

**ALCUNE QUESTIONI IN TEMA DI DECISIONI ROBOTIZZATE:
NOTE A MARGINE DELLA DECISIONE N. 2270/19 DEL CONSIGLIO DI
STATO**

a cura di Federica Marconi*

Con una pronuncia rivoluzionaria il Consiglio di Stato innova rispetto all'ormai consolidato orientamento dei Giudici di primo grado sul tema delle decisioni robotizzate, aprendo alla possibilità di ricorrere a sistemi informatizzati nell'ambito delle procedure amministrative, seriali o standardizzate e che implicano l'elaborazione di ingenti quantità di istanze, quando le stesse siano caratterizzate dall'esigenza di acquisire dati certi ed oggettivamente comprovabili, nonché dall'assenza di apprezzamenti discrezionali.

Di fondamentale rilievo, la considerazione secondo cui tale soluzione sarebbe non solo auspicabile, bensì da considerarsi quale doverosa conseguenza della necessità di assicurare il rispetto del principio di buon andamento della pubblica amministrazione, di cui all'art. 97 Cost., purché il ricorso all'algoritmo non si traduca in uno strumento di elusione dei principi cardine dell'azione amministrativa.

Con tale contributo si intende fornire un commento alla sentenza citata, nonché operare una ricognizione del contesto all'interno del quale la stessa si inserisce, al fine di meglio analizzarla e tentare di comprenderne la portata innovativa, anche alla luce dell'ulteriore e ancor più recente chiave interpretativa fornita dalla stessa sezione Sesta del Consiglio di Stato con la sentenza n. 8472 del 13 dicembre 2019, che confermando l'apertura all'impiego delle procedure automatizzate nell'adozione di decisioni amministrative idonee ad incidere nella sfera giuridica dei singoli, integra le argomentazioni già svolte nella sentenza in commento ed enuclea tre principi imprescindibili per l'adozione delle decisioni nella pubblica amministrazione.

1. Il caso

Il caso in oggetto ha origine dall'appello proposto da alcuni docenti avverso la decisione assunta dal TAR Lazio, nell'ambito delle vicende connesse all'indizione e svolgimento del concorso con cui il Ministero dell'Università e della Ricerca, a seguito dell'adozione della L. n. 107/2015¹, è stato autorizzato ad attuare un piano straordinario di assunzioni a tempo indeterminato di docenti per le istituzioni scolastiche statali di ogni ordine e grado.

*Dottorando di ricerca in Teoria dei contratti, dei servizi e dei mercati presso l'Università degli Studi di Roma Tor Vergata.

¹ Art. 1, comma 100, L. n. 107/2015: «I soggetti interessati (...) esprimono l'ordine di preferenza tra posti di sostegno e posti comuni. Esprimono, inoltre, l'ordine di preferenza tra tutte le province, a livello nazionale». Art. 101: «La provincia e la

In particolare, tale piano di assunzione consisteva in una fase ordinaria a cui sarebbero seguite altre due fasi: la “B”, finalizzata a coprire i posti comuni e di sostegno rimasti vacanti e disponibili a seguito della procedura ordinaria; la “C”, volta a coprire gli ulteriori posti destinati al potenziamento dell’offerta formativa e alle supplenze fino a dieci giorni.

Nel caso di specie, gli appellanti, docenti di scuola secondaria e destinatari di una proposta di assunzione a tempo indeterminato nella fase “B” di concorso, articolavano numerose doglianze a seguito della nomina ricevuta su classi di concorso e ordine di scuola in cui non avevano mai lavorato, nella scuola superiore di primo grado a fronte di preferenza espressa per la scuola superiore di secondo grado, in province lontane rispetto a quelle di preferenza, in un posto di sostegno piuttosto che in un posto comune.

L’irrazionalità ed ingiustizia di tale decisione sarebbe, poi, stata resa maggiormente evidente dalla successiva collocazione – nella classe di concorso prescelta e nella provincia di residenza – di docenti collocati in graduatoria in posizione deteriore rispetto agli appellanti, durante la fase “C” del medesimo concorso.

Tali collocazioni, evidenziavano gli appellanti, erano state il risultato di una decisione assunta con l’impiego di una procedura automatizzata, sulla base delle risultanze di un algoritmo di cui non si conoscevano le concrete modalità di funzionamento, che non aveva tenuto conto delle preferenze indicate nelle rispettive domande e che non risultava essere corredata da alcuna motivazione.

Il contesto di riferimento

Negli ultimi anni la robotica e l’intelligenza artificiale hanno fatto la propria comparsa, rivoluzionando con prepotenza le normali dinamiche che governano le relazioni interpersonali, trasformando la società, i modelli di produzione e di erogazione dei servizi².

tipologia di posto su cui ciascun soggetto è assunto sono determinate scorrendo, nell’ordine, le province secondo le preferenze indicate e, per ciascuna provincia, la tipologia di posto secondo la preferenza indicata».

² Sul punto, G. PACIULLO, *Prefazione al volume Intelligenza artificiale e responsabilità* (a cura di U. Ruffolo), Milano, 2017, IX, secondo cui «l’*artificial intelligence*, ed in particolare quella *self-learning*, rappresenta forse la nuova rivoluzione industriale, gli innovativi scenari sul piano sia tecnico produttivo che socioeconomico pongono inusitati problemi di mediazione giuridica. Il ruolo della quale potrà essere decisivo con riguardo alle nuove responsabilità, sia sul fronte della razionalizzazione dei conseguenti costi d’impresa che su quello delle tutele dei singoli». E ancora, con riferimento alle tecniche di intelligenza artificiale e il loro crescente impatto, M. DE MALDE’, *I nuovi strumenti: algoritmi, intelligenza artificiale, DLTs e big data. I settori pubblici di intervento*, in Background Document, Amministrazione pubblica e capitalismo delle piattaforme digitali, Aspen Institute Italia; A. NUZZO, *Algoritmi e regole*, in *Analisi giuridica dell’Economia*, 2019, fasc. 1, pp. 39 – 46; R. BALDWIN, *The Globotics Upheaval. Globalization, Robotics and The Future of Work*, London, Weidenfeld & Nicolson, 2019

Con il termine “intelligenza artificiale” si designa un insieme di scienze, teorie e tecniche il cui obiettivo ultimo è quello di sviluppare sistemi che siano in grado di mostrare “un comportamento intelligente”, così da permettere a una macchina di analizzare il proprio ambiente, compiere azioni, comprendere e interagire con la realtà con un certo grado di autonomia per raggiungere specifici obiettivi e risolvere problemi³. Si tratta di sistemi hardware (ad esempio, robot avanzati, auto a guida autonoma, droni) e software (ad esempio quelli che agiscono solo nel mondo virtuale, quali assistenti vocali, software per l’analisi delle immagini, motori di ricerca, sistemi di riconoscimento vocale o facciale) dotati di capacità proprie dell’essere umano e in grado di perseguire finalità definite assumendo, in autonomia o meno, decisioni fino a quel momento rimesse esclusivamente all’essere umano⁴.

Il rapido sviluppo dell’automazione è stato salutato con favore, soprattutto in relazione al contributo che può introdurre in termini di celerità e benefici economici; d’altra parte, ha aperto la strada ad una serie di interrogativi che coinvolgono tematiche di particolare rilevanza quali quelle della tutela della privacy o dell’eguaglianza dei soggetti incisi dalle decisioni assunte o assumibili, tanto più alla luce dell’influenza sempre maggiore che l’intelligenza artificiale sta riservando in ambito giuridico.

È di tutta evidenza come la pluralità degli strumenti a disposizione e le modalità di utilizzo delle intelligenze artificiali rendano particolarmente difficile la ricostruzione unitaria del fenomeno dal punto di vista strettamente giuridico.

Fondamentale rilievo è assunto dall’impiego dell’algoritmo⁵, inteso come una successione finita di istruzioni predeterminate, logiche e condizionate che operano sui dati del problema e

³ A. AURICCHIO, *Intelligenza artificiale e diritto – Robot Tax: modelli di prelievo e prospettive di riforma*, in Giur. It., 2019, 7, 1749, il quale evidenzia la rilevanza crescente del fenomeno e l’interesse sempre maggiore da parte non solo dei *computer scientist* e degli economisti sociali, ma anche – e sempre più – dei giuristi, nonché la sempre maggiore influenza su PIL e gettito tributario, tanto da ritenere che «Secondo le stime previsionali nei prossimi anni i ricavi generati a livello globale passeranno da circa 3,2 miliardi di dollari nel 2016 a 89,85 miliardi di dollari entro il 2025. Anche con riguardo al nostro paese, le stime evidenziano un mercato in crescita con grande velocità che nel 2018 muove 85 milioni di euro di volume d’affari ma che è destinato a moltiplicarsi. Dai dati raccolti il 12% delle aziende ha un progetto a regime, l’8% è in fase di implementazione, il 31% ha in corso dei progetti pilota, il 21% ha invece stanziato del budget per concretizzare un’idea progettuale».

⁴ Si pensi all’applicazione dell’AI in Danimarca, dove i servizi di emergenza sono in grado di diagnosticare gli arresti cardiaci o altre patologie sulla base della voce di chi chiama, o in Austria, dove i sistemi di intelligenza artificiale sono in grado di individuare i tumori in modo accurato sulla base di un confronto istantaneo tra le radiografie e un’elevata quantità di altri dati medici. Ancora, molte aziende agricole in tutta Europa vi fanno ricorso per controllare il movimento, la temperatura e il consumo di mangime degli animali, con sistemi di IA che possono adattare automaticamente il macchinario che provvede a riscaldare e ad erogare il mangime, permettendo agli allevatori di dedicarsi ad altro.

⁵ Per una definizione di algoritmo, si veda European Parliamentary Research Service, Panel for the Future of Science and Technology, *understanding algorithmic decision making: opportunities*, marzo 2019, p. 3: «An algorithm is an unambiguous procedure to solve a problem or a class of problems. It is typically composed of a set of instructions or rules that take some input data and return outputs. As an example, a sorting algorithm can take a list of numbers and proceed iteratively, first extracting the largest element of the list, then the largest element of the rest of the list, and so on, until the list is empty. Algorithms can be combined to develop more complex systems, such as web services or autonomous cars. An algorithm can be hand-coded, by

che producono sempre, dopo un numero stabilito e finito di passi, una soluzione⁶. In alcune ipotesi, poi, il sistema algoritmico non si sostanzia nella mera assunzione della decisione sulla base di istruzioni predeterminate, ma può giungere a “pensare”, tramite veri e propri processi intellettivi.

Gli aspetti sin qui elencati intercettano l'ulteriore questione connessa alla individuazione, all'interno dell'enorme massa di dati a disposizione, degli *small*, *medium* e *big data* su cui la stessa conoscenza algoritmica si deve fondare (e su cui sono chiamate ad operare le tecniche di *data analytics*) e da cui dipende il funzionamento degli algoritmi di apprendimento automatico. La dicotomia ulteriore che si instaura all'interno dei dati raccolti è tra dati personali, cioè riferibili a un determinato individuo – identificato o identificabile –, e dati non personali, non riferibili a un determinato soggetto per loro natura intrinseca o perché “anonimizzati”⁷, con tutte le conseguenze che ne derivano in termini di trattamento e tutela. I dati immessi nel sistema in oggetto sono tenuti, infatti, a rispettare precisi standards di qualità che permettano di ottenere risultati il più possibile affidabili.

Tali dati, costituendo il necessario sostrato del corretto esercizio del potere, devono essere adeguati, esatti, pertinenti e accurati, e devono essere gestiti secondo un criterio di minimizzazione che permetta, per quanto possibile, di circoscrivere temporalmente e quantitativamente l'intera massa di dati originariamente a disposizione. Tale esigenza merita ulteriore considerazione in un contesto digitale in cui il dato può facilmente diventare obsoleto, può essere modificato o manipolato, può subire le conseguenze di errori o malfunzionamenti del sistema di rilevazione.

a programmer, or generated automatically from data, as in machine learning». Ancora, secondo l'Enciclopedia Treccani online «In informatica si definisce algoritmo una sequenza finita di operazioni elementari, eseguibili facilmente da un elaboratore che, a partire da un insieme di dati I (input), produce un altro insieme di dati O (output) che soddisfano un preassegnato insieme di requisiti», in <http://www.treccani.it/enciclopedia/algoritmo/> (15/01/2019).

⁶ A. C. AMATO MANGIAMELI, *Informatica Giuridica*, G. Giappichelli Editore, 2015, pp. 127 – 130; per una ricostruzione del tema vedi G. AVANZINI, *L'analisi algoritmica e la sua rilevanza nei processi decisionali*, in *Decisioni amministrative e algoritmi informatici*, Studi di attualità giuridiche, 34, pp. 5 – 10, la quale opera una distinzione tra algoritmo cd. “*deterministico*”, se «per ogni istruzione esiste, a parità di dati di ingresso, un solo passo successivo, un solo possibile percorso e quindi di fronte agli stessi input di partenza non si può che pervenire agli stessi risultati»; “algoritmo non deterministico” che contiene almeno un'istruzione che ammette più passi successivi che hanno la possibilità di essere scelti; e algoritmo cd. “di apprendimento”, che consente di «risolvere problemi più complessi, che ai fini dell'indagine condotta non è possibile affrontare». Quest'ultimo è a sua volta suddiviso in due sottocategorie di algoritmi “supervisionati” («quando vengono forniti come input una serie di nozioni specifiche e codificate, ossia modelli ed esempi che permettono di costruire un vero e proprio database di informazioni ed esperienze») e “non supervisionati” (che «prevede invece che le informazioni inserite non siano codificate, ossia il sistema ha la possibilità di attingere a dati grezzi ed eterogenei senza avere alcuna guida nel loro utilizzo e quindi senza avere conoscenza dei risultati attesi a seconda della scelta effettuata»).

⁷ Si veda G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in *Politica del diritto*, 2019, fasc. 2, pp. 199 – 236, che prende le mosse sul controllo dei dati nell'economia digitale, con particolare riferimento alla disciplina della regolazione dei dati personali e non personali, in prospettiva nazionale, sovranazionale e comparatistica.

Per analizzare l'impatto che l'impiego dell'intelligenza artificiale può determinare nel mondo del diritto, il dibattito sviluppatosi sul tema tende a distinguere tra diverse modalità attraverso cui il processo decisionale automatizzato può prendere forma e tra diversi livelli di automazione. In particolare, gli specialisti distinguono tra intelligenze artificiali "forti" e intelligenze artificiali "deboli" o "moderate".

La prima modalità di processo decisionale è caratterizzata dalla sussistenza di una automazione completa, in cui gli algoritmi collegano automaticamente i dati e le informazioni con i documenti, mediante il ricorso a sistemi di intelligenza artificiale basati sui c.d. "sistemi esperti", che rendono inutile il contributo umano nella creazione del documento; il secondo livello, invece, prevede il ricorso all'automazione temperato dall'intervento umano⁸.

Le intelligenze artificiali utilizzate per il trattamento e l'analisi della giurisprudenza, su cui si fondano le applicazioni di "giustizia predittiva" appartengono alla categoria dell'intelligenza artificiale "debole" e si basano sul ricorso a ulteriori due tecniche: il "*natural language processing*" (e cioè, il trattamento informatico del linguaggio umano) e il "*machine learning*"⁹ (e cioè un insieme di algoritmi che generano predizioni attraverso il proprio sistema di apprendimento). Quest'ultima tecnica permette di costruire uno o più modelli matematici, a partire dalla identificazione di correlazioni esistenti tra grandi masse di dati. Si distingue da altri tipi di tecniche in quanto è basata sull'uso di algoritmi che imparano autonomamente: in questo caso, il sistema ha la capacità di produrre risultati che potrebbero potenzialmente superare la previsione umana¹⁰. Applicata alle decisioni giudiziarie, essa individua le correlazioni tra i diversi parametri di decisioni rese in passato su un certo argomento e ne deduce uno o più modelli matematici, su cui si fonda per "prevedere" gli elementi di una futura decisione giudiziaria.¹¹

⁸ S. CRISCI, *Intelligenza artificiale ed etica dell'algoritmo*, in Foro Amm. 2018, pp. 1787 ss; J. PALMA MENDEZ, R. MARIN MORALES, *Inteligencia artificial*, Madrid, 2011, pp. 83 e ss.; M. ZALNIERIUTE, L. BENNETT MOSES, G. WILLIAMS, *The rule of law and automation of Government decision making*, University of New South Wales Law Research Series, pp. 6 e ss.

⁹ Nel dicembre 2018 è stato pubblicato il primo report "*Algorithmic decision-making*" che ha introdotto la definizione di *decision-making algorithm* quale "sistema software – compresi i suoi test, formazione e dati di input, nonché i relativi processi di *governance* – che, autonomamente o con coinvolgimento umano, prende decisioni o applica misure relative a sistemi sociali o fisici sulla base di dati personali o non personali, con impatti a livello individuale o collettivo".

¹⁰ C. COGLIANESE, D. LERH, *Regulating by Robot: Administrative Decision Making in the Machine-Learning Era*, in Research Paper, n. 17-8, Institute for Law and Economics, 2016, p. 18.

¹¹ C. BARBARO, *Uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari: verso la definizione di principi etici condivisi a livello europeo? – I lavori in corso alla Commissione europea per l'efficacia della giustizia (Cepj) del Consiglio d'Europa*, in *Questione Giustizia*, 4/2018, pp. 190 – 192; sulla definizione di "*machine learning*", vedi C. COGLIANESE e D. LEHR, *Regulating by Robot: Administrative Decision Making in the Machine Learning Era*, op. cit., pp. 1156 – 1160.

Il ricorso alle procedure automatizzate è penetrato in modo più generale nella stessa prassi delle pubbliche amministrazioni¹², comportando l'introduzione di nuove categorie e di nuove questioni che meritano approfondimento e necessitano di soluzioni adeguate.

Per quanto di interesse nelle pagine successive l'azione amministrativa algoritmica può essere definita come «*decision-making by systems which involve algorithmic processes, including machine learning, to automate human decision-making*»¹³ e sta trovando sempre maggiore applicazione con riferimento alle procedure seriali o standardizzate, caratterizzate da un alto tasso di vincolatezza o fondate su presunzioni, probabilisticamente significative di un certo fatto¹⁴.

Alla luce di ciò, il problema maggiore connesso al ricorso sempre più diffuso a sistemi di algoritmi intelligenti nel contesto dell'attività della Pubblica Amministrazione è collegato al *machine learning* e alla circostanza che, sebbene questi algoritmi siano chiamati a trovare l'equazione che risolve uno specifico problema, basata su alcuni dati esemplificativi, vi sono casi in cui risulta concretamente impossibile stabilire in che modo l'algoritmo sia giunto ad un certo risultato o identificare quali siano i fattori precisi che hanno condotto ad una determinata decisione.

La pronuncia

La Sezione Sesta del Consiglio di Stato, con la sentenza n. 2270 del 08 aprile 2019 in commento, ha accolto nel merito l'appello proposto¹⁵, ritenendo che, nel caso di specie, sussistessero le violazioni dei principi di imparzialità, pubblicità e trasparenza, stante l'impossibilità di comprendere le ragioni delle differenti collocazioni in graduatoria dei docenti e della conseguente assegnazione dei posti disponibili. In particolare, il Collegio ha qualificato l'algoritmo come atto amministrativo informatico: a prescindere dall'elevato tecnicismo sotteso alla regola che governa l'algoritmo, infatti, trattasi pur sempre di una regola *dell'uomo per la*

¹² Si veda V. Viola, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell'arte*, in Federalismi.it, 2018.

¹³ Definizione fornita da J. COBBE, *Administrative Law and the Machines of Government: Judicial Review of Automated Public Sector Decision Making*, link <https://ssrn.com/abstract=3226913> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3226913>, p. 3.

¹⁴ F. PATRONI GRIFFI, *La decisione robotica e il giudice amministrativo. Relazione al Convegno "La decisione robotica"* – Seminari Leibniz per la teoria e la logica del diritto Roma Accademia dei Lincei 28 agosto 2018, in www.giustizia-amministrativa.it

¹⁵ Avverso la sentenza del TAR Lazio, Roman. 12026 del 01 dicembre 2016, resa in forma semplificata che aveva rigettato il ricorso proposto dai docenti ritenendo che dagli atti di causa non fosse possibile evincere alcun motivo di censura dedotto avverso gli atti generali; che – a prescindere dai profili di giurisdizione – nella parte in cui parte ricorrente contestava profili relativi alle concrete modalità di attuazione della fase relativa all'assunzione in servizio, per quanto riguarda il profilo relativo a non meglio precisati provvedimenti di decadenza dalle graduatorie ad esaurimento per aver accettato la proposta di assunzione nella fase B, non veniva neppure invocata la disposizione violata, che avrebbe potuto radicare la competenza del Tar Lazio; che non sussisteva alcun danno grave e irreparabile, dal momento che i docenti erano comunque stati assunti (anche se in sedi diverse da quelle di prima scelta).

macchina, con piena valenza giuridica e amministrativa e pur sempre qualificabile in termini di “attività” umana.

Per semplificare: se la regola algoritmica, pur declinata in forma di regola matematica ha piena valenza giuridica e amministrativa, allora “l’atto informatico” è “atto amministrativo”, ai sensi dell’art. 22, lett. d) della L. n. 241/90, come tale assoggettabile ai principi cardine del procedimento amministrativo.

La sentenza, discostandosi dalle precedenti pronunce del TAR sul tema – che avevano escluso *in toto* la possibilità di ricorrere a forme decisionali automatizzate¹⁶, fornisce numerosi spunti di riflessione e una interessante rilettura del contributo che l’intelligenza artificiale può apportare nell’assunzione delle decisioni giudiziarie, alla luce dell’assunto per cui la “digitalizzazione dell’amministrazione pubblica sia fondamentale per migliorare la qualità dei servizi resi ai cittadini e agli utenti”¹⁷, quale declinazione dei principi di buon andamento e

¹⁶ Cfr. anche TAR Lazio, Roma, Sez. III *bis*, del 11 luglio 2018, n. 9230, relativa alla vicenda “buona scuola” ma riguardante l’impugnazione della graduatoria di mobilità, in cui i ricorrenti avevano contestato il trasferimento in province lontane rispetto alla propria residenza o rispetto alla preferenza espressa, lamentando l’assenza di ogni forma di attività amministrativa, poiché la scelta era stata integralmente affidata alla procedura informatica. Anche in questo caso il TAR aveva riconosciuto l’assenza di «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». Cfr., tra le altre, TAR Lazio, Roma, Sez. III *bis*, sent. del 10 settembre 2018, n. 9224 e sent. del 27 maggio 2019, n. 6606, che confermano la radicale esclusione della possibilità di ricorrere a procedure decisionali robotizzate nell’ambito dei procedimenti in questione. Secondo il TAR, infatti, l’attività umana non può essere soppiantata da quella impersonale svolta dagli algoritmi, in applicazione di regole o procedure informatiche o matematiche, al punto che la stessa non potrebbe neanche essere qualificata come “attività” proprio in ragione del fatto che non potrebbe considerarsi prodotto di azioni umane. Ciò determinerebbe, tra l’altro, un’ingiustificabile compressione degli istituti di partecipazione, trasparenza, accesso, nonché dell’obbligo di motivazione delle decisioni amministrative, con il risultato di una frustrazione anche delle correlate garanzie processuali che si declinano sul versante del diritto di azione e difesa in giudizio, di cui all’art. 24 Cost., di cui si dirà meglio infra.

¹⁷ L’art. 3 *bis* della L. n. 241 del 1990 (“Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi”), inserito a seguito della novella del 2005, prevede che per conseguire maggiore efficienza nella loro attività le amministrazioni incentivano l’uso della telematica, anche nei rapporti con i privati. Prima del riconoscimento espresso di tale principio, la rilevanza dell’attività amministrativa in forma elettronica era stata sancita in maniera indiretta nel Testo unico sulla documentazione amministrativa (d.P.R. n. 445/2000) e nel Codice dell’Amministrazione Digitale (adottato con il D. Lgs. 7 marzo 2005, n. 82, modificato dalla legge di riorganizzazione delle pubbliche amministrazioni del 7 agosto 2015, n. 124 e, da ultimo, con il D.Lgs. 13 dicembre 2017, n. 217). Sul punto si veda I. FORGIONE, *Il caso dell’accesso al software MIUR per l’assegnazione dei docenti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 5/2018, pp. 648 e 649, secondo cui «non si può parlare di un’amministrazione digitale come distinta da una amministrazione di altro genere, dal momento che il cambiamento tecnologico all’interno del procedimento (e non solo) influenza la sostanza delle interazioni tra P.A. e cittadini e le modalità di esercizio del potere di scelta, pur senza cambiare i principi fondamentali del Diritto amministrativo (legalità, trasparenza, pubblicità, etc.)». Cfr. anche G. DUNI, *L’utilizzabilità delle tecniche elettroniche nell’emanazione degli atti e dei procedimenti amministrativi. Spunto per una teoria dell’atto emanato in forma elettronica*, in *Rivista amministrativa della Repubblica Italiana*, 1978, 407 ss. e, per una ricostruzione più recente della categoria dell’atto amministrativo automatizzato o elettronico, A. MASUCCI, *L’atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, Napoli, 1993, 19 ss.

imparzialità dell'azione amministrativa¹⁸, nonché di efficacia, efficienza ed economicità¹⁹, che impongono all'amministrazione il conseguimento dei propri fini con il minor dispendio di mezzi e di risorse e attraverso lo snellimento e l'accelerazione dell'*iter* procedimentale.

Le argomentazioni dei Giudici di Palazzo Spada muovono dalla considerazione per cui l'automazione del processo decisionale dell'amministrazione, mediante l'utilizzo di una procedura digitale ed attraverso un algoritmo, non debba essere stigmatizzata, in quanto comporta innumerevoli vantaggi poiché volta ad eliminare procedure lunghe e farraginose che incidono negativamente sui tempi dell'*iter* procedimentale e di riduzione delle inefficienze e delle interferenze intenzionali o negligenti dei funzionari coinvolti, nonché di garanzia di imparzialità della decisione assunta.

¹⁸ Sul tema, cfr. A. POLICE, *Principi e azione amministrativa*, in F.G. SCOCA (a cura di) in Diritto Amministrativo, Giappichelli, 2015; F.G. SCOCA ed E. FOLLIERI, *L'attività amministrativa e la sua disciplina*, in F.G. SCOCA (a cura di), Diritto Amministrativo, op. cit.; R. GAROFOLI e G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Nel Diritto, 2019; R. CHIEPPA e R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2018; B. RAGANELLI, *Frontiere di diritto pubblico dell'economia. Concorrenza, regolamentazione, vigilanza e tutela*, Milano, 2019. Tali principi, legati indissolubilmente tra loro tanto da costituire – secondo alcuni – una endiadi, trovano espresso riconoscimento nel primo comma dell'art. 97 Cost., che prevede che l'organizzazione dei pubblici uffici secondo le disposizioni di legge e il conseguente rispetto del principio di legalità sono finalizzati ad assicurare il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione. La definizione originaria è attribuita a M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 263. Vi è, poi, tornata anche la Corte Costituzionale con la sentenza n. 333/1993: «Questa Corte ha costantemente sottolineato che il principio di imparzialità stabilito dall'art. 97 della Costituzione – unito quasi in endiadi con quelli della legalità e del buon andamento dell'azione amministrativa – costituisce un valore essenziale cui deve informarsi, in tutte le sue diverse articolazioni, l'organizzazione dei pubblici uffici». L'esplicitazione della necessità del perseguimento di due questi principi è puntualmente contenuta nell'art. 1 della L. n. 241/90. Con riferimento al buon andamento, principio che impone adeguatezza e convenienza nell'esercizio dell'azione amministrativa orientata al raggiungimento di risultati efficienti, viene previsto che l'attività amministrativa sia retta dai criteri delle c.d. “tre E” (economicità, efficienza ed efficacia). Con riferimento alla nozione più ampia e onnicomprensiva di imparzialità, invece, tale principio deve considerarsi connesso ai principi di ragionevolezza e di proporzionalità, di tutela del legittimo affidamento, del contraddittorio, di pubblicità e trasparenza (quest'ultimo inteso sia come diritto di accesso dei cittadini ad atti e documenti amministrativi per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti sia come diritto delle parti ad essere informate dell'apertura del procedimento e delle sue varie fasi, per esercitare il diritto di partecipazione e di contraddittorio). Anche a livello comunitario l'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea prevede il diritto ad una buona amministrazione, su cui cfr. A. ZITO, *Il “diritto ad una buona amministrazione” nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e nell'ordinamento interno*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2002, 425 ss; F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto ad una buona amministrazione*, in M.P. CHITI e G. GRECO, (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Parte generale, I, Milano, 2007, pp. 540-541.

¹⁹ Se si segue il disegno delle recenti riforme che hanno interessato il procedimento amministrativo (dalle prime Direttive del Presidente del Consiglio dei Ministri ai sensi del D.lgs. 30 luglio 1999, n. 286, in attuazione della cd. “Riforma Bassanini”, alla Riforma Brunetta e ai principi direttivi di cui all'art. 17, lett. r) e lett. t) della L. n. 124/2015) ci si rende conto di come la connessione tra semplificazione ed efficienza sia divenuto sempre più stringente. È evidente come all'esigenza di provvedere tempestivamente, alla base dei principi di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa, si contrapponga la necessità rendere palesi le ragioni della decisione, quale frutto di un'istruttoria completa e partecipata dagli interessati. L'efficienza è definita, in una visione aziendalistica, come la misura del raggiungimento del massimo dei prodotti all'utenza (output) dato un certo livello di risorse umane, finanziarie e strumentali, cioè il rapporto tra il risultato R dell'azione organizzativa e la quantità delle risorse M impiegate ($E=R/M$).

Sul punto, L. MERCATI, voce *Efficienza della pubblica amministrazione*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, p. 2144, secondo cui l'efficienza «equivale ad idoneità a conseguire i risultati programmati ed idoneità dei modi e dei mezzi ad ottenerne il raggiungimento»; M. AGNOLI, *L'efficienza dell'azione amministrativa*, in *Amm. it.*, 1982, p. 523; E. GIUDICI, *Efficienza ed efficacia*, in L. CASELLI (a cura di), *Le parole dell'impresa*, vol. II, Milano, 1995, p. 620; O. SEPE, *L'efficienza nell'azione amministrativa*, Milano, 1975; G. CASTALDI, *Lineamenti generali di scienza dell'amministrazione pubblica*, Milano, 1970; R. BETTINI, *Il principio di efficienza in scienza dell'amministrazione*, Milano, 1968; A. MASSERA, *I criteri di economicità, efficacia ed efficienza*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, 22 ss;

In particolare, la possibilità di ricorrere all'impiego di procedure informatizzate assume fondamentale rilievo ogniqualvolta possa condurre direttamente alla decisione finale, in tutte quelle ipotesi di procedure seriali o standardizzate che implicano l'elaborazione di ingenti quantità di istanze, caratterizzate dall'acquisizione di dati certi ed oggettivamente comprovabili e dall'assenza di ogni apprezzamento discrezionale. Secondo il Consiglio di Stato, inoltre, il ricorso all'algoritmo si configurerebbe come doveroso in ipotesi siffatte, in quanto declinazione necessaria del principio di buon andamento della pubblica amministrazione, nella misura in cui l'elaboratore elettronico è chiamato a svolgere una attività di mera classificazione di dati, sulla base di regole puntualmente predeterminate dall'uomo²⁰.

Nel caso di specie, relativo alla procedura di assegnazione di sedi in base a criteri oggettivi, il Consiglio di Stato ha ritenuto non stigmatizzabile l'utilizzo di una procedura informatica, tuttavia evidenziando come il ricorso alle procedure robotizzate non debba in alcun modo tradursi in uno strumento di elusione dei principi cardine dell'azione amministrativa, dal momento che le regole tecniche alla base dell'algoritmo sono regole amministrative costruite dall'uomo per la macchina, la quale è chiamata esclusivamente ad applicarle. Secondo tale ricostruzione, l'autorità competente per l'adozione dell'atto sarebbe tenuta a predisporre *ex ante* la decisione per un numero indeterminato di casi: ciò consentirebbe di dare potenziale attuazione alla legge per ogni singolo caso che potrebbe concretamente venire ad esistenza. Siffatta soluzione assicurerebbe il rispetto del principio di legalità e la declinazione della fattispecie astratta prevista dalla norma alle singole differenti caratteristiche che vengono successivamente comunicate con l'immissione dei dati nell'elaboratore da parte dell'autorità.

Così ragionando²¹, l'autorità rimane il *dominus* dell'intero procedimento all'interno del quale il suo potere si estrinseca, dal momento che l'elaboratore non può eseguire alcuna operazione che non sia stata prevista nel programma, così come predisposto o fatto proprio dalla

²⁰ «l'assenza di intervento umano in un'attività di mera classificazione automatica di istanze numerose, secondo regole predeterminate (che sono, queste sì, elaborate dall'uomo), e l'affidamento di tale attività a un efficiente elaboratore elettronico appaiono come doverose declinazioni dell'art. 97 Cost. coerenti con l'attuale evoluzione tecnologica». Emerge in questo passaggio la posizione innovativa assunta sul tema dal Consiglio di Stato e la distanza dalle precedenti pronunce del TAR Lazio citate nelle quali, al contrario, il ricorso alla procedura algoritmica esclude la configurabilità dell'azione amministrativa. Nello specifico, il TAR ha escluso la possibilità di demandare la procedura amministrativa ad un meccanismo informatico o matematico del tutto impersonale, in quanto lo stesso sarebbe «orfano di capacità valutazionali delle singole fattispecie concrete, tipiche invece della tradizionale e garantistica istruttoria procedimentale che deve informare l'attività amministrativa», specie ove il procedimento sfoci in atti provvedimenti incisivi di posizioni giuridiche soggettive di soggetti privati, con ricadute anche sugli apparati e gli assetti della pubblica amministrazione. Secondo tale impostazione, pertanto, il ricorso alla procedura automatizzata non può essere giustificato nemmeno nel caso di procedure caratterizzate da una particolare complessità o ampiezza in termini di numero di soggetti coinvolti ed ambiti territoriali interessati. *Cfr.* TAR Lazio, sent. n. 9230/18 citata.

²¹ A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, op. cit.

stessa autorità. L'elaboratore, pertanto, finisce per costituire un mero mezzo a disposizione dell'autorità per perseguire l'obiettivo voluto e assumere la decisione del caso concreto (non sfugge, tuttavia, il potenziale *vulnus* al principio di imparzialità: gli *output* neutri, razionali e automatizzati adottati dal decisore meccanico potrebbero pur sempre risentire dei pre-giudizi veicolati dall'essere umano nella fase di predisposizione e veicolazione degli *input*, con il rischio di incrementare disuguaglianze e discriminazioni).

Da ciò discende una serie di conseguenze di particolare rilevanza. Prima fra tutte, quella per cui la regola algoritmica deve soggiacere ai principi generali dell'attività amministrativa, tra cui quelli di ragionevolezza, pubblicità, trasparenza e proporzionalità, trattandosi di un modulo organizzativo, di uno strumento procedimentale ed istruttorio che rimane pur sempre soggetto alle verifiche tipiche di ogni procedimento amministrativo e che resta *modus operandi* della scelta autoritativa, da svolgersi sulla base della legislazione attributiva del potere e delle finalità dalla stessa attribuite all'organo pubblico, titolare del potere.

La stessa, inoltre, non può attribuire poteri discrezionali di cui l'elaboratore elettronico è privo, dovendo intervenire per individuare una soluzione ragionevole e definita per tutti i casi possibili, a prescindere dalla maggiore o minore probabilità che gli stessi si verifichino.

All'amministrazione è sempre e comunque demandato un ruolo di mediazione e composizione degli interessi *ex ante*, cui deve seguire un costante aggiornamento e adeguamento dell'algoritmo, cui segue, *ex post*, la valutazione della correttezza e legittimità del processo automatizzato compiuta dal giudice amministrativo.

È proprio alla luce di queste puntualizzazioni, che il Collegio ha ritenuto di qualificare la regola algoritmica come "atto amministrativo informatico²²" che, in quanto tale conserva piena valenza giuridica e deve conformarsi ai principi generali dell'attività amministrativa.

In ragione di ciò l'algoritmo deve presentare, innanzitutto, la caratteristica della conoscibilità, in piena conformità con il principio di trasparenza, estesa fino a ricomprenderne tutti gli aspetti: dai suoi autori fino al procedimento usato per la sua elaborazione, passando per

²² Sul punto, cfr. A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, op. cit., pp. 83 e ss., che prende le distanze da parte della dottrina tedesca che aveva ritenuto che l'atto ad elaborazione elettronica fosse da ritenere un «mero prodotto di macchina», ritenendo tale conclusione non possa essere condivisibile in quanto l'atto amministrativo, seppur informatico, è comunque un «atto imputabile all'autorità» in tutti i suoi aspetti. La riferibilità dell'atto informatico all'autorità è comprovata in ragione della circostanza per cui la volontà del computer è, quanto alla genesi, pur sempre volontà dell'autorità.

tutti i meccanismi di decisione, comprensivi delle priorità assegnate nella procedura valutativa e decisionale, nonché dei dati selezionati come rilevanti²³.

In secondo luogo, è irrinunciabile che la regola algoritmica sia assoggettabile al sindacato del giudice amministrativo, chiamato a verificare il concreto esercizio del potere, quale baluardo del diritto di difesa del cittadino anche a fronte di una decisione automatizzata. In particolare, la peculiare natura della decisione automatizzata imporrà al giudice una valutazione differenziata rispetto a quella volta a sindacare la legittimità dell'esercizio del potere nelle modalità tradizionali²⁴.

A dimostrazione dell'interesse suscitato dal tema e dal fervente dibattito a cui ha dato origine, si segnala, da ultimo, la sentenza n. 2936 e n. 8472 del 13 dicembre 2019²⁵, pronunciata dalla medesima Sezione Sesta del Consiglio di Stato. La pronuncia ha origine dall'appello proposto dal MIUR avverso la sentenza con cui il TAR Lazio aveva accolto i ricorsi del personale docente immesso in ruolo nella c.d. fase C del medesimo piano straordinario assunzionale di cui alla L. n. 107/2015, trasferiti in province più lontane da quella di propria residenza o quella comunque scelta con priorità in sede di partecipazione alla procedura, benché in tali province di elezione fossero disponibili svariati di posti.

Tale sentenza, nel confermare e nel porsi in relazione di continuità con le argomentazioni della pronuncia dapprima richiamata, svolge alcune considerazioni integrative, e – premessa la generale ammissibilità delle procedure automatizzate – evidenzia il fondamentale rilievo, anche alla luce della disciplina di origine sovranazionale, di due elementi di minima garanzia per ogni

²³ Cfr. TAR Lazio, Sez. III *bis*, del 14 febbraio 2017, n. 3769. Nel caso di specie le graduatorie dei docenti erano state stilate elettronicamente mediante l'applicazione di un algoritmo. In questo caso il MIUR aveva inizialmente negato l'esistenza di un diritto di accesso al programma da parte degli interessati, sostenendo che l'algoritmo non fosse un atto amministrativo. Secondo il TAR, invece, quando il contenuto dispositivo è stato concretamente elaborato attraverso l'esclusivo ricorso a un programma informatico, il codice sorgente corrispettivo deve essere sottoposto all'accesso agli atti ai sensi dell'art. 22 della L. n. 241 del 1990. Ciò in quanto solo attraverso l'esatta conoscenza dell'algoritmo del software di gestione di un procedimento amministrativo, configurabile, dunque, come atto amministrativo informatico in senso stretto, è possibile verificare il corretto svolgimento del procedimento che ha portato all'elaborazione del provvedimento (nel caso di specie, la graduatoria finale). Il giudice di primo grado si dimostra favorevole al ricorso ad un nuovo approccio metodologico – più aperto e non più indissolubilmente legato alle logiche preesistenti – nella risoluzione delle problematiche di tipo giuridico conseguenti all'impiego da parte della pubblica amministrazione di strumenti innovativi per la gestione della propria attività procedimentale e provvedimentale. Nel caso di specie, il TAR evidenziava che la scelta discrezionale, operata a monte dall'amministrazione, di ricorrere a un programma informatico per la gestione «di un procedimento che la stessa amministrazione ha costruito in un certo articolato e complesso modo, alla luce delle varianti che la medesima ha ritenuto di dovervi introdurre al fine di giungere alla definizione del contenuto del provvedimento finale sulla base della normativa in materia» non può riflettersi in senso limitativo all'accessibilità conoscitiva da parte del destinatario «dell'atto il cui concreto contenuto dispositivo è stato, in definitiva, elaborato esclusivamente attraverso un programma informatico appositamente elaborato». Per un commento alla sentenza citata in questa nota, cfr. I. FORGIONE, cit.

²⁴ F. PATRONI GRIFFI, *La sentenza "giusta" e il metodo di decisione del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.* 2018, 106 ss.

²⁵ Quest'ultima sentenza è stata pronunciata sull'appello proposto dal MIUR avverso la sentenza del TAR Lazio n. 9230/18 di cui si è già detto alle note 16 e 20.

ipotesi di utilizzo di algoritmi in sede decisoria pubblica e cioè: a) la piena conoscibilità a monte del modulo utilizzato e dei criteri applicati; b) l'imputabilità della decisione all'organo titolare del potere, il quale deve poter svolgere la necessaria verifica di logicità e legittimità della scelta e degli esiti affidati all'algoritmo.

Alla luce delle argomentazioni svolte nel testo della motivazione, il Consiglio di Stato enuclea tre principi fondamentali che devono essere tenuti in debita considerazione nell'esame e nell'utilizzo degli strumenti informatici.

In primo luogo, il principio di conoscibilità, per cui ognuno ha diritto a conoscere l'esistenza di processi decisionali automatizzati che lo riguardino ed in questo caso a ricevere informazioni significative sulla logica utilizzata.

Il secondo principio è definibile come il principio di non esclusività della decisione algoritmica. Nel caso in cui una decisione automatizzata “produca effetti giuridici che riguardano o che incidano significativamente su una persona”, questa ha diritto a che tale decisione non sia basata unicamente su tale processo automatizzato (coerentemente a quanto previsto dall'art. 22 GDPR).

Il terzo principio si sostanzia nella non discriminazione algoritmica, secondo cui è opportuno che il titolare del trattamento utilizzi procedure matematiche o statistiche appropriate per la profilazione, mettendo in atto misure tecniche e organizzative – sia nella fase dell'elaborazione che in quella dell'utilizzo – adeguate a garantire, in particolare, che siano rettificati i fattori che comportano inesattezze dei dati e sia minimizzato il rischio di errori, tanto più quando il trattamento si basa su dati sensibili. Il ricorso all'algoritmo non può, pertanto, sacrificare sull'altare della pretesa semplificazione dell'azione amministrativa la garanzia dell'adozione di decisioni che non abbiano effetti discriminatori ingiustificati²⁶.

Intelligenza artificiale e procedimento amministrativo: provvedimenti amministrativi automatizzati da algoritmi che apprendono autonomamente?

Il solco segnato dalla pronuncia del Consiglio di Stato apre la strada alla qualificazione della regola algoritmica come “*atto amministrativo informatico*” che, in quanto tale, conserva piena valenza giuridica e deve conformarsi ai principi generali dell'attività amministrativa.

²⁶ M.C. CAVALLARO e G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, Federalismi.it, fasc. n. 16/2019, pag. 7, sull'impiego in Inghilterra di un software, denominato “*bart*” a fini predittivi in materia penale.

Se nella visione della dottrina classica la pubblica amministrazione è chiamata ad eseguire la legge, applicandola (ragione per cui il contenuto del provvedimento dovrebbe rispecchiare la previsione normativa), da un punto di vista generale, la questione dell'ammissibilità di una decisione amministrativa integralmente automatizzata si situa a un livello che, prima ancora che giuridico, è prettamente linguistico.

Parte della dottrina, infatti, ha inteso escludere tale qualificazione sulla base di più argomentazioni, tra cui quelle relative alla mancanza del requisito della redazione in lingua italiana, o, quanto meno, in un linguaggio di facile comprensione per gli operatori e per i destinatari degli effetti. Tutti gli elaboratori, infatti, funzionano a mezzo di software strutturati sulla base di specifici algoritmi contenenti la sequenza di regole atte a consentire alle macchine la soluzione dei casi che vengono loro sottoposti. Ne consegue che la programmazione di un software finalizzato all'esercizio di un potere amministrativo non può prescindere dalla conversione di un determinato precetto giuridico in una regola algoritmica, che sarà poi tradotta in linguaggio informatico, a mezzo del procedimento di cd. "normalizzazione", così da assicurare la sua traduzione "secondo le regole di analisi, in linguaggio formale in cui ogni segno possiede una e una sola funzione"²⁷.

Tale attività origina da un approccio necessariamente logico e formale fondato su sillogismi, nel quale l'inferenza si basa su regole consequenziali e univoche: ogni qual volta si verifica la fattispecie A allora è assunta la decisione B (esemplificabile, dunque, con lo schema "if A" - "then B").

Questo meccanismo, sempre uguale a se stesso e infinitamente riproducibile, sarebbe la chiave di volta per consentire l'ingresso delle procedure automatizzate nei procedimenti amministrativi. Ma è proprio a monte del ricorso a tale meccanismo che si situano le maggiori criticità, dal momento che il procedimento robotizzato presuppone l'algoritmizzazione della regola giuridica che – lungi dall'essere formulata esclusivamente attraverso concetti giuridici precisi e determinati – al contrario, ricorre spesso a "clausole generali" e "concetti giuridici indeterminati" (quali la buona fede, la colpa, il buon costume)²⁸, la cui concreta perimetrazione risulta così rimessa alle diverse interpretazioni degli operatori del diritto.

²⁷ A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, op. cit., che evidenzia la pratica impossibilità, in termini di costi di programmazione, di dare vita a "ramificazioni" del programma tali da dare conto di eventuali "interpretazioni alternative".

²⁸ Sul punto, si vedano: S. VACCARI, *Note minime in tema di intelligenza artificiale e decisioni amministrative*, in *Giust.Amm.*, anno XVI, ottobre 2019; H. EHMKE, *"Discrezionalità" e "concetto giuridico indeterminato" nel diritto amministrativo*, Napoli, 2011; F. CAMMEO, *La competenza di legittimità della IV Sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabili secondo criteri tecnici*, in *Giur. it.*, III, 1902;

In tale contesto, assume fondamentale rilievo la bipartizione tra atti vincolati e atti discrezionali, in quanto la letteratura ha finora ritenuto riconducibile l'ambito di operatività dell'atto ad elaborazione elettronica soltanto ai primi²⁹.

La letteratura, generalmente, individua con l'espressione "atto vincolato" quello interamente prefigurato dall'ordinamento, senza che permanga alcun margine di apprezzamento sia con riferimento ai presupposti dell'esercizio del potere che con riferimento alla definizione del contenuto del provvedimento³⁰. Nel caso di decisioni vincolate, pertanto, l'elaboratore sarebbe chiamato esclusivamente a trasformare "dati quantificabili (input) in dati di in uscita (output) senza svolgere alcun ragionamento autonomo"³¹, in applicazione di istruzioni già formulate dall'uomo e tradotte in un programma, e alle quali l'amministrazione non potrebbe legittimamente derogare, qualunque ne sia la fonte.

Un esempio di fattispecie precettiva agevolmente "normalizzabile" in algoritmo potrebbe essere la seguente: "chi supera il limite di velocità pari a X km/h è soggetto a una sanzione amministrativa pari a euro Y"³², in cui il processo di decisione si fonda sull'applicazione di regole prestabilite senza alcun esercizio di discrezionalità amministrativa.

La discrezionalità amministrativa, al contrario, si sostanzia in una ponderazione comparativa, compiuta dalla pubblica amministrazione, tra l'interesse pubblico ad essa affidato dalla legge (interesse primario) e gli interessi secondari, siano essi privati, pubblici o collettivi, che vengono in rilievo nello svolgimento dell'attività dei pubblici apparati. La discrezionalità amministrativa si compone, dunque, di due momenti che si sostanziano nel giudizio volto ad individuare e analizzare i fatti e gli interessi rilevanti e nella scelta, ossia nell'adozione della

F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1911-1914, ristampa a cura di G. Miele, Padova, 1960; F. CAMMEO, *Commentario alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1911, che muove dalla tripartizione dell'attività amministrativa, operando una distinzione tra attività vincolata che presuppone l'applicazione di norme precise (che assumono come presupposto per l'esercizio del potere un fatto semplice); attività regolata da norme indeterminate o da norme imprecise che disciplinano fatti complessi, suscettibili di una valutazione opinabile.

²⁹ Sugli atti vincolati si rinvia, tra gli altri, a L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986; D. J. GALLIGAN, *La discrezionalità amministrativa*, Milano, 1999; G.D. ROMAGNOSI, *Principi fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, III ed., Prato, 1835. Più nello specifico, per quanto qui di interesse, si vedano: F. FOLLIERI, *Decisione amministrativa e atto vincolato*, in www.federalismi.it, 2017, 7; id. *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, Milano-Padova, Wolters-Kluwer-Cedam, 2017, 364 e ss.; L. VIOLA, *Atti vincolati, hard cases e riparto di giurisdizione*, www.federalismi.it, 2017, 14.

³⁰ M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, 1939, p. 209; D. SORACE, *Atto amministrativo*, in Enc. dir., Milano, Ann. III, 2010, p. 52;

³¹ P. OTRANTO, *Decisione amministrativa e digitalizzazione della p.a.*, in www.federalismi.it, 2018, 15.

³² S. VACCARI, *Note minime in tema di intelligenza artificiale e decisioni amministrative*, Giustamm.it, 2019.

determinazione finale più idonea al miglior conseguimento dell'interesse primario, con il minor sacrificio degli interessi secondari³³.

Tale momento è soggetto al rispetto di regole di legittimità e di merito. Queste ultime sono regole di buona amministrazione, volte ad individuare la scelta amministrativa più opportuna, tale da rendere generalmente insindacabili dal giudice amministrativo la diretta valutazione dell'interesse pubblico concreto relativo all'atto impugnato.

Ancora, fondamentale rilievo assume la “discrezionalità tecnica” nella quale la legge attribuisce alla pubblica amministrazione uno spazio discrezionale, non a seguito di una scelta, ma in relazione all'applicazione di regole di natura tecnica, a seguito della verifica sul fatto circa la sussistenza dei presupposti e parametri tecnico scientifici (cui la norma rinvia) per l'adozione del provvedimento³⁴.

Ne consegue che, se pur l'adozione automatizzata dell'atto consente di perseguire al meglio gli obiettivi di efficacia, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa – che dovrebbe presupporre indefettibilmente la presenza di una norma attributiva del potere caratterizzata da un lessico così preciso da consentire l'esplicazione di un ragionamento puramente sillogistico – deve essere temperata con le tutele e le garanzie dei principi e degli istituti che costituiscono espressione del giusto procedimento, per non rischiare di comprimere e sacrificare la capacità della norma stessa di adattarsi alle specifiche esigenze del caso concreto e alla multiforme complessità del reale.

Per tali ragioni, a differenza dell'attività amministrativa vincolata, quella discrezionale (in senso “puro”) parrebbe – ad oggi – non passibile di un'integrale automatizzazione, in ragione dell'impossibilità di tradurre secondo precisi sillogismi e criteri logico formali le espressioni del lessico giuridico connotate da incertezza interpretativa e ampiezza semantica. Ciò nonostante, una apertura all'applicazione della regola algoritmica anche nell'esercizio di attività discrezionale potrebbe essere giustificata in una prospettiva di valorizzazione del potere di “autolimitazione” della pubblica amministrazione. Quest'ultima, infatti, potrebbe concretamente vincolare la

³³ M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, 72 ss, ora in M.S. Giannini, *Scritti*, vol. I, Milano, 2000; M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1988, II, 483 ss; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1988, 54-56; F. G. COCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in Riv. Trim. dir. Pubbl., 2000, pp. 1045 ss.

³⁴ Cfr. E. PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in Giur. it., 1910, 4, 16; ID., *I limiti al sindacato di legittimità*, Milano, 1911; A.M. SANDULLI, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Jovene, Napoli, 1989, pp. 593-594; D. SORACE, *Diritto delle Amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Il Mulino, Bologna, 2007, p. 273. Per posizioni critiche avverso il riconoscimento di tale categoria, si vedano C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1976, pp. 239-240; P. VIRGA, *Appunti sulla c.d. discrezionalità tecnica* in Jus, 1957, p. 98; V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa* in Dir. Proc. Amm., 1984, p. 489; C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Giuffrè, Milano, 1985, p. 39.

propria azione (originariamente e astrattamente discrezionale) a specifiche regole, traducibili in istruzioni e algoritmi. Non sfugge, tuttavia, come anche tale ricostruzione non sia in grado di sciogliere la totalità dei dubbi che sorgono, dal momento che tale soluzione non sembra facilmente percorribile in tutti quei casi in cui l'esercizio del potere amministrativo richiede una ponderazione degli interessi pubblici coinvolti a valle del compimento dell'istruttoria e, dunque, ogni qual volta la decisione non può fondarsi su parametri definiti a monte.

In queste ultime ipotesi, pertanto, il “robot” giammai potrebbe sostituirsi all'attività umana, ma al massimo vi si potrebbe affiancare potenziandola³⁵.

La sentenza in commento sembra prendere le mosse da tale bipartizione e ammette la possibilità di ricorso alla decisione automatizzata, in assenza di intervento umano, quando la decisione da assumere sia il risultato di una attività di mera classificazione automatica di istanze seriali, come quella dell'odierna fattispecie in cui l'algoritmo era chiamato ad assumere una decisione in una procedura di assegnazione di sedi in base a criteri oggettivi³⁶. Dimostrando di condividere una posizione prudentiale, il Consiglio di Stato ribadisce che la discrezionalità amministrativa non può essere demandata al *software* - dal momento che l'elaboratore elettronico ne è privo - e che quindi può assumere decisioni sono qualora sia possibile prevedere una soluzione definita per tutti i casi possibili (anche se improbabili). In quest'ottica, viene salvaguardato e ribadito il ruolo centrale della pubblica amministrazione quale soggetto chiamato a comporre *ex ante* gli interessi coinvolti, anche attraverso il costante perfezionamento e aggiornamento dell'algoritmo.

Tale impostazione risulta in parte superata dalla successiva pronuncia n. 8472/19, la quale ritiene che non sussistano ragioni di principio o concrete tali da giustificare una limitazione dell'algoritmo all'attività amministrativa vincolata piuttosto che discrezionale. Il Consiglio di Stato, con ciò dimostrando una ulteriore apertura a favore dell'impiego dell'algoritmo nei procedimenti amministrativi, ritiene che non sia dato riscontrare divieti al perseguimento dei fini

³⁵ Sulla rilevanza della permanenza dell'intervento umano, vedi C. COGLIANESE e D. LEHR, *Regulating by robots: Administrative Decision Making in the Machine Learning Era*, op. cit., «Finally, machine learning, as with other computational strategies in today's digital era, can be fast and automatic, supporting uses in which the algorithm produces results that can shorten or potentially bypass human deliberation and decision-making [...] even though algorithms can learn on their own and support automated decisions, humans still must decide how algorithms are specified, deployed, and integrated into broader administrative processes. [...] They do not set their own objective functions nor are they completely outside human control. An algorithm, by its very definition, must have its parameters and uses specified by humans.»

³⁶ Secondo il TAR Lazio, sent. n. 3769 citata, «l'ammissibilità dell'elaborazione elettronica dell'atto non è legata alla natura discrezionale o vincolata dell'atto quanto invece essenzialmente alla possibilità, che tuttavia è scientifica e non giuridica, di ricostruzione dell'*iter* logico sulla base del quale l'atto stesso possa essere emanato per mezzo di procedure automatizzate quanto al relativo contenuto dispositivo».

attribuiti dalla legge per mezzo del ricorso all'algoritmo informatico anche in relazione ad attività connotate da ambiti di discrezionalità, precisando che «*piuttosto, se nel caso dell'attività vincolata ben più rilevante, sia in termini quantitativi che qualitativi, potrà essere il ricorso a strumenti di automazione della raccolta e valutazione dei dati, anche l'esercizio di attività discrezionale, in specie tecnica, può in astratto beneficiare delle efficienze e, più in generale, dei vantaggi offerti dagli strumenti stessi*».

È bene sottolineare che, a fronte della crescente distanza che verrebbe ad accentuarsi tra amministrazione e scelte da essa effettuate rispetto alle concrete posizioni dei cittadini, nonché della potenziale percezione negativa del fenomeno, sono state da ultimo riconosciute nuove forme di tutela nei confronti dei privati, pur permanendo lacune o elementi di ambiguità che si auspica possano essere colmati anche grazie della prassi applicativa³⁷.

Ci si riferisce, in particolar modo, alle garanzie introdotte dal Regolamento UE n. 2016/679 del 27 aprile 2016 (al quale a breve si aggiungerà il Regolamento *e-privacy*) e relativo alla “protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE”³⁸, entrato in vigore nel maggio 2018 e a cui è seguito il decreto legislativo di attuazione n. 101/2018³⁹. Tale regolamento, all'art. 22, che prevede un regime peculiare per le decisioni interamente automatizzate (nelle quali l'intervento umano sia totalmente escluso), riconoscendo il diritto dell'interessato a non essere sottoposto a decisioni fondate esclusivamente su trattamenti automatizzati (“*solely automated*”

³⁷ Si veda G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, op. cit., che evidenzia come in termini di raccolta e trattamento dei dati il diritto europeo muove da una prospettiva opposta rispetto a quella degli Stati Uniti, in cui si muove da un regime di libertà di trattamento dei dati personali, salve le specifiche ipotesi di divieto fissate dalle leggi speciali. Al contrario, nel contesto europeo i dati personali non possono essere trattati se non in ragione di una specifica base autorizzativa rientrante tra quelle di cui all'art. 6 GDPR per i dati personali e comuni e all'art. 9 per i dati che la previgente disciplina definiva “sensibili”. Cfr. P.M. SCHWARTZ e K.N. PEIFER, *Transatlantic Data Privacy Law*, in *Georgetown Law Journal*, 106(1), 2017, pp. 115 – 179; G. GREENLEAF, *The influence of European data privacy standards outside Europe, implications for globalization of Convention 108*, in *Int'l Data Privacy Law*, 2(2), 2012, pp. 68 – 92. Si evidenzia come l'art. 8 della Carta dei diritti UE configura il diritto alla protezione dei dati di carattere personale come un autonomo diritto fondamentale della persona umana, specificando al comma 2 che «tali dati devono essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge. Ogni persona ha il diritto di accedere ai dati raccolti che la riguardano e di ottenerne la rettifica».

³⁸ È il Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, cd. *General Data Protection Regulation*, che ha riformato e interamente sostituito il precedente *corpus* normativo, inaugurato dalla Convenzione n. 108 del 1981 (relativa al trattamento dei dati automatizzati di carattere personale), resa esecutiva dalla L. n. 98/1989, cui ha fatto seguito la Direttiva 95/46/CE, esecutiva con la L. n. 675/1996. Al considerando 71 richiama il diritto dell'interessato a non essere sottoposto a una decisione «che possa includere una misura, che valuti aspetti personali che lo riguardano, che sia basata unicamente su un trattamento automatizzato e che produca effetti giuridici che lo riguardano o incida in modo analogo significativamente sulla sua persona, quali il rifiuto automatico di una domanda di credito online o pratiche di assunzione elettronica senza interventi umani». Lo stesso articolo 22, una volta riconosciuto il diritto a non essere sottoposto ad una *solely automated decision* individua al i casi in cui il paragrafo 1 non trova applicazione nelle seguenti ipotesi: «a) sia necessaria per la conclusione o l'esecuzione di un contratto tra l'interessato e un titolare del trattamento; b) sia autorizzata dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento, che precisa altresì misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato; c) si basi sul consenso esplicito dell'interessato.»

³⁹ Entrato in vigore il 19 settembre 2018 e modificativo del D. Lgs. n. 196/2003, introduttivo del c.d. “*Codice della Privacy*”.

decision”), che producano effetti giuridici che lo riguardano (“*legal effects*”) o che incidono in modo significativo sulla sua persona (“*similarly significant effects*”)⁴⁰. Tale principio del diritto europeo è definibile come principio di non esclusività della decisione algoritmica.

Viene, inoltre, espressamente previsto uno specifico obbligo informativo nei confronti dell’interessato circa l’esistenza di un processo decisionale automatizzato, compresi i casi di profilazione⁴¹ di cui all’art. 22, parr. 1 e 4, e, almeno in tali casi, devono essere fornite le informazioni significative sulla logica utilizzata, nonché l’importanza e le conseguenze previste di tale trattamento.

Tali previsioni, seppur rilevanti e sintomo di una nuova sensibilità diffusa per le implicazioni delle decisioni automatizzate, scontano il limite di operare solo quando vengono in considerazione dati personali, ma non si estendono laddove il dato non abbia *ab origine* o perda successivamente tale connotato, e mai quando i trattamenti risultano «necessari per l’esecuzione di un compito svolto nel pubblico interesse, oppure nell’esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento, ovvero per i legittimi interessi di un titolare del trattamento o di terzi⁴²» ciò nonostante, ha il pregio di fissare delle garanzie minime per i diritti della persona, che interessano il trattamento dei dati tanto nel settore pubblico quanto in quello privato.

La decisione algoritmica e i principi del procedimento amministrativo.

I Giudici di Palazzo Spada, pur innovando sul tema con l’apertura alle procedure automatizzate, confermano l’impostazione tradizionale circa la necessità di garantire, anche con riferimento al *software*, il rispetto delle garanzie del giusto procedimento, nonché dei connessi obblighi di trasparenza, così da consentire la promozione dei principi e degli obiettivi dell’Unione

⁴⁰ Per approfondire il tema si veda J. COBBE, *Administrative Law and the Machines of Government: Judicial Review of Automated Public Sector Decision Making*, op. cit., pp. 10 – 16, che fornisce una serie di definizioni, in particolare di: “*solely automated decision*” che verrebbe ad esistenza quanto «the result of ADM is applied directly» ma anche quando «an automated decision is simply given effect without human review or evaluation and without considering other factors» (cfr. Art. 29 Data protection Working Party, 2018, p. 20); di “*legal effect*” che viene in rilievo quando la decisione «in some way affects the data subject’s legal rights, including contractual rights (article 29 Data Protection Working Party, 2018: has interpreted including “cancellation of a contract; entitlement to or denial of a particular social benefit granted by law, such a child or housing benefit; refused admission to a country or denial of citizenship”»); di “*similar significant effects*”, «which would include for example the automatic refusal of credit and e-recruitment without human intervention». Sul tema, si veda ancora M. FINCK, *Automated Decision Making and Administrative Law*, in Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper n. 19-10, pp. 17 – 20.

⁴¹ Cfr. art. 29 Data Protection Working Party, *Guidelines on Automated individual decision making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/678*. Il GDPR definisce attività di profilazione come qualunque forma di trattamento automatizzato di dati personali consistente nell’utilizzo di tali dati personali per valutare determinati aspetti personali relativi a una persona fisica, in particolare per valutare determinati aspetti personali relativi a una persona fisica, in particolare per analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze personali, gli interessi, l’affidabilità, il comportamento, l’ubicazione o gli spostamenti di detta persona fisica.

⁴² Si veda il Considerando 69 del GDPR.

Europea. Al Consiglio di Stato preme evidenziare, infatti, come l'utilizzo di procedure robotizzate non potrebbe in alcun modo tradursi in un "motivo di elusione dei principi che conformano il nostro ordinamento e che regolano lo svolgersi dell'attività amministrativa", dovendo sempre conformarsi ed essere adattate ai principi costituzionali di buon andamento ed imparzialità, di cui all'art. 97, ai diritti fondamentali di cui agli artt. 3 e 24 Cost., nonché ai principi ulteriori del giusto procedimento amministrativo che da questi discendono, contenuti nella L. n. 241 del 1990⁴³, oltre che all'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

L'attività amministrativa che si sostanzia nel procedimento, nel perseguire i fini determinati dalla legge, è retta da principi di matrice nazionale ai quali si affiancano principi e obiettivi da perseguire di derivazione sovranazionale, il cui rispetto e promozione costituisce lo snodo centrale dell'intera motivazione delle sentenze da ultimo richiamate.

Ciò nonostante, viene evidenziato come tutta la legge sul procedimento amministrativo non possa ritenersi applicabile in modo indiscriminato all'attività amministrativa algoritmica, poiché concepita in un'epoca in cui l'amministrazione non era ancora stata investita dalla rivoluzione tecnologica, *«dovendosi invece ritenere che la fondamentale esigenza di tutela posta dall'utilizzatore dello strumento informatico c.d. algoritmico sia la trasparenza nei termini [...] riconducibili al principio di motivazione e/o giustificazione della decisione»*⁴⁴.

Innanzitutto, il Consiglio di Stato evidenzia la prima criticità nel ricorso all'algoritmo nell'obbligo di garantire la partecipazione procedimentale dei singoli soggetti destinati ad essere incisi dalla decisione *assumenda*, nella duplice declinazione del diritto di offrire argomentazioni relative a tutti gli aspetti rilevanti del procedimento (quali, in particolare, l'accertamento dei fatti e la valutazione dei presupposti per l'adozione della decisione) e del diritto di visionare gli atti del procedimento, così da venire a conoscenza, in modo compiuto, dell'oggetto del procedimento e delle valutazioni sino a quel momento compiute. Tale profilo intercetta la fondamentale questione relativa alla conoscenza/conoscibilità del funzionamento dell'algoritmo. La conoscibilità deve essere garantita a chi partecipa al procedimento. Ci si chiede come ciò sia possibile nella misura in cui il risultato, o *output*, è il necessitato risultato dell'elaborazione di dati per mezzo di criteri predeterminati e definiti (*input*), in un procedimento nel quale non è

⁴³ M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, p. 74 e pp. 82 e 84; M. RENNA – F. SAITTA, *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012; S. BARTOLE, voce *Principi del diritto (dir. Cost.)* in Enc. Dir. vol. XXXV, Milano, 1986, p. 532; N. BOBBIO, voce *Principi generali del diritto*, in Noviss. Dig. It., vol. XIII, Torino, 1966, p. 889; F. MODUGNO, voce *Principi generali dell'ordinamento*, in Enc. Giur., vol. XXIV, Roma, 1991, p. 1.

⁴⁴ Cons. St., sent. n. 8472/19 citata.

consentito al destinatario dell'atto di rendere possibile la deviazione da tali esiti. La partecipazione con l'uso dell'algoritmo potrebbe, allora, essere garantita a monte della decisione, quando vengono individuati i criteri sulla base dei quali il robot è chiamato ad assumere la propria decisione. Ciò in quanto l'elaborazione dei dati avviene

sulla base di criteri che sono rimessi interamente all'intervento umano (prescindendo dalla possibilità del ricorso al *machine learning*, con tutte le implicazioni connesse in termini di legittimazione ed eventuale responsabilità, qualora si ammettesse la possibilità di impiegare una "automazione autonoma").

In tale quadro si innesta la questione ulteriore relativa alla cd. "opacità" dell'algoritmo, ossia la possibilità di renderlo conoscibile, tanto ai destinatari del provvedimento, quanto ai giudici chiamati poi ad esercitare il controllo, così da rendere comprensibili i collegamenti tra i dati e i risultati a cui si è giunti, assicurando la trasparenza dell'azione amministrativa. La conoscibilità dell'algoritmo, precisa la sentenza, deve essere garantita in tutti gli aspetti: gli autori, il procedimento usato per la sua elaborazione, il meccanismo di decisione, l'ordine delle priorità assegnate nella procedura valutativa e decisionale, i dati selezionati come rilevanti⁴⁵.

Le maggiori difficoltà derivano dal fatto che l'analisi algoritmica, concepita e veicolata attraverso un linguaggio matematico, è ancora dominio – esclusivo o quasi – delle scienze ingegneristiche e informatiche, che richiedono un grado di specializzazione e professionalizzazione particolarmente elevato⁴⁶. A ciò si aggiungono le prerogative di coloro che realizzano e mettono in commercio l'algoritmo, volte a salvaguardarne il segreto industriale e la

⁴⁵ Sul punto si permetta un confronto con l'ordinamento francese. L'art. 4 della *loi* n. 2016 – 1321 riconosce la possibilità che l'autorità pubblica assuma decisioni sulla base dell'algoritmo, purché il soggetto interessato ne venga informato per iscritto. Il successivo decreto, adottato in applicazione della *loi* citata, in data 14 marzo 2017, prevede che l'amministrazione sia obbligata a comunicare le caratteristiche principali e proprie dell'algoritmo e le regole che ne determinano il funzionamento, nonché che provveda, su eventuale richiesta dell'interessato, a fornire le ulteriori informazioni rilevanti nel caso concreto, tra cui quelle relative al modo in cui la logica generale dell'algoritmo è stata applicata alla sua condizione particolare (ad es. i dati impiegati per addivenire alla decisione, la loro fonte, i criteri sulla base dei quali i dati sono stati classificati, l'incidenza degli stessi sulla decisione, etc.). Il *Conseil Constitutionnel*, con la pronuncia n. 2018 – 765 del 12 giugno 2018, paragrafo 70, confermando tale impostazione ha evidenziato, ulteriormente, come è da ritenersi vietata qualunque decisione assunta sulla base di un sistema algoritmico non conoscibile per il destinatario della stessa, anche qualora i principi operativi dell'algoritmo non possano essere disvelati perché in violazione dei segreti o degli interessi di cui al paragrafo 2 dell'art. 311-5 del *Code des relations entre le public et l'administration*. Interessante l'ulteriore precisazione secondo cui il responsabile del trattamento dei dati deve essere in grado di governare l'elaborazione mediante algoritmo, così da spiegare in dettaglio e in forma intelligibile all'interessato come è stato attuato il trattamento stesso dei dati, con la conseguenza che gli algoritmi che possono rivedere le regole che applicano senza il controllo e la convalida del responsabile del procedimento non possono essere utilizzati come unica base per una singola decisione amministrativa (ne consegue l'esclusione del ricorso al *machine learning*). In secondo luogo, l'uso esclusivo dell'algoritmo è escluso ogni qual volta riguardi dati sensibili che rivelano «*la prétendue origine raciale ou l'origine ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques ou l'appartenance syndicale d'une personne physique, des données génétiques, des données biométriques, des données de santé ou des données relatives à la vie sexuelle ou l'orientation sexuelle d'une personne physique*». Tali principi sono stati, da ultimo, ribaditi dalla legge 2018 – 493 del 20 giugno 2018 di recepimento del GDPR.

⁴⁶ Cfr. G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici*, op. cit., pp. 16 – 19.

proprietà intellettuale. In tale prospettiva, è forte l'esigenza di corredare la formula tecnica di spiegazioni che la traducano in regola "giuridica" comprensibile per tutti coloro chiamati ad interagire con la stessa ma privi delle specifiche competenze tecniche, dal momento che la regola tecnica è comunque una regola amministrativa generale costruita dall'uomo e solo applicata dalla macchina⁴⁷.

Ne discende che il diritto alla conoscibilità dell'esistenza di decisioni che incidono sulle posizioni dei singoli destinatari (il cui rovescio della medaglia si sostanzia nel dovere da parte di chi tratta dati in modo automatizzato di porre l'interessato a conoscenza) e il diritto alla comprensibilità delle decisioni medesime costituiscono principi di vicendevole integrazione e completamento, dal momento che garantire il diritto di ognuno a conoscere dell'esistenza di processi decisionali automatizzati che lo riguardano senza assicurare il diritto a ricevere informazioni significative sulla logica impiegata per assumere la decisione ne mortificherebbero ingiustificatamente la posizione.

Tali considerazioni sono foriere di ulteriori aspetti di criticità connessi alla cd. *accountability* delle decisioni così assunte, in quanto in ossequio al principio di cui all'art. 28 Cost., attraverso il cd. rapporto di immedesimazione organica, si deve individuare il soggetto che assuma su di sé la responsabilità del procedimento e della decisione assunta⁴⁸. Soluzioni finora avanzate dalla dottrina sono quella che prevede la creazione della figura del cd. organo informatico (e, quindi, responsabilità della macchina) e quella che propende per il riconoscimento in capo al dirigente, dal quale l'unità organizzativa dipende, di una sorta di responsabilità oggettiva o formale (responsabilità che quindi viene trasferita dalla macchina che agisce al soggetto – essere umano – dal quale essa stessa dipende). Tali soluzioni tra loro alternative, lungi ancora dal raggiungere una soluzione univoca e condivisa, sono oggetto di profonde discussioni, non prive di rilevanti ricadute pratiche che potrebbero interessare anche il caso di specie, a fronte dei giudizi di

⁴⁷ Cfr. J. COBBE, *Administrative Law and the Machines of Government: Judicial Review of Automated Public Sector Decision Making*, op. cit., pag. 16, la quale si interroga sulla possibilità di configurare una delega della funzione amministrativa nei confronti del decisore artificiale e la sua compatibilità con il principio di legalità, ogni qual volta sussista una legge che impone che la decisione sia assunta da una specifica persona. Tale quesito è risolto negativamente, ritenendo che la delega significherebbe un "escaping of accountability", non giustificabile. Al contrario, potrebbe essere ammesso il ricorso in termini di mero "adviser" del decisore "umano": « [...] the use of ADM would be lawful where a nominated decision maker can show that they have exercised meaningful oversight of the decision, rather than just a token gesture; that they have the authority and competence to change the decision and that they have considered all of the relevant data ».

⁴⁸ In tema di responsabilità si vedano E. PICOZZA, *Intelligenza artificiale e diritto – politica, diritto amministrativo and artificial intelligence*, in *Giur. It.*, 2019, 7, 1761; U. RUFFOLO, *Intelligenza artificiale e responsabilità*, Milano, 2018; G. Teubner, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, Milano, 2005.

risarcimento che potrebbero seguire dopo l'annullamento delle procedure telematiche di trasferimento degli insegnanti.

Tuttavia, la Carta Etica della robotica, adottata dal Parlamento europeo nel 2017, sembra dirigersi verso una prima risposta a tale interrogativo riconoscendo l'autonomia del robot limitatamente alla capacità di prendere decisioni autonomamente e autonomamente metterle in atto nel mondo esterno, entro il perimetro di interazione tra robot e ambiente così come circoscritto dal progettatore umano. Solo in tali casi è possibile attivare le norme tradizionali in materia di imputabilità e responsabilità per i danni causati da un robot, consentendo la riferibilità della decisione assunta all'autorità ed all'organo competente individuati in ragione della norma attributiva del potere.

L'ulteriore elemento di criticità che sembra emergere dalla disamina condotta dal Consiglio di Stato riguarda la necessaria presenza della motivazione che giustifichi l'adozione del provvedimento nei procedimenti che non hanno carattere generale ma che incidono sulle posizioni dei singoli. Le decisioni devono essere adeguatamente motivate affinché emergano chiaramente le ragioni della scelta e affinché sia garantito il diritto dei cittadini alla piena tutela giurisdizionale.

A tal fine, nei limiti in cui è possibile ammettere il ricorso a procedure automatizzate il giudice è tenuto a svolgere *“per la prima volta sul piano umano, valutazioni e accertamenti fatti direttamente in via automatica”*. La decisione robotizzata, pertanto, deve essere assoggettata alla piena cognizione e al pieno sindacato del giudice amministrativo, imponendo a quest'ultimo di valutare la correttezza del processo automatizzato in tutte le sue componenti⁴⁹. Tale sindacato, alla luce delle considerazioni sin qui svolte, non è altro che una declinazione del diritto imprescindibile di azione e difesa di cui all'art. 24 Cost., che non può subire alcuna compressione per il sol fatto che la decisione sia assunta dal *decision maker* robotizzato e non da un essere umano.

Per meglio comprendere le ricadute pratiche della prospettiva assunta dal Consiglio di Stato, quest'ultimo ha deciso di accogliere l'appello in ragione dell'illogicità e irrazionalità intrinseche alla decisione assunta dall'algoritmo (docenti con maggiore esperienza assegnati in sedi mai richieste o a centinaia di chilometri di distanza dalla propria residenza, pertanto

⁴⁹ Di nuovo, il *Conseil Constitutionnel*, con la pronuncia n. 2018 – 765 del 12 giugno 2018 citata, secondo cui la decisione amministrativa individuale deve essere soggetta a ricorso amministrativo, in conformità al Capitolo I, Titolo I del Libro IV del *Code des relations entre le public et l'administration*, e che l'amministrazione richiesta, in questo caso, è tenuta ad assumere la decisione senza poter fare affidamento esclusivamente sull'algoritmo. Quest'ultima sarà poi comunque assoggettata al controllo giurisdizionale (*«La décision administrative est en outre, en cas de recours contentieux, placée sous le contrôle du juge, qui est susceptible d'exiger de l'administration la communication des caractéristiques de l'algorithme»*).

penalizzati rispetto a docenti con minore anzianità e titoli) e della mancanza di una motivazione che consentisse di ricostruire l'*iter* logico che ha condotto alla stessa, così da permetterne il sindacato in sede giurisdizionale. L'impossibilità di ricostruire i criteri e le modalità di assegnazione dei posti disponibili è stata ritenuta, di per sé, un vizio tale da inficiare l'intera procedura.

Alcune considerazioni conclusive

In conclusione, alla luce delle considerazioni svolte fin qui, emerge con chiarezza la prepotente e inarrestabile rivoluzione introdotta dall'applicazione dell'intelligenza artificiale e degli algoritmi nell'attività della pubblica amministrazione e nei processi decisionali del settore pubblico – nella sua accezione più ampia – e capaci di incidere sensibilmente sulle posizioni giuridiche dei singoli o di rilevanti porzioni di popolazione.

Ciò obbliga gli operatori del diritto a ripensare le categorie giuridiche applicate sinora e con esse anche i principi, gli istituti e le regole che hanno governato il diritto pubblico e con esso il diritto amministrativo.

La sentenza in analisi cerca di fornire risposta ad una serie di criticità in forte emersione nel passaggio tra la procedura tradizionale di elaborazione delle decisioni amministrative e le nuove procedure informatiche, individuando le opportune e necessarie cautele per garantire il rispetto dei principi fondamentali a ciò connessi. In chiave di maggiore digitalizzazione dell'amministrazione pubblica, la circostanza per cui l'intera procedura sia demandata ad un sistema informatizzato è auspicabile per assicurare una maggiore efficienza ed economicità, con riferimento a tutte le procedure in cui non vi sia l'esercizio di un potere discrezionale e che si sostanzino in operazioni meramente ripetitive, oltre che per evitare interferenze dovute a negligenza, se non addirittura dolo, dell'essere umano, e per garantire maggiore imparzialità.

I Giudici di Palazzo Spada evidenziano come anche in ambiente "software" i principi fondamentali del giusto procedimento e gli obblighi di trasparenza non possano essere abbandonati, ma che al contrario – opportunamente rielaborati ed adattati – costituiscono il necessario baluardo dei diritti dei privati nei confronti dell'esercizio del potere da parte della pubblica amministrazione.

Si delinea, conseguentemente, una dialettica costante tra procedimento amministrativo e principio di legalità, nella misura in cui le norme di riferimento vengono ad essere create da algoritmi che, svolgendo un ruolo creativo sulla base degli *input* loro forniti in fase di istruttoria,

sono capaci di predeterminare – in varia misura – la decisione amministrativa con tutte le ripercussioni che ne derivano anche in sede di controllo giurisdizionale.

Uno dei problemi che sembra delinarsi con maggiore evidenza riguarda l'incertezza conoscitiva connessa al progresso tecnologico, caratterizzato da una evoluzione sempre più incalzante e spesso non al passo con la velocità di applicazione delle stesse invenzioni.

La nuova sensibilità al tema mostrata dal Consiglio di Stato si inserisce, ad ogni modo, nel solco che è stato iniziato ad essere tracciato da numerosi interventi a livello sovranazionale e internazionale, che hanno riconosciuto la crescente importanza dell'intelligenza artificiale nelle società moderne e i benefici attesi connessi al pieno ed efficiente utilizzo, anche al servizio della giustizia.

Da ultimo, si segnala la *“Carta etica europea sull'uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari”*⁵⁰, di cui già si è detto – pur non avendo le proprie disposizioni efficacia vincolante – enuncia principi sostanziali e metodologici rivolti tanto ai soggetti privati quanto alle autorità pubbliche al fine di orientarne l'azione, per quanto più possibile, e di indirizzarli verso un vero e proprio ripensamento dell'approccio a tali nuove sfide giuridiche e più generalmente culturali. Tra questi, principale rilievo assumono il necessario rispetto dei diritti fondamentali dell'uomo, il principio di trasparenza e di garanzia dell'intervento umano di non discriminazione (soprattutto in relazione all'adozione di provvedimenti che incidono sulla libertà personale dell'individuo), di qualità e sicurezza, così che le soluzioni concretamente adottate possano essere rispettose tanto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo quanto della Convenzione n. 108 del Consiglio d'Europa sulla protezione dei dati personali.

Sembra, inoltre, che soluzioni del genere potrebbero essere positivamente accolte a seguito del vaglio della CEDU e anche essere giudicate conformi agli indirizzi dell'Unione Europea, anche se si impone di comprendere quali spazi possa rivendicare in un contesto in cui si impone all'azione amministrativa il rispetto del diritto ad una buona amministrazione di cui all'art. 41 della CEDU.

In particolare, come evidenziato dalla Commissione Europea⁵¹, infatti, l'Unione Europea presenta tutti gli elementi principali per costituire una avanguardia nella rivoluzione dell'intelligenza artificiale, ed auspica che gli Stati membri uniscano le forze per assicurare che

⁵⁰ Adottata dalla Commissione europea sull'efficacia della giustizia (Cepej) del Consiglio d'Europa nella sessione plenaria del 3 – 4 dicembre 2018.

⁵¹ Ci si riferisce alle conclusioni contenute all'interno della Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, dal titolo *L'intelligenza artificiale per l'Europa*.

tutti i cittadini europei partecipino alla trasformazione digitale, che risorse adeguate siano dedicate all'intelligenza artificiale e che, in tale contesto, i valori e i diritti fondamentali dell'Unione siano sempre in primo piano, individuando, più genericamente, nel progresso dell'intelligenza artificiale uno strumento al servizio del progresso umano.

La corsa all'investimento in strumenti automatizzati da parte delle diverse potenze europee e mondiali insieme al necessario contemperamento e adattamento ai diritti fondamentali della persona, differentemente declinati nei diversi campi di interesse del diritto, sembrano, ad oggi, costituire le maggiori sfide che la rivoluzione del terziario avanzato e lo sviluppo tecnologico impongono ai valori e ai parametri giuridici che permeano la nostra cultura giuridica. Ciò tenuto conto che il sistema di valori giuridici cui siamo abituati è un sistema pensato dall'uomo per l'uomo, basato sulla necessità di assicurare la trasparenza e la conoscibilità della decisione assunta – che rimane, almeno per ora, una sfida se riferita ai sistemi di *machine learning* – e del procedimento che vi ha condotto, nonché della loro “spiegabilità” in termini di nesso “causa effetto”. Sembra auspicabile una profonda sinergia tra i diversi saperi, almeno agli albori dell'applicazione delle nuove tecnologie al mondo del diritto, che favorisca un approccio multidisciplinare tale da assicurare una integrazione graduale e consapevole dell'intelligenza artificiale nei sistemi amministrativi.

La responsabilizzazione degli attori interessati costituisce requisito per impedire che l'intellegibilità dei processi decisionali sia ad appannaggio esclusivo di coloro che possano vantare il possesso della *expertise* tecnica necessaria a spiegarne il funzionamento, a scapito di coloro che sono effettivamente incisi dalle conseguenze delle decisioni assunte.