



7 SETTEMBRE 2022

Le trasformazioni del diritto  
amministrativo nella complessità  
dell'ambiente digitale

di Pietro Santo Leopoldo Falletta  
Ricercatore di Diritto amministrativo  
Università degli Studi dell'Insubria



# Le trasformazioni del diritto amministrativo nella complessità dell'ambiente digitale\*

**di Pietro Santo Leopoldo Falletta**

Ricercatore di Diritto amministrativo  
Università degli Studi dell'Insubria

**Abstract [It]:** Il contributo pone alcune riflessioni in merito alle prospettive di profondo cambiamento del diritto amministrativo nel contesto digitale. Lo studio propone, al riguardo, una piena interconnessione tra norme generali del diritto amministrativo e fonti sulla digitalizzazione, e un adeguamento di soggetti e strumenti dell'azione amministrativa alle molteplici risorse offerte dall'intelligenza artificiale.

**Title:** The transformations of administrative law in the complexity of the digital environment

**Abstract [En]:** The contribution proposes some reflections on the prospects of profound change of administrative law in the digital context. The study suggests, in this regard, a full interconnection between the general rules of administrative law and sources of digitization, and an adaptation of subjects and tools of administrative action to the multiple resources offered by artificial intelligence.

**Parole chiave:** digitalizzazione; fonti del diritto; decisione amministrativa; algoritmi; intelligenza artificiale

**Keywords:** digitization; sources of law; administrative decision; algorithms; artificial intelligence

**Sommario:** 1. La digitalizzazione come fondamento di una nuova razionalità pubblica. 2. L'incomunicabilità tra le fonti dell'amministrazione digitale. Il ruolo della normativa tecnica. 2.1. Il difetto di interconnessione tra legge sul procedimento e CAD. 2.2. L'esigenza di un corpo normativo unitario. 3. Il nuovo paradigma della decisione algoritmica. 4. Considerazioni conclusive.

## 1. La digitalizzazione come fondamento di una nuova razionalità pubblica

Il ricorso alle innumerevoli risorse fornite dalle nuove tecnologie è ormai un'invariante strutturale delle società contemporanee. L'idea che il progresso umano sia misurabile quasi esclusivamente in termini di innalzamento dei fattori di innovazione e trasformazione digitale è profondamente innestata in ogni tipo di scelta economica, politica o giuridica, tanto da configurare il segno di una nuova razionalità che deve "illuminare" il decisore pubblico all'interno di uno spazio estremamente frammentato<sup>1</sup>.

Tale circostanza appare suffragata da almeno due fattori che rilevano come invarianti nell'ambito riservato alla scelta giuridica, ossia la percezione del tempo e la misura delle possibilità.

---

\* Articolo sottoposto a referaggio.

<sup>1</sup> S. RODOTÀ, *Il mondo nella rete. Quali i diritti, quali i vincoli*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2014, p. 8, rileva che «Usando sempre più intensamente la tecnologia, la vita esce dallo schermo e invade, in modo nuovo, l'intero mondo, ridefinisce la sfera pubblica e quella privata, e progressivamente disegna una distribuzione dei poteri». Sui rischi connessi all'assenza di una razionalità pubblica di fronte alla pretesa anarchia del web, cfr. lo stesso S. RODOTÀ, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2004, spec. p. XI dell'Introduzione; C. SUNSTEIN, *Republic.com*, Princeton University Press, Princeton, 2001; D. DE KERCKHOVE, *Quatre questions sur la cyberdémocratie*, in H. FISCHER (a cura di), *Le défis du cybermond*, Presses de l'Université Laval, Saint-Nicolas, 2003, pp. 40 ss.

In primo luogo, la percezione individuale del tempo subisce nel contesto digitale un'estrema compressione sino ad assumere un significato atomistico. A tal riguardo, la considerazione diffusa secondo cui il fenomeno giuridico non è più in grado di precedere i fatti umani e, pertanto, di pre-regolarli, deriva proprio dall'evidente inadeguatezza di regole e procedure giuridiche rispetto alla frenetica evoluzione delle condotte umane nell'ambiente virtuale.

Alla compressione e parcellazione temporale corrisponde l'enorme dilatazione della sfera delle possibilità, ossia della capacità umana di svolgere attività non più precluse grazie all'evoluzione tecnologica. Anche in questo caso, il diritto arranca rispetto ad uno spazio di scelte individuali e sociali non ancora regolate e, spesso, assai difficilmente regolabili.

Di fronte a uno scenario che esalta in modo così esponenziale la complessità del contesto di fatto, entra inevitabilmente in crisi, *in primis*, la lettura cognitiva del legislatore e, da qui, la capacità di quest'ultimo di elaborare regole e strumenti razionali che orientino tutti gli altri poteri pubblici, oltre che la società civile<sup>2</sup>. Occorre, quindi, interrogarsi, prima di ogni cosa, sul ruolo che il diritto può svolgere nel contesto tecnologico attraverso un'analisi che, a partire dagli spunti teorici sin qui accennati, verifichi in maniera pratica se categorie, attori e strumenti tipici dello spazio giuridico abbiano ancora lo stesso significato di fronte a scenari temporali e relazionali così mutati.

Il terreno che appare più fecondo per svolgere adeguatamente quest'analisi pare quello del rapporto tra regole giuridiche e ricorso, da parte del decisore pubblico, alle risorse della digitalizzazione e, più nello specifico, a quelle dell'intelligenza artificiale. Qui, infatti, è ravvisabile l'esatto crocevia in cui il fenomeno giuridico può riuscire ad approdare ad un'efficace sintesi tra predeterminazione normativa e frammentazione fattuale, o, diversamente, abdicare in favore di altri "motori" di sviluppo, in primis quello economico, per il fondamento della dimensione razionale contemporanea<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> In merito agli studi sulle trasformazioni del sistema giuridico prodotte dall'intelligenza artificiale, J. KAPLAN, *Artificial intelligence. What everyone needs to know*, Oxford University Press, Oxford, 2016, p. 97, osserva che «computational law is in its infancy, but as it develops, the implications for drafting, enacting, communicating, and enforcing the law could change dramatically».

<sup>3</sup> Sempre S. RODOTÀ, *Il mondo nella rete*, cit., p. 40, auspica che la «dittatura dell'algoritmo» sia contenuta adottando il principio di precauzione e costruendo un adeguato contesto istituzionale e normativo «per evitare che il rapporto sempre più importante tra l'uomo e la macchina venga governato solo dalla logica economica». Sul rapporto tra uomo e tecnica, cfr. M. HEIDEGGER, *Conferenze di Brema e Friburgo*, trad. it. di G. Gurisatti, Adelphi, Milano, 2002, p. 88, il quale osserva che «la tecnica si è da molto tempo sottratta alla mera utilizzazione come mezzo e che, al contrario, è essa stessa a trascinarsi dietro l'uomo come suo strumento, sia che egli segua ciecamente questo strappo in avanti, sia che si sforzi in continuazione di indirizzare la tecnica, quanto ai suoi effetti, verso ciò che è propizio e utile».

## 2. L'incomunicabilità tra le fonti dell'amministrazione digitale. Il ruolo della normativa tecnica

### 2.1. Il difetto di interconnessione tra legge sul procedimento e CAD

Una prima criticità da sciogliere in merito alla regolazione della digitalizzazione pubblica risiede nella scarsa comunicazione tra fonti sul diritto amministrativo e fonti sull'amministrazione digitale.

Va premesso, in proposito, che non ha probabilmente più senso discernere tra le prime e le seconde giacché - come verrà chiarito meglio più avanti - molti istituti tradizionali del diritto amministrativo si sviluppano ormai in via pressoché esclusiva nell'ambiente digitale. In tal senso, il quadro regolatorio entro cui vanno tracciati i nuovi contorni dell'azione pubblica dovrebbe essere il più possibile omogeneo e coerente.

In realtà, un primo dato che salta subito all'occhio è proprio la scarsa interazione tra le due fonti di rango primario che concorrono a fissare principi e regole generali sull'amministrazione, ossia la legge sul procedimento amministrativo e il Codice dell'amministrazione digitale. Al riguardo, la legge 241/1990, pur modificata in più parti dagli ennesimi provvedimenti con finalità semplificatorie<sup>4</sup>, contiene un'unica disposizione che si riferisce direttamente alla digitalizzazione, vale a dire l'art. 3-bis che ha, peraltro, un contenuto assai stringato, anche se, a seguito delle modifiche del 2020, finalmente assertivo sull'uso degli strumenti informatici e telematici da parte delle amministrazioni pubbliche<sup>5</sup>.

A parte questa norma di principio e qualche riferimento sparso al domicilio digitale, manca una reale interconnessione tra la legge sul procedimento e la diffusione della digitalizzazione negli apparati pubblici, la cui disciplina primaria è affidata integralmente al citato Codice dell'amministrazione digitale e, per ambiti specifici, a norme settoriali di livello europeo, come il Regolamento eIDAS, o nazionale, come il decreto trasparenza.

Non si vuol dire, in tal modo, che il legislatore avrebbe dovuto o dovrebbe prevedere, all'interno della legge sul procedimento, nuove norme sulla trasformazione digitale, ulteriori rispetto a quelle del CAD; al riguardo, l'inflazione normativa, oltre ad essere nemica della semplificazione<sup>6</sup>, lo è anche dell'innovazione e della digitalizzazione.

---

<sup>4</sup> Il decreto-legge n. 76/2020 (c.d. decreto semplificazioni), convertito, con modificazioni, dalla legge n. 120/2020, ha proceduto a una modifica più organica della legge sul procedimento, mentre il successivo decreto-legge n. 77/2021 (c.d. decreto semplificazioni *bis*), convertito, con modificazioni, dalla legge n. 108/2021, è intervenuto su specifici istituti, quali il silenzio assenso, il potere sostitutivo e l'annullamento d'ufficio. Sulla portata del primo decreto, cfr. M. MACCHIA, *L'inefficacia del provvedimento amministrativo e gli oneri regolatori nel decreto legge "Semplificazioni"*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2020.

<sup>5</sup> L'art. 3-bis della l. n. 241/1990, prevede adesso, dopo la modifica del primo decreto semplificazioni, che le amministrazioni pubbliche *agiscono* - anziché *incentivano* - mediante strumenti informatici e telematici, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati.

<sup>6</sup> Sul disordine normativo e sull'eccessiva quantità di norme «continuamente prodotte in modo frettoloso e disordinato dal legislatore», cfr. B.G. MATTARELLA, *La semplificazione amministrativa come strumento di sviluppo economico*, Relazione tenuta al 64° Convegno di Studi Amministrativi su *Sviluppo economico, vincoli finanziari e qualità dei servizi: strumenti e garanzie*, Varenna, 20-21-22 settembre 2018, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it), 2018, p. 4 ss.

Ci si domanda, al contrario, se è necessario preservare ancora l'impianto originario della legge 241/1990 che è rimasto pressoché immutato negli anni, pur a seguito della più ampia riforma del 2005. In altri termini, giova riflettere sul fatto che una legge storicamente determinante per il rafforzamento della democraticità e del buon andamento dell'azione amministrativa, appaia, tuttavia, ormai in forte affanno rispetto a nuove forme e modalità dell'agire pubblico.

Il tema prima accennato del rapporto tra fenomeno giuridico e progresso tecnologico si riverbera, quindi, in tutta la sua concretezza sulla fonte sin qui fondamentale dell'azione amministrativa che rischia di risultare gravemente obsoleta, non solo in singole disposizioni, ma nel suo impianto complessivo.

Sono almeno tre gli istituti che palesano una significativa arretratezza rispetto ai nuovi interessi e strumenti dell'azione pubblica: il documento amministrativo, l'invalidità ed efficacia del provvedimento amministrativo, la trasparenza.

Rispetto alla nozione di documento amministrativo, la legge sul procedimento non tiene conto delle specifiche peculiarità del modello ormai dominante nelle stesse intenzioni del legislatore, vale a dire il documento amministrativo informatico. Di quest'ultimo si occupa, infatti, il Codice dell'amministrazione digitale che, a seguito dell'abrogazione di alcune disposizioni del Testo Unico sulla documentazione amministrativa, vi ricomprende gli atti formati dalle pubbliche amministrazioni con strumenti informatici, nonché i dati e i documenti informatici detenuti dalle stesse<sup>7</sup>. Rileva, in particolare, che lo stesso CAD affermi l'assoluta primazia o, meglio, l'esclusività del documento amministrativo informatico, sia all'art. 40, dove prescrive, e non semplicemente auspica, che le pubbliche amministrazioni formino gli originali dei propri documenti con mezzi informatici; sia all'art. 3-bis, come da ultimo modificato<sup>8</sup>, che impone alle amministrazioni di comunicare con i cittadini esclusivamente attraverso documenti informatici sottoscritti con firma digitale o altra firma elettronica qualificata. Ciò vale, peraltro, anche quando la disposizione ammette che si trasmetta una copia analogica ai cittadini ancora sprovvisti di domicilio digitale ma pur sempre preceduta dalla formazione di un documento informatico - da cui la copia è tratta - che è stato predisposto come documento nativo digitale ed è disponibile presso l'amministrazione<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> In attuazione del CAD, si vedano le Linee guida dell'Agenzia per l'Italia digitale sulla formazione, gestione e conservazione del documento informatico, nonché il Regolamento della stessa Agenzia sui criteri per la fornitura dei servizi di conservazione dei documenti informatici. Entrambi gli atti, che hanno valore normativo ai sensi dell'art. 71 del CAD, sono entrati in vigore il 1° gennaio 2022 e confermano il deciso cambio di passo verso l'esclusività del ricorso agli strumenti informatici per la formazione dei documenti amministrativi. Sul punto, v. *infra*, par. 2.2.

<sup>8</sup> Il comma 4-bis dell'art. 3-bis del CAD è stato modificato da entrambi i decreti semplificazioni del 2020 e 2021, ed è adesso coerente, per un verso, con l'art. 40 del CAD - che, come accennato, impone alle amministrazioni pubbliche di formare gli originali dei propri documenti in modalità informatiche - e, per un altro verso, con il comma 3-bis dello stesso articolo 3-bis, che rinvia a un successivo decreto per individuare la data a partire dalla quale le comunicazioni nei confronti dei privati avverranno esclusivamente in formato elettronico.

<sup>9</sup> Se la copia analogica inviata ai sensi dell'art. 3-bis può considerarsi un atto "di cortesia" nei confronti del cittadino, non ancora obbligato a possedere un domicilio digitale, che non pregiudica la piena digitalizzazione dei procedimenti amministrativi, suscita, invece, non poche perplessità la previsione dell'art. 65, comma 1, lett. c), che consente ancora di

Si consideri, altresì, che la stessa dimensione informatica comporta nuove forme di atto amministrativo<sup>10</sup>, come riconosciuto dalla giurisprudenza amministrativa con riferimento, ad esempio, agli algoritmi o ai software<sup>11</sup>, ed è potenzialmente in grado di espandersi ancora in virtù dell'incessante evoluzione tecnologica.

In una legge che si prefigge di fissare le regole sulle modalità di produzione dell'atto amministrativo, senza però tener conto di quale sia oggi la reale natura dell'atto stesso, è evidentemente a rischio la tenuta e l'effettività di buona parte delle norme che disciplinano i vari istituti.

Tra queste, vanno certamente ricomprese le disposizioni sulla validità ed efficacia dell'atto amministrativo che non si legano affatto con l'analogia disciplina contenuta negli articoli 20 e successivi del CAD. Si tratta, in questo caso, di disposizioni che modificano sensibilmente, tanto la valida formazione dell'atto - specie in relazione all'apposizione di una sottoscrizione digitale, all'immodificabilità, sicurezza e integrità del documento o alla riconducibilità di quest'ultimo all'autore<sup>12</sup> - quanto l'idoneità dell'atto stesso a produrre effetti giuridici, che non può prescindere da quanto già precisato in ordine alle forme di comunicazione prescritte dall'art. 3-bis del CAD, oltre che dal contenuto del successivo Capo IV sulla trasmissione informatica dei documenti e, in particolare, dall'art. 65, che disciplina la validità di istanze e dichiarazioni presentate per via telematica alle pubbliche amministrazioni e ai gestori dei servizi pubblici. Se si aggiunge l'assai problematica verifica sull'esercizio del potere amministrativo e sulla validità dell'atto di fronte ai più avanzati strumenti informatici forniti dall'intelligenza artificiale - di cui si dirà meglio più avanti - è chiaro come le disposizioni contenute nella legge 241/1990, in buona parte risalenti alle modifiche del 2005, non siano più in grado di reggere la portata del nuovo paradigma della produzione documentale amministrativa.

La stessa inadeguatezza è ravvisabile anche rispetto a fattispecie diverse da quelle regolate dal CAD, come in particolare in materia di trasparenza amministrativa.

---

presentare istanze e dichiarazioni per via telematica alle pubbliche amministrazioni attraverso una copia per immagine di documento analogico, unitamente alla copia del documento d'identità. Si tratta, evidentemente, di un retaggio della "digitalizzazione per dematerializzazione" che ha impedito sin qui la reale trasformazione digitale delle amministrazioni pubbliche. Sul punto, cfr. B. CAROTTI, *L'amministrazione digitale e la trasparenza amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 5, 2015, p. 626; E. GUARNACCIA-M. MANCARELLA, *Il codice dell'amministrazione digitale*, Dike Giuridica Editrice, Roma, 2018, pp. 45-46.

<sup>10</sup> Per una lettura ricostruttiva dell'incidenza dell'innovazione tecnologica sull'atto amministrativo, anche rispetto alle fasi e agli istituti procedurali che conducono all'approvazione del provvedimento, cfr. R. CAVALLO PERIN-I. ALBERTI, *Atti e procedimenti amministrativi digitali*, in R. CAVALLO PERIN-D.U. GALETTA, *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Torino 2020, pp. 119 ss.

<sup>11</sup> Sul punto, v. *infra*, par. 3.

<sup>12</sup> Sulla possibilità di firmare atti e contratti attraverso SPID, con lo stesso valore giuridico della firma autografa, cfr. le Linee guida dell'Agenzia per l'Italia digitale per la sottoscrizione elettronica di documenti ai sensi dell'art. 20 del CAD, entrate in vigore nel marzo 2020.

Sin dall'approvazione del d.lgs. 97/2016, ci si è interrogati proprio sulla compatibilità tra la nuova disciplina dell'accesso civico generalizzato ivi contenuta e le regole sull'accesso endoprocedimentale di cui alla legge 241/1990. Al riguardo, c'è chi ha sostenuto la sussistenza di una più ampia pretesa conoscitiva in capo ai titolari del diritto di accesso rispetto al *quisque de populo* legittimato a presentare una richiesta in base al c.d. FOIA<sup>13</sup>; altri hanno, invece, posto l'accento, non sul contenuto della pretesa conoscitiva, ma sul fondamento di quest'ultima<sup>14</sup>, con una tesi suffragata dall'adunanza plenaria del Consiglio di Stato secondo cui «nella distanza che intercorre tra bisogno di conoscenza e desiderio di conoscenza sta del resto il tratto distintivo che, al di là di ulteriori aspetti, connota l'accesso documentale rispetto a quello civico generalizzato, nel quale la conoscenza si atteggia quale diritto fondamentale (c.d. *right to know*), in sé, che è premessa autonoma e fondamentale per l'esercizio di qualsivoglia altro diritto»<sup>15</sup>.

Proprio tenendo conto di questa sorta di evoluzione della trasparenza amministrativa a seguito dell'approvazione del decreto FOIA, il Consiglio di Stato ha ricostruito la natura del c.d. accesso civico generalizzato, quale “terza generazione” del diritto all'accesso in quanto «il passaggio dal bisogno di conoscere al diritto di conoscere rappresenta per l'ordinamento nazionale una sorta di rivoluzione copernicana, potendosi davvero evocare la nota immagine [...] della Pubblica Amministrazione trasparente come una “casa di vetro”».

A prescindere, quindi, da ogni interpretazione sul rapporto differenziato o integrato tra le due discipline, va da sé che il significato e la portata dell'accesso civico generalizzato si attagliano perfettamente all'altra “rivoluzione” di questi anni, ossia quella tecnologica che, altrettanto evidentemente, mal si sposa con un impianto normativo risalente al 2005 e in buona parte calibrato su un funzionamento “analogico” e ancora non del tutto *open* delle amministrazioni pubbliche.

L'odierno diritto di accesso riveste, quindi, la natura di preconditione per l'esercizio di ogni altro diritto fondamentale nel nostro ordinamento perché solo conoscere consente di determinarsi, in una visione nuova del rapporto tra potere e cittadino improntata ad un aperto e, perciò stesso, dialettico confronto

---

<sup>13</sup> C. CUDIA, *Pubblicità e diritto alla conoscibilità*, in B. PONTI, *Nuova trasparenza amministrativa e libertà di accesso alle informazioni*, Maggioli Editore, Rimini, 2016, pp. 93 ss; E. CARLONI, *Il nuovo diritto di accesso generalizzato e la persistente centralità degli obblighi di pubblicazione*, in *Dir. amm.*, 2016, pp. 40 ss.

<sup>14</sup> S. CASSESE, *Evoluzione della normativa sulla trasparenza*, in *Giorn. dir. amm., Speciali digitali*, 2018, pp. 1 ss.; M. SAVINO, *Il FOIA italiano e i suoi critici*, in *Dir. amm.*, 2019, pp. 453 ss.

<sup>15</sup> Cons. Stato, ad. plen., 2 aprile 2020, n. 10. Attraverso una lettura della riforma della trasparenza amministrativa tesa a privilegiare, in linea di principio, il diritto dei cittadini alla conoscenza, il Consiglio di Stato ha precisato che non va confusa «da *ratio* dell'istituto con l'interesse del richiedente, che non necessariamente deve essere altruistico o sociale né deve sottostare ad un giudizio di meritevolezza». Si veda anche C. cost., sent. n. 20/2019, dove si chiarisce che il diritto di accesso generalizzato introdotto dal d.lgs. n. 97 del 2016 costituisce «il punto d'arrivo del processo evolutivo che ha condotto all'affermazione del principio di trasparenza amministrativa, che consente la conoscenza diffusa delle informazioni e dei dati detenuti dalle pubbliche amministrazioni».

tra l'interesse pubblico e quello privato<sup>16</sup>. In una lettura siffatta muta anche la declinazione del principio di trasparenza, giacché l'accesso al documento non è più idoneo, di per sé, a soddisfare l'esigenza conoscitiva dell'individuo in quanto quest'ultimo, sempre più collocato in una «società dei dati»<sup>17</sup>, richiede piuttosto all'amministrazione di utilizzare tutte le risorse informatiche atte a trasferirgli il patrimonio informativo pubblico in maniera strutturata, completa e aggiornata<sup>18</sup>.

In un contesto del genere, la disciplina contenuta nella legge 241/1990 è destinata a risultare inadeguata rispetto alle esigenze della realtà amministrativa contemporanea, come dimostra emblematicamente il comma 4 dell'art. 22 dove si esclude ancora l'accessibilità delle «informazioni in possesso di una pubblica amministrazione che non abbiano forma di documento amministrativo».

Sarebbe, al riguardo, imprescindibile ricondurre ad unità le fonti sulla trasparenza, evidenziando, in particolare il fondamentale compito di *data analysis* che spetta alle amministrazioni sui dati di cui è in possesso, sia rispetto alle scelte pubbliche che essa deve assumere, sia con riguardo alla piena conoscenza dell'azione amministrativa che occorre trasferire ai cittadini<sup>19</sup>.

## 2.2. L'esigenza di un corpo normativo unitario

Per ovviare al rischio di lenta agonia di uno strumento normativo a suo tempo tanto dirompende, sarebbe, invero, auspicabile intervenire, non tanto, sui singoli contenuti della legge sul procedimento quanto piuttosto sulla sua stessa struttura.

Seguendo il modello del *Code des relations entre le public et l'administration*<sup>20</sup> adottato in Francia nel 2015, si potrebbe procedere all'adozione di un unico corpo normativo che metta insieme le disposizioni sullo

---

<sup>16</sup> Sul punto, cfr. R. CAVALLO PERIN, *Pubblica Amministrazione e data analysis*, in R. CAVALLO PERIN (a cura di), *L'amministrazione pubblica con i big data: da Torino un dibattito sull'intelligenza artificiale*, Università degli Studi di Torino, Torino, 2021, p. 14, il quale evidenzia che, mentre la disciplina sull'accesso della l. n. 241 del 90 è stata intesa quasi come servente l'attività d'esercizio di funzioni e servizi, «oggi diventa rilevante la questione dell'open data, del superamento del tradizionale modo di pensare l'accesso alle informazioni della pubblica amministrazione perché c'è una rilevanza in sé del dato»; in un contesto di accesso generalizzato tramite le risorse informatiche, «deve essere libero anzitutto qualsiasi accesso ai dati, ai fatti di conoscenza, che danno qualità ad ogni successiva valutazione e innovazione delle persone individue o delle organizzazioni».

<sup>17</sup> Sulla stretta correlazione tra *open data* e *open government*, in una prospettiva di massima apertura conoscitiva e partecipativa del potere pubblico verso i cittadini, cfr. D. LATHROP - L. RUMA, *Open Government: collaboration, transparency, and participation in practice*, O'Reilly, Sebastopol, 2010; V. ZENO-ZENCOVICH, *Ten legal perspectives on the «Big Data Revolution»*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017; G. MANCOSU, *Trasparenza amministrativa e open data: un binomio in fase di rodaggio*, in *federalismi.it*, 2012; G. DE MINICO, *Gli open data: una politica costituzionalmente necessaria?*, in *forumcostituzionale.it*, 2014; V. PAGNANELLI, *Accesso, accessibilità, "open data". Il modello italiano di "open data" pubblico nel contesto europeo*, in *Giornale di storia costituzionale*, 2016, pp. 205 ss.

<sup>18</sup> Fa riferimento all'opportunità di introdurre un sistema di dialogo attraverso il ricorso a un'interfaccia intelligente che affianchi il responsabile del procedimento per comunicare con i cittadini-utenti, D.U. GALETTA, *Digitalización y transparencia: ¿un "responsable de la transparencia" y su "asistente digital" como herramientas del buen gobierno del futuro?*, in *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 96/2018 I, pp. 159 ss.

<sup>19</sup> Sul punto, cfr. R. CAVALLO PERIN, *Pubblica Amministrazione e data analysis*, cit., p. 15.

<sup>20</sup> Il *Code des relations entre le public et l'administration*, entrato in vigore nel 2015 e successivamente integrato da vari atti normativi, tra cui la *loi pour un État au service d'une société de confiance* del 2018 e il décret n° 2020/1119, *relatif à la modernisation*

svolgimento dell'azione amministrativa con quelle sui rapporti tra amministrazioni pubbliche e cittadini e, in particolare, quelle contenute all'interno della legge sul procedimento e del Codice dell'amministrazione digitale. Questo nuovo provvedimento, dal carattere decisamente più innovativo che compilativo, consentirebbe di mettere a sistema ed aggiornare principi e categorie tradizionali della nostra procedura amministrativa di fronte alle nuove istanze della digitalizzazione pubblica.

Rispetto al modello francese, tuttavia, il risultato di questa fusione non dovrà essere l'ennesimo testo unico ipertrofico, ma un provvedimento snello e prevalentemente di indirizzo, secondo un modello già seguito dal legislatore in occasione del Codice dei contratti pubblici nonché proprio rispetto al Codice dell'amministrazione digitale.

Ci si riferisce all'opera di razionalizzazione, delegificazione, nonché deregolamentazione<sup>21</sup> delle disposizioni recate dal CAD, già avviata con il d.lgs. 179 del 2016 e realizzata, specialmente, con il d.lgs. n. 127/2017, che hanno attribuito la competenza ad adottare gran parte delle regole tecniche e di indirizzo sulla digitalizzazione amministrativa all'Agenzia per l'Italia digitale attraverso lo strumento delle linee guida<sup>22</sup>. La scelta del legislatore di ridurre la normativa primaria a favore di uno strumento attuativo più tecnico e flessibile, ampiamente condivisa dal Consiglio di Stato<sup>23</sup>, è stata diretta a garantire un'attuazione tecnico-operativa alle disposizioni di legge ed assicurare, quindi, un adeguamento continuo dell'agire pubblico all'evoluzione tecnologica<sup>24</sup>.

Con riferimento a tale operazione, il Consiglio di Stato ebbe a chiarire che l'introduzione nella normativa di settore di uno strumento di regolazione più flessibile rispetto alle regole tecniche risponde alla necessità di preservare la "neutralità tecnologica" delle disposizioni del Codice, «al fine di evitare il rischio che le

---

*du service public de diffusion du droit par l'internet*, riunisce le regole applicabili ai rapporti tra cittadini e amministrazione, agli atti amministrativi unilaterali, all'accesso ai documenti amministrativi e alla risoluzione delle controversie con l'amministrazione.

<sup>21</sup> Sulla revisione dei criteri di classificazione degli atti normativi determinata dal fenomeno della c.d. fuga dal regolamento, cfr. N. LUPO, *La normazione secondaria e il fenomeno della fuga dalla legge n. 400 del 1988 al vaglio del Comitato per la legislazione*, in *federalismi.it*, 9 febbraio 2018, p. 8-12; A. MOSCARINI, *Sui decreti del Governo di natura non regolamentare che producono effetti normativi*, in *Giur. cost.*, 2008, p. 5075.

<sup>22</sup> Sulla natura e l'efficacia delle linee guida di AgID, sia consentito rinviare a P. FALLETTA, *Le linee guida dell'Agenzia per l'Italia digitale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, pp. 163 ss.

<sup>23</sup> Consiglio di Stato, Commissione speciale, 10 ottobre 2017, n. 2122. Si veda anche, con riferimento alle linee guida di ANAC, Consiglio di Stato, Commissione Speciale, 1° aprile 2016, n. 855 e Consiglio di Stato, Commissione Speciale, 2 agosto 2016, n. 1767.

<sup>24</sup> Sugli obiettivi della c.d. riforma Madia e, in particolare, sulla spinta verso la flessibilità dell'organizzazione e dell'attività amministrativa, cfr. B.G. MATTARELLA, *Il contesto e gli obiettivi della riforma*, in *Giorn. dir. amm.*, 5, 2015, p. 623, il quale evidenzia che l'esigenza di flessibilità si riscontra all'interno delle amministrazioni, «spesso ingessate da regole e prassi introdotte in contesti superati, incapaci di ripensare le scelte organizzative, in difficoltà di fronte allo sviluppo tecnologico». In tale ottica, «la flessibilità serve in primo luogo nelle norme sull'amministrazione digitale, troppo rigide e in parte legate a logiche obsolete: norme che richiedono di essere aggiornate e alleggerite, delegificando la disciplina dove il progresso è troppo rapido perché il legislatore tenga il passo».

previsioni del CAD comportino la necessità di ricorrere a soluzioni e servizi tecnologici non in linea con lo sviluppo, di certo rapido, del settore».

Tali affermazioni varrebbero a maggior ragione ove venisse predisposto un nuovo corpo normativo con la finalità di indirizzare i rinnovati compiti delle amministrazioni pubbliche e con necessità di stare al passo con il presente, senza, tuttavia, rinnegare gli istituti consolidati del nostro sistema amministrativo.

In tale ultimo senso, occorrerà, ovviamente, tener ben presenti consolidati cardini costituzionali, ossia il diritto ad una buona amministrazione enunciato dall'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea - i cui contenuti vanno ricavati anche sulla scorta della giurisprudenza delle Corti UE<sup>25</sup> – e i principi di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost., non a caso invocati costantemente dal Consiglio di Stato proprio rispetto alla normativa sulla digitalizzazione amministrativa, in sede sia consultiva che giurisdizionale.

Di qui, spetterà al legislatore predisporre un corpo normativo “snello” che lasci ampio spazio ad atti attuativi il più possibili chiari, conoscibili, tempestivi e coordinati tra loro. Riprendendo, al riguardo, le parole pronunciate dal Consiglio di Stato in sede consultiva sul nuovo Codice dei contratti pubblici, e successivamente ribadite in occasione del parere sul decreto correttivo al CAD del 2017, occorre, anzitutto, far ricorso a «una moderna e condivisibile scelta politica e culturale di “flessibilità” rispetto a un precedente modello di “iper-regolazione di dettaglio”» che permetta di abbandonare il modello del regolamento esecutivo e attuativo verso strumenti di regolazione per l'appunto più flessibili, tipici delle Autorità indipendenti e delle Agenzie governative.

Questo rinnovato sistema impone, evidentemente, anche un cambiamento soggettivo nella produzione normativa giacché presuppone l'esistenza di una *governance* con una visione strategica del *quomodo* e del *quando* dell'attuazione, cui sia affidato lo specifico compito di redigere un piano di azione della fase attuativa, operando una ricognizione degli atti attuativi, delimitandone la sfera di competenza reciproca, coordinando i soggetti chiamati ad adottarli e monitorandone la tempestiva adozione.

L'istituzione del Ministro per l'Innovazione tecnologica e la Transizione digitale è andata, evidentemente, in questa direzione ed ha rappresentato, infatti, uno degli elementi valutati più positivamente dalla Commissione europea nell'ambito del recente Indice di digitalizzazione dell'economia e della società (DESI) 2022 giacché funzionale all'adozione e al monitoraggio di molte misure strategiche, la cui attuazione è poi affidata ad organi tecnici e, in particolare, al Dipartimento per la Trasformazione Digitale e all'Agenzia per l'Italia Digitale.

---

<sup>25</sup> Sul punto, cfr. D.U. GALETTA, *Digitalizzazione e diritto ad una buona amministrazione (il procedimento amministrativo, fra diritto UE e tecnologie ICT)*, in R. CAVALLO PERIN-D.U. GALETTA, *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, cit., p. 85 ss.

Un esempio concreto di questo nuovo processo riformatore è rappresentato dall'accennata disciplina in materia di documento informatico che, proprio a seguito dell'intervento correttivo al CAD del 2017, è stata, anzitutto, delegificata, attraverso l'abrogazione di svariate disposizioni dei capi II e III del Codice, e contestualmente affidata alla normativa tecnica e di indirizzo contenuta nelle linee guida AGID, attraverso un'opera di ricognizione, selezione e semplificazione della normativa precedentemente sparsa in diversi regolamenti governativi. L'esito di questo processo, "guidato" dal Ministro per l'Innovazione tecnologica e la Transizione digitale, è stata l'approvazione delle linee guida sulla formazione, gestione e conservazione del documento informatico che hanno raggiunto i tre risultati attesi dal Consiglio di Stato nei già citati pareri del 2016 e 2017, ovvero: una semplificazione normativa attraverso il ricorso a una fonte più flessibile; un rafforzamento del principio di legalità procedimentale, attraverso i molteplici strumenti di *better regulation* introdotti dall'art. 71 del CAD (tra cui, la sistematica "consultazione" degli *stakeholders* pubblici e privati interessati); una "testunificazione"<sup>26</sup> delle stesse linee guida attraverso la raccolta e il consolidamento in un unico testo delle regole attuative.

Il tassello mancante di questa operazione - evidentemente non solo sul versante del documento informatico ma anche rispetto, ad esempio, ai citati istituti dell'invalidità del provvedimento o della trasparenza amministrativa - è rappresentato dal deficit di coerenza complessiva del quadro normativo primario, in ragione di una legge generale sul procedimento ancora avulsa da tempi e strumenti della digitalizzazione amministrativa.

In definitiva, il raggiungimento del duplice obiettivo di preservare gli istituti consolidati della nostra tradizione amministrativa e di aggiornarli al nuovo contesto creato dalle ICT passa inevitabilmente per una piena "sincronizzazione" tra il sistema delle fonti e le modalità di funzionamento delle nuove risorse digitali<sup>27</sup>.

Il paragrafo che segue proverà a mettere in luce la necessità di approdare ad una vera e propria *rule of technology*<sup>28</sup> dove la legalità sostanziale dei processi decisionali pubblici va collocata in una dimensione complessiva che non può più prescindere dallo sviluppo e dal funzionamento degli strumenti tecnologici.

### 3. Il nuovo paradigma della decisione algoritmica

Già nel *Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato*, presentato alle Camere il 16 novembre 1979, Massimo Severo Giannini sottolineava che le tecnologie informatiche stessero assumendo un ruolo

<sup>26</sup> Consiglio di Stato, Commissione Speciale, 1° aprile 2016, n. 855, par. II.f).4.

<sup>27</sup> Segnala la necessità di aggiornare gli istituti del procedimento amministrativo attraverso le ICT «come strumento di efficientamento del rapporto Pubblica-Amministrazione-cittadino in una prospettiva che possa corrispondere all'idea della buona amministrazione», D.U. GALETTA, *op. cit.*, p. 88 ss.

<sup>28</sup> A. SIMONCINI, *Amministrazione digitale algoritmica. Il quadro costituzionale*, in R. CAVALLO PERIN-D.U. GALETTA, *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, *cit.*, p. 16 ss.

sempre più pregnante per l'esercizio della funzione pubblica<sup>29</sup>. Secondo la sua osservazione, gli elaboratori elettronici che dapprima venivano utilizzati soltanto per la registrazione di dati complessi, col tempo sarebbero diventati «apparecchi di accertamento e verifica, di calcolo e di partecipazione a fasi procedurali di istruttoria, ed infine di decisione».

A distanza di oltre quarant'anni, l'utilizzo delle ICTs ha effettivamente pervaso ogni ambito delle vicende umane, ivi compreso, evidentemente, il dispiegarsi dell'azione pubblica, che viene spinta sempre più verso un livello avanzato di automazione ed interconnessione.

In particolare, attraverso l'innovazione tecnologica, è possibile non solo automatizzare procedure che richiedono l'analisi di un numero notevole di informazioni e documenti, ma anche svolgere compiti sin qui preclusi come, ad esempio, effettuare calcoli altamente probabilistici sul verificarsi di determinati eventi o scoprire correlazioni e inferenze tra i dati analizzati.

In tale contesto, la decisione giuridica è sempre più destinata a divenire il risultato di un procedimento «*entre le machine et l'humain*»<sup>30</sup>, in cui le formule algoritmiche offrono il vantaggio di risolvere questioni complesse con strumenti estremamente potenti e razionali, mentre l'individuo garantisce il corretto funzionamento dei procedimenti di calcolo e la loro rispondenza a principi e regole del diritto amministrativo<sup>31</sup>.

Questa relazione tra uomo e macchina impone, tuttavia, scelte spesso complesse e, talvolta, financo «tragiche». Ciò accade quando, per effetto dei già segnalati mutamenti nella percezione del tempo e nell'ambito delle possibilità, l'individuo – inteso come legislatore o funzionario pubblico – può ricorrere a strumenti algoritmici ben differenti dai semplici calcolatori. Per risolvere casi sempre più numerosi e disparati, il decisore pubblico ha, infatti, oggi a disposizione, non solo, algoritmi che, partendo da una serie di dati iniziali, si limitano a seguire un calcolo lineare verso un risultato prevedibile *a priori*, ma anche prodotti dell'intelligenza artificiale di natura non deterministica, giacché costituiti da operazioni di calcolo che, a partire da un insieme di dati, portano a risultati diversi in relazione alle scelte compiute nel corso della procedura<sup>32</sup>. Si tratta, in particolare, di *software* che, attraverso sistemi automatici di apprendimento,

---

<sup>29</sup> M.S. GIANNINI, *Rapporto sui principali problemi dell'Amministrazione dello Stato*, evidenziava già allora che «i sistemi amministrativi non servono più alle amministrazioni per fatti di gestione interna, ma servono proprio per amministrare, si proiettano cioè sempre più verso l'esterno».

<sup>30</sup> D. BOURCIER, *La decision artificielle. Le droit, la machine et l'humain*, PUF, Paris, 1995.

<sup>31</sup> Sul punto, cfr. G. ORSONI-E. D'ORLANDO, *Nuove prospettive dell'amministrazione digitale: Open Data e algoritmi*, in *Istituzioni del federalismo*, 3, 2019, pp. 593 ss.

<sup>32</sup> Sul funzionamento degli algoritmi non deterministici, cfr. E. ALPAYDIN, *Introduction to Machine Learning*, The MIT Press, Cambridge-London, 2010, p. 1 ss., e F. PASQUALE, *The black box society: The secret algorithms that control money and information*, Harvard University Press, Cambridge-London, 2015, p. 3, il quale chiarisce così il dilemma del funzionamento algoritmico come una «black box»: «The term “black box” is a useful metaphor for doing so, given its own dual meaning. It can refer to a recording device, like the data-monitoring systems in planes, trains, and cars. Or it can mean a system whose workings are mysterious; we can observe its inputs and outputs, but we cannot tell how one becomes the other.

producono altrettanto automaticamente criteri di inferenza, non prevedibili né comprensibili da parte degli stessi programmatori<sup>33</sup> ma che sono spesso imprescindibili perché permettono di sfruttare al massimo il valore dei dati, consentendo alle amministrazioni di utilizzare le informazioni a disposizione per svolgere proiezioni future e prendere, quindi, decisioni di “comprovata predittività”<sup>34</sup>.

Le criticità che derivano dalla scelta in favore di algoritmi di questo tipo sono, tuttavia, numerose e inevitabili all’interno dell’attuale sistema amministrativo, specie in relazione alla tutela della persona<sup>35</sup>.

*Machine learning* e *deep learning* rischiano, infatti, di essere incompatibili, anzitutto, con il *right to a good administration* sancito dall’art. 42 della Carta Europea dei Diritti Fondamentali, che tutela il diritto dell’individuo di venire adeguatamente informato sulle ragioni della decisione da cui può subire effetti avversi<sup>36</sup>. L’autonoma razionalità di queste forme di intelligenza artificiale mettono, altresì, a rischio l’attività di bilanciamento tipica dell’azione amministrativa, nonché il principio dell’imputabilità pubblica dell’atto e della conseguente responsabilità per la sua adozione<sup>37</sup>.

Sono rischi che non sono passati ovviamente inosservati a chi deve regolare o verificare la legittimità delle decisioni algoritmiche e, in proposito, sono già copiosi e rilevanti gli interventi degli organi europei e del nostro giudice amministrativo volti a mettere ordine in un contesto così delicato.

---

We face these two meanings daily: tracked ever more closely by firms and government, we have no clear idea of just how far much of this information can travel, how it is used, or its consequences».

<sup>33</sup> A. SIMONCINI, *L’algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2019, pp. 78-79; S. VERNILE, *Verso la decisione amministrativa algoritmica*, in *Medialans – Rivista di diritto dei media*, 2, 2020, pp. 147 ss; F. COSTANTINO, *Rischi e opportunità del ricorso delle amministrazioni alle predizioni dei big data*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2019, pp. 43 ss.

<sup>34</sup> Sull’uso predittivo dei dati, cfr. M. MACIEJEWSKI, *To do more, better, faster and more cheaply: using big data in public administration*, in *Int. Rev. Admin. Sciences*, 2017, pp. 120 ss.; R. ANGELINI, *Intelligenza artificiale e governance. Alcune riflessioni di sistema*, in *astrid-online.it*, 2017. Sulla rilevanza dei dati nel processo decisionale dell’Amministrazione, cfr. G. CARULLO, *Gestione, fruizione e diffusione dei dati dell’amministrazione digitale e funzione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2018; E. CARLONI, *La qualità delle informazioni pubbliche. L’esperienza italiana nella prospettiva comparata*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, p. 155; M. FALCONE, *Big data e pubbliche amministrazioni: nuove prospettive per la funzione conoscitiva pubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, p. 601; F. COSTANTINO, *Intelligenza artificiale e decisioni amministrative*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, fasc. 8, 2017, pp. 357 ss.; M. TRESKA, *Big data, open data e algoritmi: i dati al servizio della pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, p. 546. Sulle criticità nella raccolta di big data da parte del decisore pubblico, cfr. D.L. RUBINFELD - M.S. GAL, *Access Barriers to Big Data*, in *Arizona Law Review*, 2017, pp. 339 ss.

<sup>35</sup> Sul punto, B. CAROTTI, *Algoritmi e poteri pubblici: un rapporto incendiario*, in *Giorn. dir. amm.*, 1, 2020, p. 9, evidenzia che «i problemi che tali meccanismi pongono in tema di tutela della persona sono siderali, quanto a riservatezza compressione, ingerenza del potere pubblico nella sfera privata: si tratta obiettivamente di un grande occhio divenuto realtà»

<sup>36</sup> A. SIMONCINI, *L’algoritmo incostituzionale*, cit., p. 78. R. CALO, *Artificial Intelligence Policy: a Primer and Roadmap*, in *51 University of California Davis Law Review*, 2017, pp. 413-415. J.B. AUBY, *Le droit administrative face aux défis du numérique*, in *Actualité Juridique Droit Administratif*, 2018, pp. 835 ss.

<sup>37</sup> I.M. DELGADO, *Automazione, intelligenza artificiale e pubblica amministrazione: vecchie categorie concettuali per nuovi problemi?*, in *Istituzioni del federalismo*, 3, 2019, p. 645, si chiede «se gli standard e le garanzie che abbiamo originariamente sviluppato nel diritto amministrativo come scienza giuridica siano ancora utili o se, invece, bisogna cominciare a trovarne altre».

Sul versante europeo, si è scelto, anzitutto, di insistere - a partire dalla Strategia europea per l'IA del 2018<sup>38</sup> sino alla recentissima Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali per il decennio digitale<sup>39</sup> - su taluni principi fondamentali che devono rappresentare il parametro di legalità delle decisioni algoritmiche. Al riguardo, è stato riconosciuto particolare rilievo all'intellegibilità di tali decisioni e, quindi, alla necessità di «garantire la massima trasparenza in merito all'uso degli algoritmi e dell'intelligenza artificiale per fare in modo che le persone, quando interagiscono con essi, siano autonome, responsabili e informate»<sup>40</sup>. Pari rilievo è stato riconosciuto all'auspicio che i sistemi algoritmici si basino su insiemi di dati adeguati al fine di evitare discriminazioni illecite<sup>41</sup> e consentano la supervisione umana dei risultati che riguardano le persone. Inoltre, è stata sottolineata la necessità di garantire il diritto di ricorso e di tutela nei casi in cui l'intelligenza artificiale sia impiegata per decisioni che comportino rischi significativi per i diritti e le libertà delle persone o possano arrecare loro danno.

Questo approccio di tipo precauzionale degli atti europei di *soft law* è stato ripreso e rimarcato nella proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che intende stabilire norme armonizzate in materia di intelligenza artificiale<sup>42</sup>. La proposta, volta soprattutto a regolare il ricorso all'IA nel settore privato, evidenzia come la direzione seguita dal legislatore europeo sia in linea con quella già adottata dal GDPR in materia di protezione dei dati giacché, in una logica di *risk assessment*, fissa i requisiti minimi necessari per affrontare rischi e problemi collegati all'intelligenza artificiale, senza limitare od ostacolare indebitamente lo sviluppo tecnologico o altrimenti aumentare in modo sproporzionato il costo dell'immissione sul mercato di soluzioni di IA<sup>43</sup>.

---

<sup>38</sup> La strategia europea per l'IA - COM(2018) 237 del 25 aprile 2018, ha avviato un percorso europeo di rafforzamento della cooperazione in materia di IA in tutta l'UE per promuoverne la competitività e garantire la fiducia basata sui valori dell'UE, proseguito con l'approvazione degli Orientamenti per una PA affidabile - COM(2019) 168 dell'8 aprile 2019, e il Libro bianco sull'intelligenza artificiale - COM(2020) 65 del 19 febbraio 2020.

<sup>39</sup> Il 22 gennaio 2022, la Commissione ha proposto al Parlamento europeo e al Consiglio di sottoscrivere una dichiarazione sui diritti e i principi che guideranno la trasformazione digitale nell'UE. La dichiarazione - COM(2022) 28 del 26 gennaio 2022 si basa sulle precedenti iniziative del Consiglio, tra cui la dichiarazione di Tallinn sull'e-government, la dichiarazione di Berlino sulla società digitale e su un governo digitale fondato sui valori, e la dichiarazione di Lisbona - "Democrazia digitale con uno scopo" riguardanti un modello di trasformazione digitale che rafforzi la dimensione umana dell'ecosistema digitale, con il mercato unico digitale come fulcro.

<sup>40</sup> Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali per il decennio digitale, Capitolo III: libertà di scelta.

<sup>41</sup> Sottolinea il rischio che, a fronte di una richiesta sempre maggiore di dati, aumentino i canali di reperimento anche «con mezzi spesso poco comprensibili o non trasparenti (se non illeciti)», B. CAROTTI, *Algoritmi e poteri pubblici: un rapporto incendiario*, cit., p. 7.

<sup>42</sup> Obiettivi specifici della proposta di Regolamento, individuati nel par. 1.1 della relazione di accompagnamento, sono: assicurare che i sistemi di IA immessi sul mercato dell'Unione e utilizzati siano sicuri e rispettino la normativa vigente in materia di diritti fondamentali e i valori dell'Unione; assicurare la certezza del diritto per facilitare gli investimenti e l'innovazione nell'intelligenza artificiale; migliorare la governance e l'applicazione effettiva della normativa esistente in materia di diritti fondamentali e requisiti di sicurezza applicabili ai sistemi di IA; facilitare lo sviluppo di un mercato unico per applicazioni di IA lecite, sicure e affidabili nonché prevenire la frammentazione del mercato.

<sup>43</sup> In merito all'utilizzo dell'IA da parte delle amministrazioni pubbliche, il considerando 37 chiarisce che il regolamento «non dovrebbe ostacolare lo sviluppo e l'utilizzo di approcci innovativi nella pubblica amministrazione, che trarrebbero

In altri termini, gli organi europei hanno predisposto un sistema normativo incentrato su un *risk based approach* e su un impatto minimo rispetto al mercato, per cui l'intervento normativo è adattato alle situazioni concrete nelle quali sussiste un motivo di preoccupazione giustificato o in cui tale preoccupazione può essere ragionevolmente prevista nel prossimo futuro. In tal senso, il quadro giuridico comprende meccanismi flessibili che fanno sì che «esso possa essere adeguato dinamicamente all'evoluzione della tecnologia e all'emergere di nuove situazioni di preoccupazione»<sup>44</sup>.

L'approccio europeo è stato, in qualche modo, prescelto anche dal nostro giudice amministrativo in alcune sentenze adottate a partire dal 2019, caratterizzate da una considerevole apertura verso le risorse dell'intelligenza artificiale. Al riguardo, il Consiglio di Stato<sup>45</sup>, anche in parziale contrasto con il giudice di prime cure<sup>46</sup>, ha riassunto le indicazioni europee attraverso l'affermazione di tre principi fondamentali: il principio di conoscibilità e comprensibilità dell'algoritmo, che consiste, anzitutto, nel diritto a ricevere informazioni significative sull'esistenza di procedimenti algoritmici e sulla logica utilizzata dall'amministrazione; il principio di non esclusività della decisione algoritmica, che conferisce il diritto a che tale decisione non sia basata unicamente su un processo automatizzato ma che sia sempre previsto un controllo sulla logicità e legittimità del soggetto responsabile; e il principio di non discriminazione algoritmica, secondo cui nell'attività matematica e statistica di profilazione deve essere assicurata la rettifica dei dati e minimizzato il rischio di errori, per evitare che si producano effetti discriminatori nei confronti di persone fisiche sulla base di taluni fattori, quali ad esempio l'origine etnica, l'orientamento sessuale, lo stato di salute, le opinioni politiche.

In sostanza, la prospettiva tracciata sin qui in ambito europeo e nazionale è incentrata sulla mitigazione dei rischi connessi all'uso degli algoritmi attraverso la predefinitone di principi chiave che devono guidare l'azione dei poteri pubblici. Soprattutto il Consiglio di Stato, pur consapevole della necessità di procedere ad un cambiamento strutturale nell'esercizio del potere pubblico, ha fatto leva sul rispetto dei criteri

---

beneficio da un uso più ampio di sistemi di IA conformi e sicuri, a condizione che tali sistemi non comportino un rischio alto per le persone fisiche e giuridiche»

<sup>44</sup> Cfr. par. 1.1 della relazione di accompagnamento alla proposta di regolamento.

<sup>45</sup> Cfr. sentenze n. 2270 e n. 8472 del 2019, e n. 881 del 2020. Per un commento più dettagliato delle sentenze, cfr. G. PESCE, *Il Consiglio di Stato ed il vizio della opacità dell'algoritmo tra diritto interno e diritto sovranazionale*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2020.

<sup>46</sup> Rispetto al T.a.r. Lazio (in particolare, sentenze n. 12026 del 2016, e nn. 6606 e 9230 del 2019), il Consiglio di Stato ha, anzitutto, chiarito l'insussistenza di «ragioni di principio, ovvero concrete, per limitare l'utilizzo all'attività amministrativa vincolata piuttosto che discrezionale, entrambe espressione di attività autoritativa svolta nel perseguimento del pubblico interesse». Da qui, ha evidenziato che «l'utilizzo di una procedura informatica che conduca direttamente alla decisione finale non deve essere stigmatizzata, ma anzi, in linea di massima, incoraggiata: essa comporta infatti numerosi vantaggi quali, ad esempio, la notevole riduzione della tempistica procedimentale per operazioni meramente ripetitive e prive di discrezionalità, l'esclusione di interferenze dovute a negligenza (o peggio dolo) del funzionario (essere umano) e la conseguente maggior garanzia di imparzialità della decisione automatizzata».

fondanti il giusto procedimento amministrativo per preservare gli strumenti di difesa in favore del cittadino<sup>47</sup>.

Si è tentato, in altri termini, di riadattare istituti e categorie tradizionali dell'azione amministrativa per evitare di compromettere il mantenimento delle garanzie dei cittadini nei confronti della pubblica amministrazione, nonostante l'automazione delle decisioni. In quest'ottica, il ricorso a formule algoritmiche anche oltre le procedure standardizzate o seriali, ossia nell'ambito dell'attività amministrativa discrezionale, è stato ammesso in virtù dei principi sull'autolimita della pubblica amministrazione, spostando l'esercizio del potere al momento della redazione di una sorta di atto amministrativo presupposto che contiene i criteri e i parametri applicabili dalla formula algoritmica<sup>48</sup>. In questo modo, la predeterminazione dei criteri diviene determinante, anche in termini di trasparenza e controllo dell'attività in questione, perché consuma il potere discrezionale nella sua fase più tipica e aperta, peraltro, alla partecipazione degli interessati al procedimento<sup>49</sup>.

In realtà, questo tentativo di mediare tra evoluzione tecnologica e tradizione giuridica può reggere fino a un certo punto, e lo stesso Consiglio di Stato sottolinea che «l'utilizzo di procedure “robotizzate” non può, tuttavia, essere motivo di elusione dei principi che conformano il nostro ordinamento e che regolano lo svolgersi dell'attività amministrativa». Gli stessi principi rielaborati dal Consiglio di Stato, sulla scorta dell'esperienza europea e della disciplina sulla protezione dei dati in particolare, risultano di per sé trasfigurati rispetto al loro significato tradizionale e spalancano le porte ad una trasformazione ben più profonda dell'agire pubblico.

In merito alla reinterpretazione del principio di trasparenza, la pretesa che la formula e il funzionamento dell'algoritmo risultino conoscibili e comprensibili si rivela estremamente debole di fronte ai già accennati

---

<sup>47</sup> Sul punto, cfr. L. CASINI, *Lo Stato nell'era di google. Frontiere e sfide globali*, Mondadori Università, Milano, 2020, pp. 20 ss., il quale evidenzia, comunque, che lo sviluppo continuo delle risorse algoritmiche svela pur sempre la precarietà dell'equilibrio tra buon andamento dell'azione amministrativa e garanzie a favore del cittadino.

<sup>48</sup> Così R. FERRARA, *Il giudice amministrativo e gli algoritmi. Note estemporanea a margine di un recente dibattito giurisprudenziale*, in *Dir. Amm.*, 4, 2019, pp. 773 ss. In generale, sul concetto di autolimita della pubblica amministrazione, cfr. P.M. VIPIANA, *L'autolimita della pubblica amministrazione. L'attività amministrativa fra coerenza e flessibilità*, Giuffrè, Milano, 1990, e A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1997, pp. 247 ss., secondo cui la predeterminazione dell'azione pubblica accrescerebbe anche il grado di prevedibilità delle decisioni amministrative, facendo sorgere, di conseguenza, in capo agli amministrati un legittimo affidamento in ordine all'esito dell'azione stessa. A tal riguardo, l'A. esprime un giudizio contrario all'utilizzo dei termini “autolimita” o “autovincolo”, in quanto locuzioni che sembrano attribuire all'istituto una connotazione negativa, cioè di limite alla discrezionalità, e non valorizzerebbero la funzione propulsiva della futura azione discrezionale esercitata dal fenomeno in questione.

<sup>49</sup> Sul punto, S. VERNILE, *Verso la decisione amministrativa algoritmica*, cit., pp. 145 ss., e A. MASUCCI, *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie. Il procedimento amministrativo elettronico ad istanza di parte*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 93-94, il quale evidenzia come sia possibile l'adozione dell'atto amministrativo discrezionale mediante computer «quando possono essere predeterminati dalla stessa amministrazione in via generale i criteri secondo i quali il potere discrezionale dovrà essere esercitato nei singoli casi [...] Si tratta di una “predeterminazione” dei criteri dell'esercizio del potere discrezionale del tutto legittima, che trova conferma in diverse previsioni legislative».

strumenti di *machine learning* e *deep learning*, non sempre intellegibili secondo criteri logico-razionali. Ad essere trasparente, in questi casi, può essere semmai il processo di selezione dello strumento di IA, sotto il profilo di una sua già avvenuta sperimentazione e dei risultati prodotti, o delle competenze tecnologiche di chi lo ha elaborato<sup>50</sup>.

Quanto al principio di non esclusività della decisione algoritmica, appare ancora più incerto l'affidamento verso un contributo umano che sia in grado di controllare ed eventualmente correggere la decisione stessa. Spesso, infatti, il decisore pubblico non può intervenire, a causa del funzionamento non deterministico dell'algoritmo, o non vuole farlo, atteso il “conforto” scientifico che la risorsa matematica gli garantisce, anche in termini di contenimento della propria responsabilità<sup>51</sup>.

Infine, lo stesso principio di non discriminazione non è più legato all'esercizio in sé del potere discrezionale quanto piuttosto alla completezza e attendibilità dei dati immessi nella formula algoritmica. Anche in questo caso, infatti, il contributo umano si risolve in un momento pre-decisionale, ossia nell'immissione dei dati di input che verranno poi processati dagli automatismi informatici.

In definitiva, si assiste ad una riduzione considerevole della tradizionale distinzione tra attività vincolata e attività discrezionale, poiché in entrambi i casi la legittimità del provvedimento dipende da azioni materiali, per quanto complesse e rilevanti, mentre la decisione vera e propria è delegata a processi logici difficilmente controllabili e, quindi, tendenzialmente insindacabili<sup>52</sup>.

In altri termini, benché il Consiglio di Stato abbia seguito l'approccio precauzionale professato in sede europea<sup>53</sup>, si è rimasti, tuttavia, ancorati a una mediazione giuridica fondata su categorie non più compatibili con le potenziali applicazioni dell'intelligenza artificiale all'attività amministrativa. Governare

---

<sup>50</sup> Cfr. C. COGLIANESE-D. LEHR, *Transparency and algorithmic governance*, in *Administrative Law Review*, vol. 71, 2019, dopo aver premesso che «what such a future will mean for liberty and democracy will depend to a significant degree on the extent to which these algorithms and their functioning can be made transparent to the public» (p. 3), rilevano che, nonostante la *fishbowl transparency* risulti in realtà *translucent* quando si ricorre ad algoritmi di *machine learning* (p. 25), è però frequente che «well-designed algorithms may increase public trust by achieving faster and fairer outcomes for those individuals who interact with government agencies and are subject to their decisions» (pp. 55-56).

<sup>51</sup> A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale*, cit., p. 81.

<sup>52</sup> Sul punto, cfr. F. PATRONI GRIFFI, *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 28.08.2018, p. 5, il quale evidenzia che, nell'ambito della decisione robotizzata, «vada sfumando, fino ad annullarsi, ogni distinzione tra legittimità (sindacabile) e merito (insindacabile) dell'azione amministrativa».

<sup>53</sup> M. SIMONCINI, *L'agire provvedimentale dell'amministrazione e le sfide dell'innovazione tecnologica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, p. 539, nel rimarcare l'approccio precauzionale adottato dal giudice amministrativo «in assenza di adeguati strumenti regolatori ed efficaci rimedi», segnala, tuttavia, che «la mediazione giuridica dello sviluppo tecnologico rischia di bloccare le future applicazioni dell'intelligenza artificiale all'attività amministrativa». Per un'analisi attenta e complessiva dell'applicazione del principio precauzionale sulle decisioni algoritmiche, cfr. P. ZUDDAS, *Pregiudizi digitali e principio di precauzione*, in *Consulta on line*, 2020, pp. 419 ss., il quale, rifacendosi alla distinzione tra versioni “forti” e versioni “deboli” del principio di precauzione, evidenzia che, rispetto all'evoluzione tecnologica, ciascuna variante sconta specifiche limitazioni, in quanto «le versioni “forti” riescono ad imporre adeguate restrizioni alle tecnologie future (a garanzia degli interessi che intendono proteggere), ma conducono sovente a direttive operative contraddittorie» mentre le versioni “deboli”, che rappresentano il modello prevalente in Italia e in Europa, «talvolta si rivelano inefficaci, non riuscendo ad opporre alcuna restrizione allo sviluppo di tecnologie potenzialmente dannose».

efficacemente la rivoluzione algoritmica impone, piuttosto, di predisporre nuovi modelli regolatori basati sulla valutazione e gestione del rischio<sup>54</sup>, in linea con l'accennata proposta di regolamento europeo in materia di intelligenza artificiale. Stanti, infatti, i limiti sulla conoscibilità della logica algoritmica e sull'intervento correttivo del decisore umano, vanno individuate ulteriori forme di tutela dei destinatari dei provvedimenti, basate sulla mitigazione *ex ante* dei rischi connessi al funzionamento degli algoritmi più sofisticati.

Risulta, al riguardo, imprescindibile l'introduzione di principi e regole sulla formazione e l'aggiornamento delle banche dati pubbliche, sull'analisi di impatto e sulle tecniche di monitoraggio della regola tecnica, o ancora sul ricorso a prove di attendibilità delle procedure automatizzate<sup>55</sup>. Da qui, potrà derivare una maggiore imparzialità, efficacia e speditezza dell'azione amministrativa, nonché, al contempo, un effettivo riconoscimento dei diritti di cittadinanza digitale, sin qui, a più riprese declamati, ma assai poco garantiti.

#### 4. Considerazioni conclusive

L'analisi sin qui svolta ha evidenziato la necessità che il diritto amministrativo sia in grado di assorbire la straordinaria complessità dell'ambiente tecnologico attraverso una profonda ristrutturazione del sistema delle fonti e dell'azione pubblica.

Anche sul versante organizzativo occorrerà, ovviamente, intervenire accelerando la “dematerializzazione” degli apparati pubblici e rafforzando la centralità di strutture che funzionino con modalità flessibili e siano in grado di fornire risposte altamente tecniche e inevitabilmente “neutrali”.

Si tratta di un processo in atto già da diversi anni in Europa e in Italia dove la trasformazione digitale dei servizi pubblici, la creazione di piattaforme e *software*, il contributo partecipativo dei cittadini alle scelte normative e programmatiche in ambito tecnologico sono sempre più promosse e accompagnate da strutture *cross-cutting* come l'Agenzia per l'Italia digitale, PagoPA S.p.A. e il Dipartimento per la trasformazione digitale<sup>56</sup>.

---

<sup>54</sup> M. SIMONCINI, *op. cit.*, evidenzia che «per consentire all'amministrazione di sfruttare l'intelligenza artificiale si rende, quindi, necessaria la ricerca di nuovi strumenti di regolazione del rischio che consentano di tutelare i diritti individuali nell'ambiente robotizzato. Occorre cioè identificare nuovi regimi regolatori che consentano all'amministrazione di rispondere dei propri procedimenti decisionali che si avvalgano dell'intelligenza artificiale». Sulla misurazione e la gestione del rischio in relazione all'uso di algoritmi di *machine learning*, cfr. C. COGLIANESE-D. LEHR, *Regulating by Robot: Administrative Decision Making in the Machine-Learning Era*, in *Georgetown Law Journal*, 2017, pp. 1147 ss.

<sup>55</sup> Sul punto, P. ZUDDAS, *Intelligenza artificiale e discriminazioni*, in *Consulta on line*, 2020, p. 15, riprendendo lo spunto offerto dalla *Carta etica europea sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari*, considera tra le azioni più utili per fronteggiare adeguatamente le situazioni di incertezza rispetto agli effetti discriminatori dei sistemi di *machine learning*, «l'effettuazione di uno stress-test sull'impiego di algoritmi nell'amministrazione della giustizia teso a valutare il loro impatto sulla protezione dei dati personali e sui diritti previsti dalla CEDU (incluso il rispetto del principio di eguaglianza)». Sull'applicazione del principio di precauzione nella sua versione più radicale come unico modello in grado di contenere il rischio di effetti discriminatori dell'algoritmo, cfr. A. SIMONCINI-S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma nell'intelligenza artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2019, pp. 97 ss.

<sup>56</sup> B. CAROTTI, *Algoritmi e poteri pubblici: un rapporto incendiario*, *cit.*, p. 9.

La digitalizzazione di processi e servizi pubblici caratterizza, inoltre, molte delle politiche e degli interventi di riforma del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e costituisce uno dei tre assi strategici, condivisi a livello europeo, intorno a cui il Piano si sviluppa. Il forte investimento previsto per infrastrutture digitali, servizi pubblici *on line* e competenze e formazione in ambito tecnologico potrà senz'altro ridisegnare il volto delle nostre amministrazioni pubbliche, ancora in una fase embrionale del processo di transizione. È chiaro che una rivoluzione di questo tipo non sarà solo foriera di implicazioni giuridiche ma si innesterà in un equilibrio sistemico ben più ampio contribuendo a qualificare l'annoso rapporto tra uomo e tecnologia.

In particolare, il sotto-sistema giuridico dovrà sviluppare strategie che riducano le complessità temporali, materiali e simboliche dell'ambiente tecnologico, attraverso scelte altrettanto complesse, dinamiche e differenziate<sup>57</sup>. In tale prospettiva, la coerenza del quadro normativo e dell'assetto organizzativo e un radicale controllo dei rischi della decisione robotica potranno contribuire a preservare la mediazione giuridica sullo sviluppo dell'intelligenza artificiale, non già con la pretesa di governare l'evoluzione tecnologica ma quanto meno con l'obiettivo di conviverci, riducendone le complessità.

Sulla capacità del fenomeno giuridico di raggiungere un corretto equilibrio sistemico rispetto all'ambiente tecnologico si gioca ovviamente anche il futuro ruolo dell'individuo all'interno di questo stesso ambiente. L'auspicio, al riguardo, è che, nonostante l'estrema complessità, variabilità e imprevedibilità della realtà digitale, rimanga viva la previsione secondo cui «finché gli esseri umani non saranno completamente eliminati dalla produzione, finché resteranno necessari, sarà pressoché impossibile eliminare anche l'importanza che giocano le loro soddisfazioni, le loro motivazioni, e dunque i sentimenti collettivi»<sup>58</sup>.

---

<sup>57</sup> Su questi temi, cfr. N. LUHMANN, *Stato diritto e sistema sociale*, trad. it. di F. Spalla, Guida, Napoli, 1984.

<sup>58</sup> E.J. HOBSBAWM, *Intervista sul nuovo secolo*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2000, pp. 117-118.