

L'USO DEGLI ALGORITMI NELLA ATTIVITA' AMMINISTRATIVA DISCREZIONALE

MARIANGELA FERRARI
*Professore aggregato
nell'Università di Milano-Bicocca*

SOMMARIO: 1. Ammissibilità dell'utilizzo degli algoritmi nell'esercizio del potere amministrativo. – 2. La formazione della decisione amministrativa. – 3. Sulla piena conoscibilità a monte del modulo e dei criteri applicati. – 4. Tra esigenze contrastanti di trasparenza, riservatezza e segreto industriale o commerciale. – 5. Sul versante della verifica degli esiti e della relativa imputabilità. – 6. Il principio di non esclusività della decisione algoritmica. – 7. Il principio di non discriminazione. – 8. Responsabilità da uso di algoritmi. – 9. Conclusioni.

1. – L'utilizzo degli algoritmi da parte della PA nelle procedure amministrative è un tema di estrema attualità, vista anche la tendenza europea, a guardare alla digitalizzazione di una buona parte dell'amministrazione e della Giustizia, come a un traguardo fondamentale.

Sino ad ora l'impiego di questi strumenti tecnologici complessi era stato riconosciuto in giurisprudenza¹ nell'ambito dei c.d. atti vincolati, per i quali “prevedere un ragionamento automatico, predefinito rispetto ad uno schema sistemico, può consentire un incremento di efficienza e rapidità nell'espletamento della procedura, contribuendo alla percezione di esse come valori decisamente apprezzati dall'utenza”², ma il tentativo di estendere il *modus operandi* all'attività amministrativa discrezionale era stato frenato e si era infranto di fronte all'unicità del giudizio umano nella valutazione del singolo fatto³.

Di recente il Consiglio di Stato⁴ ha imposto un'accelerazione, individuando condizioni che rendano possibile applicare gli algoritmi anche nelle procedure discrezionali infrangendo rigidi confini in una tempestiva e

¹ Il riferimento è alla pronuncia Cass., 8 aprile 2019, n. 2270, che per prima ha trattato il tema dell'ammissibilità degli algoritmi nelle procedure amministrative.

² Cfr. M. FERRARI, *La seducente perfezione di algoritmi e intelligenza artificiale nelle procedure amministrative alla luce dei modelli di responsabilità civile*, in *Diritto di internet*, 2020, 1, 179 ss.

³ L. BREGGIA, *Prevedibilità, predittività e umanità nella soluzione dei conflitti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, 395 ss.

⁴ Il riferimento è alle tre sentenze gemelle del Cons. Stato, 13 dicembre 2019, nn. 8472 – 8473 – 8474.

meditata riflessione su una questione non più rinviabile, ma destando qualche perplessità nei risultati proposti.

Lo spunto per la riflessione si è manifestato nell'ambito di una vertenza relativa alla procedura nazionale di mobilità dei docenti della scuola, in relazione al piano straordinario di assunzioni previsto per legge (L. n. 107/2015), in cui alcuni di essi si erano visti assegnati in sedi territorialmente disagiate rispetto alle proprie richieste e alle priorità indicate, pur essendo disponibili posti più vicini, a causa del fatto che la procedura era stata demandata dal Ministero a un algoritmo affatto sconosciuto e malfunzionante.

Il tentativo di far chiarezza costringe l'interprete ad una riflessione su un tema di grande attualità destinato ad occupare sempre più spazio per la rapida diffusione con la quale esso si propaga, data la falsa e instabile convinzione che la tecnologia è certamente migliore dell'uomo, fallace per natura⁵.

Una prima condivisibile certezza è la manifesta necessità che "...anche la pubblica amministrazione debba poter sfruttare le rilevanti potenzialità della c.d. rivoluzione digitale"; è auspicabile che i nuovi strumenti di tecnologia avanzata possano essere utilizzati nelle attività più variegata realizzate quotidianamente dall'uomo, anche in quella amministrativa in senso ampio, poiché siamo convinti che il progresso debba essere al servizio dell'Uomo e non il contrario.

Ma, non ci si può nascondere che algoritmi, IA, tecnologia applicata appartengono allo studio delle c.d. scienze dure (*hard science* come la fisica e la chimica), che spiccano nella loro assoluta diversità da quelle di natura umanistica (*soft science*), quale è il diritto; esse sottostanno a regole matematiche o fisiche, di razionalità e logica che spesso si distinguono da quei criteri ermeneutici cui la legge è abituata, di approfondimento della volontà comune alle parti coinvolte, dello sforzo di apprendimento del significato delle diverse manifestazioni di volontà, di *favor* della parte più debole, di adeguamento dei disposti normativi ai costumi e alla mentalità della società che evolve nel tempo, così che i significati vengono modificati e adeguati al nuovo modo di vivere e di essere nella società. Alla rigidità della scienza dura, indifferente alle regole di etica e morale, e altresì legata a formule, teoremi e dimostrazioni inopinabili, si contrappongono la fluidità e mutevolezza tipiche delle scienze giuridiche, soggette a canoni interpretativi in costante evoluzione con i tempi.

⁵ Sulle questioni ivi trattate v. M. MANCARELLA, *Algoritmo e atto amministrativo informatico: le basi nel CAD*, in *Diritto di internet*, 2019, 469; S. CRISCI, *Evoluzione tecnologica e trasparenza nei provvedimenti "algoritmici"*, *ibidem*, 2019, 380.

È per questo che i due mondi necessitano di una mediazione per comprendersi, che non può che venire dall'uomo, dalla sua natura di soggetto che cerca, attraverso la conoscenza, di implementare procedure rapide, trasparenti, economiche, in attuazione del disposto costituzionale che impone il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione (art. 97 Cost.), e, tentando di domare la rigidità della tecnica per applicarla alla flessibilità del diritto, intende raggiungere obiettivi di efficienza, efficacia ed economicità nell'esercizio delle attività umane, fra cui anche quella amministrativa.

È in questo contesto che alla sicurezza con la quale accogliamo con favore la proposta di diffondere la "rivoluzione digitale" nella PA, si contrappone un'insicurezza, che impone cautela, sulle modalità con le quali introdurre e applicare i nuovi criteri, poiché soppiantare in toto l'uomo può rivelarsi un'ipotesi dannosa e fuorviante.

Nel nuovo approccio proposto dalla giurisprudenza recente, sebbene talune espressioni manifestino consapevolezza dell'attuale incertezza⁶, come il verbo utilizzato "promettere" che indica un futuro e potenziale divenire, ma non un presente, o il resoconto delle critiche, già emerse in dottrina, che mettono in evidenza l'illusoria neutralità dell'IA⁷, la conclusione a cui giunge è il riconoscimento delle condizioni alle quali applicare indistintamente, attività vincolata o discrezionale, gli algoritmi, per una diffusione e implementazione degli stessi.

In realtà, se è auspicabile che il progresso tecnologico porti novità e vantaggi in molti settori della vita quotidiana di ciascun soggetto e della convivenza civile e sociale, migliorando la qualità dei servizi resi ai cittadini/utenti, tale da incoraggiarne l'utilizzo e la diffusione, deve altresì emergere che i tempi non sono ancora pronti né maturi per accettare

⁶ Lo stesso Consiglio di Stato si esprime infatti con meno certezze, allorquando afferma che: "In molti campi gli algoritmi *promettono* (il corsivo è nostro) di diventare lo strumento attraverso il quale correggere le storture e le imperfezioni che caratterizzano tipicamente i processi cognitivi e le scelte compiute dagli esseri umani (...). In tale contesto, le decisioni prese dall'algoritmo assumono così un'aura di neutralità, frutto di asettici calcoli razionali basati su dati".

⁷ Il passaggio è quello in cui si riportano in sintesi le critiche: "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". Ci permettiamo di rinviare in questo senso a M. FERRARI, *op. cit.*, 179 s.; C. TABARRINI, *Comprendere la "Big Mind": il GDPR sana il divario di intellegibilità uomo-macchina?*, in *Dir. inform. e inf.*, 2019, 555 s., in cui l'A., analizzando l'impatto dell'IA sulla concessione di credito nel sistema creditizio cinese, afferma: "...difficile escludere che il contestuale sviluppo di sempre più sofisticati sistemi di Intelligenza Artificiale possa finire col condurre ad un *sistema automatizzato di controllo sociale basato sui dati*, così inasprendo la già montante preoccupazione per l'arbitrarietà e l'intrusività ingiustificata di questi procedimenti di calcolo della *affidabilità* dei cittadini" e nota 14 per ulteriori riferimenti bibliografici.

ciecamente l'operare di questi meccanismi matematici, soprattutto allorquando incidano su diritti soggettivi fondamentali; il Collegio si riferisce ad un futuro, forse anche prossimo, ma non attuale, che pertanto dovrebbe impedire ora di considerare l'esito dell'utilizzo degli algoritmi come un risultato netto, positivo e inconfutabile, liberatorio da preconcezioni o colpose derive umane.

2. – La c.d. “rivoluzione 4.0”, riferita alla PA, prevede che “il procedimento di formazione della decisione amministrativa sia affidato a un *software*, nel quale vengono immessi una serie di dati così da giungere, attraverso l'automazione della procedura, alla decisione finale”.

Il riferimento all'attività umana riguarda l'immissione di dati che, successivamente verrebbero rielaborati dal *software* o dall'algoritmo in esso contenuto per giungere a soluzioni in tempi brevi.

L'elaborazione meccanica dei dati da parte di un *software* non consente di prescindere dalla relazione con l'operatore umano che, prima di inserire i dati, dovrebbe pensare e interagire con la macchina per inserire i dati ritenuti fondamentali per le decisioni da prendere; conoscere le modalità utilizzate per valutare i dati dal *software*, se vi fossero filtri o criteri che privilegiano taluni aspetti (ad es. l'ordine di immissione come priorità di incidenza), sapere e conoscere le modalità e le logiche con le quali l'algoritmo rielaborerà i dati, il tutto al fine di prevenire risultati iniqui.

Con questa premessa appare per lo meno rischioso dare per scontato che la procedura informatica e automatizzata serva a ridurre “la tempistica procedimentale”, poiché l'elaborazione dell'algoritmo che produca un risultato iniquo porterà all'impugnazione della decisione, con l'inizio di un procedimento giudiziario che sappiamo bene essere tutto tranne che breve nel nostro Paese.

L'assoluta novità relativa all'utilizzo degli algoritmi per attività regolate dalla discrezionalità amministrativa appare opinabile e discutibile.

Infatti se l'attività vincolata, collegata a criteri assoluti, può risultare alienante per un uomo e più idonea ad una macchina proprio perché legata a schemi rigidi ed espressa da comportamenti uguali e ripetitivi, non pare necessariamente conseguenziale affermare che non esistono “ragioni di principio, ovvero concrete, per limitare l'utilizzo (degli algoritmi) all'attività amministrativa vincolata piuttosto che discrezionale, entrambe espressione di attività autoritativa svolta nel perseguimento del pubblico interesse”, nonostante la precisazione che “il ricorso all'algoritmo va correttamente inquadrato in termini di modulo organizzativo, di 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 della stessa attribuite all'organo pubblico, titolare del potere"⁸.

Si tratterebbe in sostanza di non pensare in sede di procedura algoritmica all'abolizione della discrezionalità amministrativa, tipica espressione di azione e di pensiero dell'uomo, ma di vederla espressa in un momento diverso, anteriore all'impiego dell'algoritmo fatto dal *software*, cioè "al momento dell'elaborazione e della messa in esercizio dello strumento digitale"⁹.

Questa impostazione ignora un fatto notorio: i soggetti che approntano gli algoritmi non sono i titolari del potere amministrativo, bensì ingegneri informatici e data manager, che hanno le competenze per costruire gli algoritmi; questi ultimi, in talune circostanze, divengono addirittura autonomi rispetto ai loro programmatori imparando dalla propria esperienza (*machinery learning*). In altri termini la PA, con il proprio personale, potrebbe aspirare al massimo a individuare gli obiettivi da raggiungere con la procedura amministrativa, concedere l'utilizzo di alcuni dati in suo possesso, ma successivamente gli strumenti tecnici (gli algoritmi) resterebbero approntati da personale tecnico-informatico, da società, senza che vi possa essere un pieno e consapevole controllo, al contrario necessario, da parte di chi dovrebbe operare scelte e organizzazione. La PA, con questo approccio, perderebbe il controllo della procedura e quindi degli esiti.

Né le condizioni poste dalla giurisprudenza, quali "a) la piena conoscibilità a monte del modulo utilizzato e dei criteri applicati b) l'imputabilità della decisione all'organo titolare del potere, il quale deve poter svolgere la necessaria verifica di logicità e legittimità della scelta e degli esiti affidati all'algoritmo"¹⁰, rappresentano un valido argine alla perdita di dominio e gestione della procedura.

3. – La conoscibilità dell'algoritmo e della sua logica operativa, indicate come una garanzia minima per ogni utilizzo, sono declinate con il semplice richiamo al principio di trasparenza "che implica anche quello della piena conoscibilità di una regola espressa in un linguaggio differente da quello giuridico" che mostra numerose criticità difficili allo stato da superare.

⁸ Del parere che già in Consiglio Stato, 8 aprile 2019, n. 2270, vi sia l'ammissione implicita che l'automazione dei procedimenti amministrativi oltre a essere particolarmente vantaggiosa con riguardo ad attività vincolate, possa essere utilizzata anche per attività discrezionali v. V. CANALINI, *L'algoritmo come atto amministrativo informatico e il sindacato del giudice*, in *Giornale dir. amm.*, 2019, 781 s.

⁹ R. FERRARA, *op. cit.*, 777.

¹⁰ Così testualmente Cons. Stato, 13 dicembre 2019, n. 8474.

In *primis* il riconoscimento giurisprudenziale dell'utilizzo di due linguaggi diversi viene sottovalutato nel suo impatto.

Normalmente l'uso di due idiomi diversi comporta la necessità di traduzioni per la reciproca comprensione e ogni traduzione comporta sempre un'attività interpretativa che spesso sfugge ad un controllo puntuale.

Sotto questo profilo i giuristi conoscono benissimo questo problema allorquando affrontano quotidianamente le difficoltà legate all'attribuzione di un unico e uniforme significato alle disposizioni di legge, pur con la facilitazione di un linguaggio comune.

In altri termini il contenzioso dottrinale e giurisprudenziale legato all'interpretazione delle norme/regole, pur in un contesto linguistico privo di difformità, dovrebbe insegnare quali possano essere le criticità possibili nel caso in cui le regole giuridiche debbano essere tradotte in altro linguaggio, quello informatico, caratterizzato da simboli, alfabeto e caratteri diversi per il quale non esiste evidentemente un vocabolario o un *vademecum*.

Inoltre non è secondario rilevare come spesso la logica degli algoritmi sia diversa dalla logica deterministica-matematica cui abitualmente ci si riferisce nelle nostre argomentazioni, cioè "vi sia una sequenza argomentativa ripercorribile e verificabile di induzioni e deduzioni, correttamente svolte tra premesse ed applicazioni e viceversa, normalmente legate dal principio di causalità"¹¹.

Al contrario, come autorevole dottrina ha sottolineato, negli ultimi anni la progressione della scienza informatica e della tecnologia ha determinato un "cambio di paradigma per cui gran parte degli algoritmi di nuova generazione non si limita a dedurre in maniera deterministica conseguenze da assiomi prefissati dal programmatore, ma in virtù di sistemi automatici di apprendimento (cd *machine learning*) essi stessi producono gli stessi criteri di inferenza. Criteri che in molti casi non sono comprensibili agli stessi programmatori"¹².

In sostanza è verosimile il dubbio insinuato che non esista in realtà una logica comprensibile negli algoritmi, poiché "Un algoritmo per essere

¹¹ A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *Riv. Biodiritto*, 2019, 63 s., in particolare 78.

¹² Cfr. A. SIMONCINI, *op. cit.*, 78-79; TABARRINI, *op. cit.*, 558, in cui l'A. afferma che: "Sebbene come ribadito dal Parlamento Europeo, dovrebbe essere sempre possibile fornire la logica sottostante la decisione presa con l'aiuto di IA che può avere un impatto sostanziale sulla vita di una o più persone, [e] [...] che dovrebbe essere sempre possibile ridurre i calcoli del sistema di AI ad una forma comprensibile dagli umani, le decisioni automatizzate si qualificano come *super decisioni* in quanto seguono inevitabilmente un flusso cognitivo che è quasi impossibile da replicare per la mente umana. Ne consegue che una descrizione del funzionamento dell'algoritmo meramente trasparente potrebbe essere controproducente, relegando il diritto ad una spiegazione ad un mero adempimento formale", con ulteriori note di riferimenti bibliografici.

oggetto di un effettivo diritto alla conoscenza ed alla comprensibilità dovrebbe essere, non tanto *ragionevole* – perché potrebbe comunque produrre decisioni commisurate allo scopo – quanto *razionabile* (dalla *rationabilitas* canonica) cioè intellegibile secondo criteri logico-razionali¹³ che risultano esclusi allorquando si possa fare riferimento alla IA *self-learning*.

A tali oscuri criteri bisognerebbe poi affidare la regolamentazione di diritti fondamentali dell'individuo. L'operazione sembra oltre che difficilissima altresì rischiosa.

In secondo luogo la giurisprudenza amministrativa pone l'accento sulla "conoscibilità" definita di frequente come la possibilità che un determinato elemento sia riconoscibile sulla base delle conoscenze scientifiche del momento¹⁴; essa, pertanto, è cosa ben diversa dalla "conoscenza effettiva" e dalla "comprensione" del linguaggio utilizzato per impostare gli algoritmi cui far governare l'attività amministrativa.

L'utilizzo del parametro della "conoscibilità" che, dopo la traduzione in regola giuridica divenga "leggibile e comprensibile" appare aleatorio, insufficiente, indeterminato e, per taluni versi addirittura indeterminabile, alla luce dei livelli di avanzamento nella elaborazione di concetti raggiunti dalla scienza ingegneristica e informatica.

Si può affermare che le conoscenze scientifiche del momento consentano di identificare astrattamente e teoricamente gli algoritmi e la loro applicazione in taluni settori, ma tale conoscenza non si riflette né nei soggetti operatori della PA, né tantomeno nei singoli utenti/cittadini; non negli operatori poiché le selezioni per l'accesso al mondo del pubblico impiego non richiedono particolari competenze tecniche, peraltro neppure facilmente né rapidamente raggiungibili, vista l'oggettiva difficoltà e specificità; non nei cittadini/utenti, che devono poter accedere in totale comprensione alle attività amministrative pubbliche che abbiano risvolti sulle loro vite.

In sostanza la rivoluzione digitale e informatica incorsa nell'ultimo quinquennio è stata di tale ampia e imprevedibile portata che la PA non ha potuto prevedere, nella fase di selezione e reclutamento del personale, la necessità di competenze specifiche al fine di conoscere la nuova scienza e le sue applicazioni pratiche; ancor meno tale necessità si evidenziava per la popolazione in generale.

¹³ Cfr. A. SIMONCINI, *op. loc. cit.*

¹⁴ Cass. 24 gennaio 2020, n. 1661.

Tale “conoscibilità” risulta di conseguenza essere frontiera irraggiungibile per la quasi totalità dei cittadini¹⁵ che, al contrario, dovrebbero avere il diritto/dovere sia di attivare certe legittime pretese sia di veder valutati fatti singoli rilevanti nelle procedure e/o nei bandi pubblici, con la conseguenziale necessità di conoscere i parametri di riferimento del giudizio applicati dalla PA.

Ricondurre la trasparenza nelle procedure amministrative alla semplice “conoscibilità” del modulo e dei criteri utilizzati dagli algoritmi, risulta una finta garanzia, che non può essere sufficiente soprattutto allorquando il tema trattato abbia conseguenze dirette su diritti fondamentali dell’individuo¹⁶, sfera di delicato e costituzionale approccio e tutela.

Tanto più che la differenza fra “conoscibilità” e “conoscenza” è da sempre considerata rilevante sia in diritto privato che in diritto amministrativo, e l’incostanza e l’eterogeneità con la quale la giurisprudenza tratta questo aspetto certo non aiutano l’interprete a far chiarezza.

Spesso in diritto fallimentare si è considerata necessaria, al fine di esperire vittoriosamente l’azione revocatoria, l’effettiva conoscenza dello stato di insolvenza da parte del creditore soddisfatto¹⁷; in talune fattispecie di diritto privato l’alternanza di posizioni potrebbe far apparire la questione

¹⁵ Mette in luce i due diversi livelli di asimmetria informativa anche C. TABARRINI, *op. cit.*, 560: “da un lato i consumatori non hanno le competenze finanziarie necessarie per comprendere i criteri economici e regolamentari seguiti dalla banca per valutare la meritevolezza creditizia della clientela; dall’altro, nel caso di applicazioni Fintech di questo tipo i banchieri stessi non sono in grado di conoscere appieno le variabili acquisite dalla macchina (...) al fine di prendere la specifica decisione di finanziamento.

Di conseguenza, il già compromesso rimedio della trasparenza viene ad essere ulteriormente indebolito dalla necessità di tradurre processi decisionali altamente tecnici, nonché complessi dal punto di vista algoritmico, in termini comprensibili per soggetti interessati privi delle competenze tanto finanziarie quanto informatiche necessarie”.

¹⁶ Riteniamo infatti un’affermazione di scuola, lontana dalla realtà attuale anche per le modalità con le quali sino ad ora la PA ha reclutato il proprio personale preposto all’espletamento delle attività amministrative, l’affermazione del Consiglio di Stato: “ (...) va ribadito che, la *caratterizzazione multidisciplinare* dell’algoritmo (costruzione che certo non richiede solo competenze giuridiche, ma tecniche, informatiche, statistiche, amministrative) non esime dalla necessità che la *formula tecnica*, che di fatto rappresenta l’algoritmo, sia corredata da spiegazioni che la traducano nella *regola giuridica* ad essa sottesa e che la rendano leggibile e comprensibile. Con le già individuate conseguenze in termini di conoscenza e di sindacabilità”.

¹⁷ Vedi Trib. Nocera Inferiore, 19 novembre 2019, n. 1300, in cui la conoscenza dello stato di insolvenza da parte del creditore soddisfatto, deve essere “effettiva e non meramente potenziale”, “La prova della conoscenza dello stato di decozione della società, dunque, deve essere fornita mediante presunzioni da cui inferire lo stato psicologico con cui ha operato l’*accipiens* del caso concreto, non essendo peraltro sufficiente una valutazione astratta di conoscibilità da parte dell’uomo medio”; Trib. Milano, 18 luglio 2019, n. 7276, tutte in *DeJure*.

affrontata con arbitrarietà giudiziaria: a ipotesi in cui “la conoscibilità deve essere valutata in concreto”¹⁸, si alternano casi in cui l’opponibilità ai terzi di diritti reali fa esplicito e esclusivo riferimento alla conoscibilità legale, desumibile dalla nota di trascrizione, insostituibile e non integrabile da “una conoscenza effettiva o soggettiva desumibile *aliunde*”¹⁹; ovvero casi in tema di contestazioni disciplinari da parte del datore di lavoro che “ai fini della legittimità del licenziamento intimato al lavoratore, per la valutazione della tempestività, assume rilevanza il lasso temporale decorrente dall’avvenuta conoscenza dei fatti da parte del datore di lavoro e non dall’astratta conoscibilità degli stessi”²⁰.

In sede amministrativa, di recente, il Consiglio di Stato²¹ ha convenuto che in tema di pubblicazione telematica degli atti, in cui la tecnologia viene utilizzata per fornire il servizio di pubblicità e di notifica, le norme di riferimento devono essere “applicate con particolare cautela e, quindi, sottostare ad un canone di interpretazione restrittiva, in particolare modo nel momento in cui si tratta di determinare (in via interpretativa) gli effetti di conoscenza legale associabili o meno a siffatta tipologia di esternazione comunicativa”. La cautela richiesta si giustifica fra le plurime considerazioni sia per “... una diversa propensione al mezzo telematico che si riscontra nei differenti ambiti del diritto pubblico, anche in ragione dell’eterogeneo grado di specializzazione professionale dei soggetti che vi operano e agiscono”, che per la “notevole rilevanza degli interessi implicati nella materia in esame” (l’incidenza della conoscenza legale dell’atto ai fini della decorrenza del termine d’impugnazione).

In sostanza è plausibile dedurre che la scarsa dimestichezza con il mezzo informatico da parte del personale pubblico impiegato e la rilevanza degli interessi collettivi coinvolti, impongano l’utilizzo della tecnologia e dell’informatica attraverso canoni e norme da interpretarsi in modo restrittivo e cauto al fine di non negare la tutela ai diritti fondamentali degli individui.

Da tale argomentazione ci è consentito desumere che la semplice “conoscibilità” di un atto che riguardi diritti fondamentali per l’individuo rappresenti una garanzia scarsa, inefficace e soprattutto insufficiente a raggiungere un livello accettabile di tutela reale²².

¹⁸ Cass., 26 giugno 2018, n. 16795, per il caso della conoscibilità di un vincolo urbanistico presente soltanto in una nota delle norme tecniche di attuazione del PRG.

¹⁹ Sulla conoscibilità legale v. Cass., 25 giugno 2019, n. 17026.

²⁰ Cfr. Cass., 26 marzo 2018, n. 7424.

²¹ Cfr. Cons. Stato, 7 gennaio 2020, n. 124. Sul tema A. G. OROFINO, *Sulla pubblicazione telematica dei provvedimenti di ammissione delle imprese concorrenti*, in *Diritto di internet*, 2019, 402.

²² Cfr. F. COSTANTINI, *Profilazione e “automated decision making” in ambito lavorativo nella giurisprudenza italiana*, in *Lav. giur.*, 2019, 984 s., in cui l’A. sottolinea

In conclusione la semplice “conoscibilità” dell’algoritmo non è sufficiente a garantire la trasparenza della procedura, come richiesta sia dalla Costituzione (art. 97) che dal Regolamento GDPR; anche volendo enfatizzare il passaggio argomentativo del pieno completamento della “conoscibilità” con la “comprensibilità”, identificabile in quella necessità di “ricevere informazioni significative sulla logica utilizzata” di cui al GDPR²³, la stessa non è risolutiva per le reali ampie lacune cognitive della popolazione e per la oggettiva complessità del ragionamento algoritmico.

La criticità aumenta in considerazione della “bilateralità della conoscibilità”, un aspetto che appare cruciale; è determinante che ciascuno dei soggetti coinvolti, sia la PA che i singoli/privati coinvolti dalla procedura, siano in grado di conoscere il meccanismo di operatività dell’algoritmo, anche se per motivazioni diverse fra loro: per la PA è necessario comprendere se quell’algoritmo consenta di centrare, legittimamente con equità, gli obiettivi che ci si proponeva di raggiungere con la procedura amministrativa avviata; per il singolo cittadino è utile sapere come sia stata processata la scelta amministrativa, per poter escludere di essere stati vittime di ingiuste incongruenze con conseguenziali lesioni di diritti fondamentali.

4. – Senza tralasciare che esiste una normativa che tutela la riservatezza e il segreto industriale delle aziende produttrici di *software* applicativo, tale per cui obbligare a esplicitare in ogni aspetto il *know-how* della realizzazione degli algoritmi, potrebbe rappresentare un ulteriore ostacolo, e non solo per la rapidità ed economicità che si assumono essere movente primario della rivoluzione informatica della PA.

La ricerca di un punto di equilibrio fra le esigenze di riservatezza, legate al prodotto industriale e commerciale realizzato per far fronte alle necessità della PA (con le debite distinzioni fra la PA committente di un prodotto suo o utilizzatrice in licenza d’uso) per esperire una certa procedura amministrativa di selezione del personale o altro tipo di scelta, e la trasparenza necessaria sia alla conoscibilità/comprensibilità dei criteri di

che: “il principio di rilievo internazionale relativo alla conoscibilità della decisione amministrativa si compendia con quello della sua comprensibilità, che è ovvia nel caso in cui è un essere umano a decidere e il provvedimento è incorporato nel testo scritto in un linguaggio naturale, molto meno quando a produrlo è un agente artificiale ed esso consta nella traduzione del risultato di un algoritmo. Il fatto è che la necessaria conoscibilità del codice sorgente dell’algoritmo non riguarda solo il rispetto del principio di trasparenza nell’azione amministrativa, ma anche nel trattamento dei dati personali”.

²³ Anche su questo punto si veda l’interessante saggio di A. SIMONCINI, *op. cit.*, 78-79.

selezione che all'esercizio del diritto di difesa di ciascun soggetto, non è operazione facilmente liquidabile.

La recente normativa relativa al libero diritto di accesso ai documenti amministrativi (FOIA – *freedom of information act*), con le relative eccezioni assolute e relative²⁴, rivela la tendenza del legislatore a reputare “la conoscibilità diffusa dei dati e dei documenti amministrativi di pari dignità giuridica rispetto alla tutela degli interessi pubblici e privati qualificati. Tale caratteristica ha l'effetto di spostare in capo all'amministrazione la valutazione finale utilizzando la tecnica del bilanciamento”; un'operazione interpretativa, quella di bilanciamento, tutt'altro che semplice e rapida. Essa inizia con il “c.d. test del danno (*harm test*), ovvero accertare se la diffusione dei documenti oggetto dell'istanza possa arrecare un pregiudizio concreto alla tutela degli interessi protetti” da operarsi attraverso le Linee guida n. 1309/2016 elaborate da ANAC, che hanno suggerito alcuni criteri²⁵.

Senza una guida da parte degli operatori del diritto con un'interpretazione unanime e condivisa, anche in costanza del sistema FOIA, a cui il nostro ordinamento ha scelto di aderire con il riconoscimento del diritto di accesso generalizzato come una libertà fondamentale e non come un diritto strumentale alla tutela di qualche determinato interesse da indicare da parte del richiedente, è complesso contemperare la trasparenza degli atti con l'operatività dei limiti indicati dalla legge (art. 5-*bis*, comma 2, d. lgs. 97/2016)²⁶, fra i quali compaiono “gli interessi economici e

²⁴ La normativa di riferimento è il d.lgs. n.33/2013, e successive modifiche, negli artt. 5 e 5 *bis*.

²⁵ Cfr. M. FILICE, *I limiti all'accesso civico generalizzato: tecniche e problemi applicativi*, in *Diritto amm.*, 2019, 861, in cui si precisa che: “Anzitutto, l'amministrazione deve operare una identificazione del pregiudizio, ovvero individuare e qualificare il danno specifico che il rilascio causerebbe all'interesse protetto dall'eccezione. Tale verifica deve essere effettuata in relazione al momento e al contesto in cui l'informazione viene rilasciata, non in termini assoluti e atemporali. In secondo luogo, l'amministrazione deve valutare la probabilità che il danno si verifichi in base alle circostanze concrete e con modalità convincenti. In altri termini, per applicare un'eccezione relativa, il rischio di un detrimento deve essere più che una possibilità astratta, dovendo trattarsi di un pregiudizio prevedibile e non meramente ipotetico. L'amministrazione, infine, deve dimostrare che esiste una relazione causale diretta tra la divulgazione e il danno che deriverebbe per l'interesse protetto”; F. MANGANARO, *Evoluzione ed involuzione delle discipline normative sull'accesso a dati, informazioni ed atti delle pubbliche amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2019, 743.

²⁶ I limiti individuati dalla norma citata nel testo a tutela degli interessi privati sono i seguenti: “2. L'accesso di cui all'articolo 5, comma 2, è altresì rifiutato se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di uno dei seguenti interessi privati:

- a) la protezione dei dati personali, in conformità con la disciplina legislativa in materia;
- b) la libertà e la segretezza della corrispondenza;
- c) gli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali”.

commerciali di una persona fisica o giuridica" (lett. c); tali evidentemente potrebbero facilmente essere considerati gli interessi delle società che elaborano gli algoritmi.

Il rapporto fra trasparenza e riservatezza resta ambiguo anche alla luce di talune decisioni in sede comunitaria²⁷ che, nell'ambito delle gare pubbliche, hanno fatto prevalere le esigenze di riservatezza dei partecipanti, con la previsione di un vero e proprio divieto di divulgazione di elementi che rappresentano segreti tecnici o commerciali e consentendo, al termine di gare basate sulla convenienza economica, l'inopponibilità della riservatezza per i soli dati economici che non siano inestricabilmente avvinti a quelli tecnici coperti dal segreto industriale²⁸.

In considerazione di questa impostazione permane il dilemma relativo alla prevalenza del diritto alla divulgazione o al segreto del codice sorgente e ogni elemento collegato alla realizzazione di un algoritmo, nell'ambito del contenuto tecnico scientifico che ne rappresenta il *know-how*.

5. – La seconda condizione giurisprudenziale imposta riguarda "l'imputabilità della decisione all'organo titolare del potere, il quale deve poter svolgere la necessaria verifica di logicità e legittimità della scelta e degli esiti affidati all'algoritmo".

Ancora una volta ci si scontra sulla possibilità reale e concreta di verificare logicità e correttezza degli esiti da parte del titolare del potere autoritativo, quale soggetto individuato dalla legge.

Al fine di effettuare questa operazione di verifica, necessariamente bilaterale poiché riconoscibile anche al cittadino il cui destino appare segnato da quell'esito procedurale, è necessario poter conoscere la logica con la quale l'algoritmo ha operato, quindi il suo modo di rielaborazione dei dati inseriti.

Alle perplessità già descritte in precedenza sulla possibilità di realizzare una tale verifica e della reale possibilità di individuare una logica "umanamente comprensibile", si aggiungono quelle conseguenti alla applicazione della normativa introdotta dal Regolamento europeo sul

²⁷ Il riferimento è nell'interessante articolo di E. PROSPERETTI, *Accesso al software e al relativo algoritmo nei procedimenti amministrativi e giudiziali. Un'analisi a partire da due pronunce del TAR Lazio*, in *Dir. inform.*, 2019, 979 s., in cui si precisa che: "nei casi di appalti i Trattati UE prevedono accanto al diritto alla trasparenza, norme a tutela di segreti tecnici e commerciali e, dunque, in nessun caso è previsto un diritto integrale di accesso all'offerta presentata dal concorrente, essendo il diritto alla trasparenza soddisfatto da una chiara informativa contenente caratteristiche e vantaggi dell'offerta dei concorrenti, senza così pregiudicarne i segreti commerciali" e in nota 11.

²⁸ Per un caso simile v. TAR Palermo, 10 settembre 2018, n. 1916, in *Foro amm.* 2018, 1553; TAR Milano, 20 aprile 2015, n. 963.

trattamento dei dati personali (2016/679) che “integra la disciplina già contenuta nella Direttiva 95/46/CE con l’intento di arginare il rischio di trattamenti discriminatori per l’individuo che trovino la propria origine in una cieca fiducia nell’utilizzo degli algoritmi”²⁹.

In sostanza consapevoli che sia assolutamente inopportuno affidarsi ciecamente ad un algoritmo senza conoscerne tutti i meccanismi di operatività *ex ante* e *ex post*, che consentano una verifica dei risultati raggiunti, consideriamo tale verifica, allo stato, irrealizzabile.

Per quanto riguarda “la verifica a valle, in termini di logicità e correttezza degli esiti” il Regolamento GDPR prevede un’informativa preventiva (artt. 13–14)³⁰, un diritto di accesso (art. 15) e un diritto a non essere sottoposto a decisioni interamente automatizzate (art. 22)³¹.

Sotto questo profilo urge sottolineare innanzitutto che l’utilizzo di clausole generali come l’espressione “informazioni significative sulla logica utilizzata” non consente di raggiungere il livello di trasparenza necessario alla comprensione dello strumento tecnologico.

In realtà la verifica della legittimità della scelta passa dalla comprensione e intellegibilità della logica alla base dell’algoritmo; per alcuni si potrebbe raggiungere obbligando la PA ad adoperare soltanto strumenti *open source* in modo da garantire che, in caso di accesso agli atti per tutelare i diritti fondamentali dell’individuo, le informazioni possano essere adeguate³².

²⁹ Così testualmente Cons. Stato, 8474/19, *cit.*

³⁰ L’art. 13, comma 1, lett. f stabilisce che in caso di informazioni circa dati ottenuti dall’interessato il titolare del trattamento deve fornire all’interessato informazioni circa: “l’esistenza di un processo decisionale automatizzato, compresa la profilazione di cui all’articolo 22, paragrafi 1 e 4, e, almeno in tali casi, informazioni significative sulla logica utilizzata, nonché l’importanza e le conseguenze previste di tale trattamento per l’interessato”; stessa espressione viene utilizzata nell’art. 14 allorché i dati siano acquisiti non dall’interessato (lett. g) e nell’art. 15 (lett. h): “h) l’esistenza di un processo decisionale automatizzato, compresa la profilazione di cui all’articolo 22, paragrafi 1 e 4, e, almeno in tali casi, informazioni significative sulla logica utilizzata, nonché l’importanza e le conseguenze previste di tale trattamento per l’interessato” per il diritto di accesso.

³¹ Articolo 22 Processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche, compresa la profilazione (C71, C72)

1. L’interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona.

³² Sul punto concorda anche F. COSTANTINI, *op. cit.*, 989, in cui afferma: “si può sostenere che agli effetti del GDPR nel caso di semplice profilazione è sufficiente informare l’interessato sulla *logica complessiva* applicata (artt. 13, 14 e 15 GDPR), mentre nel caso di decisione unicamente automatizzata occorre che ci sia un livello maggiore di garanzia, ottenuta o con il ricorso all’intervento umano (nelle ipotesi di cui all’art. 22, lett. a e c, GDPR) o mediante l’autorizzazione normativa e la congiunta previsione di *measure adequate* (nel caso dell’art. 22, par. 2, lett. b, GDPR). In questo senso si potrebbe ritenere che l’effetto della *comprensibilità* della decisione

Nonostante parte della dottrina³³ consideri l'espressione normativa delle "informazioni significative" come un requisito ulteriore e più pregnante rispetto alla mera trasparenza "introducendo uno standard di intellegibilità che implica non soltanto informazioni dettagliate ed esaustive (i.e. trasparenti), ma anche e soprattutto comprensibili e significative (*rectius* utili) per lo specifico soggetto interessato"³⁴, non sfugge che l'espressione "informazioni significative" è generica e fa pensare a quelle clausole "incentrate sulla indeterminatezza del testo della norma, non priva di significative conseguenze sul piano della interpretazione ed applicazione della stessa"³⁵, poiché demandano alla PA, o al giudice ed alla sua sensibilità in caso di contenzioso, la determinazione dei contenuti.

Si potrebbe immaginare che essa si riferisca a informazioni "comprensibili dal soggetto di media diligenza", intellegibili con nozioni tecniche diffuse nella popolazione che viene coinvolta da quelle procedure, che deve essere in grado di comprendere per poter esercitare il proprio diritto di autodeterminazione e difesa, possibile solo conoscendo quali possibili effetti potranno derivare nella propria sfera giuridica personale; ma l'interpretazione necessaria per attribuire significato alle previsioni mantiene margini di arbitrio troppo ampi.

Questa incertezza potrebbe altresì essere fonte di discriminazioni tanto più nel contesto rappresentato, in cui cioè si auspica e si consente l'utilizzo

amministrativa è ottenibile solo mettendo a disposizione del pubblico il codice sorgente dell'algoritmo. Ciò porta a concludere che l'implementazione di una decisione unicamente automatizzata sarebbe legittima ai sensi del GDPR qualora la norma che la autorizza preveda anche il rilascio in modalità open source del codice sorgente del sottostante algoritmo"; per la promozione dell'utilizzo di software "open source" in ambito istituzionale e un inquadramento cfr. di recente F. FAINI, *Intelligenza artificiale e diritto: le sfide giuridiche in ambito pubblico*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2019, 146–162. *Contra* C. TABARRINI, *op. cit.*, 565–566, in cui si afferma: "A prescindere dall'ovvia violazione del diritto d'autore che tale soluzione imporrebbe è abbastanza evidente che avere accesso al codice sorgente utilizzato dal titolare del trattamento per arrivare alla specifica decisione difficilmente aiuta i soggetti interessati ad esercitare il proprio diritto di contestare la decisione".

³³ Vedi C. TABARRINI, *op. cit.*, 561, pur ritenendo felice l'introduzione del requisito della significatività delle informazioni offerte agli interessati quale traduzione in termini legislativi più espliciti del principio di trasparenza, successivamente conclude che persistano due principali ostacoli normativi che compromettono l'efficacia dei diritti di trasparenza: gli artt. 13–14–15 GDPR che non garantiscono una spiegazione individualizzata *ex ante*, e i metodi di spiegazione ad oggi disponibili e rispettosi del segreto industriale.

³⁴ G. MALGERI – G. COMANDÈ, *Why a Right to Legibility of Automated Decision-Making Exists in the General Data Protection Regulation*, in *International Data Privacy Law*, 2017, 243–248.

³⁵ Cfr. E. FABIANI, voce *Clausola generale* (*Annali V*), in *Enc. dir.*, Milano, 2012, §4 e ampia bibliografia sul tema. In generale v. G. SALA, *Le clausole generali nell'età della codificazione del diritto amministrativo*, in *Giur. it.*, 2012, 1191; M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, 345.

dell'algoritmo non solo nell'attività amministrativa vincolata, ma anche in quella discrezionale, per la quale evidentemente non si sarebbe neppure in grado di inserire dati e sviluppare logiche uniformi, eque e razionali, poiché gli *input* determinanti per gli *output* potrebbero cambiare da ufficio a ufficio, da ente a ente, da soggetto a soggetto con risultati devastanti rispetto alla credibilità del sistema e quindi all'accettabilità degli esiti.

Neppure il diritto all'accesso generalizzato potrebbe rappresentare l'ancora di salvezza al fine di ritrovare un livello minimo adeguato di trasparenza, conoscibilità e comprensibilità degli algoritmi, poiché esso vale soltanto per i documenti amministrativi ai sensi della legge n. 241 del 1990, ovvero per un atto amministrativo informatico (*ex art. 22, lett. d, l. 241/90*), e tale caratteristica non appare ancora, allo stato, un risultato consolidato per il codice sorgente, per il quale potrebbe talvolta valere anche la normativa a tutela delle opere dell'ingegno dal momento che non sempre gli algoritmi sono prodotti di proprietà della PA committente, che non ha risorse umane interne per sviluppare tali tecnologie e spesso utilizza lo strumento tecnico in licenza d'uso.

Inoltre se anche si dovesse giudicare in modo positivo sia l'avvento della nuova regolamentazione della *privacy* nell'era digitalizzata, che il riferimento alla logica utilizzata e alle conseguenze previste del trattamento, si tratta sempre di un controllo *ex ante*, parzialmente limitato nel tempo (*ex artt. 13-14*), cui non può essere richiesto di spiegare ogni effetto che dal processo automatizzato possa derivare in realtà; sarebbe come pensare che la previsione di una norma, che è sempre astratta e generale, possa dare spiegazioni dell'esito concreto che ha sortito nel caso specifico³⁶.

In altri termini prevedere un testo normativo che sia applicabile a situazioni ivi descritte e ne regoli il decorso, non significa regolare tutte le fattispecie che in concreto e nella realtà possono verificarsi e per le quali la valutazione singola prevede una riflessione di solito affidata all'operatore umano e preclusa all'attività automatizzata.

Si potrebbe allora pensare che a questi casi specifici si possa dare risposta con la garanzia di un *right to explanation ex post* che in tal senso potrebbe essere evocato al fine di spiegare ciò che la norma/algoritmo ha previsto in astratto e generale applicato al caso di specie, diritto però che,

³⁶ C. TABARRINI, *op. cit.*, 563, in cui si sostiene, richiamando la dottrina maggioritaria, che: "...gli articoli 13 e 14 GDPR, prevedendo esclusivamente un dovere di notificazione *ex ante* in capo ai responsabili del trattamento, non potrebbero dettare che un mero diritto ad essere informati sul generale e astratto funzionamento del processo decisionale automatizzato. In virtù di questa interpretazione, quindi, i soggetti interessati non potrebbero vedersi riconosciuto un diritto ad una spiegazione individualizzata *ex ante* del significato e delle conseguenze previste per il trattamento".

secondo la dottrina più condivisibile, ancora non è riconosciuto dalla attuale normativa³⁷.

6. – L'utilizzo degli strumenti informatici nelle decisioni aventi rilevanza giuridica fa riferimento a tre principi che emergono sia dalla recente giurisprudenza nazionale, che dal diritto sovranazionale: il principio di conoscibilità di cui abbiamo già trattato, il principio di non esclusività algoritmica e da ultimo il principio di non discriminazione algoritmica.

Per quanto riguarda il principio di non esclusività algoritmica, esso comporta che in una procedura totalmente automatizzata, che incida significativamente su diritti fondamentali di un individuo, questi abbia il diritto a pretendere che vi sia un intervento umano "capace di controllare, validare ovvero smentire la decisione automatica".

Oltre a quanto già analizzato in precedenza, sotto questo profilo a noi pare ovvio che un intervento umano nel senso sopra descritto, sia auspicabile, se non addirittura necessario, ma possa essere messo in campo da uno o più soggetti che conoscano profondamente e pienamente gli *input*, la logica applicata, gli obiettivi da raggiungere, ogni diritto fondamentale proprio di ogni individuo coinvolto nella procedura automatizzata e gli *output*³⁸.

In tal senso, dal momento che tali conoscenze, corredate da specifiche competenze, non risultano di semplice reperibilità si dovrebbe immaginare debba esistere, in ogni procedura automatizzata, l'indicazione di un soggetto già individuato a priori, prima dello svolgimento del procedimento, che abbia le caratteristiche, le competenze e il potere di verifica, validazione, controllo, modifica o integrazione e interazione con la macchina, di non facile reperimento.

Questo limite è stato ampiamente criticato sia per le numerose eccezioni che rendono difficile individuare i casi in cui applicare la normativa, sia per la scarsa efficacia dello stesso rispetto alla travolgente forza pratica dell'algoritmo, che potremmo quasi chiamare una seduzione, che si

³⁷ Cfr. A. MORETTI, *Algoritmi e diritti fondamentali della persona. Il contributo del Regolamento (UE) 2016/679*, in *Dir. inform.*, 2018, 799 con ulteriori riferimenti bibliografici in nota 30; di contrario avviso C. TABARRINI, *op. cit.*, 559.

³⁸ Di questa opinione anche A. SIMONCINI, *op. cit.*, 83, in cui: "Nei casi in cui il soggetto sia costretto a subire una decisione algoritmica senza intervento umano, il titolare dei dati deve comunque attuare misure appropriate per tutelare i diritti, le libertà e i legittimi interessi dell'interessato (...).

È evidente che *misure appropriate per tutelare i diritti e le libertà* è espressione vaga, così come il diritto ad ottenere *un intervento umano* (...).

In realtà il diritto di esprimere la propria opinione ovvero di contestare la decisione presuppone quello di aver compreso la logica della decisione e, dunque, non posso che richiamare tutte le considerazioni che abbiamo svolto sul principio di conoscibilità – comprensibilità".

manifesta sotto due profili: da un lato quello dell'aiuto fornito al decisore non più gravato dall'onere dell'analisi e della motivazione, dall'altro quello della apparente veste "scientifica" che la decisione assume.

Pertanto l'attrazione fatale dell'algoritmo e della procedura automatizzata risulta evidente e tale da rendere la prova del danno subito da parte dell'interessato una sorta di *probatio diabolica*³⁹ svilendo, così, nella sua portata anche il secondo contenimento all'inarrestabile strapotere della tecnologia.

7. – Resta da analizzare il terzo e ultimo principio, quello della non discriminazione di un algoritmo che pur si presenti come conoscibile e comprensibile e non costituente l'unica motivazione della decisione.

Il solo richiamo nel "Considerando 71" della disciplina del GDPR, senza la ripetizione nel testo dell'articolato delle norme, crea il sospetto in parte della dottrina che si tratti di una lacuna⁴⁰.

In sostanza il titolare del trattamento deve poter mettere in atto misure tecniche e organizzative adeguate, al fine di garantire, in particolare, che siano rettificati i fattori che comportano inesattezze dei dati e sia minimizzato il rischio di errori al fine di garantire la sicurezza dei dati personali e non si verifichino discriminazioni di sesso, di razza, di religioni o opinioni politiche che la nostra stessa Costituzione, all'art. 3, vieta e sanziona.

La criticità che si può manifestare riguarda la procedura di "rettifica" che da sempre, nel sistema giuridico, rappresenta un modo per correggere a posteriori un errore materiale, a condizione che si possa effettuare senza ricorrere ad elementi esterni ed estranei alla procedura, che altrimenti verrebbe alterata e sfalsata rispetto alla sua esecuzione, e con la possibilità di poter arrivare ad una ragionevole certezza di risultato⁴¹.

Resta poi il dubbio fondato che la procedura della rettifica non sia quella più idonea a ristabilire equilibrio ed equità di risultati; come già affermato in giurisprudenza "L'errore materiale nella redazione di un provvedimento amministrativo si ravvisa quando il pensiero del decisore sia stato tradito ed alterato al momento della sua traduzione in forma scritta, a causa di un fattore deviante che abbia operato esclusivamente nella fase della sua esternazione, sempreché tale divario emerga direttamente dall'esame del contesto stesso in cui l'errore si trova"⁴². Ora nell'ambito della

³⁹ Le argute argomentazioni sono tratte da A. SIMONCINI, *op. cit.*, 81.

⁴⁰ Ancora A. SIMONCINI, *op. cit.*, 84-86.

⁴¹ Cfr. TAR Catanzaro, 1 ottobre 2019, n. 1636, in *Foro Amm.*, 2019, 1751.

⁴² Cfr. TAR Bologna, 14 giugno 2017, n. 446, in *Foro amm.*, 2017, 1365, in cui "in proposito, l'errore materiale è emendabile attraverso un'integrazione della motivazione del verbale della commissione già espresso, in applicazione delle norme

procedura algoritmica l'errore, che determini una lesione nei diritti dei soggetti coinvolti (si pensi ad esempio alla fattispecie più recente dei docenti collocati in sedi disagiate), non deriva da una erronea manifestazione della decisione amministrativa presa a mezzo algoritmi, bensì dalla mancata corrispondenza fra l'obiettivo della procedura ispirato ai principi legali e costituzionali che devono guidare le scelte amministrative e il risultato distorto raggiunto attraverso l'uso degli algoritmi.

Infine, se anche si ritenesse che il riferimento non dovesse essere ad una "rettifica" in senso tecnico bensì ad una revisione della decisione già assunta ed effettiva, allora se concessa, verrebbe meno il vantaggio della rapidità del procedimento e il sollevamento della PA dall'onere argomentativo e motivazionale che rappresentano i principali vantaggi di una procedura algoritmica; se al contrario la revisione avvenisse solo per il futuro, allora resterebbe un *vulnus* evidente rispetto a quanto deciso con la procedura algoritmica, nonché la lesione dei diritti dei soggetti interessati.

8. – Dal momento che l'inserimento dell'algoritmo nella sequenza della procedura amministrativa è considerato, da autorevole dottrina, rilevante in quanto all'interno di una "concatenazione di atti" e non come un semplice prodotto della macchina⁴³, questo atteggiamento produce riflessi anche in tema di responsabilità, poiché in tal senso si ritiene che la scelta di introdurre la procedura informatica, che determina l'atto informatico, ricade sul soggetto che ha esercitato il potere di autoorganizzazione spettante al proprio ruolo nella gerarchia amministrativa e come tale egli appare il responsabile dell'evento dannoso prodotto dall'algoritmo⁴⁴ secondo un'evidente finzione legale.

In sostanza sarebbe sufficiente decidere di utilizzare un algoritmo per essere ritenuti responsabili di tutte le conseguenze dannose dallo stesso derivanti, indipendentemente dalla conoscenza e/o conoscibilità dello

generali contenute negli artt. 287 c.p.c. e 86 c.p.a, secondo cui la correzione può riguardare omissioni, oltre che errori materiali o di calcolo; non si è, invece, in presenza di errore materiale quando la relativa correzione implica nuove operazioni che esulano dal campo della mera rettifica, come nel caso di modifica in senso peggiorativo della motivazione degli atti a suo tempo compilati, con l'intento di giustificare in via postuma l'operato".

⁴³ Si veda L. VIOLA, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell'arte*, in *Foro amm.*, 2018, 1600 ss. con ulteriori riferimenti bibliografici.

⁴⁴ Cfr. A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, Napoli, 1993, 86 ss., in cui l'A. ritiene applicabile l'antico brocardo "causa causae est causa causati" e afferma che: "l'attribuzione di suità si fonda su un atto di volontà dell'autorità che ha programmato o fatto programmare il proprio computer in maniera tale da consentire la formazione di determinati atti e delle volontà in essa dichiarate".

strumento propria di chi lo ha ideato o di chi ne abbia consentito l'uso predisponendo la macchina– hardware ad attivare l'algoritmo.

Tale prospettazione non pare risolutiva né del problema dell'imputazione⁴⁵, né di quello collegato della responsabilità del danno da algoritmo.

Il problema dell'imputazione si risolve attraverso i criteri che la legge indica come il dolo e la colpa, considerando che in linea generale ci si trova innanzi a fattispecie di responsabilità extracontrattuale; in tal senso essi rendono assai complicato il quadro di riferimento. I soggetti coinvolti nell'ambito di una procedura amministrativa informatica sono numerosi: dai tecnici–programmatori del *software*, ai titolari di banche dati che forniscono le informazioni necessarie, ai diversi funzionari che possono avere un ruolo nell'ambito della procedura, senza nascondersi le ipotesi di un possibile errore imputabile alla macchina⁴⁶.

A rendere più complesso il quadro vi è anche la considerazione che l'algoritmo, elemento della categoria più ampia dell'Intelligenza Artificiale, non è certo, almeno per il momento, in grado di diventare un centro decisionale "autonomo"⁴⁷, mentre il funzionario pubblico tende a rigettare qualsiasi responsabilità poiché non ha il pieno ed esclusivo controllo nella concatenazione di azioni che porta all'utilizzo dell'algoritmo stesso.

Alla questione dell'imputabilità di non semplice soluzione si deve aggiungere un ulteriore passaggio per risolvere il problema della responsabilità attraverso la valorizzazione dei modelli di responsabilità civile esistenti, che pone l'alternativa se ritenere la macchina responsabile, dovendo in tal caso ritenere l'organo automatizzato avente lo status di "persona" ai fini della responsabilità civile, ovvero addossare al funzionario,

⁴⁵ In questo senso L. VIOLA, *op. cit.*, 1604.

⁴⁶ Cfr. 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*, IV, Firenze, 2016, 169 ss.

⁴⁷ Interessante E. PICOZZA, *Politica, diritto amministrativo and Artificial Intelligence*, in *Giur. it.*, 2019, 1761 s., in particolare 1763, in cui l'A. ritiene che il sostantivo Intelligenza sia di difficile decifrazione e abbia conseguenze giuridiche importanti, poiché se da un lato il termine Intelligenza faccia riferimento ad un' "abilità logico–matematica", "Non vi è dubbio che attraverso lo sviluppo dei sensori tattili, il riconoscimento vocale, la visione artificiale ed altre applicazioni, sarà possibile ipotizzare un artefatto munito anche di altre forme di succedanei della intelligenza umana: ma tutto ciò oltre ad essere prematuro riveste almeno per il momento scarsa attenzione per il mondo giuridico che è abituato ad essere governato da leggi essenzialmente logiche". Di questa opinione anche M. COSTANZA, *L'intelligenza Artificiale e gli stilemi della responsabilità civile*, in *Giur. it.*, 2019, 1687, in cui se taluni percorsi cognitivi della intelligenza umana non sono ancora noti, risulta "inattuale una loro trasposizione nell'IA, la quale parrebbe poter sapere solo ciò che gli è permesso di sapere attraverso la traduzione di sistemi di elaborazione nati nel suo linguaggio recettivo".

dal quale dipende l'unità organizzativa, la responsabilità secondo lo schema della responsabilità oggettiva⁴⁸.

La prima opzione potrebbe comportare la suggestione di una "responsabilità diretta dell'automa" in forza del cd. rapporto di immedesimazione organica; alla complessità di dover considerare l'IA capace di compiere scelte a prescindere dal suo creatore perché allenata per la acquisizione di nuove esperienze⁴⁹, spingendo su un inesistente processo di antropomorfizzazione della macchina, si aggiungerebbe la questione, non secondaria, del patrimonio da aggredire ai fini del risarcimento del danno, che sarebbe quello della collettività alimentato dalla fiscalità generale, con il rischio di creare ulteriori disequilibri nel bilancio statale.

Pur non potendo ignorare le riflessioni di chi considera l'Intelligenza Artificiale cd. *self-learning*, cioè quell'algoritmo o formula logico-matematica, che consente alla macchina di evolversi rispetto alle situazioni cui viene posta di fronte⁵⁰, non si può neppure negare che l'algoritmo non è una persona, non è un centro d'imputazione d'interessi, non ha un proprio patrimonio separato; pertanto si pone un'alternativa: la responsabilità nei confronti dei terzi di un danno prodotto dall'algoritmo, va imputata o all'ideatore di quel "bene immateriale", che esiste in via autonoma rispetto al *software* che gli dà una "casa" dove stare, oppure bisognerà responsabilizzare l'utilizzatore finale dell'algoritmo, chi lo allena e impiega nel concreto.

La dottrina più attenta alla questione stabilisce un intreccio imprescindibile per la soluzione del citato dilemma con lo scioglimento e la presa di posizione circa la necessità di nuove norme o la possibilità dell'esistente corpo normativo, adeguatamente interpretato, di risolvere le questioni poste dall'algoritmo.

In altri termini per trovare il "responsabile" è necessario prima stabilire se per regolare il nuovo mondo tecnologicamente modificato sia necessario un nuovo slot di regole (una *lex robotica*), ovvero siano applicabili, con le dovute mediazioni e interpretazioni, le norme del sistema giuridico attualmente in vigore.

⁴⁸ Vedi E. PICOZZA, *op. cit.*, 1765 con ampia bibliografia nelle note 39 e 40.

⁴⁹ Riferisce M. COSTANZA, *op. cit.*, 1687, di tale bizzarra soluzione proposta da A. SANTOSUOSSO, *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, Milano, 2011, 248, che parla di "responsabilità per difetto di sorveglianza".

⁵⁰ Testualmente U. RUFFOLO, *Intelligenza artificiale, machine learning e responsabilità da algoritmo*, in *Giur. it.*, 2019, 1692, in cui: "Sotto questo profilo l'algoritmo, nell'attribuire a tale prodotto la capacità di automodificarsi con l'esperienza, gli conferisce un soffio di vita pulsante, una sorta di *anima*, forgiandone o alterandone la *mentalité* ed il ruolo (con)causale nei suoi *atti* e comportamenti futuri".

I sistemi codicistici di stampo romanistico hanno dimostrato di essere capaci di stare al passo con le rivoluzioni sociali, economiche e industriali che si sono succedute nei territori in cui erano in vigore, così che non pare necessaria una nuova *lex robotica*, ma un'adeguata attività di mediazione e interpretazione giuridica della disciplina esistente; una condivisibile proposta appare quella di ritenere applicabile cumulativamente la normativa della responsabilità da prodotto difettoso e quella delle regole di responsabilità aquiliana, dal modello più generale *ex art. 2043 c.c.* a quello da attività pericolosa *ex art. 2050 c.c.*⁵¹ e da cosa in custodia *ex art. 2051 c.c.*

Escludere la necessità di normare con regole speciali il nuovo mondo dell'IA ripiana una serie di potenziali criticità: innanzitutto la tempistica italiana nel legiferare si rivelerebbe così lunga da esporre il Paese al rischio di giungere ad un risultato concreto e definitivo in un ritardo tale da mostrare tutta la sua inefficienza e inefficacia in un settore in costante e rapidissima evoluzione; la rapidità di evoluzione di questo mondo tecnologico potrebbe poi rendere vano ogni sforzo del legislatore, poiché è chiaro a tutti come, ad oggi, non si è ancora arrivati al top dello sviluppo tecnologico possibile; da ultimo l'esperienza insegna che da sempre il mondo del diritto vive di interpretazioni, anche giurisprudenziali, che hanno come compito primario quello di omologare l'applicazione di norme astratte e plurali ai casi specifici che la realtà propone, in modo da garantire che situazioni analoghe siano disciplinate uniformemente e che la medesima logica indirizzatrice dei giudizi venga applicata e replicata al fine di non generare ingiustizie. Tanto più che la digitalizzazione non riflette nuovi valori, tali da imporre nuovi principi, ma fornisce soltanto nuovi strumenti per espletare semplici e routinarie attività, così che necessita che i principi di giustizia ed equità, ispiratori del nostro ordinamento, siano applicati alle nuove situazioni emergenti dall'utilizzo della tecnologia nella quotidianità.

Pertanto, la dottrina che ritiene opportuno che la responsabilità vada incardinata in uno o più modelli già presenti nel nostro ordinamento, ha immaginato collegamenti stretti con la responsabilità da prodotto difettoso, con l'art. 2050 c.c. sulla responsabilità da esercizio di attività pericolosa, con gli artt. 2051 – 2052 c.c. sulla responsabilità da cosa in custodia (inanimata) o da animale, con l'art. 2049 c.c. sulla responsabilità dell'imprenditore.

La soluzione maggiormente condivisibile pare a noi quella che esula dall'inquadramento in un singolo modello, ma incardina la responsabilità da algoritmo in una responsabilità da prodotto difettoso in combinato disposto

⁵¹ Interessante l'ampio ragionamento di U. RUFFOLO, *op. cit.*, 1694–1695, in cui l'A. afferma, con cognizione di causa, la cumulabilità delle discipline di cui al testo, che certo si fondano su elementi diversi, da un lato la difettosità del prodotto e dall'altro la pericolosità dello stesso, tale per cui l'una non esclude l'altra.

con la responsabilità da attività pericolosa, in cui l'abbassamento dell'asticella giurisprudenziale della "pericolosità"⁵² e il contestuale superamento dell'esclusione del rischio da sviluppo (limite alla risarcibilità del danno da prodotto difettoso), e con la responsabilità da cosa in custodia (art. 2051 c.c.)⁵³ idonea a individuare il responsabile in chi "addestra" un'entità artificiale intelligente e la allena a rispondere alle diverse realtà ed esperienze che ne determinano il cambio di mentalità.

In un simile contesto l'ideatore dell'algoritmo che ha creato lo strumento – il produttore, il tecnico informatico che abbia predisposto la macchina a dare casa all'algoritmo – appronta strumenti potenzialmente pericolosi, e il funzionario che si avvantaggia dell'utilizzo dello strumento, lavorando meno e producendo di più – il custode e utilizzatore dello strumento potenzialmente pericoloso, potranno essere responsabili in solido del danno cagionato al terzo leso nell'esercizio del proprio diritto⁵⁴.

In questo senso all'alternativa fra responsabilità dell'ideatore/creatore dell'algoritmo o del suo utilizzatore, si risponde in modo salomonico, senza una netta scelta di campo, poiché, se da un lato la responsabilità dell'ideatore dell'algoritmo può ricalcare la falsariga della responsabilità ascrivibile al produttore che lo ha creato difettoso se lo stesso ha cagionato danni a terzi; dall'altro lato, i modelli di responsabilità per danno da cosa (inanimata) in custodia, (escluderei la responsabilità da cosa animata almeno per lo sviluppo attuale dell'IA), con la sola prova liberatoria del caso fortuito e da attività pericolosa, più vicina alla tecnologia e quindi con una prova liberatoria più ampia e multiforme (l'aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno conosciute al momento del verificarsi dell'evento dannoso), riportano comunque ad un modello di responsabilità oggettiva, privo di

⁵² È sempre U. RUFFOLO, *op. cit.*, 1697. In dissenso anche su questo punto M. COSTANZA, *op. cit.*, 1688: "All'intelligenza artificiale come emblema della tecnica e perciò come ente ritenuto più affidabile dell'uomo non si addice allora l'attributo di pericolosa. (...). La intelligenza artificiale come mezzo correttivo o integrativo delle umane carenze non tollerebbe alcun attributo che la qualifichi come rischiosa; anzi, la intelligenza artificiale sarebbe un ente non pericoloso perché capace di evitare gli inconvenienti che senza il suo intervento possono generarsi con lo svolgimento di certe attività".

⁵³ *Contra* a questa potenziale applicazione dell'art. 2051 c.c. è M. COSTANZA, *op. cit.*, 1687, che ritiene la norma applicabile alle cose inanimate e quindi troppo semplice la logica codicistica sottostante rispetto all'IA.

⁵⁴ U. RUFFOLO, *op. cit.*, 1700, in cui traccia un *excursus* sulla codificazione francese e italiana constatando "...una assorbente attenzione alla responsabilità da intelligenze naturali; e dunque la strutturale non estraneità alla disciplina della responsabilità per danni cagionati da intelligenze non naturali. E, pertanto, la possibilità di rinvenire interpretativamente nel medesimo corpo normativo (quello codicistico, integrato dalle norme di *product liability*) la capacità di regolare le responsabilità da A.I. ricorrendo ai criteri di imputazione integrato dalle norme di *product liability*) la capacità di regolare le responsabilità da A.I. ricorrendo ai criteri di imputazione della responsabilità per danni già presenti nel sistema".

colpa, in capo all'utilizzatore, chi cioè si avvale dell'utilizzo e del vantaggio apportato dall'applicazione dell'algoritmo.

Sicché nel sistema individuato, per l'accertamento della responsabilità della PA utilizzatrice dell'algoritmo per la decisione sulla mobilità degli insegnanti, si dovrebbe fare un bilanciamento di responsabilità in termini di concorso fra la PA, utilizzatrice dell'algoritmo, che ne trae i vantaggi di tempestività e riduzione dei costi di gestione della procedura, e la società ideatrice del *software* contenente l'algoritmo in questione, che ne ha ricavato il vantaggio economico svolgendo il lavoro richiesto della committenza.

Determinante nell'accertamento della responsabilità in concorso saranno certamente sia la precisione degli obiettivi forniti dalla PA, che la considerazione dell'approccio etico allo sviluppo dei sistemi di IA da parte dei programmatori.

Pertanto risulta apprezzabile la proposta "di fornire protocolli e linee guida circa la grandezza e la rappresentatività dei *database* utilizzati per *allenare* e *validare* la macchina o nell'educazione all'etica nell'utilizzo e nella progettazione degli algoritmi così da richiamare un'attenzione particolare da parte del ricercatore o dello sviluppatore nella selezione dei *dataset*"⁵⁵.

9. – In sintesi sebbene i tempi impongano un auspicabile cambio di mentalità per un migliore approccio con la tecnologia, al fine di riuscire ad utilizzare algoritmi, IA e Big Data per migliorare le *performances* della PA al servizio dei cittadini e delle relazioni fra privati, ad oggi manca l'ultimo miglio per poter rispettare i diritti e le libertà fondamentali degli individui e consentire ai diretti interessati di agire attraverso il legittimo esercizio del potere di autodeterminazione sapendo quali effetti aspettarsi dallo svolgimento automatizzato delle procedure amministrative regolanti diritti e doveri degli utenti.

Servono investimenti pesanti in strutture, in *software* per lavorare in *open source*, in corsi di formazione per il personale pubblico per consentire l'intelligibilità dell'informatica applicata, in risorse umane da assumere con competenze specifiche e sviluppo di tecnologie in grado di svelare il funzionamento interno del sistema di *machine learning*⁵⁶.

Sino a quando non si sarà operato in tal modo risulta azzardato e rischioso il via libera agli algoritmi utilizzati *tout court* per l'attività vincolata e discrezionale della PA.

⁵⁵ Cfr. S. SCALZINI, *Alcune questioni a proposito di algoritmi, dati, etica e ricerca*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2019, 171 ss.

⁵⁶ Si veda C. TABARRINI, *op. cit.*, 569–570, nella parte conclusiva del saggio i riferimenti ai programmi in essere come il DARPA, relativo ai progetti di ricerca avanzati sulla difesa che ha come obiettivo quello di "alimentare una *partnership* sempre più paritaria tra gli operatori umani e i *software* di *machine learning*".

In conclusione alle affermazioni per lo più corrette secondo la giurisprudenza⁵⁷ corrispondono obiettivi auspicabili, ma senza accorgersi che, ad oggi, restano futuribili e irraggiungibili.

Pertanto serve cautela e imposizione di linee guida, binari chiari e fissi entro i quali applicare gli algoritmi.

La precedente restrizione alla sola attività amministrativa vincolata appare la più saggia e prudente; l'attività discrezionale è bene che continui a dipendere dall'impegno dell'uomo con la sua logica razionale e comprensibile a chiunque se ne debba sottoporre. Con tutti i risvolti positivi in termini di individuazione del responsabile per danni.

Abstract

THE USE OF THE ALGORITHMS IN THE DISCRETIONARY ADMINISTRATIVE ACTIVITY

Di recente in giurisprudenza, auspicando un'ampia digitalizzazione dell'attività amministrativa, viene affrontata la questione dell'utilizzo degli algoritmi permesso a talune condizioni: 1) la conoscibilità a monte del modulo utilizzato e dei criteri applicati dall'algoritmo e 2) la possibilità di verifica di logicità e legittimità della scelta e degli esiti affidati all'algoritmo, da parte dell'organo titolare del potere e con ciò responsabile.

L'A. evidenzia come tale approccio, teoricamente valido, appare in realtà poco garantista dei diritti fondamentali dell'individuo potenzialmente coinvolto, stante la difficoltà per la PA e per i cittadini di comprendere linguaggi, moduli e logiche algoritmiche applicate, oltre alla mancanza di linee guida adeguate, osservando come servono tempo e investimenti per raggiungere tali frontiere, auspicabili, ma al momento semplicemente futuribili.

Recently in jurisprudence, hoping for a wide digitization of the public administration, addresses the issue of using algorithms allowed under two conditions: 1) the early knowability of the form used and the criteria applied by the algorithm and 2) the possibility of verifying the logic and legitimacy of the choice and the results entrusted to the algorithm, by the administrator holding the power and thereby responsible.

The Author considers that this approach, theoretically valid, appears to assure little protection of the fundamental rights of the individual potentially involved, given to the difficulty for the public administration and for citizens to understand the languages, modules and algorithmic logics applied and incomplete guidelines, underling that it will take time and investments in order to reach these targets, which are desirable, but for the moment only futuristic.

⁵⁷ Il riferimento è alle tre sentenze gemelle del Consiglio di Stato di cui alla nota 4 del presente scritto.