



27 MAGGIO 2020

# Inquadramento giuridico degli algoritmi nell'attività amministrativa

di Agostino Sola

Praticante Avvocato presso l'Avvocatura Generale dello Stato

# Inquadramento giuridico degli algoritmi nell'attività amministrativa\*

**di Agostino Sola**

Praticante Avvocato presso l'Avvocatura Generale dello Stato

**Abstract [It]:** Osservato il rapporto tra diritto e nuove tecnologie, l'articolo si propone di ricostruire il quadro normativo – con profili di rilievo comparatistico – dell'utilizzazione di algoritmi nell'ordinaria azione amministrativa, fenomeno che, di recente, sta interessando dottrina e giurisprudenza. Individuato poi il contesto normativo di riferimento, si analizzano le varie e possibili tesi circa la natura giuridica degli algoritmi.

**Abstract [En]:** Once observed the relationship between law and new technologies, the article aims to reconstruct the regulatory framework - with comparative profiles - of the use of algorithms in ordinary administrative action, a phenomenon that, recently, has been affecting doctrine and jurisprudence. Once the reference regulatory context has been identified, the various and possible theses on the legal nature of the algorithms are analyzed.

**Sommario:** 1. Introduzione. 2. Il quadro normativo degli algoritmi quale strumento di automatizzazione dell'azione amministrativa. 2.1. In Europa e nel mondo. 3. Inquadramento giuridico degli algoritmi nell'attività amministrativa. 3.1. La tesi organizzativa. 3.2. La tesi dinamica: l'algoritmo quale procedimento. 3.3 La tesi statica: l'algoritmo quale atto amministrativo. 4. Alcune fattispecie di utilizzo di algoritmi nell'attività amministrativa. 5. Conclusioni. La tesi eclettica.

## 1. Introduzione

Punto di partenza è l'affermazione per la quale diritto ed evoluzione tecnologica<sup>1</sup> sono da sempre fortemente connessi ed interdipendenti: se da un lato il sorgere di nuovi interessi e nuove dinamiche impone una tutela e regolamentazione delle situazioni create dal progresso<sup>2</sup>; dall'altro, allo stesso tempo, è anche il diritto ad utilizzare l'evoluzione tecnologica per il perseguimento dei propri fini<sup>3</sup>.

---

\* Articolo sottoposto a referaggio.

<sup>1</sup> La rilevanza dell'avvento delle nuove tecnologie che connotano l'attuale contesto socioeconomico ha portato alla definizione della nostra epoca quale oggetto della cd. quarta rivoluzione industriale, secondo K. SCHWAB, P. PYKA, *Die Vierte Industrielle Revolution*, München, 2016, richiamato da A. LALLI, *Il sapere e la professionalità dell'amministrazione pubblica nell'era dei big data e dell'intelligenza artificiale*, relazione al Convegno AIPDA 2019 in <http://www.diritto-amministrativo.org/index.php?page=44>. Tale rivoluzione si riferisce, in particolar modo, alla circostanza per la quale tutti gli ambiti della vita sociale ed economica sono influenzati, direttamente o indirettamente, dalle nuove tecnologie digitali che, con l'avvento e la diffusione di Internet, hanno determinato nuove modalità di comunicazione ed elaborazione dei dati ed una costante interconnessione della popolazione. Anche l'Unione Europea vede gli sviluppi dell'intelligenza artificiale quale elemento chiave nella strategia della Commissione per la digitalizzazione dell'industria (COM (2016) 180) e nella nuova strategia di politica industriale dell'UE (COM (2017) 479).

<sup>2</sup> Il diritto è, infatti, una scienza sociale e, come tale, risente delle grandi direttrici di cambiamento della società. Si pensi alla crescente sensibilità maturata in ambito ecologico che ha portato ad un ripensamento del diritto ambientale, ad esempio.

<sup>3</sup> È evidente, allora, che il diritto – e non solo quello amministrativo – risente della trasformazione in essere della società contemporanea derivante dallo sviluppo dell'informatica e dell'intelligenza artificiale. Lo stesso Codice dell'Amministrazione Digitale, introdotto con il d.lgs. n. 82/2005 e successivamente riformato e integrato prima con il d.lgs. n. 179/2016 e poi con il d. lgs. n. 217 /2017, ha la finalità di riunire e organizzare tutte le norme riguardanti

Ed è proprio quest'ultima ipotesi che offre la possibilità di riconoscere le implicazioni per l'azione amministrativa derivanti dall'utilizzo delle nuove tecnologie algoritmiche in grado di sostituirsi, in tutto o in parte, all'attività umana per la gestione dei procedimenti amministrativi - che, però, ad eccezione di alcuni ambiti settoriali<sup>4</sup>, non ha trovato una diffusa applicazione.

L'algoritmo, unità di funzionamento dei *software*, tramite apposita programmazione - a mezzo dei cosiddetti codici sorgente -, è in grado di elaborare i dati inseriti (*inputs*), trasformandoli (e rendendoli, così, *outputs*). Un algoritmo può essere definito come un insieme preciso di istruzioni o regole, o come una serie metodica di passaggi che possono essere utilizzati per fare calcoli, risolvere problemi e prendere decisioni.<sup>5</sup> L'algoritmo, dunque, consiste nella traduzione in termini matematici di processi, che matematici non sono, tramite una sequenza ordinata di operazioni di calcolo.<sup>6</sup>

Nonostante gli interessi pubblici e, quindi, le attribuzioni delle pubbliche amministrazioni, rimangano sostanzialmente gli stessi, l'influenza della nuova rivoluzione tecnologica e la comparsa di nuove tecnologie determina un nuovo paradigma di pubblica amministrazione che ne colpisce le classiche modalità d'azione, e più rilevanti, come il procedimento amministrativo. Potenzialmente, dunque, si potrebbe assistere ad un vero e proprio punto di svolta nell'evoluzione del settore pubblico: perché, per la prima volta, si potrebbe avviare un percorso di digitalizzazione (tramite gestione di dati e documenti, e non solo) finalizzato ad automatizzare il processo decisionale applicando l'intelligenza artificiale a vaste aree di attività.

L'utilizzo delle nuove tecnologie nel mondo del diritto amministrativo ha una rilevanza globale e le singole esperienze nazionali, influenzate da una maggiore o minore propensione culturale a convivere

---

l'informatizzazione della pubblica amministrazione nei rapporti con i cittadini e le imprese e di promuovere e rendere effettivi i diritti di cittadinanza digitale.

<sup>4</sup> A mero titolo esemplificativo e senza alcuna pretesa di esaustività: aste elettroniche, procedure di assegnazione del personale docente, gestione telematica della conferenza di servizi, identità digitale, rilevazione di infrazioni al Codice della Strada.

<sup>5</sup> Le tre caratteristiche dell'algoritmo sono state individuate nella capacità di risolvere sempre il problema che viene posto, di risolverlo in modo univoco ed in un numero finito di passaggi. Sarebbero, dunque, queste le caratteristiche dell'automazione giuridica: la definizione univoca e predeterminata di tutti i casi presentati. Così M. G. LOSANO, *Corso di informatica giuridica*, Milano, Unicopli, 1983, Vol. 1, p. 321.

<sup>6</sup> L'utilizzo di sistemi algoritmici di ragionamento e calcolo automatico costituisce una forma di intelligenza artificiale piuttosto semplice: la cd. automazione. In questi termini, L. VIOLA, *Attività amministrativa e intelligenza artificiale*, in *Cyberspazio e diritto*, n. 1-2/2019, p. 78. In tema di intelligenza artificiale, infatti, si è soliti distinguere tra debole (*weak AI*) e forte (*strong AI*) in ragione del fatto che la prima opera nel campo dell'elaborazione di base delle informazioni secondo le azioni comandate dal suo programmatore, ossia la semplice esecuzione di ordini prestabiliti (ad esempio, le assistenti vocali degli *smartphone*). La possibilità di prendere decisioni autonome, invece, qualificerebbe la macchina come *strong AI*.

con lo sviluppo della tecnica<sup>7</sup>, offrono risposte diverse e mostrano una differente permeabilità al fenomeno in questione<sup>8</sup>.

L'attuale evoluzione tecnologica, e le possibilità che offre, unitamente alla grande disponibilità di dati<sup>9</sup> e le tecniche di corretta utilizzazione<sup>10</sup>, concretizzano interessanti prospettive evolutive di possibili applicazioni dei sistemi di intelligenza artificiale anche per la pubblica amministrazione.<sup>11</sup>

Grazie alle richiamate evoluzioni scientifico-tecnologiche in tema di intelligenza artificiale, si deve osservare quello il cd. passaggio alla fase del “computer-funzionario”<sup>12</sup> nella quale sulla digitalizzazione del procedimento amministrativo si viene ad innestare l'utilizzo di strumenti informatici idonei a determinare anche il contenuto dell'atto amministrativo, e non più solamente ad influenzarne la forma<sup>13</sup>. In tal senso, allora, ben si può affermare che l'automatizzazione del provvedimento, e, necessariamente, del procedimento, rappresenta una terza fase del processo evolutivo dell'attività amministrativa: dalla

---

<sup>7</sup> L'intuizione è di A. LALLI, *Il sapere e la professionalità dell'amministrazione pubblica nell'era dei big data e dell'intelligenza artificiale*, relazione al Convegno AIPDA 2019, p. 18, in <http://www.diritto-amministrativo.org/index.php?page=44>.

<sup>8</sup> In tale panorama, l'Italia si caratterizza per un bassissimo indice di digitalizzazione dell'economia e della società (Indice DESI) che la trova al 25° posto in Europa. Corollario di ciò, è un'inevitabile scarsa propensione all'accoglimento delle nuove spinte tecnologiche offerte. Fonte: [https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc\\_id=59975](https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=59975).

<sup>9</sup> I dati e la loro *governance* sono “l'ossigeno dell'automazione e la base stessa per l'applicazione dei sistemi di Intelligenza Artificiale” poiché rappresentano il mezzo attraverso il quale l'algoritmo apprende e interagisce con il suo ambiente. L'espressione in corsivo è di D. U. GALETTA, J. G. CORVALÁN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto, in federalismi.it*, n. 3/2019, p. 12. La raccolta di dati e informazioni è da sempre utilizzata per una miglior gestione e conoscenza, già gli Egizi o i Romani utilizzavano i dati per consolidare il proprio dominio; attualmente, l'avvento di Internet e la raccolta delle “tracce digitali” che ciascuno di noi vi lascia, unitamente alle inimmaginabili capacità di calcolo ed estrazione, hanno contribuito alla formazione dell'epoca dei “big data”. Sul tema, P. SAVONA, *Administrative Decision-Making after the Big Data Revolution*, in *Federalismi.it*, n. 19/2018, p. 2 e ss.

Occorre osservare anche che i dati e le informazioni crescono ad una velocità vertiginosa tale da creare un ambiente saturo di dati, in tal senso D.U. GALETTA, *La pubblica amministrazione nell'era delle ICT: sportello digitale unico e intelligenza artificiale al servizio della trasparenza e dei cittadini?*, in *Cyberspazio e diritto*, 3/2018, p. 327 riporta alcuni dati in tema di aumento del volume delle informazioni disponibili. Si pensi alla possibilità di acquisire informazioni su un numero indefinito ed elevatissimo di persone e situazioni attingendo alle fonti più disparate, sotto molteplici formati con una velocità di acquisizione ed elaborazione in tempo reale, (navigazione su *Internet*, utilizzo dei social network, posta elettronica, mappatura dei movimenti attraverso la geolocalizzazione).

<sup>10</sup> Senza adeguata tecnologia, infatti, l'acquisizione di grandi quantità di dati – inintelligibili alla conoscenza umana – rimarrebbe fine a se stessa e priva di qualsiasi utilità pratica e, quindi, di rilevanza economica.

<sup>11</sup> Invero già applicati da parte delle *administrative agencies* americane, sul punto: C. COGLIANESE, D. LEHR, *Regulating by Robot: Administrative Decision Making in the Machine-Learning Era*, in *The Georgetown Law Journal Online*, 2017 (vol. 105/5), p. 1147; P. SAVONA, *op. ult. cit.*, p. 10 ss.

<sup>12</sup> Espressione di A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, Napoli, Jovene, 1993, p. 13 e ID. *Atto amministrativo informatico*, in *Encicl. dir.*, Milano, Giuffrè, 1997, vol. I, 221, § 1 che cita, al proposito, J. FRAYSSINET, *La bureaucratie: l'administration française face à l'informatique*, Paris, Berger-Levrault, 1981, 15; la definizione francese di *bureaucratie*, riferita ai “*procedimenti di automazione del lavoro d'ufficio (bureau), ... (e) definit(a) come la produzione, la riproduzione, il trattamento e la comunicazione di informazioni testuali o numeriche, che abbiano un supporto scritto, vocale o visivo, necessarie alla amministrazione ed alla gestione delle unità di produzione dei beni e dei servizi?*” è stata tradotta in burotica (poi divenuta teletburotica per i processi importanti anche l'impiego delle telecomunicazioni) da V. FROSINI, *Telematica e informatica giuridica*, in *Encicl. dir.*, Milano, Giuffrè, 1992, vol. XLIV, 60, § 3.

<sup>13</sup> Si consolida l'atto amministrativo in forma elettronica la cui sola redazione, quale contenitore, avviene mediante l'utilizzo di strumenti informatici. In tal senso, dunque, vengono superate le originarie diffidenze circa la possibilità di riconoscere la validità giuridica del documento amministrativo informatico, connesse, soprattutto, all'imputabilità ed all'integrità del documento così redatto.

digitalizzazione del provvedimento e dalla teleamministrazione<sup>14</sup> si approda all'automatizzazione dell'attività amministrativa<sup>15</sup>.

## **2. Il quadro normativo degli algoritmi quale strumento di automatizzazione dell'azione amministrativa**

Individuati in termini generali i possibili sviluppi del rapporto tra tecnologia e diritto, occorre soffermarsi sulla risposta del legislatore e le concrete modalità con cui le nuove tecnologie dell'informatica e dell'intelligenza artificiale vengono utilizzate nelle attività giuridiche, non quali strumenti di supporto all'azione amministrativa, ma, appunto, in un nuovo ruolo "attivo" di automatizzazione e sostituzione dell'attività umana.<sup>16</sup>

Le applicazioni della tecnologia, infatti, possono essere distinte in documentarie e metadocumentarie.<sup>17</sup> Le prime riguardano il fenomeno, già richiamato, dell'applicazione delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (ICT) nell'attività amministrativa in tema di forma degli atti amministrativi, organizzazione dei dati quali derivanti dall'utilizzo di computer e della telematica. Quanto alle applicazioni metadocumentarie, invece, ci si riferisce al passaggio, già segnalato dalla dottrina, alla fase del "computer-funzionario"<sup>18</sup> nella quale le tecnologie vengono utilizzate per la riproduzione automatica di processi mentali nell'attività amministrativa. Il modello metadocumentario, dunque, non fa riferimento all'utilizzo di strumenti informatici per l'esercizio delle funzioni amministrative secondo modalità tradizionali, ma a fenomeni di standardizzazione e spersonalizzazione dei processi decisionali nei quali la tecnologia informatica non viene usata per la redazione dell'atto o la sua conservazione o trasmissione, bensì per la determinazione del contenuto mediante l'esecuzione di operazioni logiche.

---

<sup>14</sup> L'utilizzo della telematica nella realtà amministrativa ha reso possibile la circolazione *online* dei documenti amministrativi elettronici, garantendo un'interconnessione perenne con il cittadino e con le altre pubbliche amministrazioni, costituendo una vera e propria rivoluzione nella rivoluzione" (A. MASUCCI, *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 4).

<sup>15</sup> Nella quale si perviene ad una decisione amministrativa automatizzata. Con tale definizione si identificano tutti quegli atti amministrativi il cui contenuto viene determinato mediante l'utilizzo di *software* o algoritmi che sostituiscono l'attività umana.

<sup>16</sup> Secondo quella che è stata definita la '*transformative vision*' dell'utilizzazione delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (ICT) nel settore pubblico: M. VEALE-I. BRASS, *Administration by Algorithm?*, in K. YEUNG-M. LODGE (ed.), *Algorithmic Regulation*, Oxford, 2019, p. 121 ss.

<sup>17</sup> La distinzione è di M. D'ANGELOSANTE, *La consistenza del modello dell'amministrazione 'invisibile' nell'età della tecnificazione: dalla formazione delle decisioni alla responsabilità per le decisioni*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA (a cura di), *La tecnificazione*, vol. IV, Firenze, 2017, pp. 156-157.

<sup>18</sup> L'espressione è di A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, Napoli, Jovene, 1993, p. 13 e ID. *Atto amministrativo informatico*, in *Encicl. dir.*, Milano, Giuffrè, 1997, vol. I, 221, § 1.

In passato gli sviluppi tecnologici hanno già modificato, come visto, l'attività amministrativa, le relazioni con i privati<sup>19</sup> e le forme di esercizio del potere pubblico.

Nel nostro ordinamento, l'utilizzo della tecnologia nell'azione amministrativa, finalizzato all'automatizzazione della stessa, sconta, a differenza di altre esperienze giuridiche estere, una sostanziale carenza normativa<sup>20</sup>, nonostante la crescente attenzione (e, in alcuni casi, preoccupazione) sociale ed accademica per il crescente utilizzo di algoritmi nelle decisioni pubbliche.

Il legislatore, infatti, si è concentrato principalmente sull'influenza dei precedenti sviluppi tecnologici che hanno portato ad un processo di informatizzazione e digitalizzazione dell'azione amministrativa<sup>21</sup> senza affrontare la possibilità di una sua, totale o parziale, automatizzazione.

Se si escludono gli interventi puntuali e disomogenei contenuti in singole disposizioni normative, il primo testo organico in materia di innovazione tecnologica nella pubblica amministrazione<sup>22</sup>, della quale l'automatizzazione ne costituisce il prodotto naturale<sup>23</sup>, deve individuarsi nel d.lgs. n. 82/2005 – il Codice dell'Amministrazione Digitale<sup>24</sup>, deputato a disciplinare l'intera materia, pur non costituendone l'approdo definitivo.

---

<sup>19</sup> Si pensi all'utilizzazione di cd. *chatbot* in grado di rispondere a domande preimpostate ed indirizzare, in questo modo, l'utente.

<sup>20</sup> Nonostante, comunque, già con la l. n. 241/1990, si fa riferimento alla rappresentazione elettromagnetica del documento amministrativo, non può riconoscersi alcun impulso alla trasformazione dell'azione amministrativa nella direzione dell'informatizzazione.

<sup>21</sup> Gli sviluppi tecnologici, infatti, hanno già modificato, come visto, in precedenza, le forme dell'attività amministrativa, le relazioni con i privati e le modalità di esercizio del potere pubblico. Si veda, ad esempio, il risalente d.lgs. n. 39/1993 con il quale si prevede che gli atti amministrativi siano predisposti tramite i sistemi informativi automatizzati (art. 3, comma 1), ossia l'elaborazione documentale dell'atto amministrativo mediante *computer*.

<sup>22</sup> Occorre, tuttavia, ricordare che la prima disposizione di carattere generale in tema di automazione e "dematerializzazione" dell'attività amministrativa è l'art. 3 d.lgs. n. 39/1993 "*Norme in materia di sistemi informativi automatizzati delle amministrazioni pubbliche, a norma dell'art. 2, comma 1, lettera mm, della legge 23 ottobre 1992, n. 421*". Fra queste norme di partenza ed il CAD digitale si inseriscono: la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 13 dicembre 1999, n. 1999/93/CE, relativa ad un quadro comunitario per le firme elettroniche; il Testo Unico di cui al d.P.R. n. 445/2000, che recepisce il d.P.R. n. 513/1997; ed ancora, le modifiche al testo unico operate dal d.lgs. n. 10/2002, di attuazione della direttiva del 1999, e poi dal d.P.R. n.137/2003. Successivamente, si muove dalla l. n. 223/2009 il cui art. 10 contiene rilevanti deleghe relative al documento informatico, alle firme elettroniche, ai servizi resi in via telematica, al procedimento amministrativo ed all'accesso alle banche dati. Sulla base di tali deleghe è stato emanato il CAD.

<sup>23</sup> Nel senso che l'utilizzo della telematica, e, quindi, la digitalizzazione della p.A. in senso lato, costituiscono un principio generale, *ex art. 3bis* l. n. 241/1990, volto al miglioramento dell'azione amministrativa; sempre in tale direzione, dunque, si muovono le tendenze all'automatizzazione. Né il processo di digitalizzazione può limitarsi alla mera informatizzazione degli atti. Come si vedrà, infatti, l'utilizzo di tecnologie volte all'automatizzazione del procedimento amministrativo viene accolto con entusiasmo dalla giurisprudenza e ricondotto quale applicazione concreta ed attuale dell'art. 97 Cost. poiché suscettibile di implementare le tecniche di buon andamento attraverso cui la P.A. opera secondo i criteri di efficienza, efficacia ed economicità. Secondo A. MASUCCI, *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 81, l'automatizzazione dell'attività amministrativa rappresenterebbe "*la conclusione naturale*" dell'evoluzione tecnologica e giuridica che sta caratterizzando l'organizzazione amministrativa di molti Paesi.

<sup>24</sup> Sebbene sia stato costantemente oggetto di modifiche ed integrazioni normative, da ultimo ad opera della l. n. 124/2015 (legge Madia). Il Codice viene, proprio per questi motivi, viene individuato quale esempio del paradosso della "nave di Teseo", raccontato da Plutarco. La metafora è di D. MARONGIU, *Mutamenti dell'amministrazione digitale. Riflessioni*



Il riconoscimento e l'incentivo all'utilizzo delle tecnologie in capo alla p.A. si ha, invece, nel precedente art. 3bis della l. n. 241/1990 – introdotto con la l. n. 15/2005 di riforma.

In generale, dunque, si ha un quadro normativo nel quale l'utilizzo della telematica, e, quindi, la digitalizzazione della p.A. in senso lato, costituiscono un principio dell'azione amministrativa, ex art. 3bis l. n. 241/1990, volto al miglioramento della stessa, e sempre in tale direzione, dunque, devono muovere le tendenze all'automatizzazione. Come si vedrà, infatti, l'utilizzo di tecnologie volte all'automatizzazione del procedimento amministrativo viene accolto dalla giurisprudenza e ricondotto quale applicazione concreta ed attuale dell'art. 97 Cost. poiché suscettibile di implementare le tecniche di buon andamento attraverso cui la p.A. opera secondo i criteri di efficienza, efficacia ed economicità.

In un contesto di generale attenzione verso la digitalizzazione dell'azione amministrativa, rinnovato a seguito della codificazione del principio del *digital first*<sup>25</sup> da estendere anche all'organizzazione dell'amministrazione, il passaggio all'automatizzazione stenta ancora a trovare un'adeguata cornice normativa, nonostante, come si vedrà, non manchino esempi di decisioni amministrative automatizzate. Non vi è, infatti, alcun riferimento specifico, all'interno del CAD, all'uso di tecnologie (*software*, algoritmi ed intelligenza artificiale) ai fini di una successiva automatizzazione dell'attività amministrativa.

In un contesto normativo, come visto, ancora da delineare, si segnala, sul piano delle forme di disciplina non vincolanti di cd. *soft law* o, meglio, di *pre-law*<sup>26</sup>, la presentazione da parte dell'Agenzia per l'Italia Digitale (AgID)<sup>27</sup> di un Libro Bianco sull'intelligenza artificiale al servizio del Cittadino<sup>28</sup> con interessanti riferimenti e possibili risvolti in tema di automatizzazione dell'attività amministrativa con l'utilizzo dell'intelligenza artificiale nel miglioramento dei servizi pubblici e del rapporto tra pubblica amministrazione e cittadini.<sup>29</sup>

Sul tema ha già avuto modo di pronunciarsi la giurisprudenza amministrativa, peraltro in maniera non sempre uniforme: la questione da piena evidenza del fatto che l'automatizzazione della decisione amministrativa non sia un fenomeno che riguarda solamente l'amministrazione ma, al contrario, è

---

*a posteriori*, in D. MARONGIU, I. MARTÌN DELGADO, *Diritto amministrativo e innovazione. Scritti in ricordo di Luis Ortega*, Esi, Napoli, 2016, p. 30.

<sup>25</sup> Per un'analisi del principio nel contesto di riferimento, si rinvia a G. PESCE, *Digital first*, Napoli, ESI, 2018, pp. 49 ss.

<sup>26</sup> All'interno del più ampio concetto di *soft law* è possibile individuare negli strumenti preparatori di atti giuridici vincolanti - Libri bianchi, Libri verdi programmi di azioni, comunicazioni istituzionali –forme di *pre law*.

<sup>27</sup> Istituita con il d.l. n. 83/2012 con lo scopo, tra gli altri, di dare attuazione agli obiettivi dell'Agenda digitale italiana per la promozione e la diffusione delle tecnologie digitali nel Paese.

<sup>28</sup> Con riferimento ai contenuti, il Libro Bianco offre una completa ricostruzione dello stato dell'arte dei servizi digitali in Italia, ed illustra poi, più nello specifico, l'attuale stadio di sviluppo dell'intelligenza artificiale, i principali ambiti del suo impiego, nonché le prospettive aperte dal ricorso a tali strumenti da parte delle pubbliche amministrazioni. In <https://ia.italia.it/assets/librobianco.pdf>.

<sup>29</sup> Per un'analisi puntuale del documento si rinvia a M. TRESCA, *I primi passi verso l'Intelligenza Artificiale al servizio del cittadino: brevi note sul Libro Bianco dell'Agenzia per l'Italia digitale* in *Medialaws - Rivista di diritto dei media*, n. 3/2018.

destinata ad impattare anche con l'esercizio del potere giurisdizionale, dovendo il Giudice valutarne la legittimità.<sup>30</sup>

## 2.1. In Europa e nel mondo

L'analisi del fenomeno che si intende osservare non può limitarsi al solo piano interno ma deve necessariamente osservare le modalità con cui viene – se viene - disciplinato negli altri ordinamenti giuridici nei quali, in generale, si può osservare una maggior attenzione per l'utilizzazione delle tecnologie dell'informatica e dell'intelligenza artificiale. Nonostante ciò, comunque, la reazione dell'ordinamento giuridico europeo si è limitata all'enunciazione di principi generali senza prevedere adeguate garanzie per la protezione dei cittadini innanzi all'automatizzazione delle decisioni pubbliche.<sup>31</sup>

È solamente nel Regolamento europeo n. 2016/679 (GDPR)<sup>32</sup> che viene osservato il fenomeno dell'automatizzazione delle decisioni (anche) amministrative. In tal senso, infatti, l'articolo 22 introduce il diritto a che l'interessato non venga sottoposto – e, quindi, il relativo diritto ad opporsi<sup>33</sup> - ad una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato dei dati - compresa la profilazione<sup>34</sup> - che

---

<sup>30</sup> La presente affermazione riposa sulle pronunce che si sono alternate nel corso degli ultimi anni sul tema, con posizioni non sempre coincidenti. Se ne darà atto nel corso dell'elaborato con riferimento alle singole questioni controverse. La questione da piena evidenza del fatto che l'automatizzazione della decisione amministrativa non sia un fenomeno che riguarda solamente l'amministrazione ma, al contrario, è destinata ad impattare anche sull'esercizio del potere giurisdizionale, chiamato a valutarne la legittimità ed a dotarsi di tutti gli strumenti necessari per una piena conoscenza. Singolare, sul punto, una recentissima pronuncia del TAR Lazio, Sez. II ter, 27/1/2020, sent. n. 1077, dove, in tema di tassazione delle nuove monete digitali (nel caso si trattava di *Bitcoin*) nel respingere il ricorso il TAR ha liquidato le spese, in una cifra piuttosto elevata, ponendole a carico del ricorrente soccombente, “*nella misura che tiene conto ... dello sforzo difensivo che è stato richiesto all'Avvocatura*”. Un precedente interessante – e preoccupante per i professionisti del libero foro - per le nuove frontiere del diritto amministrativo.

<sup>31</sup> I principali interventi dell'Unione Europea sul tema, senza pretesa di esaustività, si possono individuare nell'emanazione di linee guida in materia di intelligenza artificiale e protezione dei dati (<https://rm.coe.int/guidelines-on-artificial-intelligence-and-data-protection/168091f9d8>), di orientamenti etici per un'intelligenza artificiale affidabile (<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai>) e di una Comunicazione della Commissione europea sull'intelligenza artificiale (COM(2018) 237 final “*Comunicazione della commissione comunicazione della commissione al parlamento europeo, al consiglio, al comitato economico e sociale europeo e al comitato delle regioni*” in <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2018/IT/COM-2018-237-F1-IT-MAIN-PART-1.PDF>).

<sup>32</sup> Come si vedrà, i sistemi, più o meno avanzati, di intelligenza artificiale necessitano di dati, anche personali. Proprio per questo motivo il richiamato Regolamento in materia di *privacy* pone particolare attenzione al trattamento automatizzato dei dati personali e, più in generale, al loro utilizzo. In tal senso, infatti, si afferma che “*la protezione delle persone fisiche dovrebbe applicarsi sia al trattamento automatizzato che al trattamento manuale dei dati personali*” (considerando 15).

<sup>33</sup> Da svilupparsi nelle modalità previste dall'art. 12.

<sup>34</sup> Sono trattamenti largamente diffusi, specialmente nel settore privato, ma che, come si vedrà, sono suscettibili di una vasta portata applicativa anche per le pubbliche amministrazioni. Le “*Linee guida sul processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche e sulla profilazione ai fini del regolamento 2016/679*” (WP251) evidenziano i rapporti tra la profilazione e le decisioni automatizzate: da una parte, infatti, le decisioni automatizzate possono essere prese ricorrendo o meno alla profilazione, la quale a sua volta può essere svolta senza che vengano prese decisioni automatizzate. Tuttavia, la profilazione e il processo decisionale automatizzato non sono necessariamente attività separate. Qualcosa che inizia come un semplice processo decisionale automatizzato potrebbe diventare un processo basato sulla profilazione, a seconda delle modalità di utilizzo dei dati. L'esempio riportato è quello di una multa per eccesso di velocità: decisione totalmente automatizzata ove comminata esclusivamente sulla base delle prove fornite dall'autovelox, senza necessità di



produca effetti giuridici<sup>35</sup> che lo riguardano o che incida allo stesso modo significativamente sulla sua persona.<sup>36</sup>

In tema, tuttavia, è necessario osservare come l'applicazione concreta di tale diritto incontri due ordini di limitazioni. Da un lato, infatti, lo stesso art. 22 ammette la possibilità di ricorrere a decisioni automatizzate qualora necessaria per la conclusione o l'esecuzione di un contratto tra l'interessato e un titolare del trattamento – ipotesi tipica dei rapporti privatistici; ovvero qualora autorizzata dal diritto dell'Unione o dello Stato membro – previa individuazione delle misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato ovvero qualora basata sul consenso esplicito dell'interessato. Ed ancora, poi, l'art. 23 ammette la possibilità di ricorrere a decisioni automatizzate, nel rispetto dell'essenza dei diritti e delle libertà fondamentali, qualora sia una misura necessaria e proporzionata per la salvaguardia dei numerosi interessi pubblici elencati<sup>37</sup>.

Come visto, dunque, si rendono, di fatto, sempre ammissibili i trattamenti automatizzati da parte di amministrazioni pubbliche<sup>38</sup>.

---

profilazione; si farebbe riferimento alla profilazione ove la multa fosse determinata in base alle personali abitudini di guida, già monitorate in precedenza, coinvolgendo altri fattori quali l'eventuale recidiva di eccesso di velocità o l'eventuale recente violazione di altre disposizioni del codice della strada.

<sup>35</sup> Il Regolamento non definisce i concetti di “giuridico” o “in modo analogo significativi”. Sul tema, però, nuovamente occorre fare riferimento alle citate linee guida WP251 secondo cui un “effetto giuridico” possa riferirsi a tutte quelle decisioni, basate unicamente su un trattamento automatico, che incidano sui diritti giuridici di una persona, quali la libertà di associarsi ad altre persone, di votare nel contesto di un'elezione o di intraprendere azioni legali ovvero che possano sullo *status* giuridico di una persona o sui suoi diritti ai sensi di un contratto. Quanto agli “effetti analoghi”, invece, si deve ritenere che il Regolamento faccia riferimento all'impatto significativo delle decisioni automatizzate che, pur non coinvolgendo diritti umani, colpiscano significativamente altri interessi: le linee guida riportano, ad esempio, decisioni che negano a una persona un'opportunità di impiego o pongono tale persona in una posizione di notevole svantaggio.

<sup>36</sup> Si veda anche il considerando 71, in base al quale “l'interessato dovrebbe avere il diritto di 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. Tale trattamento comprende la «profilazione», che consiste in una forma di trattamento automatizzato dei dati personali che valuta aspetti personali concernenti una persona fisica, in particolare al fine di analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze o gli interessi personali, l'affidabilità o il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti dell'interessato, ove ciò produca effetti giuridici che lo riguardano o incida in modo analogo significativamente sulla sua persona”. Disposizioni analoghe erano già contenute all'art. 15 della dir. 95/46/CE, recepito dall'art. 14 del d.lgs. 196/2003.

<sup>37</sup> Quali a) la sicurezza nazionale; b) la difesa; c) la sicurezza pubblica; d) la prevenzione, l'indagine, l'accertamento e il perseguimento di reati o l'esecuzione di sanzioni penali, incluse la salvaguardia contro e la prevenzione di minacce alla sicurezza pubblica; e) altri importanti obiettivi di interesse pubblico generale dell'Unione o di uno Stato membro, in particolare un rilevante interesse economico o finanziario dell'Unione o di uno Stato membro, anche in materia monetaria, di bilancio e tributaria, di sanità pubblica e sicurezza sociale; f) la salvaguardia dell'indipendenza della magistratura e dei procedimenti giudiziari; g) le attività volte a prevenire, indagare, accertare e perseguire violazioni della deontologia delle professioni regolamentate; h) una funzione di controllo, d'ispezione o di regolamentazione connessa, anche occasionalmente, all'esercizio di pubblici poteri nei casi di cui alle lettere da a), a e) e g); i) la tutela dell'interessato o dei diritti e delle libertà altrui; j) l'esecuzione delle azioni civili.

<sup>38</sup> In tal senso, D.U. GALETTA, J. G. CORVALÁN, *cit.*, p. 17, secondo cui “i trattamenti automatizzati da parte di amministrazioni pubbliche sono ammissibili sempre: purché siano basati su specifiche previsioni normative (principio di legalità) e purché rispettino il principio

Le richiamate disposizioni normative, dunque, vietano l'adozione di decisioni prese senza il coinvolgimento di un essere umano che possa influenzare e/o modificare il risultato cui perviene l'algoritmo: in tal senso, infatti, deve intendersi l'utilizzo della parola "unicamente" nel dettato normativo, così manifestando la volontà di escludere un sistema decisionale puramente automatizzato ma, allo stesso tempo, ammettendo un sistema di supporto decisionale in cui il decisore finale sia ancora un essere umano il cui apporto non risulti essere meramente formale.<sup>39</sup>

Come efficacemente osservato<sup>40</sup>, le richiamate disposizioni europee vengono spesso individuate, in assenza di concrete alternative normative, quale parametro di legittimità dell'attività amministrativa automatizzata, nonostante non siano state introdotte per il riconoscimento di garanzie e tutele per i cittadini nei confronti del corretto esercizio di poteri pubblici con algoritmi e programmi automatizzati quanto piuttosto per l'individuazione delle sole garanzie dell'individuo a non essere sottoposto a forme decisionali, pubbliche ma specialmente private, automatizzate, a meno che non ricorrano determinate condizioni<sup>41</sup>.

Dalla Spagna, invece, proviene una delle prime definizioni a carattere normativo di attività amministrativa automatizzata in Europa.<sup>42</sup> Nell'allegato di definizioni alla Ley 11/2007 l'attività amministrativa automatizzata (*actuación administrativa automatizada*) viene definita quale attività amministrativa prodotta da un sistema di informazione adeguatamente programmato senza necessità di intervento umano in ogni singolo caso e si riferisce alla produzione di qualsiasi atto amministrativo (sia endoprocedimentale, sia

---

*di proporzionalità, inteso nei termini classici di idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto del trattamento rispetto alla tutela dell'interesse pubblico in concreto perseguito dal titolare del trattamento".*

Con riferimento al secondo comma, lett. b, dell'art. 22, A. BOIX PALOP, *Los algoritmos son reglamentos: la necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la administración para la adopción de decisiones*, in *Teoría y Método. Revista de Derecho Público*, n. 1/2020, p. 28, osserva che tale disposizione consente a qualsiasi previsione normativa che autorizzi processi decisionali automatizzati di derogare alla disciplina in materia di protezione dei dati personali, senza la preventiva necessità di ottenere il consenso degli interessati, ad esempio.

<sup>39</sup> Venendo così a determinare il "principio di non esclusività della decisione algoritmica" in base al quale, come osservato, è necessario che la macchina interagisca con l'essere umano per produrre il suo risultato. G. PESCE, *Il Consiglio di Stato ed il vizio della opacità dell'algoritmo tra diritto interno e diritto sovranazionale*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2020, p. 9, ricorda come tale modello sia utilizzato in ambito matematico ed informatico e definito quale HITL (*human in the loop*). Secondo l'A., ancora, il richiamo al principio di non esclusività risentirebbe, innegabilmente, dell'influenza dei riferimenti etici che devono governare l'impiego della IA nel settore pubblico. Sul punto, allora, pare di interesse ricordare che, nelle sue comunicazioni del 25 aprile 2018 e del 7 dicembre 2018, la Commissione europea ha definito la sua visione a sostegno di un'intelligenza artificiale che "*etica, sicura e all'avanguardia realizzata in Europa*". Ed ancora, nello "*Statement on Artificial Intelligence, Robotics and 'Autonomous' Systems*" presentato alla Commissione dall'*European Group on Ethics in Science and New Technologies* in [http://ec.europa.eu/research/age/pdf/age\\_ai\\_statement\\_2018.pdf](http://ec.europa.eu/research/age/pdf/age_ai_statement_2018.pdf), sono individuati nove "*principi etici e requisiti pre-democratici*" che dovrebbero fornire una guida futura per legislatori, regolatori e giudici: dignità umana; autonomia; responsabilità; giustizia, equità e solidarietà; democrazia; "*rule of law and accountability*"; sicurezza, integrità fisica e mentale; protezione dei dati e privacy; sostenibilità.

<sup>40</sup> A. BOIX PALOP, *op. ult. cit.*

<sup>41</sup> S. CIVITARESE MATTEUCCI, "*Umano troppo umano*". *Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in *Diritto pubblico*, n. 1/2019, p. 23.

<sup>42</sup> Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos. In <https://boe.es/buscar/pdf/2007/BOE-A-2007-12352-consolidado.pdf>.

provvedimentale, sia le mere comunicazioni)<sup>43,44</sup> Anche se tale disposizione normativa risulta abrogata a seguito dell'entrata in vigore della Ley 39/2015 sul procedimento amministrativo “*Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*” e della Ley 40/2014, “*de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP)*”<sup>45</sup>. La Costituzione spagnola contiene al suo interno una disposizione, considerabile quale prima formalizzazione del principio di precauzione in materia, con la quale si prevede la limitazione dell'utilizzo dell'informatica (e delle tecnologie tutte) al fine di garantire il pieno esercizio dei diritti dei cittadini.<sup>46</sup>

In Germania, invece, da un lato si ammette la possibilità che un atto amministrativo sia emanato interamente in via automatica qualora previsto dalla legge ma, dall'altro, si vieta l'utilizzo di questi algoritmi per adottare decisioni amministrative a contenuto discrezionale che possano ledere diritti individuali.<sup>47</sup>

Da ultimo, si segnala l'interessante caso dell'Argentina, primo paese dell'America Latina<sup>48</sup> a riconoscere ed incentivare l'utilizzazione dell'intelligenza artificiale nel settore pubblico quale strumento per automatizzare il maggior numero possibile di decisioni.<sup>49</sup>

---

<sup>43</sup> *Actuación administrativa automatizada: Actuación administrativa producida por un sistema de información adecuadamente programado sin necesidad de intervención de una persona física en cada caso singular. Incluye la producción de actos de trámite o resolutorios de procedimientos, así como de meros actos de comunicación.*

<sup>44</sup> Per un commento alla norma richiamata si rinvia a I. MARTÍN DELGADO, *L'amministrazione digitale come nuovo modello di amministrazione* in D. MARONGIU, I. MARTÍN DELGADO, *op. ult. cit.*, p. 60.

<sup>45</sup> Il cui art. 41, comma 2, così prevede che “*En caso de actuación administrativa automatizada deberá establecerse previamente el órgano u órganos competentes, según los casos, para la definición de las especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad y, en su caso, auditoría del sistema de información y de su código fuente. Asimismo, se indicará el órgano que debe ser considerado responsable a efectos de impugnación*”.

<sup>46</sup> Il riferimento è all'art. 18.4 CE “*La ley limitará el uso de la informática para garantizar .... el pleno ejercicio de (los) derechos (de los ciudadanos)*”. Considerato quale contraltare dello sviluppo tecnologico: il legislatore spagnolo dovrà limitarlo nella misura in cui sarà necessario ad una protezione adeguata dei diritti dei cittadini di fronte al potere pubblico. Così A. BOIX PALOP, *op. ult. cit.* L'A. sottolinea poi come l'interpretazione del testo costituzionale porti a presupporre una concezione di rischio per i diritti derivante dallo sviluppo tecnologico, per il quale si rende necessaria la costante presenza delle dovute garanzie giuridiche.

<sup>47</sup> In particolare, §35A della *Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG)*, “*Un atto amministrativo può essere emanato interamente con mezzi automatici, a condizione che ciò sia consentito dalla legge e che non vi sia discrezione.*”

<sup>48</sup> Cfr. J. ORTIZ FREULER, C. IGLESIAS, *Algoritmos e Inteligencia Artificial en Latin América: Un Estudio de implementaciones por parte de Gobiernos en Argentina y Uruguay*, World Wide Web Foundation, 2018, in [http://webfoundation.org/docs/2018/09/WF\\_AI-in-LA\\_Report\\_Spanish\\_Screen\\_AW.pdf](http://webfoundation.org/docs/2018/09/WF_AI-in-LA_Report_Spanish_Screen_AW.pdf) richiamato da D.U. GALETTA, J. G. CORVALÁN, *op. ult. cit.*, p. 4

<sup>49</sup> Decreto n. 733/2018 del Ministero della modernizzazione (*Ministerio de Modernización*) - di recente istituzione - nel quale si fa riferimento alla necessità di ridurre la lunghezza e la complessità delle procedure attraverso il supporto digitale e di fare dunque applicazione, a questo scopo, anche dell'intelligenza artificiale quale strumento per automatizzare il maggior numero di decisioni pubbliche. *Amplius* in D.U. GALETTA, J. G. CORVALÁN, *op. ult. cit.*, p. 5.

### 3. Inquadramento giuridico degli algoritmi nell'attività amministrativa

Il programma, o *software*, contiene al suo interno le istruzioni formali da applicare al caso concreto per giungere all'elaborazione del contenuto dell'azione amministrativa ed alla successiva adozione dell'atto.<sup>50</sup>

Algoritmi e *software* costituiscono un complesso di regole ed istruzioni da eseguire in futuro al ricorrere di determinate condizioni mediante le quali si stabilisce *ex ante* la regolazione di casi futuri non attuali.

Nelle scienze informatiche, infatti, il programma è rappresentato quale l'insieme ordinato in sequenza di tutte le regole precise inequivoche, analitiche, generali ed astratte, la cui applicazione porta al risultato perseguito.<sup>51</sup> In disparte il tema del funzionamento di *software* e programmi e delle difficoltà connesse alla traduzione del linguaggio giuridico in un linguaggio comprensibile dallo strumento utilizzato.<sup>52</sup>

In disparte anche il tema dell'inquadramento sistematico dell'automatizzazione dell'azione amministrativa, e, quindi, il ricorso agli algoritmi, nelle modalità classiche nelle quali si esplica l'azione amministrativa.<sup>53</sup>

La questione sulla quale ci si intende soffermare è, invece, di natura prettamente giuridica ed attiene all'individuazione della natura di tali programmi.

Innanzitutto, occorre chiarire come il *software*, composto da algoritmi, viene qui in rilievo poiché rappresenta la modalità con la quale si giunge alla definizione del contenuto della futura manifestazione di volontà dell'amministrazione. Il rilievo della volontà dell'amministrazione non va osservato in senso naturalistico o psicologico bensì quale volontà procedimentale, estrinsecazione della volontà dell'autorità orientata secondo i fini individuati dalla legge.<sup>54</sup> Tali *software* e programmi, lungi dal manifestare una loro propria volontà autonoma e distinta, rappresentano la volontà dell'amministrazione che l'ha

---

<sup>50</sup> L'elaborazione elettronica è, infatti, generalmente affidata a un apposito *software*, ossia a un programma informatico specifico. Il software è, quindi, l'espressione di un insieme organizzato e strutturato di istruzioni contenute in qualsiasi forma o supporto capace direttamente o indirettamente di fare eseguire o fare ottenere una funzione, un compito o un risultato particolare per mezzo di un sistema di elaborazione elettronica dell'informazione.

<sup>51</sup> A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico*, Jovene, Napoli, 1993, p. 48, che richiama in nota R. BORRUSO, *Computer e diritto*, Giuffrè, Milano, 1988, Vol. I, p. 183.

<sup>52</sup> Affinché un programma informatico possa essere in grado di sostituirsi all'attività giuridica amministrativa è necessario che il software, basato su algoritmi di calcolo, sia formulato secondo le disposizioni normative applicabili. Il linguaggio degli algoritmi, però, è di tipo matematico mentre le norme giuridiche sono, invece, formulate in un linguaggio naturale. Sarà necessaria, allora, un'operazione interpretativa a carattere linguistico che consenta la convergenza tra regola algoritmica e disposizioni normative: la regola giuridica andrà algoritmizzata e il linguaggio giuridico normalizzato, le espressioni e le relazioni logico-sintattiche del testo giuridico dovranno essere riformulate e tradotte in maniera univoca, precisa e determinata. In tema A. MASUCCI, *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 82 ma anche L. NIVARRA, *Come "normalizzare" il linguaggio legale*, in *Contratto e impresa*, 1987, p. 262.

<sup>53</sup> Sul versante dell'attività amministrativa a carattere organizzativo è scontato affermare che il crescente sviluppo dell'informatica e delle tecnologie abbia determinato una rimodulazione del lavoro, sia manuale sia burocratico: in tal senso, però, si intende osservare gli effetti del fenomeno dell'automatizzazione dell'azione amministrativa, invero del tutto *in fieri* e dagli esiti incerti, sulla tradizionale organizzazione amministrativa, quale organizzazione di uomini e mezzi in vista del perseguimento del determinato interesse pubblico alla cui cura è preposta l'amministrazione.

<sup>54</sup> La lettura della volontà dell'atto amministrativo è di M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1988, Vol. 2, pp. 677 ss.

programmata,<sup>55</sup> secondo il brocardo *causa causae est causa causati*: le caratteristiche dell'automazione consistono proprio nella definizione univoca e predeterminata di tutti i casi presentati. Definizione che viene affidata ad algoritmi e *software* che, per loro natura, devono essere univoci e predeterminati: gli elaboratori, infatti, non possono, almeno per ora, eseguire operazioni non previste in fase di programmazione.<sup>56</sup>

Programmare algoritmi e *software*, allora, equivale a valutare e determinare, anzi, *predeterminare*, il contenuto della futura manifestazione dell'attività amministrativa.<sup>57</sup>

Programmare algoritmi e *software*, allora, diventa un'anticipazione dell'esercizio del potere amministrativo la cui attività provvedimentale ne costituisce il prodotto finale.

Controversa, allo stato, la questione circa la natura giuridica degli atti di programmazione di algoritmi e *software*.

L'interrogativo di fondo è se tale attività possa avere o meno dignità giuridica. A tale questione la risposta deve essere necessariamente positiva in quanto l'algoritmo, come osservato, contribuisce a determinare la volontà dell'amministrazione e, dunque, la capacità di incidere sulla sfera giuridica soggettiva dei soggetti privati. Nell'analisi che si intende effettuare si osserva l'algoritmo, infatti, quale trasposizione in un atto giuridico rilevante nei confronti di terzi ed imputabile all'Amministrazione.

Anche senza voler riconoscere la dignità di "atto giuridico"<sup>58</sup> all'algoritmo, lo stesso, essendo comunque rilevante per la produzione di effetti giuridici determinati, sarà, comunque, astrattamente qualificabile in termini di "fatto giuridico".

### 3.1. La tesi organizzativa

Una prima tesi, avente carattere organizzativo, intende attribuire validità giuridica meramente interna all'amministrazione agli algoritmi: la decisione di ricorrere a tali strumenti sarebbe, dunque, un mero

---

<sup>55</sup> Con la scelta del programma, ancora, l'amministrazione se ne assume la responsabilità, così A. MASUCCI, *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie*, cit., p. 85. Per il dibattito in ordine all'imputabilità dell'atto automatizzato alla p.A. si rinvia a A. MASUCCI, *ibidem*, p. 95. In tema anche L. VIOLA, *Attività amministrativa e intelligenza artificiale*, in *Cyberspazio e diritto*, n. 1-2/2019, p. 86.

<sup>56</sup> Nonostante, comunque, le tendenze evolutive in materia di algoritmi, quale unità minima dell'intelligenza artificiale, mirano alla costruzione di sistemi dotati di capacità di auto-apprendimento, il cd. *deep learning*, per il quale il software si caratterizza per la difficoltà, se non a tratti impossibilità, di conoscerne il funzionamento. Lo schema di tali elaboratori prevede, infatti, la continua creazione di infinite combinazioni di schemi logici, altrimenti detti *pattern*, che sfugge alla conoscibilità umana.

<sup>57</sup> Nel diritto civile la questione della possibilità che la manifestazione di volontà potesse avvenire mediante *software* e computer è stata pacificamente ammessa già da F. PARISI, *Il contratto concluso mediante computer*, Padova, Cedam, 1987. Nel diritto amministrativo la questione è sicuramente differente e necessita di alcune precisazioni.

<sup>58</sup> Nel quale rilevano la volontarietà e la consapevolezza del comportamento. Nonostante tutte le peculiarità del diritto amministrativo e dell'atto amministrativo, in tema D. SORACE, *Atto amministrativo*, in *Enc. Giur. Diritto*, Milano, Giuffrè, Ann. VII, 2014.



modulo organizzativo della pubblica amministrazione, inidoneo a generare situazioni giuridiche soggettive in capo a terzi.<sup>59</sup> La decisione di utilizzare algoritmi, dunque, deve essere qualificata alla stregua di un modulo organizzativo in grado di rideterminare il funzionamento degli uffici e le competenze dei funzionari amministrativi e che si sviluppi lungo due dimensioni: da un lato, facilitando le relazioni con la cittadinanza – cd. attività *front office* - e, dall'altro, rimodulando lo svolgimento delle attività burocratiche procedurali – cd. attività *back office*.<sup>60</sup>

La tesi organizzativa è sicuramente valida ma non è in grado di coprire tutte le possibili ipotesi in quanto l'automatizzazione dell'azione amministrativa si rivela per essere, anche, e non solo, una questione organizzativa in ragione del fatto che gli algoritmi, alla base del *software* utilizzato, determinano essi stessi, per loro natura, la decisione amministrativa che produrrà effetti in capo a terzi, i quali vanteranno, innegabilmente, una situazione giuridica soggettiva nei confronti dell'Amministrazione.

E', infatti, incompleta l'affermazione per la quale l'utilizzo di algoritmi deve essere qualificato alla stregua di un modulo organizzativo interno della pubblica amministrazione: l'algoritmo potrebbe avere una rilevanza anche nel rapporto giuridico amministrativo con i soggetti interessati dall'azione amministrativa.<sup>61</sup>

La tesi organizzativa dell'algoritmo pare validamente applicabile solo ed esclusivamente a tutte quelle fattispecie nelle quali non si determinano effetti giuridici nella sfera di terzi, l'esempio che si può proporre è quello del sistema di protocollazione e gestione dei flussi documentali<sup>62</sup>. La protocollazione consiste nella registrazione di tutti i documenti in entrata o in uscita mediante la cd. segnatura di protocollo, ossia l'apposizione sull'originale del documento, in forma permanente non modificabile, delle informazioni minime riguardanti il documento stesso<sup>63</sup>.

---

<sup>59</sup> In giurisprudenza: T.A.R. Lazio-Roma, Sez. III bis, 22/3/2017, n. 3769 e Consiglio di Stato, Sez. VI, 13/12/2019, n. 8472 che inquadra il ricorso all'algoritmo “*in termini di modulo organizzativo, di strumento procedimentale ed istruttorio*” (§10).

<sup>60</sup> Così, ad esempio, per quanto riguarda il back office si può osservare come l'amministrazione procedente, grazie alle ICT, può disporre di una base conoscitiva di dati fino a pochi anni or sono inimmaginabile attraverso banche dati condivise, interoperabili e consultabili con modalità telematica (art. 50 CAD). Sotto altro profilo, l'implementazione del sistema pubblico di connettività (che assicura l'interoperabilità tra i sistemi informativi delle pubbliche amministrazioni), la sopravvenuta obbligatorietà dell'uso della posta elettronica per la trasmissione di documenti tra pubbliche amministrazioni (con la previsione della responsabilità disciplinare e dirigenziale per l'inosservanza del relativo obbligo ex art. 47 CAD), la prefigurazione di politiche in materia di formazione informatica dei dipendenti pubblici (art. 13 CAD) sono solo alcune delle misure che delineano un passaggio graduale verso un'amministrazione che si affida sempre più pienamente alle tecnologie dell'informazione e della comunicazione per l'assolvimento dei propri compiti.

<sup>61</sup> Per la teoria del rapporto giuridico amministrativo, si veda M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2019, p. 112 ss.

<sup>62</sup> Quali “*l'insieme delle attività finalizzate alla registrazione e segnatura di protocollo, nonché alla classificazione, organizzazione, assegnazione, reperimento e conservazione dei documenti amministrativi formati o acquisiti dalle amministrazioni, nell'ambito del sistema di classificazione d'archivio adottato, effettuate mediante sistemi informatici*” (art. 1, comma 1, lett. u), d.lgs. n. 82/2005 (ora abrogato per effetto dell'entrata in vigore D. Lgs. 26/08/2016, n. 179).

<sup>63</sup> Quali il progressivo di protocollo; la data di protocollo; l'identificazione in forma sintetica dell'amministrazione o dell'area organizzativa. Non si può, peraltro, escludere a priori la possibilità che il *software* possa essere implementato nel



L'attività di protocollazione, strumentale rispetto all'attività amministrativa in senso proprio, non per questo meno meritevole di attenzione, costituendo pur sempre un atto giuridicamente rilevante proveniente da una pubblica amministrazione – pur non essendo il risultato di attività procedimentale. L'attività di protocollazione, ancora, rappresenta una delle prime forme di automatizzazione dell'attività amministrativa: nonostante non si faccia ricorso a tecnologie particolarmente avanzate, tuttavia, il sistema di protocollazione e gestione dei flussi documentali delle pubbliche amministrazioni non prevede alcun intervento umano poiché la segnatura di protocollo viene effettuata dal sistema in unica soluzione, con esclusione di interventi intermedi, anche indiretti, da parte dell'operatore<sup>64</sup>.

Diversamente, però, nei casi in cui l'utilizzo di algoritmi si inserisca in un contesto procedimentale che determini la produzione di effetti giuridici nei confronti di terzi<sup>65</sup>, la qualificazione dell'algoritmo quale modulo organizzativo non pare esaustiva in ragione del fatto che la peculiarità del ricorso all'elaborazione elettronica risiede nella circostanza in base alla quale gli algoritmi porta alla definizione del contenuto dell'atto amministrativo.

In conclusione, dunque, la tesi dell'algoritmo quale modulo organizzativo è valida in tutti quei casi in cui l'elaborazione elettronica non incida sul contenuto finale dell'atto ma si risolva in una mera sostituzione del lavoro manuale (come, appunto, nel caso del sistema di protocollazione); diversamente, in tutti quei casi in cui l'elaborazione elettronica incida sul contenuto finale dell'atto, la qualificazione in termini di modulo organizzativo, pur valida, non è idonea. E' valida perché la decisione di fare ricorso ad algoritmi e *software* decisione si sostanzia, in realtà, esclusivamente nella metodologia prescelta dall'amministrazione ai fini dell'articolazione e dello svolgimento del procedimento amministrativo, che si presenta alternativa rispetto a quella tradizionale della materiale acquisizione al procedimento caso per caso di tutti gli elementi decisivi ai fini dell'assunzione della decisione finale e, pertanto, la decisione al riguardo dell'amministrazione assume essenzialmente una valenza di tipo organizzativo dell'attività amministrativa stessa. È inidonea perché gli algoritmi e i *software* utilizzati determinano, totalmente o parzialmente, il contenuto dell'atto amministrativo e sostituiscono, in tutto o in parte, il procedimento amministrativo. La qualificazione in termini di modulo organizzativo sarebbe lesiva delle posizioni di tutela innanzi all'esercizio del potere pubblico. In tal senso, allora il ricorso all'algoritmo è correttamente inquadrato in

---

senso di prevedere informazioni aggiuntive (calcolo delle scadenze, individuazione del responsabile del procedimento, individuazione di documenti collegati, ecc.). In tal senso, A. MASUCCI, *Il documento amministrativo informatico*, in G. ARENA, M. BOMBARDELLI, M.P. GUERRA, A. MASUCCI, *La documentazione amministrativa*, Rimini, Maggioli, 2001, p. 225.

<sup>64</sup> Portando di fatto ad una rimodulazione dell'organizzazione amministrativa per effetto dell'eliminazione dei registri cartacei e della diminuzione degli uffici protocollo e facendo, per contro, nascere la figura del responsabile della conservazione *ex art. 44 CAD*, per lo svolgimento delle funzioni elencate dall'art. 7 del DPCM del 3 dicembre 2013.

<sup>65</sup> Come nel caso di cui alla nota sentenza n. 2270/2019 del Consiglio di Stato in tema di gestione della procedura di mobilità dei docenti della scuola secondaria ovvero per la gestione di procedure concorsuali pubbliche ovvero per la valutazione delle offerte presentate nelle procedure ad evidenza pubblica.

termini di modulo organizzativo, ma allo stesso tempo anche quale strumento procedimentale ed istruttorio, soggetto alle verifiche tipiche di ogni procedimento amministrativo, il quale resta il *modus operandi* della scelta autoritativa, da svolgersi sulla scorta della legislazione attributiva del potere e delle finalità dalla stessa attribuite all'organo pubblico, titolare del potere.<sup>66</sup>

### 3.2. La tesi dinamica: l'algoritmo quale procedimento

La tesi che trova ampio riscontro<sup>67</sup> è quella per la quale l'algoritmo sarebbe suscettibile di racchiudere in sé l'intera fase procedimentale.

In effetti, come più volte osservato l'algoritmo è un sistema informatico in grado di elaborare i dati ricevuti (*inputs*) in base a delle regole predeterminate (*istruzioni*) al fine di rendere il risultato finale (*outputs*). Già da questa semplicistica affermazione è possibile individuare la stretta correlazione tra algoritmi (quale minima unità di calcolo necessaria per l'automatizzazione) e procedimento: in entrambi i casi si ha che i dati forniti (dal privato con apposita istanza per l'autorizzazione alla realizzazione di un intervento edilizio - *inputs*) vengono confrontati con una regola generale (giuridica, quale le condizioni per il rilascio del titolo - *istruzioni*) ed infine elaborati con riferimento alla decisione da adottare (accoglimento o rigetto - *outputs*). In entrambi i casi, allora, si transita da una situazione statica (*inputs* – potere attribuito) ad altra situazione statica (*outputs* – effetto prodotto dall'atto).<sup>68</sup>

L'algoritmo, accedendo alla tesi prospettata, sostituirebbe un'ordinaria sequenza procedimentale amministrativa, gestendola in modo automatico.

Tale tesi per quanto trovi ampio conforto in giurisprudenza presta il fianco ad alcune critiche minori, facilmente superabili.

La prima di queste viene sollevata da parte della giurisprudenza<sup>69</sup> che ritiene limite della tesi la strutturale carenza di rispetto delle guarentigie procedurali per il fatto che “*un algoritmo, quantunque, preimpostato in guisa da tener conto di posizioni personali, di titoli e punteggi, giammai può assicurare la salvaguardia delle guarentigie procedurali che gli artt. 2, 6,7,8,9,10 della legge 7.8.1990 n. 241 hanno apprestato*”.

La seconda critica che si potrebbe sollevare, meno efficace della prima, riguarda l'impossibilità che l'algoritmo riesca, allo stato attuale, ad assorbire l'intero procedimento.

---

<sup>66</sup> A sostegno della tesi qui esposta e sulla necessità che il ricorso agli algoritmi sia sottoposto alle verifiche tipiche di ogni procedimento amministrativo – fermo restando la rilevanza organizzativa dello stesso – si vedano Consiglio di Stato, sez. VI, 13/12/2019, n. 8472 e Consiglio di Stato, Sez. VI, 4/2/2020, sent. n. 881.

<sup>67</sup> TAR Lazio, Roma, sez. IIIbis, 21/03/2017, n. 3742; TAR Lazio, Roma, sez. IIIbis, 22/03/2017, n. 3769; TAR Lazio, Roma, sez. IIIbis, 09/07/2019, n. 9066; TAR Lazio, Roma, sez. IIIbis, 13/09/2019, n. 10964; TAR Lazio, Roma, sez. IIIbis, 13/09/2019, n. 10963; Consiglio di Stato, Sez. VI, 4/2/2020, sent. n. 881.

<sup>68</sup> Nel senso che il procedimento faccia da tramite tra due situazioni statiche, E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2019, p. 382.

<sup>69</sup> TAR Lazio, Roma, Sez. IIIbis, sentt. n. 9924/2018, n. 6606/2019 e n. 10964/2019.

Il procedimento amministrativo è, come noto, costituito da una serie collegata di atti e di operazioni posti in essere da una o più amministrazioni, culminanti in un provvedimento e strutturalmente e funzionalmente collegati dall'obiettivo avuto di mira, e perciò coordinati nella forma procedimentale.

Il procedimento prende avvio dalla fase dell'iniziativa nel quale l'impulso procedimentale trova forma.<sup>70</sup> Tale fase, però, allo stato attuale, non è suscettibile di automatizzazione algoritmica. Nel caso in cui l'avvio dell'attività procedimentale avvenga su impulso del privato pare difficile, allo stato, individuare un utilizzo della tecnologia diverso dalla telematica<sup>71</sup>. Questo si deve in ragione del fatto che non è possibile automatizzare tale fase poiché l'esigenza di provvedere – e, quindi, di attivare il procedimento amministrativo – indica un bisogno del singolo o della collettività<sup>72</sup> che, allo stato, non è suscettibile di algoritmizzazione.<sup>73</sup>

Analogo discorso con riferimento all'iniziativa d'ufficio. Sul punto, però, si osserva come le uniche fattispecie nelle quali, effettivamente, si possa automatizzare la stessa fase dell'iniziativa potrebbero osservarsi nel caso dell'attività amministrativa di tipo sanzionatorio tramite l'irrogazione automatica di sanzioni amministrative. Ma anche in tal caso, a ben vedere, vi è sempre un impulso che non è suscettibile di automazione: l'installazione, ad esempio, di un autovelox, espressione di irrogazione automatica di sanzioni amministrative, è solo l'ultima di una serie procedimentale normativamente regolata che vede il coinvolgimento di diversi centri d'imputazione<sup>74</sup>.

La tesi procedimentale, dunque, deve essere rivista nel senso che l'algoritmo gestisce in modo automatico e per mezzo di un complesso sistema informatico, non già l'intero procedimento, bensì solamente

---

<sup>70</sup> Secondo la distinzione tra avvio del procedimento d'ufficio ovvero ad istanza di parte.

<sup>71</sup> Intesa quale diritto del privato a comunicare con i pubblici poteri per via telematica ai sensi dall'art. 3, 1 comma, CAD; ne costituisce concreta applicazione, ad esempio, l'art. 25 del d.lgs. n.59/2010 con il quale si assicura l'espletamento in via telematica di tutte le procedure necessarie per poter svolgere le attività di servizi attraverso lo sportello unico per le attività produttive (SUAP). Garantire la possibilità di presentare istanze *online* e cosa ben diversa dalla sua automatizzazione anche se la predisposizione di istanze *online* con moduli prestabiliti (*ex art. 57 CAD*) consente l'estrazione dei soli dati rilevanti ai fini del procedimento e favorisce l'automatizzazione dell'elaborazione della pratica.

<sup>72</sup> E, quindi, il privato che voglia aprire un'attività commerciale *ha bisogno* di un provvedimento amministrativo che lo autorizzi; una p.A. che intenda realizzare un'opera pubblica su un terreno privato *ha bisogno* di attivare un procedimento amministrativo in tal senso.

<sup>73</sup> Ci si intende contraddire immediatamente riportando alla mente i fenomeni di profilazione realizzati dalle imprese commerciali che operano su Internet che, mediante l'utilizzo dei precedenti dati di navigazione *online*, intercettano i nostri bisogni, le tendenze di consumo e le nostre preferenze e suggeriscono proposte d'acquisto mirate ovvero le stesse pubblicità ci vengono proposte sulla base delle precedenti ricerche *online*. L'evoluzione tecnologica, dunque, è in grado di intercettare i nostri bisogni ma, allo stato, la decisione ultima rimane, comunque, umana, nonostante si manifestino in dottrina preoccupazioni in tal senso. Si veda, A. CELOTTO, *Il difficile bilanciamento fra scienza, etica e diritto*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, n. 1/2019, p. 49 per il quale “*Il nostro io digitale influenzerà sempre di più l'io reale*”.

<sup>74</sup> Tra cui l'articolo 4 del d.l. n. 121/2002, convertito con modificazioni dalla legge n. 168/2002, secondo cui il “*prefetto, sentiti gli organi di polizia stradale competenti per territorio e su conforme parere degli enti proprietari, individua le strade, diverse dalle autostrade o dalle strade extraurbane principali, di cui al comma 1, ovvero singoli tratti di esse, tenendo conto del tasso di incidentalità, delle condizioni strutturali, plano-altimetriche e di traffico per le quali non è possibile il fermo di un veicolo senza recare pregiudizio alla sicurezza della circolazione, alla fluidità del traffico o all'incolumità degli agenti operanti e dei soggetti controllati*”.

determinate fasi di questo (istruttoria e decisoria). Gli atti endoprocedimentali di acquisizione dei dati necessari ai fini della relativa istruttoria, nonché lo stesso atto finale del procedimento, confluiscono e si esauriscono nel solo funzionamento dell'algoritmo-procedimento.

In senso palesemente contrario all'ammissibilità della tesi procedimentale si segnalano alcuni interessanti precedenti giurisprudenziali per i quali in caso di utilizzazione di algoritmi non vi sarebbe *“una vera e propria attività amministrativa”*<sup>75</sup> in ragione del fatto che *“alcuna complicatezza o ampiezza, in termini di numero di soggetti coinvolti ed ambiti territoriali interessati, di una procedura amministrativa, può legittimare la sua devoluzione ad un meccanismo informatico o matematico del tutto impersonale e orfano di capacità valutazionali delle singole fattispecie concrete, tipiche invece della tradizionale e garantistica istruttoria procedimentale che deve informare l'attività amministrativa, specie ove sfociante in atti provvedimenti incisivi di posizioni giuridiche soggettive di soggetti privati e di conseguenziali ovvie ricadute anche sugli apparati e gli assetti della pubblica amministrazione.”*<sup>76</sup>

L'utilizzo di algoritmi, dunque, non garantirebbe il rispetto delle minime guarentigie procedimentali<sup>77</sup> e, per l'effetto, il ricorso a tali strumenti di automatizzazione dell'azione amministrativa risulterebbe sempre e comunque illegittimo.

La richiamata giurisprudenza, in effetti, coglie nel segno dell'individuazione dei profili di maggior criticità sui quali si alimenta il dibattito circa l'ammissibilità o meno dell'automatizzazione dell'azione amministrativa.

Occorre, in tal senso, valutare se i problemi che si presentano dalle applicazioni concrete dell'intelligenza artificiale, e delle nuove tecnologie in generale, per quanto rivoluzionarie siano e per quanto necessitino di adattamenti delle categorie classiche, possano essere risolti ricorrendo ai tradizionali strumenti del diritto

<sup>75</sup> TAR Lazio, Sez. IIIbis, 13/9/2019, sent. n. 10964.

<sup>76</sup> TAR Lazio, Sez. IIIbis, 10/9/2018, sent. n. 9224, tesi poi ripresa dalla giurisprudenza della sezione, tra cui anche TAR Lazio, Sez. IIIbis, 27/5/2019, sent. n. 6607, sent. n. 6606. In senso decisamente opposto si muove, invece, il Consiglio di Stato che, invece, riconosce validità giuridica all'algoritmo, esaltandone gli effetti positivi sui principi tipici dell'azione amministrativa, pur nella necessità che siano rispettati i canoni amministrativi tradizionali: il riconoscere o meno all'algoritmo piena valenza giuridica e amministrativa, anche se declinata mediante una formula matematica, impone necessariamente l'applicazione tanto dei principi generali dell'attività amministrativa quanto delle garanzie procedimentali che ne costituiscono applicazione concreta (Consiglio di Stato, Sez. VI, sent. 8/4/2019, n. 2270; Consiglio di Stato, Sez. VI, sent. 13/12/2019, n. 8472, Consiglio di Stato, Sez. VI, 4/2/2020, sent. n. 881).

<sup>77</sup> La richiamata giurisprudenza sostiene l'impossibilità che *“un algoritmo, quantunque, preimpostato in guisa da tener conto di posizioni personali, di titoli e punteggi, giammai può assicurare la salvaguardia delle guarentigie procedimentali che gli artt. 2, 6,7,8,9,10 della legge 7.8.1990 n. 241 hanno apprestato, tra l'altro in recepimento di un inveterato percorso giurisprudenziale e dottrinario.... gli istituti di partecipazione, di trasparenza e di accesso, in sintesi, di relazione del privato con i pubblici poteri non possono essere legittimamente mortificati e compressi soppiantando l'attività umana con quella impersonale, che poi non è attività, ossia prodotto delle azioni dell'uomo, che può essere svolta in applicazione di regole o procedure informatiche o matematiche. A essere inoltre vulnerato non è solo il canone di trasparenza e di partecipazione procedimentale, ma anche l'obbligo di motivazione delle decisioni amministrative, con il risultato di una frustrazione anche delle correlate garanzie processuali che declinano sul versante del diritto di azione e difesa in giudizio di cui all'art. 24 Cost., diritto che risulta compromesso tutte le volte in cui l'assenza della motivazione non permette inizialmente all'interessato e successivamente, su impulso di questi, al Giudice, di percepire l'iter logico – giuridico seguito dall'amministrazione per giungere ad un determinato approdo provvedimentale”*.

amministrativo, quali, appunto le garanzie procedurali nei confronti dell'esercizio del potere pubblico<sup>78</sup>.

Sia che si svolga mediante l'utilizzo di forme automatizzate, sia nelle forme tradizionali, l'esercizio del potere pubblico è, per sua natura, portato ad incidere sulle posizioni individuali dei singoli. Il cittadino incontra nella legalità procedimentale importanti garanzie di tutela di fronte alle decisioni pubbliche che lo riguardano. Ed allora, anche quando il potere si esplica mediante il ricorso a strutture algoritmiche, tali garanzie di tutela non potranno venir meno ma si dovranno proiettare nella stessa maniera e secondo gli stessi principi costituzionali che disciplinano l'azione pubblica "tradizionale". Le esigenze di tutela e garanzia del cittadino di conoscere gli atti che si riferiscono alla propria sfera giuridica e le loro conseguenze non possono essere modificate o, peggio, venir meno, al cambiare delle modalità con cui la pubblica amministrazione agisce.

La questione, dunque, deve essere inquadrata nel senso di riconoscere se e come l'automatizzazione amministrativa sia in grado di rispettare le garanzie procedurali.

Tuttavia, come efficacemente osservato<sup>79</sup>, non può, dunque, ritenersi applicabile in modo indiscriminato all'attività amministrativa algoritmica tutta la legge sul procedimento amministrativo, poiché concepita in un'epoca nella quale l'amministrazione non era investita dalla rivoluzione tecnologica in atto.

Le garanzie procedurali ben possono essere ricondotte ad unità nel più ampio concetto di partecipazione. È, infatti, partecipando al procedimento che il privato ha la concreta possibilità di conoscere dell'esercizio del potere e determinarne le risultanze in base alle proprie osservazioni. La partecipazione ha un contenuto molto vasto che, in un confronto dialettico con l'amministrazione<sup>80</sup>, prende le mosse dalla comunicazione di avvio del procedimento e si dipana per tutta la fase procedimentale<sup>81</sup>.

---

<sup>78</sup> Un procedimento amministrativo condotto in assenza di garanzie procedurali sarebbe in contrasto con i principi costituzionali e con l'art. 41 della Carta di Nizza il quale dispone la necessaria applicazione dei principi di trasparenza, partecipazione, motivazione e decisione tempestiva.

<sup>79</sup> Consiglio di Stato, Sez. VI, sent. 13/12/2019, n. 8472. In tale sentenza, si ritiene che la fondamentale esigenza di tutela posta dall'utilizzazione dello strumento informatico c.d. algoritmico sia la trasparenza nei termini riconducibili al principio di motivazione e/o giustificazione della decisione.

<sup>80</sup> Personificata nella figura del responsabile del procedimento (RUP), artt. 4, 5 e 6 della l. n. 241/1990. Sul quale graverebbe un ridimensionamento di ruolo e funzioni nel caso di automatizzazione dell'azione amministrativa. Si interroga in tal senso M. D'ANGELOSANTE, *op. ult. cit.*, p. 170-171; D. MARONGIU, *L'attività amministrativa automatizzata*, Maggioli, 2005, p. 130; secondo D. U. GALETTA, J. G. CORVALÁN *op. ult. cit.*, p. 19, la figura del responsabile del procedimento sarebbe insostituibile dall'algoritmo atteso che deve sempre essere garantita la supervisione dei risultati da parte di un "funzionario persona fisica" (richiamando in nota Tar Lazio, Roma, sez. III bis, 10/9/2018, sent. n. 9224).

<sup>81</sup> La partecipazione al procedimento, di cui il previo avviso costituisce il necessario presupposto, svolge dunque, nella sostanza, una funzione conoscitiva a vantaggio di ambedue le parti, pubblica e privata, atteso che consente all'interessato un'anticipata tutela delle proprie ragioni e permette all'Amministrazione di ridurre i margini di errori, nei quali potrebbe eventualmente incorrere adottando un provvedimento illegittimamente lesivo della sfera giuridica del suo destinatario.

I diritti riconosciuti a chi partecipa al procedimento amministrativo<sup>82</sup> consentono di prendere visione degli atti e di presentare memorie scritte e documenti. L'esigenza di un confronto dialettico con l'amministrazione viene già duramente ridimensionata dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato nel senso di evitare di "*risolversi in inutili aggravii procedurali*"<sup>83</sup>. L'automatizzazione dell'attività amministrativa – connotata per la sua rapidità e capacità di calcolo inimmaginabile – mal si concilia con l'adagio del confronto dialettico con gli interessati. Ma neppure è ammissibile l'elusione *sic et simpliciter* delle garanzie procedurali di visione ed ascolto.<sup>84</sup>

In effetti, qualora l'attività procedimentale si caratterizzasse dalla semplice immissione di dati in un elaboratore e successiva lettura degli stessi – come in alcuni casi avviene –, il momento partecipativo dovrà necessariamente anticiparsi alla fase di "elaborazione" della regola algoritmica posta alla base dell'automatizzazione ovvero ad una fase successiva dove la regola algoritmica, già elaborata, è stata anche applicata al caso di specie e l'amministrazione si trova in una fase di ponderazione degli interessi – in uno schema facilmente riconducibile all'art. 10*bis* della l. n. 241/1990<sup>85</sup>.

Nessuna delle due ipotesi prospettate pare felicemente percorribile.

Da un lato, infatti, la portata delle garanzie procedurali varia a seconda della qualificazione giuridica della regola algoritmica: si potrebbero ridurre sensibilmente nel caso in cui la si definisse quale atto amministrativo a contenuto generale, data la suscettibilità di applicazione ad una serie indeterminata di casi e soggetti.

---

<sup>82</sup> Sia perché destinatari della comunicazione di avvio del procedimento *ex art.* 7 l. n. 241/1990, sia perché intervenuti nel procedimento *ex art.* 9 l. n. 241/1990.

<sup>83</sup> Così, Consiglio di Stato, Sez. V, 15/07/2019, n. 4964.

<sup>84</sup> Non si affronterà il tema dell'esercizio del diritto di accesso degli interessati in quanto, a parere di chi scrive, è strettamente connesso al riconoscimento della natura di "atto amministrativo" al *software* utilizzato. I profili maggiormente dibattuti riguardano la tutela della proprietà intellettuale atteso che l'ideazione di un algoritmo ben può essere considerata quale opera dell'ingegno e, quindi, esclusa dal regime dell'accesso.

<sup>85</sup> L'invio del preavviso di diniego di cui all'art. 10*bis* della l. n. 241/1990 è posto a garanzia della partecipazione procedimentale, in vista di una possibile deflazione del contenzioso amministrativo, stante la possibilità per l'interessato d'orientare, nei congrui casi, il prosieguo dell'azione amministrativa, contribuendo a dirigerne gli esiti in senso conforme ai propri interessi.



Nella seconda delle ipotesi, invece, il privato si troverebbe a fronteggiare il prodotto di un elaboratore, connotato da “*un’aura di neutralità*”<sup>86</sup> tale da attribuirgli una valenza di infallibilità, che ne renderebbe di fatto impossibile un ripensamento ulteriore.<sup>87</sup>

La difficoltà di coniugare le garanzie procedurali con le istanze di efficacia ed efficienza<sup>88</sup>, proprie dell’automatizzazione dell’azione amministrativa, non deve portare ad un inutile rifiuto della tendenza evolutiva in atto.<sup>89</sup>

Una soluzione in tal senso potrebbe provenire dall’immediato esercizio del diritto di accesso, o, meglio ancora, dalla contestuale informazione, unitamente alla comunicazione sull’avvio del procedimento, circa le concrete modalità di funzionamento dell’algoritmo.

Quale conclusione della breve esposizione delle questioni concettuali proposta, sicuramente non esaustiva, si può osservare come, da un lato, si abbia l’esigenza, immutabile, di assicurare ai cittadini le garanzie idonee nei confronti del potere amministrativo custodite nella legge sul procedimento amministrativo; dall’altra, le sterminate possibilità applicative di un’automatizzazione dell’azione amministrativa, anche ricorrendo ad intelligenza artificiale, impongono un ripensamento delle storiche garanzie procedurali, la cui rigida e meccanica applicazione, comunque, potrebbe risultare inidonea agli scopi di tutela.

### 3.3. La tesi statica: l’algoritmo quale atto amministrativo

Con un primo atto a carattere generale l’amministrazione cristallizza la propria decisione di ricorrere all’utilizzo di *software* e algoritmi nell’ordinario svolgimento dell’attività procedimentale per la determinazione del contenuto di futuri provvedimenti amministrativi. Si tratta di un atto amministrativo generale propedeutico all’emanazione dei singoli provvedimenti amministrativi prodotti dall’algoritmo in

---

<sup>86</sup> La definizione è di origine pretoria, Consiglio di Stato, n. 13/12/2019, n. 8472. Si veda, però, il *caveat* del Consiglio di Stato, Sez. VI, 4/2/2020, sent. n. 881: “*le decisioni prese dall’algoritmo assumono così un’aura di neutralità, frutto di asettici calcoli razionali basati su dati ... l’impiego di tali strumenti comporta in realtà una serie di scelte e di assunzioni tutt’altro che neutre: l’adozione di modelli predittivi e di criteri in base ai quali i dati sono raccolti, selezionati, sistematizzati, ordinati e messi insieme, la loro interpretazione e la conseguente formulazione di giudizi sono tutte operazioni frutto di precise scelte e di valori, consapevoli o inconsapevoli; da ciò ne consegue che tali strumenti sono chiamati ad operare una serie di scelte, le quali dipendono in gran parte dai criteri utilizzati e dai dati di riferimento utilizzati, in merito ai quali è apparso spesso difficile ottenere la necessaria trasparenza.*”

<sup>87</sup> Ed in tal caso assumerebbero rilievo anche le problematiche connesse all’opacità del funzionamento degli elaboratori, ossia il suo atteggiarsi quale cd. *scatola nera* (*black box*) di cui si ignora il funzionamento.

<sup>88</sup> Osserva A. NATALINI, *Sistemi informativi e procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 2/1999, p. 449 che nonostante l’acquisizione di dati ed informazioni possa comportare una spesa elevata, risulta comunque economicamente vantaggiosa in quanto consentirebbe di raggiungere migliori risultati.

<sup>89</sup> Sul tema, ancora, potrebbe osservarsi l’applicabilità del principio di non aggravamento (*ex art. 1, comma 2, l. n. 241/1990*) applicato dalla giurisprudenza unitamente all’art. 21 *octies*, comma 2, nel senso di evitare inutili, e sterili, aggravii procedurali, secondo il principio di dequotazione dei vizi formali in base al quale il mancato rispetto delle regole sull’azione amministrativa, ove non influente sul risultato sostanziale, sia ininfluente sotto il profilo della legittimità del provvedimento, e, quindi, della sua annullabilità.

una serie indeterminata di casi e destinatari. In tale fase si dovranno indicare le regole tecniche da seguire durante la progettazione dell'algoritmo. In questo modo l'amministrazione manifesta la propria volontà e determina il funzionamento dello stesso algoritmo, preparando il linguaggio giuridico alla sua normalizzazione, epurando il tenore letterale delle norme da possibili profili di incertezza ed equivocità normativa.<sup>90</sup>

A questa fase iniziale seguirà, necessariamente, una fase tecnica nella quale l'algoritmo viene realizzato dall'amministrazione stessa o da soggetti terzi<sup>91</sup>: è la fase in cui prendono forma i codici sorgente<sup>92</sup> e la volontà dell'amministrazione, che, tuttavia, è già stata espressa, prende forma.

A tale fase segue lo svolgimento di un procedimento amministrativo nel quale, però, l'elaborazione dei dati viene affidata all'algoritmo programmato in precedenza: l'atto amministrativo che ne segue è, appunto, definito quale atto amministrativo ad elaborazione elettronica. Il provvedimento amministrativo finale realizza la volontà che l'amministrazione ha espresso nelle precedenti fasi.

Questa breve digressione è utile per introdurre la tesi per la quale l'algoritmo è assimilabile ad un ordinario atto amministrativo.

Nonostante la carenza definitoria di atto amministrativo nel nostro ordinamento<sup>93</sup>, il risultato dell'attività di programmazione (e, quindi, l'algoritmo e il *software* che ne deriva) pare rientrare nel novero degli atti

---

<sup>90</sup> Affinché un programma informatico possa essere in grado di sostituirsi all'attività giuridica amministrativa è necessario che il software, basato su algoritmi di calcolo, sia formulato secondo le disposizioni normative applicabili. Il linguaggio degli algoritmi, però, è di tipo matematico mentre le norme giuridiche sono, invece, formulate in un linguaggio naturale. Sarà necessaria, allora, un'operazione interpretativa a carattere linguistico che consenta la convergenza tra regola algoritmica e disposizioni normative: la regola giuridica andrà algoritmizzata e il linguaggio giuridico normalizzato, le espressioni e le relazioni logico-sintattiche del testo giuridico dovranno essere riformulate e tradotte in maniera univoca, precisa e determinata. In tema A. MASUCCI, *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 82 ma anche L. NIVARRA, *Come "normalizzare" il linguaggio legale*, in *Contratto e impresa*, 1987, p. 262.

<sup>91</sup> In tema si richiama Consiglio di Stato, 2/1/2020, n. 30, nel senso di qualificare l'ideatore dell'algoritmo – nel caso oggetto di istanza di accesso - come parte controinteressata, potendo questi, in caso di esibizione, vedere compromesso il diritto a mantenere segreta la regola tecnica in cui si sostanzia la propria creazione. *Amplius* in A. SOLA, *Accesso all'algoritmo, il programmatore va qualificato come controinteressato* in *Il Quotidiano del Sole 24 ORE Enti Locali & P.A.*, 23/1/2020.

<sup>92</sup> Con linguaggio o codice sorgente si intende il testo di un algoritmo di un programma scritto in un linguaggio ed in fase di programmazione e compreso all'interno di un file sorgente. Il codice sorgente scritto dovrà essere opportunamente elaborato per arrivare a un programma eseguibile dal processore ponendosi dunque come punto di partenza ("sorgente") dell'intero processo che porta all'esecuzione del programma stesso da parte dell'*hardware* della macchina, e che può includere altre fasi come precompilazione, compilazione, interpretazione, caricamento e *linking* (a seconda del tipo di linguaggio di programmazione utilizzato) per concludersi con l'installazione. La scrittura del codice sorgente presuppone la risoluzione (a monte o di pari passo) del problema iniziale da risolvere e automatizzare sotto forma di algoritmo risolutivo (eventualmente ricorrendo ad un diagramma di flusso o ad uno pseudolinguaggio), di cui la fase di scrittura del codice rappresenta la fase implementativa (programmazione) ad opera di un programmatore tramite un editor di testo (spesso compreso all'interno di un ambiente di sviluppo integrato) rispettando lessico e sintassi del particolare linguaggio di programmazione scelto/utilizzato.

<sup>93</sup> Come noto, il diritto amministrativo non contiene alcuna norma che stabilisca quali siano gli elementi essenziali di un provvedimento amministrativo: l'art. 21<sup>septies</sup> l. n. 241/1990, infatti, si limita solamente a prevedere la nullità del provvedimento amministrativo privo degli elementi essenziali. Nel tentare di ricondurre ad unità tale previsione normativa, gli interpreti hanno operato un raffronto con la disciplina civilistica dell'art. 1418, comma 2, c.c., che prevede la nullità di contratti ed atti unilaterali nel caso in cui siano privi dei requisiti previsti dall'art. 1325 c.c.; parimenti nota la

amministrativi, intesi quali manifestazione di volontà, desiderio, giudizio o conoscenza proveniente da una pubblica amministrazione nell'esercizio di una potestà amministrativa<sup>94</sup> in quanto la decisione di ricorrere all'utilizzo di *software* e algoritmi nell'attività procedimentale, e la loro contestuale definizione, si collocherebbe, quanto meno *per relationem* ed assorbimento, nell'esercizio di una potestà amministrativa in grado, poi, di produrre in modo unilaterale effetti giuridici nel soggetto destinatario del provvedimento amministrativo che sarà emanato secondo le istruzioni fornite dall'amministrazione in fase di programmazione.

L'attività di programmazione, pare evidente, non produce effetti diretti nei confronti dei soggetti destinatari della successiva attività procedimentale, né il *software*, quale prodotto di tale fase di programmazione, potrà essere autonomamente impugnabile innanzi al Giudice amministrativo.

Sulla base di tali brevi premesse si ritiene di dover escludere *software* e algoritmi dai provvedimenti amministrativi<sup>95</sup>. Non per questo motivo, però, si può affermare l'irrelevanza giuridica sia dell'attività amministrativa<sup>96</sup> di programmazione sia dei prodotti di tale attività<sup>97</sup>.

Non può mettersi in dubbio che l'attività di programmazione sia riconducibile ad un procedimento, non potendosi ridurre ad un semplice passaggio burocratico.

La tesi statica vede ora l'alternarsi di due ipotesi in risposta alla questione controversa, anche per la stessa giurisprudenza: se tale attività di programmazione esaurisca in sé un procedimento amministrativo mediante l'individuazione di *software* e algoritmi ovvero formi parte di un più ampio procedimento amministrativo destinato a concludersi solamente con il provvedimento emanato sulla base dei *software* e degli algoritmi individuati.

Nel primo caso, *software* e algoritmi rappresenterebbero, al pari di altri atti di programmazione dell'attività amministrativa, atti amministrativi generali caratterizzati, appunto, dalla generalità ed astrattezza del loro

---

definizione tedesca di atto amministrativo quale “ogni provvedimento, decisione o altra misura autoritativa che è emanata da un'autorità amministrativa per regolare un caso singolo nel campo del diritto pubblico e che è volta a produrre un effetto giuridico diretto verso l'esterno” (§35 Verwaltungsverfahrensgesetz).

<sup>94</sup> La definizione è di G. ZANOBINI ed è richiamata da E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2019, p. 512.

<sup>95</sup> Intesi quale manifestazione di volontà dell'amministrazione tesa a produrre in modo unilaterale effetti giuridici nel soggetto destinatario, i cui caratteri sono stati individuati nella tipicità, imperatività, esecutorietà ed efficacia. La definizione è di M. CLARICH, *op. ult. cit.*, p. 165 ss.

<sup>96</sup> La tesi per la quale in caso di utilizzazione di algoritmi non vi sarebbe “una vera e propria attività amministrativa” è stata sostenuta da TAR Lazio, Sez. IIIbis, 13/9/2019, sent. n. 10964. La sentenza riprende le motivazioni già espresse da TAR Lazio, Sez. IIIbis, 10/9/2018, sent. n. 9224 secondo la quale “alcuna complessità o ampiezza, in termini di numero di soggetti coinvolti ed ambiti territoriali interessati, di una procedura amministrativa, può legittimare la sua devoluzione ad un meccanismo informatico o matematico del tutto impersonale e orfano di capacità valutazionali delle singole fattispecie concrete, tipiche invece della tradizionale e garantistica istruttoria procedimentale che deve informare l'attività amministrativa, specie ove sfociante in atti provvedimentali incisivi di posizioni giuridiche soggettive di soggetti privati e di consequenziali ovvie ricadute anche sugli apparati e gli assetti della pubblica amministrazione.”

<sup>97</sup> A nulla rilevando la forma di tale prodotto amministrativo, espresso mediante formule matematiche e conservato in memorie elettroniche. Si veda, U. FANTIGROSSI, *Automazione e pubblica amministrazione*, Bologna, Il Mulino, 1993, p. 57.

contenuto poiché finalizzati all’emanazione di successivi provvedimenti e suscettibili di ripetuta applicazione ad una serie indeterminabile, quantomeno *a priori*, di casi.<sup>98</sup> Ovvero, si potrebbero definire quali atti presupposti poiché rappresentanti il momento conclusivo di un procedimento autonomo ma collegato con altri successivi, di cui ne condizionano la validità e l’efficacia.

Nel secondo caso, invece, *software* e algoritmi rappresentano atti endoprocedimentali, facenti parte di un unico procedimento amministrativo e preordinati all’emanazione del provvedimento finale che definisce il procedimento amministrativo.<sup>99</sup>

Il pregio della tesi appena esposta è sicuramente quello di considerare l’attività amministrativa automatizzata nel suo complesso: dalla genesi dell’algoritmo al provvedimento finale. Ciò che viene lasciato in disparte sono, però, le concrete modalità di funzionamento dell’algoritmo e come si sviluppi il procedimento amministrativo, momento centrale del confronto dialettico con l’amministrazione. Confronto che sarebbe inevitabilmente anticipato – esercitando il diritto di accesso al *software*<sup>100</sup> – o posticipato – mediante un ricorso giurisdizionale<sup>101</sup>. Ed ancora, questa tesi lascia il campo a molti dubbi in ordine alla corretta individuazione della *species* cui ricondurre l’algoritmo.

Il limite della tesi statica risiede nell’eccessiva anticipazione del fulcro della questione: le decisioni dell’attività dell’amministrazione sarebbero, in realtà, prese a monte dell’elaborazione elettronica sia per quanto concerne il ricorso alla predetta tipologia di elaborazione che per quanto concerne la definizione dell’architettura stessa del software, che si limita, pertanto, a rendere effettive le determinazioni al riguardo dell’amministrazione e, quindi, il software è in sostanza l’esecuzione di una decisione amministrativa già presa e perfezionatasi, che è di per sé già direttamente produttrice di effetti giuridici. In questo senso, dunque, il *software* sarebbe atto amministrativo, di natura programmatica e a carattere generale.

---

<sup>98</sup> Aderisce a tale tesi sia la dottrina (A. MASUCCI, *L’atto amministrativo informatico*, Jovene, Napoli, 1993, p. 60) sia la giurisprudenza (Consiglio di Stato, Sez. VI, 8/4/2019, sent. n. 2270) che riconosce “*piena valenza giuridica e amministrativa*” alla regola algoritmica.

<sup>99</sup> L’adesione ad una tesi piuttosto che all’altra non è priva di effetti sul piano pratico della tutela giurisdizionale: nel caso della tesi dell’atto presupposto, il *software* sarebbe immediatamente impugnabile; nel caso dell’atto amministrativo generale, ovvero dell’atto endoprocedimentale, l’impugnazione si potrà rivolgerà solamente nei confronti del provvedimento finale.

<sup>100</sup> E’, infatti, possibile conoscere degli eventuali vizi delle istruzioni contenute nel programma solamente a seguito dell’esercizio del diritto di accesso al *software*. Ipotesi sulla quale la giurisprudenza non è sempre stata univoca (in ragione dell’impossibilità di ricondurlo alla categoria degli atti amministrativi e della tutela della proprietà intellettuale) ma che sembra orientarsi nel senso dell’ostensibilità del *software*, da ultimo con Consiglio di Stato, 2/1/2020, n. 30.

<sup>101</sup> Il sindacato del giudice amministrativo, infatti, non viene meno per effetto delle nuove modalità di perseguimento dell’interesse pubblico. La legittimità dell’azione amministrativa rimane alla valutazione del giudice che non può che essere effettiva e di portata analoga a quella che il giudice esercita sull’esercizio del potere con modalità tradizionali. La giurisprudenza (Consiglio di Stato, Sez. VI, sent. 8/4/2019, n. 2270) ha correttamente individuato l’estensione del sindacato giurisdizionale della valutazione della correttezza del processo informatico in tutte le sue componenti: dalla sua costruzione, all’inserimento dei dati, alla loro validità, alla loro gestione.

In questo modo, però, come accennato, si lascia aperto l'interrogativo su come il procedimento amministrativo "rinnovato nella forma e nella sostanza" possa apprestare idonee tutele nei confronti dell'esercizio del potere pubblico. Il rischio della tesi statica fin qui esposta è quello di accentuare i profili di opacità del funzionamento degli elaboratori, ossia il loro atteggiarsi quale cd. *scatola nera* (*black box*)<sup>102</sup> e di quell' "aura di neutralità"<sup>103</sup> tale da attribuirgli una valenza di infallibilità, che ne renderebbe di fatto impossibile un ripensamento ulteriore.<sup>104</sup>

Una gemma della tesi statica si può individuare in tutta quella parte di giurisprudenza che ha correttamente qualificato i codici sorgente dell'algoritmo quale documento amministrativo ai sensi della disciplina per l'accesso.<sup>105</sup> Ed è, in effetti, un giusto compromesso tra le esigenze di completezza dell'analisi e di peculiarità dell'attività amministrativa automatizzata.

Va, per contro, respinta l'idea che l'algoritmo si identifichi con il prodotto finale dell'attività amministrativa automatizzata: i due concetti, al contrario, si pongono in un rapporto di logica consequenzialità in ragione del fatto che il provvedimento amministrativo è definibile ad elaborazione elettronica proprio perché vi è, a monte, un algoritmo che ne ha determinato il contenuto.<sup>106</sup>

---

<sup>102</sup> Secondo il modello della cd. *black box* che sarebbe il vero problema connesso all'implementazione dei sistemi di algoritmi nel contesto dell'attività amministrativa. Si tratta della circostanza per la quale in alcuni casi è praticamente impossibile stabilire in che modo l'algoritmo di *machine learning* sia giunto ad un certo risultato o identificare quali siano i fattori precisi che hanno condotto ad un determinato risultato. Sul tema, D. U. GALETTA, J. G. CORVALÀN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, cit. p. 15; P. SAVONA, *op. ult. cit.*, p. 24 ss.

<sup>103</sup> La definizione è di origine pretoria, Consiglio di Stato, n. 13/12/2019, n. 8472. Si veda, però, il *caveat* del Consiglio di Stato, Sez. VI, 4/2/2020, sent. n. 881: "le decisioni prese dall'algoritmo assumono così un'aura di neutralità, frutto di asettici calcoli razionali basati su dati .... l'impiego di tali strumenti comporta in realtà una serie di scelte e di assunzioni tutt'altro che neutre: l'adozione di modelli predittivi e di criteri in base ai quali i dati sono raccolti, selezionati, sistematizzati, ordinati e messi insieme, la loro interpretazione e la conseguente formulazione di giudizi sono tutte operazioni frutto di precise scelte e di valori, consapevoli o inconsapevoli; da ciò ne consegue che tali strumenti sono chiamati ad operare una serie di scelte, le quali dipendono in gran parte dai criteri utilizzati e dai dati di riferimento utilizzati, in merito ai quali è apparso spesso difficile ottenere la necessaria trasparenza."

<sup>104</sup> Secondo il "mito dell'eliminazione degli errori" in A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico*, cit., p. 115. *Amplius*, sul tema dei possibili vizi di illegittimità dell'atto amministrativo ad elaborazione elettronica, F. SAITTA, *Le patologie dell'atto amministrativo elettronico e il sindacato del giudice amministrativo*, in *Rivista di Diritto Amministrativo Elettronico*, 2003. Laddove, invece, R. BORRUSO, *La legge, il giudice, il computer. Un tema fondamentale dell'informatica giuridica*, in D. A. LIMONE, *Dalla giuritecnica all'informatica giuridica. Studi dedicati a Vittorio Frosini*, Milano, Giuffrè, 1995, p. 23, osserva come "Il comportamento del computer non offre per se stesso .... alcuna garanzia né di infallibilità, né di imparzialità: gli errori, colposi o dolosi, le parzialità, possono annidarsi non solo nella trasmissione dei dati da elaborare, ma anche, e soprattutto, nel programma. Chi tenta di accreditare nell'opinione pubblica l'idea che il solo fatto di usare il computer assicuri, per se stesso, infallibilità e imparzialità di risultato, abusa dell'ignoranza popolare, esattamente come chi, divertendosi a contrapporre la logica della macchina a quella dell'uomo, accusa il computer di essere "disumano".

<sup>105</sup> In tema, Consiglio di Stato, 2/1/2020, n. 30. In tale occasione, tuttavia, il Consiglio di Stato non si è espresso sulla natura giuridica dell'algoritmo ma si è limitato ad annullare la pronuncia del TAR Lazio nella parte in cui non ha riconosciuto il diritto del programmatore (nella specie, CINECA) ad essere qualificato quale controinteressato, potendo questi, in caso di esibizione, vedere compromesso il diritto a mantenere segreta la regola tecnica in cui si sostanzia la propria creazione.

<sup>106</sup> In particolare, si è sostenuto che l'algoritmo, pur non concretizzando in sé un atto amministrativo, tuttavia, essendo strettamente funzionale al contenuto dispositivo dell'atto, ne sarebbe, pertanto, a quest'ultimo sostanzialmente assimilabile. Questa tesi è stata avanzata in alcuni giudizi, ma non è stata accolta dalla giurisprudenza - TAR Lazio, Roma,



#### 4. Alcune fattispecie di utilizzo di algoritmi nell'attività amministrativa

##### 1) L'accertamento delle violazioni al Codice della Strada

L'evoluzione verso l'algoritmizzazione ed automatizzazione dell'azione amministrativa ben può essere osservata muovendo dalle figure della *Street-Level Bureaucracy* e della *Screen-Level Bureaucracy*.<sup>107</sup>

Nella prima figura, o primo livello di attività amministrativa, è il funzionario a decidere, compiendo egli stesso le attività prodromiche all'adozione della decisione. L'esempio al quale si ricorre è quello dell'agente di polizia stradale che accerta *in loco* l'infrazione compiuta da un utente stradale (es. eccesso di velocità, accesso in zona a traffico limitato) ed immediatamente provvede ad irrogare la corrispondente sanzione. In questo primo modello il funzionario amministrativo esegue ed esaurisce l'attività amministrativa – eventualmente avvalendosi di strumenti tecnici per la misurazione della velocità.

Nel secondo livello, invece, il funzionario amministrativo non opera più sul campo a livello stradale – *Street-Level* –, ma, utilizzando strumentazioni tecniche più evolute, ne controlla e ne verifica il corretto funzionamento, sulla base delle istruzioni che sono state fornite all'elaboratore – al quale è rimessa tutta la fase istruttoria e decisionale. L'esempio al quale si ricorre è quello dell'agente di polizia stradale che per accertare una determinata infrazione (es. eccesso di velocità) non ha più bisogno di recarsi effettivamente *in loco* ma rimane in un ufficio, davanti ad uno schermo – *Screen-Level* – a verificare la correttezza dei risultati, e delle decisioni, quindi, fornite dall'elaboratore – l'*autovelox* o il rilevatore di accessi in zone a traffico limitato.

In questa seconda fase, invece, muta il ruolo del funzionario che dovrà impostare il funzionamento della macchina e verificare successivamente la correttezza del risultato cui la macchina è pervenuta. Gli strumenti tecnici che in precedenza misuravano la sola grandezza fisica della velocità, ora, grazie alle informazioni fornite dall'operatore o dagli stessi rilevati, non solo individuano la velocità, ma determinano anche se questa sia o meno conforme alle prescrizioni normative, accertando la commissione dell'infrazione.

---

Sez. III<sup>bis</sup>, 21/3/2017, sent. n. 3742; 22/3/2017, sent. n. 3769. Recentemente anche TAR Lazio, Roma, Sez. III<sup>bis</sup>, 4/3/2020, sent. n. 2893 nel senso di non estendere gli effetti della sentenza di annullamento per vizi dell'algoritmo poiché il provvedimento non era stato tempestivamente impugnato dalla ricorrente, incontrando il limite dei rapporti giuridici esauriti. Il caso richiamato è interessante in quanto la ricorrente non aveva impugnato nei termini gli atti con i quali era stata disposta la mobilità del personale docente: l'ordinanza ministeriale in questione era stata già oggetto di altri ricorsi giurisdizionale ed annullata dal Giudice amministrativo. La ricorrente ha reclamato la portata *erga omnes* degli effetti delle sentenze di annullamento della procedura di mobilità interprovinciale indetta con l'O.M. n. 241/2016. Pretesa che non ha potuto trovare accoglimento stante l'esaurimento del relativo rapporto giuridico. La conclusione che se ne deve trarre è, potrà sembrare ovvia, che l'algoritmo non muta la natura giuridica del provvedimento finale cui si riferisce: l'algoritmo non è provvedimento finale.

<sup>107</sup> Effacemente richiamate da M. D'ANGELOSANTE, *La consistenza del modello dell'amministrazione 'invisibile' nell'età della tecnica: dalla formazione delle decisioni alla responsabilità per le decisioni*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA (a cura di), *La tecnificazione*, vol. IV, Firenze, 2017, p. 157.



Vi è poi un ulteriore passaggio in questa ricostruzione evolutiva: il *System-Level-Bureaucracy*. In tale sistema, invero ancora ideale, le varie unità *Screen-Level*, sono coordinate tra loro in un vero e proprio “sistema”, all’interno del quale la discrezionalità del funzionario è ancor più ridotta e lo stesso si limita alla gestione del sistema ed all’assistenza degli utenti.<sup>108</sup> In tale fase, l’esempio che viene riportato in letteratura è quello del sistema dinamico di rilevamento della velocità, il cd. *tutor stradale*.

Sono numerosi gli esempi di automatizzazione dell’attività amministrativa sanzionatoria con riferimento alle violazioni del Codice della Strada. La ragione della diffusione del fenomeno, secondo il parere di chi scrive, va ritrovata in due grandi fattori: da un lato, la non particolare complessità dell’accertamento che viene richiesto all’elaboratore-macchina, dall’altro la grandissima rilevanza applicativa.

Quanto alla complessità dell’accertamento basterà osservare che l’attività sanzionatoria della pubblica amministrazione si esplica ogni qualvolta si riscontri la violazione di un determinato precetto giuridico la cui sanzione abbia natura amministrativa: illeciti antitrust, abusi edilizi e via dicendo. Per riscontrare la violazione della norma, poi, è necessario svolgere una più o meno complessa attività istruttoria che coinvolgerà elementi fattuali ed interpretazioni normative. Nel caso delle violazioni al Codice della Strada, però, a fronte di un precetto normativo univoco (es. non transitare sulla corsia riservata ai mezzi di trasporto pubblico), si ha una sostanziale semplicità nell’istruttoria per la quale sarà necessario solamente verificare se concretamente un veicolo sia transitato nella corsia riservata ai mezzi pubblici. Se la verifica è positiva, si accerta l’infrazione e si irroga la sanzione. Se la verifica è negativa, non è stata compiuta alcuna infrazione.

È un’attività, questa, che ben può svolgersi da un elaboratore che, come accade, posto lungo gli accessi alle corsie riservate verifica se il veicolo in entrata sia o meno autorizzato all’accesso (se, ad esempio, è un taxi o una vettura delle forze dell’ordine, e così via). L’elaboratore, dunque, raccoglie tutti i dati che gli vengono forniti dall’esterno (rilevazione fotografica del veicolo in entrata, modello, colore, dimensione, ambiente circostante), estrae i dati rilevanti (targa) e sulla base di tali dati, ponendoli in relazione con altri dati (proprietario e destinazione del veicolo), verifica se l’infrazione è avvenuta o no. Identico discorso vale per le tecnologie dell’autovelox, dello *street control* in dotazione sui veicoli della polizia municipale, e così via.

Al pari di tale sostanziale semplicità, l’ulteriore fattore che ha determinato la diffusione dell’automatizzazione dell’attività amministrativa sanzionatoria con riferimento alle violazioni del Codice della Strada è la vastità del fenomeno e la conseguente rilevante applicazione quantitativa. Queste violazioni sono in grado di rivolgersi ad una platea molto ampia di possibili trasgressori (verosimilmente, chiunque possieda un mezzo di trasporto privato e lo utilizzi) e, quindi, le sanzioni amministrative – in

---

<sup>108</sup> M. D’ANGELOSANTE, *op. ult. cit.*

questo caso di natura principalmente pecuniaria- che ne derivano, in ragione del notevole flusso, sono in grado di ammortizzare gli investimenti iniziali.

## 2) *Contrattualistica pubblica e procedimenti automatizzati*

Uno dei settori amministrativi che maggiormente ha risentito dell'influenza europea in materia di applicazione delle nuove tecnologie è quello della contrattualistica pubblica: dapprima interessata dall'applicazione delle tecnologie digitali ed informatiche<sup>109</sup>, ed attualmente orientata all'automatizzazione dell'attività procedimentale tramite il ricorso alle cd. aste elettroniche ed al sistema dinamico di acquisizione (cd. SDAPA).

All'interno di politiche volte ad incentivare il ricorso all'*eGovernment*<sup>110</sup>, il legislatore comunitario ha osservato e disciplinato con attenzione il fenomeno delle tecniche di acquisto elettronico<sup>111</sup> in ragione degli effetti positivi prodotti sia in tema aumento della concorrenza sia in tema di aumento dell'efficacia della commessa pubblica, in particolare grazie al risparmio di tempo e di danaro derivante dal loro utilizzo. Tale fenomeno prende il nome di *eProcurement* ed è definibile quale quell'insieme di strumenti e prassi per effettuare acquisti in modalità elettronica.<sup>112</sup>

Per quanto riguarda le aste elettroniche<sup>113</sup>, le stesse sono definite quali processo elettronico articolato in fasi successive che consente di classificare le offerte mediante un trattamento automatico che tenga conto dei nuovi elementi presentati, sia riguardanti i prezzi, sia riguardanti gli elementi dell'offerta.<sup>114</sup> Ad una prima fase di valutazione completa delle offerte ad opera della stazione appaltante, segue una seconda fase, questa automatizzata, nella quale si dà la possibilità alle imprese partecipanti, e le cui offerte siano state preventivamente giudicate ammissibili<sup>115</sup>, di partecipare all'asta elettronica e presentare nuovi prezzi, modificati al ribasso, o nuovi valori riguardanti taluni elementi delle offerte.

---

<sup>109</sup> Quali concrete di modalità di attuazione dell'art. 3bis della l. n. 241/1990: si pensi, ad esempio, alla pubblicità informatica dei bandi di gara, all'invio telematico delle offerte o al portale *online* di acquisti sotto la soglia di rilevanza europea (MePA). In particolare, il riferimento normativo era il d.P.R. n. 101/2002. Si richiama, in dottrina, L. FIORENTINO, *Gli acquisti on-line: la disciplina normativa*, in *Giorn. Dir. Amm.*, n. 6/2002, p. 589.

<sup>110</sup> Del quale l'*eProcurement* costituisce uno dei piani d'azione più rilevanti, tra gli altri l'*eLearning*, l'*eDemocracy*, l'*eHealth* e l'*eBusiness*; in tal senso si veda, la comunicazione COM (2002) 263 del 28 maggio 2002. Per gli appalti elettronici si veda la comunicazione COM (2012) 179 del 20 aprile 2012. Ma anche la Risoluzione del Parlamento europeo del 16 maggio 2017 sul piano d'azione dell'UE per l'*eGovernment* 2016-2020 (2016/2273(INI)).

<sup>111</sup> V. il considerando 12, 13 e 14 della dir. 2004/18/CE.

<sup>112</sup> Per una ricostruzione storica e normativa, a D. CROCCO, *Managerialità e digitalizzazione della p.A.* in D. CROCCO, G. NERI, *La digitalizzazione della società moderna*, Napoli, Jovene, 2016, p. 59.

<sup>113</sup> Attualmente disciplinate dall'art. 55 del d.lgs. n. 50/2016. Già previste dall'art. 85 del d.lgs. n. 163/2006 e definite dall'art. 3, comma 15, dello stesso d.lgs.

<sup>114</sup> L'asta elettronica rimane solamente un criterio di selezione delle offerte e non, viceversa, una particolare procedura di scelta del contraente. Sul punto si richiama A. G. OROFINO, *Forme elettroniche e procedimenti amministrativi*, Bari, Cacucci Editore, 2008, p. 241.

<sup>115</sup> Commi 5 e seguenti dell'art. 55, d.lgs. n. 50/2016.

Se si considera l'attuale dibattito in merito all'ostensibilità del programma dal quale deriva l'automatizzazione<sup>116</sup>, è interessante osservare come alle imprese partecipanti sia data notizia del funzionamento dell'algoritmo di valutazione delle offerte mediante l'indicazione della formula matematica che determina, durante l'asta elettronica, le riclassificazioni automatiche in funzione dei nuovi prezzi e/o dei nuovi valori presentati.

Conclusa poi l'asta elettronica, l'appalto viene aggiudicato in funzione del risultato indicato dal *software*. Il SDAPA, acronimo per il Sistema Dinamico di Acquisizione della Pubblica Amministrazione, è una procedura "bifasica", completamente automatizzata, che integra un sistema di qualificazione in forza del quale i soggetti che vi sono ammessi acquisiscono l'Abilitazione a presentare offerta negli Appalti Specifici (*breviter* AS) banditi dalle singole Amministrazioni interessate, con i quali soli si addivene all'affidamento in concreto del servizio.

Ai sensi dell'art. 55 del D. Lgs. n. 50/2016, la procedura ha l'obiettivo di costituire un elenco di operatori economici per la prestazione di servizio o per la vendita di beni di uso corrente, le cui caratteristiche, così come generalmente disponibili sul mercato, soddisfano le esigenze delle stazioni appaltanti. A seconda dell'appalto da eseguire, poi, il Sistema può essere diviso in categorie definite di prodotti, lavori o servizi. In un primo momento, si ha l'individuazione dei candidati che soddisfano i criteri di selezione e la contestuale ammissione al Sistema. Tali operatori economici saranno di volta in volta invitati dalle Amministrazioni, attraverso gli appalti specifici, a presentare offerta per l'aggiudicazione di contratti che verranno aggiudicati sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 95 del D.Lgs. n. 50/2016.

Il sistema dinamico di acquisizione rappresenta un processo di acquisizione interamente elettronico e ricalca, nel suo *iter*, la procedura ristretta. L'articolo 55 del d.lgs. 50/2016 disciplina proprio i sistemi dinamici di acquisizione, definendoli "*procedimenti interamente elettronici e aperti per tutto il periodo di efficacia a qualsiasi operatore economico che soddisfi i criteri di selezione*".<sup>117</sup>

---

<sup>116</sup> La possibilità di esperire utilmente il diritto di accesso con riferimento all'algoritmo necessita di ulteriori e rilevanti riflessioni in tema di tutela della proprietà intellettuale atteso che l'ideazione di un algoritmo ben può essere considerata quale opera dell'ingegno e, quindi, esclusa dal regime dell'accesso. La questione viene affrontata anche dal Consiglio di Stato, sentenza n. 8472/2019, §13.1, nel senso che "*non può assumere rilievo l'invocata riservatezza delle imprese produttrici dei meccanismi informatici utilizzati i quali, ponendo al servizio del potere autoritativo tali strumenti, all'evidenza ne accettano le relative conseguenze in termini di necessaria trasparenza*". Si segnala, sul tema, anche il precedente offerto da Tar Roma, (Lazio), sez. III, 21 marzo 2017, n. 3742, ove si è avuto modo di precisare che gli istituti di proprietà intellettuale non ostano all'accesso alle sottostanti informazioni sotto forma di visione ed estrazione di copia se e nella misura in cui tali azioni siano funzionali e proporzionate alla tutela degli interessi legittimi di chi richiede l'accesso in ragione del fatto che la disciplina dettata a tutela del diritto di autore e della proprietà intellettuale è funzionale a garantire gli interessi economici dell'autore ovvero del titolare dell'opera intellettuale, mentre la normativa sull'accesso agli atti è funzionale a garantire altri interessi e, in questi limiti, deve essere consentita la visione e anche l'estrazione di copia. Si veda anche la recente Consiglio di Stato, sez. VI, sent. n. 30/2020.

<sup>117</sup> La definizione è analoga a quella contenuta nell'art. 34 della Dir. 2014/24/UE.

Il SDAPA ha consentito alle Amministrazioni interessate di indire appalti specifici dove la componente di valutazione discrezionale delle offerte tecniche non necessitava di essere esaltata: infatti, trattandosi di una procedura prevista a monte per la qualificazione dei concorrenti, non ha richiesto una particolare valorizzazione della progettualità tecnica. In sostanza, Consip, senza conoscere i requisiti degli appalti che le singole Amministrazioni devono stipulare, stabilisce le caratteristiche tecniche delle offerte che le commissioni di gara devono valutare, ossia i criteri di valutazione ed i punteggi massimi per ogni caratteristica, lasciando alle Amministrazioni libertà di definire i criteri solo per una parte minima del punteggio tecnico complessivo.

È, dunque, la piattaforma telematica a gestire tutto il processo e a calcolare automaticamente i punteggi da assegnare ai concorrenti.

Sia le aste pubbliche sia il SDAPA individuano automaticamente l'aggiudicatario sulla base dei criteri di selezione e delle informazioni immesse dalla stazione appaltante. Sul punto, però, non possono non risollevarsi i dubbi avanzati con riferimento alla possibilità di applicare questi processi di automatizzazione anche laddove sia necessario effettuare apprezzamenti discrezionali in termini qualitativi delle offerte presentate che, come visto, mal si conciliano con il linguaggio algoritmico dell'elaboratore.<sup>118</sup>

### 3) *Il sistema di protocollazione e gestione dei flussi documentali delle pubbliche amministrazioni*

Il sistema di protocollazione e gestione dei flussi documentali<sup>119</sup> non costituisce un portato delle recenti innovazioni tecnologiche bensì rappresenta uno dei primi esempi di automatizzazione di attività amministrativa<sup>120</sup>, resasi necessaria affinché si potesse pervenire alla completa informatizzazione del procedimento amministrativo<sup>121</sup>.

La protocollazione consiste nella registrazione di tutti i documenti in entrata o in uscita mediante la cd. segnatura di protocollo, ossia l'apposizione sull'originale del documento, in forma permanente non modificabile, delle informazioni minime riguardanti il documento stesso<sup>122</sup>.

---

<sup>118</sup> In tal senso, dunque, si deve interpretare l'art. 55, comma 1, d.lgs. n. 50/2016 nella parte in cui esclude il ricorso alle aste elettroniche per “[g]li appalti di servizi e di lavori che hanno per oggetto prestazioni intellettuali, come la progettazione di lavori, che non possono essere classificati in base ad un trattamento automatico ...”.

<sup>119</sup> Quali “l'insieme delle attività finalizzate alla registrazione e segnatura di protocollo, nonché alla classificazione, organizzazione, assegnazione, reperimento e conservazione dei documenti amministrativi formati o acquisiti dalle amministrazioni, nell'ambito del sistema di classificazione d'archivio adottato, effettuate mediante sistemi informatici” (art. 1, comma 1, lett. u), d.lgs. n. 82/2005 (ora abrogato per effetto dell'entrata in vigore D. Lgs. 26/08/2016, n. 179).

<sup>120</sup> La disciplina di tali attività si rinviene, infatti, nel d.P.R. n. 445/2000, artt. 52 e seguenti.

<sup>121</sup> In tal senso, A. G. OROFINO, *Forme elettroniche e procedimenti amministrativi*, Bari, Cacucci Editore, 2008, p. 111, anche per la bibliografia sul tema che l'A. richiama in nota.

<sup>122</sup> Quali il progressivo di protocollo; la data di protocollo; l'identificazione in forma sintetica dell'amministrazione o dell'area organizzativa. Non si può, peraltro, escludere a priori la possibilità che il *software* possa essere implementato nel senso di prevedere informazioni aggiuntive (calcolo delle scadenze, individuazione del responsabile del procedimento,



L'attività di protocollazione, strumentale rispetto all'attività amministrativa in senso proprio, non per questo meno meritevole di attenzione, costituendo pur sempre un atto giuridicamente rilevante proveniente da una pubblica amministrazione – pur non essendo il risultato di attività procedimentale.

Da una parte, infatti, rappresenta una delle prime forme di automatizzazione dell'attività amministrativa: nonostante non si faccia ricorso a tecnologie particolarmente avanzate, tuttavia, il sistema di protocollazione e gestione dei flussi documentali delle pubbliche amministrazioni non prevede alcun intervento umano poiché la segnatura di protocollo viene effettuata dal sistema in unica soluzione, con esclusione di interventi intermedi, anche indiretti, da parte dell'operatore<sup>123</sup>.

Dall'altra, però, rappresenta un'applicazione concreta degli effetti positivi dell'automatizzazione dell'attività amministrativa in termini di celerità, certezza e trasparenza: la protocollazione immediata delle istanze presentate, ad esempio, garantisce la corretta individuazione del giorno dal quale inizia a decorrere il termine entro il quale il procedimento amministrativo deve essere concluso *ex art. 2, l. n. 241/1990*; facilita la ricerca documentale nelle banche dati delle pubbliche amministrazioni; fornisce certezza in ordine alla corretta ricezione da parte dell'amministrazione della documentazione inviata; rende più facile l'esercizio del diritto di accesso documentale.

## 5. Conclusioni. La tesi eclettica

Tutte le tesi prospettate presentano profili peculiari di interesse ai fini del tentativo di qualificare in termini giuridici la natura dell'algoritmo: la disciplina normativa di riferimento, infatti, si occupa solamente dell'impatto delle ICT, di documenti informatici e firme elettroniche nel procedimento, senza affrontare la prospettiva di una plausibile automatizzazione dell'azione amministrativa; è rimesso all'interprete, dunque, il compito di individuarne la disciplina in assenza di un compiuto regime giuridico che regoli il procedimento automatizzato da software e sistemi informatici.

La tesi che si propone in chiusura si potrebbe definire “eclettica”.

Secondo la tesi prospettata l'algoritmo si deve osservare nella sua forma dinamica: dalla sua programmazione ad opera dell'amministrazione all'emanazione del provvedimento finale. Per ciascuno dei segmenti nei quali si frammenta l'attività amministrativa, l'algoritmo ne assumerà di volta in volta la natura.

---

individuazione di documenti collegati, ecc.). In tal senso, A. MASUCCI, *Il documento amministrativo informatico*, in G. ARENA, M. BOMBARDELLI, M.P. GUERRA, A. MASUCCI, *La documentazione amministrativa*, Rimini, Maggioli, 2001, p. 225.

<sup>123</sup> Portando di fatto ad una rimodulazione dell'organizzazione amministrativa per effetto dell'eliminazione dei registri cartacei e della diminuzione degli uffici protocollo e facendo, per contro, nascere la figura del responsabile della conservazione *ex art. 44 CAD*, per lo svolgimento delle funzioni elencate dall'art. 7 del DPCM del 3 dicembre 2013.

L'algoritmo, dunque, per i fini di interesse, non godrebbe di una natura giuridica autonoma distinta da quella dell'azione amministrativa cui accede<sup>124</sup>. In questo senso, allora, si potrà correttamente definire che l'algoritmo è un modulo organizzativo interno qualora la sua efficacia si espliciti con esclusivo riferimento alle attività interne a carattere burocratico; è il procedimento quando racchiude in sé l'intera fase procedimentale con cui l'amministrazione costituisce, modifica o estingue le situazioni giuridiche individuali; è un atto amministrativo il *software* con il quale si concretizza la volontà finale dell'amministrazione procedente.

Ed ecco che, allora, nel momento in cui l'algoritmo – nella forma dei cd. codici sorgente – è suscettibile di esercizio del diritto di accesso in quanto qualificabile quale atto amministrativo. Ed ecco che, ancora, nel momento in cui l'algoritmo racchiude in sé l'intera fase procedimentale dovrà assicurarsi il rispetto delle minime garanzie partecipative.

Il pregio della tesi eclettica è sicuramente quello di presentarsi in una forma elastica e dinamica che consente di adeguarla al contenuto che il singolo algoritmo di volta in volta possiede: l'algoritmo, dunque, diventa azione amministrativa che si sostanzia nelle diverse forme nelle quali la stessa si esplica.

L'algoritmo viene a configurare il meccanismo, lo strumento tecnico, con il quale la decisione amministrativa si concretizza: detto meccanismo racchiude in sé, anche, e non solo, l'attività procedimentale.

Lo schema al quale si potrebbe ricondurre l'utilizzo di algoritmi nell'azione amministrativa diventerebbe, quindi, il seguente. Il primo momento è l'emanazione di un atto amministrativo generale, a carattere programmatico, con il quale l'amministrazione si determina nel senso di ricorrere all'utilizzo di algoritmi nello svolgimento della propria attività amministrativa e in senso sostanziale e in senso organizzativo.

Superata tale fase, poi, l'algoritmo sarà programmato e progettato tramite l'elaborazione dei codici sorgente, atto amministrativo.

Una volta programmato, l'algoritmo sarà messo in funzione, manifestando quella specifica volontà che l'amministrazione ha manifestato nelle precedenti fasi: ed è proprio con riferimento a quest'ultima che si differenzia il regime giuridico dell'algoritmo. L'algoritmo è un atto amministrativo (nella forma del codice sorgente) che, una volta in funzione, diventa altro da sé: procedimento, modulo organizzativo, atto interno e così via.

Ed è per questo che l'algoritmo è suscettibile di acquisire la natura di ciascuno di quei segmenti nei quali si frammenta l'attività amministrativa.

Il dibattito intorno all'ammissibilità degli algoritmi, dunque, non deve orientarsi verso la creazione di nuove categorie giuridiche concettuali alle quali ricondurli bensì rende necessario interrogarsi sulla

---

<sup>124</sup> A nulla rilevando il mantenimento della tutela che gli è propria in quanto prodotto dell'ingegno.





questione della loro compatibilità con i principi pubblici a presidio delle garanzie costituzionali. Fermo restando che, ad ogni buon conto, la piena ammissibilità di tali strumenti risponde ai canoni di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa (art. 1 l. 241/90), i quali, secondo il principio costituzionale di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.), impongono all'amministrazione il conseguimento dei propri fini con il minor dispendio di mezzi e risorse e attraverso lo snellimento e l'accelerazione dell'iter procedimentale. Le stesse garanzie procedurali, dalle quali, come visto, non si può prescindere, sono applicazione concreta dei criteri di imparzialità, pubblicità e trasparenza in quanto funzionali alla conoscibilità della decisione.

La vera sfida che il legislatore è chiamato ad affrontare sarà quella di una regolazione del processo di incorporazione dei futuri sviluppi tecnologici nell'esercizio dei poteri pubblici che sia coerente con il quadro costituzionale<sup>125</sup>.

---

<sup>125</sup> Il problema della legittimità costituzionale dell'attività amministrativa "algoritmizzata" impone delle riflessioni in ordine alla possibilità che la normativa procedimentale tradizionale non sia sufficiente (A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, n. 4/2019, pp. 1149-1190) ovvero in ordine alla corretta individuazione del precetto normativo che giustifichi il ricorso a tale modalità d'azione in applicazione del principio di legalità – inteso in senso sostanziale quale parametro di valutazione e vincolo di scopo dell'azione amministrativa - (S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Umano troppo umano. Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in *Diritto pubblico*, n. 1/2019).