

La partecipazione procedimentale per legittimare gli algoritmi nel procedimento amministrativo*

ABSTRACT: L'articolo guarda ai principi del procedimento amministrativo e fra questi, in particolare, al diritto di partecipazione per individuare nella normativa esistente l'appiglio legislativo per l'introduzione degli algoritmi nell'attività della pubblica amministrazione. L'articolo concentra la sua analisi sull'uso dell'algoritmo nella fase decisionale del procedimento amministrativo e sulle ricadute che questa scelta ha sul contenuto del provvedimento. Data l'incapacità di cogliere le ragioni di fatto e di diritto dell'agire algoritmico, l'individuazione di forme di controllo preventivo e di partecipazione dell'interessato nella fase antecedente l'adozione del provvedimento potrebbero rappresentare lo strumento per accelerare l'uso dell'intelligenza artificiale nel settore pubblico. A partire da questa constatazione e dalla riconducibilità del software dell'algoritmo al documento informatico, si evidenzia come le garanzie che già esistono per l'esercizio del potere pubblico possano trovare applicazione anche per i nuovi strumenti tecnologici utilizzati dall'amministrazione pubblica.

1. *La tecnologia nell'amministrazione*

Da almeno trent'anni, le riforme che hanno interessato l'amministrazione pubblica hanno cercato di avviare un processo di modernizzazione delle procedure amministrative e dell'organizzazione pubblica, attraverso l'introduzione sistematica delle nuove tecnologie.

Tali riforme sono state ispirate da un duplice intento: l'uno che vede nelle nuove tecnologie gli strumenti per il raggiungimento degli obiettivi di economicità, efficacia ed efficienza attraverso un processo di semplificazione¹; l'altro che vede in esse lo strumento capace di allineare la pubblica amministrazione al cambiamento socio-economico della società.

* Relazione ampiamente rivista a seguito del Convegno "L'amministrazione pubblica con i *big data*", Torino 20 e 21 maggio 2019.

1. Molto spesso, infatti, gli interventi legislativi a favore dell'informatizzazione della pubblica amministrazione, sono stati mossi da un'esigenza di semplificazione, nella consapevolezza che ciò ha un riflesso economico sulla pubblica amministrazione, così

La tecnologia è stata vista come lo “stimolo permanente di riforme sostanziali” che attraverso la “radicale trasformazione del metodo di gestione del lavoro amministrativo”² può superare le disfunzioni insite nell’apparato pubblico, attraverso la semplificazione dei procedimenti amministrativi e la riorganizzazione degli apparati pubblici.

Le prime applicazioni informatiche, tra cui gli applicativi gestionali, di archiviazione di documenti o i programmi di videoscrittura (*word processor*) dei testi, non sono state sintomatiche di un’innovazione sensibile poiché l’ingresso nell’attività amministrativa non ha inciso sulle modalità di esternazione della volontà amministrativa: la manifestazione di volontà continuava a circolare in modalità cartacea.

Soltanto le successive applicazioni informatiche hanno permesso l’avvio della dematerializzazione dei documenti originariamente cartacei e hanno così impresso un’accelerata al processo di digitalizzazione del settore pubblico.

La migrazione dell’attività amministrativa verso la dimensione digitale ha così favorito una sensibile trasformazione dell’organizzazione pubblica³: è stato evidente che per la circolazione in rete di documenti amministrativi informatici fosse necessaria l’interconnessione tra sistemi informativi delle pubbliche amministrazioni, nonché un sistema di connettività pubblico. Tale infrastruttura materiale era essenziale al consolidamento della circolazione in modalità telematica dei documenti⁴ tra amministrazioni pubbliche e nei confronti dei terzi. Alla forma cartacea

G. GUZZARDO, *Semplificazione amministrativa e competitività nel governo del territorio*, Bari, 2008; P. LAZZARA, *Principio di semplificazione e situazioni giuridico-soggettive*, in *Dir. amm.*, 2011, 679, un collegamento stretto tra semplificazione ed interazione telematica con la pubblica amministrazione.

2. G. DUNI, *Il procedimento amministrativo tra l. 7 agosto 1990 n. 241 ed introduzione dell’amministrazione telematica*, in *Foro Amm.*, fasc. 1, 1995, 238.

3. A tal proposito, la lettura in combinato disposto degli artt. 58, 59, 60 del TU 445/2000 valorizza la tecnologia come strumento di supporto che, grazie a procedure applicative e di gestione documentale, permettono alle amministrazioni pubbliche di ricercare e visualizzare documenti detenuti da altre amministrazioni e procedere all’acquisizione diretta delle informazioni.

4. È da notare che la modalità telematica ha permesso la circolazione non solo dei documenti, ma anche dei dati e delle informazioni, indipendentemente dalla forma del supporto, così l’articolo 50 del d.lgs. 82/2005 cit. ha ampliato l’ambito di applicazione dell’accesso documentale; ciò anche grazie all’intervento normativo dell’art. 5, d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 che permettendo l’accesso a informazioni e dati della pubblica amministrazione ha valorizzato “il dato conoscitivo come tale, a prescindere cioè da quelli che sono i vincoli derivanti dalle sue modalità di organizzazione e conservazione”.

dei documenti amministrativi si è così affiancata la forma elettronica, che ha avuto riconoscimento soltanto con l'art. 3 del d.lgs. 12 febbraio 1993, n. 39, il cui primo comma ha riconosciuto la validità generale degli atti predisposti attraverso sistemi informatici⁵, mentre il secondo comma ne ha individuato i requisiti che tali atti devono possedere per essere considerati validi⁶.

Le prime interconnessioni⁷ tra sistemi informativi e tra banche dati pubbliche, nonché il miglioramento delle prestazioni degli strumenti informatici hanno permesso che intorno agli anni Novanta il settore pubblico avviasse una prima automazione dell'attività amministrativa e, in particolare, dell'elaborazione del contenuto del provvedimento.

La teorica del provvedimento amministrativo si è così arricchita dell'atto amministrativo *ad elaborazione elettronica* anche definito come atto amministrativo *automatico*⁸, caratterizzato dalla circostanza che la decisione è assunta dal *software* installato sull'elaboratore elettronico in ragione dei dati inseriti⁹.

così F. MOROLLO, *Documento elettronico fra e-government e artificial intelligence (AI)*, in *Federalismi.it*, n. 2, 2015, 16.

5. Successivamente abrogato dal d.lgs. 26 agosto 2016, n. 179.

6. L'atto emanato attraverso sistemi informatici doveva indicare l'autorità emanante, anche detta *fonte*, il responsabile dell'immissione dei dati, della riproduzione su supporto cartaceo o digitale, della trasmissione anche telematica, dell'emanazione dell'atto, nonché del nominativo del soggetto responsabile, soltanto qualora fosse richiesta la particolare firma autografa dell'atto.

7. A. USAI, *Le prospettive di automazione delle decisioni amministrative in un sistema di teleamministrazione*, in *Dir. Inf. e Inform.*, 1993, 164 ss.; A. SCALA, *L'automazione nella redazione degli atti amministrativi*, in *Nuova rass.*, 1995, 1792 e ss.; G. DUNI, *Il documento informatico: profili amministrativi*, in *Leg. e Giust.*, 1995, 362 e ss.; nonché M. MINERVA, *L'attività amministrativa in forma elettronica*, in *Foro amm.*, 1997, 1301 e s.; U. FANTIGROSSI, *Automazione e pubblica amministrazione. Profili giuridici*, Il Mulino, Bologna, 1993.

8. Usa il termine in modo intercambiabile P. OTRANTO, *Decisione amministrativa e digitalizzazione della p.a.*, in *Federalismi*, n. 2, 2018, 2, 15, nonché la sez. III bis del TAR Lazio che con la sentenza 27 marzo 2016, n. 3769 offre una ricostruzione della teorica dell'atto elaborato elettronicamente.

9. Tale attività è stata definita *screen-level bureaucracy* in ragione del ruolo preminente svolto dall'elaboratore elettronico nello svolgimento dell'attività amministrativa. Sviluppa l'evoluzione dalla fase di *screen-level bureaucracy*, a quella di *screen-level bureaucracy* per giungere infine ad una fase più avanzata e cioè la *system-level bureaucracy*. M. D'ANGELOSANTE, *La consistenza del modello dell'amministrazione "invisibile" nell'età della tecnificazione: dalla formazione delle decisioni alla responsabilità per le decisioni*, cit., 157 e s.

La prima fase dell'automazione decisionale è stata limitata alle sole ipotesi¹⁰ riconducibili al ragionamento condizionale della logica informatica basata sullo schema *Se (If)... Allora (Then)*. In tali casi, l'algoritmo utilizzato è di tipo deterministico, ossia è programmato¹¹ per fornire una risposta univoca al verificarsi di una determinata condizione¹², senza che essa apporti nuova conoscenza, ma mera *elaborazione di conoscenza*¹³: il dispositivo del provvedimento amministrativo è dunque il frutto dell'applicazione sillogistica ai fatti delle istruzioni impartite dal programmatore.

Oggi, invece, l'amministrazione pubblica può disporre di strumenti informatici basati su algoritmi di apprendimento automatico, che offrono all'amministrazione una conoscenza che, per le modalità con cui viene raggiunta, può essere talvolta inaspettata, ma sicuramente granulare e approfondita¹⁴.

La pubblica amministrazione che utilizza detti algoritmi predittivi a scopi decisionali evolve verso¹⁵ un modello di amministrazione intel-

10. Sulla necessità che l'applicazione degli strumenti informatici all'attività amministrativa richieda una previa normalizzazione del testo e cioè che il testo sia composto da parole a cui corrispondano "una e una sola funzione" e che rappresentino "enunciati giuridici determinati" si veda A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico: primi lineamenti di una ricostruzione*, Jovene, Napoli, 1993, 19.

11. Detti sistemi informativi hanno natura meramente strumentale poiché la loro capacità decisionale dipende esclusivamente dalle istruzioni previamente impartite, cosicché la decisione è frutto di una predeterminazione degli obiettivi. Sulla stretta dipendenza della capacità decisionale del computer dalla programmazione e dunque dalla volontà dell'uomo di cui sono una mera riproduzione meccanica e ripetitiva si veda R. BORRUSO, *Computer e diritto*, Milano, 1978, nonché V. FROSINI, *Riflessi sociali dell'informatizzazione*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, 1988.

12. Si tratta in questo caso del *formalismo procedurale* ossia di quelle tipologie di ragionamento che rientrano nella categoria dei "Rule-Based Systems (RBS)", così definito da P.L.M. LUCATUORTO, *Teorie e modelli del diritto per il ragionamento giuridico automatico*, Milano, LED, 2009.

13. Così A. USAI, *Le prospettive di automazione delle decisioni amministrative in un sistema di teleamministrazione*, cit., 168.

14. Dette potenzialità oggi disponibili si devono al parallelo aumento delle capacità computazionali dei sistemi informatici e alla parallela diffusione di grandi quantità di dati (*big data*), la cui provenienza è differente e la cui alimentazione è continua sì da offrire un quadro sempre più ampio e completo all'amministrazione pubblica. In questa continua e ampia disponibilità di dati che le nuove tecnologie si differenziano dai sistemi esperti che già potevano offrire soluzioni utili anche se a partire da un numero incompleto ed approssimato di informazioni, in quanto hanno conoscenza dei problemi da affrontare e delle metodologie per decidere.

15. Sull'idea dell'unicità dell'amministrazione, sia essa *tradizionale, digitale o intelligente* si esprime P. PIRAS, *Il tortuoso cammino verso un'amministrazione nativa digitale*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, fasc. 1, 2020, 44.

ligente (*smart administration*)¹⁶, ove la tecnologia¹⁷ è elevata da “ausilio per le decisioni”¹⁸ a “essenza stessa dell’attività amministrativa”¹⁹. Questo cambiamento ha spinto l’amministrazione verso un modello di amministrazione *ragionevole*, che attraverso l’uso di algoritmi può emanare provvedimenti caratterizzati da *razionalità operativa*²⁰.

Sempre più spesso, infatti, le amministrazioni pubbliche si stanno organizzando per sfruttare il potenziale informativo che può essere estrapolato dai dati a disposizione delle stesse: la combinazione della mole di dati a disposizione della pubblica amministrazione e la conoscenza che da questa si ottiene con l’uso di algoritmi ha reso evidente che le tradizionali modalità di assunzione delle decisioni da parte delle amministrazioni pubbliche richiedano un ripensamento significativo.

Ne deriva che la possibilità di inferire decisioni da grandi quantità di dati in tempi rapidi rappresenta una forma di gestione della complessità e permette di giungere a decisioni maggiormente ragionevoli.²¹

16. Così I.M. DELGADO, *Automazione, intelligenza artificiale e pubblica amministrazione: vecchie categorie concettuali per nuovi problemi?*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2019, 662 che tuttavia invita a riflettere sull’opportunità che le nuove tecnologie possano delineare un modello di amministrazione *razionale*. Detto “stadio di evoluzione” è successivo all’Amministrazione digitale, che a sua volta rappresenta una trasformazione dell’Amministrazione tradizionale. È stato ricordato che l’amministrazione digitale è stata erroneamente considerata come *altra* tipologia rispetto all’amministrazione tradizionale, così determinando un approccio ostruzionistico

17. Sottolinea il passaggio da una dimensione dell’informatica di tipo documentale ad una metadocumentaria, M. D’ANGELOSANTE, *La consistenza del modello dell’amministrazione “invisibile” nell’età della tecnificazione: dalla formazione delle decisioni alla responsabilità per le decisioni*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI - L. TORCHIA (a cura di), *La tecnificazione*, vol. IV, in L. FERRARA - D. SORACE (a cura di), *A 150 anni dall’unificazione amministrativa italiana. Studi*, Firenze University Press, Firenze, 2016, 155-180.

18. *Ibidem*.

19. Si esprime in questo senso M. MINERVA, *L’attività amministrativa in forma elettronica*, cit., 1301.

20. I.M. DELGADO, *Automazione, intelligenza artificiale e pubblica amministrazione: vecchie categorie concettuali per nuovi problemi?*, cit., 662; F. MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli, 2011, 51, afferma che il provvedimento discrezionale non possa essere ricondotto a razionalità, “visto che la ragionevolezza è informata da una logica opaca e che le molte manifestazioni della discrezionalità non rispondono ad una logica unitaria”. Sulla maggior razionalità del provvedimento amministrativo grazie all’uso delle nuove tecnologie si veda anche F. MOROLLO, *Documento elettronico fra e-government e artificial intelligence (AI)*, cit., 17.

21. Sul punto, si veda R. CAVALLO PERIN - I. ALBERTI, *Atti e procedimenti amministrativi digitali*, in *Diritto dell’Amministrazione pubblica digitale*, Giappichelli, 2020, 119-158.

Purtuttavia, ai benefici in termini di realizzazione del canone del buon andamento della pubblica amministrazione, l'utilizzo degli algoritmi nel procedimento decisionale reca seco talune criticità (§ par. 3) a cui, però, il diritto amministrativo può offrire le opportune soluzioni (§ par. 3.1).

2. *Gli algoritmi nel procedimento decisionale ovvero il provvedimento digitale*

Nella categoria delle decisioni amministrative automatizzate ovvero del provvedimento digitale, rientrano quelle decisioni, caratterizzate dalla circostanza che la tecnologia è stata inserita nel procedimento decisionale, in totale o parziale assenza del funzionario.

Le prime tipologie di decisioni amministrative automatizzate sono state rappresentate dai verbali di accertamento emessi a seguito della rilevazione automatica delle infrazioni al codice della strada per superamento del limite di velocità rilevate dall'autovelox oppure dalla creazione delle liste dei componenti le commissioni di abilitazione scientifica nazionale. In dette semplici ipotesi, l'automazione del procedimento decisionale è il risultato della programmazione *ex ante* dei limiti all'esercizio del potere amministrativo. La decisione amministrativa automatizzata dipende dunque dalla predeterminazione dei limiti che il sistema informatico – attraverso cui il potere amministrativo si esternalizza – automaticamente ed in autonomia rispetta.

L'evoluzione tecnologica sta affiancando ipotesi ove il dispositivo della decisione amministrativa è il risultato della capacità predittiva e del calcolo probabilistico che un algoritmo di apprendimento automatico ha ottenuto, a partire dall'elaborazione dei precedenti applicativi oppure dall'individuazione di ricorrenze che esso stesso individua nel *datalake* di riferimento.

In tali ipotesi - ancora più che nelle precedenti applicazioni di algoritmi deterministici - l'accuratezza richiesta nel definire l'algoritmo di apprendimento automatico è operazione ancor più essenziale, poiché maggiore è il grado di autonomia che l'algoritmo può raggiungere.

La sua capacità predittiva e l'accuratezza della decisione non è solo influenzata dalle regole logico-informatiche e dalla scelta delle variabili ossia delle classi di input, ma anche e soprattutto dalla qualità e dalla quantità del bacino di dati su cui l'algoritmo lavora. La precisione del modello è influenzata soprattutto dalla quantità e dalla varietà della casistica messa a disposizione dello stesso, ossia in base alla rilevanza e alla rappresentatività della banca dati e del *datalake* di riferimento. Da questi, gli algoritmi

di apprendimento automatico individuano autonomamente modelli di comportamento che la logica lineare causa-effetto non evidenzerebbe. Proprio il capovolgimento della logica decisionale usata rende talvolta imperscrutabile il meccanismo decisionale, sicché il provvedimento digitale appare talvolta privo di razionalità tra i presupposti di fatto e gli *output*, alimentando così le resistenze nell'introdurre nel settore pubblico dette tecnologie. L'opacità algoritmica è ciò che appare maggiormente in contrasto con i principi di trasparenza e di pubblicità che informano l'azione amministrativa.

2.1 Applicazioni algoritmiche nell'amministrazione pubblica

Il bacino di riferimento su cui può operare un algoritmo predittivo è rappresentato dalla casistica settoriale di riferimento previamente individuata, da tutti i nuovi casi che l'algoritmo ha individuato, nonché dal ricco flusso di dati²² proveniente da differenti fonti che alimentano la base di dati a disposizione (*big data*).

Così, per il settore degli appalti il bacino di riferimento può essere la casistica previamente individuata di tutte le ipotesi in cui il soccorso istruttorio è stato correttamente esercitato oppure no, dalché facendone derivare la lecita o illecita ammissione della domanda di gara.²³

Definito il bacino di analisi dei dati, l'algoritmo predittivo di apprendimento automatico dovrà essere addestrato a riconoscere autonomamente le ipotesi future, nonché a predire – al ricorrere di modelli di comportamento simili – quelle in cui il soccorso istruttorio è stato correttamente esercitato perché finalizzato a sopperire a *mere inesattezze*²⁴ oppure no, così realizzando un'inammissibile *modifica sostanziale della domanda*²⁵.

22. Il riferimento è ai dati che i sensori di rilevamento collegati in rete (*Internet of things*) raccolgono e inviano automaticamente alla *dashboard* operativo, che alimenta il bacino di dati a disposizione dell'amministrazione pubblica.

23. Per ulteriori esempi, si veda R. CAVALLO PERIN - I. ALBERTI, *Atti e procedimenti amministrativi digitali*, cit., 141.

24. Dall'analisi della giurisprudenza è stato evidenziato che rientrano in dette ipotesi la mancata allegazione di documenti quando il contenuto era comunque ricavabile da altri (Cons. St., sez. V, 27 marzo 2020, n. 2146; Cons. St., sez. V, 16 marzo 2020, n. 1881) o per l'inosservanza delle formalità di firma digitale quando cui sopperisce il sistema d'autenticazione delle persone al portale (Cons. St., sez. III, 19 marzo 2020, n. 1963).

25. Rientrano in quest'ipotesi la mancanza anche parziale dei requisiti di partecipazione (Cons. St., sez. V, 9 marzo 2020, n. 1671) o con un'inammissibile presentazione – postuma – del certificato di esecuzione di lavori (Cons. St., sez. V, 28 dicembre 2017, n. 6135).

L'algoritmo diviene capace di classificare autonomamente ogni nuovo caso nella casistica corrispondente (es. mere inesattezze documentali o modifica sostanziale della domanda), ne apprende le qualificazioni normative corrispondenti e le conseguenze giuridiche (es. ammissione od esclusione della domanda di partecipazione alla gara), così potendo elaborare l'idoneo dispositivo del provvedimento (es. ammissione od esclusione del concorrente alla gara).

L'aumento e la varietà dei casi a disposizione dell'algoritmo incrementano l'accuratezza della decisione algoritmica e perfezionano l'approssimazione probabilistica che determina il contenuto del provvedimento finale, così supportando l'amministrazione pubblica ad agire in modo ragionevole, entro i limiti di proporzionalità e ragionevolezza che il sindacato giurisdizionale ha individuato nei casi precedenti.

Le tecniche di data mining cominciano ad essere applicate soprattutto nell'attività di vigilanza ispettiva, tra cui l'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale (INPS)²⁶ avviando un progetto che dall'analisi dei flussi assicurativi e contributivi, dei conti individuali e aziendali individua le anomalie nelle posizioni dei contribuenti e può attivare il potere di verifica e di accertamento conseguente.

L'Agenzia delle Entrate ha recentemente²⁷ cominciato ad orientare i controlli sulla situazione reddituale e sulle posizioni contributive, a partire dalle percentuali di rischio di evasione che l'algoritmo ha associato ad ogni singolo contribuente e che vengono assunti dalla stessa come indicatori utilizzabili per indirizzare l'attività di accertamento.

26. Circolare del 16 febbraio 2010 n. 23 in tema di "Funzione di accertamento e verifica amministrativa - Attuazione del nuovo modello organizzativo delle strutture territoriali di produzione previsto dalla circolare n. 102 del 12/08/2009" ha introdotto strumenti di intelligenza artificiale basati su tecniche di *data mining* al fine di orientare la propria attività ispettiva

27. L'art. 1, comma 682 della legge 27 dicembre 2019 n. 160 recante norme in materia di "*Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2020 e bilancio pluriennale per il triennio 2020-2022*" ha introdotto la possibilità per l'Agenzia delle Entrate di ricorrere agli strumenti informatici per indirizzare il potere di accertamento. Tuttavia, indicazioni operative sullo sfruttamento "razionale, completo e coerente" si ritrovano già nella circolare n. 16/E del 28 aprile 2016 dell'Agenzia delle entrate. In essa, infatti, è riconosciuto il valore conoscitivo che si può ricavare dalle banche dati, con la conseguenza che si riconosce l'importanza di arricchire tali banche dati con dati "qualitativamente corretti", allo scopo di "supportare in modo sempre più efficace l'attività di analisi del rischio e lo sviluppo e implementazione di nuovi percorsi di indagine e selezione" dei contribuenti da sottoporre a controllo.

Tale algoritmo opera su un grande database, chiamato SuperAnagrafe ove sono raccolti dati derivanti dai movimenti bancari in entrata e in uscita, dalle dichiarazioni dei redditi e da altre fonti di reddito come i dati delle fatture, i dati dei pagamenti e dei consumi, i prodotti finanziari, le obbligazioni, nonché di quelli provenienti dalle autorità fiscali estere: nel caso in cui, l'algoritmo dell'amministrazione rilevi un eccessivo discostamento tra le spese sostenute e quanto dichiarato attribuisce un indicatore di "evasione" e l'amministrazione può decidere di avviare i controlli sulla posizione del contribuente. Soltanto al ricorrere di questa circostanza, l'amministrazione può servirsi altresì delle informazioni derivanti dalle fonti aperte²⁸, tra cui *articoli di giornale, social network e siti web*²⁹.

Il supporto algoritmico rappresenta così un indubbio ausilio non solo per l'attività vincolata, ma anche per l'attività discrezionale della pubblica amministrazione, poiché in ragione dell'iniziale opera di classificazione dei fatti rilevanti e del conseguente *addestramento* dell'algoritmo, esso può apprendere le differenti conseguenze normative che ne derivano ed elaborare il provvedimento, a prescindere dalla natura vincolata o discrezionale del potere esercitato.

3. *L'imperscrutabilità della logica algoritmica*

I benefici dell'intelligenza artificiale a favore della pubblica amministrazione richiedono purtuttavia che il ricorso agli algoritmi nel settore pubblico rispetti il punto di equilibrio rappresentato dall'assenza di una eccessiva costrizione dei diritti dei privati.³⁰ Ciò che qui interessa³¹ è verifi-

28. La Circolare 1/2018 "Manuale operativo in materia di contrasto all'evasione e alle frodi fiscali" della Guardia di Finanza riconosce il valore dei dati derivanti da fonti aperte quali elementi informativi integranti i dati provenienti da alcune specifiche banche dati, cui è riconosciuto valore giuridico.

29. L'Agenzia delle Entrate, per esempio, sfrutta la conoscenza ricavabile dal web (intesa come *fonte aperta*) per recuperare informazioni sulle caratteristiche degli immobili compravenduti e sulla zona in cui si trovano e la confronta con le quotazioni rilevate dall'Osservatorio del mercato immobiliare, per verificare che non sia stato sottodichiarato il valore del prezzo di acquisto di un immobile; in particolare.

30. Riconosce questa necessità, I. MARTÍN DELGADO, *Automazione, intelligenza artificiale e pubblica amministrazione: vecchie categorie concettuali per nuovi problemi?*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2019, 649.

31. Date le esigenze di economia del lavoro non si intende trattare delle criticità connesse all'algoritmizzabilità del linguaggio giuridico, caratterizzato da antinomie e da concetti giuridici indeterminati; per alcune riflessioni sulla normalizzazione del linguaggio giuridico

care l'impatto di dette tecnologie nella dinamica procedimentale e quindi sull'esercizio della funzione pubblica, affinché si possa riflettere e superare il determinismo tecnologico rappresentato dalla scarsa conoscenza di come il meccanismo decisionale funzioni³².

L'esplorazione delle ragioni giuridiche di fatto e di diritto e cioè la motivazione del dispositivo del provvedimento amministrativo è uno degli istituti di maggiore garanzia del privato di fronte all'esercizio del potere amministrativo. In ragione di ciò, l'esercizio discrezionale del potere amministrativo è limitato.

L'istituto trova la sua ragion d'essere nella scelta istituzionale compiuta affinché la dichiarazione di volontà che ne deriva sia espressione di un processo intellegibile che mostri la ragionevolezza esistente tra il ricorrere dei presupposti di fatto indicati dalla norma attributiva del potere e la scelta in concreto compiuta che ha contemperato gli interessi privati con l'interesse pubblico.

Si è detto che, in ragione della logica di tipo probabilistica, anziché logico-deduttiva, l'uso dell'algoritmo di apprendimento automatico nel procedimento decisionale pone proprio alcune criticità in termini di *spiegabilità* del procedimento logico-deduttivo sotteso alla decisione.

L'imperscrutabilità dei percorsi argomentativi degli algoritmi di apprendimento automatico che ne deriva contrasta con alcuni fra i principi cardini dell'azione amministrativa, prima fra tutti la trasparenza, nondimeno l'imparzialità dell'azione amministrativa.

Il rischio che la decisione amministrativa automatizzata possa perpetrare delle ineguaglianze di trattamento è possibilità non remota, su cui anche il Consiglio di Stato nella sentenza 13 dicembre 2019, n. 8765 si è espresso nell'affermare che l'uso dell'intelligenza artificiale nel settore pubblico debba sottostare a taluni principi, in particolare la non discriminazione algoritmica e la trasparenza rinforzata³³.

ai fini della sua formalizzazione in linguaggio informatico si veda V. FROSINI, *Telematica e informatica giuridica*, voce in *Enc. dir.*, Milano, 1992 e neanche sul tema dell'imputabilità del provvedimento digitale, poiché si condivide l'idea che esso sia pur sempre imputabile al funzionario secondo le comuni regole della teorica dell'organo amministrativo, così I. MARTÍN DELGADO, *La riforma dell'amministrazione digitale: Un'opportunità per ripensare la pubblica Amministrazione*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI - L. TORCHIA, *La tecnificazione*, cit., 146-148; anche G. DUNI, *L'amministrazione digitale. Il diritto amministrativo nella evoluzione telematica*, cit., 77, che infatti non ipotizza l'attribuzione di volontà alla macchina.

32. M. D'ANGELOSANTE, *La consistenza del modello dell'amministrazione "invisibile" nell'età della tecnificazione: dalla formazione delle decisioni alla responsabilità per le decisioni*, cit., 157 e s.

33. Da ultimo si veda E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica*, in *Dir. Amm.*, 2/2020.

Si ritiene pertanto che la decisione algoritmica debba essere oggetto di un contraddittorio tra i partecipi al procedimento, così superando le criticità che l'uso di algoritmi di apprendimento automatico solleva.

3.1 *Il connubio tra capacità analitica algoritmica e partecipazione procedimentale*

Del carattere predittivo degli algoritmi si è detto per evidenziare le potenzialità in termini di rilevazione della realtà, tuttavia preme ora sottolineare come la loro introduzione nel procedimento decisionale pubblico ha fatto emergere una differente visione del fatto rilevato. La capacità analitica di cui sono capaci gli algoritmi valorizza il *fatto* non solo come elemento in sé considerato, cui giustapporre una scelta d'interesse pubblico, ma anche come dato organizzato. Quest'ultima accezione permette l'individuazione dei soggetti che sono portatori di interessi (pubblici, privati o diffusi), che permettono di entrare nella dinamica procedimentale in quanto requisiti di legittimazione al procedimento (art. 9, l. 7 agosto 1990, n. 241), sicché il responsabile deve offrire una valutazione preliminare agli stessi (art. 6, c. 1, lett. a), l. 7 agosto 1990, n. 241), utile a consentire la partecipazione sin dalla fase istruttoria.

Sotto questo profilo, la partecipazione non è istituto che mira a erodere il potere pubblico, quanto invece mezzo per apportare nel procedimento interessi pubblici o privati che non sarebbero diversamente conoscibili dal responsabile del procedimento e che impedisce all'amministrazione pubblica di fare scelte unilaterali e in via esclusiva e che anzi, la vincola alla composizione degli interessi coinvolti nel perseguimento dell'interesse pubblico³⁴.

Poiché si ritiene che anche il provvedimento digitale, sia "manifestazione unilaterale di volontà, giudizio, conoscenza di una pubblica amministrazione, nell'esercizio delle sue funzioni, avente rilevanza esterna, vale a dire capacità di produrre effetti giuridici nei confronti dei terzi"³⁵ e atto d'autorità³⁶ al pari di un atto amministrativo tradizionalmente ela-

34. R. CAVALLO PERIN, *Atto autoritativo e diritto amministrativo*, in *Al di là del nesso autorità / libertà: tra legge e amministrazione*, a cura di S. Perongini, Giappichelli Editore, Torino, 2017, 23-24.

35. M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, voce in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, 157, ma anche G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1954.

36. Sul tema si veda R. CAVALLO PERIN, *Atto autoritativo e diritto amministrativo*, in *Al di là del nesso autorità / libertà: tra legge e amministrazione*, a cura di S. Perongini, Giappichelli Editore, Torino, 2017, 17-30, che evidenzia la duplice finalità istituzionale dello stesso, sia

borato, l'equiparazione permette la diretta applicabilità di tutti gli istituti del diritto amministrativo.

In ragione di ciò, a prescindere dagli strumenti tecnologici utilizzati dall'amministrazione pubblica, il potere amministrativo dovrà pur sempre essere esercitato nel perseguimento dell'interesse pubblico che la legge ha attribuito alla sua cura. La certezza dell'amministrare pubblico e le garanzie previste nei confronti dei privati, pertanto, non subiscono alcuna limitazione.

Gli algoritmi di apprendimento automatico o altri strumenti tecnologici usati dall'amministrazione pubblica nella fase istruttoria sono nient'altro che strumenti d'ausilio per il perseguimento dell'interesse pubblico: è pur sempre questo a rappresentare il limite all'esercizio del potere, nonché la ragione giustificativa della partecipazione degli interessati. Infatti, ricondurre il provvedimento digitale alla teorica dell'atto autoritativo mostra che la *forma* tecnologica non incide sulle forme di tutela che l'ordinamento riconosce – quand'anche in via interpretativa – ai privati. Ciò vuol dire che l'introduzione dell'intelligenza artificiale nell'esercizio del potere amministrativo, non modifica in alcun modo la sostanza dello stesso e cioè la sua *funzionalizzazione* verso l'interesse pubblico, che è e rimane causa del provvedimento digitale.

Pertanto, attraverso il potere riconosciuto al responsabile del procedimento di comunicare le informazioni necessarie ai notiziati dalla comunicazione di avvio del procedimento (artt. 7 e 8, l. 241/1990, cit.), questi possono intervenire. L'oggetto della comunicazione sarà la decisione algoritmica elaborata raggiunta al termine della fase istruttoria che così può essere sottoposta al contraddittorio procedimentale.

Il confronto tra amministrazione pubblica e privati sulla decisione algoritmica permetterà alla prima di conoscere compiutamente le particolarità del caso concreto che le saranno rappresentate dai privati: a seguito del vaglio dell'amministrazione pubblica, essa potrà recepirle e discostarsi dalla decisione algoritmica, oppure rigettarle. Se in detto ultimo caso, è già previsto che il rigetto delle osservazioni debba essere motivato (artt. 3 e 10-*bis*, l. 7 agosto 1990, n. 241), nell'altra ipotesi, invece, si ritiene che sia la natura giuridica di atto generale della decisione algoritmica a comportare la motivazione in caso di discostamento dalla stessa.

come atto che garantisce uniformità di governo, sia come prodotto formale dell'attività giuridica delle amministrazioni pubbliche.

4. *Riflessioni conclusive*

Le nuove tecnologie *dentro* l'amministrazione pubblica hanno avviato un cambiamento dell'organizzazione verso logiche che superano l'autoreferenzialità delle singole unità organizzative e aprono verso nuove logiche³⁷ che fanno della trasparenza e della comunicazione gli "strumenti essenziali in funzione della semplificazione amministrativa, della modernizzazione e della condivisione"³⁸.

Attraverso l'uso delle nuove tecnologie, infatti l'istituto della partecipazione non è solo più diritto legato ad un procedimento in corso, di cui il privato intende esercitare i relativi diritti di accesso agli atti e di presentazione delle memorie (art. 10, l. 7 agosto 1990, n. 241), ma anche diritto di partecipazione ai processi decisionali, per l'esercizio dei diritti politici e civili, attraverso le forme della consultazione preventiva per via telematica sugli schemi di atto da adottare (art. 9, d.lgs. 14 marzo 2005, n. 82).

L'introduzione delle nuove tecnologie nell'organizzazione amministrativa ha accentuato la facilità di far circolare l'informazione e di aumentare la comunicazione tra amministrazioni pubbliche e verso i privati avviando "un vero e proprio interscambio comunicativo"³⁹.

L'aumentato bisogno di trasparenza sempre più preteso dai privati ha perciò avviato un modello organizzativo che ha trasformato l'amministrazione in un'amministrazione aperta (*open government*), basata sui principi della trasparenza e della partecipazione.

Così, è stata riconosciuta la rilevanza pubblicistica dell'algoritmo nel procedimento amministrativo in forza della sua riconducibilità alla nozione di documento amministrativo e dello svolgimento di attività amministrativa sostanziale, in forza della quale le posizioni soggettive sono garantite con il riconoscimento dei diritti di partecipazione e di accesso anche al codice sorgente del software che esegue l'algoritmo (T.A.R. Lazio, sez. III-*bis*, 27 marzo 2016, n. 3769).

Si può concludere che l'introduzione degli algoritmi nel procedimento decisionale pubblico ha avuto una duplice funzione: da un lato rinvigorire

37. L'analisi dei pregressi applicativi potrebbe rivelare "l'opacità di un esercizio del potere amministrativo o giurisdizionale in determinati settori o periodi", come nota R. CAVALLO PERIN, *I Cambiamenti dell'amministrazione pubblica italiana tra rivoluzione liberale, repubblicana e l'avvento dell'intelligenza artificiale*, in corso di pubblicazione.

38. P. PIRAS, *Organizzazione, tecnologie e nuovi diritti*, in *Dir. informatica*, fasc. 3, 2005, 595.

39. *Ibidem*.

il processo di digitalizzazione dell'amministrazione digitale, dall'altro cogliere l'innovazione tecnologica nel diritto amministrativo per individuare nuovi limiti del potere amministrativo.

A tal proposito, la disciplina dell'Unione europea, seppur con riferimento al trattamento dei dati personali, offre un quadro normativo valedole anche per le pubbliche amministrazioni che legittima le decisioni automatizzate e nondimeno quelle *esclusivamente* automatizzate (art. 22, Regolamento 2016/679/UE), al ricorrere di talune condizioni, quali il consenso dell'interessato (art. 6, par. 1, lett. a, Regolamento 2016/679/UE), la necessità di eseguire un contratto (art. 6, par. 1, lett. b, Regolamento 2016/679/UE), l'adempimento da parte del titolare del trattamento di un obbligo legale (art. 6, par. 1, lett. c, Regolamento 2016/679/UE), la salvaguardia di interessi vitali che riguardano l'interessato o altra persona fisica (art. 6, par. 1, lett. d, Regolamento 2016/679/UE), l'esecuzione di un compito per ragioni di interesse pubblico o che sia connesso all'esercizio di pubblici poteri ad esso assegnati (art. 6, par. 1, lett. e, Regolamento 2016/679/UE) o il perseguimento di un legittimo interesse del titolare stesso (art. 6, par. 1, lett. f, Regolamento 2016/679/UE).

L'autorizzazione da parte di una norma speciale del diritto dell'Unione o di uno Stato membro, il previo esplicito consenso dell'interessato o la necessità di concludere o eseguire un contratto sono eccezioni ove l'esclusività della decisione algoritmica è contemperata dal diritto dell'interessato di: *richiedere l'intervento umano, di far valere le proprie ragioni, di contestare la decisione* (art. 22, § 3, Regolamento 2016/679/UE), fatta salva in ogni caso la tutela «dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato» (art. 22, § 2, lett. b, Regolamento 2016/679/UE).

Tali eccezioni sono ipotesi conosciute dall'ordinamento italiano e che ben si conciliano con la disciplina garantistica assicurata dal diritto amministrativo, in particolare dalla disciplina sul procedimento amministrativo (l. 7 agosto 1990, n. 241).

La disciplina europea sul trattamento dei dati rafforza dunque i diritti di partecipazione al procedimento tradizionalmente inteso o svolto per tramite delle nuove tecnologie e che può perciò restituire effettività all'amministrazione pubblica⁴⁰.

40. Sul punto si veda anche D.-U. GALETTA, *Digitalizzazione e diritto ad una buona amministrazione (Il procedimento amministrativo, fra diritto UE e tecnologie ICT)*, in *Diritto dell'Amministrazione pubblica digitale*, Giappichelli, 2020, 85-117.