

**Dossier «El derecho para una inteligencia centrada en el ser humano y al servicio de las Instituciones»**

ARTÍCULO

# AI, algoritmi e pubblica amministrazione in Italia

Enrico Carloni

Università degli Studi di Perugia

Data di presentazione: dicembre di 2019

Data di accettazione: gennaio di 2020

Data di pubblicazione: marzo di 2020

## Riassunto

Il problema della legittimità delle decisioni amministrative mediante algoritmi è oggetto di significativa attenzione da parte della dottrina giuridica e della giurisprudenza del giudice amministrativo in Italia. Mentre la legislazione non offre risposte adeguate rispetto alle nuove sfide, il giudice amministrativo sta definendo le condizioni di ammissibilità delle decisioni algoritmiche, applicando alle nuove problematiche i principi del procedimento amministrativo. Dopo una prima fase in cui l'orientamento sembrava portato ad escludere l'ammissibilità di decisioni automatizzate, la più recente giurisprudenza sembra orientarsi ad ammettere questo tipo di decisioni, richiedendo però adeguate garanzie, anzitutto di trasparenza. Con un'ultima sentenza, del dicembre del 2019, il Consiglio di Stato definisce in modo più ampio queste condizioni, iniziando così a tratteggiare un primo "decalogo" della legalità algoritmica che si ispira in modo significativo ai principi sui trattamenti automatizzati dei dati contenuti nel Regolamento europeo sulla protezione dei dati personali.

## Parole chiave

intelligenza artificiale, algoritmo, discrecionalidad, trasparenza

## AI, algorithms and public administration in Italy

### Abstract

The problem of the legitimacy of administrative decisions adopted through algorithms has been the object of considerable attention from legal doctrine and administrative jurisprudence in Italy. Indeed, while legislation does not offer suitable solutions to the new challenges, the administrative judge is defining the conditions of admissibility in algorithmic decisions, applying the principles of administrative procedure to the new problems. Following an initial phase in which jurisprudence seemed to come to exclude the admissibility of automated decisions, more recent jurisprudence seems to be directed towards admitting these kinds of decisions, although it requires appropriate guarantees, above all in transparency. With its latest judgement, enacted in December 2019, the Council of State defines these conditions in a more general way, as such beginning to delineate some initial 'commandments' of algorithmic legislation which are significantly inspired by the principles relating to the automated processing of personal data contained in the European regulations on the protection of personal data.

### Keywords

artificial intelligence, algorithm, discretion, transparency.

## 1. Premessa

Il problema del rapporto tra intelligenze artificiali (AI) e pubbliche amministrazioni richiede anzitutto di essere inquadrato, ed in effetti circoscritto, nella questione, in sé comunque complessa, delle decisioni amministrative assunte mediante algoritmi.

Un tema non semplice da definire: posto che la procedura automatizzata può sostituire nel suo insieme l'attività amministrativa ed il procedimento, o svolgere una funzione strumentale (ma non marginale) rispetto ad un percorso che contempla comunque l'intervento umano; posto, soprattutto, che le procedure automatizzate mediante algoritmi possono essere, pur nella loro complessità, sostanzialmente estrinsecazione ed applicazione di "istruzioni" in sé conoscibili e ripetibili, ma possono anche, al contrario, essere frutto di percorsi di autoapprendimento,

in certa misura "creativi" e comunque non pienamente prevedibili, delle macchine.

All'incrocio tra queste variabili si pone la prospettiva di una procedura interamente affidata a "robot intelligenti", a "funzionari digitali": una intersezione non più solo teorica, che produce la prospettiva, con le quali è necessario confrontarsi, della compatibilità con i principi del diritto amministrativo di un percorso nel quale la decisione non è più frutto di intervento umano, né nella costruzione dell'algoritmo decisionale né nella sua applicazione.

A fronte di algoritmi che non operano sulla base di deduzione, ma fanno predizioni in termini probabilistici, e quindi "generano predizioni attraverso [un] proprio sistema di apprendimento" (Martín Delgado, 2019) si pone in termini nuovi il problema della compatibilità con i (tradizionali) principi del diritto amministrativo.

Si tratta di un tema che, anche dallo specifico punto di vista del diritto amministrativo italiano, pone una serie di problematiche di non facile soluzione, e, pur inserendosi su uno scenario che ancora fatica a sviluppare elevati standard di digitalizzazione diffusa (Carloni, 2019), costituisce una frontiera attualmente al centro del dibattito scientifico e, recentemente, giurisprudenziale.

Evitando di addentrarci su un piano teorico nel quale peraltro la dottrina italiana si è cimentata con riflessioni importanti, a partire da quelle pionieristiche di Masucci (1993) fino quelle più recenti che sono ora con particolare intensità proposte dalle principali riviste del diritto amministrativo e del diritto pubblico, la questione può essere colta circoscrivendo la problematica ad una prospettiva di diritto positivo e di casistica giurisprudenziale: l'obiettivo di questo contributo è, dunque, essenzialmente quello di riflettere sulla disciplina della digitalizzazione pubblica e del trattamento dei dati, e sui principi dell'attività amministrativa, per valutare, alla luce del dato positivo e degli orientamenti giurisprudenziali, la possibilità, sostenibilità e compatibilità di processi decisionali affidati a "algoritmi".

Una questione che può essere colta ponendo particolare attenzione alla giurisprudenza più recente del giudice amministrativo, che pur tra incertezze ed oscillazioni comincia a confrontarsi in modo robusto con la questione delle procedure decisionali automatizzate e delle scelte provvedimentali mediante algoritmi.

## 2. L'amministrazione digitale e la sua legislazione

Dal punto di vista delle regole volte a favorire la digitalizzazione pubblica, che trovano radicamento già nella legge sul procedimento amministrativo ma che si sviluppano soprattutto nel Codice dell'amministrazione digitale (decreto legislativo n. 82 del 2005, più volte modificato), è evidente la tensione verso l'eGovernment: questo, però, all'interno di una visione si può dire "tradizionale", che intende le tecnologie dell'informazione e della comunicazione "serventi" a processi decisionali che restano responsabilità di funzionari "umani".

La digitalizzazione si concentra sul versante organizzativo, come "reingegnerizzazione" di processi e procedure:

la digitalizzazione si ferma "o alla mera 'forma' dell'atto o alla dimensione organizzativa" (Civitaresi, 2019).

In quanto centrato sulla prospettiva dell'erogazione digitale dei servizi, e quindi dell'eGovernment come sviluppo del rapporto tra cittadini e "servizi burocratici" (Carloni, 2014; Piras, 2006; Merloni, 2005), il codice dell'amministrazione digitale non permette di risolvere la questione della legittimità (e delle condizioni) della decisione algoritmica. Poste sul livello delle altre prestazioni rese dalle pubbliche amministrazioni, le procedure amministrative (intese dal codice come "servizi" da digitalizzare, sia pure a contenuto eminentemente burocratico (Sorace, 2015)) sono sempre più erogate e fornite al cittadino mediante le tecnologie dell'informazione e della comunicazione: questo favorisce la tensione verso soluzioni di completa digitalizzazione delle procedure, ma questo esito non è mai espressamente previsto, o autorizzato, dal codice dell'amministrazione digitale.

La digitalizzazione è favorita e promossa, secondo modelli che tendono al c.d. "digital first" (organizzazione ed erogazione "anzitutto digitale" dei servizi burocratici (Carloni, 2015)) ed all'interno di una spinta alla reingegnerizzazione delle modalità di azione e organizzazione: "le pubbliche amministrazioni nell'organizzare autonomamente la propria attività utilizzano le tecnologie dell'informazione e della comunicazione per la realizzazione degli obiettivi di efficienza, efficacia, economicità, imparzialità, trasparenza, semplificazione e partecipazione nel rispetto dei principi di uguaglianza e di non discriminazione" (art. 12, d.lgs. n. 82/2005). Non meno significativo in quest'ottica l'art. 15 dello stesso codice dell'amministrazione digitale, che prevede una "riorganizzazione strutturale e gestionale" delle amministrazioni per perseguire gli stessi obiettivi. Questo, all'interno di una cornice che chiama, anche alla luce delle innovazioni più recenti della disciplina della digitalizzazione pubblica, le pubbliche amministrazioni a "razionalizzare e semplificare i procedimenti amministrativi, le attività gestionali, i documenti, la modulistica, le modalità di accesso e di presentazione delle istanze da parte dei cittadini e delle imprese" (Civitaresi, 2019; Masucci, 2019).

Ancora più a fondo, la volontà del legislatore è quella di porre una regolazione idonea a "ridefinire e semplificare i procedimenti amministrativi mediante una disciplina basata sulla loro digitalizzazione e per la piena realizzazione del principio "innanzitutto digitale" (digital first)"

(così la legge delega che ha guidato l'ultima riforma del codice dell'amministrazione digitale: art. 1.1, lett. b) legge 124/2015) (Carlioni, 2016).

La questione è se dentro questa prospettiva si possa cogliere veramente una tensione verso moduli innovativi di azione nei quali entrino decisioni complesse automatizzate e l'utilizzo di intelligenze artificiali per le scelte pubbliche, o se più banalmente l'idea del legislatore non continui ad essere quella, più tradizionale, di procedimenti che continuano a seguire logiche "cartacee", sia pure nella forma degli atti predisposti, diffusi e conservati in modalità digitale. Il punto "è se in questa dimensione tutta giocata sulla configurazione di una burocrazia digitale a misura di utente [...] siano da includere anche le decisioni automatizzate, di cui non vi è menzione nel testo del CAD" (Civitaresse Matteucci, 2019,).

In un sistema che è spesso criticato per la sua tendenza ad una "digitalizzazione di facciata", attuata tramite soluzioni giuridiche e tecnologiche che si limitano a trasferire sul computer, e sulla rete, modelli di azione e soluzioni organizzative che restano intimamente legati ad una dimensione cartacea (Francesco Caio, uno dei protagonisti italiani della digitalizzazione pubblica, parlava pochi anni addietro di "una digitalizzazione di facciata che ha semplicemente trasferito fogli di carta [...] dentro i computer": Caio, 2014)) non stupisce la disattenzione del codice dell'amministrazione digitale al "nodo" delle decisioni automatizzate.

D'altra parte, a ben vedere, l'impianto della legge italiana sulla digitalizzazione pubblica resta intimamente legato ad una prospettiva di *e-government*, così come concepito ed elaborato a livello europeo e nazionale ormai da un ventennio, quale insieme di soluzioni volte all'erogazione digitale di servizi (anche burocratici).

### 3. Sulla legittimità ed i limiti della decisione algoritmica

In assenza di una disciplina legislativa *ad hoc*, ed in ogni caso per riflettere sui limiti e le condizioni che potrebbero in ogni caso accompagnare una simile regolazione, è altrove che bisogna guardare per ragionare sulla possibilità e legittimità di una decisione algoritmica, intendendo con

questa una decisione non elementare assunta sulla base di un percorso argomentativo e valutativo che è rimesso a macchine.

Dove si intende per "rimesso" il fatto che la decisione sia effettivamente adottata in assenza di un intervento umano nella fase decisionale, ma anche già solo il fatto che l'operazione automatizzata effettuata svolga un ruolo decisivo nella determinazione provvedimento e non sia in sé suscettibile di revisione, quanto alla correttezza del "ragionamento" seguito, da parte del funzionario istruttore. Nel primo caso, il procedimento e la decisione si realizzano in assenza (sostanziale) del funzionario "umano"; nel secondo, il funzionario interviene, ma si trova in una posizione di asimmetria rispetto all'elaboratore ed è di fatto "servente" ad una procedura che matura e si sviluppa in un ambiente sul quale egli non ha il controllo.

Questioni entrambe rilevanti, rispetto alle quali è necessario individuare alcuni riferimenti per riflettere sulla loro legittimità: riferimenti che vanno rintracciati anzitutto nei principi del diritto amministrativo, nella legge sul procedimento amministrativo. Per quanto, come vedremo, non manchino alcune regole che possono trovare applicazione anche con riferimento ai procedimenti amministrativi mediante algoritmi, è anzitutto alla giurisprudenza che è necessario guardare per confrontarci con questa frontiera del diritto amministrativo.

Questo, sia pure con l'avvertenza che da un lato la giurisprudenza, e la sua attività di interpretazione dei principi del diritto amministrativo, è sicuramente fondamentale per inquadrare le coordinate legali della materia, ma dall'altro in Italia la casistica giurisprudenziale, sia pure in evidente maturazione e consolidamento, resta limitata a pochi casi, a volte oscillante (se non antitetica), e talora a ben vedere tradisce una certa difficoltà nel "governare" la materia.

#### 3.1. Il procedimento e l'insostituibilità del funzionario "umano"

La disciplina del procedimento amministrativo, contenuta nella legge n. 241 del 1990 ed all'interno della quale troviamo regole sull'istruttoria e sulla decisione pubblica, non contempla l'ipotesi di un procedimento automatizzato. L'art. 3bis (frutto di una modifica del 2005) fa espresso riferimento all'uso della telematica da parte delle ammi-

nistrazioni, nei rapporti interni fra loro e con i privati, al fine di *"consequire maggiore efficienza nella loro attività"*.

Anche nella legge sul procedimento il ricorso a soluzioni di digitalizzazione è previsto, ma questa regola fatica ad essere tradotta nei termini di una possibile piena digitalizzazione delle procedure (e quindi non consente di rileggere la legge 241 come idonea a regolare sia modalità "tradizionali" che modalità completamente "digitali" di azione), posto che l'art. 3bis non è poi ripreso, né della sua influenza si trova traccia significativa nel testo dei diversi articoli e nei vari istituti della legge sul procedimento. A conferma di quanto visto parlando del codice dell'amministrazione digitale, pare chiaro che il legislatore italiano pur promuovendo la digitalizzazione di servizi e procedure immagina queste innovazioni come strumentali e complementari rispetto ad attività e servizi che non vengono radicalmente posti in discussione nel loro contenuto e nelle loro forme.

Deriva da questo il principio di *"strumentalità del ricorso all'informatica nelle procedure amministrative"* (Tar Lazio, Sez. III bis, sentenza 10 settembre 2018, n. 9227) che viene affermata in una delle prime decisioni su queste tematiche, da un giudice amministrativo chiaro nell'affermare l'impossibilità di prescindere da un intervento del funzionario nel procedimento.

D'altra parte, in effetti, è chiara la presenza di un funzionario "umano" e di relazioni "tra persone" sullo sfondo della legge italiana sul procedimento. La figura del "responsabile del procedimento", che nel quadro della riforma degli anni '90 del secolo scorso era rivolta dichiaratamente a "dare un volto umano" all'amministrazione, ad evitare dinamiche di "spersonalizzazione burocratica", non riesce, sia per motivi testuali che per ragioni di fondo, ad essere trasposta su una dimensione di completa automatizzazione.

Da qui una lettura, forse anche troppo netta nelle sue affermazioni, che vuole l'utilizzo delle soluzioni digitali nel procedimento amministrativo in una posizione servente e strumentale rispetto all'attività del responsabile-persona fisica: *"le procedure informatiche, finanche ove pervengano al loro maggior grado di precisione e addirittura alla perfezione, non possono mai soppiantare, sostituendola davvero appieno, l'attività cognitiva, acquisitiva e di giudizio che solo un'istruttoria affidata a un funzionario persona fisica è in grado di svolgere"* (TAR Lazio, Sez. III bis, sentenza n. 10964/2019).

All'interno di una giurisprudenza ancora in via di consolidamento, e come vedremo a volte dissonante tra TAR e Consiglio di Stato, si pone in questa prospettiva, con rilievo, la posizione del giudice di primo grado, intervenuto a dirimere una questione relativa a provvedimenti di trasferimento e assegnazioni di sedi a docenti delle scuole pubbliche, adottati sulla base delle risultanze dell'applicazione di un algoritmo.

Questo approdo giurisprudenziale, cui la dottrina da subito ha dedicato una significativa attenzione, si colloca su una lettura del fenomeno che parte dal citato principio della *strumentalità* del ricorso all'informatica nelle procedure amministrative e quindi dalla contestazione di una attività provvedimentale svolta in assenza di una adeguata attività istruttoria e procedimentale, sottratta al funzionario e rimessa ad un algoritmo (Urania Galetta, Corvalan, 2019), per concludere l'inammissibilità della *"dismissione delle redini della funzione istruttoria e di abdicazione a quella provvedimentale, il presidio costituito dal baluardo dei valori costituzionali scolpiti negli artt. 3, 24, 97 della Costituzione"* (Tar Lazio, sentenza 10964).

Il giudice amministrativo è stato, in questo caso, molto netto nell'escludere la possibilità di un'attività amministrativa completamente automatizzata, ed ha sancito l'illegittimità di demandare *"a un impersonale algoritmo lo svolgimento dell'intera procedura"* e quindi *"soppiantando l'attività umana con quella impersonale"*: fino ad arrivare ad affermare, di nuovo con particolare sicurezza, che non vi è *"complicazione o ampiezza" di una procedura amministrativa, che possa "legittimare la sua devoluzione ad un meccanismo informatico o matematico del tutto impersonale e orfano di capacità valutazionali delle singole fattispecie concrete, tipiche invece della tradizionale e garantistica istruttoria procedimentale che deve informare l'attività amministrativa, specie ove sfociante in atti provvedimentali incisivi di posizioni giuridiche soggettive di soggetti privati"*.

L'imprescindibile ricorso ad un funzionario-umano, cui risulti affidata l'istruttoria e la responsabilità del procedimento, è una questione che merita di essere però meglio approfondita, dal momento che questa presa di posizione della giurisprudenza va colta prendendo a riferimento il caso cui si riferiva (una valutazione complessa, la completa automazione delle procedure sin dalla presentazione delle domande di partecipazione fino all'esito).



Come segnalato dalla dottrina, anche tenuto conto della precedente giurisprudenza di segno diverso della stessa sezione del Tar Lazio, *"si tratta di un ribaltamento completo di prospettiva che colpisce per la sua assolutezza"* (Civitarese Matteucci, 2019).

Un ulteriore parametro di riferimento che fonda la necessaria "umanità" dell'amministrazione nel procedimento è l'art. 22 del GDPR: un riferimento avvertito come centrale per la dottrina (Civitarese Matteucci, 2019; Moretti, 2018; Bonfanti, 2018), che non era però inizialmente preso a riferimento dalla giurisprudenza amministrativa. La più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato (in particolare con l'importante sentenza n. 8472 del 2019), inizia a confrontarsi in modo significativo con queste previsioni, che vengono prese a riferimento per la costruzione di condizioni di legittimità delle decisioni algoritmiche.

La legislazione europea in materia di protezione dei dati personali pone una delle poche discipline direttamente rivolte a regolare i processi decisionali automatizzati e, pur facendolo da una prospettiva diversa e non ponendo specifica attenzione alla questione dell'attività amministrativa, fissa delle regole che valgono anche per le amministrazioni. Così, nel vietare (di norma) trattamenti esclusivamente automatizzati da cui derivino conseguenze giuridiche per gli interessati (ivi compresa la profilazione), l'art. 22 del GDPR distingue tra *"decisioni interamente automatizzate"*, da un lato, e decisioni *"non interamente automatizzate"*, dall'altro lato. La scelta del legislatore europeo è di vietare, di norma (ma salvo alcune condizioni di legittimazione, per consenso o per legge) le prime, mentre le seconde sono consentite (Sassi, 2019).

### 3.2. La decisione algoritmica e la discrezionalità

A tenore della ricordata decisione del TAR del Lazio, n. 10964, la questione sembrerebbe trovare però nella giurisprudenza una posizione molto chiara, ancorché nel senso di negare la possibilità del ricorso ad una decisione automatizzata: *"un algoritmo, quantunque, preimpostato in guisa da tener conto di posizioni personali, di titoli e punteggi, giammai può assicurare la salvaguardia delle garanzie procedurali che gli artt. 2, 6,7,8,9,10 della legge 7.8.1990 n. 241 hanno apprestato"*.

È bene però evidenziare che il filone giurisprudenziale adottato dal TAR Lazio non sembra al momento poter po-

re certezze, visto che questo orientamento è in contrasto con quanto deciso, in altra questione (ma con affermazione di diritto decisamente diversa), dal Consiglio di Stato, sezione VI, sentenza 8 aprile 2019, n. 2270 e più recentemente, ed in modo forse ancora più chiaro, n. 8472 dello stesso anno.

Pur circondando questa affermazione di condizioni e precisazioni (e mostrando, a ben vedere, di non comprendere appieno i percorsi decisionali degli algoritmi complessi), l'orientamento del Consiglio di Stato è chiaro nell'ammettere, ed anzi apprezzare, il ricorso a decisioni automatizzate *"non discrezionali"*: *"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"* (Consiglio di Stato, sent. n. 2270).

L'utilizzo degli algoritmi nell'ambito dell'attività amministrativa viene, in questa prospettiva, pienamente ricondotto nell'alveo di legittimità, proprio prendendo a riferimento la disciplina costituzionale e la legge sul procedimento, con esiti opposti a quanto ravvisato dal Tribunale amministrativo del Lazio nella decisione prima evidenziata: queste soluzioni di automazione si collocano l'interno dei canoni di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa (art. 1 della l. n. 241/1990) e sono conformi al principio di buon andamento e sono coerenti con la spinta alla digitalizzazione come fattore di miglioramento dell'azione pubblica. Se ne ricava che *"in generale, non può essere messo in discussione che un più elevato livello di digitalizzazione dell'amministrazione pubblica sia fondamentale per migliorare la qualità dei servizi resi ai cittadini e agli utenti"*.

D'altra parte da tempo la giurisprudenza aveva ammesso il ricorso a soluzioni "meccaniche" per la decisione in presenza di procedure ripetitive prive di margini di discrezionalità, ed anzi era parsa a volte guardare con favore il ricorso a soluzioni "automatizzate". Così, con riferimento ai procedimenti amministrativi, di carattere 'massivo' o seriale, la valutazione del ricorso a decisione automatizzata, per contribuire a velocizzare le procedure e a garantirne correttezza, e prevedibilità degli esiti, è stata da tempo ammessa (Vaccari, 2019). Così, tra le molte, si veda la posizione del Consiglio di Stato che già oltre vent'anni addietro

(Cons. Stato, sezione VI, 7 febbraio 1995, n. 152) segnalava l'opportunità del ricorso a "procedure informatizzate" nello svolgimento dell'attività amministrativa, *"anche per la maggiore oggettività ed imparzialità che la macchina può assicurare, specialmente nello svolgimento di operazioni ripetitive, non essendo soggetta alla caduta della curva di attenzione riscontrabile nell'uomo dopo un certo tempo di applicazione allo stesso compito"*.

A dar retta a questo orientamento giurisprudenziale, la legittimità del ricorso a soluzioni automatizzate non va esclusa *tout court*, ma è anzi da valutare positivamente quando ci troviamo di fronte *"a procedure seriali o standardizzate, implicanti l'elaborazione di ingenti quantità di istanze e caratterizzate dall'acquisizione di dati certi ed oggettivamente comprovabili e dall'assenza di ogni apprezzamento discrezionale"*. In presenza di queste circostanze, *"l'utilizzo di una procedura informatica che conduca direttamente alla decisione finale non deve essere stigmatizzata, ma anzi, in linea di massima, incoraggiata"*: ricorrendo di nuovo alle parole del giudice amministrativo di secondo grado *"essa comporta infatti numerosi vantaggi quali, ad esempio, la notevole riduzione della tempistica procedimentale per operazioni meramente ripetitive e prive di discrezionalità, l'esclusione di interferenze dovute a negligenza (o peggio dolo) del funzionario (essere umano) e la conseguente maggior garanzia di imparzialità della decisione automatizzata"* (di nuovo la citata sentenza n. 2270 del 2019).

La condizione di ammissibilità delle decisioni mediante algoritmi sembra dipendere, a tenore di questa giurisprudenza, dal carattere vincolato (non discrezionale) della decisione: più recentemente, però, lo stesso Consiglio di Stato sembra discostarsi da questo primo orientamento, arrivando ad ammettere le decisioni algoritmiche sulla base di una serie di requisiti di legalità e trasparenza che prescindono dal carattere vincolato o meno della decisione amministrativa.

## 4. I tre principi della legalità algoritmica

Questo non fa venire meno, però, l'esigenza di assicurare debite condizioni di garanzia per i cittadini che si rapportano con l'amministrazione, nella sua forma "digitale". Van-

no assicurate, in particolare, anche a fronte di un'azione automatizzata, la partecipazione del cittadino e la trasparenza amministrativa. Il giudice amministrativo cerca però da ultimo di alzare l'asticella della legalità algoritmica, definendo una serie di condizioni in presenza delle quali la decisione robotizzata risulta ammissibile.

Condizioni di trasparenza, non esclusività e non discriminazione, che costituiscono i principi cardine su cui fondare, a tenore della decisione del Consiglio di Stato, la nuova legalità algoritmica.

È in primo luogo sulla trasparenza (su cui ci soffermeremo nel paragrafo seguente) che si concentra la garanzia sostanziale del cittadino, il giudice cerca di disciplinare la transizione delle amministrazioni verso l'utilizzo delle tecnologie dell'informazione nella loro forma più avanzata di robotizzazione delle stesse decisioni pubbliche.

In secondo luogo, seppure sfumando forse la nettezza di alcune affermazioni, riemerge un atteggiamento prudentiale, e di chiusura, nei confronti di procedure totalmente spersonalizzate. L'intervento umano, necessario, non è però necessariamente legato al momento della decisione, potendo consistere anche (soltanto) in una fase successiva di validazione e controllo (*"deve comunque esistere nel processo decisionale un contributo umano capace di controllare, validare ovvero smentire la decisione automatica"*). Questo principio di "non esclusività della decisione algoritmica" è ricavato in particolare dall'art. 22 del GDPR: come afferma il Consiglio di Stato, richiamando il modello informatico del c.d. "human in the loop", l'applicazione di questo principio *"per produrre il suo risultato è necessario che la macchina interagisca con l'essere umano"* (Consiglio di Stato, n. 8472 del 2019).

Il terzo principio è ricavato di nuovo dalla normativa europea in materia di protezione dei dati personali, ed in particolare dal considerando n. 71 del GDPR, che è individuato come formale momento di emersione di *"un ulteriore principio fondamentale"*, di *"non discriminazione algoritmica"*. In base a questo principio, la legittimità dell'azione pubblica non è garantita dalla sola presenza di un algoritmo conoscibile e comprensibile, oggetto di controllo e validazione da parte di un funzionario, ma *"occorre che lo stesso non assuma carattere discriminatorio"* (si veda già Resta, 2019)

Il considerando 71 prevede, in particolare, che a fronte di trattamenti automatizzati siano poste in essere *“misure tecniche e organizzative adeguate al fine di garantire, in particolare, che siano rettificati i fattori che comportano inesattezze dei dati e sia minimizzato il rischio di errori e al fine di garantire la sicurezza dei dati personali secondo una modalità che tenga conto dei potenziali rischi esistenti per gli interessi e i diritti dell'interessato e impedisca, tra l'altro, effetti discriminatori nei confronti di persone fisiche sulla base della razza o dell'origine etnica, delle opinioni politiche, della religione o delle convinzioni personali, dell'appartenenza sindacale, dello status genetico, dello stato di salute o dell'orientamento sessuale, ovvero un trattamento che comporti misure aventi tali effetti in tale contesto”*. Una formulazione dal quale, a ben vedere, si può ricavare non solo il principio di non discriminazione, ma anche un ulteriore principio, di *“correttezza/qualità”* dei dati posti a fondamento della decisione, che non viene però autonomamente rimarcato dalla sentenza del Consiglio di Stato, che pure si confronta con il problema, che è sotteso al considerando 71, dell'esigenza di *“rettificare i dati in “ingresso” per evitare effetti discriminatori nell'output decisionale”* (Consiglio di Stato, sentenza n. 8472): un'operazione che può trovare in ogni caso una interessante corrispondenza nei principi di *privacy by default* che guidano la costruzione e la gestione delle basi di dati pubbliche.

#### 4.1. La trasparenza dell'algoritmo

In questo senso, assumendo di nuovo a riferimento la disciplina di matrice europea contenuta nel GDPR e la connessa esigenza di trasparenza, il giudice italiano ne riconosce la valenza quale principio generale, a fronte di procedimenti amministrativi robotizzati, in quanto *“diretta applicazione specifica dell'art. 42 della Carta europea dei diritti fondamentali [...] laddove afferma che quando la Pubblica Amministrazione intende adottare una decisione che può avere effetti avversi su di una persona, essa ha l'obbligo di sentirla prima di agire, di consentirle l'accesso ai suoi archivi e documenti, ed, infine, ha l'obbligo di “dare le ragioni della propria decisione”*” (Consiglio di Stato, n. 8472 del 2019).

Nel confrontarsi con questo modello, il giudice amministrativo arriva da ultimo (nella sentenza n. 8472 del 2019 del Consiglio di Stato) ad evidenziare la particolare portata innovativa della disciplina europea sulla protezione dei dati

personali, in particolare quando richiede, a fronte di procedimenti interamente automatizzati, una *“trasparenza”* dell'algoritmo utilizzato, allorché prevede che in queste situazioni il titolare debba fornire *“informazioni significative sulla logica utilizzata, nonché l'importanza e le conseguenze previste di tale trattamento per l'interessato”* (art. 14, c.2, lett. g) del GDPR). Seguendo le indicazioni dello stesso giudice amministrativo, non meno interessante risulta poi il successivo articolo 15, che declina in un modo significativo la trasparenza (come diritto azionabile e non solo come dovere del titolare come nel caso precedente), allorché disciplina il diritto di conoscere e ricevere informazioni relative all'esistenza di eventuali processi decisionali automatizzati.

Questo si traduce in forme però nuove, a fronte di una decisione algoritmica, e si concretizza anzitutto nel diritto di accesso all'algoritmo, inteso anzitutto come diritto di *“decifrarne la logica”* (Consiglio di Stato, n. 8472 del 2019).

La giurisprudenza matura, in un breve arco di tempo, una lettura sempre più *“matura”* del principio di trasparenza algoritmica.

Un principio declinato in un primo momento nella forma del diritto di accesso all'algoritmo in quanto *“atto amministrativo ad elaborazione elettronica”* (ed in quanto tale suscettibile di ricadere nel campo di applicazione dell'art. 22 della l. 241 del 1990). Da questa *“assimilazione”* il giudice fa derivare il dovere, per le amministrazioni *“di fornire non solo tutte le istruzioni relative al funzionamento dell'algoritmo, assicurando la comprensibilità del funzionamento del software anche al cittadino comune, ma anche il linguaggio informatico sorgente (c.d. codice sorgente) del sistema algoritmico”* (Sassi, 2019), vale a dire *“l'iter logico sulla base del quale l'atto stesso [è stato] emanato per mezzo di procedure automatizzate quanto al relativo contenuto dispositivo”* (Consiglio di Stato, sentenza n. 2270).

Aldilà di questo approccio che arriva ad affermare la conoscibilità dello stesso codice sorgente, è in ogni caso pacifico per la giurisprudenza sin qui formatasi su questi temi, che la regola algoritmica utilizzata nell'ambito delle decisioni amministrative deve in ogni caso conformarsi ai principi generali dell'attività amministrativa quali pubblicità e trasparenza, ragionevolezza e proporzionalità (Sassi, 2019; Orsoni, D'Orlando, 2019).



Particolarmente interessante lo sviluppo successivo, relativo al diritto alla conoscibilità dell'algoritmo, che riflette "una declinazione rafforzata del principio di trasparenza", intesa come trasparenza e tracciabilità algoritmica (D.U. Galetta, Corvalan, 2018; Patroni Griffi, 2018): un principio ai sensi del quale deve sempre essere assicurata al cittadino la comprensione della regola che guida la decisione, anche quando questa è espressa "in un linguaggio differente da quello giuridico" e ne deve essere assicurata la ripercorribilità. In questo senso, seguendo le indicazioni del giudice amministrativo, la "conoscibilità dell'algoritmo deve essere garantita in tutti gli aspetti: dai suoi autori al procedimento usato per la sua elaborazione, al meccanismo di decisione, comprensivo delle priorità assegnate nella procedura valutativa e decisionale dei dati selezionati come rilevanti" (Consiglio di Stato, sentenza n. 2270). Un esito, questo, che trova conferma anche nella ancora più recente sentenza del dicembre 2019 della stessa sezione del Consiglio di Stato (Consiglio di Stato, VI, sentenza 13 dicembre 2019, n. 8472), che di nuovo afferma l'esigenza di accompagnare le procedure robotizzate con "una declinazione rafforzata del principio di trasparenza, che implica anche quello della piena conoscibilità di una regola espressa in un linguaggio differente da quello giuridico".

Questo, come affermato nella sentenza n. 2270, "al fine di poter verificare che gli esiti del procedimento robotizzato siano conformi alle prescrizioni e alle finalità stabilite dalla legge o dalla stessa amministrazione a monte di tale procedimento e affinché siano chiare - e conseguentemente sindacabili - le modalità e le regole in base alle quali esso è stato impostato". In linea con queste considerazioni, la sentenza n. 8472 ribadisce che la conoscibilità dell'algoritmo "deve essere garantita in tutti gli aspetti: dai suoi autori al procedimento usato per la sua elaborazione, al meccanismo di decisione, comprensivo delle priorità assegnate nella procedura valutativa e decisionale e dei dati selezionati come rilevanti".

La decisione algoritmica, e quindi l'algoritmo che conduce alla decisione, devono essere conoscibili al cittadino, ma anche sottoposti piena cognizione del giudice amministrativo che deve poterne valutare la ragionevolezza, la proporzionalità, la logicità (Sassi, 2019; Esposito, 2019).

Questa esigenza di trasparenza e conoscibilità, riconducibile in termini essenziali "al principio di motivazione e/o giustificazione della decisione", assume una rilevanza sos-

tanziiale, come ben affermato nella citata sentenza n. 8472 del Consiglio di Stato, e non si esaurisce, e non trova un surrogato, nella "rigida e meccanica applicazione di tutte le minute regole procedurali della l. n. 241 del 1990" (quali ad esempio la comunicazione di avvio del procedimento o la formale nomina di un responsabile del procedimento).

Diversamente, la regola algoritmica a base della decisione va considerata illegittima: questo, in particolare, allorché, ad esempio, "dato comprendere per quale ragione le legittime aspettative di soggetti [...] siano andate deluse": infatti, "l'impossibilità di comprender[ne] le modalità [...] costituisce di per sé un vizio tale da inficiare la procedura" (di nuovo Consiglio di Stato, sentenza n. 2270). L'amministrazione è tenuta a dimostrare la presenza di questa trasparenza algoritmica, non potendo semplicemente limitarsi ad "affermare" la coincidenza fra la legalità e le operazioni algoritmiche: una coincidenza "che deve invece essere sempre provata ed illustrata sul piano tecnico, quantomeno chiarendo le circostanze prima citate, ossia le istruzioni impartite e le modalità di funzionamento delle operazioni informatiche" (in questi termini Consiglio di Stato, sentenza n. 8472).

## 5. Brevi note conclusive

In assenza, come visto, di specifiche previsioni legislative, è il giudice amministrativo ad aver sin qui svolto un ruolo centrale nello sviluppo della riflessione, e nella definizione di coordinate giuridiche, rispetto al tema delle decisioni algoritmiche. A dimostrazione, peraltro, della vitalità della costruzione giurisprudenziale del diritto amministrativo attraverso il continuo adattamento dei principi al mutare delle situazioni sociali, economiche e (ora soprattutto) tecnologiche.

Per quanto lo scenario sia recente, e la giurisprudenza in evoluzione, pare evidente come, in un'evoluzione però particolarmente rapida della giurisprudenza, ci si sia trovati di fronte anzitutto ad una certa difficoltà del giudice amministrativo di confrontarsi con l'automazione e di comprendere le implicazioni: questo ha condotto, in un primo momento, ad un approccio di chiusura invero eccessivo, specie da parte del TAR del Lazio, ma anche ad "aperture" che continuavano a riflettere la complessità del fenomeno. Inizialmente, in particolare, la giurisprudenza sembra non cogliere appieno le dinamiche del *machine learning* e quin-

di tradisce una difficoltà nel comprendere fino in fondo i percorsi decisionali a fronte di un'automatizzazione ed algoritmi che si nutrono di grandi masse di dati (Costantino, 2019).

La combinazione di algoritmi "intelligenti" e *big data* (Falcone, 2017) non permette, a ben vedere, di risolvere la questione dentro le rassicuranti coordinate della piena conoscibilità e ripercorribilità di tutti i passaggi decisionali e delle decisioni "ripetitive e vincolate" entro cui vorrebbe confinarla una prima giurisprudenza del Consiglio di Stato.

In questo senso, il Consiglio di Stato sembra in una prima fase travisare "*l'apparente trasparenza e semplicità dei sistemi computazionali*" (Sassi, 2019, 110, riproducendo per le decisioni algoritmiche linee di riflessione maturate intorno a processi decisionali automatizzati di tipo realmente meccanico e deterministico. Il problema è che gli algoritmi contemporanei non necessariamente "*essi non operano secondo una logica causale e deterministica*" (Auby, 2019; cfr. Cukier, Mayer Schönberger, 2014): la giurisprudenza, ed i principi che ricaviamo dalla sua elaborazione, inizia però da ultimo a confrontarsi in modo più consapevole, ed articolato, con questi caratteri delle procedure robotizzate.

Ecco, allora, maturare nella recentissima sentenza n. 8472 del dicembre del 2019 un primo "decalogo" della legalità

algoritmica, per la definizione del quale assume un valore rilevante e paradigmatico la costruzione normativa del regolamento europeo sulla protezione dei dati personali.

L'attenzione della dottrina al tema è, ed è stata in questi mesi, particolarmente intensa, ed è nel dibattito scientifico che si è avvertita già prima una maturazione della riflessione che sicuramente non ha mancato di trovare traccia nella più recente giurisprudenza del giudice amministrativo. Un giudice che con frequenza crescente è chiamato a confrontarsi con decisioni algoritmiche e che si va ponendo come avanguardia nel tentativo di fornire le prime coordinate giuridiche per governare questi fenomeni.

Va in ogni caso segnalato che l'approccio al tema non si esaurisce nell'intervento del giudice amministrativo: così, ad esempio, a livello governativo, presso l'Agenzia per l'Italia Digitale (AGID), risulta attiva una task force sull'Intelligenza Artificiale che ha già prodotto un significativo Libro bianco in materia (Tresca, 2018). È però interessante segnalare come sia proprio nel prisma dell'evoluzione tecnologica, e delle sfide che pone, che la dottrina e la giurisprudenza abbiano recuperato una centralità nella costruzione delle condizioni della legalità algoritmica, a scapito di un legislatore altrimenti sin qui sin troppo solerte nel fornire risposte di dettaglio a questioni pure meno centrali della digitalizzazione pubblica.

## Bibliografia

- AUBY J-B. (2019), *Il diritto amministrativo di fronte alle sfide digitali*, in *Istituzioni del federalismo*, n. 3, pp. 619-643.
- BONFANTI A. (2018), "Big data" e polizia predittiva: riflessioni in tema di protezione del diritto alla "privacy" e dei dati personali, in *La rivista di diritto dei media*, n. 3, pp. 1-13.
- CAIO F. (2014), *Lo Stato del digitale*, Mursia, Padova.
- CARLONI E. (2014), *L'amministrazione aperta. Regole strumenti limiti dell'open government*, Rimini, Maggioli.
- CARLONI E. (2015), *Tendenze recenti e nuovi principi della digitalizzazione pubblica*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2, pp. 148-158
- CARLONI E. (2016), *Digitalizzazione e riforma dell'amministrazione: la nuova agenda*, in F. Mastragostino, G. Piperata, C. Tubertini (a cura di), *L'amministrazione che cambia. Fonti, regole, percorsi di una nuova stagione di riforme*, Bologna, Bononia University Press, pp. 267-298
- CARLONI E. (2019), *Algoritmi su carta. Politiche di digitalizzazione e trasformazione digitale delle amministrazioni*, in *Diritto pubblico*, n. 2, pp. 363-392.
- CIVITARESE MATTEUCCI S. (2019), «Umano troppo umano». Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità, in *Diritto pubblico*, n. 1, pp. 5-42.
- COSTANTINO F. (2019), *Rischi e opportunità del ricorso delle amministrazioni alle predizioni dei big data*, in *Diritto pubblico*, n. 1, pp. 43-70.
- CUKIER K., MAYER-SCHÖNBERGER V. (2014), *Big data. Una rivoluzione che trasformerà il nostro modo di vivere e già minaccia la nostra libertà*, Milano, Garzanti, 2014.
- D'ANGELOSANTE M. (2016), *La consistenza del modello dell'amministrazione 'invisibile' nell'età della tecnificazione: dalla formazione delle decisioni alla responsabilità per le decisioni*, in S. Civitarese Matteucci, L. Torchia, *La Tecnificazione*, Firenze, Firenze University Press, pp. 165 ss.
- ESPOSITO G.M. (2019), *Al confine tra algoritmo e discrezionalità. Il pilota automatico tra procedimento e processo*, in *Diritto e processo amministrativo*, fasc. 1, pp. 39-68.
- FALCONE M. (2017), "Big data" e pubbliche amministrazioni: nuove prospettive per la funzione conoscitiva pubblica, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 3, pp. 601-639.
- GALETTA D.U., CORVALÁN J.G. (2019), *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *Federalismi.it*, 6 febbraio, pp. 1-23.
- MARTÍN DELGADO I. (2019), *Automazione, intelligenza artificiale e pubblica amministrazione: vecchie categorie concettuali per nuovi problemi?*, in *Istituzioni del federalismo*, n., 3, pp. 643-662.
- MASUCCI A. (1993), *L'atto amministrativo informatico: primi lineamenti di una ricostruzione*, Napoli, Jovene.
- MASUCCI A. (2019), *Digitalizzazione dell'amministrazione e servizi pubblici on line. Lineamenti del disegno normativo*, in *Diritto pubblico*, n. 1, pp. 117-152.
- MERLONI F. (a cura di) (2005), *Introduzione all'eGovernment*, Torino, Giappichelli.
- MORETTI A. (2018), *Algoritmi e diritti fondamentali della persona. Il contributo del Regolamento (UE) 2016/679*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, fasc. 4-5, pp. 799-817.
- ORSONI G., D'ORLANDO E. (2019), *Nuove prospettive dell'amministrazione digitale: Open Data e algoritmi*, in *Istituzioni del federalismo*, n. 3, pp. 593-617.

- PATRONI GRIFFI F. (2018), *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, in <https://www.giustiziaamministrativa.it>, 28 agosto, pp. 1-12.
- PIRAS P. (2006), L'amministrazione nell'era del diritto amministrativo elettronico, in *Diritto dell'internet*, VI, pp. 550 ss.
- RESTA G. (2019), *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in *Politica del diritto*, n. 2, 2019, pp. 199 ss.
- SASSI S. (2019), *Gli algoritmi nelle decisioni pubbliche tra trasparenza e responsabilità*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, n. 1, pp. 109-128.
- SORACE D. (2015), *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, Il Mulino.
- TRESCA M. (2018), *I primi passi verso l'Intelligenza Artificiale al servizio del cittadino: brevi note sul Libro Bianco dell'Agenzia per l'Italia digitale*, in *La rivista di diritto dei media*, n. 3, pp. 13.
- VACCARI S. (2019), *Note minime in tema di Intelligenza Artificiale e decisioni amministrative*, in *Giust. Amm.*, n. 10, pp. 1-10.

#### Citazione consigliata

CARLONI, Enrico (2020). «AI, algoritmi e pubblica amministrazione in Italia», *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*. N.º 30, págs. 1-12. UOC [Fecha de consulta: dd/mm/aa] <http://dx.doi.org/10.7238/idp.v0i30.3227>



Los textos publicados en esta revista están –si no se indica lo contrario– bajo una licencia Reconocimiento-Sin obras derivadas 3.0 España de Creative Commons. Puede copiarlos, distribuirlos y comunicarlos públicamente siempre que cite su autor y la revista y la institución que los publica (*IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*; UOC); no haga con ellos obras derivadas. La licencia completa se puede consultar en: <http://creativecommons.org/licenses/by-nd/3.0/es/deed.es>.

#### Sull'autore

Enrico Carloni  
 enrico.carloni@unipg.it  
 Università degli Studi di Perugia

Professore Ordinario di Diritto amministrativo nell'Università degli studi di Perugia, Dipartimento di Scienze politiche. Dal marzo 2018 è responsabile della linea di ricerca Qualità dell'amministrazione e anticorruzione nel quadro del piano di sviluppo del Dipartimento come Dipartimento di eccellenza (progetto "LEPA - Lagality and Participation"). è autore di oltre 100 pubblicazioni tra monografie e scritti in volume e riviste scientifiche su varie tematiche del diritto amministrativo, amministrazione digitale e prevenzione della corruzione.

