

ALGORITMICO, TROPPO ALGORITMICO: DECISIONI AMMINISTRATIVE AUTOMATIZZATE, PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI E TUTELA DELLE LIBERTÀ DEI CITTADINI ALLA LUCE DELLA PIÙ RECENTE GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA

*Francesco Laviola **

ALGORITHMIC, ALL TOO ALGORITHMIC: AUTOMATED ADMINISTRATIVE DECISIONS, PERSONAL DATA PROTECTION AND CITIZENS' FUNDAMENTAL FREEDOMS IN THE LIGHT OF THE LATEST ADMINISTRATIVE CASE LAW.

ABSTRACT: The word "computer", originally, referred to a person in charge of performing calculations. At the end of the 19th century, the Civil Service of the United States recruited officials to carry out computer tasks. Today, the situation seems to have reversed: the administrations around the world are recruiting computers that are increasingly capable of carrying out many of the tasks of public officials.

The Council of State judgment no. 8472/2019 recently widened the range of the principles concerning the use of algorithms in the administrative activity set forth by previous jurisprudence, opening up to the issue of compliance with the European legal framework on personal data protection.

It is necessary to claim the right to doubt of machine decisions, whose origins are "algorithmic, all too algorithmic".

KEY-WORDS: data protection; automated decisions; administration; algorithms, artificial intelligence

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La società dell'informazione e la necessità di un'Amministrazione 4.0. – 3. I principi in materia di decisioni algoritmiche posti dalle precedenti sentenze del Tar Lazio e del Consiglio di Stato. – 4. La Sentenza n. 8472/2019: profili di legittimità amministrativa. – 5. La Sentenza n. 8472/2019: profili di tutela delle libertà fondamentali e protezione dei dati personali relativi alle decisioni algoritmiche della P.A. – 5.1. In particolare, sul processo decisionale interamente automatizzato ex art. 22 del Regolamento n. 2016/679: alcune considerazioni critiche. – 6. Importanti aspetti relativi alla protezione dei dati personali da considerare in materia di decisioni algoritmiche. – 6.1 Qualità dei dati. – 6.2. Tutela della proprietà industriale e comprensibilità della decisione algoritmica. – 6.3. Altre garanzie previste dal Regolamento n. 2016/679. – 7. Conclusioni.

1. Premessa

Nessuno è immune agli effetti del fulmineo ed incessante progresso delle *Information and*

* Dottorando di ricerca in Diritto Pubblico presso l'Università degli Studi Roma Tre e Tirocinante presso il Consiglio di Stato.

Communication Technology (ICT); neanche gli uffici della Pubblica Amministrazione. Da qualche tempo a questa parte, infatti, la giurisprudenza amministrativa italiana è impegnata a dirimere una serie di spinose questioni attinenti all'impiego degli algoritmi e dell'Intelligenza artificiale (*Artificial Intelligence*, d'ora in poi AI) nel procedimento amministrativo¹. Questo fenomeno rappresenta uno degli effetti della c.d. Quarta rivoluzione industriale/scientifica², che sta comportando mutamenti sociali sempre più profondi e repentini, nonché fenomeni nuovi quali il “datismo”³ o la “datizzazione”⁴, il cui incedere comporta una serie di effetti collaterali anche per la vita pubblica.⁵

In virtù di questo inarrestabile sviluppo tecnologico, si è creata una nuova dimensione informazionale, definita *infosfera*, e si è modificato il modo in cui gli uomini concepiscono e si relazionano con la realtà, tanto che si può riassumere il concetto parafrasando una nota massima hegeliana: «tutto ciò che è reale è informazionale e tutto ciò che è informazionale è reale»⁶.

In questo contesto, l'AI e la Robotica incarnano delle innovazioni strategiche, che risultano decisive nella competizione economica tra i Paesi, dal momento che gli Stati che più riusciranno

¹ Per un'analisi completa si rimanda a A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, in *Rivista trimestrale di Diritto Pubblico*, 4, 2019, 1149 ss. Sul punto cfr. anche F. PATRONI GRIFFI, *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, in <https://www.giustizia-amministrativa.it/-/patroni-griffi-la-decisione-robotica-e-il-giudice-amministrativo-28-agosto-2018>, 2018; D. U. GALETTA, J. C. CORVALÀN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *Federalismi.it*, 3/2019; L. VIOLA, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell'arte*, in *Federalismi.it*, 7/2018; Inoltre, per i profili legati alla responsabilità cfr. M. CAVALLARO, G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, in *Federalismi.it*, 16/2019; R. FERRARA, *Il giudice amministrativo e gli algoritmi. Note estemporanee a margine di un recente dibattito giurisprudenziale*, in *Diritto Amministrativo*, 4, 2019. Più ampiamente sui problemi di regolazione connessi all'AI e, in particolare, la tutela della privacy, si veda F. PIZZETTI, *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018.

² Su cui si rinvia a K. SCHWAB, P. PYKA, *Die Vierte Industrielle Revolution*, München, 2016; con un'accezione differente fa riferimento alla Quarta rivoluzione anche L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, 2017, alludendo invece alla rivoluzione scientifica stimolata dall'invenzione del computer da parte di Alan Turing, paragonata, nella sua portata, ai cambiamenti nel modo di comprendere dell'essere umano provocati dalla teoria eliocentrica di Niccolò Copernico, dall'evoluzionismo di Charles Darwin e dalla nascita della psicoanalisi ad opera di Sigmund Freud.

³ Vedi Y. N. HARARI, *Homo Deus. Breve storia del futuro*, Firenze, 2019, 450, che definisce il datismo come una sorta di religione dei dati, i seguaci della quale «sono scettici riguardo alla conoscenza e alla saggezza umane, e preferiscono riporre la loro fiducia nei *Big Data* e negli algoritmi computerizzati”.

⁴ A riguardo, si faccia riferimento a V. MAYER-SCHÖNBERGER, K. CUKIER, *Big data. Una rivoluzione che trasformerà il nostro modo di vivere e già minaccia la nostra libertà*, Milano, 2013, 109. Così anche A. MORETTI, *Algoritmi e diritti fondamentali della persona. Il contributo del Regolamento (UE) 2016/679*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2018.

⁵ Su questi temi cfr. B. CARAVITA, *Social network, formazione del consenso, istituzioni politiche: quale regolamentazione possibile?*, in *Federalismi.it*, 2/2019; sugli stessi temi anche M. BETZU, G. DEMURO, *I big data e i rischi per la democrazia rappresentativa*, in *Media Laws*, 1/2020, 218 ss.

⁶ Così in L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, 2017, 44-45, il quale sottolinea come il termine *infosfera* sia stato modellato negli anni Settanta sul termine *biosfera*, che indica la porzione di pianeta in cui vi è la vita.

ad investire in «applicazioni robotiche, sviluppando l'industria nel settore, tenderanno a distanziare, soprattutto sul medio e lungo periodo, quelli che si muoveranno più tardi e comunque tutti i soggetti, pubblici e privati, che non faranno uso di sistemi aventi queste caratteristiche»⁷. D'altro canto, però, la «penetrazione sociale dell'AI» implica anche che «gli assetti e le relazioni intersoggettive e intergenerazionali» siano soggette a profonde modifiche con effetti sul mercato del lavoro e sulla distribuzione del reddito⁸.

Del resto, i settori investiti dai cambiamenti provocati dall'impiego dell'AI sono molteplici e ciò comporta che sia imprescindibile elaborare un approccio costituzionalmente orientato al problema⁹. Ciò vale, in particolar modo, per quanto riguarda l'utilizzo di tali tecnologie nell'ambito delle attività della Pubblica amministrazione.

Ebbene, le questioni assunte da ultimo all'attenzione dei giudici amministrativi non concernono tanto l'utilizzo di supporti tecnologici informatici nella fase di redazione materiale degli atti amministrativi, bensì la legittimità di strumenti in grado di determinare il contenuto stesso degli atti¹⁰. Si tratta, dunque, di un differente «paradigma della decisione» riguardo al quale se da una parte è unanimemente riconosciuto il beneficio in termini di utilità e di efficacia dell'utilizzo dell'AI in supporto all'attività umana, dall'altra sorge un disaccordo rispetto alla possibile sostituzione dell'AI alle decisioni umane¹¹.

I maggiori interrogativi, però, sorgono proprio dall'impiego dell'AI nell'attività della Pubblica amministrazione, e riguardano la valenza da attribuirsi alla formula algoritmica nel contesto pubblico e la possibilità di sostituire un giorno – integralmente o parzialmente – l'attività del funzionario “umano” con quella di un funzionario “robotico”¹².

Con la sentenza n. 8472 del 13 dicembre 2019, la sezione VI del Consiglio di Stato ha

⁷ E. STRADELLA, *La regolazione della Robotica e dell'Intelligenza artificiale: il dibattito, le proposte, le prospettive. Alcuni spunti di riflessione*, in *Media Laws* 1/2019, 74.

⁸ *Ibidem*.

⁹ Ampiamente in C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, Speciale, 2019, 101-130. Dello stesso autore, vedi anche C. CASONATO, *Potenzialità e sfide dell'intelligenza artificiale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1/2019.

¹⁰ Cfr. Tar Lazio, sez. III bis, 22 marzo 2017, n. 3769, secondo cui, testualmente definisce: «atto ad elaborazione elettronica, ossia l'atto amministrativo che è predisposto mediante il computer. In questo caso l'elaborazione del contenuto dell'atto viene affidata interamente allo strumento informatico e, quindi, in definitiva alla macchina, la quale provvede direttamente al reperimento, al collegamento e alla interrelazione tra norme e dati assumendo, conseguentemente, un ruolo strumentale rispetto all'atto amministrativo conclusivo. Nella predetta fattispecie è l'elaborazione stessa del contenuto dell'atto che si svolge elettronicamente, elaborazione che consiste, appunto, nello svolgimento dell'iter logico che conduce alla redazione dell'atto finale in relazione al rispettivo contenuto e che concretizza la sua motivazione; il documento finale che contiene la predetta elaborazione, invece, può avere qualsiasi forma ammessa dall'ordinamento e, quindi, essere anche cartaceo, come avviene negli atti amministrativi di stampo tradizionale»; cfr. anche C. GIURDANELLA, E. GUARNACCIA, *Elementi di diritto amministrativo elettronico*, Macerata, 2005, 13-14. Vedi anche F. SAIITA, *Le patologie dell'atto amministrativo elettronico e il sindacato del giudice amministrativo*, in *Rivista diritto amministrativo elettronico*, www.cesda.it, 2003.

¹¹ C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale*, cit., 118-119.

¹² Sul punto, si veda E. PICOZZA, *Politica, diritto amministrativo and Artificial Intelligence*, in *Giurisprudenza italiana*, 7/2019, 1766

recentemente avuto modo di ampliare il novero dei principi riguardanti l'utilizzo degli algoritmi nell'attività amministrativa posti dalla precedente giurisprudenza¹³, schiudendo, sebbene sotto due condizioni (conoscibilità dell'algoritmo e l'imputabilità della responsabilità della decisione all'organo titolare del potere), la possibilità di impiegare l'AI anche nell'ambito dell'attività discrezionale dell'Amministrazione. Tuttavia, l'elemento di novità introdotto da questa sentenza è l'apertura ai profili relativi alla tutela delle libertà fondamentali dei cittadini e, in particolare, alla protezione dei dati personali, fino a quel momento pressoché tralasciati dai giudici amministrativi.

Infatti, il Consiglio di Stato ha posto a fondamento della sua decisione alcuni principi derivanti dal "diritto sovranazionale", e più precisamente del diritto dell'Unione Europea¹⁴, quali: 1) il principio di conoscibilità, riconducibile all'art. 41 della Carta di Nizza¹⁵, che in tema di algoritmi «si completa con il principio di comprensibilità», e cioè la possibilità di «ricevere informazioni significative sulla logica utilizzata» nelle decisioni algoritmiche; 2) il principio di "non esclusività della decisione algoritmica"¹⁶, riferibile all'art. 22 del Regolamento UE n. 2016/679 (Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati Personali, c.d. RGPD, o utilizzando l'acronimo inglese GDPR), in forza del quale, le decisioni riguardanti persone fisiche non debbono essere basate unicamente su un processo automatizzato, qualora esse siano idonee a produrre effetti giuridici che riguardino o che incidano significativamente sulle persone alle quali afferiscono, dovendo a tal fine sempre esserci un contributo umano, conformemente al modello c.d. HITL (*human in the loop*)¹⁷; 3) il principio di "non discriminazione algoritmica",

¹³ Si veda Cons. St., sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270; Tar Lazio, sez. III bis, 28 maggio 2019, n. 6686; Tar Lazio, sez. III bis, nn. 9224-9230, 9227 del 2018; Tar Lazio, sez. III bis, 22 marzo 2017, n. 3769.

¹⁴ I tre principi nell'ambito del quadro europeo-nazionale sono elencati in A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1/2019, 77-86

¹⁵ L'art. 41, co. 2 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, rubricato "Diritto ad una buona amministrazione", prevede che: «Tale diritto comprende in particolare: - il diritto di ogni individuo di essere ascoltato prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che gli rechi pregiudizio; - il diritto di ogni individuo di accedere al fascicolo che lo riguarda, nel rispetto dei legittimi interessi della riservatezza e del segreto professionale; - l'obbligo per l'amministrazione di motivare le proprie decisioni».

¹⁶ In merito a tale principio il Consiglio di Stato ha richiamato anche la giurisprudenza extra-europea, e in particolare la celebre sentenza *State vs. Loomis*, pronunciata dalla Corte Suprema del Wisconsin nel 2016, con riferimento alle decisioni algoritmiche in materia penale; si veda *State v. Loomis: Wisconsin Supreme Court Requires Warning Before Use of Algorithmic Risk Assessments in Sentencing*, in *Harvard law review*, 2017; e anche K. FREEMAN, *Algorithmic injustice: how the wisconsin supreme court failed to protect due process rights in State v. Loomis*, in *North Carolina journal of law & technology*, 2016; più in generale sui rapporti tra decisione giudiziaria e Intelligenza artificiale cfr. M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in *Rivista AIC*, 3/2018.

¹⁷ M.L. JONES, *The right to a human in the loop: Political constructions of computer automation and personhood*, in *Social Studies of Sciences*, 2017, 216 ss

di cui al considerando n. 71¹⁸ del GDPR, a mente del quale è opportuno che, per garantire la sicurezza dei dati personali e impedire effetti discriminatori nei confronti di persone fisiche, il titolare del trattamento usi tutti i più appropriati accorgimenti, dalle procedure matematiche o statistiche, alle misure tecniche e organizzative adeguate, al fine di assicurare che i dati siano trattati secondo i principi del GDPR, in particolare, rettificando i fattori che comportano inesattezze dei dati e minimizzando il rischio di errori.

Nel caso in esame, il Consiglio di Stato ha ritenuto che l'algoritmo non sia stato utilizzato in termini conformi a tali principi. Tuttavia, a ciò si sarebbe, forse, potuto aggiungere un ulteriore inciso riguardante i presupposti di legittimità delle decisioni automatizzate relative a persone fisiche, cominciando a gettare le basi di un precedente, in vista dei futuri sviluppi che porteranno l'Amministrazione a servirsi sempre più dell'AI.

Del resto, è lo stesso GDPR a prevedere che il generale divieto di sottoporre una persona fisica a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato che produca effetti giuridici che lo riguardano, possa essere superato qualora sussistano determinati presupposti¹⁹. Un ulteriore richiamo in tal senso, avrebbe potuto condurre i Giudici di Palazzo Spada a lumeggiare anche altre criticità relative alle decisioni algoritmiche, le quali, molto verosimilmente, emergeranno di certo in futuro, stante il dettato della disciplina europea in materia di protezione dei dati.

In proposito, è bene tener presente che perfino la Corte costituzionale ha richiamato tale disciplina nell'ambito della recente decisione rispetto ai limiti degli obblighi di pubblicazione derivanti dal d.lgs. n. 33/2013 di cui alla sentenza n. 20/2019, facendo riferimento sia alle norme del Regolamento n. 2016/679/UE e della precedente Direttiva n. 1995/46/CE (c.d. Direttiva madre) che a quelle della Carta di Nizza²⁰.

¹⁸ Sul punto il Considerando 71 recita: «al fine di garantire un trattamento corretto e trasparente nel rispetto dell'interessato, tenendo in considerazione le circostanze e il contesto specifici in cui i dati personali sono trattati, è opportuno che il titolare del trattamento utilizzi procedure matematiche o statistiche appropriate per la profilazione, metta 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 e al fine di garantire la sicurezza dei dati personali secondo una modalità che tenga conto dei potenziali rischi esistenti per gli interessi e i diritti dell'interessato e impedisca, tra l'altro, effetti discriminatori nei confronti di persone fisiche sulla base della razza o dell'origine etnica, delle opinioni politiche, della religione o delle convinzioni personali, dell'appartenenza sindacale, dello status genetico, dello stato di salute o dell'orientamento sessuale, ovvero un trattamento che comporti misure aventi tali effetti». Inoltre, sempre tale considerando chiosa affermando che «processo decisionale automatizzato e la profilazione basati su categorie particolari di dati personali dovrebbero essere consentiti solo a determinate condizioni».

¹⁹ La decisione deve essere: a) necessaria per la conclusione o l'esecuzione di un contratto tra l'interessato e un titolare del trattamento; b) autorizzata dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento, che deve, però, precisare misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato; c) basata sul consenso esplicito dell'interessato. Il par. 3 dell'art. 22 del Regolamento specifica altresì che: «nei casi di cui al paragrafo 2, lettere a) e c), il titolare del trattamento attua misure appropriate per tutelare i diritti, le libertà e i legittimi interessi dell'interessato, almeno il diritto di ottenere l'intervento umano da parte del titolare del trattamento, di esprimere la propria opinione e di contestare la decisione».

²⁰ Relativamente al rispetto della Carta di Nizza da parte delle norme dell'ordinamento nazionale, con la sent. 20/2019 la Corte costituzionale ha avuto nuovamente modo di esprimersi riguardo alla questione della doppia

Non si può certo tralasciare che con il Trattato di Lisbona l'Unione Europea ha rafforzato la sua competenza in materia di circolazione dei dati personali. Infatti, con l'introduzione dell'art. 16 TFUE non solo è stato sancito il diritto di ogni persona alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano, ma è stato altresì previsto «che il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria» stabiliscano sia le norme relative alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte di istituzioni, organi e organismi dell'Unione, nonché da parte degli Stati membri qualora rientrino nell'ambito di attività riconducibili al campo di applicazione del diritto dell'Unione; sia «le norme relative alla libera circolazione di tali dati». È proprio quest'ultimo inciso, dunque, a conferire all'Unione Europea una competenza più penetrante nella regolazione della disciplina relativa ai dati personali²¹.

Occorre, infatti, ricordare che il già citato Regolamento UE 2016/679, non si riferisce soltanto «alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali», ma anche «alla libera circolazione di tali dati». La *ratio* di tale scelta risiede nell'assunto per cui, se i dati devono poter liberamente circolare all'interno dell'Unione, il livello di protezione deve essere uniforme, secondo il principio “*one continent, one law*”.

In virtù di quanto fin ora esposto, non si può dunque prescindere dall'analisi del diritto eurounitario quando si viene in contatto con la protezione dei dati personali. Per ricostruire il quadro giuridico complessivo concernente questo diritto fondamentale, enunciato all'art. 8 della

pregiudizialità. Cfr sul punto S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità: una svolta 'opportuna' della Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, 2019; A. RUGGERI, *La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno con una pronuncia in chiaroscuro (a prima lettura di Corte cost. n. 20 del 2019)*, in www.giurcost.org, 2019, 113 ss; I. A. NICOTRA, *Privacy vs trasparenza, il Parlamento tace e il punto di equilibrio lo trova la Corte*, in *Federalismi.it*, 7/2019. Il vero punto di svolta, però, riguardo a tale problema è stato segnato dalla Corte costituzionale con la precedente sentenza n. 269/2017, con riferimento alla quale si veda G. MARTINICO, G. REPETTO, *Fundamental Rights and Constitutional Duels in Europe: An Italian Perspective on Case 269/2017 of the Italian Constitutional Court and Its Aftermath*, in *European Constitutional Law Review*, 2019; G. REPETTO, *Il significato europeo della più recente giurisprudenza della Corte costituzionale sulla "doppia pregiudizialità" in materia di diritti fondamentali*, in *Rivista AIC*, 2019; ma anche G. SCACCIA, *L'inversione della "doppia pregiudiziale" nella sentenza della Corte costituzionale n. 269/2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, in *Quaderni Costituzionali*, 2018.

²¹ Cfr. F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Il Regolamento europeo 2016/679*, Torino, 2016, 8 ss., secondo il quale la “base normativa” su cui poggia la competenza in materia di protezione dei dati personali, derivi dal combinato disposto dell'art. 8, comma 1, della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea e dell'art. 16, paragrafo 1, del TFUE; anche G. M. SALERNO, *Le origini e il contesto*, in L. CALIFANO, C. COLAPIETRO (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona. Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, Napoli, 2017, 81 ss. Sulla *ratio* dei principi europei in materia di protezione dei dati, si veda O. LYNKEY, *The foundation of EU data protection law*, Oxford, 2015. Per quanto concerne specificamente l'art. 8 della Carta di Nizza, cfr. M. BASSINI, O. POLLICINO, *Art. 8 Protezione dei dati di carattere personale*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALA, O. ROZZOLINI, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, 2017, 132-159.

Carta di Nizza, occorre senza dubbio analizzare un sistema di fonti multilivello²², che negli ultimi tempi è diventato sempre di più a trazione europea. Ed è proprio dall'osservazione di questi settori in cui la compenetrazione tra diritto nazionale e diritto eurounitario è non solo inscindibile, ma fortemente condizionata dalla competenza in materia dell'Unione, che si può forse preconizzare come si evolverà nei prossimi anni il diritto degli Stati membri.

D'altro canto, anche in altri Paesi europei è in corso il dibattito concernente l'impiego dell'AI nell'attività amministrativa e la tutela delle libertà fondamentali, il quale non ha impegnato soltanto la dottrina e la giurisprudenza amministrativa. Già nel 2018, ha avuto modo di esprimersi sul tema il *Conseil constitutionnel* della Repubblica francese, che ha svolto una serie di considerazioni relative alle decisioni amministrative algoritmiche, provocate da una *saisine* relativa alle modifiche apportate alla *Loi informatique et libertés* proprio al fine di adeguare la legge francese in materia di protezione dati al Regolamento (UE) 2016/679²³.

I profili di riflessione sul tema sono, dunque, molti, vari e comprensibili solo se si è in grado di avere una visione di insieme del fenomeno in corso nella società.

2. La società dell'informazione e la necessità di un'Amministrazione 4.0

Fino a pochi decenni or sono, il termine *robot* evocava la letteratura e la cinematografia fantascientifica. Eppure, oggi le “tre leggi della robotica” formulate dal celebre scrittore Isaac Asimov²⁴ vengono citate perfino da atti del Parlamento Europeo come la *Risoluzione recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica*, adottata il 16 febbraio 2017, c.d. *Norme di diritto civile sulla robotica*, alla quale ha fatto riferimento anche il Consiglio di Stato nella motivazione in diritto della sent. n. 8472/2019.

Appare chiaro che la robotica e l'Intelligenza artificiale non sono più “*sci-fi*”, ma sono ormai

²² C. COLAPIETRO, *Il diritto alla protezione dei dati personali in un sistema delle fonti multilivello. Il Regolamento UE 2016/679 parametro di legittimità della complessiva normativa sulla privacy*, Napoli, 2018.

²³ Cfr. *Conseil constitutionnel*, *Décision n. 2018-765 DC*, 12 giugno 2018. In particolare, il giudice costituzionale transalpino ha ritenuto che gli algoritmi c.d. “*auto-apprenant*”, cioè in grado di modificare autonomamente le regole che applicano, non possano essere in ogni caso utilizzati come base esclusiva per una decisione amministrativa individuale, se non sono assoggettati a controllo né a convalida. Allo stesso tempo, è stato stabilito che l'impiego di un algoritmo in una singola decisione amministrativa debba essere subordinato al rispetto di tre condizioni: 1) la decisione amministrativa individuale deve menzionare espressamente il fatto di essere stata adottata sulla base di un algoritmo, secondo quanto disposto dal *Code des relations entre le public et l'administration*; 2) le principali caratteristiche di tale algoritmo devono, se richiesto, essere comunicate all'interessato; 3) la decisione individuale non può essere presa utilizzando un algoritmo i cui principi operativi non possono essere comunicati senza violare uno dei segreti o degli interessi protetti individuati dal *Code des relations entre le public et l'administration*. Sempre nella medesima pronuncia, si afferma, altresì, che la decisione amministrativa individuale deve essere sempre ricorribile e pertanto l'algoritmo è soggetto al controllo giudiziale.

²⁴ Cfr. I. ASIMOV, *Circolo vizioso*, 1942, ora in I. ASIMOV, *Io robot*, Milano, 2009. «1. Un robot non può recar danno a un essere umano né può permettere che, a causa del suo mancato intervento, un essere umano riceva danno. 2. Un robot deve obbedire agli ordini impartiti dagli esseri umani, purché tali ordini non vadano in contrasto alla Prima Legge. 3. Un robot deve proteggere la propria esistenza, purché la salvaguardia di essa non contrasti con la Prima o con la Seconda Legge».

entrate a far parte a pieno titolo della vita quotidiana²⁵. In particolare, è interessante notare come all'incirca negli stessi anni in cui Asimov, Orwell, Huxley scrivevano i capolavori destinati a diventare pietre miliari del genere fantascientifico, Alan Turing, celebre inventore del *computer*, pubblicava un articolo scientifico intitolato *Computing Machinery and Intelligence*²⁶, primo passo nella riflessione sull'AI.

Con l'espressione Intelligenza artificiale ci si riferisce «a sistemi che mostrano un comportamento intelligente analizzando il loro ambiente e intraprendendo azioni - con un certo grado di autonomia - per raggiungere obiettivi specifici», tenendo presente che tali «sistemi basati sull'intelligenza artificiale possono essere puramente software e agire nel mondo virtuale (ad esempio assistenti vocali, *software* di analisi delle immagini, motori di ricerca, sistemi di riconoscimento vocale e facciale) o l'intelligenza artificiale può essere incorporata in dispositivi *hardware* (ad esempio robot avanzati, auto autonome, droni o applicazioni *Internet of Things*)»²⁷.

L'elemento fondamentale di un sistema di AI è l'algoritmo. Si tenga presente che per algoritmo si intende «una ricetta, un metodo o una tecnica per fare qualcosa», basato su un «set definito di regole che siano non ambigue e semplici da seguire», o, per meglio dire: «definite ed effettive»²⁸. Tali operazioni matematiche vengono svolte dai computer, i quali, però, grazie al progresso tecnologico nel campo dell'informatica, stanno sviluppando anche la capacità di apprendere, la quale è la causa della maggior parte degli avanzamenti e delle applicazioni dell'AI nel contesto odierno. In proposito, occorre precisare che si definiscono algoritmi *machine learning* quelli che utilizzano la statistica per «trovare modelli attraverso enormi quantità di dati», formulando previsioni “*highly educated*”²⁹. Ancora più avanzato del *machine*

²⁵ Così C. CATH, S. WACHTER, B. MITTELSTADT, M. TADDEO, L. FLORIDI, *Artificial Intelligence and the 'Good Society': the US, EU, and UK approach*, in *Science and engineering ethics*, 2017.

²⁶ A. M. TURING, *Computing Machinery and Intelligence*, in *Mind, New Series*, n. 236, 1950 433-460, il quale introduce il concetto di *Imitation game* con il celebre incipit: «*I propose to consider the question "Can machines think?"*».

²⁷ Tale la definizione dello *High-level expert group on artificial intelligence* istituito dalla Commissione Europea nel documento *A definition of Artificial Intelligence: main capabilities and scientific disciplines*, in <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/definition-artificial-intelligence-main-capabilities-and-scientific-disciplines>.

²⁸ La definizione è di E. DIETRICH, *Algorithm*, in R. A. WILSON, F.C. KEIL, *The MIT Encyclopedia of the Cognitive Sciences*, Cambridge, 1999, 11, il quale specifica come un algoritmo non sia per forza qualcosa che abbia a che fare con i computer, citando l'algoritmo inventato dal matematico greco Euclide per trovare il massimo comun divisore di due numeri.

²⁹ Questa e altre definizioni in K. HAO, *What is machine learning? Machine-learning algorithms find and apply patterns in data. And they pretty much run the world*, in MIT technology review, 2018, consultabile al link <https://www.technologyreview.com/2018/11/17/103781/what-is-machine-learning-we-drew-you-another-flowchart/>.

learning è il *deep learning*, che utilizza tecniche che conferiscono alla macchina un'augmentata capacità di individuare anche i modelli più sottili, le quali sono chiamate *deep neural network*, dal momento che implicano «vari strati di semplici nodi computazionali che lavorano insieme per elaborare i dati e fornire un risultato finale sotto forma di predizione»³⁰.

In realtà, le informazioni circolano nella vicenda umana già da parecchi millenni, da quando cioè l'umanità ha provveduto ad inventare dei mezzi per lasciare traccia di sé ai posteri e per comunicare con altri uomini. Tuttavia, soltanto negli ultimi tempi nei Paesi più industrializzati si è sviluppata una società in cui sia il benessere individuale e che quello sociale dipendono dalle ICT, aprendo una fase che è stata definita come “iperstoria”³¹, nella quale l'uomo non può più fare a meno delle informazioni e delle comunicazioni per poter svolgere le proprie attività. Del resto, le economie delle nazioni G7 si basano ormai per buona parte sull'informazione, atteso che almeno il 70% del PIL prodotti in tali Paesi «dipende da beni intangibili, fondati sull'uso d'informazione, piuttosto che da beni materiali che sono il prodotto di processi agricoli o manifatturieri»³². Non a torto, è stato rilevato che i dati stanno diventando più importanti del petrolio per quanto concerne il funzionamento dell'economia, che sta subendo e subirà delle trasformazioni radicali proprio a causa dell'utilizzo dei dati³³. Infatti, grazie ai c.d. *Big Data*, talune decisioni che in passato si basavano su congetture o su modelli di realtà realizzati faticosamente a mano ora possono essere prese utilizzando modelli matematici basati su dati, e, in virtù di ciò, l'analisi dei *Big Data* guida oggi quasi ogni aspetto della società³⁴. In tale

³⁰ K. HAO, *What is machine learning? Machine-learning algorithms find and apply patterns in data. And they pretty much run the world*, cit.: «neural networks were vaguely inspired by the inner workings of the human brain. The nodes are sort of like neurons, and the network is sort of like the brain itself. (For the researchers among you who are cringing at this comparison: Stop pooh-poohing the analogy. It's a good analogy.) But Hinton published his breakthrough paper at a time when neural nets had fallen out of fashion. No one really knew how to train them, so they weren't producing good results. It took nearly 30 years for the technique to make a comeback. And boy, did it make a comeback». Inoltre, la stessa A. provvede a distinguere tra *supervised learning*, *unsupervised learning* e *reinforcement learning*.

³¹ L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, cit., 1-7. In particolare, l'A. afferma, attraverso una ricostruzione molto suggestiva, che: «preistoria e storia sono termini che operano come avverbi: esprimono *come* le persone vivono, non *quando* o *dove* vivono. In questa prospettiva, le società umane dispiegano tuttora i loro modi di vita attraverso queste tre epoche. In base a rapporti relativi a un certo numero di tribù isolate nella regione amazzonica, all'inizio del secondo millennio vi sono società che vivono ancora in un una sorta di età preistorica, senza registrare documenti. Se, o piuttosto, quando quelle tribù un giorno spariranno, sarà compiuto il primo capitolo della nostra storia evolutiva. La maggior parte delle persone vive tuttora nell'età della storia, in società che fanno affidamento sulle ICT per registrare, trasmettere ed utilizzare dati. In tali società storiche, le ICT non hanno ancora preso il sopravvento sulle altre tecnologie, in particolare su quelle fondate sull'uso di energia, in quanto risorse di importanza vitale. Infine, vi sono talune persone nel mondo che vivono già nell'età dell'iperstoria, in società e ambienti nei quali le ICT e le loro capacità di processare dati non sono soltanto importanti ma condizioni essenziali per promuovere il benessere sociale, la crescita individuale e lo sviluppo generale».

³² Cfr. L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, cit., 7

³³ *The world's most valuable resource is no longer oil, but data*, in *The Economist*, 6 maggio 2017, nonché *Data is giving rise to a new economy*, in *The Economist*, 6 maggio 2017.

³⁴ Così H. V. JAGADISH, J. GEHRKE, A. LABRINDIS, Y. PAPANIKOLAOU, J. M. PATEL, R. RAMAKRISHNAN, C. SHAHABI, *Big Data and Its Technical Challenges*, in *Communications of the ACM*, 2014, 86. Assai icastico l'esempio del lavoro dell'astronomo: “*from a field where taking pictures of the sky was a large part of an astronomer's job to*

contesto, vi è un'assoluta centralità degli algoritmi e l'AI va sempre più assumendo un ruolo chiave.

L'elaborazione delle informazioni da parte dell'AI può, invero, condurre a risolvere problemi e a prendere decisioni con più rapidità ed efficienza rispetto al passato e, pertanto, il settore privato già fa un ampio uso di queste tecnologie, prevalentemente con finalità commerciali, cioè per offrire beni o servizi a consumatori³⁵. Tuttavia, la trasformazione in atto, benché in maniera più graduale, coinvolge, ovviamente, anche il settore pubblico³⁶, che se da una parte è investito da questi cambiamenti, dall'altra è chiamato ad innovarsi e modernizzarsi, in tutti i suoi campi, dalla sanità, alla scuola, alla pubblica amministrazione in generale.

Le c.d. “macchine sapienti”³⁷, del resto, vengono già (e verranno sempre più) impiegate anche nell'esercizio delle funzioni pubbliche e, pertanto, in un numero crescente di Paesi le Amministrazioni³⁸ versano in condizione di doversi confrontare con il fatto che talune decisioni

one where the pictures are already in a database, and the astronomer's task is to find interesting objects and phenomena using the database”. Relativamente ai Big Data in Italia è stata condotta congiuntamente un'indagine da parte dell'AGCM, dell'AGCOM e del Garante privacy; cfr. *Indagine conoscitiva sui Big Data*, 2020 in https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/IC_Big%20data_imp.pdf.

³⁵ Sui meccanismi di acquisizione dei dati online cfr. M. VIGGIANO, “*Navigazione*” in *internet e acquisizione occulta di dati personali*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2007. Inoltre, si tenga presente che anche la distinzione tra aspetto privato e pubblico è sempre meno netta dal momento che si va affermando il modello del cittadino-lavoratore-consumatore, in cui vengono contemporaneamente combinati gli elementi di “*consumer voting, personal governments documents all stored on Facebook, and people's résumés up for public scrutiny*”. Così L. GREENE, *Silicon States. The power and politics of Big Tech and what it means for our future*, Berkeley, 2018, 43, la quale a p. 37 segnala anche come Mark Zuckerberg, fondatore del gruppo Facebook, ha avuto modo di affermare la necessità di un nuovo contratto sociale.

³⁶ Cfr. G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici*, Napoli, 2019. Si segnala, inoltre, l'autorevole ricostruzione di C. O'NEIL, *Armi di distruzione matematica. Come i Big Data aumentano la disuguaglianza e minacciano la democrazia*, Milano, 2019; in particolare, per quanto riguarda i risvolti politici e amministrativi Cfr. anche D. U. GALETTA, J. C. CORVALAN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, cit., 8, secondo i quali «dalla prospettiva del giuspubblicista l'approccio deve essere però diverso [...]. Occorre cioè, al pari di quel che si è fatto sino ad ora nel contesto delle Nazioni Unite, ragionare sul se (ed in che termini) l'uso dell'Intelligenza Artificiale e, più in generale, l'uso delle ICT più innovative nel settore pubblico, grazie alla loro capacità di ridurre molti degli ostacoli tradizionali rispetto all'accesso ai servizi forniti dalla Pubblica Amministrazione in termini di tempo e di distanza fisica, possa rappresentare un fattore che contribuisce all'interesse pubblico in termini di sviluppo sostenibile e maggiore benessere della collettività». La risoluzione dell'ONU è consultabile al link <https://bit.ly/39j4cUY>.

³⁷ La definizione è di P. BENANTI, *Le macchine sapienti*, Bologna, 2018.

³⁸ Cfr. *Le gouvernement lance l'expérimentation de l'intelligence artificielle dans l'administration*, in <https://www.modernisation.gouv.fr/salle-de-presse/communiqués-de-presse/le-gouvernement-lance-l'expérimentation-de-l'intelligence-artificielle-dans-l'administration> ; ma si veda anche il report della House of Lords dal titolo *Select Committee on Artificial Intelligence, AI in the UK: ready, willing and able?*, London, 2018; nonché i punti programmatici enunciati in *Ein Neuer Aufbruch für Europa. Eine neue Dynamik für Deutschland. Ein neuer Zusammenhalt für unser Land. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD*, 2018, 2092; inoltre si segnala anche il report della Federal Trade Commission, *Data Brokers. A Call for Transparency and Accountability*, Washington, 2014. Si faccia riferimento anche al caso argentino descritto in D. U. GALETTA, J. C. CORVALAN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, cit., e in particolare al decreto 733/2018, che prevede anche l'impiego dell'AI come strumento per automatizzare le

possano essere prese per mezzo dell'utilizzo delle tecnologie algoritmiche o dagli algoritmi stessi³⁹. È un tema che investe i più svariati profili e che induce ad interrogarsi sulle modalità di tali decisioni, sia per quanto concerne il loro rapporto con il principio di legalità⁴⁰ che per quanto attiene alle eventuali discriminazioni operate dagli algoritmi⁴¹. Appare chiaro, perciò, che, onde evitare effetti collaterali o, addirittura, discriminatori, vi sono diversi aspetti che devono essere regolati⁴².

Si tenga, altresì, presente che con riguardo all'AI sia l'Unione Europea che il Consiglio d'Europa⁴³ hanno provveduto a fornire definizioni e indicazioni tramite una serie di documenti, con i quali hanno tra l'altro posto anche delle linee guida per quanto riguarda le relative questioni etiche. Con particolare riguardo al contesto eurounitario, si consideri che già nell'aprile 2018 venticinque Paesi, tra cui l'Italia, hanno firmato una dichiarazione di cooperazione per l'AI e, allo stesso tempo, la Commissione Europea ha reso nota la strategia

decisioni pubbliche, e il caso di Prometea, Intelligenza artificiale usata a scopi giurisdizionali e amministrativi. Si tenga presente anche l'esperienza neozelandese descritta in M. VEALE, I. BRASS, *Administration by Algorithm? Public Management meets Public Sector Machine Learning* in K. YEUNG, M. LODGE, *Algorithmic Regulation*, Oxford, 2019, 121-142

³⁹ Si veda, in particolare, J. B. AUBY, *Contrôle de la puissance publique et gouvernance par algorithme* in: D. U. GALETTA, J. ZILLER (Hrsg.) *Das öffentliche Recht vor den Herausforderungen der Informations- und Kommunikationstechnologien jenseits des Datenschutzes | Information and Communication Technologies Challenging Public Law, Beyond Data Protection | Le droit public au défi des technologies de l'information et de la communication, au-delà de la protection des données*, 153 ss.; H. PAULIAT, *La décision administrative et les algorithmes : une loyauté à consacrer*, in *Revue du droit public*, 2018, 641 ss.; P. TIFINE, *Les algorithmes publics : rapport conclusif*, in *Revue générale du droit* (<https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2019/03/15/rapport-conclusif/>).

⁴⁰ cfr. C. COGLIANESE, D. LEHR, *Regulating by robot: administrative decision making in the machine-learning era*, in *The Georgetown law journal*, 2017., 1176 ss.: «as government agencies continue on the path toward increased reliance on machine learning in administrative decision making, public officials, lawyers, and scholars will confront choices about whether to encourage or constrain this technology. Making these choices will depend, at least in the first instance, on assessing how agency use of machine learning would conform to the cornerstones of constitutional and administrative law: principles of nondelegation, due process, antidiscrimination, and transparency. [...] Especially when machine learning is used to determine outcomes that are judicially reviewable, its properties combine to surface some first-order questions stemming from a legal system that has been historically premised on the existence of governmental decision makers who are human beings».

⁴¹ W. FRÖHLICH, I. SPIECKER, *Können Algorithmen diskriminieren?*, in <https://verfassungsblog.de/koennen-algorithmen-diskriminieren/> 2018, in cui, in particolare, viene sostenuta la non neutralità dell'algoritmo e la necessità di intervento dello Stato: «Es ist Aufgabe des Sozialstaats, der einzelnen Person in ihrer Individualität und Würde gerecht zu werden und wider statistische Erfahrungswerte zu handeln, die immer Werte der Mehrheit sind. Es ist nicht zu verhehlen, dass sowohl der Sozialstaat bei der Verteilung knapper Ressourcen als auch Arbeitgeberinnen/Unternehmen, die sich durch Algorithmen in ihren Entscheidungen unterstützen lassen, gewichtige berechnete Interessen ins Feld führen können. Insbesondere bei Entscheidungen über elementare Grundbedürfnisse wie Arbeit, Sozialhilfe, Gesundheit sind aber die Gefahren diskriminierender Entscheidungen bereits auf Ebene der Datenverarbeitung mitzudenken»; cfr anche il report dell'Executive Office of the President of USA, *Big Data: A Report on Algorithmic Systems, Opportunity, and Civil Rights*, 2016.

⁴² Sul punto cfr. G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in *Forum Disuguaglianze Diversità*, 2019, 210 ss.; anche T. WISCHMEYER, *Regulierung intelligenter Systeme*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 2018.

⁴³ Cfr. F.Z. BORGESIU (a cura di), *Draft guidelines on Artificial Intelligence, 2018; Council of Europe, Discrimination, Artificial Intelligence and Algorithmic Decision-Making*, Strasbourg, 2018; con particolare riferimento alla protezione dei dati personali si veda anche il documento del Consultative committee of the convention for the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data (Convention 108) dal titolo *Report On Artificial Intelligence Artificial Intelligence And Data Protection: Challenges And Possible Remedies* in <https://rm.coe.int/Artificial-Intelligence-And-Data-Protection-Challenges-And-Possible-Re/168091f8a6>

comune per lo sviluppo di un'intelligenza artificiale “*made in Europe*”, con il documento *L'intelligenza artificiale per l'Europa*⁴⁴. Sempre la Commissione Europea ha, nel dicembre 2018, pubblicato il Piano coordinato sull'Intelligenza Artificiale⁴⁵, istituendo, tra l'altro, un Gruppo di esperti di alto livello che hanno prodotto una serie di documenti al fine di definire gli orientamenti etici e le politiche di investimento europee in materia di Intelligenza Artificiale⁴⁶.

In Italia, a fronte di un'economia fortemente basata sulle informazioni e sui dati, il processo di “informatizzazione” della Pubblica amministrazione, volto non solo a modernizzare il Paese, ma anche a ridurre la distanza tra cittadini e Amministrazione, è ancora *in fieri*, benché, come rilevato anche dal Presidente del Consiglio di Stato, «ben avviato»⁴⁷. Gli sforzi compiuti per passare dalla tradizionale Amministrazione di matrice ottocentesca, fatta di carte e di stampe, all'Amministrazione 4.0, cioè quella dell'algoritmo e delle decisioni automatizzate⁴⁸, sono stati molti e la Repubblica tutt'ora è impegnata in questa sfida senza precedenti, che le richiede di mettersi in linea con il contesto economico e tecnologico della terza decade del terzo

⁴⁴ Cfr. <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2018/IT/COM-2018-237-F1-IT-MAIN-PART-1.PDF>.

⁴⁵ Il comunicato stampa ufficiale è consultabile al link: <https://bit.ly/3jiZIHT>.

⁴⁶ Tali documenti sono: *A definition of Artificial Intelligence: main capabilities and scientific disciplines*, in <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/definition-artificial-intelligence-main-capabilities-and-scientific-disciplines> ; *Ethics guidelines for trustworthy AI*, in <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai> ; *Policy ad Investment Recommendations for Trustworthy AI*, in <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/policy-and-investment-recommendations-trustworthy-artificial-intelligence>.

⁴⁷ F. PATRONI GRIFFI, *La decisione robotica e il giudice amministrativo* cit., 8, che esprime una valutazione tutto sommato positiva sullo stato dell'arte della decisione algoritmica nell'amministrazione italiana definendola «indirizzata su un cammino che può essere ragionevolmente percorso in molti settori della vita quotidiana che richiedano l'intermediazione della pubblica amministrazione. È un percorso che impone cautele, che necessita di un adattamento del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti amministrativi e che probabilmente richiede regole europee comuni; ma è una strada senz'altro percorribile»; più scettico E. CARLONI, *Algoritmi su carta. Politiche di digitalizzazione e trasformazione digitale delle amministrazioni*, in *Diritto pubblico*, 2/2019, 365 ss., il quale ricorda come sul punto «non era mancata, d'altra parte, [...] l'attenzione del Parlamento a questo percepito fallimento, con maggiore dettaglio fotografato dalla relazione della Commissione parlamentare che del tema si è occupata in modo specifico nel corso della passata legislatura. Lo stesso Consiglio di Stato, in sede di parere sullo schema di decreto di riforma del Codice dell'amministrazione digitale, non aveva mancato di segnalare un ritardo importante evidenziandone alcune ragioni». I testi richiamati sono la *Relazione sull'attività svolta - La digitalizzazione nella pubblica amministrazione italiana: analisi degli errori e valutazione delle priorità, dall'efficacia degli strumenti all'importanza del capitale umano*, approvata dalla Commissione parlamentare di inchiesta sul livello di digitalizzazione e innovazione delle pubbliche amministrazioni nella seduta del 26 ottobre 2017; nonché il Parere del Consiglio di Stato del 23 marzo 2016, n. 785.

⁴⁸ Così D.U. GALETTA, G. CORVALÁN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0*, cit.: «nel XX secolo, l'evoluzione delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (ICT) ha modellato una combinazione asimmetrica fra tre paradigmi della Pubblica Amministrazione: la Pubblica Amministrazione 1.0, che corrisponde al classico modello di Pubblica Amministrazione del diciannovesimo secolo, caratterizzato dall'utilizzo di carta, stampa e macchina da scrivere. La Pubblica Amministrazione 2.0, che incorpora computer, processori di testo, stampante e fax. La Pubblica Amministrazione 3.0 verso cui, nel XXI secolo, il settore pubblico ha iniziato a migrare grazie all'uso di internet, dei portali digitali, delle applicazioni mobili e dei social network».

millennio.⁴⁹

Il processo di digitalizzazione della Pubblica Amministrazione italiana, infatti, nonostante alterne vicissitudini⁵⁰, è già passato attraverso importanti snodi legislativi. In primo luogo, si segnala l'adozione del d.lgs. 7 marzo 2005 n. 82, c.d. Codice dell'Amministrazione Digitale (CAD), con tutte le sue numerose modifiche e integrazioni susseguitesesi in questi ultimi quindici anni, in forza del quale è mutata anche la disciplina del procedimento amministrativo, con l'aggiunta dell'art. 3-bis della l. n. 241/1990, alla stregua del quale «per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche incentivano l'uso della telematica, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati». In secondo luogo, occorre ricordare l'introduzione della c.d. *Carta della cittadinanza digitale*, con l'art. 1 della l. n. 124/2015, tenendo presente che sulla base della delega contenuta in quest'ultima sono stati, tra l'altro, emanati il d.lgs. 22 agosto 2016, n. 179 e il d.lgs. 13 dicembre 2017, n. 217, mediante i quali il CAD è stato emendato, al fine di renderlo più semplice linguisticamente e meno sovrabbondante dal punto di vista normativo⁵¹. Da ultimo, si evidenzia che proprio con il summenzionato d.lgs. n. 217/2017 è stata prevista, al nuovo art. 50 ter, la creazione di una Piattaforma Digitale Nazionale Dati al fine di «favorire la conoscenza e l'utilizzo del patrimonio informativo detenuto, per finalità istituzionali» dalle pubbliche amministrazioni, dai gestori di servizi pubblici e dalle società a controllo pubblico⁵².

Un'altra tappa importante nell'informatizzazione del Paese è stata l'istituzione dell'Agenzia per l'Italia Digitale (AGID), avvenuta con l'art. 19 del d. l. 22 giugno 2012, n. 83 convertito con la

⁴⁹ In realtà, il dibattito intorno alla digitalizzazione dell'Amministrazione è molto più risalente di quanto si possa comunemente ritenere, atteso che il tema è stato trattato in dottrina già dagli anni '70, come sottolinea anche L. MUSSELLI, *La decisione amministrativa nell'età degli algoritmi: primi spunti*, in *Media Laws*, 1/2020, 20-21, facendo riferimento agli «studi pionieristici di Alberto Predieri e di Giovanni Duni così come fondamentale (e non solo per questi aspetti) risulta il contributo di Massimo Severo Giannini che nel Novembre del 1979 nel suo “Rapporto sui principali problemi dell'Amministrazione dello Stato” intuì le potenzialità rappresentate dagli strumenti informatici applicati alla P.A. ponendo in luce, in modo assai lungimirante, come tale processo non avrebbe dovuto interessare solamente l'organizzazione interna, ma avrebbe dovuto riguardare anche l'attività amministrativa rivolta all'esterno, quella, d'altra parte, che più da vicino interessa i cittadini». Il più risalente dei contributi citati è A. PREDIERI, *Gli elaboratori elettronici nell'amministrazione dello Stato*, Bologna, 1971.

⁵⁰ Sul punto, vedi E. CARLONI, *Algoritmi su carta*, cit., 380, il quale evidenzia come «il Codice dell'amministrazione digitale da un lato ha visto le sue previsioni via via sempre più rafforzate (ad esempio attraverso l'estensione dei suoi obblighi a tutte le amministrazioni o l'eliminazione di condizionalità), con un'inevitabile spinta alla standardizzazione, dall'altro però ha subito una progressiva “fuga dal Codice”, attraverso regole sulla digitalizzazione pubblica estranee ed esterne al Cad, come nel caso di numerose previsioni frutto della stagione della crisi».

⁵¹ Attraverso il d.lgs. n. 179/2016 si è arrivati all'attuale formulazione dell'art. 64 del Cad, rubricato Sistema pubblico per la gestione delle identità digitali e modalità di accesso ai servizi erogati in rete dalle pubbliche amministrazioni, meglio noto con la sigla SPID.

⁵² Eppure, E. CARLONI, *Algoritmi su carta*, cit., 363, mette in luce la contraddizione delle pubbliche amministrazioni, la quale risiede nell'essere «amministrazioni potenzialmente in grado di esercitare un potere formidabile grazie alla mole di dati che raccolgono e producono, ma in effetti spesso “spaventose per debolezza” più che per potenza». A riguardo, l'A. riporta testualmente M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, 59, secondo il quale le Pubbliche amministrazioni sono «spaventose per potenza e insieme inermi, sopraffanno ma si lasciano puerilmente gabbare, hanno ricchezze immense e vivono lesinando».

l. 7 agosto 2012, n. 134. Quest'agenzia, sottoposta ai poteri di indirizzo e vigilanza del Presidente del Consiglio dei Ministri o del Ministro da lui delegato e operante sulla base di principi di autonomia organizzativa, tecnico-operativa, gestionale, di trasparenza e di economicità, assolve all'importante compito di assicurare il "coordinamento informatico dell'amministrazione statale, regionale e locale"⁵³. Proprio l'AGID nel 2018 ha pubblicato un Libro bianco sull'Intelligenza Artificiale al servizio del cittadini⁵⁴, nel quale sono enunciate le molteplici potenzialità che potrebbero essere sfruttate dalla Pubblica amministrazione, al fine di «consentire maggiore accessibilità ai servizi pubblici, favorendo notevole abbattimento dei loro costi, con vantaggi in termini di riduzione della spesa sociale, che potrà essere così riallocata» e di «potenziare con adeguati automatismi molti procedimenti, offrendo ai cittadini la possibilità di relazionarsi con lo Stato in maniera più agile, efficace e personalizzata»⁵⁵.

Inoltre, è bene ricordare che nel luglio 2019 il Gruppo di esperti sull'Intelligenza Artificiale del Ministero dello Sviluppo Economico ha enucleato una serie di proposte concernenti la strategia italiana per l'impiego delle tecnologie di AI⁵⁶. Il documento indica il settore pubblico come «volano della RenAIssance italiana», affermando la necessità di «una fase di ammodernamento, centrata attorno all'utilizzo dei dati e alle iniziative di *smart government*». Tra i vari aspetti analizzati dalle proposte del gruppo di esperti del MISE vi è il ventaglio di opportunità per la Pubblica amministrazione italiana che potrebbe aprirsi per mezzo dell'AI. Per giunta, se da una parte è vero che «l'adozione di piattaforme e metodi basati sull'AI possa contribuire a fornire

⁵³ Ciò, secondo quanto previsto dall'art. 117, comma 2, lettera r), della Costituzione. Inoltre, l'AGID svolge una serie di altre funzioni disciplinate da varie fonti (d. l. 18 ottobre 2012, n. 179; l. 7 agosto 2012, n. 134; d. l. 6 luglio 2012, n. 95; d. l. 7 maggio 2012, n. 52; d. l. 22 giugno 2012, n. 83), tra le quali: contribuire alla diffusione dell'utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, elaborare indirizzi, regole tecniche e linee guida in materia di omogeneità dei linguaggi, delle procedure e degli standard per la piena interoperabilità e uniformità dei sistemi informatici della pubblica amministrazione, vigilare sulla qualità dei servizi e sulla razionalizzazione della spesa informatica della pubblica amministrazione, promuovere e diffonde le iniziative di alfabetizzazione digitale.

⁵⁴ Cfr. il documento *L'Intelligenza Artificiale al servizio del cittadino: sfide e opportunità*, pubblicato dall'AGID il 21 marzo 2018 e consultabile al link: <https://bit.ly/2ZHfxeb>.

⁵⁵ Stando al documento dell'AGID, «ciò permetterà alla Pubblica amministrazione di recuperare e rinsaldare il rapporto di fiducia con la collettività. Proprio per favorire questo recupero, introdurre nella PA tecnologie come l'IA richiede non solo interventi tecnici e amministrativi, ma anche sistemici, narrativi, estetici, capaci di generare senso e coinvolgimento».

⁵⁶ Cfr. il documento *Proposte per una strategia italiana per l'intelligenza artificiale*, in <https://bit.ly/3fU5VIO>. Tali proposte sono state elaborate dal Gruppo di esperti MISE tra gennaio e giugno 2019. Partendo da esse il Ministero ha formulato la Strategia nazionale per l'intelligenza artificiale, inviandola anche agli altri ministeri interessati per le opportune valutazioni. Entrambi i documenti sono, poi, stati posti in consultazione pubblica dal 19 agosto 2019 al 13 settembre 2019.

servizi più efficienti» dal punto di vista della gestione della macchina amministrativa⁵⁷, dall'altra anche le applicazioni pratiche in taluni campi come la c.d. *smart health*⁵⁸, la c.d. *smart mobility*, nonché al «miglioramento del sistema giudiziario, del sistema scolastico e nel campo del pubblico impiego e collocamento».

Del resto, alla luce del principio di buon andamento dell'azione amministrativa sancito dall'art. 97 Cost. e dei principi di efficienza ed economicità di cui all'art. 1 della l. n. 241/1990, pare opportuno ritenere che gli algoritmi abbiano pieno diritto di cittadinanza dell'ordinamento italiano⁵⁹. La loro applicazione in campo amministrativo va, dunque, incoraggiata, laddove utili a ridurre le spese in termini di mezzi, denaro e risorse e per velocizzare i procedimenti.

Rispetto a quanto accade in altri Paesi⁶⁰, in Italia, vige, però, tutt'ora una situazione in cui la Pubblica amministrazione utilizza gli strumenti prevalentemente a supporto della propria azione⁶¹, anche tenendo conto delle difficoltà tecniche e del livello di sviluppo tecnologico⁶².

⁵⁷ Attraverso «l'efficientamento dei processi amministrativi, l'ottimizzazione delle risorse umane, la semplificazione delle procedure chiave nella vita di cittadini e imprese (possibilmente abbinata a tecniche come le *life events surveys*), la semplificazione normativa attraverso *coding* e analisi del testo, la riduzione degli oneri amministrativi. Di particolare rilievo per l'Italia sono anche la possibilità di utilizzare l'AI come supporto alle indagini fiscali e alle ispezioni basate su un modello *risk-based* (o *data-based*), nel campo dell'edilizia per questioni legate alla sicurezza infrastrutturale o quella fisica degli utilizzatori, e nell'ambito del monitoraggio della qualità ambientale».

⁵⁸ G. FARES, *Artificial Intelligence in social and health services: a new dare for public authorities in ensuring constitutional rights*, in M. BELOV (a cura di), *Information and Technology Revolution and its impact on State, Constitutionalism and Constitutional Law*, London, 2020 (in corso di pubblicazione); in particolare, per quanto riguarda la telemedicina cfr. F. G. CUTTAIA, *Lo sviluppo della telemedicina e i profili di tutela della privacy ad essa connessi*, in *Studi parlamentari e politica costituzionale*, 2018.

⁵⁹ «La piena ammissibilità di tali strumenti risponde ai canoni di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa (art. 1 l. 241/90), i quali, secondo il principio costituzionale di buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.), impongono all'amministrazione il conseguimento dei propri fini con il minor dispendio di mezzi e risorse e attraverso lo snellimento e l'accelerazione dell'iter procedimentale» (Cons. St., sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472; concorde sul punto Cons. St., sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270)

⁶⁰ Per una disamina relativa alle applicazioni amministrative già esistenti, in particolare negli Stati Uniti, cfr. C. COGLIANESE, D. LEHR, *Regulating by robot: administrative decision making in the machine-learning era*, cit., 1160-1167. Con speciale riferimento alle c.d. *smart cities*, si legge: «the City of Chicago, for example, has established an award-winning SmartData Platform initiative through which city officials are using machine learning to support a range of city services, from identifying restaurants that should be inspected⁵⁵ to predicting where and when rodent control bait should be placed throughout the city.⁵⁶ New York City has established a Mayor's Office of Data Analytics, which, among other things, is working with the city's fire department to use machine learning to decide where to send building inspectors. Flint, Michigan has partnered with Google and the University of Michigan to address its recent water crisis by targeting pipe replacements based on machine-learning predictions of lead contamination».

⁶¹ Molto interessante la ricostruzione di M. D'ANGELOSANTE, *La consistenza del modello dell'amministrazione "invisibile" nell'età della tecnificazione: dalla formazione delle decisioni alla responsabilità per le decisioni*, in L. FERRARA, D. SORACE (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana-Studi*, Vol.4, S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA, *La tecnificazione*, Firenze, 2016, 157 che evidenzia il «passaggio da una condizione di *Street-Level Bureaucracy* a una condizione di *Screen-Level Bureaucracy*, ossia da una condizione in cui è solo il pubblico funzionario a decidere (*Street-Level Bureaucracy*) ad altra condizione in cui questi decide solo formalmente, mentre di fatto la decisione è assunta dall'elaboratore elettronico ove precedentemente è stato installato un certo software e sono stati inseriti i dati del singolo procedimento (*Screen-Level Bureaucracy*). Il funzionario conserverebbe dunque un qualche ruolo, che però riguarderebbe principalmente, *ex ante*, l'attività di impostazione della singola macchina e, *ex post*, la lettura della elaborazione da essa fatta dei dati inseritivi. In questo quadro il principale interrogativo è se si possa immaginare una fase successiva in cui la macchina provveda in maggiore autonomia e il pubblico funzionario riacquisti un ruolo decisionale solo in caso di contestazioni sulla scelta realizzata dalla macchina. Questo segnerebbe il passaggio da una condizione di *Screen-Level Bureaucracy* a una condizione di

Tuttavia, la giurisprudenza amministrativa ha intuito che l'ulteriore passo in avanti non sarà limitarsi a sperimentare «forme diverse di esternazione della volontà dell'amministrazione», come gli atti amministrativi informatici, «ovvero di individuare nuovi metodi di comunicazione tra amministrazione e privati», come la partecipazione dei cittadini attraverso i social network, «ovvero di ragionare sulle modalità di scambio dei dati tra le pubbliche amministrazioni»⁶³. Il punto critico è se si potrà mai arrivare alla sostituzione – in termini di efficacia, utilità e convenienza – del funzionario con un *software*⁶⁴ e quali siano le modalità e i limiti dell'utilizzo di tali strumenti nella Pubblica amministrazione, sostituendosi al funzionario, «in quanto strumento di formazione della volontà dell'amministrazione», nella decisione finale⁶⁵.

3. I principi in materia di decisioni algoritmiche posti dalle precedenti sentenze del Tar Lazio e del Consiglio di Stato

«*Gouverner est choisir*»⁶⁶. Le scelte nell'ambito dell'attività amministrativa devono essere, però, effettuate sulla base di una norma attributiva del potere. Per mezzo di essa, vengono individuati tutti gli elementi dell'esercizio del potere: il soggetto competente, il fine e l'interesse pubblico per la realizzazione del quale si agisce, i presupposti e i requisiti sostanziali che fanno sorgere il potere stesso e permettono di esercitarlo, le modalità, i requisiti formali e gli effetti

System-Level Bureaucracy, in cui una sorta di 'super-rete' unirebbe e coordinerebbe le varie *Screen-Level Bureaucracies* riducendo ulteriormente la discrezionalità esercitata dall'amministrazione tramite il funzionario: ciò in quanto il funzionario non deciderebbe neppure i criteri per impostare e far funzionare la singola *Screen-Level Bureaucracy* e gli automatismi aumenterebbero esponenzialmente. Il ruolo del funzionario verrebbe dunque circoscritto alle attività di progettazione e gestione del sistema, nonché di assistenza agli utenti/amministrati».

⁶² A riguardo, si segnala che il già citato documento dell'AGID, *L'Intelligenza Artificiale al servizio del cittadino: sfide e opportunità*, sottolinea che «allo stato attuale l'Intelligenza Artificiale è in grado di portare a compimento, con una certa precisione, un ristretto numero di attività cognitive riferite a specifici ambiti settoriali, mancando generalmente di conoscenze di sfondo (*background knowledge*)».

⁶³ Cons. St., sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472.

⁶⁴ Di passaggio dalla fase del «computer-archivio» alla fase del «computer-funzionario» ragionava già A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, Napoli, 1993, 13. Critico sul punto D. U. GALETTA, G. CORVALÁN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, cit., secondo il quale non è «immaginabile sostituire con un algoritmo la figura del funzionario responsabile del procedimento: piuttosto, è viceversa certamente possibile immaginare che il funzionario responsabile del procedimento si serva utilmente dell'Intelligenza Artificiale per potere svolgere più rapidamente, e con maggiore precisione, attività della fase istruttoria delle quali resta, ovviamente, il responsabile: sia in termini di verifica dei risultati della stessa, sia in termini di collegamento fra le risultanze della fase istruttoria e l'adozione della decisione finale che confluisce nel provvedimento conclusivo del procedimento». Egualmente critico sulla possibilità di sostituire integralmente le decisioni umane con l'AI anche C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale*, cit., 119

⁶⁵ M. CAVALLARO, G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, cit., 17.

⁶⁶ P. MENDÈS-FRANCE, *Discours à l'Assemblée nationale*, 3 giugno 1953.

giuridici⁶⁷.

In particolare, la norma può descrivere in maniera più o meno dettagliata la fenomenologia del potere, distinguendo tra poteri vincolati e poteri discrezionali, a seconda del grado di specificazione dei presupposti e dei requisiti sostanziali per l'esercizio del potere stesso. Se l'Amministrazione deve limitarsi soltanto a verificare la sussistenza degli elementi indicati dalla norma nella fattispecie concreta e, conseguentemente, emanare il provvedimento che produca gli effetti predeterminati dalla norma stessa, si tratta di un potere vincolato; viceversa, se l'Amministrazione può scegliere ciò che è più "opportuno" o "conveniente" o "indispensabile" si è nell'ambito della discrezionalità amministrativa, la quale «connota l'essenza stessa dell'amministrare»⁶⁸.

Occorre, però, domandarsi quali poteri possano essere delegati ad un algoritmo ed entro quali limiti. Ebbene, le posizioni dei giudici amministrativi chiamati ad esaminare la questione non sono state affatto conformi tra loro.

Le più importanti pronunce della giurisprudenza amministrativa italiana in materia di decisioni amministrative algoritmiche derivano da una serie di casi, legati all'entrata in vigore della l. n. 107/2015, meglio nota come la "Buona scuola".

Questa riforma complessiva del sistema scolastico, infatti, tra le altre cose, prevedeva un piano straordinario di assunzioni a tempo indeterminato e di mobilità su scala nazionale, relativo sia alla scuola primaria che a quella secondaria. Pertanto, il MIUR si è trovato a dover fronteggiare un ingente numero di prime assegnazioni e di richieste di mobilità, che presentavano una serie di complessità gestionali a causa della necessità di decidere sulla base sia di una complicata regolamentazione normativa, sia delle condizioni dei richiedenti, che della disponibilità delle sedi di servizio. Il Ministero ha, quindi, scelto di servirsi di un *software*, messo a disposizione dalla HPE Servizi Srl, società della HP Italia, al fine di predisporre le graduatorie, il quale avrebbe dovuto tener presenti tutte le circostanze di fatto e di diritto⁶⁹.

Tuttavia, a causa di un malfunzionamento dell'algoritmo⁷⁰, numerosissimi docenti, sebbene il

⁶⁷ Vedi *amplius* in M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2019, 118-119;

⁶⁸ Così sempre M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit. *passim*, a cui si rinvia per una più ampia trattazione. Relativamente alla discrezionalità amministrativa, vedi, tra gli altri, M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939; V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967; V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 1984; B.G. MATTARELLA, *Discrezionalità amministrativa*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006; P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova 2001.

⁶⁹ Cfr. M. CAVALLARO, G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, cit., 10-11; si veda anche A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, cit., 1156, il quale evidenzia anche il dibattito pubblico generato da tale circostanza, anche sulla stampa nazionale.

⁷⁰ Ricorda L. VIOLA, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo*, cit. pp. che «l'esposizione dei problemi relativi all'invalidità degli atti amministrativi ad elaborazione elettronico potrebbe poi

loro punteggio fosse superiore ad altri ai quali era stata assegnata sede nella stessa provincia, erano stati trasferiti molto lontani dalla propria sede⁷¹. Pertanto, le decisioni assunte dal *software* hanno dato luogo ad una serie di ricorsi, i quali hanno impegnato la giurisprudenza amministrativa nel non facile sforzo di fornire delle coordinate relativamente alla soluzione dei problemi scaturenti dall'utilizzo di tali tecnologie. In particolare, i ricorrenti lamentavano che l'attività provvedimentale dell'Amministrazione si fosse svolta senza istruttoria, dal momento che «l'algoritmo in sostanza ha sostituito l'istruttoria commessa ad un ufficio e ad un responsabile»⁷².

Nonostante sia il Tar Lazio che il Consiglio di Stato abbiano fin ora rispettivamente accolto e confermato l'accoglimento dei ricorsi presentati, sul tema dell'impiego degli algoritmi nella Pubblica amministrazione si è delineato un contrasto tra la posizione della Sezione III bis del Tar Lazio e quella della Sezione VI del Consiglio di Stato⁷³. Infatti, il Tar si è dimostrato ben più restrittivo sulla possibilità di delegare alle macchine decisioni amministrative, dichiarando incompatibile l'esercizio del potere discrezionale con l'elaborazione elettronica dell'atto, il Consiglio di Stato si è attestato su una linea di maggiore apertura rispetto all'utilizzo delle nuove tecnologie da parte dell'Amministrazione, limitandosi più che altro a fissare dei criteri relativi al loro utilizzo.

In realtà, i temi sottesi alle decisioni dei giudici amministrativi sono molteplici: dalla trasparenza, all'obbligo di motivazione, alla tutela della proprietà industriale e alle interazioni tra pubblico e privato. Eppure, come predetto, le prime pronunce giurisdizionali hanno tralasciato gli aspetti relativi alla protezione dei dati personali di questi processi decisionali.

agevolmente partire dalla conclusione, ovvero dalla rilevazione finale relativa alle tre tipologie di censure «formulabili per ottenere l'annullamento dell'atto impugnato ...(che ha) riguardo sia a vizi derivanti dal cattivo funzionamento della macchina, sia ad errori di immissione dei dati necessari per far funzionare il sistema, sia, infine, alla inadeguatezza degli strumenti automatizzati ad apprezzare le concrete esigenze sottese all'agire amministrativo e quindi a porsi come validi strumenti per l'elaborazione del contenuto di provvedimenti». Sul punto, in termini di qualità dei dati e in particolar modo di costo sociale dei c.d. *Bad Data* cfr. anche G. D'ACQUISTO, *Qualità dei dati e Intelligenza Artificiale: intelligenza dai dati e intelligenza dei dati*, in F. PIZZETTI, *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, cit., 285 ss.

⁷¹ Sul punto cfr. F. ORECCHIONI, *L'algoritmo in tribunale. La mobilità dei docenti ai tempi della L.107*, in www.dirittoscolastico.it/lalgoritmo-tribunale-la-mobilita-dei-docenti-ai-tempi-del-la-l-n-107, il quale specifica anche che «nel predisporre l'algoritmo i tecnici del Ministero - piuttosto che considerare come prioritario il criterio del punteggio e poi delle preferenze - taravano il funzionamento dell'algoritmo in primo luogo sulla preferenza e poi sul punteggio, creando così una sorta di "graduatoria" per ciascuna preferenza».

⁷² Tar Lazio, sez. III-bis, 10 settembre 2018 n. 9224.

⁷³ Evidenza tale contrasto sempre A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, cit., 1169. Vedi anche E. PICOZZA, *Politica, diritto amministrativo and Artificial Intelligence*, in *Giurisprudenza italiana*, 7/2019, 1767.

Essi, invece, quando hanno ad oggetto persone fisiche, possono risultare lesivi di quel *Recht auf informationelle Selbstbestimmung*⁷⁴ che rappresenta un portato del diritto alla dignità umana. A riguardo, occorre prendere atto che fino alla sentenza n. 8472/2019 del Consiglio di Stato è rimasto in sordina nelle pronunce dei giudici amministrativi il dibattito concernente i profili relativi alla tutela delle libertà fondamentali e, in particolare, a quell'*Habeas data*⁷⁵ che oggi sempre più rappresenta il limite cruciale all'esercizio del potere, pubblico o privato che sia, a garanzia della libertà individuale, alla luce dell'impatto delle nuove tecnologie sui diritti fondamentali⁷⁶.

In primo grado, le questioni emerse nei giudizi in parola sono state ricondotte a «due tematiche fondamentali logicamente connesse tra loro»⁷⁷: 1) l'accesso all'algoritmo decisionale ex art. 22 della l. n. 241/1990 e, specialmente, il diniego opposto da parte del Ministero sull'assunto che il codice sorgente del programma non sarebbe potuto essere considerato un documento amministrativo né un atto amministrativo informatico, e sulla considerazione che essendo il software stato prodotto da una società privata, sarebbe stato coperto dalla disciplina della tutela delle opere dell'ingegno; 2) la legittimità dei provvedimenti amministrativi, alla stregua del principio di trasparenza e di partecipazione procedimentale, nonché con riferimento all'obbligo di motivazione delle decisioni amministrative, anche nell'ottica della sindacabilità delle decisioni algoritmiche e del diritto di difesa in giudizio, il quale subisce una compressione in assenza di una valida motivazione che permetta di ricostruire l'iter che ha condotto all'adozione del provvedimento.

In proposito, va evidenziato che con la sentenza del 22 marzo 2018, n. 3769 il Tar Lazio, relativamente al primo profilo in esame, e cioè con riferimento all'accessibilità dell'algoritmo, ha chiarito che l'algoritmo può creare un documento amministrativo, anche se non scritto in italiano, ma in linguaggio informatico sulla base di un codice di programmazione detto "codice

⁷⁴ Sull'elaborazione del quale si veda G. SARTOR, *Tutela della personalità e normativa per la "protezione dei dati"*. La sentenza della corte costituzionale tedesca sul censimento del 1983 nel dibattito dottrinale sui profili costituzionalistici del "Datenschutz", in *Inform. e Dir.*, 1986, 95 ss. Cfr. anche S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, 102; schematicamente sui concetti di *Selbsterhaltung*, *Selbstdarstellung* e *Selbstbestimmung* vedi M. MARTINI, *Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Spiegel der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in JA 2009, 839-845

⁷⁵ V. FROSINI, *L'uomo artificiale*, Milano, 1986, 140; cfr. anche S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, cit.; si veda, inoltre, C. COLAPIETRO, M. RUOTOLO, *Diritti e libertà*, Torino, 2014, 48-49, ove l'*habeas data* è affiancato all'*habeas corpus* e all'*habeas mentem*, nell'ottica di un principio supremo di libertà-dignità che pervade la Costituzione repubblicana e che si traduce in tutela del «patrimonio irrettabile della persona umana».

⁷⁶ C. COLAPIETRO, *The impact of the information and technology revolution on constitutional rights with particular attention to personal data protection issues*, in M. BELOV (a cura di), *Information and Technology Revolution and its impact on State, Constitutionalism and Constitutional Law*, London, 2020 (in corso di pubblicazione)

⁷⁷ Cfr. A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, cit., 1157.

sorgente»⁷⁸ e, dunque, l'interessato ha diritto ad accedervi ai sensi dell'art. 22 della l. n. 241/1990⁷⁹. Conseguentemente, proprio puntellandosi su tale considerazione, i giudici di prime cure hanno teso a far prevalere il profilo dell'accessibilità alla decisione algoritmica, in quanto documento amministrativo, rispetto alla tutela della proprietà intellettuale del software⁸⁰, sulla base della previsione dell'art. 24 della l. n. 241/1990 che non menziona la tutela della proprietà intellettuale tra le cause di esclusione dell'accesso documentale.

Rispetto ai profili di legittimità amministrativa, invece, occorre mettere in luce che con le sentenze nn. 9224-9230 del 2018 il Tar Lazio ha ritenuto che, in realtà, essi possono essere ricondotti ad un unico interrogativo, e cioè se la macchina possa o meno interamente sostituirsi all'uomo nel prendere decisioni rilevanti ai fini dello svolgimento dell'attività amministrativa. Del resto, sia le questioni legate alla trasparenza che quelle connesse alla partecipazione procedimentale o all'obbligo di motivazione delle decisioni amministrative algoritmiche derivano dall'originario interrogativo sull'utilizzabilità di tali tecnologie anche nell'attività amministrativa discrezionale, o soltanto in quella vincolata.

Secondo quanto sostenuto dal Tar Lazio, non è ammissibile che «l'attività cognitiva, acquisitiva e di giudizio che solo un'istruttoria affidata ad un funzionario persona fisica è in grado di svolgere» possa essere sostituita da procedure informatiche, seppur fosse possibile che esse fossero prese «al loro maggior grado di precisione e addirittura alla perfezione». Dunque, «al fine di assicurare l'osservanza degli istituti di partecipazione, di interlocuzione procedimentale, di acquisizione degli apporti collaborativi del privato e degli interessi coinvolti nel procedimento», il funzionario pubblico «deve seguitare ad essere il dominus del procedimento stesso», mentre le procedure informatiche devono avere soltanto una funzione servente e ad esse va riservato soltanto un ruolo strumentale e meramente ausiliario «e giammai dominante o surrogatorio dell'attività dell'uomo, ostando alla deleteria prospettiva orwelliana di dismissione

⁷⁸ Rigettando la tesi del Ministero alla stregua della quale, come riportato da A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, cit., 4: «il codice sorgente del programma in questione (scritto in linguaggio di programmazione e contenuto in un supporto immateriale – un file –) non può essere considerato un documento amministrativo ai sensi della legge 241 del 1990, né può essere considerato un atto amministrativo informatico ai sensi dell'art. 22 della stessa legge, lett. D)».

⁷⁹ Specifica il Tar Lazio che: «il privato destinatario dell'atto, in particolare, può, comunque, legittimamente avvalersi dell'attività professionale di un informatico competente in materia» (Tar Lazio, Sez. III-bis, 22 marzo 2018, n. 3769).

⁸⁰ Cfr. A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, cit., il quale però pone l'accento sul fatto che, in ogni caso, «il Tar non nega la natura di opera dell'ingegno del software prodotto per conto del MIUR». Tuttavia, tale quale qualificazione «non assume la rilevanza dirimente che l'amministrazione intenderebbe attribuirgli, come emerge dal verbale impugnato; infatti, in materia di accesso agli atti della p.a., a norma dell'art. 24 della l. n. 241/1990, la natura di opera dell'ingegno dei documenti di cui si chiede l'ostensione non rappresenta una causa di esclusione dall'accesso» (Tar Lazio, Sez. III-bis, 22 marzo 2017, n. 3769).

delle redini della funzione istruttoria e di abdicazione a quella provvedimentale, il presidio costituito dal baluardo dei valori costituzionali scolpiti negli artt. 3, 24, 97 della Costituzione oltre che all'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo».

In particolare, il Tar è stato molto netto nell'affermare che, alla stregua della normativa vigente in materia di procedimento amministrativo e ai suoi principi, dal momento che tali procedimenti incidono «su interessi, se non diritti, di rilievo costituzionale», essi richiederebbero, al contrario, che si procedesse ad un'istruttoria «che solo l'opera e l'attività dianoetica dell'uomo può svolgere»⁸¹.

Per giunta, il Tar Lazio evidenzia che l'utilizzo di procedimenti decisionali interamente automatizzati comporterebbero anche un *vulnus* per le «correlate garanzie processuali che declinano sul versante del diritto di azione e difesa in giudizio di cui all'art. 24 Cost.», dal momento che l'eventuale assenza di motivazione «non permette inizialmente all'interessato e successivamente, su impulso di questi, al Giudice, di percepire l'iter logico – giuridico seguito dall'amministrazione per giungere ad un determinato approdo provvedimentale»⁸².

Al di là dello scenario “orwelliano”, è stato però puntualmente osservato in dottrina che relativamente ai sistemi di rilevazione automatica Autovelox, Tutor e Telelaser TruCam, volti alla rilevazione e all'erogazione delle sanzioni per le violazioni delle norme del codice della strada, non viene applicata la stessa logica, benché le stesse sanzioni vengano «determinate dai funzionari addetti agli organi che svolgono funzioni di polizia stradale in modo pressoché del tutto automatico, sulla base della rilevazione fatta dall'apparecchiatura», nell'ambito di un'istruttoria, seppur non “totalmente”, “largamente” automatizzata⁸³. A riguardo, è stato, pertanto, profilato un problema relativo al *modus decidendi*, cioè non tanto alla decisione in quanto tale, ma al «modo in cui questa giunge a formazione», dal momento che è proprio il

⁸¹ In particolare, il Tar ha fatto riferimento al «vigente plesso normativo complessivo e ai dettami dell'art. 97 della Costituzione, ai principi ad esso sottesi, agli istituti di partecipazione procedimentale definiti [dalla] l. 7 agosto 1990, n. 241, all'obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi sancito dall'art. 3, stessa legge, al principio ineludibile dell'interlocuzione personale intessuto nell'art. 6 della legge sul procedimento e a quello ad esso presupposto di istituzione della figura del responsabile del procedimento». Così Tar Lazio, sez. III bis, 10 settembre 2018, n. 9224.

⁸² *Ibidem*

⁸³ Cfr. D. U. GALETTA, J. C. CORVALÁN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, cit., 18. In particolare, cfr. M. D'ANGELOSANTE, *La consistenza del modello dell'amministrazione “invisibile” nell'età della tecnificazione: dalla formazione delle decisioni alla responsabilità per le decisioni*, 157 che riporta quale esempio le sanzioni per violazione delle norme in materia di circolazione stradale, segnalando il transito da una fase di «*Street-Level Bureaucracy* (accertamento della violazione e applicazione della sanzione in loco da parte del singolo agente di polizia) a una condizione di *Screen-Level Bureaucracy* (accertamento della violazione e applicazione della sanzione in modo informatizzato e automatico, a es. col metodo dell'autovelox), a sua volta in corso di ulteriore sviluppo verso una condizione di *System-Level Bureaucracy* (si pensi, per restare all'esempio fatto, ai sistemi c.d. tutor, installati in molti tratti delle reti autostradali per il calcolo del tempo di percorrenza da un punto di rilevamento all'altro e dunque per la rilevazione della c.d. velocità media su tratto, considerando parametri quali la classe del veicolo e le condizioni di traffico, al fine dell'applicazione automatica delle eventuali e conseguenti sanzioni)».

modo di formazione della decisione ad influenzare la sua “accettazione” da parte dei cittadini⁸⁴. Del resto, seguendo un ragionamento analogo, il Consiglio di Stato si è, invece, mostrato ben più morbido rispetto alla tendenza “anti-tecnologica”⁸⁵ espressa dai giudici di primo grado. Anzi, l’impiego di tecnologie algoritmiche è stato valutato in linea di principio positivamente sia nella sentenza 2270/2019⁸⁶ che, da ultimo, nella sentenza 8472/2019, le quali hanno dato una lettura differente dei principi della l. n. 241/1990 che dell’art. 97 della Costituzione rispetto all’interpretazione del Tar Lazio.

In particolar modo nella sentenza n. 2270/2019, il Consiglio di Stato ha avuto modo di esprimersi sia sul tema della conoscibilità dell’algoritmo⁸⁷ che su quello, conseguente, della sua sindacabilità da parte del giudice amministrativo, entrambi riconducibili al concetto di “regola algoritmica”, ribadendo senza mezzi termini che «l’algoritmo, ossia il software, deve essere considerato a tutti gli effetti come un atto amministrativo informatico».

Ricordano i Giudici di Palazzo Spada che «l’utilizzo di procedure “robotizzate” non può [...]

⁸⁴ Sul punto sempre D. U. GALETTA, J. C. CORVALÀN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, cit., 18, che riportano il concetto di *Akzeptanz* da T. WÜRTENBERGER, *Akzeptanz durch Verwaltungsverfahren*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1991, 257 ss; in proposito è citato anche E. SCHMIDT-ASSMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs idee*, Berlino, 1998, 95 s.

⁸⁵ A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, cit.

⁸⁶ «L’utilità di tale modalità operativa di gestione dell’interesse pubblico è particolarmente evidente con riferimento a procedure seriali o standardizzate, implicanti l’elaborazione di ingenti quantità di istanze e caratterizzate dall’acquisizione di dati certi ed oggettivamente comprovabili e dall’assenza di ogni apprezzamento discrezionale. Ciò è, invero, conforme ai canoni di efficienza ed economicità dell’azione amministrativa (art. 1 l. 241/90), i quali, secondo il principio costituzionale di buon andamento dell’azione amministrativa (art. 97 Cost.), impongono all’amministrazione il conseguimento dei propri fini con il minor dispendio di mezzi e risorse e attraverso lo snellimento e l’accelerazione dell’iter procedimentale. Per questa ragione, in tali casi – ivi compreso quello di specie, relativo ad una procedura di assegnazione di sedi in base a criteri oggettivi – l’utilizzo di una procedura informatica che conduca direttamente alla decisione finale non deve essere stigmatizzata, ma anzi, in linea di massima, incoraggiata: essa comporta infatti numerosi vantaggi quali, ad esempio, la notevole riduzione della tempistica procedimentale per operazioni meramente ripetitive e prive di discrezionalità, l’esclusione di interferenze dovute a negligenza (o peggio dolo) del funzionario (essere umano) e la conseguente maggior garanzia di imparzialità della decisione automatizzata. In altre parole, l’assenza di intervento umano in un’attività di mera classificazione automatica di istanze numerose, secondo regole predeterminate (che sono, queste sì, elaborate dall’uomo), e l’affidamento di tale attività a un efficiente elaboratore elettronico appaiono come doverose declinazioni dell’art. 97 Cost. coerenti con l’attuale evoluzione tecnologica» (Cons. St., sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270)

⁸⁷ «Tale conoscibilità dell’algoritmo deve essere garantita in tutti gli aspetti: dai suoi autori al procedimento usato per la sua elaborazione, al meccanismo di decisione, comprensivo delle priorità assegnate nella procedura valutativa e decisionale e dei dati selezionati come rilevanti. Ciò al fine di poter verificare che gli esiti del procedimento robotizzato siano conformi alle prescrizioni e alle finalità stabilite dalla legge o dalla stessa amministrazione a monte di tale procedimento e affinché siano chiare – e conseguentemente sindacabili – le modalità e le regole in base alle quali esso è stato impostato. In altri termini, 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, sia per i cittadini che per il giudice» (Cons. St., sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270)

essere motivo di elusione dei princìpi che conformano il nostro ordinamento e che regolano lo svolgersi dell'attività amministrativa», sottolineando il fatto che «la regola tecnica che governa ciascun algoritmo resta pur sempre una regola amministrativa generale, costruita dall'uomo e non dalla macchina, per essere poi (solo) applicata da quest'ultima, anche se ciò avviene in via esclusiva».

La sentenza n. 2270/2019 provvede, altresì, ad enunciare le caratteristiche della «regola algoritmica»⁸⁸, le quale deve essere: 1) connotata da una valenza giuridica e amministrativa piena, benché declinata in forma matematica, e, dunque, soggetta ai principi dell'azione amministrativa; 2) scevra da «spazi applicativi discrezionali», dovendo al contrario prevedere «una soluzione definita per tutti i casi possibili, anche i più improbabili», e, dunque, la discrezionalità amministrativa deve «rintracciarsi al momento dell'elaborazione dello strumento digitale»; 3) sottoposta alle valutazioni ex ante dell'amministrazione in termine di «mediazione e composizione di interessi», anche mediante l'implementazione tecnica e il perfezionamento dell'algoritmo, particolarmente nel caso di apprendimento progressivo e *deep learning*; 4) formulata in modo da contemplare la possibilità che potrebbe essere il giudice a «dover svolgere, per la prima volta sul piano 'umano', valutazioni e accertamenti fatti direttamente in via automatica» e, dunque, in modo che egli possa valutare «la correttezza del processo automatizzato in tutte le sue componenti»⁸⁹.

Del resto, anche il *Conseil constitutionnel* della Repubblica francese in una sua recente pronuncia aveva posto l'accento sul fatto che l'amministrazione non è, comunque, autorizzata ad adottare decisioni senza base giuridica o ad applicare norme diverse da quelle della legge in vigore, dal momento che non vi è un abbandono delle competenze dell'autorità di regolamentazione⁹⁰.

Si deve osservare, tuttavia, che la sentenza n. 2270/2019 può indurre ad una riflessione soltanto

⁸⁸ A tal riguardo ha osservato A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, cit. che si tratta di «un vero e proprio principio di «legalità algoritmica» (o se si vuole, di *rule of technology*) in cui il concreto «provvedimento» automatizzato dev'essere conforme all'«astratto» disporre algoritmico. La regola algoritmica, però, presenta alcune peculiarità proprie che rendono necessario l'approntamento di alcune tutele supplementari, per così dire, *tailor made*».

⁸⁹ Su questo punto la sentenza richiama testualmente F. PATRONI GRIFFI, *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, cit. , ; il tema è stato affrontato, però, anche dall'omologo francese J.-M. SAUVÉ, *Le juge administratif et l'intelligence artificielle, Discours prononcé lors de la conférence des présidents des juridictions administratives, le vendredi 20 avril 2018 à Rennes*, in https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/le-juge-administratif-et-l-intelligence-artificielle#_ftn17 ; si veda anche M. HILDEBRANDT, *Algorithmic regulation and the rule of law*, in *Philosophical Transactions of the Royal Society*, 2018.

⁹⁰ Molto simile Conseil constitutionnel, Décision n. 2018-765 DC, 12 giugno 2018, che sancisce che: «Les dispositions contestées autorisent l'administration à adopter des décisions individuelles ayant des effets juridiques ou affectant de manière significative une personne sur le seul fondement d'un algorithme. 68. Toutefois, en premier lieu, ces dispositions se bornent à autoriser l'administration à procéder à l'appréciation individuelle de la situation de l'administré, par le seul truchement d'un algorithme, en fonction des règles et critères définis à l'avance par le responsable du traitement. Elles n'ont ni pour objet ni pour effet d'autoriser l'administration à adopter des décisions sans base légale, ni à appliquer d'autres règles que celles du droit en vigueur. Il n'en résulte dès lors aucun abandon de compétence du pouvoir réglementaire.»

embrionale sul tema, posto che molti aspetti rilevanti connessi alle decisioni algoritmiche non sono stati presi in considerazione, ma il Consiglio di Stato si è limitato soltanto a dare alcune generalissime coordinate rispetto all'utilizzo degli algoritmi da parte della pubblica amministrazione. Proprio tra gli aspetti omessi da questa sentenza ci sono quelli connessi ai processi decisionali automatizzati relativi alle persone fisiche, nonché, più in generale, quelli connessi alla protezione dei dati personali e alla tutela delle libertà fondamentali.

Infine, occorre segnalare che, tornando sulla questione con la sentenza 28 maggio 2019, n. 6686, il Tar Lazio⁹¹ ha ribadito il principio di strumentalità del ricorso agli algoritmi nell'ambito dei procedimenti amministrativi, affermando che l'impiego di un algoritmo al limitato fine di effettuare «circoscritte e ben isolate fasi di un'istruttoria» semplificandole, può essere consentito «mediante norme regolamentari apposite», e solo al fine di rendere il sistema maggiormente conforme ai principi costituzionali che governano l'azione amministrativa. È bene tener presente che, in questa decisione, il Tar Lazio si è concentrato soprattutto sui profili legati alla possibilità di poter ricostruire, sia da parte del destinatario che del Giudice, il percorso logico e giuridico sotteso alla decisione, nonché di coglierne le ragioni.

La Sezione ha, infatti, colto l'occasione per sottolineare nuovamente che la parte conclusiva del procedimento amministrativo, e segnatamente quella predecisoria e quella decisoria, deve essere in ogni caso «attribuita all'attività dianoetica del funzionario o responsabile del servizio, che dovrà provvedere a correggere e rettificare eventuali aporie o aberrazioni determinative, al pari di carenze o omissioni istruttorie, la cui omessa rilevazione ed elisione [...] produrrebbe immancabilmente l'illegittimità del provvedimento finale inespreso e illegittimamente sostituito dal risultato dell'operazione algoritmica».

Benché non si faccia esplicita menzione del problema relativo alla natura discrezionale o vincolata della decisione amministrativa algoritmica, dalle considerazioni svolte da parte dei giudici del Tar si evince che l'ambito di applicazione dell'AI debba essere ridotto alle decisioni più meccaniche e prive di momenti di valutazione discrezionali. Si deve, dunque, segnalare in proposito una discrepanza tra questa posizione e quella su cui si è attestato nella sentenza n. 2270/2019 il Consiglio di Stato.

4. La Sentenza n. 8472/2019: profili di legittimità amministrativa

⁹¹ Cfr. R. FERRARA, *Il giudice amministrativo e gli algoritmi*, cit., 773 ss.

La Sezione VI del Consiglio di Stato ha, però, avuto modo di tornare sulla questione con la sentenza n. 8742/2019. Come premesso, oggetto del giudizio di prime cure era stata, anche in questo caso, la procedura di mobilità nazionale straordinaria di cui all'ordinanza ministeriale n. 24/2016, relativa all'immissione in ruolo di docenti nella scuola secondaria di primo grado, nell'ambito della "fase c" del piano straordinario assunzionale di cui alla l. n. 107/2015, c. d. "Buona scuola", riguardo al quale, con la sentenza n. 9230/2018, la Sezione III del TAR Lazio si era pronunciata per l'annullamento dei provvedimenti adottati dal MIUR.

Il Consiglio di Stato, nel confermare la sentenza del giudice di primo grado, ha, però, colto l'occasione per dare più ampi riferimenti teorici riguardo all'utilizzo degli algoritmi nel procedimento amministrativo, muovendo degli ulteriori passi in avanti rispetto a quanto affermato precedentemente nella sentenza n. 2270/2019. Ciò, da una parte perché il caso concreto alla base della sentenza n. 8472/2019 divergeva dal già citato precedente, in quanto in quello erano state contestate delle singole violazioni di legge, mentre in questo veniva censurato il metodo in quanto tale, per difetto di trasparenza; dall'altra per via di un'evoluzione della giurisprudenza, dovuta ad una più approfondata e matura riflessione.

I Giudici di Palazzo Spada, infatti, discostandosi, tra l'altro, dalla motivazione della sentenza del TAR, non hanno ritenuto di poter applicare in maniera indiscriminata tutte le regole procedimentali derivanti dagli articoli della l. n. 241/1990 all'attività amministrativa algoritmica, atteso che essa risale ad un'epoca precedente alla c.d. "rivoluzione tecnologica", rifuggendo da riferimenti letterari «pur noti ed apprezzabili, a scenari orwelliani»⁹² e invocando un approccio meno emotivo, ma invece «capace di delineare un nuovo equilibrio, nel lavoro, fra uomo e macchina differenziato per ogni campo di attività».

A tal proposito, è bene premettere che, per un verso, il Consiglio di Stato non ha dato adito a tendenze in un certo senso refrattarie alle innovazioni tecnologiche, ma ha ribadito che la pubblica amministrazione deve servirsi delle potenzialità offerte dalla tecnologia; ciò anche in virtù sia dei «guadagni in termini di efficienza» sia della «aura di neutralità, frutto di asettici calcoli razionali basati su dati» che caratterizza le decisioni algoritmiche, atte, secondo la letteratura di economia comportamentale e psicologia cognitiva⁹³, ad operare un effetto correttivo sulle «storture e le imperfezioni che caratterizzano tipicamente i processi cognitivi e

⁹² Il Tar Lazio aveva infatti fatto riferimento alla «deleteria prospettiva orwelliana di dismissione delle redini della funzione istruttoria e di abdicazione a quella provvedimentale», opponendovi «il presidio costituito dal baluardo dei valori costituzionali scolpiti negli artt. 3, 24, 97 della Costituzione oltre che all'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo» (Tar Lazio, sez. III bis, 10 settembre 2018, n. 9230).

⁹³ Il riferimento all'economia comportamentale e alla psicologia cognitiva è presente anche in M. CAVALLARO, G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, cit., 2, ove sono riportati D. KAHNEMAN, A. TVERSKY (a cura di), *Choices, Values and Frames*, Cambridge 2000; M. MOTTERLINI, M. PIATTELLI PALMARINI (a cura di), *Critica della ragione economica*, Milano 2005.

le scelte compiute dagli esseri umani»⁹⁴.

Per l'altro verso, però, la sentenza n. 8472/2019 ha riaffermato con chiarezza che per scongiurare gli eventuali rischi derivanti dall'utilizzo degli algoritmi, deve valorizzarsi il principio di trasparenza, con un chiaro riferimento al «principio di motivazione e/o giustificazione della decisione». Non è, quindi, sufficiente limitarsi a «postulare una coincidenza fra la legalità e le operazioni algoritmiche», ma si evidenzia la necessità di dover provare tale corrispondenza, illustrando, tra l'altro, i dettagli tecnici, o almeno dando chiarimenti con riguardo alle istruzioni impartite alla macchina e alle modalità di funzionamento delle operazioni informatiche «se ed in quanto ricostruibili sul piano effettuale perché dipendenti dalla preventiva, eventualmente contemporanea o successiva azione umana di impostazione e/o controllo dello strumento».

La sentenza n. 8472/2019 non è, dunque, scevra da considerazioni critiche relativamente all'utilizzo degli algoritmi, anche in virtù del fatto che emerge con chiarezza che «l'adozione di modelli predittivi e di criteri in base ai quali i dati sono raccolti, selezionati, sistematizzati, ordinati e messi insieme, la loro interpretazione e la conseguente formulazione di giudizi sono tutte operazioni frutto di precise scelte e di valori, consapevoli o inconsapevoli». Gli algoritmi, infatti, compiono sì una serie di scelte, ma esse dipendono dai criteri e dai dati di riferimento utilizzati.

Atteso, infatti, che, nel generale contesto della digitalizzazione della Pubblica Amministrazione⁹⁵, non si può negare che l'utilizzo dei più avanzati mezzi tecnologici rivesta un'importanza fondamentale ai fini del miglioramento della qualità dei servizi che essa offre ai cittadini e che i c.d. *Big Data* permettono, nell'ambito di procedure seriali o standardizzate, in cui vengono acquisite notevoli quantità di «dati certi ed oggettivamente comprovabili e dall'assenza di ogni apprezzamento discrezionale», di elaborare molto efficacemente le informazioni, non è, però, ammissibile che l'utilizzo delle procedure informatizzate cagioni un'elusione dei principi dell'azione amministrativa.

⁹⁴ *Contra* C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale*, cit., 121, secondo il quale “non pare potersi sostenere che le logiche algoritmiche e di *machine learning* siano di per sé più neutrali ed oggettive dei ragionamenti umani che pure stanno alla base della loro costruzione, programmazione e funzionamento. Sia nella scelta degli algoritmi con cui equipaggiare la macchina, sia nella selezione degli scenari da cui trarre gli esempi da fornire alle reti neurali del *deep learning*, ad esempio, è affidata all'operatore umano la selezione delle componenti di base dell'AI”. Cfr. anche G. Z. YANG, P. DARIO, D. KRAGIC, *Social robotics—Trust, learning, and social interaction*, in *Science Robotics*, 2018.

⁹⁵ Sulla digitalizzazione cfr. anche S. TOSCHEI, *I trattamenti in ambito pubblico nell'era della digitalizzazione e della trasparenza*, in L. CALIFANO, C. COLAPIETRO, *Innovazione tecnologica e valore della persona*, cit.

A riguardo, il Consiglio di Stato ha affermato 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 dalla stessa attribuite all'organo pubblico, titolare del potere».

Si deve, pertanto, evidenziare come il Consiglio di Stato abbia significativamente rimarcato la propria posizione rispetto ad una questione largamente dibattuta intorno alla quale, come si è visto, vi sono ancora non pochi dubbi, e cioè se l'impiego degli algoritmi debba essere limitato all'attività amministrativa vincolata oppure vi si possa far ricorso anche nello svolgimento dell'attività amministrativa discrezionale. A riguardo, la sentenza n. 8472/2019 sembra propendere per la tesi secondo la quale, posto che non si deve prescindere da una fase di accertamento e verifica dei fini attribuiti dalla legge, l'algoritmo informatico può essere utilizzato anche in relazione a quest'ultima, specialmente nell'ambito della c.d. discrezionalità tecnica⁹⁶.

Come noto, è l'esistenza dei c.d. "concetti giuridici indeterminati"⁹⁷, il cui inquadramento risulta per diversi aspetti problematico, a comportare l'esistenza di spazi di "discrezionalità". Essi possono essere classificati come "concetti empirici" o come "concetti normativi": questi ultimi fanno riferimento ad elementi del parametro normativo, il cui apprezzamento è rimesso alla valutazione soggettiva dell'interprete, e comportano margini di "discrezionalità amministrativa"⁹⁸; i primi, invece, si riferiscono ad elementi riferibili a situazioni di fatto e implicano un'area di "discrezionalità tecnica".

Ciò non di meno, occorre tener presente che v'è chi ritiene che la discrezionalità tecnica debba essere inquadrata nella prospettiva giuridica dell'attività vincolata⁹⁹, dal momento che essa implica soltanto una valutazione, da parte dell'Amministrazione, relativa a fatti già posti dalla legge a presupposto del suo operare, cioè di conoscenze tecniche, ad esempio in campo medico

⁹⁶ «Piuttosto, se nel caso dell'attività vincolata ben più rilevante, sia in termini quantitativi che qualitativi, potrà essere il ricorso a strumenti di automazione della raccolta e valutazione dei dati, anche l'esercizio di attività discrezionale, in specie tecnica, può in astratto beneficiare delle efficienze e, più in generale, dei vantaggi offerti dagli strumenti stessi». (Cons. St., sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472)

⁹⁷ Cfr. *amplius* M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 120 ss.

⁹⁸ Rispetto alla quale, secondo la definizione di M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., 78, all'amministrazione è rimessa la scelta di individuare la soluzione migliore per curare l'interesse pubblico, tra quelle consentite.

⁹⁹ A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, cit., 40; Così anche da F. SAITTA, *Le patologie dell'atto amministrativo elettronico e il sindacato del giudice amministrativo*, cit., 18. nello stesso senso anche F. MOROLLO, *Documento elettronico fra e-government e artificial intelligence*, in *Federalismi.it*, 2/2015, 22.

o artistico¹⁰⁰. Pertanto, tale dottrina sostiene che, in realtà, non vi sia «una sostanziale estensione dei limiti di operatività dell'automazione del provvedimento amministrativo», ma lo ritiene un «ribadire, in buona sostanza, l'irrelevanza del fatto che le valutazioni condizionanti l'emanazione del provvedimento contengano elementi di tecnicità (ovvero valutazioni da effettuarsi sulla base di tecniche o saperi non giuridici)»¹⁰¹.

Ad ogni modo, il Consiglio di Stato pone due condizioni per l'ammissibilità dell'impiego delle tecnologie algoritmiche anche all'attività discrezionale: 1) la conoscibilità del modulo utilizzato e dei criteri applicati; 2) l'imputabilità della decisione all'organo titolare del potere, che deve poter effettuare ogni necessaria verifica di logicità e legittimità delle scelte che l'algoritmo deve effettuare.

Per quanto riguarda il profilo della conoscibilità, la sentenza n. 8742/2019 evidenzia che essa è garantita tramite il principio di trasparenza, «da intendersi sia per la stessa p.a. titolare del potere per il cui esercizio viene previsto il ricorso allo strumento dell'algoritmo, sia per i soggetti incisi e coinvolti dal potere stesso». In proposito, occorre evidenziare alcune posizioni che in dottrina avevano postulato l'esistenza di principi dello stesso tenore¹⁰², ed in particolare: a) la «trasparenza algoritmica»¹⁰³, conformemente alla quale deve sempre esservi una «spiegazione comprensibile» relativamente ai criteri utilizzati dall'algoritmo per pervenire a determinate decisioni, nonché deve sussistere un «processo di verifica, convalida e valutazione» *a posteriori* quando la decisione concerne i diritti dei cittadini; b) la «tracciabilità algoritmica», alla stregua di cui devono essere garantite le caratteristiche di «intelligibilità» e di «tracciabilità» del processo decisionale degli algoritmi, nel senso che ogni singola operazione tecnica svolta dall'AI nell'ambito di un determinato processo deve poter essere spiegata; c) il «principio di accesso algoritmico massimo», che si traduce nel dovere da parte delle Pubbliche

¹⁰⁰ Precisa però L. VIOLA, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell'arte*, cit., 32, facendo riferimento a A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, cit., che l'estensione alle ipotesi di discrezionalità tecnica non può considerarsi assoluta e trova, invece, un limite nelle ipotesi in cui i c.d. criteri di valutazione siano in qualche modo opinabili, ad esempio quelli relativi alla stima del valore di un'opera d'arte; in tali casi, non potendosi addivenire a criteri standard, occorre procedere a valutazioni singole affidate ai funzionari.

¹⁰¹ Così sempre L. VIOLA, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell'arte*, cit., 32, il quale afferma anche che: «deve pertanto rilevarsi come si tratti di teorie a «corto raggio» che non modificano sostanzialmente le coordinate fondamentali della ricostruzione sopra prospettata e che si limitano a precisare aspetti non essenziali, come la possibilità di combinare attività automatizzata e attività «manuale» o l'irrelevanza che le valutazioni condizionanti l'emanazione del provvedimento vincolato attengano ad ambito non giuridico».

¹⁰² La ricostruzione relativa a tali principi è effettuata da D. U. GALETTA, J. C. CORVALÀN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, 20 ss.

¹⁰³ Su cui si veda anche F. PATRONI GRIFFI, *La decisione robotica e il giudice amministrativo* cit., 4-5.

Amministrazioni di garantire il massimo accesso possibile ai sistemi di elaborazione di informazioni delle ICT, in quanto portato del diritto alla buona amministrazione ex art. 41 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea.

Tuttavia, va osservato che la condizione di “conoscibilità” dettata dal Consiglio di Stato per l'utilizzo degli algoritmi, benché giusta e necessaria, non può, però, essere ritenuta un punto di arrivo nella riflessione relativa a questo tema, bensì un punto di partenza. Infatti, rimangono aperte delle importanti questioni sia per quanto riguarda la dimensione del controllo dell'algoritmo da parte della pubblica amministrazione, che per quanto concerne il profilo della comprensibilità per i cittadini, nonché per quanto attiene la conseguente sindacabilità da parte del giudice.

Un problema non di poco momento è, in primo luogo, quello relativo al “linguaggio”¹⁰⁴. Invero, il ricorso ad un *software* comporta che una serie di passaggi logici siano svolti attraverso formule matematiche non comprensibili da parte di chi non abbia particolari competenze. D'altronde, uno degli elementi discretivi tra “atto meramente in forma elettronica” ed “atto algoritmico”¹⁰⁵ è proprio la motivazione, che in quest'ultimo caso viene fornita dall'algoritmo stesso.

Posto che l'art. 3 della l. n. 241/1990 prevede che, salvo gli atti normativi e gli atti a contenuto generale, ogni provvedimento amministrativo deve essere motivato¹⁰⁶ e che «la motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria» e, soprattutto, che «se le ragioni della decisione risultano da altro atto dell'amministrazione richiamato dalla decisione stessa, insieme alla comunicazione di quest'ultima deve essere indicato e reso disponibile [...] anche l'atto cui essa si richiama», si deve, però, tener presente che l'applicazione di tale disposizione incontra degli ostacoli insidiosi quando si tratta di decisioni algoritmiche.

In realtà, se i problemi sono limitati con riferimento al semplice utilizzo di algoritmi, si deve tener presente che i principi dell'azione amministrativa rischiano, invece, di soffrire maggiori compressioni in futuro, in quanto tali principi risulteranno in parte non più applicabili. Va

¹⁰⁴ «In relazione alla stessa p.a., nel precedente richiamato la sezione ha già chiarito come il meccanismo attraverso il quale si concretizza la decisione robotizzata (ovvero l'algoritmo) debba essere “conoscibile”, secondo una declinazione rafforzata del principio di trasparenza, che implica anche quello della piena conoscibilità di una regola espressa in un linguaggio differente da quello giuridico» (Cons. St., sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472).

¹⁰⁵ Si veda in A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, cit. che segnala come «per una certa ricostruzione dottrinale non vi sarebbero problemi a tracciare un parallelo tra i due tipi di atto amministrativo: «così come non vi è nessun ostacolo per gli atti aventi forma elettronica (in tal caso anche la motivazione sarà in forma elettronica), allo stesso modo per gli atti ad elaborazione elettronica è plausibile la motivazione elettronica generata, appunto, mediante l'automatico reperimento, collegamento e giustapposizione di norme e dati». Il passaggio citato è di C. GIURDANELLA, E. GUARNACCIA, *Elementi di diritto amministrativo elettronico*, cit., 429

¹⁰⁶ L'obbligo di motivazione è scolpito, altresì, all'art. 41 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea.

evidenziato, infatti, il “cambio di paradigma” dovuto allo sviluppo tecnologico nel campo dell’AI, nell’ambito del quale gli algoritmi non seguono più una “logica causale”, bensì una “logica di correlazione statistica” e una “logica probabilistica”, alla stregua delle quali non si procede più dalla causa all’effetto, ma a partire dall’effetto si deve cercare di risalire alle cause probabili; ciò ovviamente incide anche sulle decisioni pubbliche, tradizionalmente basate su una logica causale, la quale si può ricostruire dalla motivazione, dal momento che una decisione algoritmica non è adottata secondo un rapporto di causa-effetto, bensì sulla base di correlazioni statistiche, le quali possono risultare prive di relazioni causali, tanto da poter apparire prive di razionalità¹⁰⁷.

In particolare, ci sono tre “proprietà” che permettono di distinguere il *machine learning* da altre tecniche di analisi e che lo rendono, in un certo senso, “indipendente” dall’intervento umano¹⁰⁸.

La prima è la c.d. “*self-learning property*”, in base alla quale i risultati degli algoritmi non dipendono dalla specificazione in anticipo da parte dell’operatore umano rispetto a come ogni variabile possa essere fattorizzata nella predizione, tant’è che fin quando i “*learning algorithms*” sono in fase di svolgimento delle operazioni non è possibile in alcun modo controllare come stiano combinando e comparando i dati.

La seconda può essere definita come “*black box nature*”, in forza della quale, come già accennato in precedenza, i risultati de *machine learning* non sono «*intuitively explainable*» e non possono essere fornite delle spiegazioni causali del genere che è sotteso alle ragioni «*traditionally offered to justify governmental action*».

La terza riguarda la capacità di diminuire «*or potentially bypass human deliberation and decision making*», in virtù del fatto che la macchina è in grado di decidere autonomamente.

Gli stessi programmatori, tra l’altro, hanno difficoltà a comprendere i criteri in base alla quale le macchine prendono decisioni, dal momento che «questo tipo di algoritmi non sono costruiti per rispondere alla domanda sul «perché» avverrà una certa cosa, ma solo ad indicare con la maggiore accuratezza possibile, la probabilità che essa avvenga»¹⁰⁹. In buona sostanza, le macchine non danno una motivazione rispetto alle cause che hanno condotto a determinate scelte, ma si limitano ad effettuare delle predizioni e in base ad esse prendono le decisioni del caso.

¹⁰⁷ Cfr. J. B. AUBY, *Contrôle de la puissance publique et gouvernance par algorithmes*, cit., *passim*.

¹⁰⁸ C. COGLIANESE, D. LEHR, *Regulating by robot: administrative decision making in the machine-learning era*, 1167

¹⁰⁹ Così sempre A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, cit

È, pertanto, pressoché impossibile ricostruire il processo decisionale che avviene nella c.d. *black box*, quando l'AI prende le decisioni seguendo dei processi logici “incomprensibili”¹¹⁰. Ciò va, del resto, ad inficiare la comprensibilità della motivazione dell'atto¹¹¹.

Il Consiglio di Stato, in proposito, al fine di poter verificare che «i criteri, i presupposti e gli esiti del procedimento robotizzato siano conformi alle prescrizioni e alle finalità stabilite dalla legge o dalla stessa amministrazione a monte di tale procedimento e affinché siano chiare – e conseguentemente sindacabili – le modalità e le regole in base alle quali esso è stato impostato», ha stabilito, secondo una logica lungimirante, che siano gli autori dell'algoritmo a dover garantire la sua conoscibilità relativamente a tutti gli aspetti e cioè sia con riferimento alle priorità assegnate nella procedura valutativa e decisionale che dei dati selezionati come rilevanti. Le formule tecniche, dunque, devono essere corredate da spiegazioni concernenti le regole giuridiche che esse sottendono e che ne permettano la comprensione¹¹².

A tal riguardo, è bene evidenziare, *in primis*, che il Consiglio di Stato, nell'operare il bilanciamento tra la tutela della proprietà intellettuale dell'algoritmo e il principio di trasparenza, ha optato decisamente per una valorizzazione di quest'ultimo a discapito della «invocata riservatezza delle imprese produttrici dei meccanismi informatici utilizzati», conformemente alla giurisprudenza precedente.

Inoltre, si può forse ravvisare la presenza di quello stesso principio di *loyauté* sancito nell'ordinamento francese. In particolar modo, in maniera simile a quanto previsto dalla *Loi pour une République numérique* per gli operatori digitali è stata autorevolmente affermata la necessità della «*loyauté des concepteurs et architectes de l'intelligence artificielle*», attraverso

¹¹⁰ Spiega C. COGLIANESE, D. LEHR, *Regulating by robot: administrative decision making in the machine-learning era*, cit., 1159 ss, che: «Although machine-learning algorithms are known and prized for their accuracy, this benefit does come at an interpretive cost. This cost is frequently invoked by references to machine-learning algorithms as “black-box” procedures. [...] We said that an algorithm might learn that certain geometric characteristics of the shapes of handwritten digits are useful for determining which digits they represent—yet we cannot really know what precise characteristics any machine-learning algorithm is keying in on. Machine-learning algorithms transform a series of inputs to a series of outputs by optimizing a performance criterion, but that is where the analyst's easy ability to interpret the algorithms' workings comes to an end. The user of an algorithm cannot really discern which particular relationships between variables factor into the algorithm's classification, or at which point in the algorithm they do, nor can the user determine how exactly the algorithm puts together various relationships to yield its classifications. [...] For this reason, machine-learning algorithms are often described as transforming inputs to outputs through a black box. An analyst cannot look inside the black box to understand how that transformation occurs or describe the relationships with the same intuitive and causal language often applied to traditional statistical modeling».

¹¹¹ A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, cit., 79 sostiene che «un algoritmo per essere 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-razionali».

¹¹² Rimandando al punto 8.3 della motivazione della sent. n. 2270/2019, la sezione VI ha rimarcato 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.» (Cons. St., sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472)

una conformazione degli operatori digitali all'interesse generale al fine di superare le difficoltà di comprensione¹¹³. Viene a delinearsi così il principio di lealtà nell'utilizzo dell'algoritmo¹¹⁴, che il Consiglio di Stato francese ha ricondotto al rispetto degli obblighi già presenti nella legislazione in materia di protezione di dati personali¹¹⁵. Pertanto, proprio in attuazione di tale principio, si rende auspicabile adottare «specifiche prescrizioni tecniche per la progettazione di algoritmi 'equi', disegnati cioè in modo da rispettare i valori fondanti della nostra società», utilizzando il codice sorgente e l'architettura della rete come «strumenti per governare la sfera digitale»¹¹⁶.

Il rischio, infatti, è che «l'automatizzazione della procedura possa generare un processo di spersonalizzazione della decisione», il quale se da una parte comporterebbe l'impedimento della partecipazione dei privati al procedimento, dal momento che il privato non avrebbe un interlocutore al quale rivolgersi, dall'altra vi è il pericolo che la responsabilità della decisione venga polverizzata¹¹⁷, atteso che non vi sarebbe un responsabile del procedimento.

Del resto, anche per quanto riguarda il profilo dell'imputabilità occorre tener presente, come è stato correttamente sottolineato, che «la persona che assume le determinazioni (il titolare della carica pubblica) non coincide con colui che predispone materialmente il *software* (l'informatico-programmatore)»¹¹⁸. Pertanto, v'è chi ha sostenuto la necessità di utilizzare una struttura dualistica, nell'ambito della quale il testo venga sì redatto in italiano, ma in maniera tale da rispecchiare la struttura logica utilizzata dalla macchina¹¹⁹; ciò comporterebbe sia la

¹¹³ Cfr. J.M. SAUVÉ, *Le juge administratif et l'intelligence artificielle*, cit., 7; cfr. anche H. PAULIAT, *La décision administrative et les algorithmes: une loyauté à consacrer*, cit., 2018.

¹¹⁴ Rispetto al quale si rimanda a D. U. GALETTA, J. C. CORVALÁN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, cit., 21.

¹¹⁵ Conseil d'État, *Étude annuelle 2017. Puissance publique et plateformes numériques: accompagner l'ubérisation*, in *La documentation française*, 116 ss.

¹¹⁶ Testualmente M. CAVALLARO, G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, cit., 18, che ricomprende tale rapporto fiduciario nel principio di responsabilità. Tuttavia, si segnala sul punto anche E. STRADELLA, *La regolazione della Robotica e dell'Intelligenza artificiale*, la quale condivide «la posizione di chi anche recentemente ha sostenuto l'esigenza di una regolazione di Robotica e IA in cui la *self-regulation* svolga una funzione integrativa, o complementare, senza assorbire però completamente i contenuti regolativi, poiché diversamente s'incorrerebbe nel rischio che i pubblici poteri abdichino del tutto al compito essenziale di operare bilanciamenti tra valori, interessi, posizioni soggettive diverse, e, di conseguenza, si sottraggano decisioni di evidente rilevanza pubblicistica al circuito democratico e alla deliberazione politica».

¹¹⁷ M. CAVALLARO, G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, cit., 18.

¹¹⁸ D. MARONGIU, *Gli atti amministrativi ad elaborazione elettronica: la compilazione di un "pre-software" in lingua italiana*, in *Rivista diritto amministrativo elettronico*, 2003, 3 ss.

¹¹⁹ Cfr. L. VIOLA, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell'arte*, cit., 11, il quale, riportando tra l'altro, D. MARONGIU, *Gli atti amministrativi ad elaborazione elettronica: la compilazione di un "pre-software" in lingua italiana*, cit., sostiene che: «al di là del (doveroso, ma sistematicamente non decisivo)

possibilità di ripartire la responsabilità tra funzionario pubblico e informatico-programmatore, sia di apprezzare la “legittimità del *software*” controllandone la conformità con il testo redatto in italiano, che di comprendere meglio il *software*¹²⁰. Eppure, anche questa ricostruzione teorica non potrebbe che essere limitata solo a taluni casi, dal momento che, quando viene impiegato il *machine learning*, l’AI compie dei processi che neanche i programmatori comprendono a pieno. Non v’è dubbio, però, che è necessario il supporto di conoscenze informatiche per cercare di fare un minimo di chiarezza, tanto che «da più parti, si sollecita l’intervento di “algoritmisti”, una sorta di consulente tecnico d’ufficio con competenze informatiche che svolga il ruolo di controllore della società dell’algoritmo con il compito di attestare la correttezza di un certo algoritmo»¹²¹.

Per giunta, rifacendosi anche alla già citata Carta della Robotica adottata dal Parlamento Europeo, la quale afferma che «l’autonomia di un robot può essere definita come la capacità di prendere decisioni e metterle in atto nel mondo esterno, indipendentemente da un controllo o un’influenza esterna» e che «tale autonomia è di natura puramente tecnologica e il suo livello dipende dal grado di complessità con cui è stata progettata l’interazione di un robot con l’ambiente», il Consiglio di Stato ha evidenziato che «anche al fine di applicare le norme generali e tradizionali in tema di imputabilità e responsabilità, occorre garantire la riferibilità della decisione finale all’autorità ed all’organo competente in base alla legge attributiva del potere». Tale riferimento potrebbe apparire in un certo senso improprio, in quanto “algoritmico” e “robotico” sono due piani ontologicamente differenti. Eppure, questo inciso rappresenta un utile base per quella che dovrà essere l’analisi futura, dal momento che l’avvento anche dei robot veri e propri nell’amministrazione è solo questione di tempo e si renderà quanto prima necessario approfondire analiticamente questa tematica.

Sempre per lo stesso motivo, benché quella della Sezione VI del Consiglio di Stato possa apparire una preoccupazione «prematura», atteso il livello «primitivo» di sviluppo delle

rinvio all’obbligo di collaborazione tra funzionario pubblico e informatico-programmatore, emerge pertanto la necessità di procedere ad una qualificazione dualistica della vicenda che venga a distinguere tra il “momento preliminare alla compilazione del software, ... (costituito dalla) redazione di un testo contenente le istruzioni espresse in lingua italiana, ma già sotto forma di algoritmo, cioè come sequenza ordinata di passaggi logici, formulati come giudizi ipotetici (“se... allora...”)” denominato atto-algoritmo, *pre-software* o regole per la programmazione ed il vero e proprio programma informatico di emanazione dell’atto».

¹²⁰ Sempre in questi termini L. VIOLA, *L’intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell’arte*, cit.,11, il quale aggiunge che, in tal modo, «si perverrebbe ad una chiara distinzione tra l’atto amministrativo contenente le regole per la programmazione (che potrebbe assumere, a seconda dei casi, natura di atto normativo o generale- strumentale) e il vero e proprio “software ... prodotto in linguaggio diverso dalla lingua italiana, da un tecnico spesso esterno alla pubblica amministrazione...(e che) non è un atto amministrativo, né particolare, né generale bensì l’esecuzione di un incarico professionale, basato su un atto amministrativo». La citazione è di G. DUNI, *L’amministrazione digitale. Il diritto amministrativo nella evoluzione telematica*, cit., 75;

¹²¹ M. CAVALLARO, G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell’amministrazione nella società dell’algoritmo*, cit., 18.

tecnologie di Intelligenza Artificiale all'interno della Pubblica Amministrazione¹²², è da valutare positivamente il fatto che sia stato posto il problema dell'eventuale attribuzione di personalità giuridica ai robot¹²³, rispetto al quale la posizione della giurisprudenza amministrativa è, tra l'altro, molto chiara, avendo affermato che «il sistema di imputabilità delle decisioni e la connessa responsabilità amministrativa, non mutano a seguito dell'utilizzo di algoritmi (automazione basata sull'Intelligenza Artificiale) quale strumento di supporto dell'attività amministrativa»¹²⁴.

In conclusione, si deve quindi osservare che il principio di responsabilità, per quanto riguarda l'automatizzazione del processo decisionale pubblico, impone che il ruolo «della tecnica in generale, e dell'algoritmo in particolare» venga limitato a «strumento servente dell'amministrazione»¹²⁵, in modo tale che la competenza e la responsabilità della decisione restino in capo al funzionario umano¹²⁶.

5. La Sentenza n. 8472/2019: profili di tutela delle libertà fondamentali e protezione dei dati personali relativi alle decisioni algoritmiche della P.A

Diverse delle questioni rimaste aperte sul versante della legittimità amministrativa possono, forse, trovare soluzione se lette attraverso le lenti dei principi in materia di *data protection*. La sentenza n. 8742/2019 del Consiglio di Stato, invero, porta la giurisprudenza amministrativa a pronunciarsi per la prima volta sul problema della tutela dei diritti e delle libertà fondamentali dei cittadini oggetto delle decisioni automatizzate, con particolare riferimento al diritto alla protezione dei dati di carattere personale e alla sua “nuova” disciplina dettata dal GDPR.

Le prime forme di tutela della persona rispetto ai trattamenti automatizzati possono essere rinvenute già nella Convenzione di Strasburgo (Convenzione n. 108/1981), adottata ormai quasi

¹²² L. VIOLA, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell'arte*, cit., 13. A riguardo, ricorda 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 che «la macchina, ossia lo strumento informatico, rimane un mezzo al servizio del titolare dell'organo».

¹²³ Vedi *amplius* A. CELOTTO, *I robot possono avere diritti?*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2019.

¹²⁴ D. U. GALETTA, J. C. CORVALÁN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, 20.

¹²⁵ Così M. CAVALLARO, G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, cit., 20.

¹²⁶ A conferma di ciò cfr. C. COGLIANESE, D. LEHR, *Regulating by robot*, cit., 1176 ss.: «Machine-learning algorithms are thus “autonomous” only in the sense that they can run continuously and have the potential to translate their outputs automatically into regulatory actions. They do not set their own objective functions nor are they completely outside human control. An algorithm, by its very definition, must have its parameters and uses specified by humans, and this property will likely prove pivotal in the legal assessment of specific applications of artificial intelligence by federal administrative agencies»

quarant'anni fa nel contesto giuridico del Consiglio d'Europa e tutt'ora in vigore, la quale è considerata anche come una delle prime fonti in materia di protezione dei dati a livello europeo. I principi sanciti nella Convenzione (tra i quali, liceità e correttezza del trattamento, qualità dei dati personali intesa come pertinenza, non eccedenza, adeguatezza ed esattezza, legalità del trattamento automatizzato, specificità e di liceità delle finalità) sono principi che fanno ormai parte dell'*aquis* europeo in materia di dati personali, essendo stati, prima, incorporati nella Direttiva madre e, da ultimo, confermati nel Regolamento UE 2016/679¹²⁷.

Si deve, infatti, ricordare che l'art. 15 della Direttiva n. 95/46/CE sanciva il diritto di ogni persona a non essere sottoposta a decisioni che producessero effetti giuridici o avessero effetti nei suoi confronti che fossero fondate esclusivamente sul trattamento automatizzato dei dati, a meno che tali decisioni non fossero prese nel contesto della conclusione o dell'esecuzione di un contratto o non fossero autorizzate dalla legge. Tuttavia, con il GDPR la tutela offerta alla persona fisica è stata rafforzata ed il quadro si è fatto più limpido anche grazie all'adozione delle *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679* emanate dall'allora WP29 (ora *European Data Protection Board*, in breve EDPB) ed emendate il 6 febbraio 2018.

Inoltre, non si può certo ignorare che l'art. 5 del GDPR annovera una serie di principi generali, i quali pervadono tutta la disciplina europea in materia di dati personali e che, dunque, vanno tenuti sempre presenti nella lettura delle fattispecie previste dalla normativa¹²⁸. In particolare, a mente del par. 1 dell'art. 5, si devono tenere presenti il principio di liceità, correttezza e trasparenza, il principio di limitazione della finalità, il principio di minimizzazione dei dati, il principio di esattezza, il principio di limitazione del periodo di conservazione e il principio di integrità e riservatezza; tuttavia, è il par. 2 del medesimo art. 5, a porre il principio più rilevante ed innovativo del GDPR, e cioè il principio di *accountability*¹²⁹, alla stregua del quale il titolare del trattamento dei dati deve rispettare i principi di cui sopra ed essere in grado di provarlo. Tale principio è specificato all'art. 24 GDPR, il quale afferma che il titolare del trattamento deve mettere in atto «misure tecniche e organizzative adeguate per garantire, ed essere in grado di dimostrare, che il trattamento è effettuato conformemente al presente regolamento», tenendo

¹²⁷ Ciò testimonia lo «stretto legame tra protezione dei dati personali e tutela delle libertà fondamentali» che può essere rilevato in tutto il percorso evolutivo sviluppatosi dall'art. 8 CEDU fino ad oggi. Vedi O. SASSO SARTI, *Profilazione e trattamento dei dati*, in L. CALIFANO, C. COLAPIETRO (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona*, cit., 579-580. Cfr. anche F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali*, cit., 68.

¹²⁸ C. COLAPIETRO, A. IANNUZZI, *I Principi generali del trattamento dei dati personali e i diritti dell'interessato*, in L. CALIFANO, C. COLAPIETRO (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona*, cit. 106 ss.

¹²⁹ Cfr. *amplius* G. FINOCCHIARO, *Intelligenza Artificiale e protezione dei dati personali*, in *Giurisprudenza italiana*, 7/2019, 1675-1676.

conto «della natura, dell'ambito di applicazione, del contesto e delle finalità del trattamento, nonché dei rischi aventi probabilità e gravità diverse per i diritti e le libertà delle persone fisiche»; in particolare, si richiede «l'attuazione di politiche adeguate in materia di protezione dei dati da parte del titolare del trattamento», se proporzionate all'attività di trattamento.

Per quanto attiene alla sentenza n. 8472/2019, occorre preliminarmente mettere in evidenza che il Consiglio di Stato ha richiamato la distinzione, rilevabile anche all'art. 2 del Regolamento n. 2016/679, tra i trattamenti di dati personali semi-automatizzati e i trattamenti automatizzati: quelli, cioè, che implicano un coinvolgimento umano e quelli che, invece, affidano al solo algoritmo l'intero procedimento. Chiaramente, sono questi ultimi a essere oggetto di particolari cautele anche all'interno del GDPR.

Infatti, il rischio è che le macchine, svolgendo la serie dei passaggi logici previsti per lo svolgimento delle operazioni, possano creare delle situazioni configurabili come discriminatorie. Proprio in virtù di ciò, i Giudici di Palazzo Spada hanno fatto riferimento al “principio di non discriminazione algoritmica”, alla stregua del quale è necessario programmare l'AI in modo che non vengano poste in essere ingiuste distinzioni, al fine, cioè, di «evitare che le “operazioni intelligenti” utilizzino nei propri circuiti l'elaborazione di alcune distinzioni basate su categorizzazioni vietate (c.d. categorie algoritmiche sospette) al fine di stilare classifiche, calcolare punteggi ed effettuare categorizzazioni che violano il principio del giusto processo ed i diritti umani»¹³⁰. Tale principio, come sottolineato nella sentenza n. 8472/2019 si evince anche dal considerando n. 71 del Regolamento UE n. 2016/679, che raccomanda di adottare delle modalità di trattamento che tengano in considerazione i «potenziali rischi esistenti per gli interessi e i diritti dell'interessato» e che impediscano «effetti discriminatori nei confronti di persone fisiche sulla base della razza o dell'origine etnica, delle opinioni politiche, della religione o delle convinzioni personali, dell'appartenenza sindacale, dello status genetico, dello stato di salute o dell'orientamento sessuale, ovvero un trattamento che comporti misure aventi tali effetti». A tal proposito, è opportuno evidenziare la c.d. funzione interpretativa dei considerando, più volte messa in luce anche dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, che permette una più approfondita comprensione delle norme del diritto derivato eurounitario e la

¹³⁰ Testualmente D. U. GALETTA, J. C. CORVALÀN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, 20. Per approfondimenti si rimanda a W. FRÖHLICH, I. SPIECKER, *Können Algorithmen diskriminieren?*, in <https://bit.ly/3hjgwaC>; N. GESLEVICH PACKIN, Y. LEV-ARETZ, *Learning Algorithms and Discrimination*, in W. BARFIELD, U. PAGALLO (a cura di), *Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence*, Cheltenham, 2018, 88 ss.

loro corretta applicazione¹³¹, alla quale non si sottrae certo il considerando 71, il quale permette una più chiara lettura delle norme in materia di decisioni automatizzate contenute nel Regolamento UE n. 2016/679.

In relazione al complesso rapporto tra algoritmi e diritti fondamentali¹³² è bene, dunque, evidenziare come il Regolamento appronti una serie di garanzie conoscitive insieme ad un divieto di processi decisionali automatizzati, che il Consiglio di Stato ha richiamato nella motivazione in diritto della sentenza n. 8472/2019, riferendosi agli artt. 13, 14, 15 e 22 del Regolamento stesso. Proprio intorno all'interpretazione di tali norme è in corso un ampio dibattito in dottrina riguardo all'esistenza o meno di un vero e proprio *right to explanation*¹³³ nel GDPR.

Ebbene, il concetto di *explanation*, che per molti versi appare affine a quello di “conoscibilità” in termini di “comprensibilità” sancito dal Consiglio di Stato, deve essere suddiviso in sottocategorie a seconda dell'oggetto della sua riferibilità e del momento temporale in cui viene fornita la spiegazione. Con riguardo all'oggetto, occorre distinguere la *explanation* riferibile alla *system functionality*, cioè al funzionamento della struttura di *decision-making* nel suo complesso, e la *explanation* relativa a delle *specific decisions*, cioè alle ragioni e alle circostanze che hanno condotto alla singola decisione; alla stregua del criterio temporale, invece, la differenza si configura tra *explanation ex ante* ed *explanation ex post*¹³⁴. Chiaramente, se il primo può essere riferito solo al funzionamento complessivo del sistema, il *right to explanation ex post* può essere riferito sia all'intera struttura decisionale, che alle singole decisioni specifiche e alle loro ragioni. Ed è proprio questo particolare tipo di *explanation* a non essere rinvenibile nel Regolamento.

Ciononostante, è, invece, bene tener presente che la “spiegabilità” e la conseguente “comprensibilità” sono, invece, degli elementi necessari, alla luce dell'evoluzione subita dal diritto alla *privacy*, secondo le quattro tendenze indicate da Stefano Rodotà: «1) dal diritto

¹³¹ Cfr. C. COLAPIETRO, *I principi ispiratori del Regolamento UE 2016/679 sulla protezione dei dati personali e la loro incidenza sul contesto normativo nazionale*, in *Federalismi.it*, 22/2018, 6-7; si veda anche F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Il Regolamento europeo 2016/679*, cit., 8 ss.

¹³² A. MORETTI, *Algoritmi e diritti fondamentali della persona. Il contributo del Regolamento (UE) 2016/679*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2018; per interessanti spunti relativi, in particolare, all'Intelligenza Artificiale cfr. anche E. CREMONA, *Un convegno su intelligenza artificiale e diritti fondamentali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2, 2020 (in corso di pubblicazione).

¹³³ Critici S. WACHTER, B. MITTELSTADT e L. FLORIDI, *Why a right to explanation of automated decision-making does not exist in the General Data Protection Regulation*, in *International Data Privacy Law*, 2017, 76 ss.; contra G. MALGIERI, G. COMANDÈ, *Why a Right to Legibility of Automated Decision-Making Exists in the General Data Protection Regulation* in *International Data Privacy Law*, 2017, 224 ss; ma anche A. D. SELBST, J. POWLES, *Meaningful information and the right to explanation*, in *International Data Privacy Law*, 2017, 233 ss; sembra superare il contrasto L. EDWARDS, M. VEALE, *Slave to the algorithm? Why a right to an explanation is probably not the remedy you are looking for*, in *16 Duke Law & Technology Review*, 2017.

¹³⁴ La classificazione è di S. WACHTER, B. MITTELSTADT e L. FLORIDI, *Why a right to explanation of automated decision-making does not exist*, cit., 6-7.

d'esser lasciato solo al diritto di mantenere il controllo sulle informazioni che mi riguardano; 2) dalla privacy al diritto all'autodeterminazione informativa; 3) dalla privacy alla non discriminazione; 4) dalla segretezza al controllo»¹³⁵. Il punto cruciale è proprio la sequenza “persona-informazione-circolazione-controllo”¹³⁶, diventata nell'era digitale quantitativamente ben più ampia del classico paradigma “persona-informazione-segretezza”, la quale comporta l'effettiva garanzia della dignità della persona anche nell'odierna società digitale. Tuttavia, tale garanzia non può inverarsi senza una corretta informazione all'interessato del trattamento dei dati.

Come anticipato, il Consiglio di Stato ha citato, infatti, gli obblighi di informazione derivanti dagli artt. 13 e 14 del GDPR, nei quali è previsto che all'interessato debba essere data notizia del fatto che il trattamento dei dati sia effettuato in maniera automatizzata, con particolare riguardo al fatto che in caso di trattamento interamente automatizzata, il titolare debba fornire «informazioni significative sulla logica utilizzata, nonché l'importanza e le conseguenze previste di tale trattamento per l'interessato». Si tratta della nota *informativa privacy* e anche le Pubbliche amministrazioni, eccetto quando la «registrazione e la comunicazione» fosse prevista dalla legge o negli altri casi previsti espressamente dalle norme, dovrebbero avere cura di fornire ogni qual volta procedano a decisioni basate su trattamenti automatizzati dei dati dei cittadini¹³⁷.

La chiave interpretativa per la corretta lettura degli artt. 13 e 14 è rappresentata dai considerando 60, 61 e 62, i quali sono improntati ad uno spirito di correttezza e trasparenza, al fine di rendere l'interessato del trattamento il più consapevole possibile.

In particolare, l'art. 13 elenca quali sono le informazioni da fornire, a meno che l'interessato non disponga già di tali informazioni, qualora i dati personali siano raccolti presso l'interessato, tra le quali vi sono l'identità e i dati di contatto del titolare del trattamento e del responsabile della protezione dati, le finalità e la base giuridica del trattamento e altre informazioni

¹³⁵ S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Bari, 1999, 207-210. Si veda anche S. NIGER, *Le nuove dimensioni della privacy: dal diritto alla riservatezza alla protezione dei dati personali*, Padova, 2006, per un'analisi storica e giuridica delle “nuove dimensioni della privacy”, in cui viene evidenziato il carattere eterogeneo della contorta nozione di *privacy*.

¹³⁶ Sempre S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, 102.

¹³⁷ Si tenga, però, presente A. MORETTI, *Algoritmi e diritti fondamentali della persona*, cit., 807, il quale fa «notare come il legislatore europeo abbia inteso rafforzare il principio di trasparenza che trova centrale importanza all'interno del Regolamento. Non risulta del tutto chiaro, però, quale sia stata la ragione che ha condotto il legislatore a circoscrivere le suddette garanzie ai soli casi di processi decisionali interamente automatizzati, escludendo dalla previsione le ulteriori ipotesi in cui ci si avvale di algoritmi per giungere ad una decisione, perdendo dunque l'occasione di estendere anche a quest'ultime un più alto livello di garanzia».

essenziali; inoltre, secondo il dettato del par. 2, «nel momento in cui i dati personali sono ottenuti», il titolare del trattamento deve fornire all'interessato una serie di ulteriori informazioni necessarie per garantire un trattamento corretto e trasparente, tra le quali «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»¹³⁸.

Ancora, l'art. 14 enumera, invece, le informazioni che il titolare deve fornire qualora i dati non siano stati raccolti presso l'interessato, tra le quali, anche in questo caso, vi sono quelle relative all'esistenza di un processo decisionale automatizzato. Per di più, alla stregua della fattispecie di cui all'art. 14, il titolare deve far pervenire all'interessato le informazioni «entro un termine ragionevole dall'ottenimento dei dati personali, ma al più tardi entro un mese, in considerazione delle specifiche circostanze in cui i dati personali sono trattati» ovvero «nel caso in cui i dati personali siano destinati alla comunicazione con l'interessato, al più tardi al momento della prima comunicazione all'interessato» ovvero «nel caso sia prevista la comunicazione ad altro destinatario, non oltre la prima comunicazione dei dati personali». Tale disciplina, in ogni caso, non si applica in taluni casi enumerati espressamente dalla norma¹³⁹.

Di certo, nelle disposizioni di questi due articoli può essere ravvisato soltanto il c.d. *right to explanation ex ante* e, come già osservato, relativo soltanto alla *system functionality*¹⁴⁰. Benché sia stato, infatti, sostenuto che gli obblighi di informazione derivanti dagli artt. 13 e 14, in combinato disposto con l'art. 22, par. 3 comporterebbe anche una *explanation ex post*¹⁴¹, tale tesi è da considerarsi da respingere. Del resto, si deve tenere in considerazione anche la «limitazione delle disposizioni sopra richiamate, che trovano applicazione in un momento antecedente a quello in cui la decisione viene presa, unitamente all'assenza di un'espressa previsione letterale al riguardo»: ciò conduce ad escludere la sussistenza del *right to explanation* inteso come *ex post* e riferibile a delle *specific decisions*¹⁴².

¹³⁸ Per i profili di taglio pratico sui contenuti dell'informativa si rinvia al recente M. MENSI, M. VIGGIANO, *Formulario della privacy. Le formule essenziali immediatamente utilizzabili*, Piacenza, 2019.

¹³⁹ L'interessato dispone già delle informazioni; comunicare tali informazioni risulta impossibile o implicherebbe uno sforzo sproporzionato, soprattutto per il trattamento a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici, allorché il titolare del trattamento adotta misure appropriate per tutelare i diritti, le libertà e i legittimi interessi dell'interessato, anche rendendo pubbliche le informazioni; l'ottenimento o la comunicazione sono espressamente previsti dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento e che prevede misure appropriate per tutelare gli interessi legittimi dell'interessato; se i dati personali devono comunque rimanere riservati conformemente a un obbligo di segreto professionale disciplinato dal diritto dell'Unione o degli Stati membri.

¹⁴⁰ S. WACHTER, B. MITTELSTADT e L. FLORIDI, *Why a right to explanation of automated decision-making does not exist*, cit., 15.

¹⁴¹ B. GOODMAN, S. FLAXMAN, *European Union Regulations on Algorithmic Decision Making and a "Right to Explanation"*, in *AI Magazine*, 2017.

¹⁴² Così A. MORETTI, *Algoritmi e diritti fondamentali della persona*, cit., 811

Inoltre, sempre in tema di trasparenza dell'algoritmi, il Consiglio di Stato ha rimarcato anche il diritto del cittadino ad accedere ai propri dati personali, enunciato all'art. 15 del GDPR, soffermandosi in particolare sul fatto che «l'articolo 15, diversamente dagli articoli 13 e 14, abbia il pregio di prevedere un diritto azionabile dall'interessato e non un obbligo rivolto al titolare del trattamento» e, dunque, permette di superare «i limiti temporali posti dagli articoli 13 e 14, consentendo al soggetto di acquisire informazioni anche qualora il trattamento abbia avuto inizio, stia trovando esecuzione o abbia addirittura già prodotto una decisione». Il Consiglio di Stato ha rilevato, pertanto, in tale noma una conferma per quanto riguarda «la rilevanza della trasparenza per i soggetti coinvolti dall'attività amministrativa informatizzata in termini istruttori e decisorii».

L'art. 15, infatti, concernente il diritto di accesso dell'interessato, stabilisce che «l'interessato ha il diritto di ottenere dal titolare del trattamento la conferma che sia o meno in corso un trattamento di dati personali che lo riguardano e in tal caso, di ottenere l'accesso» ai suoi dati personali e alle relative informazioni, come le finalità del trattamento, le categorie di dati personali trattati, i destinatari o le categorie di destinatari a cui i vengono comunicati i dati, il periodo di conservazione dei dati e altri, tra i quali «l'esistenza di un processo decisionale automatizzato», avendo cura anche in questo caso di fornire «informazioni significative sulla logica utilizzata, nonché l'importanza e le conseguenze previste di tale trattamento per l'interessato»¹⁴³.

È bene notare che la norma specifica come il titolare debba provvedere attraverso «una copia dei dati personali oggetto di trattamento» e che solo «in caso di ulteriori copie richieste dall'interessato, il titolare del trattamento può addebitare un contributo spese ragionevole basato sui costi amministrativi»; resta fermo, invece, che «se l'interessato presenta la richiesta mediante mezzi elettronici, e salvo indicazione diversa dell'interessato, le informazioni sono fornite in un formato elettronico di uso comune» e che, ovviamente, il diritto di ottenere le copie «non deve ledere i diritti e le libertà altrui».

Eppure, sebbene il diritto d'accesso non sia soggetto a limiti di tempo e, dunque superi «l'impedimento cronologico» di cui soffrono gli 13 e 14, non si rinviene però in esso alcun riferimento a spiegazioni della decisione presa e, pertanto, non si può ricostruire un *right to explanation* neanche a partire dall'art. 15, dal momento che, invece, esso sembra piuttosto

¹⁴³ Si rimanda anche in questo caso a M. MENSI, M. VIGGIANO, *Formulario della privacy. Le formule essenziali immediatamente utilizzabili*, Piacenza, 2019.

«circoscrivere il diritto dell'interessato ad una spiegazione *ex ante* delle modalità di funzionamento del processo automatizzato»¹⁴⁴. Infatti, ai titolari non è richiesto tanto di prevedere le conseguenze, quanto di spiegare le finalità dei trattamenti e ciò comporta che non vi sia una spiegazione relativa a come una singola decisione sia stata raggiunta, ma piuttosto una spiegazione relativa alla *system functionality*¹⁴⁵, così come risulta anche dalle già citate *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679*¹⁴⁶.

È stato, giustamente, osservato che gli artt. 13, 14 e 15 del GDPR possono essere definiti come la *Magna Charta* del diritto dell'interessato di essere informato e di controllare la legittimità del trattamento dei dati¹⁴⁷. Tuttavia, con riguardo alle decisioni automatizzate, non è possibile prescindere dalla lettura di queste norme di concerto con l'art. 22 del GDPR. Come avrà modo di vedersi in seguito, neanche nelle disposizioni di questo articolo è possibile rinvenire un autonomo diritto alla "spiegabilità"¹⁴⁸ e, pertanto, si deve ineludibilmente concludere che non esiste un vero e proprio *right to explanation* all'interno del Regolamento, ma soltanto un mero *right to be informed*¹⁴⁹.

5.1. In particolare, sul processo decisionale interamente automatizzato ex art. 22 del Regolamento n. 2016/679: alcune considerazioni critiche

Il Consiglio di Stato sottolineando la necessità di individuare «un centro di imputazione e di responsabilità, che sia in grado di verificare la legittimità e logicità della decisione dettata dall'algorithm», ha fatto riferimento all'art. 22, par. 1 del GDPR, il quale regola, appunto, i processi decisionali automatizzati relativi alle persone fisiche¹⁵⁰.

Specifica, infatti, il Consiglio di Stato che «deve comunque esistere nel processo decisionale un contributo umano capace di controllare, validare ovvero smentire la decisione automatica. In

¹⁴⁴ A. MORETTI, *Algoritmi e diritti fondamentali della persona*, cit., 811.

¹⁴⁵ Pervengono a queste conclusioni, attraverso un'analisi della traduzione tedesca dell'art. 15, S. WACHTER, B. MITTELSTADT e L. FLORIDI, *Why a right to explanation of automated decision-making does not exist*, cit., 15

¹⁴⁶ Ove testualmente: «L'articolo 15, paragrafo 1, lettera h), afferma che il titolare del trattamento deve fornire all'interessato informazioni sulle conseguenze previste del trattamento, piuttosto che una spiegazione di una particolare decisione. Il considerando 63 chiarisce questo aspetto affermando che ogni interessato dovrebbe avere il diritto di accesso al fine di ottenere "comunicazioni" sul trattamento automatizzato dei dati, compresa la logica in questione e, almeno quando è basato sulla profilazione, sulle conseguenze del trattamento».

¹⁴⁷ Cfr. FLORIAN SCHMIDT-WUDY, *DSGVO Art. 15 Auskunftsrecht der betroffenen Person*, in H. A. WOLFF, S. BRINK (a cura di), *Datenschutz-Grundverordnung*, 2016, Commentario online.

¹⁴⁸ Ciò si può evincere anche da una ricostruzione complessiva. Vedi O. SESSO SARTI, *Profilazione e trattamento dei dati personali*, cit., 615 ss.

¹⁴⁹ S. WACHTER, B. MITTELSTADT, L. FLORIDI, *Why a right to explanation of automated decision-making does not exist*, cit., 27-30

¹⁵⁰ Approfonditamente P. SCHOLZ, *Artikel 22. Automatisierte Entscheidungen im Einzelfall einschließlich Profiling*, in S. SIMITIS, G. HORNING, I. SPIECKER, *Datenschutzrecht*, cit., 709 ss.

ambito matematico ed informativo il modello viene definito come *HITL (human in the loop)*, in cui, per produrre il suo risultato è necessario che la macchina interagisca con l'essere umano».

La regola posta dal primo paragrafo dell'art. 22 prevede, del resto, che l'interessato abbia «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». L'espressione, in realtà vaga, potrebbe dare origine a dubbi interpretativi rispetto al fatto che tale “diritto di non essere sottoposto” ad una decisione interamente automatizzata possa non essere configurato come un diritto di opposizione o un vero e proprio divieto¹⁵¹. Sul punto, però, prestano soccorso interpretativo le già citate Linee Guida del WP29, le quali chiariscono come si tratti di un vero e proprio divieto¹⁵².

Tale divieto si applica, però, soltanto allorché la decisione sia: 1) basata unicamente sul trattamento automatizzato e, dunque, non vi sia intervento umano; 2) idonea a produrre effetti giuridici o a incidere significativamente sulla persona dell'interessato. Tra queste ultime le Linee Guida del WP29 citano espressamente le «decisioni che negano a una persona un'opportunità di impiego o pongono tale persona in una posizione di notevole svantaggio», come nel caso in esame nella sentenza n. 8472/2019.

Vi sono, tuttavia, delle eccezioni che vengono fissate al secondo paragrafo dell'art. 22. Infatti, la disposizione di cui al par. 1 non si applica nei casi in cui la decisione sia: a) necessaria per concludere o eseguire un contratto, b) autorizzata dal diritto dell'Unione o di uno Stato membro o c) basata sul consenso dell'interessato. Nelle ipotesi di cui alle lett. a) e c), l'art. 22, par. 3 dispone che il titolare debba attuare «misure appropriate per tutelare i diritti, le libertà e i legittimi interessi dell'interessato, almeno il diritto di ottenere l'intervento umano da parte del titolare del trattamento, di esprimere la propria opinione e di contestare la decisione». Ciò non è, invece, previsto per quanto riguarda il caso di cui alla lett. b), rispetto al quale la norma non fa menzione della possibilità per l'interessato di esercitare il diritto a ottenere un intervento umano

¹⁵¹ Cfr. O. SESSO SARTI, *Profilazione e trattamento dei dati personali*, cit., 606-607; vedi anche S. WACHTER, B. MITTELSTADT, L. FLORIDI, *Why a right to explanation of automated decision-making does not exist*, cit., 37-39

¹⁵² “Nelle stesse è difatti evidenziato come la norma di cui all'art. 22 del Regolamento sia stata strutturata nel senso di: a) prevedere il divieto di processi decisionali individuali fondati unicamente su un trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che abbiano effetti giuridici o significativi sulla sfera personale; b) definire eccezioni a tale regola; c) richiamare le misure appropriate di salvaguardia per i diritti, le libertà e i legittimi interessi dell'interessato, almeno nei termini del diritto di quest'ultimo di ottenere l'intervento umano, esprimere la propria opinione e contestare la decisione”. Così sempre O. SESSO SARTI, *Profilazione e trattamento dei dati personali*, cit., 605.

nel trattamento automatizzato; questa scelta probabilmente si spiega per via della maggior garanzia offerta dall'autorizzazione legale alla decisione basata su trattamenti automatizzati.

Diversamente dal considerando 71, però, l'art. 22 non prevede espressamente un diritto ad ottenere «una spiegazione della decisione conseguita dopo tale valutazione». In effetti, colpisce la scelta del legislatore europeo di non includere, contrariamente a quanto proposto dal Parlamento Europeo in sede di lavori preparatori, questo inciso specifico relativo al *right to explanation*. Tuttavia, occorre notare, per un verso, che tale riferimento non sussisteva nel testo originario formulato dalla Commissione Europea e, per l'altro, che il Consiglio dell'Unione Europea ha provveduto definitivamente ad eliminare il *right to explanation* dal dettato dell'art. 22, per mantenerlo soltanto nel testo del considerando n. 71.

Questa discrepanza pone l'operatore del diritto dinanzi ad uno iato: il dritto “alla spiegazione” è riconosciuto nella parte non vincolante del Regolamento, ma non trova spazio nell'ambito delle disposizioni dell'art. 22. Ciò, logicamente, non può che condurre ad un'interpretazione *praeter legem*, della lettera di quest'ultimo articolo, benché in realtà, *strictu sensu*, non si stia andando al di là della previsione normativa intesa in senso ampio, in quanto, il considerando n. 71 fa comunque parte del testo normativo e, anzi, ne è una delle chiavi interpretative.

Ad ogni modo, tra i vari suggerimenti che la dottrina ha proposto al fine di garantire il *right to explanation*, il più plausibile sembra proprio l'interpretazione estensiva da parte della giurisprudenza dell'art. 22, par. 3¹⁵³. Essa, infatti, darebbe modo al giudice di recuperare l'intenzione originaria – e probabilmente più autentica – del legislatore europeo, che nel corso dell'iter di formazione del Regolamento è stata mitigata ed edulcorata.

Tutto sommato, si può affermare che con la sentenza n. 8472/2019 il Consiglio di Stato si è avvicinato a questo genere di soluzione, che si evince dalla struttura complessiva della decisione, benché il ragionamento complessivo non sia stato portato a compimento. E tuttavia, se il *right to explanation* fosse stato affermato nettamente dai giudici di Palazzo Spada, avrebbe permesso di dare una soluzione anche al dilemma della “conoscibilità” attraverso la “comprensibilità”, dotando i cittadini di uno strumento più robusto rispetto alla mera informazione sul funzionamento del sistema algoritmico che prende le decisioni.

Inoltre, è bene osservare che se è vero che il Consiglio di Stato ha posto l'accento sul fatto che il titolare del potere autoritativo, in questo caso anche titolare del trattamento, deve essere «individuato in base al principio di legalità», affermando la necessità di individuare ogni volta

¹⁵³ Questa potrebbe essere una soluzione secondo S. WACHTER, B. MITTELSTADT, L. FLORIDI, *Why a right to explanation of automated decision-making does not exist*, cit., 31, i quali propongono in alternativa o dei singoli interventi dei legislatori nazionali, o un'offerta volontaria di spiegazione da parte dei titolari del trattamento, o un'interpretazione estensiva delle garanzie di cui all'art. 15.

un centro di imputazione e di responsabilità in grado di verificare la legittimità e logicità della decisione dettata dall'algoritmo, non ha fatto alcuna menzione del fatto che, alla stregua della stessa disciplina sulla protezione dei dati personali, anche il trattamento deve essere effettuato in base ad una previsione di legge.

È necessario, infatti, tenere ben presente che nel sistema delineato dal Regolamento il consenso dell'interessato è solo una delle possibili condizioni di liceità del trattamento dei dati personali, a cui si accompagnano diverse alternative. L'art. 6 del GDPR pone, invero, sullo stesso piano una serie di condizioni¹⁵⁴, tra le quali è opportuno segnalare quelle di cui alla lett. c), alla stregua della quale «il trattamento è necessario per adempiere un obbligo legale al quale è soggetto il titolare del trattamento» e, soprattutto, alla lettera e), secondo cui «il trattamento è necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento». Queste ultime sono le principali condizioni di liceità per quanto riguarda i trattamenti effettuati in ambito pubblico e devono essere fondate, ai sensi del par. 3 dell'art. 6, sul diritto dell'Unione Europea o sul diritto dello Stato membro a cui è soggetto il titolare¹⁵⁵.

L'art. 6, par. 2 prevede, inoltre, che sia discrezione degli Stati membri mantenere o introdurre disposizioni più specifiche per adeguare l'applicazione del Regolamento relativamente al trattamento, per l'adempimento di obblighi legali o per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri, andando a determinare con più precisione eventuali requisiti specifici per il trattamento e altre misure atte a garantire la liceità e la

¹⁵⁴ In particolare, «a) l'interessato ha espresso il consenso al trattamento dei propri dati personali per una o più specifiche finalità; b) il trattamento è necessario all'esecuzione di un contratto di cui l'interessato è parte o all'esecuzione di misure precontrattuali adottate su richiesta dello stesso; c) il trattamento è necessario per adempiere un obbligo legale al quale è soggetto il titolare del trattamento; d) il trattamento è necessario per la salvaguardia degli interessi vitali dell'interessato o di un'altra persona fisica; e) il trattamento è necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento; f) il trattamento è necessario per il perseguimento del legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi, a condizione che non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato che richiedono la protezione dei dati personali, in particolare se l'interessato è un minore».

¹⁵⁵ «La finalità del trattamento è determinata in tale base giuridica o, per quanto riguarda il trattamento di cui al paragrafo 1, lettera e), è necessaria per l'esecuzione di un compito svolto nel pubblico interesse o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento. Tale base giuridica potrebbe contenere disposizioni specifiche per adeguare l'applicazione delle norme del presente regolamento, tra cui: le condizioni generali relative alla liceità del trattamento da parte del titolare del trattamento; le tipologie di dati oggetto del trattamento; gli interessati; i soggetti cui possono essere comunicati i dati personali e le finalità per cui sono comunicati; le limitazioni della finalità, i periodi di conservazione e le operazioni e procedure di trattamento, comprese le misure atte a garantire un trattamento lecito e corretto, quali quelle per altre specifiche situazioni di trattamento di cui al capo IX. Il diritto dell'Unione o degli Stati membri persegue un obiettivo di interesse pubblico ed è proporzionato all'obiettivo legittimo perseguito».

correttezza dello stesso.

Il legislatore italiano, con il d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101, per mezzo del quale ha modificato il Codice privacy del 2003 adeguandolo e armonizzandolo con la disciplina del GDPR ¹⁵⁶, ha introdotto l'art. 2-ter, relativo proprio alla base giuridica per il trattamento di dati personali effettuato per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri. Tale norma prevede che per effettuare tali trattamenti la base giuridica di diritto nazionale di cui all'art. 6, par. 3, lett. b) sia costituita «esclusivamente da una norma di legge o, nei casi previsti dalla legge, di regolamento». Ciò ovviamente vale anche per quanto concerne la diffusione e la comunicazione di dati personali, trattati per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri.

Alla luce della disciplina risultante da tali articoli, sembrerebbe opportuno ritenere che i processi di decisione automatizzata nell'ambito della pubblica amministrazione, fatte salve alcune eccezioni, debbano fondarsi su una norma di legge e, ove previsto dalla legge di regolamento. Infatti, se è vero che l'art. 22, par. 2, rinvia genericamente ad un'autorizzazione da parte del diritto dell'Unione o di uno Stato membro, dall'altra parte non si può, però, ignorare che per quanto riguarda i trattamenti effettuati per l'esecuzione di compiti di interessi pubblici o connessi all'esercizio di pubblici poteri vi sono dei limiti speciali. In particolare, da una lettura coordinata con l'art. 2-ter del Codice privacy novellato, sembrerebbe verosimile che l'utilizzo dell'AI nell'ambito dei procedimenti amministrativi debba trovare fondamento nella legge o, ove previsto dalla legge, in un regolamento.

Tale conclusione, come già anticipato, rappresenta un profilo ulteriore rispetto a quelli di legittimità sui quali la giustizia amministrativa ha avuto già modo di svolgere alcune riflessioni. Si tratta della tutela dei diritti fondamentali, la quale, in questo caso, richiede dei requisiti specifici al fine di garantire il massimo livello di protezione per la libertà e la dignità delle persone fisiche nell'ambito della società dell'informazione e dei dati¹⁵⁷.

¹⁵⁶ Sul codice riformato G. MULLAZZANI, *Il trattamento di dati personali effettuato per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri*, in G. FINOCCHIARO (a cura di), *La protezione dei dati personali in Italia. Regolamento UE 2016/679 e d.lgs. 11 agosto 2018, n. 101*, Bologna, 2019, 200 ss.

¹⁵⁷ Si tenga anche presente che alla stregua del par. 4 dell'art. 22: «Le decisioni di cui al paragrafo 2 non si basano sulle categorie particolari di dati personali di cui all'articolo 9, paragrafo 1, a meno che non sia d'applicazione l'articolo 9, paragrafo 2, lettere a) o g), e non siano in vigore misure adeguate a tutela dei diritti, della libertà e dei legittimi interessi dell'interessato». A riguardo, si segnala che anche il *Conseil Constitutionnel, Décision n. 2018-765 DC*, 12 giugno 2018, ha affermato che è vietato il ricorso esclusivo all'uso di un algoritmo se il trattamento riguarda uno dei dati sensibili di cui all'articolo 8, paragrafo I, della legge del 6 gennaio 1978, n. 17, richiedendo la garanzia, da parte del responsabile del trattamento dei dati, rispetto al controllo del trattamento algoritmico e delle sue evoluzioni al fine di poter spiegare alla persona interessata, in dettaglio e in forma intelligibile, come è stato realizzato il trattamento a suo riguardo. Sul punto vedi anche A. MORETTI, *Algoritmi e diritti fondamentali della persona*, cit., 812-813, il quale giustamente puntualizza che: «nel contesto dell'elaborazione automatica dei dati il confine tra dato personale comune e dato particolare può risultare estremamente labile. In questo senso, è necessario che venga svolta un'attenta riflessione su cosa debba essere inteso per dato particolare, non circoscrivendo la nozione

A tal proposito, non sembra potersi rinvenire un fondamento normativo in una legge né alcun rimando ad un regolamento per quanto riguarda l'impiego dell'algoritmo nella redazione della graduatoria da parte del MIUR. Infatti, la decisione di automatizzare l'adozione di un determinato provvedimento viene ricondotto alla potestà autorganizzativa dell'Amministrazione fondata sull'art. 97 della Costituzione¹⁵⁸ e che, addirittura, è stata inquadrata come «potere dell'amministrazione di autolimitarsi mediante parametri decisionali (che) consente di uniformare – in vista di una maggiore giustizia – l'applicazione del diritto¹⁵⁹». Ciò implica, tra l'altro, che, se da una parte la decisione amministrativa algoritmica può essere sempre sindacata dal giudice, la decisione dell'Amministrazione di ricorrere ad una procedura automatizzata per lo svolgimento dell'attività amministrativa non può in alcun modo essere sindacabile¹⁶⁰.

Occorre, dunque, domandarsi, alla luce della disciplina eurounitaria in materia di protezione dei dati personali e dei principi posti fin ora dalla giurisprudenza amministrativa relativamente alle decisioni algoritmiche, se la decisione di impiegare tecnologie di intelligenza artificiale nel procedimento amministrativo possa continuare ad essere una scelta discrezionale della Pubblica Amministrazione o non debba, piuttosto, considerarsi arbitraria, considerando la carenza sia di una garanzia *ex ante*, cioè il richiesto presupposto normativo per il trattamento automatizzato dei dati degli interessati per compiti di interesse pubblico o connessi all'esercizio di un pubblico potere, sia di una garanzia *ex post*, individuabile nel potere del giudice amministrativo di verificarne la conformità ai criteri di proporzionalità e di trasparenza, nonché ai principi di limitazione delle finalità, minimizzazione dei dati e, soprattutto, di *accountability*

Del resto, osservando il caso in questione attraverso la lente della disciplina europea della protezione dei dati personali e della sua applicazione in Italia, apparrebbe necessario domandarsi, preliminarmente, se il trattamento dei dati effettuato dal *software* dell'HP avesse potuto essere considerabile interamente automatizzato e, in caso affermativo, dove rinvenire il

ai soli dati direttamente rivelatori di informazioni sensibili, ma cercando di ricomprendere tutte quelle ipotesi in cui simili informazioni siano prodotte dall'elaborazione e dall'interoperabilità di dati personali comuni».

¹⁵⁸ Così L. VIOLA, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell'arte*, cit., 9, il quale riporta in nota una giurisprudenza la quale ha affermato che «il giudice amministrativo non ha il potere di valutare la validità delle scelte operate dall'amministrazione, in relazione ai programmi applicativi ed alle macchine utilizzate, quando la parte interessata non abbia addotto o provato che le lamentate carenze del sistema di conduzione del concorso e di correzione delle prove avevano avuto specifiche conseguenze pregiudizievoli nell'espletamento delle prove o nella loro valutazione» (Cons. Stato, sez. VI, 24 ottobre 2000, n. 568, Cons. Stato, sez. IV, 23 novembre 1994, n. 1687).

¹⁵⁹ A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, cit., 55

¹⁶⁰ A.G. OROFINO, *La patologia dell'atto amministrativo elettronico: sindacato giurisdizionale e strumenti di tutela*, cit.; concorde anche F. SAIITA, *Le patologie dell'atto amministrativo elettronico e il sindacato del giudice amministrativo*, cit., 24.

presupposto giuridico (norma di legge o di regolamento) in base al quale il MIUR ha disposto l'utilizzo di un algoritmo per la redazione della graduatoria. In tale ipotesi, si sarebbe dovuto constatare la violazione da parte del Ministero del diritto dell'interessato a non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato previsto dall'art. 22 del GDPR, in quanto non esiste una norma del diritto nazionale che abbia autorizzato tale pratica decisoria. Nel caso in cui, invece, il trattamento fosse stato solo semi-automatizzato, come può probabilmente essere inteso il caso di specie, in cui la macchina non ha formulato una previsione al fine di prendere una decisione, ma si è soltanto limitata ad elaborare i dati, si sarebbero potuti avanzare comunque dei dubbi sia rispetto al presupposto giuridico di questo tipo di trattamento, il quale deve trovare fondamento nell'esecuzione di compiti di interesse pubblico o connessi all'esercizio di pubblici poteri (che deve essere fissato dalla legge o, ove previsto dalla legge, da regolamento)¹⁶¹ sia rispetto all'osservanza delle altre garanzie previste dal GDPR.

Tuttavia, si deve tener presente che i fatti da cui ha tratto origine questa vicenda giuridica risultano essere precedenti alla piena applicabilità del Regolamento UE 2016/679, a cui si è addivenuti solo il 25 maggio 2018, e della riforma del Codice privacy occorsa con il d.lgs. n. 101/2018, che è divenuta efficace solo a settembre 2018, e, quindi, l'utilizzo da parte del Ministero del *software* dell'HP rientrava ancora nella disciplina della precedente versione del Codice. La disciplina dei trattamenti in ambito pubblico delineati da questa era differente, in quanto si basava sulla natura di "soggetto pubblico" del titolare del trattamento, piuttosto che sulle "finalità pubbliche" del trattamento come invece è previsto in costanza dell'attuale quadro normativo. Ai trattamenti effettuati dai soggetti pubblici era dedicato il Capo II del Titolo III del Codice, il quale dettava una serie di norme, che solo in parte sono state riprese dalla versione novellata del d.lgs. n. 196/2003, in quanto il GDPR ha generato la necessità di un nuovo tipo di approccio alla materia.

Difatti, in passato un soggetto pubblico poteva trattare i c.d. dati comuni anche in assenza di una disposizione di legge o di regolamento che prevedesse la finalità dell'operazione di trattamento, a patto che quest'ultimo avvenisse per lo svolgimento delle funzioni istituzionali. Oggi, invece, come si è avuto modo di osservare, i vincoli sono certamente più stringenti, soprattutto se si utilizzano le tecnologie algoritmiche. Ciononostante, non si può evidenziare un cambio di

¹⁶¹ In ogni caso, sul punto è critico A. MORETTI, *Algoritmi e diritti fondamentali della persona*, cit., 807, il quale pone dei dubbi riguardo a «quale sia stata la ragione che ha condotto il legislatore a circoscrivere le suddette garanzie ai soli casi di processi decisionali interamente automatizzati, escludendo dalla previsione le ulteriori ipotesi in cui ci si avvale di algoritmi per giungere ad una decisione, perdendo dunque l'occasione di estendere anche a quest'ultime un più alto livello di garanzia». Vedi anche S. WACHTER, B. MITTELSTADT, L. FLORIDI, *Why a right to explanation of automated decision-making doesn't exist*, cit.

prospettiva così significativo rispetto a questo aspetto, dal momento che, in ogni caso, anche le finalità istituzionali di cui alla precedente disciplina trovavano la loro origine in atti normativi. La novità rispetto al passato è invece rappresentata dalla precisazione delle “misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato”, previste dall'art. 22, par. 2, lett. b) del GDPR, sempre secondo l'approccio *risk based* e guidato dal principio di *accountability* che permea tutta la disciplina europea in materia di protezione dei dati personali: la legge può sì autorizzare determinate decisioni fondate su elaborazioni interamente automatizzate, ma deve approntare le misure più idonee ad evitare un pregiudizio per i soggetti coinvolti da tali decisioni.

Pertanto, è bene evidenziare che nell'esaminare i casi di decisioni automatizzate effettuate in ambito pubblico avvenute in costanza GDPR non si può fare a meno di tenere in considerazione tutte le restrizioni e le cautele da osservare derivanti dalla nuova disciplina della materia. Si tratta di un traguardo di civiltà giuridica, faticosamente raggiunto dall'Unione Europea, che richiede sì degli sforzi alle amministrazioni e alle giurisdizioni nazionali, ma i cui effetti benefici per i diritti dei cittadini, per il mercato e per il funzionamento delle istituzioni saranno evidenti una volta che il sistema intero funzionerà a regime.

6. Importanti aspetti relativi alla protezione dei dati personali da considerare in materia di decisioni algoritmiche

6.1 Qualità dei dati

Un aspetto sul quale è necessario fare maggiore chiarezza è quello relativo alla qualità dei dati impiegati dalla Pubblica Amministrazione nell'ambito delle decisioni algoritmiche¹⁶². Infatti, errori o distorsioni nei dati producono effetti sul modello decisionale finale e lo sviluppo di un sistema decisionale algoritmico affidabile richiede, quindi, una base di dati qualitativamente validi¹⁶³.

Nella sentenza n. 8472/2019 il Consiglio di Stato, facendo riferimento al considerando 71, ha osservato che «occorrerebbe rettificare i dati in “ingresso” per evitare effetti discriminatori nell'*output* decisionale; operazione questa che richiede evidentemente la necessaria

¹⁶² Sul profilo della qualità dei dati insiste anche il Garante per la protezione dei dati personali nel provvedimento sul c.d. “Redditometro”. Cfr. provv. n. 515/2013, [doc. web n. 2765110].

¹⁶³ Cfr. J. STEVENS, *Datenqualität bei algorithmischen Entscheidungen*, in *Computer und Recht*, 2020, 73

cooperazione di chi istruisce le macchine che producono tali decisioni».

Nondimeno, è bene ricordare che la «correttezza formale non equivale a obiettività o imparzialità», le quali sono doti che l'AI ancora non possiede, ma che potrebbe, appunto, sviluppare se l'uomo «accompagnerà le macchine a questo genere di consapevolezza comportamentale, intervenendo proprio sulla qualità dei dati»¹⁶⁴. Il ricorso agli algoritmi, quindi, non garantisce *ex se* l'imparzialità della decisione, né necessariamente la sua efficienza. Infatti, come si è avuto modo di vedere, la giurisprudenza amministrativa si è pronunciata su casi in cui vi è stato un malfunzionamento dell'algoritmo e tale inefficienza è probabilmente stata causata da «da dati di bassa qualità o da processi mal congegnati, piuttosto che da cause attribuibili a comportamenti della persona»¹⁶⁵.

Occorre, dunque, individuare un modo per garantire che i procedimenti seguiti dall'algoritmo vengano messi a punto correttamente e, soprattutto, che i dati utilizzati nell'elaborazione siano il più possibile di buona qualità. In proposito, si deve notare come, in altre discipline, esista già un'ampia ricerca sulla valutazione e sulla garanzia della qualità dei dati e siano già stati approntati diversi quadri tecnici per valutare la qualità dei dati e delle informazioni¹⁶⁶. Vi sono, del resto, anche degli standard tecnici fissati dalle ISO 8000 per la valutazione della qualità dei dati e la gestione della qualità dei dati¹⁶⁷. Anche riguardo alla qualità dei dati, dunque, la tendenza potrebbe rivelarsi quella di un progresso verso una situazione in cui sempre maggiore importanza viene conferita alle regole tecniche, secondo le logiche del «diritto capovolto»¹⁶⁸.

Tuttavia, la giurisprudenza può dare un contributo molto importante, soprattutto allorché la qualità dei dati da utilizzare diventi determinante per orientare la decisione amministrativa algoritmica. Si potrebbe, ad esempio, teorizzare la sussistenza di un eccesso di potere per difetto di istruttoria ex art. 6 della l. n. 241/1990 ogni qual volta si appuri che i dati utilizzati siano di bassa qualità. O, addirittura, si potrebbe rilevare una violazione di legge.

Benché la disciplina europea in materia di dati personali non si occupi direttamente del problema della qualità dei dati, l'art. 5 del GDPR enuncia, comunque, il principio di esattezza dei dati personali, alla stregua del quale essi devono essere «esatti e, se necessario, aggiornati; devono essere adottate tutte le misure ragionevoli per cancellare o rettificare tempestivamente i dati inesatti rispetto alle finalità per le quali sono trattati». L'importanza di questo principio in materia di decisioni automatizzate è vitale, dal momento che dati «viziati all'origine» possono

¹⁶⁴ G. D'ACQUISTO, *Qualità dei dati e Intelligenza Artificiale: intelligenza dai dati e intelligenza dei dati*, cit., 267

¹⁶⁵ Cfr. G. D'ACQUISTO, *Qualità dei dati e Intelligenza Artificiale: intelligenza dai dati e intelligenza dei dati*, cit., 287

¹⁶⁶ H. ZHU, E. MADNICK, Y. W. LEE, R. Y. WANG, *Data and Information Quality Research* in H. TUCKER, T. GONZALEZ, A. TOPI, *Computing handbook*, 2014.

¹⁶⁷ Vedi *amplius* J. STEVENS, *Datenqualität bei algorithmischen Entscheidungen*, cit., 77-78.

¹⁶⁸ A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli, 2018.

provocare previsioni errate relativamente ad «aspetti significativi della vita delle persone»¹⁶⁹ e conseguentemente decisioni inadeguate o del tutto incongrue.

Ad ogni modo, anche con riferimento alla qualità dei dati resta aperta la questione di come comunicare le informazioni pertinenti alle persone interessate per consentire loro di effettuare una valutazione ponderata delle decisioni algoritmiche, atteso come la complessità della materia e gli interessi in gioco meritevoli di tutela creano notevoli difficoltà in questo senso. Una possibilità per favorirne l'accettazione potrebbe essere l'adozione di un sistema di certificazione, come previsto anche dagli artt. 42 e 43 del GDPR¹⁷⁰.

6.2 Tutela della proprietà industriale e comprensibilità della decisione algoritmica

Come già visto, le decisioni amministrative algoritmiche devono essere accessibili e comprensibili. Tale principio, del resto, oltre che dalla giurisprudenza amministrativa italiana, è stato posto anche del *Conseil constitutionnel* francese, il quale ha affermato l'obbligo in capo al *responsable du traitement* di assicurarsi che l'elaborazione algoritmica e i suoi sviluppi siano sotto controllo in modo da poter spiegare in modo dettagliato e in forma intelligibile all'interessato come il trattamento sia stato effettuato nei suoi confronti, in modo che gli algoritmi suscettibili di rivedere le regole che essi stessi applicano non possano essere utilizzati come base esclusiva per una decisione amministrativa individuale senza il controllo e la convalida del controllore¹⁷¹.

Anche il Consiglio di Stato si era, in realtà già espresso a favore dell'intellegibilità della motivazione degli algoritmi decisionali. Ma essa, concretamente, non può essere facilmente garantita, dando origine ad una sorta di problema senza uscite. Infatti, l'Amministrazione è sì tenuta a dare «informazioni significative sulla logica» utilizzata, ma obbligo «nei casi di algoritmi non deterministici [...] non è strutturalmente assolvibile»¹⁷².

Si deve, altresì, osservare che, alla luce del considerando 63, il diritto di accesso di cui all'art. 15 «non dovrebbe ledere i diritti e le libertà altrui, compreso il segreto industriale e aziendale e la proprietà intellettuale, segnatamente i diritti d'autore che tutelano il software». Nonostante

¹⁶⁹ Sul punto, O. SESSO SARTI, *Profilazione e trattamento dei dati personali*, cit., 591, conformemente alle *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679* del WP29 (ora EDPB).

¹⁷⁰ In questo senso J. STEVENS, *Datenqualität bei algorithmischen Entscheidungen*, cit., 79.

¹⁷¹ Cfr. *Conseil constitutionnel*, *Décision n. 2018-765 DC*, 12 giugno 2018.

¹⁷² A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, cit.

ciò, lo stesso considerando specifica che, comunque, ciò non dovrebbe «condurre a un diniego a fornire all'interessato tutte le informazioni».

Eppure, rispetto alla scelta netta della giurisprudenza amministrativa in materia di accessibilità, la quale fa prevalere senza mezzi termini il principio di trasparenza sui diritti di proprietà intellettuale delle imprese produttrici di *software*, le quali ponendosi al servizio dell'autorità pubblica «all'evidenza ne accettano le relative conseguenze in termini di necessaria trasparenza», si potrebbe provare a formulare una soluzione alternativa meno compressiva dei *trade secret* delle imprese.

Ciò in quanto l'applicazione del principio di trasparenza all'algoritmo cela in sé un paradosso, atteso che se è vero che «aprire le macchine e rimuovere ogni opacità [...] sul modo in cui queste operano riporta naturalmente l'uomo in una posizione di comando», è pur vero dall'altra parte che le macchine sono progettate da soggetti che intendono sfruttare l'asimmetria informativa, in quanto «dall'iniziale opacità intendono trarre un vantaggio economico o di potenza dal loro impiego»¹⁷³. In costanza di un principio di “pubblicità” dell'algoritmo non vi sarebbe, dunque, un beneficio economico considerevole nel progettare algoritmi per la Pubblica Amministrazione e la qualità dei *software* progettati non sarebbe incentivata ad uno sviluppo tecnico, in quanto in contrasto con gli interessi economici delle imprese.

Si profilano, così, due differenti soluzioni per uscire dall'*impasse*: o l'Amministrazione deve diventare in grado di produrre da sé gli algoritmi da utilizzare nei processi decisionali, sviluppando competenze tecnologiche proprie e rinforzando i dipartimenti e l'organico dei dipendenti che si occupano di informatica; oppure – considerando il fatto che procedimento algoritmico, in quanto procedimento amministrativo, deve essere accessibile e contestabile – di deve ricorrere ad una soluzione mediana che permetta di spiegare il processo seguito dalla macchina (la mera “logica” del trattamento) senza svelarne i segreti.

Quest'ultima opzione, in realtà, consentirebbe di venire a capo di vari problemi che sono emersi rispetto all'impiego degli algoritmi nelle decisioni amministrative, in quanto oltre a mantenere riservati i segreti industriali dei produttori di tecnologie, permetterebbe di dare una spiegazione alle “inspiegabili” decisioni della *black box*, nonché di chiarire in modo semplice e diretto agli interessati il perché delle decisioni che li riguardano, dando loro la possibilità di contestarle e impugnarle. Si segnalano in tal senso alcuni metodi di “spiegazione”, attraverso i quali accrescere la possibilità di interpretare le singole decisioni prese sulla base dei sistemi di *machine learning*, come il c.d. LIME (*Local Interpretable Model-Agnostic Explanations*), con

¹⁷³ Evidenza il paradosso, insieme la paradosso della “reversibilità” e quello della “responsabilità” G. D'ACQUISTO, *Qualità dei dati e Intelligenza Artificiale: intelligenza dai dati e intelligenza dei dati*, cit., 290.

le sue varianti SPLIME, DLIME o LEAFAGE, in base al quale possono essere evidenziati i fattori principali del processo decisionale originario¹⁷⁴.

Un'altra metodologia potrebbe essere l'adozione di "prove controfattuali" al fine di dare una spiegazione della decisione, senza però entrare nel merito del funzionamento dell'algoritmo¹⁷⁵.

Di solito, infatti, si intende la *explanation* come la capacità di capire lo stato interno o la logica di un algoritmo che conduce ad una determinata decisione, mentre invece una spiegazione controfattuale riguarda i fatti esterni che portano alla decisione¹⁷⁶. Data la considerevole complessità del funzionamento degli algoritmi, che alle volte consiste di milioni di variabili, non è facile spiegare il perché di una decisione assunta dalla macchina, né comprenderne la logica interna, contestarla o individuare le responsabilità. Pertanto, un approccio *end-to-end* potrebbe essere più funzionale: se si "restringe", infatti, la spiegazione, fornendo un minimo di informazioni relative alla capacità di orientare la decisione, senza dunque richiedere che gli interessati del trattamento comprendano la logica interna del modello, si può mostrare come una determinata decisione sia basata su determinati dati¹⁷⁷.

Ad esempio, in un contesto di algoritmi che concedano prestiti bancari, una spiegazione controfattuale potrebbe essere la seguente: «il mutuo ti è stato negato perché il tuo reddito annuo è di 30.000 €; se, invece, il tuo reddito fosse stato di 45000 €, la banca avrebbe potuto offrirti un mutuo»¹⁷⁸. Come si può notare, la spiegazione non chiarisce la complessa logica utilizzata dalla banca per stabilire a partire da quale soglia di reddito concedere il prestito, ma si limita a dare una spiegazione relativamente al livello di reddito che il soggetto avrebbe dovuto raggiungere al fine di ricevere il mutuo.

¹⁷⁴ M. BRKAN, G. BONNET, *Legal and Technical Feasibility of the GDPR's Quest for Explanation of Algorithmic Decisions: of Black Boxes, White Boxes and Fata Morganas*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2020, 34-35

¹⁷⁵ Sulla spiegazione controfattuale vedi S. WACHTER, B. MITTELSTAND, C. RUSSELL, *Counterfactual Explanations Without Opening the Black Box: Automated Decisions and the GDPR*, in *Harvard Journal of Law & Technology*, reperibile in https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3063289.

¹⁷⁶ Cfr. M. BRKAN, G. BONNET, *Legal and Technical Feasibility of the GDPR's Quest for Explanation of Algorithmic Decisions: of Black Boxes, White Boxes and Fata Morganas*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2020, 35: «From a computational point of view, apart from fixing a desired output, known black-box algorithms to compute counter-factual explanations consist in probing the inputs. For instance, the Growing Sphere method samples the inputs around the input for which a counterfactual explanation must be computed, while Wachter et al. sample the inputs with an optimisation procedure that allow to find a counterfactual explanation which minimises the difference with the input to be explained»; il rinvio è sempre a S. WACHTER, B. MITTELSTAND, C. RUSSELL, *Counterfactual Explanations Without Opening the Black Box: Automated Decisions and the GDPR*, cit.

¹⁷⁷ WACHTER, B. MITTELSTAND, C. RUSSELL, *Counterfactual Explanations Without Opening the Black Box: Automated Decisions and the GDPR*, cit., *passim*.

¹⁷⁸ L'esempio è mutuato da quello proposto da S. WACHTER, B. MITTELSTAND, C. RUSSELL, *Counterfactual Explanations Without Opening the Black Box: Automated Decisions and the GDPR*, cit., 5, i quali ne ripropongono altri, 11-12.

Tale potrebbe essere, *mutatis mutandis*, una soluzione per rendere accessibili e, soprattutto, comprensibili anche le decisioni della Pubblica Amministrazione, senza svelare i “segreti” delle macchine¹⁷⁹.

6.3 Altre garanzie previste dal Regolamento n. 2016/679

Peraltro, anche con riferimento all'utilizzo degli algoritmi nell'attività amministrativa, è bene tener presente che vi sono delle ulteriori garanzie previste dal Regolamento UE n. 2016/679. Il Consiglio di Stato, infatti, avrebbe potuto avvalersi di una serie di istituti predisposti dal GDPR al fine di assicurare la correttezza dei trattamenti di dati personali e la tutela dei soggetti interessati.

Proprio al fine di evitare delle eventuali “fallacie della trasparenza” che potrebbero verificarsi, è stato proposto di fare un uso “pieno” del Regolamento al fine di controllare gli algoritmi¹⁸⁰. In particolare, in materia di decisioni basate su procedimenti interamente automatizzati vengono in evidenza anche l'art. 17 del GDPR, concernente il diritto alla cancellazione dei dati (o “diritto all'oblio”)¹⁸¹ e l'art. 20, relativo al diritto alla portabilità dei dati. Inoltre, va considerato che anche per quanto riguarda la progettazione dei trattamenti si devono tenere presenti gli aspetti legati alla salvaguardia della privacy. In effetti, proprio lo sviluppo delle cd. PETs (*Privacy Enhancing Technologies*) rappresenta uno degli approcci considerati più promettenti al fine di “riprogrammare” la privacy, in forza dello sviluppo delle nuove tecnologie: operazione nell'ambito della quale il Regolamento n. 2016/679 rappresenta la fonte normativa più avanzata¹⁸².

Il GDPR pone, infatti, delle specifiche regole al fine di garantire la *privacy by design* e la

¹⁷⁹ Sempre S. WACHTER, B. MITTELSTAND, C. RUSSELL, *Counterfactual Explanations Without Opening the Black Box: Automated Decisions and the GDPR*, cit., 12 precisa che: «A single counterfactual may show how a decision is based on certain data that is both correct and unable to be altered by the data subject before future decisions, even if other data exist that could be amended for a favourable outcome. This problem could be resolved by offering multiple diverse counterfactual explanations to the data subject».

¹⁸⁰ Approfondisce la questione L. EDWARDS, M. VEALE, *Slave to the algorithm? Why a right to an explanation is probably not the remedy you are looking for*, in *16 Duke Law & Technology Review*, 2017, *passim*.

¹⁸¹ Sul diritto all'oblio sia consentito rimandare a F. LAVIOLA, *Il diritto all'oblio in Italia dalle origini alla “codificazione”*, in *Studi parlamentari e politica costituzionale*, 2018.

¹⁸² U. GASSER, *Recoding privacy law: reflections on the future relationship among law, technology, and privacy*, in *Harvard Law Review*, volume 130, 2016, 65, che così continua: «Originally focused on identity protection and technical means to minimize data collection and processing without losing a system's functionality, the scope of PETs and the available instruments have broadened over time to include encryption tools, privacy-preserving analysis techniques, data management tools, and other techniques covering the entire lifecycle of personal data. Starting in the 1990s, PETs as one instrument in the toolbox were put into a larger context by the introduction of Privacy by Design as a “systematic approach to designing any technology that embeds privacy into the underlying specification or architecture.” Still remaining a somewhat amorphous approach, Privacy by Design as an umbrella philosophy (as well as certain types of PETs) promotes a means to manage privacy challenges resulting from a wide range of emerging technologies, and has been adopted by law and policymakers on both sides of the Atlantic, with the EU General Data Protection Regulation among the most prominent example».

privacy by default. L'art. 25, infatti, stabilisce che «tenendo conto dello stato dell'arte e dei costi di attuazione, nonché della natura, dell'ambito di applicazione, del contesto e delle finalità del trattamento, come anche dei rischi aventi probabilità e gravità diverse per i diritti e le libertà delle persone fisiche costituiti dal trattamento», il titolare del trattamento deve mettere in atto delle misure tecniche e organizzative che siano adeguate, rivolte ad attuare in modo efficace i principi di protezione dei dati e ad integrare nel trattamento le necessarie garanzie al fine di soddisfare i requisiti del presente regolamento e tutelare i diritti degli interessati, «sia al momento di determinare i mezzi del trattamento sia all'atto del trattamento stesso». Tra queste misure sono citate espressamente la pseudonimizzazione e la minimizzazione dei trattamenti. Il par. 2 dell'art. 25 prevede altresì che il titolare predisponga anche le misure tecniche e organizzative adeguate per «garantire che siano trattati, per impostazione predefinita, solo i dati personali necessari per ogni specifica finalità del trattamento», specificando che «tale obbligo vale per la quantità dei dati personali raccolti, la portata del trattamento, il periodo di conservazione e l'accessibilità» e, in particolare, che tali misure «garantiscono che, per impostazione predefinita, non siano resi accessibili dati personali a un numero indefinito di persone fisiche senza l'intervento della persona fisica».

Ancora, si tenga presente che, alla stregua dell'art. 35 del GDPR, «quando un tipo di trattamento, allorché prevede in particolare l'uso di nuove tecnologie, considerati la natura, l'oggetto, il contesto e le finalità del trattamento, può presentare un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone fisiche», il titolare del trattamento deve effettuare una valutazione di impatto dei trattamenti previsti sulla protezione dei dati personali (*Data Protection Impact Assessment*, c.d. DPIA). Tale valutazione è espressamente richiesta dalla norma, qualora «una valutazione sistematica e globale di aspetti personali relativi a persone fisiche, basata su un trattamento automatizzato, compresa la profilazione, e sulla quale si fondano decisioni che hanno effetti giuridici o incidono in modo analogo significativamente su dette persone fisiche», ai sensi del par.2, lett. a) dell'art. 35.

Al dettato dell'art. 35 è legata, inoltre, la disciplina di cui agli artt. 37 e seguenti. Infatti, la norma sulla valutazione d'impatto prevede, altresì, che il titolare del trattamento, allorquando svolga una valutazione d'impatto sulla protezione dei dati, si consulti con il responsabile della protezione dei dati, qualora ne sia designato uno.

Con particolare riferimento ai trattamenti in ambito pubblico, è bene, del resto, notare che l'art.

37 del GDPR stabilisce l'obbligo di designare un Responsabile della protezione dei dati (meglio noto come *Data Protection Officer*, abbreviato in DPO) ogniqualvolta «il trattamento è effettuato da un'autorità pubblica o da un organismo pubblico, eccettuate le autorità giurisdizionali quando esercitano le loro funzioni giurisdizionali». È al DPO che gli interessati possono rivolgersi per richiedere informazioni sui trattamenti dati che li riguardano e, infatti, i suoi dati di contatto devono essere pubblicati da parte del titolare del trattamento e inclusi nell'informativa.

Infine, si tenga presente che, sia per dimostrare la conformità ai requisiti di *privacy by design* e alla *privacy by default* che, più in generale, con riferimento a una serie di altri aspetti, si può far ricorso alle certificazioni di cui agli artt.42 e 43 del GDPR. Esse, tuttavia, non riducono «la responsabilità del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento riguardo alla conformità al presente regolamento e lascia impregiudicati i compiti e i poteri delle autorità di controllo competenti», nel quadro di un più ampio principio di *accountability* che permea tutta la disciplina europea in materia di protezione dei dati personali.

7. Conclusioni

La parola *computer* indicava, in origine, una persona preposta a svolgere dei calcoli. Alla fine del XIX secolo il *Civil Service* degli Stati Uniti reclutava dei funzionari che svolgessero le mansioni di *computer*, i quali dimostrassero competenze non solo in algebra, geometria, calcolo logaritmico e trigonometrico, ma anche in ortografia, scrittura, ricopiatura e composizione di lettere¹⁸³. Oggi, invece, la situazione sembra essere rovesciata: le Amministrazioni reclutano *computer* sempre più in grado di svolgere talune mansioni proprie dei funzionari pubblici.

Pertanto, non si può che concludere rimarcando il radicale cambiamento di prospettiva rispetto al problema della “macchina dello Stato”. Se per secoli, infatti, in virtù della complessità della organizzazione statale, dei suoi processi e dei suoi “ingranaggi”, si è utilizzata questa metafora in maniera talvolta quasi spontanea, oggi, al contrario, la questione deve essere letta in maniera invertita: è la macchina, grazie alle possibilità dischiuse dalle nuove tecnologie, che può, in un certo senso, trasformarsi nello Stato.

Si tenga presente, a riguardo, che l'idea di Mondo, di Uomo e di Stato come “macchina” sono dei concetti che risalgono al pensiero filosofico “moderno”¹⁸⁴, le quali hanno, però, implicazioni

¹⁸³ Riporta la vicenda L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione*, cit.,105-106.

¹⁸⁴ Sul punto, si veda G. P. BASILE, *Kant et la machine comme métaphore du monde, de l'homme et de l'État*, in P. JESUS, E. LEFORT, M. LEQUAN, D. SARDINHA, *Kant et l'humain. Géographie, psychologie, anthropologie. Atti del 13simo Congresso internazionale della Société d'études kantiennees de langue française*, Parigi, 2020, *passim*. In particolare, il concetto del Mondo come macchina è riferibile al pensiero di Keplero, Cartesio, Newton, nonché di

influenti ancora oggi, soprattutto per quanto concerne le tendenze deterministiche e meccanicistiche sottese a determinati filoni di pensiero. Non si può, del resto, ignorare come anche agli albori dell'Amministrazione italiana vi sia stata una tendenza ad inquadrare, almeno idealmente, il funzionario pubblico come "macchina", soprattutto nel contesto dei governi dell'Italia preunitaria, nell'ambito dei quali «si poneva cura a porre negli uffici uomini servili che dividessero le tendenze liberticide dei governanti», dal momento che «si cercavano e si preferivano delle *macchine*, e degli ipocriti, anziché degli uomini franchi, onesti, che sentissero alto il senso della dignità personale»¹⁸⁵. Eppure, già Immanuel Kant aveva sostenuto che l'uomo è «più che una macchina», affermando, invece, l'esistenza di un concetto di libertà trascendentale, scevro da «automatismi spirituali»¹⁸⁶. Ed è proprio attraverso le lenti di tale concetto che occorre rileggere i rapporti tra uomo e macchina, nell'epoca in cui è la macchina che gradualmente si sta "umanizzando", in particolare, per quanto attiene all'utilizzo dell'AI nella Pubblica amministrazione.

Come si è avuto modo di osservare nelle pagine precedenti, le norme in materia di protezione dei dati personali possono creare delle relazioni più strette e leali tra l'intelligenza umana e l'intelligenza artificiale, riducendo in qualche modo l'attrito creato dalle nuove e crescenti possibilità messe a disposizione dal progresso tecnologico¹⁸⁷. In particolare, con riguardo alla Pubblica amministrazione, si è dimostrato che le disposizioni del GDPR comportano non solo un beneficio per i diritti fondamentali della persona, ma anche per la qualità dell'azione amministrativa. La sentenza n. 8472/2019 del Consiglio di Stato, in ragione di ciò, può essere letta come un lungimirante primo passo verso una riflessione più ampia rispetto all'impiego degli algoritmi nell'Amministrazione, il quale sarà un fenomeno sempre più diffuso e, soprattutto, sempre più complesso negli anni a venire.

Tuttavia, vi è forse qualche aspetto ulteriore da tener presente, sia sotto il profilo dei valori costituzionali, sia sotto quello pratico-amministrativo, che dal punto di vista filosofico. Pertanto,

Leibniz e di Wolff; l'idea di Uomo come macchina sempre a Cartesio e a Leibniz; mentre la metafora di Stato come macchina risale al pensiero hobbesiano, così come rilevato anche da C. SCHMITT, *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes. Sinn und Fehlschlag, eines politischen Symbols* (1938), Köln, 1982, 54.

¹⁸⁵ Testualmente L. CARPI, *L'Italia vivente. Aristocrazia di nascita e del danaro. Borghesia. Clero. Burocrazia. Studi sociali*, Milano, 1878, 475. Il passo è riportato anche in G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana*, Bologna, 1996, 15, il quale, successivamente, evidenzia a p.27, come anche l'Amministrazione fosse concepita come una macchina, al fine di un'esecuzione meccanica delle direttive politiche.

¹⁸⁶ G. P. BASILE, *Kant et la machine comme métaphore du monde, de l'homme et de l'État*, cit., 49-50.

¹⁸⁷ Cfr. C. TABARRINI, *Comprendere la "Big Mind": il GDPR sana il divario di intellegibilità uomo-macchina?*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2019, 555 ss.

si propongono in conclusione tre osservazioni, attraverso cui tratteggiare degli spunti per rileggere il sempre più simbiotico rapporto tra uomo e macchina.

In primo luogo, occorre notare che si rende sempre più necessario sviluppare una “Algor-etica”, affinché l’azione dell’Intelligenza artificiale sia *human-centered*¹⁸⁸. A riguardo, si tenga presente che per quanto riguarda le decisioni automatizzate sono già state avanzate proposte per l’introduzione di una valutazione di impatto privacy, etico e sociale (*Privacy, Ethical and Social Impact Assessment*, cd. PESIA) che garantisca un’analisi preventiva delle eventuali conseguenze etiche e sociali di determinati processi¹⁸⁹. Tale valutazione dovrebbe prendere in considerazione i valori etici e sociali comuni, «identificabili in modo pacifico nei valori affermati all’interno delle Carte internazionali a tutela dei diritti e delle libertà fondamentali della persona», ma soprattutto dovrebbe operare anche su un piano concreto, inquadrando i valori della comunità ed esaminando quelli coinvolti nel caso specifico. Ciò, chiaramente, implica che non venga in rilievo soltanto il singolo individuo, ma che si debba considerare l’intero gruppo sociale di appartenenza, in un’ottica in cui venga valorizzata la *group privacy*¹⁹⁰. Si tenga, comunque, presente che quest’interpretazione *human-centered* è perfettamente coerente con l’impianto della Costituzione italiana, in forza di quello stesso principio personalistico di cui all’art. 2 Cost.¹⁹¹, che rappresenta l’architrave del sistema costituzionale italiano, incentrato sulla «preesistenza sostanziale della persona umana (intesa nella completezza dei suoi valori e dei suoi bisogni non solo materiali ma anche spirituali) rispetto allo Stato e la destinazione di questo al servizio di quella»¹⁹², nonché sulla pari dignità sociale di tutti, enunciata all’art. 3 Cost. Tale idea di persona, alla luce dell’evoluzione causata dagli eventi del XX secolo, ha subito una trasformazione «talmente radicale da sganciarsi dalla sua

¹⁸⁸ I principi a cui si fa riferimento si basano su P. BENANTI, *Le macchine sapienti*, cit., il quale, a pp. 113 ss., propone un modello di “cooperazione” tra l’uomo e la macchina basato sulla cognizione sintetica (homo + machina) sapiens; molto interessanti le considerazioni giuridiche svolte in U. RUFFOLO, A. AMIDEI, *Intelligenza Artificiale e diritti della persona: le frontiere del “transumanesimo”*, in *Giurisprudenza italiana*, 7/2019, 1658.

¹⁸⁹ Relativamente alla PESIA una prospettiva de iure condendo può essere ravvisata in A. MANTELERO, *Il nuovo approccio alla valutazione del rischio nella sicurezza dei dati*, in G. FINOCCHIARO (a cura di), *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Bologna, 2017, 326 ss; si veda anche A. MORETTI, *Algoritmi e diritti fondamentali della persona*, cit., 816.

¹⁹⁰ La ricostruzione è sempre di A. MORETTI, *Algoritmi e diritti fondamentali della persona*, cit., 816., il quale fa riferimento alle *Guidelines on the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data in a World of Big Data* del Consultative committee of the convention for the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data del Consiglio d’Europa. Per quanto riguarda la *group privacy* si rimanda a B. MITTELSTADT, *From Individual to Group Privacy in Big Data Analytics*, in *Philosophy & Technology*, 2017, 477 ss.; cfr. anche R. TAYLOR, *No Privacy Without Transparency*, in R. LEENES, R. VAN BRAKEL, S. GUTWIRTH, P. DE HERT, *Data Protection and Privacy: The Age of Intelligent Machines*, Oxford, 2017; A. MANTELERO, *Personal data for decisional purposes in the age of analytics: From an individual to a collective dimension of data protection*, in *Computer Law & Security*, 2016.

¹⁹¹ Si ricordi come Giorgio La Pira individuasse in tale articolo il principio che «governa l’architettura di tutto l’edificio costituzionale». Cfr. *Atti dell’Assemblea Costituente*, Assemblea generale, 5 marzo 1947, 313 ss.

¹⁹² Così Giuseppe Dossetti. Cfr. *Atti dell’Assemblea Costituente*, I Sottocommissione, 10 settembre 1946, 323 ss.

radice antropologico-naturalistica per attingere il piano dei valori etico-spirituali posti, con essa, al culmine dei valori giuridici: l'individuo è persona totale e come tale è assunto come il più alto valore giuridico-positivo»¹⁹³.

Pertanto, in virtù del principio personalistico e di una lettura dell'art. 13 Cost. che non può essere limitata alla mera tutela della libertà personale fisica, ma che implica invece anche la tutela della libertà interiore e si manifesta come «vero e proprio principio supremo dell'ordinamento»¹⁹⁴, è bene ribadire che l'Amministrazione deve essere al servizio del cittadino e tutta la sua azione deve tendere allo sviluppo e al progresso della persona umana. Dunque, anche nell'auspicabile evoluzione in senso algoritmico dell'attività amministrativa, volta a fornire servizi sempre migliori e più efficienti ai cittadini, devono, quindi, restare fermi i principi e le garanzie previste dalla Costituzione e dalle fonti eurounitarie, in particolare dalla Carta di Nizza.

In secondo luogo, occorre forse considerare che l'introduzione di tecnologia di AI nella Pubblica amministrazione dovrebbe seguire un percorso più graduale rispetto a quello messo in atto dal MIUR nel caso dell'immissione in ruolo e della mobilità nazionale dei docenti nell'ambito della "Buona Scuola". Sarebbe, infatti, opportuno sostenere che l'applicazione su larga scala dovrebbe essere preceduto da "esperimenti" più limitati. Si potrebbero prevedere, infatti, degli specifici interventi in determinati settori, nell'ambito dei quali verificare la funzionalità e la sostenibilità di sistemi tecnologici, prima di renderli effettivi per l'intero ordinamento.

Un esempio, in tal senso, potrebbe essere quello giapponese delle *Tokku Special Zone*¹⁹⁵, introdotte già dal 2003 per lo sviluppo e il test pratico dei robot. Tali zone, corrispondenti a municipalità, prefetture e altri enti operanti sul territorio possono presentare un piano per una

¹⁹³ F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, 11-12.

¹⁹⁴ *Ivi*, 24 ss.

¹⁹⁵ Cfr. *amplius* E. STRADELLA, *La regolazione della Robotica e dell'Intelligenza artificiale*, cit., 90 ss., la quale riposta che: «La "Tokku" Special Zone for Robotics Empirical Testing and Development (RT special zone) è avviata in Giappone a partire dal 2003, quando viene istituita presso la Prefettura di Fukuoka. E' a partire da quell'anno che il *Takanishi Laboratory* e l'*Humanoid Robotics Institute* della *Waseda University* hanno condotto numerosi esperimenti all'interno di vari punti della "zona speciale" al fine di valutare l'effettiva e concreta possibilità che robot umanoidi bipedi, la tecnologia specificamente sperimentata in quel contesto) circolassero nello spazio pubblico relazionandosi con le persone presenti e interagendo con le altre tecnologie, non intelligenti, presenti, e soprattutto con utilizzatori umani reali. La valutazione, condotta dal 2004 al 2007, è stata la prima al mondo in ambiente reale. Ed è stata seguita da altre sperimentazioni in altri territori del Giappone. [...] rispetto a chi le tecnologie progetta e produce, peraltro, sembra difficile, se non irragionevole, immaginare che all'ideazione di robot in grado di adattarsi ad ambienti esterni non corrisponda, in fase di sviluppo, una sperimentazione in aree pubbliche: ciò che rifletterebbe una contraddizione tra artefatti tecnici (robot e altre tecnologie di frontiera) e artefatti sociali (il diritto)».

zona speciale da essi individuata, in cui applicare misure regolatorie preferenziali necessarie alla realizzazione di determinati progetti, i quali devono essere preventivamente approvati dal governo centrale, nonché ricevere l'accordo delle agenzie competenti nei settori interessati dalla regolazione¹⁹⁶. Tra le materie in cui la legge nipponica prevede che possano essere prese queste misure vi è anche l'ambito scolastico, in particolare le regole sulla nomina degli insegnanti e del personale della scuola, la cui retribuzione è corrisposta dalle municipalità.

A riguardo, c'è forse da domandarsi se, *mutatis mutandis*, non sarebbe stato meglio effettuare dei test a livello locale anche in Italia, prima di impiegare gli algoritmi per redigere le graduatorie su scala nazionale. Probabilmente una prova preventiva su scala ridotta, avrebbe permesso all'Amministrazione di evitare la serie di ricorsi scaturiti dal malfunzionamento del *software* adottato¹⁹⁷.

Inoltre, non si può certo ignorare che istituire delle *special zones* per sperimentare soluzioni basate sull'AI e sulla robotica, potrebbe rappresentare un utile volano per favorire la crescita delle aree sottosviluppate del Paese. Del resto, anche le "*tokku zones*" furono originariamente ideate nel contesto giapponese anche per finalità economiche e di sviluppo del territorio.

Infine, si deve tener presente che la macchina resta pure sempre una "protesi intellettuale", la quale modifica sì «il procedimento del comunicare e del conoscere»¹⁹⁸, ma che non può portare ad una sostituzione vera e propria del funzionario pubblico, ma semmai ad una «nuova figura di pubblico funzionario»¹⁹⁹, dal momento che «l'uomo è divenuto essenzialmente diverso da quello che è stato in tutti i tempi, e non potrebbe tornare indietro senza perdere la sua nuova umanità, che gli è stata conferita dalla cultura informatica di massa»²⁰⁰. Non è dunque possibile attribuire «una qualche soggettività giuridica all'elaboratore elettronico»²⁰¹, ma bisogna confrontarsi con l'integrazione tra l'uomo e la tecnologia.

In proposito, è stato opportunamente osservato che è in corso, in realtà, un cambiamento del «modo di concepire cosa sia un essere umano», non per via di una vera e propria trasformazione biotecnologica del corpo, ma di una «radicale trasformazione del nostro ambiente e degli agenti

¹⁹⁶ Per approfondire il tema si veda Y. H. WENG, Y. SUGAHARA, K. HASHIMOTO, A. TAKANISHI, *Intersection of "Tokku" Special Zone, Robots, and the Law: A Case Study on Legal Impacts to Humanoid Robots*, in *International Journal of Social Robotics*, 7, 2015.

¹⁹⁷ Sempre E. STRADELLA, *La regolazione della Robotica e dell'Intelligenza artificiale*, cit., 90 ss., la quale propone che potrebbe procedersi ad una sperimentazione da: «realizzarsi nello spazio giuridico europeo ipotizzando uno strumento simile alla cooperazione rafforzata attraverso il quale attivare, possibilmente sulla base delle disponibilità manifestate, alcuni Stati europei chiamandoli a introdurre delle sperimentazioni normative sulla materia Robotica e IA per poi verificarne gli effetti in termini di crescita tecnologica e sociale e di incidenza delle controversie eventualmente provocate dalle trasformazioni introdotte».

¹⁹⁸ Testualmente V. FROSINI, *Il giurista e le tecnologie dell'informazione*, Roma, 1998, 58.

¹⁹⁹ V. FROSINI, *L'informatica e la p. a.*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1983, 484

²⁰⁰ Cfr. sempre V. FROSINI, *Il giurista e le tecnologie dell'informazione*, cit., 58

²⁰¹ Così secondo L. VIOLA, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell'arte*, cit., 12

che vi operano», in una dimensione in cui le ICT si dimostrano sempre più “capaci” degli esseri umani²⁰².

E, tuttavia, come Friedrich Nietzsche a suo tempo evidenziò la matrice umana, “troppo umana”²⁰³, dei valori “sovraumani” dell’uomo, nel contesto odierno, in cui la tecnologia assurge quasi a verità assoluta e si tende a dubitare dell’uomo ma non della macchina, si è, al contrario, nella condizione di dover reclamare un diritto a dubitare invece delle decisioni delle macchine, in virtù della loro origine algoritmica, “troppo algoritmica”.

²⁰² Vedi L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione*, cit. 108-109, che a riguardo pone la definizione di *infor*.

²⁰³ F. NIETZSCHE, *Umano, troppo umano*, Milano, 2016.