottenere un consenso in cambio dell'accesso ai servizi fondati su decisioni algoritmiche»⁴⁸.

Per ovviare a tali gravose eccezioni al principio di uguaglianza, oltre che alla dignità dei singoli, in un'ottica *de jure condendo* improntata ai valori costituzionali, sarebbe possibile prevedere, a completamento e anzi a fondamento della disciplina che interverrà

⁴⁴ Diverso e altro tema è quello relativo alla legalità algoritmica, in parte enucleata dalla giurisprudenza del Giudice amministrativo: l'algoritmo deve essere trasparente, soggetto a controllo umano e non discriminatorio. Cfr. E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, 2/2020, 271 e ss. Sul principio di legalità, decisione amministrativa e giudiziaria cfr. C. NAPOLI, *Algoritmi, intelligenza artificiale e formazione della volontà pubblica: la decisione amministrativa e quella giudiziaria*, cit., 339-343.

⁴⁵ Così C. NAPOLI, *Algoritmi, intelligenza artificiale e formazione della volontà pubblica: la decisione amministrativa e quella giudiziaria*, cit., 338.

⁴⁶ Cfr. E. LONGO, *La giustizia nell'era digitale*, cit., 5. Al fine di evitare tale forma di soggezione e per valorizzare al massimo la dignità dei singoli occorre rendere «consapevoli della natura, umana o artificiale, del proprio interlocutore». Così C. CASONATO, *Costituzione e intelligenza artificiale: un'agenda per il prossimo futuro*, cit., 11.

⁴⁷ C. NAPOLI, *Algoritmi, intelligenza artificiale e formazione della volontà pubblica: la decisione amministrativa e quella giudiziaria*, cit., 329.

⁴⁸ Così P. ZUDDAS, *Intelligenza artificiale e discriminazioni*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, in *Consulta Online*, 2020, 16-17. Nello stesso senso anche C. CASONATO, *Costituzione e intelligenza artificiale: un'agenda per il prossimo futuro*, cit., 12, il quale fa riferimento alla scarsa informazione che, di fatto, caratterizza i «nostri consensi».

nel campo oggetto di studio del presente lavoro, un approccio antidiscriminatorio *by design*⁴⁹.

Infine, con riferimento alle decisioni giudiziali, è chiaro come una pronuncia giudiziale robotizzata possa rivelarsi utile nei settori contraddistinti dalla necessità di effettuare calcoli di natura statistica e probabilistica, oppure nella fase istruttoria⁵⁰.

D'altra parte, però, emerge la problematica primaria relativa all'adattamento della decisione automatizzata all'evoluzione giurisprudenziale e quella dell'impugnazione della stessa decisione⁵¹.

Ancora, viene evidenziata la criticità legata alla fisiologica indeterminatezza di alcuni canoni ermeneutici⁵².

Per queste ragioni, è opportuno distinguere la decisione robotizzata da quella, invece, umana, che può essere sorretta, in certi casi e parzialmente, da un *robot*.

D'altra parte, il diritto ad una decisione umana e la possibilità di individuare, oltre alla titolarità della funzione esercitata, anche la relativa responsabilità, sono ravvisabili nel considerando 71 del GDPR⁵³.

5. L'ordinamento tedesco: la regolamentazione dell'utilizzo degli algoritmi nella P.A.

L'utilizzo dell'intelligenza artificiale nella Pubblica Amministrazione tedesca presenta elementi di interesse in quanto non solo essa conosce una forma di regolamentazione piuttosto dettagliata, ma anche perché, più in generale, la Germania ha investito in modo rilevante su di esso, pur essendo il settore privato quello soggetto ad una maggiore implementazione dell'intelligenza artificiale.

Nel settore pubblico, infatti, rileva la c.d. *Gesetzbindung der Verwaltung*, sancita all'art. 1 III della Legge Fondamentale, la quale obbliga l'attività amministrativa a trarre la propria legittimazione unicamente dalla legge.

In ogni caso, nell'ambito del settore pubblico, in un confronto internazionale, l'amministrazione tedesca occupa posizioni medio-alte in termini di digitalizzazione⁵⁴.

Quanto al *corpus* normativo rilevante in punto di utilizzo dei c.d. *KI Systeme*, cioè i sistemi di intelligenza artificiale, nel processo di adozione di una decisione, occorre

⁴⁹ Così C. CASONATO, *Costituzione e intelligenza artificiale: un'agenda per il prossimo futuro*, cit., 12.

⁵⁰ In questo senso C. CASONATO, *Costituzione e intelligenza artificiale: un'agenda per il prossimo futuro*, cit., 10.

⁵¹ C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e giustizia: potenzialità e rischi*, in *DPCE online*, 3/2020, 3384.

⁵² Cfr. ancora C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e giustizia: potenzialità e rischi*, cit., 3375-3376.

⁵³ Cfr. C. CASONATO, *Costituzione e intelligenza artificiale: un'agenda per il prossimo futuro*, cit., 12.

Un tema ulteriore è quello relativo alla sicurezza dei dati utilizzati dagli algoritmi. Si profila quindi il nodo problematico del *security by design*. Cfr. M. TRESCA, *I primi passi verso l'Intelligenza Artificiale al servizio del cittadino: brevi note sul Libro Bianco dell'Agenzia per l'Italia digitale*, in *Media Laws*, 2018, 249-250.

⁵⁴ L. GUGGENBERGER, *Einsatz künstlicher Intelligenz in der Verwaltung*, in *NVwZ*, 2019, 844. Non è un caso, forse, che, come segnalato da N. MUCIACCIA, *Algoritmi e procedimento decisionale: alcuni recenti arresti della giustizia amministrativa*, cit., 364, si faccia riferimento alla *Datenethikkommission*.

considerare, sul piano del diritto costituzionale, il menzionato art. 1 III della Legge fondamentale.

Dal punto di vista delle fonti primarie, bisogna prendere in considerazione alcune disposizioni che si adeguano all'art. 22, primo comma, del GDPR, ma che esistevano già prima dell'entrata in vigore del diritto eurounitario.

In primo luogo, l'art. 35 a *VwVfG* (*Verwaltungsverfahrensgesetzes*), che permette l'emissione completamente automatizzata di un atto amministrativo se questo è permesso dalla legge e qualora l'attività discrezionale e valutativa siano escluse.

Come segnalato dalla dottrina, una problematica legata alla formulazione della disposizione in commento è quella relativa alla mancata determinatezza dei sistemi di intelligenza artificiale di riferimento.

Non è chiaro, infatti, come si vedrà, se il legislatore abbia inteso riferirsi, in un'ottica maggiormente garantista, a sistemi completamente determinati oppure anche ad algoritmi di autoapprendimento, i quali risultano particolarmente problematici alla luce della loro capacità di definire quali siano i «risultati indesiderabili» e che quindi ledono la legittimità democratica dello Stato di diritto⁵⁵.

È stato affermato, infatti, che la disposizione in questione è (forse eccessivamente) aperta alla tecnologia e «non contiene ulteriori specifiche o restrizioni per quanto riguarda la struttura e il funzionamento di tali apparecchiature automatiche»⁵⁶.

Secondo altri, in ogni caso, nonostante non vi sia una previsione espressa, alla luce delle disposizioni costituzionali è deducibile, in via implicita, la necessità di un contenimento dell'intelligenza artificiale che si basi su algoritmi di apprendimento⁵⁷.

La disposizione in questione va letta insieme alla normativa prevista nell'*Abgabeordnung* e nel *Sozialgesetzbuch* (d'ora in poi *SGB*), in quanto, se lette in combinato disposto, concorrono a configurare uno sviluppo unitario delle tre normative di natura processuale, in piena armonia con i *desiderata* della *Gesetz zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens*⁵⁸.

Queste disposizioni, così come lo stesso art. 35 a *VwVfG*, risalgono infatti alla appena menzionata “Legge sulla modernizzazione della procedura fiscale” del 18.7.2016, entrata in vigore il 1.1.2017, la quale ha innovato, nella generale ottica dell'implementazione degli algoritmi nel processo amministrativo, il settore del processo amministrativo generale, del *Sozialverwaltungsverfahren* e del diritto processuale tributario (*Abgabeordnung*, d'ora in poi *AO*).

A questo proposito rileva l'art. 155 IV *AO* (*Abgabeordnung*) in tema di diritto tributario, il quale pone le basi per l'automazione completa.

⁵⁵ P. STELKENS, H.J. BONK, M. SACHS, P. STELKENS (a cura di), *VwVfG* § 35a, in *Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar* 2018, edizione nona, Rn. 5-8.

⁵⁶ Cfr. BeckOK *VwVfG/Prell*, 51. Ed. 1.10.2020, *VwVfG* § 35a Rn. 5.

⁵⁷ Cfr. H. KUBE, in *VVDSTrL* 78, 2019, 289, 313 e ss.

⁵⁸ *Beschlussempfehlung und Bericht des BT-Finanzausschusses zu Art. 19 und Art. 20*, BT-Drs. 18/8434, S. 120 und 122.

Non è un caso che l'amministrazione fiscale stia diventando pioniera nell'implementazione di procedure amministrative completamente automatizzate, soprattutto con riferimento al sollecito giudiziario (§ 689 I 2 ZPO)⁵⁹.

A differenza di quanto previsto dall'art. 35 a *VwVfG*, l'AO autorizza le autorità fiscali ad adottare decisioni amministrative completamente automatizzate, solamente, però, per l'emissione di accertamenti fiscali⁶⁰ e nel caso in cui non vi sia la necessità di «trattare il singolo caso» da parte dei pubblici ufficiali.

Analogamente l'art. 31 a *SGB X* prevede la possibilità di adottare decisioni amministrative emesse automaticamente con riferimento, in generale, alla c.d. *Leistungsverwaltung*⁶¹.

Così come previsto con riferimento all'art. 155 AO, la disposizione in questione prevede che un atto amministrativo possa essere emesso interamente da dispositivi automatici «a condizione che non ci sia motivo di trattare il singolo caso da parte dei pubblici ufficiali».

Inoltre, nel caso di decisioni amministrative completamente automatizzate, si applicano le disposizioni del *SGB X*, che garantiscono una procedura amministrativa conforme a Costituzione, in particolare attuando il principio di indagine e il diritto di essere ascoltato⁶².

Tuttavia, la disposizione in questione, così come l'art. 155 AO, non contiene alcuna previsione in merito alla previa riserva di legge, risultando così problematica con riferimento al rispetto del principio di legalità.

Un'ulteriore norma di rilievo nel panorama dell'utilizzazione dell'intelligenza artificiale nel processo amministrativo tedesco è rappresentata dall'art. 24 I 3 *VwVfG*.

Si consideri, innanzitutto, che la garanzia di cui all'art. 22 del GDPR in merito alla (non) sottoposizione da parte del singolo ad una decisione basata unicamente su un trattamento automatizzato è rintracciabile (nonché integrabile) nell'art. 35 a *VwVfG* e nell'art. 24 I 3 *VwVfG*, in quanto il combinato disposto in questione chiarisce che «le informazioni effettive fornite dalla persona interessata che sono significative per il caso individuale devono essere prese in considerazione anche nelle procedure completamente automatizzate»⁶³.

Più nello specifico, l'art. 24 I 3 *VwVfG* obbliga le autorità, quando utilizzano strutture automatizzate, a prendere in considerazione informazioni reali fornite dalla parte interessata che sono significative per il caso individuale e che non sarebbero state prese in considerazione nella procedura automatizzata⁶⁴.

⁵⁹ M. MARTINI, D. NINK, *Wenn Maschinen entscheiden ... - vollautomatisierte Verwaltungsverfahren und der Persönlichkeitsschutz*, cit., 1.

⁶⁰ P. STELKENS, H. J. BONK, M. SACHS, P. STELKENS, *VwVfG § 35a*, cit., Rn. 5-8.

⁶¹ Un esempio consiste nell'adeguamento automatico dell'importo delle prestazioni sociali attuali in un gran numero di casi individuali simili. Cfr. M. MARTINI, D. NINK, *Wenn Maschinen entscheiden ... - vollautomatisierte Verwaltungsverfahren und der Persönlichkeitsschutz*, cit., 3.

⁶² P. STELKENS, H. J. BONK, M. SACHS, P. STELKENS, *VwVfG § 35a*, cit., Rn. 8.

⁶³ Cfr. BeckOK *VwVfG/Prell*, 51. Ed. 1.10.2020, *VwVfG § 35a* Rn. 18.

⁶⁴ Per un commento si veda A. BERGER, *Zu den Anforderungen an eine automatisierte Verwaltungsentscheidung am Beispiel des § 35 VwVfG*, in *NVwZ*, 2018, 1263.

Tuttavia, quanto previsto dalla disposizione in questione di per sé non soddisfa i requisiti del diritto di esprimere la propria posizione, in quanto il singolo caso non può essere “tipicamente” registrato in modo definitivo in un modulo o in uno schema⁶⁵.

Pertanto, le procedure specializzate dovrebbero poter tenere conto della complessità dei casi speciali che si presentano nelle procedure automatizzate, e ciò alla luce dell’attuazione del principio di uguaglianza sancito dall’art. 3, primo comma, della Legge Fondamentale⁶⁶; non solo, con riferimento al diritto eurounitario, la trasparenza riguardo al funzionamento dei sistemi AI basati sul trattamento dei dati personali è richiesta dall’art. 5 I a GDPR⁶⁷.

Ebbene, proprio con riferimento a quest’ultimo, la dottrina tedesca ha avuto modo di evidenziare qualche problematicità in punto di compatibilità tra le disposizioni interne sul processo amministrativo generale e particolare e il GDPR.

Innanzitutto, la lettera b dell’art 22, comma secondo, del GDPR, contempla l’adozione di decisioni completamente automatizzate a condizione che vi sia un quadro procedurale «esplicitamente regolato per l’emissione completamente automatizzata di atti amministrativi»⁶⁸; tuttavia, la norma nazionale, cioè, nello specifico, l’art. 35 *VwVfG*, non contiene alcuna disposizione volta a proteggere il diritto della personalità⁶⁹ (così come le altre disposizioni rilevanti rispetto all’utilizzo dell’intelligenza artificiale nell’ambito della P.A. tedesca).

Più in generale, uno dei rischi principali dei sistemi automatizzati non è affrontato esplicitamente dal legislatore nell’art. 155 IV *AO*, nell’art. 35 a *VwVfG* e nell’art. 31 a *SGB X*: gli algoritmi informatici non sarebbero immuni dal basare i loro meccanismi di selezione su criteri di selezione discriminatori.

Gli algoritmi utilizzano infatti metodi stocastici per cercare correlazioni statistiche nel *database*, deducendo errori e rischi dalle caratteristiche del gruppo, dando così luogo al rischio di discriminazione (di gruppo). In particolare, ad esempio, nelle procedure di diritto sociale (amministrativo), «un algoritmo orientato all’efficienza baserà [...] la sua griglia decisionale sull’origine etnica o sulla religione se c’è una correlazione statisticamente significativa tra il numero di casi di frode sociale e il gruppo ‘persone con un background migratorio’ o una valida correlazione tra la frode fiscale e l’affiliazione religiosa»⁷⁰.

⁶⁵ M. MARTINI, D. NINK, *Wenn Maschinen entscheiden ... - vollautomatisierte Verwaltungsverfahren und der Persönlichkeitsschutz*, cit., 8.

⁶⁶ P. STELKENS, H.J. BONK, M. SACHS, P. STELKENS, *VwVfG § 24*, cit., Rn. 57c.

⁶⁷ Per un’analisi si veda C. COLAPIETRO, *I principi ispiratori del Regolamento UE 2016/679 sulla protezione dei dati personali e la loro incidenza sul contesto normativo nazionale*, cit., 20 e ss.

⁶⁸ BeckOK *VwVfG/Prell*, 51. Ed. 1.10.2020, *VwVfG § 35a* Rn. 11a.

⁶⁹ Si profila, in effetti, il problema relativo all’algoritmo quale arcano. Cfr. T. BARCZAK, *Algoritmus als Arkanum*, in *DÖV*, 2020, 997 e ss.

⁷⁰ M. MARTINI, D. NINK, *Wenn Maschinen entscheiden ... - vollautomatisierte Verwaltungsverfahren und der Persönlichkeitsschutz*, cit., 9. Ancora, sul rapporto tra algoritmi e discriminazione nel raggruppamento di dati si veda C. FREYLER, *Robot-Recruiting, Künstliche Intelligenz und das Antidiskriminierungsrecht*, in *NZA*, 2020, 285.

Secondo la stessa dottrina, in ogni caso, i rischi di discriminazione sarebbero controbilanciati dall'obbligo di giustificare le decisioni automatizzate, così come dai meccanismi di controllo appositamente predisposti⁷¹.

In conclusione, alla luce della disamina del panorama tedesco, risulta ancora più opportuno distinguere, sul piano dogmatico, tra l'uso dell'IA che è semplicemente di supporto al processo decisionale e l'uso dell'IA nella fase di preparazione o decisione che, di fatto, hanno un impatto esterno. Sempre alla luce dei nodi problematici evidenziati dalla dottrina tedesca, sul piano pratico, pare del tutto condivisibile la tesi che milita a favore della «non completa costituzione dell'umano con la AI, ma un'attività di assistenza»⁷².

6. Conclusioni alla luce del diritto costituzionale italiano e tedesco

Come si è avuto modo di vedere, le problematiche di diritto costituzionale tedesco correlate all'utilizzo degli algoritmi nell'ambito della pubblica amministrazione sembrano essere del tutto analoghe a quelle che interessano l'ordinamento italiano.

Se da un lato, infatti, l'utilizzo di procedure completamente automatizzate promuove il risparmio di risorse e l'accelerazione delle procedure amministrative, dall'altro, come si è messo in evidenza, sussiste il rischio che si verifichino indebite restrizioni dei diritti dei singoli in ambito processuale, così come un'eccessiva «schematizzazione» dei dati utilizzati con riferimento alle parti interessate⁷³.

Una delle sfide della digitalizzazione della Pubblica Amministrazione o di quella che può essere definita la «quarta rivoluzione industriale»⁷⁴, sarà, infatti, quella di progettare l'utilizzo della robotica in modo ottimale e conforme alla Costituzione e alla tutela dei diritti fondamentali.

La dottrina ha avuto modo di affermare che, proprio alla luce dell'impossibilità di utilizzare, con riferimento all'ambito oggetto di analisi, la dottrina della precauzione costituzionale⁷⁵, occorre recepire il diritto costituzionale nella fase di progettazione delle macchine, improntando l'intelligenza artificiale ad un indirizzo costituzionalmente orientato.

Da un lato, sarà necessario agire sul piano statale, intervenendo sulla «capacità da parte statale di regolare settori economici in cui le parti private svolgono un ruolo dominante»⁷⁶; dall'altro, non si potrà non agire su un piano superiore, di natura globale, considerato, come acutamente osservato, «la mobilità del *cloud*»⁷⁷.

⁷¹ M. MARTINI, D. NINK, *Wenn Maschinen entscheiden ... - vollautomatisierte Verwaltungsverfahren und der Persönlichkeitsschutz*, cit., 13.

⁷² C. CASONATO, *Costituzione e intelligenza artificiale: un'agenda per il prossimo futuro*, cit., 10.

⁷³ BeckOK VwVfG/Prell, 51. Ed. 1.10.2020, VwVfG § 35a Rn. 20, 21.

⁷⁴ Cfr. L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta cambiando il mondo*, Milano, 2017.

⁷⁵ Interessante la tesi di Groppi, secondo la quale sarebbe opportuno sviluppare, parallelamente a misure di tipo precauzionale, una nuova concezione della privacy. Cfr. T. GROPPI, *Alle frontiere dello stato costituzionale: innovazione tecnologica e intelligenza artificiale*, in *Consulta Online*, 3/2020, 681.

⁷⁶ C. CASONATO, *Costituzione e intelligenza artificiale: un'agenda per il prossimo futuro*, cit., 13.

⁷⁷ Cfr. C. CASONATO, *Costituzione e intelligenza artificiale: un'agenda per il prossimo futuro*, cit., 13.

Peraltro, da un punto di vista meramente pragmatico ed esterno alla dimensione prettamente costituzionalistica, se vogliamo, un controllo sui sistemi complessi di intelligenza artificiale è fondamentale anche alla luce del fatto che «le procedure automatizzate possono richiedere una programmazione dispendiosa in termini di tempo e successivi test prima di garantire la corretta esecuzione della legge»⁷⁸.

Il diritto costituzionale deve avere, in definitiva, un ruolo fondante nel momento della genesi stessa degli algoritmi, improntandoli ai «principi fondamentali di libertà, uguaglianza e giustizia»⁷⁹.

In questo senso si muove anche la dottrina tedesca, secondo la quale «la dignità umana, la validità dei diritti fondamentali e l'umanità rimangono elementi fondamentali di orientamento [...] nel rimodellamento digitale del nostro mondo come uno spazio comune condiviso»⁸⁰. Accanto al *digital first*, quindi, occorre affermare il *constitutional first*, forse prevedendo una Costituzione *ad hoc* e un «Custode, che potrebbe essere una Autorità originante dalla fusione della Autorità per le telecomunicazioni e quella di protezione dei dati, una autentica Autorità della Società Digital»⁸¹.

Al momento, in un'ottica *de iure condendo*, e facendo tesoro della (certamente migliorabile) regolamentazione tedesca in punto di utilizzazione dell'intelligenza artificiale nel campo della Pubblica Amministrazione, quello che è certo è 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'»⁸². Non solo, deve essere implementato il principio della trasparenza algoritmica, della tracciabilità algoritmica, dell'accesso algoritmico e di lealtà dell'utilizzazione dell'algoritmo e di non discriminazione⁸³.

È quindi di fondamentale importanza scongiurare, a fronte dell'«algoritmizzazione» della Pubblica amministrazione, la progressiva destrutturazione dei principi su cui si fonda l'azione amministrativa e, in generale, del relativo orizzonte costituzionale⁸⁴.

⁷⁸ Così BeckOK VwVfG/Prell, 51. Ed. 1.10.2020, VwVfG § 35a Rn. 20, 21.

⁷⁹ Così A. GALIANO, A. LEOGRANDE, S.F. MASSARI, A. MASSARO, *I processi automatici di decisione: profili critici sui modelli di analisi e impatti nella relazione con diritti individuali*, cit., 42.

⁸⁰ Cfr. I. HÄRTEL, *Digitalisierung im Lichte des Verfassungsrecht - Algorithmen, Predictive Policing, autonomes Fahren*, in *LKV*, 2019, 60.

⁸¹ Cfr. A. CELOTTO, *Algoritmi e algoretica: quali regole per l'intelligenza artificiale?* in *Liber Amicorum per Paquale Costanzo*, in *Consulta Online*, 2020, 9.

⁸² Così D.U. GALETTA, J.G. CORVALÁN, *Intelligenza artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, cit., 19.

⁸³ Ancora D.U. GALETTA, J.G. CORVALÁN, *Intelligenza artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, cit., 2 e ss., i quali hanno enucleato i principi in questione.

⁸⁴ Cfr. F.F. PAGANO, *Pubblica amministrazione e innovazione tecnologica*, cit., 21.