

PIERPAOLO FORTE

Professore Ordinario presso il Dipartimento di Diritto, Economia, Management e Metodi
Quantitativi (DEMM) dell'Università degli Studi del Sannio – Benevento

pieforte@unisannio.it

**DIRITTO AMMINISTRATIVO E *DATA SCIENCE*.
APPUNTI DI INTELLIGENZA AMMINISTRATIVA
ARTIFICIALE (AAI)**

**ADMINISTRATIVE LAW AND DATA SCIENCE. NOTES
ON ARTIFICIAL ADMINISTRATIVE INTELLIGENCE
(AAI)**

SINTESI

Lo studio prova a fornire qualche traccia di intersezione tra alcune delle conoscenze fornite dai domini del diritto amministrativo e della Data Science, limitatamente agli ambiti delle classiche attività amministrative che, nella tradizione italiana, sono legate alle funzioni attive, e li esplora innanzitutto come fenomeni culturali, notando che se la Data Science, ed in particolare la sua propensione all'intelligenza artificiale (AI), riguarda l'intera amministrazione pubblica, che è considerata un grande player di generazione, acquisizione, distribuzione di dati, non bisogna trascurare che, proprio perciò, sia pure con approccio per forza di cose tradizionale, gran parte dell'organizzazione della Pubblica Amministrazione è strutturalmente già molto predisposta ai metodi, ai comportamenti, alle metodiche che fanno, a dir così, da infrastruttura culturale ai fenomeni della Data Science. Tale osservazione consente qualche verifica in ordine alla diffusa idea che il diritto amministrativo non sia ancora adeguato alla Data Science, e che la pubblica amministrazione non sia attrezzata, innanzitutto per l'incompetenza specifica dei funzionari; mentre è già solida la percezione della necessità di attrezzare la pubblica amministrazione con competenze – e dunque persone, oltre che tecnologie – in grado di lavorare in termini di cultura del dato, occorre anche considerare la possibilità di operare in senso contrario, ovvero versare nella cultura del dato le cognizioni e le secolari conoscenze sviluppate negli ambiti giuridici, ed in particolar modo nel diritto amministrativo, il quale ha piena contezza, e per qualche verso è figlio, di molto di ciò che gli ambiti della Data Science stanno affrontando. La pubblica amministrazione in forma di potenziale agente automatico deve essere in grado di operare legittimamente, e di produrre operazioni, decisioni e atti giuridicamente validi; sono perciò considerate le intersezioni tra principi, disposizioni costituzionali, atti normativi, atti di governo, organizzazione e principi dell'attività amministrative, e l'auspicato orientamento “antropocentrico” dell'AI, utilizzando alcune cognizioni provenienti dalle scienze giuridiche che possono guidare anziché inseguire le innovazioni tecnologiche, come è ampiamente auspicato in relazione alle evoluzioni dell'AI.

Vengono indagate le capacità di istruire, decidere, provvedere come funzioni di intelligenza e di validità giuridica, che, pur disciplinate per un lavo-

ro umano, possono ben funzionare - in termini giuridici - per il medesimo lavoro operato da macchine (hardware e software o algoritmi), in una ipotesi di “amministrazione algoritmica” e di “atto amministrativo algoritmico”. Lo studio propone argomenti in ordine all'applicazione della Data Science agli atti amministrativi interamente vincolati, per poi rivolgersi alla difficile questione della decisione amministrativa algoritmica, espressione di discrezionalità, con riferimenti all'ipotesi dell'organo algoritmico, ed all'uso del concetto di merito amministrativo. Lo stato dell'arte e le prevedibili evoluzioni tecnologiche e cognitive suggeriscono di raffinare un utilizzo prudente e sperimentale dell'intelligenza artificiale amministrativa, e la ricerca prova ad illustrare alcune di queste possibilità di “sandboxes” giuridiche, in una guisa che lascia parlare di “amministrazione androide”, anche per saggiare le preoccupazioni emerse in letteratura circa la possibile sudditanza del funzionario umano chiamato a comprendere, valutare e eventualmente correggere i risultati del lavoro preparatorio di AAI, addestrandolo cioè anche il lato umano della relazione interna con essa, e prospettando un importante lavoro di ricerca comune tra diritto amministrativo e Data Science in ordine alle modalità con cui le decisioni automatiche possano diventare provvedimenti amministrativi validi sul piano giuridico, proponendo la centralità di un principio capitale degli assetti costituzionali degli ordinamenti giuridici occidentali, ed anche dei principi etici della Data Science, che in diritto pubblico italiano è conosciuto come principio personalista, recato anzitutto dall'art. 2 della Carta costituzionale italiana con esplicito riferimento alla “persona umana”, ed emerso anche in ambito europeo sotto le ampie vesti della “dignità umana”.

ABSTRACT

The purpose of the article is to outline the various intersection between administrative law and Data Science. More in detail, the article focuses on the potential applications of Data Science – and in particular of artificial intelligence (AI) – to the more traditional fields of public administration and administrative decision-making. In this respect, the paper aims to outline the practical and legal issues of such an extension of Data Science to administrative activities. Further, the article identifies up to which point Data Science and administrative decision-making are compatible. The article moves from two premises: First of all, public administrations are seen as structurally very inclined to the methods of Data Science, which facilitates its application to administrative decision-making. Secondly, the article assumes that AI shall be “anthropocentric”, *i.e.* that the use of AI should in any case lead to a decision ultimately taken by a human. First off all, starting from these premises, the article argues that any AI applied to administrative activities and decision-making must be able to operate legitimately and to generate legally valid acts. In this respect, the paper claims that there are several theoretical frameworks and legal principles (enshrined in particular in Law no. 241/1990) in Italian administrative law which are compatible with technological progress and innovation. Hence, such theoretical frameworks and legal principles can be used to incorporate the principles and methods of Data Science in administrative law, thus facilitating the implementation of the latter in administrative activities and decision-making. Secondly, the paper analyses the applicability to administrative activities and decision-making of certain key-concepts of Data Science, such as *black box*, *sand box* and *Explainable AI*. In this regard, the article focuses, in particular, on

the types of administrative decisions to which such concepts are applicable as well as on the implications of the methods of Data Science on transparency and accountability in administrative decision-making. Thirdly, the article outlines the difference between discretionary and non-discretionary administrative decisions and the implications of this distinction on the potential application of Data Science to administrative activities and decision-making. Moreover, the paper analyses how administrative acts, measures and decisions could be adopted by using AI and algorithms. In this context, the article also examines the issues concerning the imputability of acts adopted through algorithms as well as of their effects. Finally, the paper seeks to reconcile the personalistic principle which inspires the actions of public administrations in Italy with the potential use of Data Science in the field of administrative decision-making. In this respect, the article emphasizes the importance of the idea of an “anthropocentric” AI. In particular, the article argues that in order to guarantee the compatibility of Data Science (applied to administrative activities) with the Constitution, ultimately every decision by a public administration must be ultimately taken by a human.

PAROLE CHIAVE: data science – intelligenza artificiale – algoritmi – atti amministrativi – decisione amministrativa

KEYWORDS: data science – artificial intelligence – administrative acts – algorithms – administrative decision-making

INDICE: 1. Perimetrazione. – 2. *Data science* e diritto amministrativo come fenomeni culturali. – 3. Istruire, decidere, provvedere come funzioni di intelligenza e di validità giuridica: la *black box* nel diritto amministrativo. – 4. La *data science* per gli atti amministrativi interamente vincolati. – 5. La questione della decisione amministrativa algoritmica; la discrezionalità. – 6. Cenni all'ipotesi dell'organo algoritmico. – 7. AI “antropocentrica” e principio personalista: le questioni di merito. – 8. *Sandbox* dell'intelligenza artificiale amministrativa: l'amministrazione androide. – 9. Sintesi e prospettive: i timori dell'amministrazione androide.

1. Perimetrazione.

Ciò che ci stiamo abituando a definire “dati” può essere considerato l'insieme di elementari descrittivi o definitivi di un frammento di realtà, più o meno complesso, e sono perciò, da sempre e normalmente, considerati anzitutto per la loro capacità cognitiva; intesi come fenomeni di rappresentazione, veicoli espressivi di conoscenza, la loro estrazione, la loro lettura analitica, la loro comprensione, sono perciò utilizzabili, da sempre e normalmente, per fornire all'agire umano cognizioni, moventi, argomenti, giustificazioni, in un parola razionalità decisionale, che può rivolgersi anche allo scrutamento predittivo delle evoluzioni di scenario¹, con tutte le raffinzioni dovute alle misurazioni probabilistiche².

¹ M. FALCONE, “*Big data*” e pubbliche amministrazioni: nuove prospettive per la funzione conoscitiva pubblica, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2017, pp. 605, riporta il caso della previsione operata dall'Inps, in collaborazione con il Gruppo Daman, che è riuscita a stimare in anticipo il ricorso alla cassa integrazione guadagni sull'ultimo trimestre del 2012 e con una attendibilità che si è rivelata pari al 93,1 per cento.

² J-B. AUBY, *Il diritto amministrativo di fronte alle sfide digitali*, in *Istituzioni del federalismo*,

Oggi questa abitudine, tradizionalmente afferente alla logica della decisione, è resa enormemente più complessa a causa di una serie di fenomeni della contemporaneità. L'incredibile aumento delle conoscenze in ogni ambito dello scibile, le possibilità offerte dalla così detta tecnologia³, che consente, per un verso, di raccogliere in maniera straordinariamente numerosa e realistica rassegne di comportamenti, intenzioni, idee, sentimenti, emozioni, discussioni, opinioni, mediante il versamento – più o meno volontario – di tracce del percorso di vita individuale di miliardi di persone⁴, ed il loro accumulo in depositi capienti e maneggiabili molto velocemente, capaci di formare i “*Big Data*”, o Mega Dati, accompagnata da sempre più potenti tecniche di analisi sofisticate e di infrastrutture di calcolo scalabili ad alte prestazioni, offrono capacità potentissime di acquisizione della realtà, consentendo non solo affidabili validazioni di teorie e modelli, ma anche il loro miglioramento, a causa della comprensione estesa della complessità dei fenomeni sociali, economici, biologici, tecnologici, culturali e naturali⁵.

Queste possibilità hanno generato necessità che, di fronte all'ampliamento delle infrastrutture che oggi possono aggiungersi alla capacità di accumulo, comprensione, elaborazione della logica tradizionalmente umana, vengono ormai trattate in forma di “scienza dei dati” (*Data Science*), un paradigma interdisciplinare e pervasivo che, nato all'intersezione di una varietà di campi scientifici e tecnologici, mira, fondamentale, a trattare i dati nella loro forma di conoscenza, ma anche a trovare modalità di utilizzo di tali conoscenze in forma di decisioni, comportamenti ed atti, secondo una delle definizioni di intelligenza artificiale (AI)⁶. Uno dei problemi che

2019, pp 620 ss.

³ Ho discusso di alcune implicazioni della questione della parola tecnologia in P. Forte, *Epidemia Logotecnica*, in *Civiltà delle macchine*, 2020, <https://www.fondazioneleonardocdm.com/it/news/epidemia-logotecnica/>.

⁴ Secondo il rapporto *Worldwide Big Data Technology and Services Forecast, 2015-2019*, già a partire dal 2018-2019, gli utenti mobili sono 4 miliardi, il volume di dati generato è pari a 24 zettabyte, ovvero 6,75 TB per persona al giorno, il mercato delle tecnologie e dei servizi dedicato ai big data vale 48,6 miliardi di dollari: <http://www.idc.com>.

⁵ Si genera così il *behavioral surplus* descritto da S. ZUBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism. The fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, New York, Hachette, 2019, pp. 20 ss.

⁶ L'AI sarebbe «*the study of the design of intelligent agents*», i quali sarebbero «*something that acts*»: così S.J. RUSSELL, P. NORVIG, *Artificial intelligence: a modern approach*, Prentice Hall, Pearson, 2016, p. 2 ss. (enfasi aggiunta); in AA.VV., *Artificial Intelligence and life in 2030 - One hundred year study on artificial intelligence*, Stanford University, 2016, p. 4, si rinviene una definizione lievemente differente, dato che sarebbe «*a science and a set of computational technologies that are inspired by - but typically operate quite differently from - the ways people use their nervous systems and bodies to sense, learn, reason, and take actions*»; cfr. anche K.D. ASHLEY, *Artificial intelligence and legal analytics. New tools for law practice in the digital age*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017; non manca, tuttavia, chi avvisa che il ricorso al sostantivo intelligenza sarebbe del tutto metaforico: J. KAPLAN, *Intelligenza artificiale: guida al futuro prossimo*, Roma, Luiss University Press, 2018, p. 41.

l'ampio paradigma di questa scienza pone è dato anche dalle difficoltà definitorie, e da un linguaggio specialistico non ancora assestato; in questo lavoro, ad esempio, considereremo diverse tipologie di “botica”, ma soprattutto l'impiego di macchine che va anche sotto il nome di “machine learning”⁷, che non è l'unico fenomeno di AI riferibile alla P.A.⁸.

A ben guardare, dopo un primo periodo in cui i protagonisti assoluti di questa scienza sono stati gli esperti delle tecnologie, con il necessario apporto delle così dette scienze “dure” (“STEM”: *Science, Technology, Engineering, Mathematics*), comincia ad essere sempre più chiara ed avvertita la necessità di contemplare, nel gran lavoro che è richiesto, le conoscenze e gli apporti degli umanisti, perché le basi di dati hanno bisogno di comprensione ed interpretazione (*data mining*), il recupero delle informazioni, l'apprendimento automatico e l'intelligenza artificiale hanno bisogno di consapevolezza critica e fornitura di senso, contemplazione delle pluralità dei sistemi complessi, comprensione dei testi e del linguaggio naturale, e dunque anche dei comportamenti nelle loro variegate dimensioni⁹.

Tutto ciò, insomma, cui i giuristi sono da secoli addestrati ed abituati a maneggiare, sembra essere tra ciò che serve alla *Data Science* per la sua crescita, per il passaggio, a dir così, alla sua fase adulta, allorché essa si appresta a superare la funzione di ampliamento, facilitazione e potenziamento di capacità umane, per assumersi importanti e crescenti responsabilità anche in ordine ad atti e fatti compiuti *in luogo* degli umani; purché, naturalmente, anche il Diritto venga inteso come una scienza rivolta ai comportamenti, ai casi, alle circostanze, ai contesti in cui si svolge la dimensione umana, che utilizza strumenti e tecniche solidificati in secoli di esperienza e di studio, e come tale possa inserirsi in termini interdisciplinari nel gran cammino dell'AI¹⁰.

⁷ Seguendo una delle tante descrizioni, essa «refers to an automated process of discovering correlations (sometimes alternatively referred to as relationships or patterns) between variables in a dataset, often to make predictions or estimates of some outcomes»: così D. LEHR, P. OHM, *Playing with the data: What legal scholars should learn about machine learning*, 51 UCDC Rev., 2017, 653, p. 671.

⁸ Anche nel diritto amministrativo si è alle prese con un consolidamento ancora in via di definizione delle denominazioni di alcuni fenomeni: si veda ad esempio l'analisi al riguardo di L. VIOLA, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell'arte*, in *Federalismi.it*, 2018, pp. 2 ss.

⁹ A titolo di particolare dimostrazione dell'assunto, suggerirei di leggere il sincero articolo di IAN XIAO, *Data Science is Boring*, in <https://towardsdatascience.com/data-science-is-boring-1d43473e353e>. La necessità di assicurare una comunanza di linguaggi, di procedure e di standard omogenei, in modo da permettere la comunicabilità tra i sistemi informatici della pubblica amministrazione, e di offrire ai cittadini garanzie uniformi su tutto il territorio nazionale, nell'accesso ai dati personali, come pure ai servizi tecnologici dell'amministrazione, che confina anche con la determinazione di livelli essenziali delle prestazioni, è stata più volte rilevata dalla Corte costituzionale: cfr. le sentenze n.ri 17/2004, 23/2014, 46/2013, 251/2016.

¹⁰ H. S. SPELMAN, *Foreword*, in G. B. MELTON (a cura di), *The Law as a Behavioral Instrument*, University of Nebraska Press, 1985, p. IX: «the world is in fact “interdisciplinary” – persons do not separate out the psychological, economic, moral, legal aspects of their lives into cubicles resem-

In questo studio si proverà dunque a fornire qualche traccia di intersezione tra alcune delle conoscenze fornite dai due domini, quello del diritto amministrativo e quello della data science, limitatamente agli ambiti delle classiche attività amministrative che, nella tradizione italiana, sono legate alle funzioni attive; rimarranno perciò esclusi dall'indagine sia le notevoli implicazioni dell'AI sui servizi pubblici, sia gli impatti che la dimensione pubblica dell'AI ha sulle questioni della privacy e, in generale, della riservatezza personale o di gruppo, sia anche la grande questione circa la quantità di amministrazione cui la connotazione dell'intelligenza artificiale possa rendere meno rilevanti i requisiti connessi alla dimensione pubblica della sua tenuta; ed infine non vanno trascurati i profili di complessità organizzativa della pubblica amministrazione, le interdipendenze interne ed esterne, le diverse tipologie di controlli, che incidono anche sul modo con cui si lavora e si apprende un modo migliore di lavorare¹¹.

2. Data science e diritto amministrativo come fenomeni culturali.

Inutile dire che la *Data Science* riguarda l'intera amministrazione pubblica¹², ma con i limiti illustrati, e dunque entro un confine ristretto delle funzioni nell'ambito delle discipline già esistenti per la pubblica amministrazione, si può provare a verificarne, a dir così, il gradiente di compatibilità.

Infatti, in primo luogo – pur essendo molto diffusa la consapevolezza che la pubblica amministrazione sia un grande *player* di generazione, acquisizione, distribuzione di dati – si rischia di trascurare che, proprio perciò, sia pure con approccio per forza di cose tradizionale, gran parte dell'organizzazione della Pubblica Amministrazione è strutturalmente già molto predisposta ai metodi, ai comportamenti, alle metodiche che fanno, a dir così, da infrastruttura culturale ai fenomeni della *data science*. L'antica abitu-

bling the modern university organizations.

¹¹ Anche in ambito aziendale sono rilevate “*pre-main sequences*”, processi nei quali l'interazione e la comunicazione tra i membri supporta l'apprendimento e la creazione di conoscenza sia in modo tacito che esplicito: cfr. R. SIMONS, *Levers of control: how managers use innovative control systems to drive strategic renewal*, Boston, Harvard Business School Press, 1995; R. MERCURIO, E. DE NITO, M. PEZZILLO IACONO, V. ESPOSITO, L. SILVESTRI, *The role of IS in performance management: the case of an Italian public university*, in D. BAGLIERI, C. METALLO, C. ROSSIGNOLI, M. PEZZILLO IACONO (a cura di), *IS, Management, Organization and Control: Smart Practices and Effects*, Springer, 2014, pp. 13 ss.

¹² A. MASUCCI, *Atto amministrativo informatico*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1997, Agg. I, pp. 221 ss., § 1; F. SAIITA, *Le patologie dell'atto amministrativo elettronico e il sindacato del giudice amministrativo*, in *Dir. economia*, 2003, p. 615; G. DUNI, *L'amministrazione digitale. Il diritto amministrativo nella evoluzione telematica*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 74; ID. *Teleamministrazione*, in *Enc. giur. Treccani*, voce aggiornata, Roma, 2007, vol. XVI, p. 5; P. OTRANTO, *Decisione amministrativa e digitalizzazione della p.a.*, in *www.federalismi.it*, 2018, 2, p. 15.

dine alla raccolta di informazioni e numeri¹³, all'archiviazione, i tentativi descrittivi dei documenti ed il loro regime giuridico mediante norma (dunque con sforzi linguistici molto applicati), le modalità tipicamente procedimentali dell'attività amministrativa, basata sulla previa acquisizione delle conoscenze che ineriscono alla decisione, la loro riferibilità alla decisione con la esplicitazione dovuta al regime giuridico della motivazione obbligatoria, la presenza del responsabile del procedimento e la relazione del suo lavoro con quello del decisore, la revisionabilità della decisione ad opera del medesimo decisore o di un terzo, e la possibilità di intervenire su di essa quando sia inappropriata, sono fenomeni abbastanza assestati e disciplinati nel diritto amministrativo, ed hanno ricevuto una incredibile quantità di trattamenti reali, grazie anche all'apporto della giurisprudenza che, operando su casi singoli della realtà, ha potuto concorrere ad un raffinamento enorme di casistica ed adattamento¹⁴.

È anche diffusa l'idea che, per un verso, il diritto amministrativo non sia ancora adeguato alla *data science*¹⁵, e per altro che la pubblica amministrazione non sia attrezzata, innanzitutto per l'incompetenza specifica dei funzionari, che potrebbero essere all'altezza solo se venissero addestrati ed orientati alle conoscenze che sarebbero necessarie, e se le organizzazioni amministrative venissero dotate di *data scientists*¹⁶. Ciò è probabilmente molto vero, ma potrebbe essere sottoposto a qualche verifica più attenta a livello macro, e soprattutto in ordine alla disciplina normativa riguardante l'organizzazione ed i principi dell'attività amministrativa.

Si intende dire che mentre è già solida la percezione della necessità di attrezzare la pubblica amministrazione con competenze – e dunque persone, oltre che tecnologie – in grado di lavorare in termini di cultura del dato, occorre anche considerare la possibilità di operare in senso contrario, ovve-

¹³ Sulla differenza tra dati e informazioni si possono vedere D.U. GALETTA, *La trasparenza, per un nuovo rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione: un'analisi storico-evolutiva, in una prospettiva di diritto comparato ed europeo*, in *Riv. it. Dir. pubbl. com.*, 2016, pp. 1019 ss; F. MANGANARO, *Trasparenza e digitalizzazione*, in *Dir. e proc. amm.*, 2019, p. 35; G. CARULLO, *Open Data e partecipazione democratica*, in *Ist. fed.*, 2019, p. 689; G. CARULLO, *Gestione fruizione e diffusione dei dati dell'amministrazione digitale e funzione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 41 ss.. Per la rilevanza dell'informazione nell'attività amministrativa, da ultimo, A. BONOMO, *Informazione e pubbliche amministrazioni*, Bari, Cacucci, 2010, spec. pp. 410 ss.

¹⁴ Argomenti simili poterono consentire a V. FROSINI, *Riflessi sociali dell'informazione*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, 1, Milano, Giuffrè, 1988, ora in ID., *Informatica, diritto e società*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 321, di intuire che lo Stato «è oggi inteso come un sistema di relazioni, che possono essere programmate diversamente sulla base di un sistema di informazioni e di decisioni, come avviene nei sistemi di automazione informatica».

¹⁵ E. CARLONI, *Algoritmi su carta: politiche di digitalizzazione e trasformazione digitale delle amministrazioni*, in *Dir. pubbl.*, 2019, pp. 363 ss.

¹⁶ Ciò non ha impedito in letteratura di parlare di «*computer-funzionario*» (A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, Napoli, Jovene, 1993, p. 13), o di «*burotica*» e «*tele burotica*» (V. FROSINI, *Telematica e informatica giuridica*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1992, vol. XLIV, p. 60).

ro versare nella cultura del dato le cognizioni e le secolari conoscenze sviluppate negli ambiti giuridici, ed in particolar modo nel diritto amministrativo¹⁷, il quale ha piena contezza, e per qualche verso è figlio, di molto di ciò che gli ambiti della *data science* stanno affrontando.

Si può cominciare, per dirla con le parole di uno studio largamente considerato negli ambiti data-scientifici, a prendere atto che principi, disposizioni costituzionali, atti normativi, atti di governo, organizzazione ed attività amministrative, anche in ambito digitale «sono approcci normativi diversi, complementari, ma da non confondere tra loro»¹⁸. Se si prendono in considerazione i due recenti, importanti documenti sull'intelligenza artificiale elaborati in ambito europeo¹⁹ e nazionale²⁰, entrambi, sia pure con diverse inclinazioni, insistono sul fatto che l'orientamento da dare all'AI debba essere “antropocentrico”, e debba essere dotato di coerenze con una serie di principi volti a renderla “meritevole di fiducia”; obiettivo indiscutibile, ma quando lo si applica alla pubblica amministrazione in forma di agente automatico occorre qualcosa in più, occorre che essa sia in grado di operare legittimamente, e di produrre operazioni, decisioni e atti giuridicamente *validi*²¹.

E' noto quanto il diritto amministrativo si sia molto sviluppato per principi; e se si scorrono i principi “etici” elaborati in sede europea per l'AI,

¹⁷ Non a caso, nel “Piano coordinato sull'intelligenza artificiale”, adottato dalla Commissione europea con comunicazione del 7 dicembre 2018, si prevedono supporti a corsi universitari avanzati in AI, a corsi di *life-long learning* e la promozione di corsi interdisciplinari, ad esempio tra AI e diritto.

¹⁸ L. FLORIDI, *Soft Ethics and the Governance of the Digital*, in *Philosophy & Technology*, 2018, 31, 1, p. 2: «On the governance of the digital, there is much to be said, and even more still to be understood and theorised, but one point is clear: the governance of the digital (henceforth digital governance), the ethics of the digital (henceforth digital ethics, also known as computer, information or data ethics and the regulation of the digital (henceforth digital regulation) are different normative approaches, complementary, but not to be confused with each other».

¹⁹ *Orientamenti etici per un'IA affidabile*, Bruxelles, 2019, Gruppo di esperti ad alto livello sull'intelligenza artificiale istituito dalla Commissione europea nel giugno 2018: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/high-level-expert-group-artificial-intelligence>

²⁰ AA. VV., *Proposte per una strategia italiana per l'intelligenza artificiale*, elaborata dal Gruppo di Esperti MISE sull'intelligenza artificiale, Luglio 2019.

²¹ Le *Proposte per una strategia italiana per l'intelligenza artificiale* cit. (p. 30), in effetti, suggeriscono «un passo in avanti rispetto a quanto sin qui delineato dalla Commissione europea a livello continentale», e perciò invocano «che l'AI sia in linea con la legislazione esistente e con i diritti fondamentali; che venga pienamente adottato il principio di precauzione nella sua introduzione, in combinazione con un approccio attento alle necessità dell'innovazione; che vengano incentivate forme di AI che aumentano l'intelligenza, la produttività e la creatività umana, anziché sostituirle, investendo anche in educazione; che l'AI rispetti pienamente l'integrità personale dell'individuo, implicando anche una serie di obblighi di trasparenza e diritti in capo al consumatore/utente, che si provveda a introdurre forme di responsabilità civile che, per alcuni tipi di applicazioni, richiedano l'intervento umano nel processo decisionale; che, nell'attribuire la responsabilità per il danno cagionato da AI, si tenga pienamente in considerazione la necessità, per l'individuo danneggiato, di trovare ristoro in modo soddisfacente e rapido». La questione, in realtà, si rivela più complessa, se guardata in relazione al principio di legalità; per es., si veda S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Umano troppo umano. Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 2019, p. 19.

e si neutralizzano gli schemi linguistici, la loro descrizione rende una panorama impressionantemente coerente con i principi dominanti del diritto amministrativo: rispetto dell'autonomia dell'individuo, prevenzione del danno, equità, spiegabilità, suonano le medesime note che ritroviamo nell'uguaglianza, nell'imparzialità, nella ragionevolezza, nella proporzionalità, nella precauzione, nella trasparenza, nella motivazione²².

I documenti medesimi provano anche a fornire qualche declinazione più operativa di questi principi, consapevoli di un problema che occupa gli studi giuridici da sempre in ordine alla loro efficacia normativa; senza pretendere di affrontare qui il tema per intero, va notato però che i principi sono ancora più importanti del solito quando sono rivolti ad un ambito nuovo, o almeno dotato di necessità non usuali, e la *data science* ritiene abbastanza pacificamente di essere al cospetto di potenzialità mai prima consentite all'esperienza umana. Sicché sovengono qui alcune cognizioni provenienti dalle scienze giuridiche che, come subito vedremo, possono guidare anziché inseguire, come è ampiamente auspicato in relazione alle evoluzioni dell'AI.

In ordine ai principi, come in confronto a ciò che un po' vagamente viene ricondotto all'area di diritti fondamentali, bisogna rifuggire dalla tentazione di credere che siano affermazioni politiche, opinioni, buone idee, senza grande rilevanza giuridica, come fossero diritti di carta. Le scienze giuridiche, ed in particolare il diritto amministrativo, non senza fatica e visioni molteplici, hanno concorso a disvelare tecniche capaci di declinare entrambi, i principi e i diritti fondamentali, in meccanismi di tutela operativa, reale, finanche individuale, che per lo più vengono connessi a *situazioni soggettive*; e, nonostante qualche lettura diversa²³, in teoria generale sono state ipotizzate *plurime* tipologie di garanzia, attive a seconda delle circostanze. Sia i principi che i diritti fondamentali, cioè, possono essere tradotti in pro-

²² Tuttavia, le analisi e i documenti in parola, quando entrano maggiormente nel dettaglio, pongono attenzione ai profili giuridici soprattutto nell'ottica del consumerismo: «un approccio antropocentrico all'intelligenza artificiale non può prescindere dalla tutela dell'individuo in quanto consumatore e utente», e perciò, se «è importante, in ottica antropocentrica, che gli utenti vengano tutelati nel loro diritto a una spiegazione comprensibile ogni qual volta un sistema di AI prenda decisioni con forte impatto sulla sfera personale [...] a seconda del rischio e dell'impatto della decisione, è possibile immaginare livelli di trasparenza diversi [...] in molti casi, è più efficace affidarsi a un sistema di certificazione e allo sviluppo di standard adeguatamente verificati e monitorati nel tempo»: così *Proposte per una strategia italiana per l'intelligenza artificiale* cit., p. 41. Per una importante analisi al riguardo si veda L. FLORIDI e AL., *AI4People-An Ethical Framework for a Good AI Society: Opportunities, Risks, Principles, and Recommendations*, in *Minds and Machines*, 2018, pp. 689 ss.

²³ Particolarmente concentrata una parte della Scuola fiorentina di diritto amministrativo: si vedano, per tutti, A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, pp. 17 ss.; ID., *Alla ricerca dello Stato di diritto*, Milano, Giuffrè, 2005; A. ORSI BATTAGLINI, C. MARZUOLI, *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.* 1999, pp. 496 ss.; L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2003; C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, Milano, Giuffrè, 2008.

tezioni effettive in termini particolarmente stringenti – come accade quando si apprestano *pretese*, che corrispondono ad obblighi altrui, generando vere e proprie spettanze²⁴ – ma quando ciò non è possibile (come nei casi in cui le relazioni umane abbiano bisogno di decisioni unilaterali che valgono anche per altri senza poter contare sul loro consenso) si hanno a disposizione meccanismi di tutela meno intensi, ma comunque effettivi, che passano per la generica categoria teorica della *soggezione* di fronte ad un *potere*; queste protezioni meno puntuali hanno diversi nomi nel mondo (si presentano come aspettative, chances, interessi protetti, interessi legittimi, pretese ad un comportamento doveroso, e tanto altro), ma non possiamo dubitare che esistano e vengano usate²⁵.

Quando perciò nell'esaminare le impostazioni discusse in *data science* in ordine al bisogno di contemplare nel *design* dei sistemi di AI principi e diritti fondamentali, ciò va preso sul serio, consapevoli cioè che quelli assunti, oltre a farci formare *orientamenti* e clausole etiche, potranno essere tradotti in garanzie giuridiche, invocabili nei comportamenti effettivi e, se necessario, davanti ad un giudice; e ciò anche se non sussista (o non ancora vi sia) una norma precisa e puntuale di comportamento specifico.

Il Diritto, insomma, ha già oggi strumenti sufficienti per affrontare ciò che è conosciuto in *data science* come *pacing problem*²⁶; avendo da sempre avuto a che fare con le scienze dell'amministrazione, il diritto amministrativo, in particolare, è un ambito abituato ad utilizzare schemi teorici, assunti dogmatici, principi, clausole generali, e la stessa legge che più di altre fornisce il regime giuridico degli atti e dei comportamenti dell'amministrazione pubblica italiana, la L. n. 241 del 1990, contiene come vedremo disposizioni insospettabilmente compatibili con le evoluzioni tecnologiche, e la complessità giuridica dei nostri giorni è tale da fornire materiali normativi in

²⁴ L. R. PERFETTI, *Pretese procedurali come diritti fondamentali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo*, in *Il procedimento e le responsabilità*. Atti del Convegno Fano 8 e 9 maggio 2008, Padova, Cedam, 2013, p. 851

²⁵ Non mi sembra irrilevante al riguardo che l'art. 22, co. 2., lett. b) del Dpgr sancisca che anche quando la decisione «*basata unicamente sul trattamento automatizzato*» sia autorizzata dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento, l'ordinamento di tale stato debba stabilire «*misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato*», aprendo dunque il fenomeno della tutela anche a situazioni ulteriori rispetto alle pretese tipiche dei diritti soggettivi, ed alle conseguenti misure di garanzia, anche secondarie. COSTANTINI, G. FRANCO, *Decisione automatizzata, dati personali e pubblica amministrazione in Europa: verso un "Social credit system"?*, in *Istituzioni del federalismo*, 2019, p. 737, rilevano che «*il rispetto dei principi di "esplicabilità" e "trasparenza" nell'utilizzo delle tecnologie di Ia si pone come imprescindibile nel garantire non soltanto il rispetto dei dati personali, ma anche dei diritti fondamentali dell'interessato, evitando che l'adozione di algoritmi afflitti da "bias" ossia distorsioni, invece di ridurre le disuguaglianze sociali, le possa incrementare o crearne di nuove e incolmabili*».

²⁶ G. E. MARCHANT, *Addressing the Pacing Problem*, in G. MARCHANT, B. ALLENBY, J. HERKERT (a cura di), *The Growing Gap between Emerging Technologies and Legal-Ethical Oversight: The Pacing Problem*, Dordrecht, Springer, 2011, pp 199 ss.

grado di consentire l'estrazione di discipline per comportamenti, doverosi o obbligatori²⁷, che impongano il rispetto di quei principi e di quei "diritti" fondamentali²⁸.

Il diritto amministrativo, inoltre, è molto compatibile con scenari discussi in *Data Science* per la pubblica amministrazione sul piano organizzativo e strutturale: ad esempio, costituisce disposizione già vigente il principio trattato in *data science* come *ask only once*, e – come vedremo – non vi sarebbero particolari problemi giuridici ad avviare *Administrative sandboxes*, strutture dove testare nuovi prodotti, servizi, modelli e tecnologie per un periodo definito per l'attività amministrativa, disponendo anche di discipline adeguate per la selezione degli attori appropriati e dei luoghi di ricerca differenti per esperienza, tipologia di attività e approccio al mercato: ad esempio *startup* innovative, operatori tradizionali, investitori e centri di ricerca.

E' anche interessante notare come negli studi di diritto amministrativo sia stata ampiamente indagata e discussa la presenza degli interessati nel percorso formativo della decisione amministrativa; il concetto di *prosumer*, intendo dire, così tanto utilizzato per alcuni impianti del *deep learning*, è alla base di come è regolata la "partecipazione degli interessati" al procedimento amministrativo, i cui contributi "l'amministrazione ha l'obbligo di valutare", anche in caso di "mancato accoglimento", e dunque sul piano strutturale ove vi sono gli apporti partecipativi concorrono alle decisioni ed agli atti, e provengono da "interessati", cioè "soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti", "quelli che per legge debbono intervenire", "istanti", soggetti cui "possa derivare un pregiudizio" (arg. ex artt. 7, 9, 10-bis L. n. 241/1990)².

Il diritto amministrativo ha poi fornito una enorme quantità di conoscenze ed esperienze, anche molto sofisticate, riferibili a ciò che l'art 42 del-

²⁷ Ciò non toglie che vi sia chi invoca una disciplina specifica per l'intelligenza amministrativa artificiale: cfr. A. CELOTTO, *Come regolare gli algoritmi, Il difficile bilanciamento fra scienza, etica e diritto*, in *An. Giur. econ.*, 2019, pp. 47 ss.; A. NUZZO, *Algoritmi e regole*, *ibidem*, pp. 39 ss.; F. MOROLLO, *Documento elettronico fra e-government e artificial intelligence (AI)*, in *www.federalismi.it*, 2015, pp. 17 ss..

²⁸ V. BRIGANTE, *Evolving pathways of administrative decisions. Cognitive activity and data, measures and algorithms in the changing administration*, Napoli, ES, 2019, p. 36: «*the subject is linked to what has been said in relation to the rapid obsolescence of the rules; if the legislator legislates with truly general and abstract rules, including in relation to technological development, this risk is reduced*».

² V. BRIGANTE, *Evolving pathways of administrative decisions* cit., pp. 30, 66; sulla enorme questione della partecipazione procedimentale si vedano, tra tantissimi altri, M. D'ALBERTI, *La « visione » e la « voce » le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1 ss.; S. CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, pp. 3 ss.; U. ALLEGRETTI, *Procedura, procedimento e processo. Un'ottica di democrazia partecipativa*, in *Dir. amm.*, 2007, pp. 779 ss.; M. CALABRÒ, *Potere amministrativo e partecipazione procedimentale. Il caso ambiente*, Napoli, Editoriale scientifica, 2006, pp. 105 ss.; G. PIZZANELLI, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Politiche ambientali e realizzazione delle grandi opere infrastrutturali*, Milano, Giuffrè, 2010, spec. pp. 169 ss. M. COCCONI, *La partecipazione all'attività amministrativa generale*, Padova, Cedam, 2010, pp. 95 ss.

la Carta costituzionale italiana definisce proprietà pubblica; questo patrimonio cognitivo - esteso a sufficienza per comprendere una grande latitudine, dalle *res communes omnium* ai beni pubblici e di interesse pubblico, dai *commons* ai beni comuni³⁰ - è oggi molto utile per discutere, studiare ed assestare al meglio il regime giuridico dei dati, posto che l'*open data* è un orizzonte impegnativo e non privo di complessità³¹, che non vanno affrontate come se invece avessimo a che fare con un argomento semplice³².

Il diritto amministrativo ha dovuto studiare molto la decisione amministrativa, ed ha accumulato un bagaglio empirico di conoscenze al riguardo; come avremo modo di rammentare subito, diversamente dalle tendenze nei rapporti tra privati e tra operatori economici, la rilevanza giuridica del predecisionale tipica del diritto amministrativo sposta sul processo formativo della decisione molti elementi per la sua *validità* giuridica; ciò rende più intenso il rilievo del formante interno della decisione, rispetto alla sua forma ed alla comunicazione esterna, e dunque aumenta il peso del bisogno umano di comprensione e percezione di quel percorso, incidendo così, come si vedrà, sulla possibilità di una capacità decisionale autonoma dei *—bot* in quanto agenti, che siano soggetti o organi di persone giuridiche³³ giacché,

³⁰ G. ARENA, C. IAIONE, *L'Italia dei beni comuni*, Roma, Carocci editore, 2012; M. R. MARELLA, *Per un diritto dei beni comuni*, in ID. (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato*, Verona, Ombre rosse, 2012; U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Bari, Laterza, 2011; E. OSTROM, *Governare i beni comuni*, Venezia, Marsilio, 2006; M. BOMBARDELLI, (a cura di), *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi. Nuove risorse e nuovi modelli di amministrazione*, in «Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza», 2016, 23; S. RODOTÀ, *Il terribile diritto — studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, III ed., Bologna, Il Mulino, 2013; P. CHIRULLI, *I beni comuni, tra diritti fondamentali, usi collettivi e doveri di solidarietà*, in *Giustamm.it*, 2012; V. CERULLI IRELLI, L. DE LUCIA, *Beni Comuni e diritti collettivi*, in *Pol. dir.*, 2014, pp.10 ss.

³¹ V. S. ALIPRANDI (a cura di), *Il fenomeno open data. Indicazioni e norme per un mondo di dati aperti*, Ledizioni, Milano, 2014.

³² Come sembra fare al riguardo il documento di *Proposte per una strategia italiana per l'intelligenza artificiale* cit., p. 57: «In Italia, i dati appartengono giuridicamente alla Pubblica Amministrazione che li raccoglie e di conseguenza ne dispone in piena libertà. Se i dati giuridicamente appartenessero allo Stato, non sarebbero dominio di questa o quella Pubblica Amministrazione. Si raccomanda di promuovere un cambiamento dello status giuridico dei dati raccolti e generati dalle Pubbliche Amministrazioni, finalizzato all'attribuzione diretta della proprietà dei dati allo Stato». Si tratta di assunti imprecisi; rilevano, ad esempio, il problema dei costi dell'acquisizione e della tenuta dei dati. B. PONTI, *Titolarità e riutilizzo dei dati pubblici*, in ID. (a cura di), *Il regime dei dati pubblici. Esperienze europee e ordinamento nazionale*, Rimini, Maggioli, 2007, p. 226, e V. BRIGANTE, *Evolving pathways of administrative decisions* cit., pp. 91 s.; a sua volta D-U. GALETTA, *Open Government, Open Data e azione amministrativa*, in *Istituzioni del federalismo*, 2019, p. 677, nota e dimostra che in Italia «il tema risulta, sin dal principio, essenzialmente connesso — potremmo dire, addirittura, confuso — col più ampio tema della trasparenza», indicando invece le complessità che esso reca.

³³ In un approccio giusprivatistico, in effetti, si potrebbero usare la concezione oggettiva della dichiarazione negoziale, destinata a generare il legittimo affidamento del destinatario, e le teorie della rappresentanza, per giungere a riconoscere elementi di soggettività agli algoritmi, magari in forme associative con l'umano: cfr. G. TEUBNER, *Soggetti giuridici digitali? Sullo status privatistico degli agenti software autonomi*, a cura di P. Femia, Napoli, ESI, 2019, pp. 117 ss.

come subito vedremo ed è molto condiviso, i principali problemi dell'AI riguardano ovviamente la dimensione interna della sua azione, il modo col quale acquisisce presupposti e li tratta per operare, decidere, agire.

3. Istruire, decidere, provvedere come funzioni di intelligenza e di validità giuridica: la *black box* nel diritto amministrativo.

In una maniera pienamente coerente con la logica dell'AI, la decisione amministrativa e il provvedimento amministrativo percepiti in termini giuridici si formano non già all'esito di operazioni individuali, maturate in una sfera dell'agente intima e personale, ed irrilevante per il diritto in quanto rimessa ad una libertà, ad una immunità, ad una potestà o ad un diritto; per le caratteristiche costitutive del diritto amministrativo, decisione e atto provvedimentale sono il culmine di un procedimento tracciato, accessibile, rivedibile, in un quadro previsto ed orientato per legge, circondato da principi, clausole generali, disposizioni normative di carattere generale, e vere e proprie regole di comportamento, ed indirizzato da istruzioni, precedenti di esperienza, orientamenti ed obbiettivi politici e di governo, vincoli economici, finanziari, oltre che naturali e culturali, che rendono possibile, per un verso, identificare il predecisionale come oggetto connesso ma distinguibile dal decisionale, e soprattutto di riconoscerci una *rilevanza giuridica*, uno statuto che irradia sull'intera attività amministrativa e sulla sua conduzione legale³⁴.

Orbene, è possibile sostenere che la disciplina già sussistente per la fase che abitualmente definiamo istruttoria, e che forse qui converrà riferire più ampiamente al "predecisionale", quella lavorazione decisionale che affinisce alla acquisizione di elementi di conoscenze (dati), pur pensata per un lavoro umano, può ben funzionare da principio utilizzabile – in termini giuridici – per il medesimo lavoro operato da macchine (hardware e software o algoritmi).

Bisogna tuttavia comprendere l'enorme complessità trattata mediante i procedimenti amministrativi rivolti a decisioni pubbliche; senza perdersi sulle tassonomie possibili, basterà considerare a quanto siano numerosi gli elementi della realtà (i «*presupposti di fatto e le ragioni giuridiche*» che «*determinano*» la decisione: art. 3 L. n. 241/1990) considerati in una decisione pubblica; il trattamento di questa complessità e la sua trasformazione in una decisione e, quindi, in una modifica dell'assetto reale ben possono essere intesi come una *logica*, che ha però alcune caratteristiche, le più rilevanti delle quali per il nostro discorso riguardano la discussività di ogni fase del percorso

³⁴ «*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 delle legislazione attribuita del potere e delle finalità dalla stessa attribuite all'organo pubblico, titolare del potere*»: così Cons. Stato, VI, 13 dicembre 2019, n. 8472.

decisionale³⁵: possono essere discutibili i presupposti, la rispettiva rilevanza, e per quanto vi siano orientamenti in grado di stabilire relazioni gerarchiche tra gli elementi, il loro trattamento può essere frutto di confronto e contraddittorio, con l'esito perciò dipendente dalla soluzione di variabili molteplici, spesso dovute a processi di tipo argomentativo³⁶.

Ed infine, non è irrilevante notare che l'intelligenza amministrativa umana, come in fin dei conti quella artificiale, si applica ad una dimensione decisionale che, al massimo, è di discrezionalità, ovvero dotata di capacità di produrre risultati che non sono predeterminabili, ma nel rispetto di determinati vincoli di finalità, di azione e di funzionamento³⁷.

Gli studi del diritto amministrativo, grazie anche al supporto della casistica giurisprudenziale, si sono ampiamente dedicati agli elementari del predecisionale³⁸, che possono in realtà essere dovuti a molti materiali *determinanti*; ci sono i valori fondamentali e principi, tratti ormai da serbatoi numerosi e non solo dalle strutture costituzionali domestiche; ci sono prescrizioni normative, che possono influire sui comportamenti o sui trattamenti dei dati, e sono poi esse stesse variegata per la provenienza (la fonte, il livello, che determinano la forza, il valore); ci sono vari indirizzi (*soft laws*, direttive, obbiettivi, indici di *performance*, *standards*, ma anche tendenze e precedenti sia propri di ogni organizzazione amministrativa, sia assestati nelle funzioni di controllo e revisione giurisprudenziale) che orientano e talora forzano o conducono, poiché concorrono a formare propensioni culturali e pre-comprensioni dei funzionari decisori³⁹; ci sono i fatti reali, le condizioni, gli assetti, le dimensioni economiche, le conoscenze scientifiche, e le tecniche, con tutta la loro opinabilità; c'è sovente la storia (di un luogo, di un oggetto, di uno o più soggetti); e poi ci sono gli interessi veri e propri, con le persone fisiche e giuridiche che ne sono titolari o portatori, i loro portati, i bisogni, le ambizioni, le speranze, i piccoli e grandi inganni, le astuzie e le abilità, le eminenze e le opinioni.

Questo enorme *compound* di umanità in azione va radunato

³⁵ M. NIGRO, *Decisioni amministrative*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, Giuffrè, 1962, pp. 812 ss..

³⁶ P. MORO, *Algoritmi e pensiero giuridico. Antinomie e interazioni*, in *Media Laws*, 3/2019, p. 20, descrive “l'informatica giuridica come una logica: anipotetica, non stipulativa, perché dipendente da premesse sottoposte al controllo critico del contraddittorio; argomentativa, non dimostrativa, perché si attua attraverso il riscontro intersoggettivo e irripetibile tra discorsi opposti; dialogica, poiché la disputa implica un «discorso» quantomeno bidirezionale o interattivo e produce un risultato sfumato e imprevedibile, che deriva dalle variabili di ogni singolo caso dibattuto”.

³⁷ Ne discute, sia pure con riferimento ad altro ambito, G. SPEDICATO, *Creatività artificiale, mercato e proprietà intellettuale*, in *Riv. Dir. Industr.*, 2019, pp. 253 ss.:

³⁸ Per tutti, si vedano F.G. COCA, *Contributo al tema della fattispecie precettiva*, Perugia, s.n., 1979; M. BOMBARDELLI, *Decisioni e pubblica amministrazione: la determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Torino, Giappichelli, 1996; A. POLICE, *La predeterminazione della scelta amministrativa*, Napoli, ESI, 1997.

³⁹ A. DE SIANO, *Precedente giudiziario e decisioni della P.A.*, Napoli, Esi, 2018.

nell'istruttoria di chi deve determinarsi e diventa struttura giuridica della decisione e dell'atto per mezzo di una serie di canoni che, non potendo inseguire la smisurata varietà della casistica con puntuali descrizioni, devono limitarsi a prescrizioni larghe, ad indicazione di *criteria*, volti però all'affermazione di un principio ormai indiscusso: è un vero e proprio obbligo dell'amministrazione quello di «ricercare (o conoscere) le circostanze dell'affare»⁴⁰. La legge più dedicata a ciò, che non a caso ha impiegato quasi tutto il '900 prima di giungere alla luce, pone infatti alcuni doveri predecisionali in capo a chi agisce: avvisare gli interessati con ogni mezzo, contemplarne le reazioni, acquisire quant'altro sia prescritto o sia comunque appropriato e utile, e adottare «ogni misura per l'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria», disposizione nella quale ormai la giurisprudenza legge un vero e proprio principio di adeguatezza e completezza dell'istruttoria procedimentale⁴¹.

Il diritto amministrativo, voglio dire, ha scoperto con enorme anticipo rispetto alla *Data Science* il concetto di “*black box*”, e col tempo ha elaborato argomenti, discipline normative e tecniche che l'hanno sempre più spinta a trasformarla in una “*glass box*”⁴², poiché – a partire dalla natura pubblica dei soggetti, degli oggetti e delle attività⁴³ – aggiunge alla capacità di registrazione e tracciamento delle attività predecisionali la loro accessibilità, per consentirne la valutazione anche in ordine all'appropriatezza del trattamento che ognuno di tali elementi riceve in funzione della decisione, in termini talmente rilevanti da essere qualificati come «*principio generale dell'attività amministrativa*» (art. 22 L. n. 241/1990), e persino afferente ai livelli costituzionali delle prestazioni (art. 29, co. 2-bis, L. n. 241/1990); di qui anche i canoni e le incombenze connesse alla partecipazione degli interessati, e talora delle persone in quanto tali prescindendo da ogni legittimazione legata agli interessi, e alla trasparenza, costruite come vere e proprie pretese (cioè diritti soggettivi) o protezioni più blande ma sussistenti (in forma di interesse legittimo)⁴⁴.

⁴⁰ F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione* Torino, Giappichelli, 1967, p. 211, nt. 20. Ma si veda, tra altri, B. TONOLETTI, *L'accertamento amministrativo*, Padova, Cedam, 2001.

⁴¹ *Ex multis*, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 22 ottobre 2015 n. 12083.

⁴² Argomento sterminato; tra molti altri, si vedano G. ARENA, *Il segreto amministrativo, Profili storici e sistematici*, Milano, Giuffrè, 1983; P. BARILE, *Democrazia e segreto*, in *Quad. cost.*, 1987, pp. 29 ss.; F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2008; P. ALBERTI, *I casi di esclusione dal diritto di accesso*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, II ed., Milano, Giuffrè, 2017, pp. 1294 ss.

⁴³ M. OCCHIENA, *Pubblicità e trasparenza*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 141 ss.; E. CARLONI, *L'obbligo di pubblicazione*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 1398 ss.

⁴⁴ Per tutti, cfr. A. TRAVI, *Rileggendo Orsi Battaglini, Alla ricerca dello stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa" (Sonntagsgedanken)*, in *Dir. pubbl.*, 1996, p. 103: «si tratta di elementi difficilmente scomponibili in un catalogo di "microdiritti" (diritto alla partecipazione, diritto

Qui, insomma, l'apporto delle scienze giuspubblicistiche alle evoluzioni della *data science* sul versante dell'intelligenza artificiale sembra più per-spicuo di quanto possa esserlo quello delle discipline privatistiche, fisiologicamente meno attente al predecisionale, per lo più rimesso all'autonomia privata, e dunque di norma privo di rilevanza giuridica⁴⁵.

Gli studiosi di diritto amministrativo si sono molto dedicati nel corso del secolo XX a cosa debba fare un responsabile del procedimento, e si è pervenuti, grazie a questo importantissimo lavoro, a disporlo in termini espliciti e normativi. Nella legislazione vigente, il suo compito viene sostanzialmente articolato in due propensioni, a dir così, *macro*: predisporre l'area decisionale, ed in base ad essa individuare, per un verso, i soggetti che noi chiamiamo genericamente interessati, avvisandoli con ogni mezzo disponibile dell'avvio del procedimento, e per altro verso acquisire, ancora una volta con ogni mezzo, ogni elemento di conoscenza utile a riempire, a fornire argomento, ma soprattutto a dotare di senso⁴⁶, che noi chiamiamo *ragionevolezza*, la prossima decisione, caratterizzata dalla unilateralità; e, nel far ciò, il responsabile è ovviamente tenuto ai rapporti con gli interessati, in termini che, ancorché per legge possano apparire più ridotti, tendano ad avere cura della relazione interpersonale, e considerazione degli interessi personali in gioco.

Orbene si può comprendere come a molti possa apparire irrinunciabile in questa complessa dimensione «*l'attività dianoetica dell'uomo*»⁴⁷. Ma dobbiamo distinguere i funzionamenti dei sistemi automatici che la data science può apprestare, ed in particolare saper comprendere la differenza fra sistemi di acquisizione e considerazione meramente esecutiva di dati, *datafication*, da ciò che viene definito “profilazione”, dai meccanismi di processo decisionale automatizzato⁴⁸, che sono già adesso, e sempre più accuratamente

d'accesso, diritto alla motivazione, ecc.), o, meglio, che possiamo scomporre in questo modo solo se rinunciamo a considerare che essi sono tutti strettamente riconducibili alla medesima situazione d'interesse di quel soggetto».

⁴⁵ E. STRADELLA, *La regolazione della Robotica e dell'Intelligenza artificiale: il dibattito, le proposte, le prospettive. Alcuni spunti di riflessione*, in *Media Laws*, 2019, p. 87, rileva che “il richiamo alle esigenze di regolazione si è tradizionalmente fondato su questioni prevalentemente civilistiche, mentre minore attenzione è stata dedicata alle potenzialità degli strumenti in ambito pubblico”.

⁴⁶ E. CARLONI, *Le verità amministrative. L'attività conoscitiva tra procedimento e processo*, Milano, Giuffrè, 2011.

⁴⁷ Così T.A.R. Puglia, Bari, 27 giugno 2016 n. 896: è «*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, affidare all'attivazione di meccanismi e sistemi informatici e al conseguente loro impersonale funzionamento, il dipanarsi di procedimenti amministrativi, sovente incidenti su interessi, se non diritti, di rilievo costituzionale, che invece postulano, onde approdare al corretto esito provvedimento conclusivo, il disimpegno di attività istruttoria, acquisitiva di rappresentazioni di circostanze di fatto e situazioni personali degli interessati destinatari del provvedimento finale, attività, talora ponderativa e comparativa di interessi e conseguentemente necessariamente motivazionale, che solo l'opera e l'attività dianoetica dell'uomo può svolgere».*

⁴⁸ Cfr. l'art. 4 del del Regolamento (UE) 2016/679, e le conseguenti linee guida

saranno in futuro, capaci di compiere atti, e vere e proprie operazioni di valutazione e giudizio analoghe a quelle che pretendiamo con i canoni di ragionevolezza per le decisioni umane, nei quali «*tutto è riducibile a informazione e dove la dittatura degli algoritmi rappresenta come scientifiche ed oggettive scelte prodotte da modelli matematico-informatici*»⁴⁹.

Solo in confronto alle macchine “stupide”, capaci di mera esecuzione per quanto complessa, si può ricostruire l'algoritmo che guidi una determinata operazione, inteso quale sequenza di istruzioni che definiscono le operazioni da eseguire sui dati per ottenere i risultati, come una “regola tecnica” in forma di atto amministrativo generale; in tali casi, in effetti, si può ritenere che l'algoritmo, come una regola di comportamento, «*contiene l'insieme ordinato in sequenza di tutte le regole precise, inequivoche, analitiche, generali ed astratte, formulate ex ante [...], la cui applicazione porta all'adozione dell'atto amministrativo*»⁵⁰.

Ma già ora questi “algoritmi” possono avere connotati auto apprenditivi, e compiono operazioni di percezione e computo che, pur partendo da impostazioni effettivamente impartite in forma umana (*by design*), si dipanano mediante propri percorsi di apprensione ed apprendimento (*machine learning*), anche molto complessi (*deep learning*)⁵¹ in vere e proprie manovre cognitive e valutative, anche senza supervisione⁵², in confronto ai cui risultati gli autori del software e quelli che lavorano alla sua implementazione possono dare assicurazioni solo in ordine ad alcune impostazioni di criterio, mentre l'effettivo seguito per giungere all'output non può essere previsto, poiché frutto delle operazioni compiute dalla macchina⁵³. In tali casi, il si-

WP251 (Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679), definite dal Gruppo di lavoro costituito ai sensi dell'art. 29 della direttiva 95/46/CE, anche per le differenze e le possibilità di usare insieme tutte queste potenzialità dell'attività algoritmica (*ivi*, p. 8).

⁴⁹ J.M. VICTOR, *The EU General Data Protection Regulation: Toward a Property Regime for Protecting Data Privacy*, in *123 Yale L.J.*, 2013, p. 522.

⁵⁰ A. MASUCCI, *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie. Il procedimento amministrativo elettronico ad istanza di parte*, Torino, 2011, pp. 82 ss.

⁵¹ Il *Deep learning* è connesso al sistema decisionale impostato come *Deep Neural Network* (DNN), una combinazione di algoritmi che maneggiano centinaia di strati e milioni di parametri, il che rende il DNN un modello estremamente complesso di *black box*: cfr. D. CASTELVECCHI, *Can we open the black box of AI?*, in *Nature News* 538 (7623), 2016, p. 20; S. CRISCI, *Intelligenza artificiale ed etica dell'algoritmo*, in *Foro Amm.*, 2018, pp. 1787 ss.. M.A. BODEN, *Intelligenza artificiale*, in J. AL-KHALILI (a cura di), *Il futuro che verrà*, trad. it. Milano, Bollati Boringheri, 2017, p. 134 s., fornisce una chiara descrizione dei sistemi *deep learning*: «*non sono programmati nel senso tradizionale del “fai questo, poi fai quello”, ma consistono in reti neurali artificiali multistrato, nelle quali l'output di un livello viene utilizzato come input nel livello successivo. Ciascuno strato contiene molte migliaia di unità, che comunicano tra di loro fino a che si “asestano” in uno stato che rappresenta uno schema stabile rinvenuto nei dati. Spesso si tratta di schemi ricorrenti nuovi e inattesi — inattesi persino dalle persone che gestiscono i sistemi.*»

⁵² F. POLLICE, *Gli algoritmi e l'Intelligenza artificiale, come le macchine apprendono*, in *Education, Futurism, Innovation*, 9 dicembre 2014

⁵³ *Orientamenti etici per un'IA affidabile* cit., p. 24: «*I sistemi di IA con capacità di apprendi-*

stema utilizzato è ben più ricco rispetto alla mera impostazione della sequenza lineare, ed assomiglia assai di più agli atti procedurali preposti all'acquisizione ed alle valutazioni degli elementi di fatto, ed anche al momento decisionale del procedimento⁵⁴.

Mentre cioè la decisione automatica “programmata” consente di riportarla ad uno schema in cui vi sia input integralmente umano, sul modello norma-fatto, e perciò il codice (o il programma, o l'algoritmo) sono prodotti intenzionalmente umani cui è applicabile una sorta di sillogismo della responsabilità e dell'intenzione, dato l'evidente nesso causale tra la sorgente umana e l'atto automatico, e lo spostamento del focus sugli antefatti procedurali, per l'evidente dipendenza di questo da quella⁵⁵, quando ci si confronta con le operazioni dell'IA capaci di *learning* non solo si può legittima-

mento che sono in grado di adattare dinamicamente il loro comportamento possono essere intesi come sistemi non deterministici che potrebbero produrre un comportamento imprevisto. Spesso tali sistemi sono valutati secondo la prospettiva teorica del ciclo "percezione/pianificazione/azione"». G. ORSONI, E. D'ORLANDO, Nuove prospettive dell'amministrazione digitale: Open Data e algoritmi, in Istituzioni del federalismo, 2019, pp. 610 s.: «l'apprendimento automatico, che caratterizza il relativo meccanismo di funzionamento, fa sì che la regola decisionale emerga automaticamente dai dati specifici oggetto di analisi, a volte in modi che nessun programmatore può spiegare»; L. VIOLA, L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo cit., p. 12, parla di «applicazioni dell'intelligenza artificiale che non risultano più confinate ai territori delle cose, ma risultano sempre più suscettibili di stati cognitivi caratterizzati da un certo grado di autonomia e imprevedibili dall'utilizzatore». Circa le conseguenze in ordine alle responsabilità, ed in particolare alla difficile applicazione di quella da «difetto del prodotto», cfr. U. PAGALLO, Intelligenza Artificiale e diritto. Linee guida per un oculato intervento normativo, in Sistemi intelligenti, 3, 2017, pp 615 ss..

⁵⁴ Lo coglie bene Tar Lazio, Roma, III bis, 22 marzo 2017, n. 3769, con riferimento al «c.d. 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».

⁵⁵ Lo si vede bene nella ormai numerosa giurisprudenza chiamata ad intervenire sulle procedure di acquisto – e dunque sulle gare – automatiche, che sembra usare argomenti tratti a pie' pari dalla classica logica procedimentale, sia quando salvano la procedura perché immune da vizi logici (per particolare chiarezza delle previsioni di bando relative alle circostanze da dichiarare alla p.a., per opportune funzioni di blocco del sistema informatico, per la previsione di una ricevuta di avvenuto invio contenente il riepilogo dei dati inseriti, ecc.: Cons. Stato, sez. III, 26 febbraio 2016, n. 796, sia quando al contrario rilevano rigidità improprie dell'azione automatica, che impone interventi correttivi (T.A.R Lazio sez. III-bis, 8 agosto 2018 n. 8902, ad esempio, ha ritenuto la doverosità del ricorso al soccorso istruttorio ex art. 6 l. 7 agosto 1990, n. 241 in una procedura concorsuale informatizzata in cui «il rispetto del termine di presentazione della domanda dipende da variabili assolutamente imprevedibili e non “quantificabili” in termini di tempo, e cioè dalle concrete modalità di configurazione del Sistema Informativo, anche qualora, come nel caso in esame, la compilazione sia affidata a soggetti più che competenti»).

mente parlare di “amministrazione algoritmica”, ma anche e propriamente di “atto amministrativo algoritmico”, dato che la dipendenza della decisione dal codice sorgente è labile, imprevedibile, persino inspiegabile, dunque la “volontà procedimentale” si forma nello sviluppo dei connettori automatici, e “i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione” dell’art. 3 della L. n. 241/1990 sono potenzialmente acquisiti, valutati, e versati nella decisione (e perciò nell’atto finale) integralmente dalla macchina, senza decisivo apporto umano.

Con la conseguenza che, mentre nei modelli lineari la eventuale “superficie di errore” può essere facilmente compresa e motivata, consentendo di capire come agirà il modello in ogni situazione in cui potrebbe trovarsi, nelle architetture profonde di AI il paesaggio potrebbe essere opaco poiché non può essere pienamente osservato, e la conoscenza delle operazioni compiute dalla macchina deve essere approssimata⁵⁶.

Non per caso una delle missioni in cui sembra impegnata la *Data Science* è quella che va sotto il nome di *Explainable AI* (XAI)⁵⁷, un approccio che lavora a rendere conoscibili, spiegabili e comprensibili le decisioni automatiche. E’ veramente interessante notare come i *data scientists* descrivono i motivi per cui una *Explainable AI* sia necessaria, e quali siano i temi implicati dal loro lavoro al riguardo: si tratta, in breve, del medesimo materiale trattato per decenni dagli studi di diritto amministrativo in ordine ai principi connessi all’obbligo di motivazione, alla trasparenza, alla ragionevolezza, che hanno sviluppato sofisticatissime conoscenze e pratiche, che riguardano non solo i fondamenti, i moventi, i rischi involti in quegli ambiti, ma si sono spinti ad osservare, discutere, e regolare, la struttura di quegli oggetti, gli scheletri che li costituiscono, e che perciò possono essere manovrati in modo da indurre comportamenti, decisioni, atti, e revisioni dei medesimi. Questi domini sembrano proprio quelli su cui si appuntano gli sforzi rivolti alla XAI.

Se insomma dobbiamo dare per scontato che i sistemi di AI possano essere “opachi” (le mappature da input a output sono invisibili all’utente), “interpretabili” (gli utenti possono analizzare matematicamente le mappature) e “comprensibili” (i modelli dovrebbero generare simboli o regole insieme al loro output specifico per aiutare nel processo di comprensione della logica alla base delle mappature in corso)⁵⁸, non sembra dubbio che dal punto di vista gius-pubblicistico l’unico modello valido oggi sia quello,

⁵⁶ A. BARREDO ARRIETA, N. DÍAZ-RODRÍGUEZ, J. DEL SER, A. BENNETOT, S. TABIK, A. BARBADO, S. GARCÍA, S. GIL-LÓPEZ, D. MOLINA, R. BENJAMINS, R. CHATILA, F. HERRERA, *Explainable Artificial Intelligence (XAI): Concepts, Taxonomies, Opportunities and Challenges toward Responsible AI*, in arXiv. 1910.10045.cs.AI, 2019, p. 11, richiamano al riguardo «l’ottimizzazione euristica (ad esempio attraverso la discesa stocastica del gradiente)».

⁵⁷ A. BARREDO ARRIETA et al., *Explainable Artificial Intelligence (XAI): Concepts, Taxonomies, Opportunities and Challenges toward Responsible AI* cit.

⁵⁸ D. DORAN, S. SCHULZ, T. R. BESOLD, *What does explainable AI really mean? a new conceptualization of perspectives* (2017). arXiv:1710.00794.

appunto “comprensibile”⁵⁹, ed affidabilmente tale⁶⁰: oltre infatti alla natura pubblica delle funzioni e dei materiali trattati, e ai conseguenti fenomeni di protezione dell'accessibilità, si è capito che la “trasparenza” ha senso proprio in quanto strumento di comprensibilità delle informazioni (per la quale l'accessibilità è elemento irrinunciabile, ma strumentale)⁶¹, e della logica utilizzata per provvedere⁶².

In questo senso, occorre riflettere sull'orientamento rinvenibile in *data science* a costruire presupposti comprensibili alle macchine (*API - Application Programming Interface*)⁶³, che ovviamente facilitano apprendimento, rafforzamento, potenza dell'AI; orbene, a parte il dubbio che questo sia davvero un orientamento antropocentrico, se la questione viene riguardata dal lato del diritto amministrativo, bisogna valutare se e quanto invece pretendere che le macchine, almeno nel loro uso nel procedimento amministrativo, siano in grado di percepire e rendere percezioni e rappresentazioni di realtà, linguaggi, segni, comportamenti “naturali” (cioè umani), avvertendo

⁵⁹ Per tutti, si vedano gli argomenti di G. PASTORI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Foro amm.*, 1987, p. 3168: «il processo decisionale logico-sostanziale diventa in se stesso un sistema di decisioni che [...] va visto e reso trasparente e sindacabile [...] nelle sue varie parti e nella sua continuità».

⁶⁰ Con altre parole, si veda Cons. Stato, sez., VI, 8 aprile 2019, n. 2770: «il meccanismo con cui si concretizza la decisione robotizzata deve essere “conoscibile, secondo una declinazione rafforzata del principio di trasparenza, che implica piena conoscibilità di una regola espressa in un linguaggio differente da quello giuridico».

⁶¹ F. MANGANARO, *L'evoluzione del principio di trasparenza*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Roberto Marrama*, Napoli, 2012; ID., *Trasparenza e digitalizzazione*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2019, pp. 72 ss.; per alcuni il diritto di “informazione” recato da tali disposizioni comprende il diritto di “spiegazione”, e dunque l'accessibilità è strumentale alla comprensibilità: cfr. A. SIMONCINI, S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma nell'intelligenza artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2019, pp. 87 ss.; S. WÄCHTER, B. MITTELSTADT, 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*, 2, 2017, pp. 76 ss.; ma la questione non è indiscussa: cfr. E. PELLECCIA, *Profilazione e decisioni automatizzate al tempo della black box society: qualità dei dati e leggibilità dell'algoritmo nella cornice della responsible research and innovation*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2018, pp. 1210 ss. Nel caso della profilazione il Rgpd europeo prevede espressamente un'estensione dell'obbligo di informazione alla «logica utilizzata» (artt. 13 §.2 lett. f e art. 14 §.2 lett. g), e la «valutazione di impatto» (art. 35), ed il Considerando 71 spiega che «in ogni caso, tale trattamento dovrebbe essere subordinato a garanzie adeguate, che dovrebbero comprendere la specifica informazione all'interessato e il diritto di ottenere l'intervento umano, di esprimere la propria opinione, di ottenere una spiegazione della decisione conseguita dopo tale valutazione e di contestare la decisione». F. COSTANTINI, G. FRANCO, *Decisione automatizzata, dati personali e pubblica amministrazione in Europa* cit., p. 736, rilevano che «la possibilità di consultare direttamente le righe di codice del programma trova un'ulteriore ragione nelle iniziative che riguardano l'utilizzo di software “open source” da parte della pubblica amministrazione».

⁶² La complessità del fenomeno della trasparenza è ampiamente rilevato nella letteratura italiana: per tutti, si v. E. CARLONI, F. GIGLIONI, *Three transparencies and the persistence of opacity in the Italian Government System*, in *23 European Public Law* (2017), pp. 285 ss.

⁶³ *Proposte per una strategia italiana per l'intelligenza artificiale* cit., p. 59: «come osservato dal Team per la Trasformazione Digitale, è necessario connettere tra loro i sistemi informatici della PA e fare in modo che tutte le applicazioni siano comprensibili alle macchine».

che, fintanto che ciò non sarà, i meccanismi di apprensione ed i linguaggi delle macchine “opachi”, o anche solo “interpretabili” con la mediazione di esperti e di conoscenze sofisticate, sono passibili di censura sul piano della validità giuridica, inficiando la possibilità non solo della decisione automatica costruita su quel paradigma, ma anche di quella ancora umana troppo basata su una istruttoria condotta da una macchina in termini non comprensibili⁶⁴.

Le grandi difficoltà di conseguire la “comprensibilità” della *black box*, e cioè di compiere il percorso che nel diritto amministrativo ha spinto a trattare l'istruttoria come “*glass box*”⁶⁵, sono aggravate da diversi elementi, come ad esempio le questioni di privacy, di “*cybersecurity*”⁶⁶, dell'accumulo e del riutilizzo di dati⁶⁷; ma c'è un punto ancora poco esplorato, giacché in XAI si tende a distinguere i destinatari per costruire i gradi della sua capacità di trasparenza, accessibilità, comprensibilità, motivazione⁶⁸; a seconda che si tratti o meno di esperti in vari ambiti, sembrano essere diverse le necessità⁶⁹, mentre nell'amministrazione pubblica, dove gli interessati possono esser di ogni tipo, le esigenze possono perciò riguardare un po' tutte le ragioni di XAI⁷⁰. Anche negli studi di diritto amministrativo si è considerata la questione dell'*uditorio*, ed è stata ampiamente esaminata la funzione assoluta dalla motivazione in relazione ad una specifica categoria di destinatari

⁶⁴ La giurisprudenza, non a caso, ha già riconosciuto il diritto di accesso al cd. “codice sorgente”: si v. TAR, Lazio, Roma, sez. III-bis, 21 marzo 2017, n. 3742; 22 marzo 2017, n. 3769; L. VIOLA, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo* cit., p. 14, nota che ciò è dovuto a «una formulazione delle norme in materia di accesso molto ampia (soprattutto la definizione di documento amministrativo soggetto all'accesso fornita dall'art. 22, 1° comma lett. d) della l. 7 agosto 1990, n. 241)».

⁶⁵ in A. BARREDO ARRIETA et al., *Explainable Artificial Intelligence (XAI): Concepts, Taxonomies, Opportunities and Challenges toward Responsible AI* cit., pp. 10 s., sono rilevati nella letteratura disponibile tre livelli di trasparenza direttamente dovuti ai “*Machine Learning Models*”, sei approcci di “*post-hoc techniques*”, ideate per rendere più interpretabili i modelli ML, ed una pletora di declinazioni e tecniche.

⁶⁶ P.L. MONTESSORO, *Cybersecurity: conoscenza e consapevolezza come prerequisiti per l'amministrazione digitale*, in *Ist. fed.*, 2019, p. 783.

⁶⁷ V. BRIGANTE, *Evolving pathways of administrative decisions* cit., p. 127.

⁶⁸ Consiglio di Stato, sez. VI, n. 2270/2019 cit., par. 8.3.; S. WACHTER, B. MITTELSTADT, 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, p. 78, fanno notare come la disciplina del Gpdp in realtà con contempra l'obbligo di motivazione come lo conosciamo per i provvedimenti amministrativi umani.

⁶⁹ Si veda lo schema riportato in F. ROSSI, *AI Ethics for Enterprise AI* (2019), in https://economics.harvard.edu/files/economics/files/rossifrancesca_4-22-19_ai-ethics-for-enterprise-ai_ec3118-hbs.pdf.

⁷⁰ in A. BARREDO ARRIETA et al., *Explainable Artificial Intelligence (XAI): Concepts, Taxonomies, Opportunities and Challenges toward Responsible AI* cit., p. 8, vengono riassunti nei seguenti: affidabilità, causalità, trasferibilità, conoscibilità, fiducia, correttezza, accessibilità, interattività, consapevolezza della privacy (Trustworthiness, Causality, Transferability, Informativeness, Confidence, Fairness, Accessibility, Interactivity, Privacy awareness: *ibidem*, tab. 1).

della medesima⁷¹, la sua connessione con le tipologie di funzioni su cui agisce⁷², la capacità di *accountability*⁷³ e di informazione⁷⁴; ma mai per arguirne la possibilità di una comprensione riservata a specialisti di una determinata tecnologia⁷⁵, consegnando lo scettro ad una sorta di sovrani del procedimento⁷⁶.

Ciò suggerisce di utilizzare, anche in forma sperimentale, per il lavoro della pubblica amministrazione, esclusivamente sistemi algoritmici con gradi di tracciabilità e trasparenza, secondo i principi e gli schemi consolidati dal diritto amministrativo, e di escludere qualunque intervento inerente alle decisioni amministrative, ivi incluse le proposte rivolte ad organi umani, che non siano in grado di fornire le motivazioni, ancora una volta siccome raffinate nel diritto amministrativo, che non potranno perciò accontentarsi di costruire modelli ed interfaccia di spiegazioni, che traducano cioè in termini umanamente comprensibili il lavoro svolto nel processo di acquisizione degli input cognitivi, e di apprendimento e valutazione dei medesimi: ben vengano tali sistemi, ma per rendere attendibile (e giuridicamente valida) la partecipazione a deliberazioni automatiche occorrerà anche rendere comprensibile comunemente, e per intero, il predecisionale. E bisognerà anche stabilizzare l'assunto che, quando vengano impiegati in operazioni amministrative, la trasparenza, l'accessibilità e la verificabilità dei sistemi prevalgano sulle privative di proprietà industriale o intellettuale⁷⁷.

⁷¹ Come la persona interessata dal provvedimento, il giudice, la collettività: A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 52 ss.. Per gli argomenti di diritto positivo che inducono a ritenere obbligo di motivazione posto a favore del destinatario dell'atto, cfr. G. CORSO, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir., agg. V*, Milano, 2001, pp. 785 ss.; ID., *Motivazione degli atti amministrativi e legittimazione del potere negli scritti di Antonio Romano Tassone*, in *Dir. amm.*, 2014, p. 470 ss.

⁷² G. ARENA, *Le diverse finalità della trasparenza amministrativa*, in F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa* cit., p. 29 ss..

⁷³ A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Padova, Cedam, 2013, spec. pp. 249 ss.

⁷⁴ G. MANNUCCI, *Uno, nessuno, centomila. Le motivazioni del provvedimento amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2012, pp. 837 ss.

⁷⁵ G. ARENA, *Trasparenza amministrativa*, in S. CASSESE (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, VI, p. 5948 ss.; M. OCCHIENA, *I principi di pubblicità e trasparenza*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 143.

⁷⁶ L. BREGGIA, *Prevedibilità, predittività e umanità nella soluzione dei conflitti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, p. 395, parla di una dittatura digitale; sulla "data hegemony" si veda V. BRIGANTE, *Evolving pathways of administrative decisions* cit., pp. 100 ss.

⁷⁷ T.A.R. Lazio, Roma, sez. III-bis, 22 marzo 2017, n. 3769; F. MANGANARO, *Evoluzione ed involuzione delle discipline normative sull'accesso a dati, informazioni ed atti delle pubbliche amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2019, pp. 743 ss., dimostra come la gran parte delle esigenze di riservatezza siano considerate recessive quando l'accesso sia esercitato per esigenze di difesa di un interesse giuridicamente rilevante; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Umano troppo umano* cit., p. 28: «è abbastanza evidente che se l'amministrazione acquista un servizio per farne uso nella propria attività provvedimentale, la questione della proprietà intellettuale diviene cedevole»; J-B. AUBY, *Il diritto amministrativo di fronte alle sfide digitali* cit., p. 630, nel commentare legge francese del 7

4. La *data science* per gli atti amministrativi interamente vincolati.

Si spiega alla luce di quanto rilevato perché il primo aspetto su cui le conoscenze del diritto amministrativo hanno offerto alla *Data science* un ambito di intervento a prima vista piuttosto semplice, sia stato costituito dagli atti vincolati⁷⁸, privi di alcuna valutazione, di alcun giudizio, o di alcuna opzione valutativa predecisionale⁷⁹; in questi casi, che forse possono diventare più numerosi proprio in relazione alle innovazioni tecnologiche disponibili⁸⁰, l'intervento umano potrebbe già oggi considerarsi sostanzialmente superfluo, laddove la rilevazione della realtà mediante acquisizione meccanica di dati non discutibili e valutabili, che fa da unico presupposto variabile dell'atto, abbia già meccanismi tecnologici disponibili, e la deter-

novembre 2016 in materia di *governance* algoritmica, ritiene discutibile proprio il fatto che «non impone chiaramente l'ostensione del codice sorgente. Probabilmente questa lacuna si spiega per la volontà di prevedere l'eventualità in cui l'amministrazione non sia proprietaria dell'algoritmo: cosa che avviene ove l'algoritmo sia stato costruito per lei da una società esterna, sulla base di un contratto che non trasferisce i diritti di proprietà intellettuale». Il Parlamento europeo, con il punto 9 della *Proposta di Risoluzione sulla robotica*, cit.; «invita la Commissione a promuovere un ambiente aperto, che spazi da norme aperte a modelli innovativi per la concessione delle licenze e dalle piattaforme aperte alla trasparenza, al fine di evitare la dipendenza da sistemi proprietari che limitano l'interoperabilità». Cfr. anche il par. 4.2 della *Comunicazione sulla Strategia per il mercato unico digitale in Europa*, Commissione europea, COM(2015) 192 final. Va rammentato che l'art. 68, co. 1-ter, del Codice dell'amministrazione digitale (d. lgs. 7 marzo 2005, n. 82), dispone che «ove dalla valutazione comparativa di tipo tecnico ed economico, secondo i criteri di cui al comma 1-bis, risulti motivatamente l'impossibilità di accedere a soluzioni già disponibili all'interno della pubblica amministrazione, o a software liberi o a codici sorgente aperto, adeguati alle esigenze da soddisfare, è consentita l'acquisizione di programmi informatici di tipo proprietario mediante ricorso a licenza d'uso. La valutazione di cui al presente comma è effettuata secondo le modalità e i criteri definiti dall'AgID».

⁷⁸ L'ipotesi era già stata avanzata, con notevole lungimiranza, da G. DUNI, *L'utilizzabilità delle tecniche elettroniche nell'emanazione degli atti e nei procedimenti amministrativi. Spunto per una teoria dell'atto emanato nella forma elettronica*, in *Riv. amm.* R.I., 1978, 407 e ss.; parla di "cavallo di troia" dell'elettronica nel diritto amministrativo L. VIOLA, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo* cit., p. 5.

⁷⁹ D. SORACE, *Il principio di legalità e i vizi formali dell'atto amministrativo dell'atto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2007, p. 387 li definisce bene: «un atto dell'amministrazione può considerarsi vincolato quando si è in presenza di una fattispecie in relazione alla quale la legge stabilisce che, in presenza di un presupposto di fatto che l'amministrazione deve limitarsi ad accertare, senza operare scelte o valutazioni opinabili, l'amministrazione stessa può legittimamente prendere un solo provvedimento, determinato dalla legge, senza alcun margine di scelta neanche relativamente all'am». Si tratta di quelli che F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, Milano-Padova, Wolters-Kluwer-Cedam, 2017, p. 198, fa rientrare nei casi "facili", in cui «il fatto concreto rientra nel centro semantico della fattispecie o fra i casi esclusi (ed in cui) il processo di decisione si riduce allo svolgimento di una deduzione sillogistica, giacché la qualificazione è già data» (chiaro il riferimento esplicito dell'A. a H. L. A. HART, *Il concetto di diritto*, trad. it. Torino, Einaudi, 1965, 151 e ss.).

⁸⁰ Che, naturalmente, rendono velocemente obsoleto ogni argomento che non consideri le evoluzioni tecnologiche, come ad esempio la necessità all'epoca evidente di una "normalizzazione" del testo giuridico studiata da A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico* cit., p. 19, che può essere superata dagli sviluppi in tema di *web* semantico.

minazione conseguente è un provvedimento ma non una decisione⁸¹, poiché null'altro è che una conseguenza predefinita direttamente dalla norma; se si pensa alle sanzioni per la guida in stato di ebbrezza o per eccesso di velocità, si può comprendere come lo schema che nelle scienze giurispubblicistiche è stato rilevato come norma-fatto- effetto⁸², corrisponde in termini impressionanti alle osservazioni delle teorie delle decisioni in riferimento alla ottimizzazione lineare a singolo criterio, metodo matematico di ricerca della soluzione ottima (di massimo o di minimo) di un problema decisionale quando l'obiettivo che si persegue è unico, ed è anche soggetto a vincoli non valutativi, che permette di esplicitare l'obiettivo e quantificarlo, definire accuratamente ciascun elemento del problema ed utilizzare una programmazione di tipo lineare⁸³.

Per questo tipo di provvedimenti, inoltre, il regime giuridico della motivazione anche in ambito umano risente della peculiare struttura della fattispecie, e per quanto la legge imponga la motivazione per ogni provvedimento amministrativo, la giurisprudenza è abbastanza assestata nel ritenere sufficiente in questi casi quasi una "giustificazione"⁸⁴: l'obbligo di motivazione è assolto con la necessità di esplicitare e dar conto dei presupposti, con i riferimenti agli elementi di fatto ed alle norme vincolanti⁸⁵, e ciò ren-

⁸¹ Sulla distinzione tra decisione amministrativa e provvedimento si vedano, tra altri, M.S. GIANNINI, *Decisioni e deliberazioni amministrative*, in *Foro it.*, 1946, pp. 159 ss.; E. CANNADA BARTOLI, *Decisione amministrativa*, in *Nov. Dig. It.*, V, Torino, UTET, 1964, pp. 268 ss.; G. GUARINO, *I tecnici e i politici nello Stato contemporaneo. Prolusioni e conferenza*, Milano, Giuffrè, 1966, pp. 196 ss.; M. NIGRO, *Le decisioni amministrative*, Napoli, 1953, 3 ss.; F. MERUSI, G. TOSCANO, *Decisioni amministrative*, in *Enc. giur.*, X, Roma, Treccani, 1988, pp. 3 ss.; A. TRAVI, *Decisione amministrativa*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, IV, Torino, UTET, 1989, pp. 524 ss..

⁸² E. CAPACCIOLI, *Disciplina del commercio e processo amministrativo*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, I, Padova, 1978, pp. 310 ss.; A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive cit.*, pp. 29 ss.

⁸³ Colto subito dalla dottrina di esordio del problema, che oltre a ritenere impossibile l'uso di concetti giuridici indeterminati, invocava la logica della macchina che richiedeva «un'ulteriore condizione per l'automazione di un testo giuridico: il precetto normativo deve essere ricostruibile secondo lo schema *Se (If) Allora (Then)*»: così. A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico cit.*, pp. 25 s.. Per una lettura più recente, con riferimento ad un'indagine condotta dall'*Administrative Review Council* australiano nel 2004, cfr. S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Umano troppo umano cit.*, 2019, pp. 19 ss., ed in particolare la nt. n. 39, particolarmente efficace nella descrizione.

⁸⁴ M.S. GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc.dir.*, XXVII, Milano, Giuffrè, 1977, pp. 268 ss.; ma si veda, molto prima, C. M. IACCARINO, *Studi sulla motivazione con particolare riguardo agli atti amministrativi*, Roma, 1933.

⁸⁵ Solo da ultimo, si v. Cons. Stato, sez. II, 12 marzo 2020, n. 1765; Id., sez. V, 20 agosto 2015, n. 3953; l'assunto comporta anche che nei confronti dell'attività vincolata si supera il principio del divieto di integrazione processuale della motivazione: già prima dell'art. 21-octies L. n. 241 del 1990, si v. G. VIRGA, *Integrazione della motivazione nel corso di giudizio e tutela dell'interesse alla legittimità sostanziale del provvedimento impugnato*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, 516 ss. e A. ZITO, *L'integrazione in giudizio della motivazione del provvedimento: una questione ancora aperta*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, pp. 577 ss.; in giurisprudenza, solo per menzionare arresti recenti, si vedano T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 8 aprile 2019, n. 260; T.A.R., L'Aquila, sez. I, 23 febbraio 2019, n. 116; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 21 giugno 2017,

de ovviamente più accessibile ad un sistema automatico poterne riferire, e dunque venire dotato senza troppe difficoltà di una capacità di produrre un atto motivato secondo parametri ritenuti giuridicamente validi.

Nelle situazioni interamente vincolate, insomma, sembrerebbe già possibile affidare integralmente a procedure automatizzate l'intera fattispecie⁸⁶.

Va tuttavia tenuto presente che la letteratura giuridica indica ragioni che consigliano prudenza sulle fattispecie vincolate⁸⁷. Va dunque verificato quanto sia possibile aumentare la cautela istruttoria⁸⁸; già oggi articolo 35 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 sulla protezione dei dati (d'ora innanzi, Gdpr), prevede una valutazione obbligatoria di *data protection impact assessment* (DPIA), ed è allo studio una *Trustworthy AI Impact Assessment* (TAIA), che può includere una autovalutazione di obblighi e cautele preventive che vadano oltre la riservatezza sui dati, potendosi allargare a tutti gli incumbenti istruttori volti ad un trattamento coerente *by design* con le previsioni normative e i principi costituzionali rilevanti⁸⁹.

n. 7251. M. RAMAJOLI, *Il declino della decisione motivata*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, p. 903, la ritiene un'eccezione pretoria che affonda le sue radici nella giurisprudenza pregressa alla L. n. 241 del 1990.

⁸⁶ M. D'ANGELOSANTE, *La consistenza del modello dell'amministrazione « invisibile » nell'età della tecnificazione: dalla formazione delle decisioni alla responsabilità per le decisioni*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA, *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. La tecnificazione*, vol. IV, *La tecnificazione*, Firenze, Firenze University Press, 2016, p. 157 che, a proposito delle violazioni della normativa in materia di circolazione stradale, nota un passaggio da «una condizione 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*» con *autovelo* e tutor.

⁸⁷ Si vedano, solo per esempio, D. CORLETTI, *Vizi "formali" e poteri del giudice amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.* 2006, p. 62, che analizza le ragioni per cui è «l'intera categoria (e il concetto stesso) di atto vincolato a risultare incerta e sfuggente»; analogamente V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in materia di vizi formali degli atti amministrativi*, in *Dir. pubbl.*, 2004, p. 210; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 308. Con riguardo specifico agli atti vincolati algoritmici si vedano P. OTRANTO, *Decisione amministrativa* cit., p. 18, e V. BRIGANTE, *Evolving pathways of administrative decisions* cit., p. 160.

⁸⁸ Segnala la progressiva complessità sistemica M. D'ANGELOSANTE, *La consistenza del modello dell'amministrazione "invisibile" nell'età della tecnificazione* cit., p.157, con riferimento alle sanzioni per la violazione della normativa in materia di circolazione stradale, illustra il passaggio da una «*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'*autovelo*)», 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 sottratto, considerando parametri quali la classe del veicolo e le condizioni di traffico, al fine dell'applicazione automatica delle eventuali e conseguenti sanzioni).

⁸⁹ G. ORSONI, E. D'ORLANDO, *Nuove prospettive dell'amministrazione digitale* cit., p. 616

Sovviene qui uno degli arricchimenti provenienti dalle scienze giuridico-amministrative giacché, per quanto se ne discuta l'ampiezza, il diritto amministrativo conosce il dettaglio dell'effetto costitutivo⁹⁰: anche dove non c'è opzione di scelta propria, e prescindendo del tutto dai riflessi che ciò ha in ordine alle situazioni giuridiche coinvolte, è importante osservare che anche nei provvedimenti *totalmente* vincolati l'effetto giuridico, l'effettività, sorge *solo* con l'adozione dell'atto amministrativo provvedimento.

Ciò consente di invocare anche nelle fattispecie *totalmente* vincolate la traduzione dell'inclinazione di *data science* riferito alla "sorveglianza umana", come criterio di garanzia del principio fondamentale di "autonomia umana"⁹¹, e dunque di tenere distinte anche nelle fattispecie integralmente vincolate automatizzate la fase dell'accertamento ed il momento costitutivo, ammettendo che la prima possa essere tenuta da sistemi automatici che, agendo da supporto al responsabile del procedimento, consentano l'adozione di una proposta di provvedimento, trattenendo in termini integralmente umani il provvedimento, e ogni possibilità di reclamo⁹², che data la caratteristica del fenomeno possono essere – ed in genere sono – piuttosto circoscritte ad errori che noi chiamiamo "di fatto", facilmente rilevabili e difficilmente discutibili, anziché rilasciarle praticamente per intero all'intervento ed alla tutela giudiziaria⁹³. Tale assunto ha anche diverse di-

segnalano «l'importanza delle analisi (anche preventive) d'impatto algoritmiche, del controllo e della certificazione degli algoritmi, dell'elaborazione di protocolli per il monitoraggio e l'individuazione di eventuali distorsioni».

⁹⁰ F. G. SCOCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979, pp. 249 ss.; ID, *L'interesse legittimo. Storia e teoria* cit. p. 442; D-U. GALETTA, *Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento*, Milano, 2003, spec. pp. 94 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio* cit., spec. pp. 150 ss.; A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 119, rileva «la possibilità, non meramente logica ma giuridica di distinguere, nell'ambito del procedimento inteso in senso ampio, comprensivo cioè del provvedimento, una fase procedimentale in senso stretto, coincidente con il processo decisionale e con la relativa determinazione, e una fase provvedimentale nella quale la determinazione viene assunta in vista della produzione dell'effetto giuridico che l'ordinamento collega al relativo atto». Allorché, perciò, l'amministrazione «agisce per la decisione», le posizioni giuridiche impiegate sono molto diverse da quelle attive per il momento in cui si «agisce per la produzione dell'effetto giuridico».

⁹¹ *Orientamenti etici per un'IA affidabile* cit., p. 18.

⁹² Cons. Stato, sent. n. 8472/2019 invoca "ragioni di principio, ovvero concrete, per limitare l'utilizzo all'attività amministrativa vincolata piuttosto che discrezionale, entrambe espressione di attività autoritativa svolta nel perseguimento del pubblico interesse"; T.A.R. Puglia - Bari, 27 giugno 2016 n. 896, nel censurare «la manifesta irragionevolezza, ingiustizia ed irrazionalità di un sistema di presentazione delle domande di partecipazione ad un concorso che, a causa di meri malfunzionamenti tecnici, giunga ad esercitare impersonalmente attività amministrativa sostanziale, disponendo esclusioni de facto riconducibili a mere anomalie informatiche», ha anche auspicato che «pro futuro ed in un'ottica conformativa del potere, l'Amministrazione debba predisporre, unitamente a strumenti telematici di semplificazione dei flussi documentali in caso di procedure concorsuali di massa, altresì procedure amministrative parallele di tipo tradizionale ed attivabili in via di emergenza, in caso di non corretto funzionamento dei sistemi informatici predisposti per il fisiologico inoltro della domanda».

⁹³ Un buon esempio può essere rappresentato dal problema della sottoscrizione del provvedimento; di fatto la giurisprudenza, dopo qualche esitazione sulla disposizione di

sposizioni di riferimento che sembrano convergere sul vietare in generale decisioni basate unicamente su un trattamento automatizzato (ma anche come vedremo, nel prevedere e regolare diverse deroghe)⁹⁴.

5. La questione della decisione amministrativa algoritmica⁹⁵; la discrezionalità.

Più impegnativo è naturalmente il fronte delle decisioni amministrative vere e proprie, quelle che noi riconduciamo alla vasta area della discrezionalità, sia quella – sempre più rara⁹⁶ – che definiamo pura («ponderare tutti gli interessi legislativamente tutelati che possono essere direttamente toccati dall'agire amministrativo»⁹⁷), sia quella che debba considerare possibilità tecniche e cognizioni scientifiche⁹⁸.

cui all'art. 3, 2° comma del d.lgs. 12 febbraio 1993, n. 39, ha praticamente abbandonato ogni questione iniziale relativa alla ampiezza della previsione di delega e limitato l'applicazione della previsione ai soli atti vincolati: tra le sentenze più recenti si vedano Cass. civ. sez. trib., 17 maggio 2017, n. 12302; sez. lav., 15 ottobre 2003, n. 15448; T.A.R. Marche, 13 marzo 2013, n. 210.

⁹⁴ si vedano i dd.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (come modificato da ultimo dal d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101), relativamente alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, e 18 maggio 2018, n. 51, con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali. Le disposizioni vigenti si rifanno al regolamento (UE) n. 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, e alla direttiva (UE) 2016/680 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016. F. COSTANTINI, G. FRANCO, *Decisione automatizzata, dati personali e pubblica amministrazione in Europa* cit., p. 732, fanno notare che l'art. 22 Rgpd, l'art. 11 della direttiva (Ue) 2016/680, e l'art. 8 del d.lgs. 51/2018, replicano «il medesimo schema concettuale – divieto generale con deroga autorizzata specificamente da una disposizione normativa – a conferma del fatto che la proibizione non è assoluta, ma superabile per ragioni di pubblico interesse».

⁹⁵ Parla di “tipo di amministrazione «algoritmica», per distinguerla da quella «digitale»”, illustrandone anche molti esempi già in uso nel mondo, A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2019, p. 1169.

⁹⁶ A. ROMANO-TASSONE, *Amministrazione pubblica e produzione di «certezza»: problemi attuali e spunti ricostruttivi*, in *Dir. amm.*, 2005, pag. 867 ss., rilevava come «lo schema strutturale dell'accertamento, pertanto, ha rivelato incontenibili valenze espansive, e sembra suscettibile, in prospettiva non troppo remota, di esser applicato agli atti amministrativi tout court: se non proprio tutta, certamente gran parte dell'attività amministrativa appare infatti suscettibile di esser esaustivamente ricostruita in termini di puro “accertamento”» [...] «la certezza che oggi sempre più spesso si richiede, e di cui quindi si fa positivamente questione, ricade sempre meno su rapporti o su fatti giuridici, e sempre più su qualità intrinseche (e sovente economicamente valutabili) di beni della vita».

⁹⁷ U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, passim; A. CERRI, *Imparzialità e indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Padova, 1973, 120

⁹⁸ F. TRIMARCHI BANFI, *Ragionevolezza e razionalità delle decisioni amministrative*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2019, p. 324: «l'assimilazione della discrezionalità tecnica alla discrezionalità amministrativa è giustificata dal fatto che entrambe comportano giudizi il cui contenuto non si deduce da un parametro predefinito. Ma all'elemento che accomuna i giudizi dell'uno e dell'altro tipo si accompagna la diversità dell'oggetto dei giudizi medesimi: quelli che sono propri della discrezionalità tecnica vertono sulla qualificazione dei fatti, mentre i giudizi attinenti alla discrezionalità amministrativa vertono sull'assetto da dare ad

Sono molti già gli studi che, affrontando più o meno compiutamente le capacità dell'AI di fornire affidabili interventi di tipo discrezionale, finiscono col trovare più ragioni di obiezione che di fiducia⁹⁹. Ma credo che l'argomento debba essere affrontato con obbiettività, e capovolgere l'approccio, concentrandosi cioè su come trattiamo il percorso logico che conduce ad una decisione amministrativa *umana*¹⁰⁰, quali canoni pretendiamo esso rispetti per considerarlo valido, e quali al reciproco sono considerati impropri e consentono la qualifica dell'invalidità giuridica, con le sue (importanti, come vedremo) conseguenze. Siamo infatti in grado di fornire alle questioni di *Data Science* alcuni punti di arrivo di una lunga evoluzione ed accumulo di conoscenze.

Occorre al riguardo anzitutto convenire su un primo punto: da tempo il diritto amministrativo si è liberato dal pregiudizio mentale (anche se non ancora della conseguenza linguistica) dell'idea dell'autorità come ragione sufficiente di legittimazione ed affidabilità della decisione¹⁰¹; senza entrare nella ampia questione in ordine alla descrizione di questi fenomeni dal punto di vista gius-amministrativistico, siamo riusciti ormai a superare la logica imperativa, l'*ipse dixit* della decisione amministrativa, che non può più legittimarsi da sé, funzionare per il solo fatto di provenire da un'autorità, e perciò solo in grado di produrre ogni effetto, dato che si concorda abbastanza circa il fatto che essa va necessariamente accompagnata da «capacità tecnica di scegliere e di decidere»¹⁰², e che in fin dei conti «la decisione che scaturisce dal procedimento appare come quella che sarebbe stata concretamente assunta da un qualsiasi decidente dotato di ragione e di conoscenze adeguate (almeno potenzialmente: da "chiunque")»¹⁰³.

L'argomento è rilevante dato che, per un verso, sono diffuse le ipotesi circa la possibilità di un'«autorità algoritmica»¹⁰⁴, che agirebbe con logiche di

interessi».

⁹⁹ Una ricognizione sul punto è condotta da L. VIOLA, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo* cit., pp. 14 ss., e rileva una tendenza a spostare la questione verso forze ridotte di opzione, o per ragioni di rilievo tecnico scientifico, o per il ricorso all'autolimita preventivo.

¹⁰⁰ Conduce un approccio analogo M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in *Riv. AIC*, 2018, p. 877: «per stabilire cosa ci attendiamo da un giudice-robot dobbiamo identificare le pretese che possiamo elevare nei confronti di un giudice-umano, perché quel che dovremmo esigere dal primo dovrebbe essere almeno pari a quanto legittimamente potremmo chiedere al secondo».

¹⁰¹ S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA, *La tecnificazione dell'amministrazione*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA (a cura di), *La tecnificazione* cit., p. 9.

¹⁰² L. TORCHIA, *Teoria e prassi delle decisioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 2017, 1 ss., che prosegue: «questa capacità viene in genere data per scontata, quasi che fosse una conseguenza necessaria dell'attribuzione del potere di scegliere, mentre dovrebbe essere trattata come un presupposto, da verificare ex ante rispetto alla allocazione del potere di scelta».

¹⁰³ Così, richiamando Luhmann, A. ROMANO TASSONE, *Sui rapporti tra legittimazione politica e regime giuridico degli atti dei pubblici poteri*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazza*, Padova, 2007, I, p. 267.

¹⁰⁴ C. SHIRKY, *A Speculative Post on the Idea of Algorithmic Authority*, in

eminenza sostanziale¹⁰⁵; e per altro verso, per quanto possa essere discutibile che nel condurre l'amministrazione uno valga uno, e dunque che valga effettivamente la logica del "chiunque"¹⁰⁶, è certamente da escludere che l'atto di amministrazione, ed in particolare la decisione che esso esprime, sia soggettiva, individuale, quasi come quella che, anche lì sempre meno, continua a reggere la autonomia privata: la decisione è poco discutibile quando sarebbe stata adottata nei medesimi termini da qualunque altra autorità ragionevole¹⁰⁷.

Va poi tenuta in conto l'evoluzione delle conoscenze in ordine ad un antico argomento, quello della rilevanza politica delle decisioni amministrative; sin dai primi studi sulla discrezionalità – sofisticatissima elaborazione che, non mi pare irrilevante, deve alle scienze giuridiche moltissime delle conoscenze e delle esperienze che la riguardano¹⁰⁸ – si è rilevato che, quando riguarda una decisione pubblica, vi è una quota inevitabile di opzione politica¹⁰⁹, la quale, in quanto tale, non può che rimanere per lo più estranea al trattamento giuridico, avendo il proprio statuto, suoi propri percorsi di valutazione e sanzione, insomma una sua ontologia in parte diversa da quella giuridica¹¹⁰; e ciò, secondo una certa visione, impedirebbe la decisione amministrativa algoritmica, poiché appunto, le mancherebbe la capacità e la legittimazione per la definizione della sua quota politica¹¹¹.

Ora però questi assunti vengono investiti non solo dai sistemi normativi odierni, densi di norme fondamentali, principi, clausole, variegate "so-

www.shirky.com/weblog/2009/11/a-speculative-post-on-the-idea-of-algorithmic-authority/.

¹⁰⁵ A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica* cit., p. 1187, parla di «crisma di «scientificità» ovvero «neutralità» che oggi circonda la valutazione algoritmica».

¹⁰⁶ Seguo qui un'impostazione propria del mondo anglosassone: cfr. P. Cane, *Administrative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 250.

¹⁰⁷ Seguo qui un'impostazione propria del mondo anglosassone: cfr. P. Cane, *Administrative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 250.

¹⁰⁸ Da ultimo, per un'ampia dimostrazione, cfr. L. R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa e sovranità popolare*, in S. PERONGINI (a cura di), *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Torino, 2017, pp. 119 ss..

¹⁰⁹ Rilevazione diffusissima, a partire da D. DONATI, *Principii generali di diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione*, Padova, Cedam, 1932, pp. 12 ss., e M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939, pp. 166 ss., dove comincia ad emergere la «fissazione del valore comparativo degli interessi (attività intellettuale), [che] può essere disciplinata da regole non giuridiche, le quali emergono nei giudizi di merito», ed evolve sino alla descrizione recata in ID., *Diritto amministrativo*, Milano, 1988, II, p. 760, dove la discrezionalità amministrativa «ha, o quanto meno spesso può avere, un suo nucleo che è strettamente politico, ed è quindi soggetto alle variabili dell'indirizzo politico e della direttiva politico-amministrativa».

¹¹⁰ S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità* cit., p. 765, sostiene la «tesi (che chiamerei tesi della mutua esclusione tra regole e potere) [che] è il semplice corollario di un'altra, che in qualunque potere (negoziato, amministrativo, legislativo) si rinviene un nucleo decisionale intangibile, estraneo al diritto e quindi "libero"».

¹¹¹ E. PICOZZA, *Intelligenza artificiale e diritto – politica*, *Diritto amministrativo And Artificial Intelligence*, in *Giur. It.*, 2019, p. 1770.

luzioni” disponibili di tipo normativo o giurisprudenziale¹¹², ma anche dall'esponentiale aumento delle conoscenze in ogni ambito dello scibile, con la ovvia conseguenza che ciò che, un tempo, in mancanza di meglio, non poteva che essere rimesso ad una valutazione “politica”¹¹³, o al massimo ad una “comparazione di interessi”¹¹⁴ – che è stato già un fecondo avanzamento nel giuridico¹¹⁵ – oggi quasi sempre deve dispiegarsi utilizzando indirizzi normativi, cognizioni tecno-scientifiche, saperi, *expertise*, conoscenze e consapevolezze, fondandovi le ragioni della scelta decisionale e l'attendibilità dell'atto conseguente¹¹⁶. E se oggi queste aree decisionali

¹¹² La rileva e la analizza alla luce della teoria degli ordinamenti giuridici R. CAVALLO PERIN, *La validità dell'atto amministrativo tra legge, principi e pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Dir. Amm.*, 2017, pp. 637 ss..

¹¹³ G. BERTI, *Il pensiero di Mortati e l'amministrazione*, in M. GALIZIA, P. GROSSI (a cura di), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Milano, 1990, p. 395, descriveva il Diritto pubblico come un ordinamento «a diversa intensità di potere politico».

¹¹⁴ M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione* cit., p. 74, rinveniva in ciò “l'apprezzamento politico della discrezionalità”; di recente, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio* cit., p. 412, avanza dubbi sul «valore esplicativo, rispetto ad un'analisi strutturale» della formula, che «sa di concettualismo».

¹¹⁵ U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa* cit., 1965, passim; A. CERRI, *Imparzialità e indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Padova, 1973, spec. p. 120.

¹¹⁶ P. ROSANVALLON, *La legittimità democratica* cit., pos. 899/3261, nota che «il riconoscimento di una tecnocrazia ammantata delle virtù della razionalità e del disinteresse ha così perduto la sua evidenza in una società più lucida e più educata», e che va distinta «una legittimità per imparzialità dalla legittimità elettorale» (*ibidem*, pos. 1085/3260, corsivi originali), giacché «il paese, divenuto adulto, non sopporta più che gli si dica dall'alto quello che deve fare o non fare» (*ibidem*, pos. 947/3260). Negli studi giuspubblicistici italiani è ormai chiaro che non valga più la legittimazione, l'attendibilità di una decisione per il solo fatto che sia rimessa alla competenza di un'amministrazione pubblica: non per mera attribuzione di potere, se non è accompagnata da «capacità tecnica di scegliere e di decidere [che] viene in genere data per scontata, quasi che fosse una conseguenza necessaria dell'attribuzione del potere di scegliere, mentre dovrebbe essere trattata come un presupposto, da verificare ex ante rispetto alla allocazione del potere di scelta»: L. TORCHIA, *Teoria e prassi delle decisioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 2017, pp. 1 ss.; né per il solo intervento dell'“autorità”, per quanto tecnicamente attrezzata, in ragione della moltiplicazione delle conoscenze e dei dati disponibili, dell'aumento del novero di soggetti attrezzati per valutarli e discuterli, delle varianti scientifiche, delle opinabilità proprie delle scienze, ed in particolare della crescente consapevolezza della necessità di acquisire ed usare saperi sempre più intrecciati, e provenienti da ambiti disciplinari in cui la distinzione tra duro ed umanistico regge a malapena. A sua volta, con considerazioni ancora più ampie, L.R. PERFETTI, *L'organizzazione amministrativa come funzione della sovranità popolare*, cit., p. 59: «sul versante delle relazioni in senso soggettivo ed oggettivo, per conseguenza, occorre prendere atto del superamento della centralità della persona giuridica pubblica (dell'ente pubblico), non tanto per ragione dell'affermazione dell'organizzazione pubblica come realtà oggettiva ed obiettivata, quanto piuttosto, perché l'organizzazione appare per tratti essenziali esterna all'autorità». Su tutto ciò si vedano, giusto per menzione, E. CARLONI, *Le verità amministrative. L'attività conoscitiva tra procedimento e processo*, Milano, 2011; A. ROMANO TASSONE, *L'amministrazione tra «ricerca della verità» e «produzione di certezza»*, in AA. VV., *Scritti in onore di Franco Bassi*, Napoli, 2015; S. TARULLO, *Discrezionalità tecnica e sindacato giurisdizionale: l'ottica comunitaria ed i profili evolutivi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, p. 1385; A. FERA, *Discrezionalità tecnica e della c.t.u. nel processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it; V. VILLA, *Il diritto come modello per le scienze naturali*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 5/2005, pp. 31 ss.

pubbliche sono già molto più numerose di ieri, domani – crescendo l'accumulo di conoscenze e delle tecniche in ogni dove¹¹⁷ – lo saranno ancora di più, relegando la opzione puramente politica, la «*diversa intensità politica*» della decisione amministrativa, comunque sia costruita, sempre più nell'angolo¹¹⁸. Ed anzi, a stare ai più dettagliati studi recenti, persino ai margini della discrezionalità, perché anteposta ad essa, non per una scelta teorica, ma per una più accurata osservazione dell'oggetto, che riguardato sempre più da vicino, rivela un assetto diverso: l'opzione politica c'è, ma è posizionata diversamente da come appariva ad uno sguardo più macroscopico, più iniziale¹¹⁹. Insomma, nel sistema attuale della decisione pubblica umana, la quota politica viene prevalentemente spesa in atti diversi ed antecedenti alla decisione amministrativa, la quale è infatti rimessa ad organi privi di responsabilità politica, in termini ormai talmente pervasivi che persino gli atti un tempo considerati talmente discrezionali da essere tuttora rimessi alla competenza di organi elettivi, quelli dotati di responsabilità politico elettorale dei soggetti pubblici, come i piani urbanistici¹²⁰, sono oggi tenuti ad essere trattati come decisioni amministrative, e dunque vanno adottati dopo analisi e studi che forniscano set di conoscenze adeguate a consentire una consapevole determinazione (pur avendo, comprensibilmente, un proprio modo di esplicarsi e di venire motivate)¹²¹.

Nell'ambito del predecisionale, la determinazione può conoscere la sua maturazione attraverso vari percorsi di utilizzo e riduzione progressiva

¹¹⁷ Ad es., M. DE BENEDETTO, N. RANGONE, *La questione amministrativa dell'effettività* cit., spec. pp. 764 ss., illustrano casi e conoscenze che, tratte da diversi ambiti disciplinari, rivelano che non sempre il rispetto delle norme e delle decisioni amministrative da parte dei destinatari realizza la cd. effettività sostanziale, e quanto questa sia «*legata alla disponibilità di dati e informazioni su come le diverse opzioni di intervento potrebbero impattare nel mondo reale*» (*ibidem*, p. 778)..

¹¹⁸ Sulla pluralità delle responsabilità implicate nel governo, cfr. D.J. GALLIGAN, *La discrezionalità amministrativa*, trad. it. Milano, 1999, pp. 9 s.

¹¹⁹ G. PALMA, *Riflessioni in tema di scomposizione analitica della ricostruzione teorica della discrezionalità amministrativa: un saggio*, in www.amministrativamente.com (n. 1/2013). Sul piano costituzionale, si veda A. PATRONI GRIFFI, *Dimensione costituzionale e modelli legislativi della dirigenza pubblica. Contributo a uno studio del rapporto di «autonomia strumentale» tra politica e amministrazione*, Napoli, 2002. Sia anche permesso il rimando a P. Forte, *Il principio di distinzione tra politica ed amministrazione*, Torino, 2005, ove, oltre allo studio del fenomeno e degli atti di indirizzo politico-amministrativo, è anche proposta una spiegazione costituzionale dell'assetto giuridico e della relazione che essi hanno con l'amministrazione.

¹²⁰ Per tutti v. L. MAZZAROLLI, *Piano regolatore generale*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1996, pp. 223 ss..

¹²¹ Si veda, da ultimo, lo studio di F. SAIITA, *Governo del territorio e discrezionalità dei pianificatori*, in *Riv. Giur. Edil.*, 2018, pag. 421 ss., con ampi riferimenti giurisprudenziali e dottrinari; ma si veda già M. MONTEDURO, *Interpretazione e violazioni delle prescrizioni degli strumenti urbanistici*, in *Riv. giur. urban.*, 2010, pp. 243 ss.; secondo F. TRIMARCHI BANFI, *Ragionevolezza e razionalità delle decisioni amministrative* cit., p. 313 ss., la giurisprudenza in argomento «*mostra come la verifica di legittimità possa assumere una portata diversa, a diritto invariato, secondo il livello dell'analisi cui è sottoposta l'istruttoria amministrativa nel suo collegamento con la motivazione: un'analisi approfondita consente di mettere in discussione la sostanza di scelte che, ad un esame superficiale, parrebbero sottratte al sindacato di legittimità, in quanto pertinenti al merito*».

della discrezionalità che, se guardati dall'esterno, possono apparire come forme di autolimité¹²²; ed è proprio a questa tecnica che si rivolge spesso la dottrina, ed anche la giurisprudenza, per collocare l'algoritmo nel processo decisionale amministrativo, allorché lo tratta cioè come un atto preordinato, una "regola procedurale", frutto di veri e propri atti intenzionali, e riportati alle decisioni di tipo organizzativo, e dunque presupposti dei comportamenti che ne derivino, considerati attuativi e consequenziali¹²³.

Ma gli studi più accurati su questi cammini della decisione amministrativa rilevano zone specifiche per la individuazione dei valori, l'acquisizione delle conoscenze, l'elaborazione della decisione¹²⁴; e pertanto

¹²² Cfr. ad. es., R. GIOVAGNOLI, *I vizi formali e procedurali*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Il codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 1154: per provvedimento vincolato «non si intende solo quello necessitato ab origine sul piano del diritto, vale a dire un provvedimento che in base alla norma strettamente intesa non poteva che essere quello, risultando il proprio contenuto dalla corrispondenza del fatto a norma, ma anche quello vincolato per volontà e per atto della stessa amministrazione (c.d. autovincolo), in quanto la stessa con un precedente atto regolamentare, un bando di gara, una *lex specialis* di un concorso, un atto generale, un atto specifico nell'ambito del procedimento, ha consumato la propria discrezionalità, autoimponendosi delle regole che stabiliscono un vincolo d'azione non sussistente nella disciplina normativa primaria». La rilevazione della regolarità di tale realtà del percorso decisionale ha consentito di elaborare la descrizione teorica che va sotto il nome di "riduzione a zero" (*Reduzierung auf Null*), o anche di "vincolatezza in concreto", su cui si veda G. MANFREDI, *Doverosità dell'annullamento vs. annullamento doveroso*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, pp. 316 ss., in commento alla sent. Trga, Trento, sez. I, 16 dicembre 2009, n. 305. L'ipotesi ha oggi una declinazione normativa nell'art. 31, co. 3, del c.p.a., che consente al giudice di «pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio [...] quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione»; al riguardo, si vedano le chiare argomentazioni di Cons. Stato, sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321: «la "riduzione" della discrezionalità amministrativa (anche tecnica) può essere l'effetto: a) sul piano "sostanziale", degli auto-vincoli discendenti dal dipanarsi dell'azione amministrativa, contrassegnata dal crescente impiego di fonti secondarie e terziarie che si pongono spesso come parametri rigidi per sindacare l'esercizio della funzione amministrativa concreta (anche se originariamente connotata in termini discrezionali); b) sul piano "processuale" dei meccanismi giudiziari che, sollecitando l'amministrazione resistente a compiere ogni valutazione rimanente sulla materia controversa, consentono di focalizzare l'accertamento, attraverso successive approssimazioni, sull'intera vicenda di potere (si pensi alla combinazione di ordinanze propulsive e motivi aggiunti avverso l'atto di riesercizio del potere, ma anche alle preclusioni istruttorie e alla regola di giudizio fondata sull'onere della prova), concentrando in un solo episodio giurisdizionale tutta quella attività di cognizione che prima doveva necessariamente essere completata in sede di ottemperanza. La consumazione della discrezionalità può essere anche il frutto della insanabile "frattura" del rapporto di fiducia tra Amministrazione e cittadino, derivante da un agire reiteratamente capzioso, equivoco, contraddittorio, lesivo quindi del canone di buona amministrazione e dell'affidamento riposto dai privati sulla correttezza dei pubblici poteri. In presenza di una evenienza siffatta, resta precluso all'amministrazione di potere tornare a decidere sfavorevolmente nei confronti dell'amministrato anche in relazione ai profili non ancora esaminati».

¹²³ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 2 ottobre 2017; tanto ciò è vero che, poi, viene considerato invalido il ritocco dell'algoritmo in sede operativa: cfr. T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 20 aprile 2018, n. 2639

¹²⁴ A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative* cit., p. 154, che richiama L. MEHL, *L'informatique, la Connaissance et l'Action*, in *Bull. I.I.A.P.*, ottobre-dicembre 1968, pp. 12 e s.; ma si vedano anche J. A. ROBINSON, R.R. MAJAK, *La teoria della formazione delle decisioni*, in D. J. CHARLESWORTH (a cura di), *Teoria e metodi in scienza politica*, New York 1967, trad. it. Bologna 1971, p. 245, ove si distinguono gli aspetti intellettuali, sociali e se-

si danno sottili differenze a seconda che le riduzioni della discrezionalità per impiego di “autolimiti” consistano di indirizzi e direttive provenienti dagli organi di indirizzo politico, o invece di criteri definiti proprio in relazione alla specifica operazione.

La differenza non è solo afferente alla competenza (i criteri da ultimo menzionati possono essere propri del decisore amministrativo, gli altri ad organi con responsabilità politica e di governo), ma possono avere diversi effetti per l'impostazione, il *design* dell'algoritmo decisionale. Gli indirizzi recati dagli atti direzionali di governo (regolamenti, direttive, criteri generali, obbiettivi, ecc.), quelli che concorrono a determinare la quota politica di cui s'è detto, sono infatti a contemplazione doverosa nella valutazione discrezionale, sono spesso impostati in forma di regole, e sono logicamente collocati in avvio del procedimento, anteposti alle operazioni dell'algoritmo, nel quale devono essere contemplati *by design*; mentre invece altre misure di così detto autolimitate (criteri specifici, misure di giudizio, declinazioni di pesi valutativi, ecc.), possono essere impostate in occasione dell'operazione in azione, purché prima di compiere le cognizioni, le valutazioni, e – ovviamente – le decisioni, e dunque sono disponibili anche nella costruzione dell'algoritmo medesimo, e persino affidati, nelle operazioni di *deep learning*, ad acquisizione ed elaborazione autonome dell'AI.

In realtà ciò che appare come un “autolimitate” è uno dei modi di sviluppo progressivo della decisione, un vero e proprio percorso di esercizio evolutivo della discrezionalità che si trasforma in decisione¹²⁵, e perciò la definizione e le modalità di contemplazione ed utilizzo dei criteri discrezionali devono rispondere al principio che è stato definito di “lealtà”; non solo e non tanto in ordine al fatto che essi siano pre-stabiliti, giacché la preordinazione del criterio è intrinseca al modo con il quale i metodi multicriteriali si sviluppano, e che invece è stata una preoccupazione rilevante per la decisione discrezionale umana, tanto da rendere necessaria una disposizione generale al riguardo (l'art. 13 della L. n. 241/1990), oltre che un consolidamento giurisdizionale; quanto in ordine alla idoneità “ad alimentare l'affidamento nell'uso dello strumento, da parte tanto degli utilizzatori (funzionari, giudici) quanto dei destinatari (cittadini)”¹²⁶.

Ed anche nelle decisioni dove sono in questione “verità difficili”,

mimeccanici nella formazione delle decisioni; a sua volta, G. PALMA, *Riflessioni in tema di scomposizione analitica della ricostruzione teorica della discrezionalità amministrativa: un saggio*, in *Amministrativ@mente* n. 1/2013, p. 1, parla di una “scomposizione” della discrezionalità ne «il momento intellettuale dell'interpretazione della legge da attuare, il momento della ponderazione degli interessi coinvolti (pubblici e privati), il momento della decisione e così via».

¹²⁵ A. POLICE, *La predeterminazione della scelta amministrativa* cit., *passim*; ma si veda già M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione* cit., p. 77: «assegnando la cura di questo interesse a un organo, gli si deve allora permettere anche di tener conto di altri interessi che con quello concorrono o che a quello accedono. Di qui la necessità della discrezionalità».

¹²⁶ G. ORSONI, E. D'ORLANDO, *Nuove prospettive dell'amministrazione digitale* cit., p. 615.

come quelle ad esempio legate alla qualità intangibile di un bene, o ai caratteri di una circostanza, per qualificare in termini tali da attivare un peculiare regime giuridico, non rinunciamo più a quella premessa. I concetti giuridici indeterminati¹²⁷ continuano ad esserlo in relazione ad un nucleo interno, ma nel tempo risentono inevitabilmente di un percorso convenzionalmente determinativo¹²⁸; la qualità culturale di un bene ai fini della dichiarazione del suo interesse che imprime un “vincolo” non è più rimessa, almeno quanto alla validità giuridica dell’atto che la esprima, al mero giudizio estetico personale di un sovrintendente, ad un *ipse dixit* per quanto autorevole¹²⁹; e qualunque studente delle scuole di polizia oggi viene addestrato a tener conto dei tanti elementi che restringono le espressioni “ordine pubblico” o “sicurezza”, grazie ad un profluvio di analisi e studi, sentenze consolidate della giurisprudenza costituzionale¹³⁰, e dei giudici¹³¹.

Insomma, nel tempo si accumulano disposizioni normative (come i “criteri” per il riconoscimento dell’interesse culturale recati dalla norma¹³²), precedenti attestati di comportamento, ripetuti trattamenti giurisprudenzia-

¹²⁷ Su cui restano imprescindibili S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1993, spec. pp. 72 ss., e D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, Cedam, 1995, pp. 1 ss..

¹²⁸ F. TRIMARCHI BANFI, *Ragionevolezza e razionalità delle decisioni amministrative* cit., p. 316: «*se però ci si addentra nell’analisi della portata dei principi di proporzionalità e di ragionevolezza, è possibile isolare, all’interno dei principi in questione, alcuni contenuti che sono suscettibili di un impiego oggettivamente controllabile*»; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica* cit., pp. 136 ss., dimostra come questo percorso abbia riguardato anche la nozione di discrezionalità tecnica trattata nella dottrina italiana dei primi anni del XX secolo.

¹²⁹ La giurisprudenza resta solida nel qualificare gli interventi della sovrintendenza, sia nelle dichiarazioni di interesse generatrici di vincolo, sia negli atti di codecisione o partecipazione ad autorizzazioni, come attività tecnico-discrezionale, di carattere ricognitivo e conoscitivo e non volitivo; si vedano, da ultimo, T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, sez. II, 16 novembre 2018, n. 867; T.A.R. Campania, Napoli, sez. VI, 29 giugno 2018, n. 4324; Id., Salerno, sez. I, 13 gennaio 2016, n. 23; T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 23 marzo 2017, n. 512; Cons. Stato, sez. VI, 15 dicembre 2014, n. 6149; 22 gennaio 2004 n. 161; 31 maggio 1990, n. 558; 27 marzo 2001, n. 1767. anche nella letteratura tradizionale si rinviene la rilevazione della natura di “accertamento costitutivo” (T. ALIBRANDI, P. G. FERRI, *I beni culturali e ambientali*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 307), o come certazione (M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, Giuffrè, 1970, p. 965). Non mi convince, perciò, l’obiezione di F. SATTA, *E-government e e-procurement*, in www.apertacontrada.it, 2010: «*se parliamo di una casa da inserirsi in un ambiente storico, ad esempio, si tratta di stabilire se la costruzione che deriva dall’applicazione di quelle norme, di quei numeri, di quelle quantità, è bella o brutta, allora il giudizio non può essere fatto da una macchina ma è un giudizio che può e deve essere fatto dall’uomo e anzi quello dell’uomo è l’unico giudizio e questo è il punto cruciale*». Vedremo che, se spero si accetti che non rimettiamo ad un funzionario amministrativo – umano o meccanico – il giudizio estetico su qualcosa, ed in base a tale suo giudizio la soddisfazione più o meno ampia di un altrui interesse personale, l’argomento ha tuttavia il suo intentereste di merito, e verrà analizzato più oltre.

¹³⁰ Ad es., si vedano Corte Cost., sentenze n. 226/2010, n. 226/2006, n. 383/2005.

¹³¹ Per alcune recenti applicazioni, v. Cass., Sez. I, ord. 9 gennaio 2020, n. 270; Id., sent. 18 aprile 2019, n. 10925; Cass., Sez. Un., sent. 18 novembre 2019, n. 46595.

¹³² Cfr. ad es. G. MORBIDELLI, *Art. 10*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, Giuffrè, III ed. 2018, pp. 134 ss..

li, addestramenti professionali (e dunque forme di pre-comprensione), che conferiscono consistenza al contorno della “ciambella” di Dworkin¹³³, consentendo un trattamento non soggettivo, non irrelato, anche dei materiali decisionali indeterminati¹³⁴. E ciò, evidentemente, lascia presumere che tale trattamento possa essere condotto anche da un algoritmo dotato di sufficienti operatori logici, oltre che da numerosissime informazioni di fatto e di contesto.

Mi sembra possibile affermare, perciò, che questa sofisticata tecnica giuridica sia notevolmente comparabile con alcuni modelli di logica matematica sviluppati negli ultimi decenni per l'acquisizione e la comprensione di fenomeni complessi, in vista dell'*ottimizzazione* delle decisioni umane.

Quando infatti non si tratta di problemi di massimizzazione/minimizzazione di una funzione in presenza di vincoli scarsi o semplici, sono ormai ampiamente sperimentati metodi *multicriteriali* (MCDM), che segmentano una procedura decisionale in elementi più semplici, che possono essere così valutati in termini più accurati, per poi essere riaggregati mediante l'utilizzo di operatori, consentendo un più facile trattamento dei dati, della loro interpretazione e delle preferenze di orientamento decisionale. Vi sono metodi multi obiettivo (MODM), multi attributo (MADM), in grado di misurare con attendibilità sempre più raffinata il grado di avvicinamento agli scopi della decisione mediante l'analisi matematica delle possibilità decisionali¹³⁵. Ed esistono modelli di rappresentazione linguistica “fuzzy”, e corrispondenti modelli computazionali, per “quantificare” dati qualitativi, utilizzando espressioni del linguaggio naturale (“*computing with words* – CW”)¹³⁶.

¹³³ R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, trad. it. Bologna, Il Mulino, 1982, p. 103.

¹³⁴ F. TRIMARCHI BANFI, *Ragionevolezza e razionalità delle decisioni amministrative* cit., p. 318: «*assunta come qualità essenziale dell'azione amministrativa, la ragionevolezza cessa di essere strumentale all'indagine sull'eventuale sviamento di potere, e acquista un valore proprio, di garanzia delle buone ragioni di ciascuna delle parti del rapporto tra amministrazione e privato. In questo ordine di idee il difetto logico del processo decisionale ne inficia il risultato indipendentemente dalla dimostrazione dell'intento malizioso dell'amministrazione.*»

¹³⁵ V. ESPOSITO, A. DELLA SALA, M. G. OLIVIERI, M. SQUILLANTE, G. DE LISO, *L'evoluzione del controllo organizzativo: l'approccio multi-criteriale alla valutazione delle performance*, in M. SQUILLANTE (a cura di), *Decidere nella complessità*, 2017, Roma, Edicampus, p. 68: «*l'ipotesi fondamentale alla base di un approccio multicriteriale è che un problema decisionale possa essere scomposto in fattori semplici ed analizzabili separatamente (i criteri), che lo descrivono esaustivamente: si rinuncia al paradigma dell'«ottimalità», scarsamente operativo, sostituendolo con quello della scelta «giustificata» che, per ciascun obiettivo, minimizza la distanza tra un valore massimo e un valore effettivamente conseguito, nel quale tutti i soggetti partecipanti al processo decisionale ritengono di aver ottenuto il massimo «guadagno» possibile, pur rinunciando ad un quantum ritenuto accettabile.*» Un'ampia descrizione di tali metodi è rinvenibile in D. FALCONE, F. DE FELICE, T.L. SAATY, *Il decision making e i sistemi decisionali multicriterio*, Hoepli, 2013; per l'applicazione di tali metodi alle selezioni dei contratti pubblici cfr. G. MARCARELLI, A. NAPPI, *L'offerta economicamente più vantaggiosa e l'utilizzo dei metodi multicriteriali nelle gare d'appalto pubblico*, in *Amministrativamente*, 2017, 7–8, pp. 1 ss.. L'avanzamento delle conoscenze e delle tecniche al riguardo potrebbe attenuare le obiezioni recate da F. MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli, ES, 2011, pp. 17 ss..

¹³⁶ Una recente rassegna dei metodi rinvenibili in letteratura è condotta da M. A.

Questi modelli sono sovrapponibili ai percorsi raffinati che andiamo sempre più accuratamente standardizzando per il vaglio di validità giuridica delle decisioni discrezionali umane, e cioè ciò che noi riconosciamo nel canone della *logicità*, quella dirittura che regge antefatti istruttori e decisioni, e che è elemento irrinunciabile della *discrezionalità*. Sembra insomma di poter dire che anche in confronto alle decisioni umane si seguano logiche utilizzabili mediante modelli, operatori, connettori e in generale strumenti, tecniche e metriche in grado di essere usate da macchine e sistemi non umani¹³⁷.

Dove la questione si fa particolarmente delicata, e richiede cautele e confronti attenti, è nel rilievo che nella logica decisionale deve essere riconosciuta alle correlazioni statistiche e alla probabilità utilizzate in alcune tipologie di algoritmi e di *coding*, specie in quelli cui si richiedono valutazioni in funzione predittiva¹³⁸, dove perciò possono avere particolare rilievo i Big Data¹³⁹; è vero che “le tecniche di solito utilizzate per sindacare la motivazione degli atti amministrativi e la relazione tra essi e la loro motivazione [...] – il controllo di proporzionalità, l'errore manifesto di apprezzamento, ecc. – sono impostate su modelli classici di razionalità causale”¹⁴⁰; ma non sarei sicuro che “esse possono avere un impatto limitato sulle motivazioni che si basano su correlazioni statistiche, come in molti algoritmi”¹⁴¹; basta compiere una indagine sul trattamento giudiziario di statistica e probabilità (anche sotto forma di *id plerumque accidit*), per rilevare quanto, invece, vengano utilizzate per le decisioni umane in materia, ad esempio, di chance¹⁴², di presunzioni giuridiche¹⁴³; e scorrendo l'ordinamento, quanto siano pre-

BASARAN, B. SIMONETTI, A. A. BASARAN, *Quantification of qualitative assessments using computing with words: in framework of fuzzy set theory*, in *Soft Computing*, 2019, [https://doi.org/10.1007/s00500-019-04354-z\(0123456789\)-volV\(0123456789\)-volV](https://doi.org/10.1007/s00500-019-04354-z(0123456789)-volV(0123456789)-volV)

¹³⁷ Non diversamente V. BRIGANTE, *Evolving pathways of administrative decisions* cit., p. 161: «constant technological development could lead to the reproduction of human reasoning, and therefore also applicable to discretionary activity; in such cases, the discretionary power of the administration does not disappear, but moves upstream through the predetermination of the criteria used, which the computer must comply with».

¹³⁸ F. COSTANTINO, *Rischi e opportunità del ricorso delle amministrazioni alle predizioni dei big data*, in *Dir. pubbl.*, 2019, pp. 43 ss..

¹³⁹ M. FALCONE, *Big Data e pubbliche amministrazioni* cit., spec. p. 732; V. BRIGANTE, *Evolving pathways of administrative decisions* cit., p.102, nota che non vi sia alcun divieto legislativo nell'uso dei Big Data.

¹⁴⁰ J-B. AUBY, *Il diritto amministrativo di fronte alle sfide digitali* cit., p. 632.

¹⁴¹ *ibidem*

¹⁴² intesa come probabilità effettiva e congrua di conseguire un risultato utile, da accertare secondo il calcolo delle probabilità o per presunzioni (Cass., sent. n. 6506/1985; n.6657/1991; n. 781/1992; n. 4725/1993).

¹⁴³ «nel processo civile lo standard di certezza dei fatti è individuato dal principio della preponderanza dell'evidenza o del “più probabile che non”, il quale impone di conferire rilievo a quegli eventi che, secondo un giudizio di probabilità logica, non appaiano del tutto inverosimili» Così, Cass., sez. I, 22 aprile 2020, n.8030; ma si vedano anche Cass., Sez. II, 6 febbraio 2019, n. 3513; Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 576.

sentiti in tutti i fenomeni amministrativi che abbiano a che fare col rischio¹⁴⁴, e più in generale con i già menzionati concetti giuridici indeterminati, come accade, per esempio, nel caso di informative antimafia prefettizie¹⁴⁵, o di provvedimenti riguardanti lo straniero¹⁴⁶, di configurazione di “mercato rilevante” o di “abuso di posizione dominante”¹⁴⁷, o di non annullabilità quando sia “palese” che il contenuto dispositivo del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato (art. 21 octies L. n. 241/1990)¹⁴⁸.

Probabilità e ricorrenze statistiche hanno insomma ruoli rilevanti già negli ambiti della discrezionalità umana¹⁴⁹, e più in generale negli *hard cases* connessi agli oggetti giuridicamente indeterminati, che lo siano per l'ampia definizione normativa, o che lo siano per l'opinabilità circa la rilevanza dei fatti che li possano qualificare, laddove in ogni modo l'uso di quelle strategie concorre a definire una regola in ordine alla valutazione di validità sul piano della ragionevolezza, aiutando soprattutto il giudice che, non dovendosi sostituire all'amministrazione, si restringe per lo più a non sindacare la scelta consentita dalle soluzioni opinabili, purché siano scientificamente o tecnicamente attendibili; di qui il canone della “non manifesta irragionevolezza”, declinata in diverse modalità.

Quando perciò gli algoritmi dovessero usare criteri desunti da valutazioni probabilistiche, anche in circostanze di prescrizioni indeterminate, non incontrerebbero, *per ciò solo*, ostacoli sul piano della validità giuridica del percorso decisionale, ma nemmeno possono perciò dirsi sottratti ad ogni vaglio in ordine alla validità giuridica della decisione, che può essere discussa sia per l'appropriatezza con sofisticati test di proporzionalità, che per l'attendibilità tecnica o scientifica di ciò che è opinabile¹⁵⁰, dove resta la

¹⁴⁴ Si pensi al “piano di gestione del rischio di alluvioni”, strumento di programmazione introdotto dalla Direttiva 2007/60/CE recepita in Italia con il d. lgs. n. 49/2010: cfr. M. A. SANDULLI, *Cambiamenti climatici, tutela del suolo e uso responsabile delle risorse idriche*, in *Riv. Giur. Edil.*, 2019, pp. 291 ss.

¹⁴⁵ Solo da ultimo, cfr. Cons. Stato, sez. III, 5 settembre 2019, n. 6105; 30 gennaio 2019, n. 758; 9 ottobre 2018, n. 5784.

¹⁴⁶ Si veda, ad esempio, lo studio di A. CASSATELLA, *Il sindacato di legittimità sulle decisioni amministrative in materia migratoria*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2017, pp. 816 ss, ove sono ampiamente rassegnati i perimetri stabilizzati in quella materia grazie alla progressiva convergenza degli arresti giurisprudenziali.

¹⁴⁷ per tutti, F. TRIMARCHI BANFI, *Ragionevolezza e razionalità delle decisioni amministrative* cit., pp. 327 ss..

¹⁴⁸ cfr. S. VACCARI, *Atti vincolati, vizi procedurali e giudicato amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2019, p. 481, il quale rileva che quando «la convinzione in merito alla validità sostanziale del provvedimento non risulti al giudice 'palese', nella segnalata accezione di compiuta e inequivocabile auto-evidenza, allora il solo dubbio dovrebbe far pronunciare l'annullamento in quanto espressione di una chance — in termini di probabilità ('potrebbe essere diverso') — di soddisfazione successiva della pretesa nell'ambito del nuovo esercizio del potere amministrativo».

¹⁴⁹ Si vedano gli argomenti di B. DE FINETTI, *Teoria delle probabilità. Sintesi introduttiva con appendice critica*, Torino, Einaudi, 1970, vol. I, p. 226.

¹⁵⁰ F. TRIMARCHI BANFI, *Ragionevolezza e razionalità delle decisioni amministrative* cit., p. 314, rileva che in giurisprudenza la «ragionevolezza è principio che, non di rado, viene richiamato

possibilità di scelta riservata all'amministrazione entro i confini di quanto sia affidabile perché contenuto entro un quadro di plausibilità tecnoscientifica.

Anche in questi casi, insomma, per il vaglio di validità giuridica della scelta risultano necessari l'accesso alla *black box*, e la possibilità di spiegare la consequenzialità e la non abnormità della decisione in relazione ai presupposti ed al loro trattamento¹⁵¹: insomma, l'ostacolo vero all'intelligenza amministrativa artificiale (AAI) restano la "*black box*" e la comprensibilità, non diversamente che in altre circostanze di amministrazione algoritmica, perché poi il resto è rimesso alla attendibilità della decisione algoritmica, a causa della attendibilità delle letture della realtà, delle disposizioni normative, degli indirizzi ricevuti *by design*.

L'assunto trova una insospettabile conferma nella più recente e accurata disciplina europea al riguardo, ed in particolare nell'art. 22, par. 2, del Gdpr, il quale, se è noto prevalentemente per la affermazione del "diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato", contempla anche, ed espressamente, casi in cui è possibile un provvedimento amministrativo senza alcun apporto umano¹⁵²; riportando tali prescrizioni sul piano teorico, perciò, non credo che le conoscenze del diritto amministrativo in ordine alla validità o alla invalidità delle decisioni amministrative impediscano *tout court*, per specifiche ragioni disciplinari, la decisione amministrativa algoritmica¹⁵³, a causa della sovrapposizione abbastanza evidente tra la logicità, la proporzionalità, la ragionevolezza come canoni giuridici e i percorsi utilizzabili dall'AI per la formazione delle decisioni algoritmiche; e che se ancora per un po' queste avranno difficoltà ad essere largamente usate, lo sarà, ancora una volta, per non essere ancora adeguate sul piano della XAI, per difetti di "*glass box*" e comprensibilità.

Ma dobbiamo attenderci che questi limiti possano essere superati in futuro; ed allora, completato il percorso che rende la decisione algoritmica fondata su presupposti conoscibili, attendibile, giustificabile, comprensibile, ed efficiente, capace di fornire motivazioni comprensibili a chiunque, sarà

insieme al principio di proporzionalità, in una endiadi che presenta i due principi come sostanzialmente equivalenti».

¹⁵¹ C. GIURDANELLA, E. GUARNACCIA, *Elementi di diritto amministrativo elettronico*, Matelica, Halley, 2005, p. 42, parlano di «motivazione elettronica generata, appunto, mediante l'automatizzato reperimento, collegamento e giustapposizione di norme e dati».

¹⁵² «a) quando sia necessaria per concludere o eseguire un contratto tra interessato e titolare del trattamento; b) quando sia stata autorizzata dal diritto dell'Unione o dello stato membro; c) quando vi sia il consenso esplicito dell'interessato»; l'argomento è ben colto in dottrina: per tutti, si v. S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Umano troppo umano* cit., pp. 23 ss.; A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica* cit., p. 1174: «il diritto euronazionale, dunque, aldilà delle affermazioni di principio, è molto più favorevole all'utilizzo delle decisioni automatiche di quanto possa sembrare; ed in questo sembra più vicino all'orientamento del Consiglio di Stato che a quello del Tar, il quale, su questi temi non ammette eccezioni».

¹⁵³ F. PATRONI GRIFFI, *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, in www.giustiziaamministrativa.it, 2018, p. 4.

anche poco, molto poco discutibile, e potrebbe prefigurarsi uno scenario in cui per ragioni di tutela possa essere preferita ed invocata come garanzia di validità giuridica in luogo di quella umana.

Dunque, per quanto vi siano state letture prudenti in argomento, e per quanto siano in discussione problemi in ordine al principio di legalità¹⁵⁴, temo che bisogna predisporre ad accettare, sia pure in prospettiva, la possibilità della decisione completamente automatizzata, o almeno a non credere di contrastarla adeguatamente ricorrendo ad una apodittica superiorità umana nella conduzione della acquisizione dei presupposti e nella formazione dei giudizi, delle valutazioni, e dei moventi che conducono alla decisione medesima, la quale non pare aver strutturalmente bisogno dell'autorità umana¹⁵⁵, poiché la legittimazione di quella decisione, ove naturalmente avesse già ampiamente dimostrato la propria attendibilità ed affidabilità, sarebbe rimessa – come per quella umana – alla correttezza del procedimento decisionale e, ovviamente, alla previsione di legge, che può anche provare a disciplinarla, ma è probabilmente sufficiente che non la vieti¹⁵⁶, fermo restando che verrebbe ovviamente imputata alla persona giuridica di cui il decisore automatico diverrebbe necessariamente organo¹⁵⁷.

Quando ciò dovesse accadere, potrebbe essere vagliata l'ipotesi che ad impedire la piena consegna dell'amministrazione pubblica ad un'AI così tanto legittimata potrebbe rimanere il principio personalista, come traduzione costituzionale del principio di *data science* riferito all'antropocentrismo. E per vagliare l'assunto, vorrei prima proporre qualche riflessione in ordine

¹⁵⁴ V. BRIGANTE, *Evolving pathways of administrative decisions* cit., spec. pp. 145 ss.; vorrei rammentare però l'art. 12 co. 1 del Codice dell'amministrazione digitale (d. lgs. 7 marzo 2005, n. 82), il quale stabilisce che «*le pubbliche amministrazioni nell'organizzare autonomamente la propria attività utilizzano le tecnologie dell'informazione e della comunicazione per la realizzazione degli obiettivi di efficienza, efficacia, economicità, imparzialità, trasparenza, semplificazione e partecipazione nel rispetto dei principi di uguaglianza e di non discriminazione, nonché per l'effettivo riconoscimento dei diritti dei cittadini e delle imprese di cui al presente Codice in conformità agli obiettivi indicati nel Piano triennale per l'informatica nella pubblica amministrazione di cui all'articolo 14-bis, comma 2, lettera b)*».

¹⁵⁵ Come sostenuto, con argomenti comprensibili, da A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico* cit., pp. 83 e ss., che ovviamente considerava l'automazione della fine del '900, ma anche da I. MARTÍN DELGADO, *La riforma dell'amministrazione digitale* cit., p. 146, che considera che «*la macchina, ossia lo strumento informatico, rimane un mezzo al servizio del titolare dell'organo*».

¹⁵⁶ Questione complessa, che investirebbe la rilevanza del principio di legalità, da sempre discussa in dottrina: si veda, per un riferimento, A. ROMANO TASSONE, *A proposito del potere, pubblico e privato, e della sua legittimazione*, in *Dir. amm.*, 2013, pp. 559 ss.; per una ricognizione del problema in relazione all'AI cfr. S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Umano troppo umano* cit., *passim*, e V. BRIGANTE, *Evolving pathways of administrative decisions* cit., pp. 145 ss., con ampi riferimenti dottrinari, e con un riferimento alla possibilità di collocare la capacità di decisione algoritmica nell'ambito dei poteri impliciti (*ivi*, p. 153, nt. 45).

¹⁵⁷ F. MOROLLO, *Documento elettronico fra e-government e artificial intelligence*, in www.federalismi.it, 2015, p. 27 che rileva come «*si potrebbe pensare ad un modello di responsabilità per i danni provocati nello svolgimento di un procedimento elettronico sganciato dal requisito della colpa e fondato unicamente su elementi oggettivi: in particolare, il criterio di riferimento potrebbe essere il rischio. Il rischio informatico*».

all'ipotesi teorica dell'organo algoritmico.

6. Cenni all'ipotesi dell'organo algoritmico.

La possibilità evidente di affidare in futuro integralmente a meccanismi automatici l'adozione di atti e provvedimenti amministrativi, anche solo di quelli completamente privi di alcuna valutazione, di alcun giudizio, di alcuna decisione, consente una riflessione, e soprattutto una sperimentazione, in ordine alla necessità di rivedere con qualche maggiore attenzione il tema della imputazione dell'atto amministrativo algoritmico e dei suoi effetti.

Mi sembra di poter dire che in termini teorici le ragioni che hanno consentito e determinato le tecnicità di imputazione alla persona giuridica per il tramite di esseri umani, nelle diverse teorie dell'organo, non sembrano costituire un insuperabile baluardo di fronte ad un intervento così esaustivo ad opera di un meccanismo in grado di – e dunque pienamente legittimato a – adottare l'atto in termini compiutamente legittimi, corrispondenti cioè al disposto normativo senza grandi possibilità di discussione.

E potrebbe non tardare la consapevolezza che, prendendo in esame la soluzione teorica più diffusa ai nostri giorni, l'immedesimazione organica funzioni dal punto di vista giuridico anche senza essere umano, almeno sul lato che riesce ad inferire sull'imputazione, posto che non mi sembra presenti grandi difficoltà ricondurre l'atto integralmente di AI alla persona giuridica che ne abbia attribuzione¹⁵⁸.

Se infatti l'agente amministrativo, il pubblico ufficiale, non fosse più qualcuno, ma *qualcosa*¹⁵⁹, molto può cambiare, ma non tanto sul piano della meccanica che consente l'imputazione dell'atto alla persona giuridica, per la quale, se non sbaglio, ben prima dell'avvento dell'"infosfera" si utilizzavano paradigmi di "artificialità" a giustificare non solo le soluzioni tecniche per dotarla di capacità giuridica e di agire¹⁶⁰, ma anche (e forse soprattutto) per imputarle la responsabilità principale di atti e comportamenti¹⁶¹. In più, per l'organo di una amministrazione pubblica, anche in confronto al funzionario umano si è ampiamente rinunciato ai suoi apporti individuali, incentrando le teorie sulla validità giuridica degli atti amministrativi prescindendo molto dal-

¹⁵⁸ Argomento non considerato da V. BRIGANTE, *Evolving pathways of administrative decisions* cit., p. 156, allorché nota che «*the imputation link is interrupted, since the law does not confer to algorithm the power to adopt a decision, but confers it to the person responsible for the procedure (natural person) who in this case does not act*»; anche se poi «*for a different view, which may legitimize the use of automated decisions, it can identify a second-degree legitimacy (in terms of legality), because it should allow (by law) administrative authority to which the power has been conferred, to be able to use software to make administrative decisions*».

¹⁵⁹ cfr. *supra*, nt. 6.

¹⁶⁰ B. SORDI, *Rappresentanza, organo, organizzazione: l'itinerario del diritto amministrativo*, in *Quad. Fior.*, 2008, p. 187, parla di "metafora organicistica".

¹⁶¹ Cfr., da ultimo, M. C. CAVALLARO, *Immedesimazione organica e criteri di imputazione della responsabilità*, in *Questa Riv.*, 2019, p. 45: «*il principio dell'immedesimazione organica è servito come criterio di imputazione della responsabilità, consentendo di imputare l'atto adottato dall'organo direttamente all'amministrazione di appartenenza*».

la volontà personale¹⁶², insistendo sulla formazione procedimentale della decisione e dell'atto¹⁶³, e scorgendovi una “volontà procedimentale”¹⁶⁴.

Insomma, come abbiamo visto le menzionate difficoltà di XAI, e quelle connesse alla complessità dei contatti di alcune attività amministrative, incidendo sulla capacità di procedere compiutamente alla formazione della “volontà procedimentale”, impediscono oggi la possibilità dell'organo algoritmico, per ragioni di validità giuridica delle sue decisioni; tuttavia qualora tali difficoltà fossero superate, potrebbero subentrare argomenti di buon andamento e, per certi aspetti, di imparzialità¹⁶⁵ che, uniti alle tecniche

¹⁶² E ciò anche sul piano della rilevazione della colpa: cfr. R. CARANTA, *La responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione: sistemi e tecniche*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 61; in giurisprudenza, da ultimo, si veda Cons. Stato, sez. III, 15 maggio 2018, n. 2882.

¹⁶³ Sulle “interazioni fra tanti diversi soggetti pubblici”, le “coalizioni decisionali”, i processi di negoziazione, ed i conflitti strategici che arricchiscono i processi di formazione della “volontà pubblica” si vedano, rispettivamente, L. TORCHIA, *Teoria e prassi delle decisioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 2017, pp. 1 ss.; M. BOMBARDELLI, *Decisioni e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Torino, Giappichelli, 1996; S. CASSESE, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, p. 601 ss., G. NAPOLITANO, *Conflicts and Strategies in Administrative Law*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2014, pp. 357 ss.; ciò rende discutibile l'argomento di I. MARTÍN DELGADO, *La riforma dell'amministrazione digitale: Un'opportunità per ripensare la pubblica Amministrazione*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI E L. TORCHIA (a cura di), *La tecnificazione cit.*, p. 146, per cui «il nesso che unisce la realizzazione materiale dell'attività e l'organizzazione personificata è il titolare dell'organo amministrativo al quale è attribuita la competenza esercitata»; come lo stesso A. riconosce, «l'imputazione non smette di essere una finzione normativa». Per di più, all'assunto che l'organo «continua ad essere integrato da persone fisiche aiutate da mezzi materiali e retto dal suo titolare» potrebbe troppo facilmente obbiectarsi che ciò è stato fino a che non vi sia stata una pratica soluzione alternativa.

¹⁶⁴ Per tutti, così A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato giurisdizionale*, Milano, 1987, p. 18; si deve ribadire qui che non ci si occupa dei servizi pubblici, per i quali la questione assume rilievi diversi: cfr., ad es., A. PIOGGIA, *Salute, diritti e responsabilità medica: una storia italiana*, in *Dir. amm.*, 2018, pp. 517 ss.; M. C. CAVALLARO, *Potere amministrativo e responsabilità civile*, Torino, Giappichelli, 2004.

¹⁶⁵ Argomento su cui c'è vasta convergenza: ad es., si v. L. CASINI, *Lo Stato nell'era di google*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, p. 1141: «l'uso di algoritmi può spesso portare benefici al processo decisionale, per esempio eliminando componenti soggettive che possono anche produrre esiti imparziali»; G. ORSONI, E. D'ORLANDO, *Nuove prospettive dell'amministrazione digitale cit.*, p. 605: «i vantaggi derivanti dall'uso di algoritmi nei processi decisionali della pubblica amministrazione sono comunque innegabili ed evidenti: la notevole riduzione della durata dei procedimenti nei casi di operazioni meramente ripetitive, prive di discrezionalità o comunque altamente vincolate; l'esclusione di interferenze dovute a condotte non corrette della componente umana; la maggiore garanzia di imparzialità della decisione. Trattasi peraltro di esiti conformi ai principi di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa (art. 1, l. n. 241/1990) i quali, norme interposte rispetto al principio costituzionale di buon andamento (art. 97 Cost.), impongono all'amministrazione il conseguimento dei propri fini con il minor dispendio di mezzi, risorse, adempimenti e tempo»; G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici*, Napoli, 2019, p. 14: «i risultati cui perviene l'analisi algoritmica tendono ad essere considerati in sé prevedibili e precisi, e ciò soddisfa il bisogno o l'aspirazione alla certezza giuridica, lascito della modernità politica e divenuta così cruciale nei rapporti tra cittadini e amministrazione nella società contemporanea e nel mercato»; cfr. anche A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica cit.*, pp. 1169 ss.; V. BRIGANTE, *Evolving pathways of administrative decisions cit.*, p. 135; D.-U. GALETTA, *La Pubblica Amministrazione nell'era delle ICT: sportello digitale unico e Intelligenza Artificiale al servizio*

di immedesimazione, ed ai criteri di preposizione basati sulla capacità e la affidabilità, potrebbero spianare la strada alla sua ammissibilità e, secondo certi orientamenti, persino ad una desiderabilità dell'organo algoritmico e di decisioni automatiche, perché più attendibili, e per certi aspetti perciò più legittimate.

Queste soluzioni tecniche favoriscono l'ammissibilità teorica della percezione in questo meccanismo decisionale di un organo in senso tecnico, che probabilmente potrebbe costituire una terza forma organicistica, *l'organo algoritmico*, che si aggiungerebbe alle altre due tradizionali è integralmente umane, quelle degli organi collegiali e monocratici.

L'organo algoritmico si presenterebbe utilizzando il già noto effetto di imputazione dell'atto e dei suoi effetti alla persona giuridica di cui sia organo¹⁶⁶, la progressiva formazione procedimentale della decisione ed il riversamento in un atto con strutture tipiche, che non hanno bisogno della natura umana per funzionare in termini oggettivi; a prima vista, insomma, l'ipotesi teorica dell'organo algoritmico avrebbe solo bisogno di un assestamento per ciò che concerne l'ampio discorso della sua responsabilità, sia nei confronti dell'ente che dei terzi¹⁶⁷.

La questione è talmente tanto incombente che il Parlamento europeo, con risoluzione del 16 febbraio 2017 recante "raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica" (2015/2103(INL)), ha invitato la Commissione alla «*istituzione di uno status giuridico specifico per i robot nel lungo termine, di modo che almeno i robot autonomi più sofisticati possano essere considerati come persone elettroniche responsabili di risarcire qualsiasi danno da loro causato, nonché eventualmente il riconoscimento della personalità elettronica dei robot che prendono decisioni autonome o che interagiscono in modo indipendente con terzi*» (punto 59 f).

Tuttavia, ad un più accurato sguardo, l'organo algoritmico risentirebbe inevitabilmente di quanto abbiamo osservato in ordine alla complessità delle decisioni discrezionali, e delle valutazioni, delle percezioni, dei giudizi istruttori; la formazione della volontà "procedimentale" riversa, insomma, sulla teoria dell'organo amministrativo, e dunque anche su quello algoritmico, tutte le difficoltà non solo della adeguatezza istruttoria, ma anche della

della trasparenza e dei cittadini?, in *Cyberspazio e Diritto*, 3, 2018; E. CARLONI, *L'amministrazione aperta. Regole strumenti limiti dell'open government*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2014, p. 20; C. COGLIANESE, D. LEHR, *Regulating by robot: Administrative decision making in the machine-learning era*, in 105 *The Georgetown Law Journal*, 2016, pp. 1152 ss.

¹⁶⁶ B. BARMANN, *La responsabilità della Amministrazione per il cattivo funzionamento dei sistemi informatici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, p. 400: «nel momento in cui le tecnologie informatiche vengono utilizzate dalle amministrazioni, divengono parte integrante dell'organizzazione. Conseguentemente, l'amministrazione deve essere responsabile del corretto funzionamento delle stesse. Difatti, gli obiettivi che con la digitalizzazione si intendono perseguire risulterebbero frustrati se non fosse previsto un adeguato sistema di responsabilità delle amministrazioni in relazione al loro funzionamento».

¹⁶⁷ Non mancano già molti studi e proposte al riguardo: ad es. cfr. U. RUFFOLO, *Intelligenza artificiale, machine learning e responsabilità da algoritmo*, in *Giur. it.*, 2019, p. 1689 ss..

partecipazione degli interessati¹⁶⁸, della possibilità di accordarsi con taluni di essi, di dover dialogare con altre amministrazioni¹⁶⁹, provando a raggiungere intese e concerti, di dover reagire a tutela di un interesse pubblico, di dover contemplare programmi¹⁷⁰ ed indirizzi strategici¹⁷¹, e così via.

7. AI “antropocentrica” e principio personalista: le questioni di merito.

Ma soprattutto osterebbe ad una soluzione del genere la emersione anche nel diritto amministrativo del principio personalista, che in relazione agli organi rileva particolarmente nei momenti di preposizione, di valutazione, e anche nelle rilevanze decisionali, oltre che per il trattamento dei risultati del suo lavoro¹⁷²; il punto può rappresentare un rilevante percorso di studio in ordine alla possibile convergenza tra il principio personalista della Costituzione italiana e l'orientamento “antropocentrico” dell'AI auspicata nelle strutture così dette etiche della *data science*¹⁷³.

Non va trascurato che nell'amministrazione pubblica è spesso imposta la considerazione degli interessi di molti, o comunque di più d'uno, nelle decisioni¹⁷⁴, e questa presenza di “altri” è un connotato proprio della decisione discrezionale, secondo alcuni la ragione stessa del rilascio ad organi amministrativi di ambiti decisionali¹⁷⁵. L'argine ad una piena consegna

¹⁶⁸ L. VIOLA, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo* cit., pp. 15 ss., conduce un'analisi della giurisprudenza disponibile al riguardo, rilevando «come il corso dell'evoluzione giurisprudenziale non sia per nulla stabilizzato ed occorra tornare a ragionare, in termini concreti, sulla tematica della partecipazione all'attività amministrativa svolta in ambiente informatico».

¹⁶⁹ V. BRIGANTE, *Evolving pathways of administrative decisions* cit., p. 104, ritiene che l'utilizzo a pieno regime dei database renderebbe obsoleto il meccanismo della conferenza di servizi, nel senso che «*the flow of data and the relative knowledge of the reality that derives from it (provided that interconnected databases and administrations are ready to use them) can be the pretext for making the conference the place of intersection of different interests for which it was introduced and regulated*».

¹⁷⁰ R. DIPACE, *L'attività di programmazione come presupposto delle decisioni amministrative*, in *Dir. soc.*, 2017, pp. 64 ss..

¹⁷¹ M. D'ANGELOSANTE, *La consistenza del modello dell'amministrazione “invisibile” nell'età della tecnificazione* cit. p. 162, osserva quanto la macchina sia elemento irreversibilmente «*svincolato da un sistema esponenzialmente più ampio che lo governa*».

¹⁷² Ho trattato taluni di questi temi in P. Forte, *Enzimi personalisti nel diritto amministrativo*, in questa Rivista, n. 1/2017, pp. 63 ss.; ma si veda anche A. PIOGGIA, *Le persone come risorsa strategica nell'amministrazione dello sviluppo sostenibile*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, pp. 1055 ss.

¹⁷³ Scorge un “meta-principio antropomorfo” ricavabile dall'ordinamento giuridico vigente S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Umano troppo umano*, cit., p. 33 e *passim*.

¹⁷⁴ «*L'apertura al fatto, come caratteristica della decisione, significa, prima di tutto (con riguardo alla persona - alle persone), il lasciar essere gli altri nelle possibilità della decisione stessa, cioè di quella particolare decisione*»: così M. BELLAVISTA, *Alcune riflessioni in tema di diritto giurisprudenziale e formazione della decisione amministrativa*, in AA. VV., *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, Padova, Cedam, 2016, p. 133; per una recente indagine incentrata su ciò si v. M. MAGRI, *L'interesse legittimo oltre la teoria generale. Neutralità metodologica e giustizia amministrativa*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2017, *passim*.

¹⁷⁵ Si vedano i basilari argomenti di G. PASTORI, *La burocrazia*, Padova, Cedam,

dell'amministrazione pubblica alla gestione automatica, a quel punto, rimarrebbe insomma confinato proprio nel principio personalista, letto come misura per mantenere un uso antropocentrico dell'AI: il rispetto di quel principio potrebbe cioè pretendere che l'AI debba rimanere al servizio della sovranità umana, e dunque rimanga sotto "sorveglianza umana"¹⁷⁶.

E ciò perché, in fin dei conti, nel fenomeno dell'amministrazione pubblica il principio personalista si rivela particolarmente attivo in quell'area decisionale che in Diritto viene definita "il merito", il buco della ciambella di Dworkin¹⁷⁷, assediato – come visto – dalle sempre più raffinate e pressanti condizioni giuridiche decisionali che incidono come misure di validità sui veri e propri contenuti della decisione, che afferiscono a materiali logici condivisibili con una intelligenza artificiale. Il merito, insomma, dove c'è può rappresentare il territorio non condivisibile con le macchine, dove la decisione umana e quella automatica potrebbero divergere indipendentemente dalle evoluzioni tecniche e tecnologiche.

Invocando il concetto di "merito amministrativo" non si deve trascurare che esso è un'area decisionale pur sempre dipendente dal procedimento: quale che ne sia il significato, entrando "nel merito" il decisore esprime se stesso nella funzione o nel servizio che sta conducendo¹⁷⁸, incaricato a ciò in base a legge, ma non in termini irrelati, individuali (come nell'autonomia privata classica), dato che le finalità del suo agire non solo sono esplicite e stabilite in base a legge, ma soprattutto sono sempre umane (gli interessi pubblici, qualunque idea se ne abbia, sono inerenti a bisogni

1967, spec. pp. 409 e ss.; ma anche.

¹⁷⁶ nel documento *Orientamenti etici per un'IA affidabile* cit., pp. 15 ss., l'intervento umano e la sorveglianza umana sono considerati elementi dell'"affidabilità dell'AI"; e viene ricondotto al primo «il diritto di non essere sottoposti a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato quando questa produca effetti giuridici sugli utenti o qualora incida in modo analogo significativamente su di loro», mentre alla seconda sono riportati tre approcci: «con intervento umano (human-in-the-loop - HITL), con supervisione umana (human-on-the-loop - HOTL) o con controllo umano (human-in-command - HIC). [...] Occorre inoltre garantire che le autorità pubbliche competenti abbiano la capacità di esercitare la sorveglianza in conformità al loro mandato. Potrebbero essere necessari meccanismi di sorveglianza a vari livelli a sostegno di altre misure di sicurezza e di controllo, a seconda del settore di applicazione del sistema di IA e del rischio potenziale. A parità di condizioni, minore è la sorveglianza che un essere umano può esercitare su un sistema di IA, maggiore è la necessità di prove esaurienti e di una governance rigorosa» (*ibidem*, p. 18).

¹⁷⁷ v. *retro*, nt. 133.

¹⁷⁸ La dimensione soggettiva della quota decisionale di merito è ampiamente rilevata in letteratura: ad es., si vedano A PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, Giuffrè, 1964, p. 85 (le decisioni «fondano e possono solo fondare su giudizi di carattere singolare»); B. G. MATTARELLA, *Discrezionalità amministrativa*, in *Dizionario di diritto pubblico*, dir. da S. CASSESE, III, Milano, Giuffrè, 2006, p. 1993: «questa scelta è soggettiva, e, quindi, insindacabile, semplicemente perché mancano parametri oggettivi per affermare o negare che la soluzione scelta dall'amministrazione è migliore della altre». Si prescinde, qui, dalla questione del merito come "interpretazione" delle norme rilevanti per il caso concreto, su cui si veda, di recente, B. GILBERTI, *Il merito amministrativo*, Padova, Cedam, 2013, spec. pp. 58 e ss., con ampie indicazioni dottrinarie.

umani¹⁷⁹), e che oltre ai controlli della validità giuridica, sussistono quelli della sovranità che è, appunto, umana, in tutte le forme che la Costituzione prevede, a partire dai diritti fondamentali “inviolabili”¹⁸⁰.

Più precisamente, il canone della validità giuridica di fronte a decisioni discrezionali si può attestare in termini di standard, mediante “concetti limite”, trattenendosi entro i confini dei quali la decisione non è sindacabile in termini giuridici, pur rimanendo ampiamente discutibile in altri termini, ed opinabile; all'interno di questo perimetro, perciò, l'area decisionale può apparire libera (pur non essendo tale in assoluto), e cioè totalmente nelle mani del decisore, nel senso che al decisore spetta per intero la misura della ragionevolezza, della proporzionalità, dell'adeguatezza della decisione, poiché ad altri (e segnatamente al giudice) può spettare, al massimo, la rilevazione della sua irragionevolezza, della sua sproporzione, della sua inadeguatezza come canoni di invalidità giuridica¹⁸¹.

S'è vista la vicinanza tra gli assetti giuridici e quelli di AI in ordine alla necessità di riferirsi nella maniera più compiuta ad una base cognitiva reale, e di utilizzare gli elementi che essa fornisce – dati ed informazioni – nella formazione della decisione; ma qui, proprio in questo passaggio, si annida la possibilità di scorgere una differenza tra trattamento umano ed artificiale, non tanto per il fatto che i dati, di per se', siano “muti”¹⁸², quanto che nella comprensione, nel significato, nel senso da dare agli elementi di base consi-

¹⁷⁹ «Anche i bisogni sociali e collettivi sono, in ogni caso, sentiti da individui»: così già C. LAVAGNA, *Diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè 1957, p. 66; ciò spiega come, già da tempo, si sia consolidata l'idea dell'interesse pubblico «in concreto», come «risultante», «arbitro» di interessi reali e personali, che emerge con il procedimento e il confronto tra chi vi partecipa a vario titolo: tra altri, si vedano V. OTTAVIANO, *Appunti in tema di amministrazione e cittadino nello Stato democratico*, in AA. VV., *Studi in onore di M.S. Giannini*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 385; F. G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, p. 1070; N. PAOLANTONIO *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, Cedam, 2000, p. 100; A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 284 ss..

¹⁸⁰ L. R. PERFETTI, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Dir. pubbl.*, 2013, pp. 61 ss.

¹⁸¹ F. TRIMARCHI BANFI, *Ragionevolezza e razionalità delle decisioni amministrative* cit., p. 329: «contrariamente a quello che l'espressione suggerisce, la verifica della ragionevolezza nei giudizi che applicano concetti giuridici indeterminati si risolve dunque nella rinuncia alla ragionevolezza: affinché l'opinione del giudice non prevalga sull'opinione dell'amministratore, il parametro giudiziale della ragionevolezza è soddisfatto se l'apprezzamento dell'amministrazione non è manifestamente irragionevole. Nel momento stesso in cui dichiara che l'azione amministrativa è soggetta al principio di ragionevolezza, il giudice si astiene dalla valutazione secondo ragionevolezza, perché soltanto l'irragionevolezza manifesta è oggetto di un possibile “accertamento” giudiziale. Così oggettivato, il principio di ragionevolezza si trasforma in regola, la cui applicazione risponde allo schema alternativo osservanza/inoservanza, e risulta osservato se la valutazione dell'amministrazione non è abnorme»; ma, per una lettura speculare che ne chiude il cerchio, si veda anche A. ROMANO TASSONE, *Sulla vicenda del concetto di “merito”*, in *Dir. amm.* 2008, p. 552: il vizio di merito sia dà «solo nel senso che il controllore può soggettivamente disapprovarlo, ma non nel senso che esso sia intrinsecamente ed oggettivamente affetto da una qualche imperfezione».

¹⁸² A. MASUCCI, *Il documento informatico. Profili ricostruttivi della nozione e della disciplina*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 755.

ste il cuore stesso della decisione discrezionale¹⁸³.

Ed è qui, perciò, che si può esaminare l'ipotesi per cui un'AI *antropocentrica* debba essere *personalistica*, cioè condurre a decisioni provenienti da una persona, da qualcuno e non da qualcosa, perché rivolte a qualcuno, e non a qualcosa; dato che quell'area decisionale non può essere sindacata in termini giuridici, ma rimane esercizio di discrezionalità¹⁸⁴, deve essere trattata in termini corrispondenti a ciò cui si riferisce: bisogni umani, interessi umani, aspettative umane¹⁸⁵. Detto in altri termini, in prospettiva *antropocentrica/personalistica*, ogni qual volta va pronunciata l'ultima parola amministrativa, essa deve essere umana.

Se a ciò si aggiunge che, a stare a numerosi studi sul piano costituzionale, il cardine scivoloso che unisce e può far confondere legittimità e merito, ovvero la ragionevolezza, è trattata come una forma di valutazione della giustizia della decisione¹⁸⁶, il cerchio dell'ipotesi teorica si chiude: umano il sovrano, umano il fine, umano il funzionario, umana la decisione. Perché, alla fine, si discute di giustizia umana.

8. Sandbox dell'intelligenza artificiale amministrativa: l'amministrazione androide.

Pur con queste condizioni, appare evidente la necessità di predisporre occasioni di sperimentazione e verifica dei sistemi di AI applicabili ai procedimenti amministrativi, esigenza del resto già evidenziata in termini più ampi nella risoluzione del 16 febbraio 2017 con cui il Parlamento europeo ha raccomandato alla Commissione di “elaborare criteri uniformi in tutta l'Unione, che i singoli Stati membri dovrebbero utilizzare per identificare le aree in cui autorizzare gli esperimenti con robot, nel rispetto del principio di precauzione”¹⁸⁷. Ma più in generale l'amministrazione pubblica italiana deve reagire al “morbo di Baumol”¹⁸⁸, e bisogna avere chiaro che una resi-

¹⁸³ V. BRIGANTE, *Evolving pathways of administrative decisions* cit., p. 89, rinviene un «*real risk [...] about the flattening of administrations on acquired data, which would imply a further contraction of the preliminary phase. The decision taken on the basis of data acquired (obviously by other public administrations) and not verified in terms of reliability and updating could be annulled due to excess of power under article no. 21 octies of the law on administrative proceedings*».

¹⁸⁴ G. PASTORI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Foro amm.*, 1987, pp. 3165 ss.; B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo* cit., *passim*.

¹⁸⁵ Tornano qui utili anche le riflessioni sulla rilevanza dell’“idem sentire collettivo” per la valutazione di ragionevolezza della decisione amministrativa: cfr. A. ROMANO TASSONE, *Sulla vicenda del concetto di “merito”* cit., p. 547.

¹⁸⁶ Osservazione molto diffusa nell'indagine sulla giurisprudenza costituzionale: cfr., fra altri, A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 117; A. CELOTTO, *Articolo 3, 1° comma*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, Utet, 2006, pp. 83 ss.

¹⁸⁷ Sull'importanza della sperimentazione delle tecnologie robotiche in ambiti reali cfr. E. STRADELLA, *La regolazione della Robotica e dell'Intelligenza artificiale* cit., pp. 85 ss..

¹⁸⁸ Per una recente analisi del problema dei costi pubblici e della resistenza ad aumentare la produttività mediante innovazioni tecnologiche (analizzato sin dallo studio di

stenza alla intelligenza amministrativa artificiale può consistere al massimo in un rallentamento¹⁸⁹; l'adozione di una sperimentazione controllata è positiva per tutti gli attori coinvolti, ma è anche necessaria per settare al meglio i processi di *machine learning*, per consentire accurate acquisizioni delle variabili e delle tipologie di oggetti utili per le singole operazioni¹⁹⁰, e ridurre errori di *training* e di definizione di scenari ed obiettivi (alcuni anche molto dettagliati e specifici¹⁹¹).

Sul piano dell'organizzazione amministrativa, ciò potrebbe significare trattenere l'AI nelle fasi di analisi, valutazione e proposta delle decisioni e degli atti, e dunque che essa possa, al massimo, intervenire nelle attività del responsabile del procedimento (che, notoriamente, non è in sé un modello di organo); dal punto di vista strutturale, il responsabile del procedimento non è il decisore, anche quando (la legge lo consente) le due funzioni – l'istruire ed il provvedere – siano condotte dalla medesima persona, e dunque è possibile – lo si è notato – trattare in termini distinti i compiti connessi ad avviare, istruire, avvisare di intenzioni di diniego, proporre decisioni ed atti, e trattenere le decisioni ed i provvedimenti nell'esclusiva com-

W.J. BAUMOL, W.G. BOWEN, *Performing arts: the economic dilemma*, Cambridge Mass., MIT Press, 1966), si veda W.J. BAUMOL, *The free-Market Innovation Machine: Analysing the Growth Miracle of Capitalism*, Princeton, Princeton University Press, 2002; ma una rilevazione simile si può rinvenire in M. CROZIER, *Il fenomeno burocratico. Il significato della burocrazia nelle organizzazioni moderne*, trad. it. Milano, Etas, 1991, spec. p. 217. Questi (ed altri) argomenti sono considerati nel recentissimo studio di M. CLARICH, *Riforme amministrative e sviluppo economico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, pp. 159 ss..

¹⁸⁹ cfr. i “*Core Skills for Public Sector Innovation*” proposti dall'Ocse nel 2017 (reperibili https://www.oecd.org/media/oecdorg/satellitesites/opsi/contents/files/OECD_OPSI-core_skills_for_public_sector_innovation-201704.pdf, p. 8): «*iteration: incrementally and experimentally developing policies, products and services; data literacy: ensuring decisions are data-driven and that data isn't an after thought; user centricity: public services should be focused on solving and servicing user needs; curiosity: seeking out and trying new ideas or ways of working; storytelling: explaining change in a way that builds support; insurgency: challenging the status quo and working with unusual partners*». In argomento si vedano le riflessioni di S. CASSESE, *Amministrazione pubblica e progresso civile*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, pp. 141 ss.

¹⁹⁰ S. BAROCAS, A. D. SELBST, *Big Data's disparate impact*, in 104 *Calif Law Rev* 671, p. 678: «*by exposing so-called "machine learning" algorithms to examples of the cases of interest (previously identified instances of fraud, spam, default, and poor health), the algorithm "learns" which related attributes or activities can serve as potential proxies for those qualities or outcomes of interest*».

¹⁹¹ Si pensi ai «*redundant encodings*», *cases in which membership in a protected class happens to be encoded in other data. This occurs when a particular piece of data or certain values for that piece of data are highly correlated with membership in specific protected classes*»: così S. BAROCAS, A. D. SELBST, *Big Data's disparate impact* cit., p. 692; è probabilmente dovuto ad un *bias* del genere l'abnorme effetto rilevato nei sistemi relativi alla libertà vigilata per gli afro-americani, e l'invio di forze di polizia nei quartieri ad alta densità afro-americana: cfr. L. MELIANI, *Machine Learning at PredPol: Risks, Biases, and Opportunities for Predictive Policing*, in <https://rctom.bbs.org/submission/machine-learning-at-predpol-risks-biases-and-opportunities-for-predictive-policing/>; J. ANGWIN ET AL., *Machine bias: There's software used across the country to predict future criminals. And it's biased against blacks*, *ProPublica*, May 23, 2016 <https://www.ProPublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>.

petenza di un organo umano, il quale, come da normativa già vigente, può discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria condotta dal responsabile del procedimento indicandone la motivazione nel provvedimento finale (arg. ex art. 6 L. n. 241/1990).

La sperimentazione, al riguardo, consentirebbe di saggiare le preoccupazioni emerse in letteratura circa la possibile sudditanza del funzionario umano chiamato a comprendere, valutare e eventualmente correggere i risultati del lavoro preparatorio di AAI¹⁹², addestrandolo cioè anche il lato umano della relazione interna con essa, sia sul piano tecnico e tecnologico, sia sul piano delle modalità e delle abitudini di verifica del lavoro compiuto dalla macchina, sviluppando capacità specifiche di rilevazione dei *bias* e, più in generale, di trattamenti non ritenuti pertinenti; ed infine a mantenere la consapevolezza della responsabilità umana e, per conseguenza, anche del potere che vi è connesso.

La prassi amministrativa ha già acquisito, e non da ora, alcune abitudini al riguardo; basti pensare e come avviene la comunicazione di avvio del procedimento sanzionatorio per violazione dei limiti di velocità veicolare, affidata a cartelli che avvisano dell'automazione della rilevazione del fatto¹⁹³, per comprendere che le disposizioni vigenti sono già in grado di contemplare l'obbligo di informare gli interessati nel caso in cui si trovino a dover interagire con un agente non umano¹⁹⁴, obbligo ora precisato dall'art 13 del Gdpr¹⁹⁵.

¹⁹² P. OTRANTO, *Decisione amministrativa e digitalizzazione della p.a.* cit., pp. 24 e ss. corroborata anche da J-B. AUBY, *Il diritto amministrativo di fronte alle sfide digitali* cit., p. 624: «uno studio lo conferma dimostrando che la digitalizzazione delle procedure ha fortemente cambiato le relazioni di potere all'interno di numerose amministrazioni. Sistemisti e progettisti di software sono diventati protagonisti» e menziona M. BOVENS, S. ZOURIDIS, *From street level to system level bureaucracies. How It is transforming administrative discretion and constitutional control*, in *Public Administration Review*, 2, 2002, pp. 174-184; anche A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica* cit., p. 1187, rileva che «ogniquale volta un automatismo decisionale viene inserito in un procedimento deliberativo, l'automatismo tende a "catturare" la decisione, o quantomeno a rendere estremamente difficile prescindere». S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Umano troppo umano* cit., p. 27: «si pensi all'esempio suddetto del rilascio del porto d'armi. Se, in ipotesi, alla profilazione del richiedente l'autorizzazione si conferisse soltanto valenza istruttoria, di supporto alla decisione, dinanzi a un algoritmo da cui risultasse che una certa persona è inaffidabile su che cosa potrebbe basarsi il funzionario competente a emanare il provvedimento per concludere in senso opposto? E dinanzi al rischio di compiere valutazioni errate chi si assumerebbe la responsabilità di contraddire l'IA? Come si vede la distinzione tra algoritmo che supporti il decisore e algoritmo che decida esso stesso è meno piana di quanto non sembri a prima vista».

¹⁹³ l'art. 142, comma 6 bis, del Codice della strada dispone che «le postazioni di controllo sulla rete stradale per il rilevamento della velocità devono essere preventivamente segnalate e ben visibili, ricorrendo all'impiego di cartelli o di dispositivi di segnalazione luminosi, conformemente alle norme stabilite nel regolamento di esecuzione»; in argomento, da ultimo, si veda Cass. civ., sez. II, sent. 22 gennaio 2019, n. 1661.

¹⁹⁴ che è uno degli auspici delle *Proposte per una strategia italiana per l'intelligenza artificiale* cit., seppure rivolto sempre a «i soggetti che commercializzano servizi utilizzando sistemi di AI», e a «l'utente» (p. 42).

¹⁹⁵ e d'altronde non è stato difficile trattare i casi in cui l'amministrazione abbia deciso di avvalersi di un sistema telematico di accettazione di istanze procedurali, afflitte da malfunzionamenti: l'interessato non potrà subire conseguenze negative da che non di-

La costruzione di sistemi di sperimentazione consentirebbe inoltre un importante lavoro di ricerca comune tra diritto amministrativo e data science in ordine alla XAI, alle modalità con cui le decisioni automatiche possano diventare provvedimenti amministrativi validi sul piano giuridico, rendendo meno avventurosa la transizione verso il *fully digital government*, altrimenti, come visto, non ancora possibile, anche per ragioni connesse alla trasparenza, alla motivazione, alla riconoscibilità dei caratteri di ragionevolezza.

Per funzionare come *sandbox*, ed allo stesso tempo per preservare i caratteri menzionati, sino a che l'intelligenza artificiale non riuscirà a rendere intellegibili all'uditorio ampio della pubblica amministrazione criteri, valutazioni, elementi dell'istruttoria, e tradurli in motivazioni che non siano mere giustificazioni, l'AI potrebbe comunque essere impiegata nel lavoro istruttorio, sotto forma di "attività di supporto" al responsabile del procedimento umano, secondo il modello già disposto per i contratti pubblici dai commi 7, 8 e 9 dell'art. 31 del d. lgs. n. 50/2016¹⁹⁶.

Ciò consentirebbe di usare i metodi multicriteriali di AI con un approccio HTTL (*human-in-the-loop*) durante l'istruttoria, consentendo cioè un intervento del responsabile umano del procedimento nel processo istruttorio di analisi e – se necessario – di valutazione, definendo i criteri, e le preferenze, le cautele, non solo *by design*, ma anche con una vera e propria inter-relazione nella sequenza evolutiva del processo decisionale; ma anche di selezionare ed impiegare modelli di *machine learning* nella conduzione di istruttorie complesse, sia per operazioni singole, che in via stabile (nel codice dei contratti pubblici una struttura stabile a supporto dei RUP può essere posta anche alle dirette dipendenze del vertice della pubblica amministrazione di riferimento), mantenendo inalterate le funzioni, le responsabilità ed i compiti del responsabile umano del procedimento, anche in ordine alle comunicazioni dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, ed alle proposte di provvedimento all'organo competente per l'adozione, secondo le disposizioni degli artt. 10-bis e 6, co. 1, lett. e), e co. 2, L. n. 241/1990, e dunque con approccio HIC (*human-in-command*) per la conclusione decisionale con il provvedimento.

Gli incarichi a supporto dell'attività del responsabile del procedimento andrebbero conferiti secondo le procedure stabilite per i contratti pubblici, consentendo non solo la selezione dei modelli, ma anche le modalità per la definizione degli input e dei criteri in ordine alle modalità di intelligibilità della *black box*, e la definizione del piano delle responsabilità in capo agli affidatari, facilitate in considerazione del regime giuridico dei dati; inoltre gli affidatari, sempre seguendo lo schema già sperimentato per i contrat-

pendano da una sua negligenza, per effetto di principi e disposizioni già vigenti: cfr. A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica* cit., pp. 1149 ss.

¹⁹⁶ Non diversamente V. BRIGANTE, *Evolving pathways of administrative decisions* cit., pp. 102 ss.

ti pubblici, dovrebbero essere dotati di adeguata polizza assicurativa.

L'utilizzo prudente dell'AI nelle funzioni istruttorie consentirebbe però di aumentare le capacità, le abitudini, i meccanismi di auto apprendimento, che possano addestrare i sistemi automatici ad assumere in prospettiva compiti sempre più estesi ed affidabili di *responsabile del procedimento algoritmico*; e non si può anzi escludere che, in un futuro troppo lontano, la percezione possa capovolgersi, ovvero che anche una istruttoria condotta in termini umani possa essere ritenuta inadeguata a causa dei suoi limiti intrinseci, in confronto all'enorme possibilità di acquisizione e computo offerte dalle medesime operazioni condotte con macchine ed algoritmi¹⁹⁷.

Non va poi trascurato, sempre nell'ottica della *Data science*, che abbiamo sviluppato un raffinatissimo meccanismo, cui siamo talmente abituati che finiamo per trattarlo in una percezione tutto sommato minore, allorché diamo per scontato che difetti nel trattamento logico della relazione tra il predecisionale e la decisione costituisca un'invalidità giuridica, che abilita cioè una sanzione tecnica che può condurre all'eliminazione dell'atto, persino con effetti retroattivi. Non sempre ci rendiamo conto che ciò consente, in termini più astratti, e meno specialistici, di intervenire, prevenendola e reprimendola, la decisione *sbagliata*, e di accumulare, mediante un repertorio casistico, e cioè un raduno di esperienza empirica, le categorie di circostanze in cui la decisione è convenzionalmente ritenuta sbagliata.

Questo aspetto può essere preziosissimo per gli sviluppi dell'amministrazione algoritmica; dentro questa tecnica, infatti, risiede la ragione intima di ogni tutela giuridica di fronte all'azione unilaterale dell'amministrazione pubblica, dato che non basta essere lesi in un proprio interesse per inibire o pretendere la modifica della decisione, ma occorre che questa lesione sia dovuta ad un cattivo trattamento di quella relazione

¹⁹⁷ M. FALCONE, *"Big data" e pubbliche amministrazioni: nuove prospettive per la funzione conoscitiva pubblica* cit., p. 608, rileva come «il fenomeno dei big data, al di là della sua difficile definizione, sta producendo anche un rilevante cambiamento nell'approccio alla gestione dei dati, alla "cultura del dato", riconducibile al progressivo passaggio da una logica di governo dei dati basata sugli small data ad una logica di governo dei dati basata sui big data: da una logica per cui era necessario governare e valorizzare i dati limitati che si erano raccolti — rappresentativi della realtà, in quanto era possibile raccogliere soltanto una quantità limitata di dati rispetto alla realtà delle cose — si è passati ad una logica per cui è necessario raccogliere e governare tutti i dati possibili, dati che presumibilmente si avvicinano molto alla totalità dei dati ricavabili, fondamentalmente perché è possibile farlo in maniera sempre più costante». Nella letteratura internazionale si rileva anche l'avvertenza circa una tentazione: «the human being may often be led to "rubber stamp" an algorithmically prepared decision, not having the time, context or skills to make an adequate decision in the individual cases»: così *Algorithms and human rights. Study on the human rights dimensions of automated data processing techniques and possible regulatory implications*, DGI(2017)12, prepared by the Committee of Experts on internet intermediaries (MSI-NET) for the Council of Europe' (2018) <https://rm.coe.int/algorithms-and-human-rights-en-rev/16807956b5>, p. 8; al riguardo, si veda anche D. BROEDERS, E. SCHRIJVERS, H. E. BALLIN, *Big data and security policies: serving security, protecting freedom*, WRR-Policy Brief 6, Netherlands Scientific Council for Government Policy (WRR), https://www.wrr.nl/binaries/wrr/documenten/policy-briefs/2017/01/31/big-data-and-security-policies-serving-security-protecting-freedom/WRR_PB6_BigDataAndSecurityPolicies.pdf, 2017, pp. 24 s.

logica tra realtà e finalità perseguite, che passa attraverso il trattamento del predecisionale. La conoscibilità, la comprensibilità, la revisionabilità *ex post*, e l'annullabilità, come capacità di eliminazione degli effetti della decisione in termini retroattivi, accompagnati da possibilità ripristinatorie dei danni ingiusti arrecati, sono insomma importanti guarnizioni per lo sviluppo di una AI antropocentrica, e richiede una seria analisi intorno alla necessità di trattenere il revisore giurisdizionale, il Giudice, come essere umano. Ancora una volta il principio personalista può diventare una chiave di orientamento per assicurarlo.

9. Sintesi e prospettive: i timori dell'amministrazione androide.

La ricerca ha evidenziato che non sono così tanti gli ostacoli di tipo giuridico alla prospettiva della amministrazione algoritmica, e cioè di una intelligenza artificiale amministrativa; s'è visto che non è ancora pronto tutto ciò che serve per la validità giuridica dei suoi comportamenti e dei suoi atti, ed in particolare che essa potrà dirsi pienamente utilizzabile quando fosse in grado di trasformare la *black box* in una *glass box*, e di rendere non solo giustificazioni, ma piene motivazioni, e tutto questo faccia con prospettiva antropocentrica, che significa considerazione umana ed universale degli input e dell'uditorio, con possibilità di pieno accesso al predecisionale, e piena indiscutibile comprensione degli elementi considerati per l'atto, e delle motivazioni che l'hanno orientato.

Se questi impedimenti si frappongono, oggi, alla piena possibilità dell'amministrazione algoritmica, s'è visto che tuttavia essi sono declinazioni in termini di validità giuridica di un principio capitale degli assetti costituzionali degli ordinamenti giuridici occidentali, ed anche dei principi etici della *data science*, che in diritto pubblico italiano è conosciuto come principio personalista, recato anzitutto dall'art. 2 della Carta costituzionale italiana con esplicito riferimento alla "persona umana", ed emerso anche in ambito europeo sotto le ampie vesti della "dignità umana"¹⁹⁸, il quale nella forma di Stato italiana va connesso anche alla sovranità popolare, e con la sua complessità copre ed offre matrici di tutela giuridica, anche sotto forma di diritti fondamentali, a ciò che nelle declinazioni etiche dell'AI va sotto il nome

¹⁹⁸ E' noto che la Carta dei diritti fondamentali, parte integrante del Trattato dell'Unione Europea per effetto del richiamo operato dall'art. 6 TUE, nel Preambolo dichiara che «l'Unione si fonda sui valori indivisibili e universali della dignità umana, della libertà dell'uguaglianza e della solidarietà», dedica il Titolo I alla "Dignità", ed all'art.1 statuisce che «la dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata». L'emersione del principio personalista anche nella giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea è ricostruita da F.D. BUSNELLI, *La faticosa evoluzione dei principi europei tra scienza e giurisprudenza nell'incessante dialogo con i diritti nazionali*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, pp. 296 ss.; M BARCELLONA, *L'interventismo europeo e la sovranità del mercato: le discipline del contratto e i diritti fondamentali*, in *Europa e Diritto Privato*, 2011, pp. 344 s.; ma si veda anche R. BIFULCO, *Dignità umana e integrità genetica nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *Rass Parl.*, 2005, pp. 63 ss.

di *antropocentrismo*¹⁹⁹.

Ciò lascia ritenere, per un verso, che in costanza di tali ostacoli che, al momento, rendono impossibile la piena decisione amministrativa algoritmica e l'organo algoritmico, l'intelligenza artificiale amministrativa possa essere utilizzata in forma di autolimita nella discrezionalità, come regola presupposta, o anche in forma di ausilio al responsabile del procedimento, come agente nell'istruttoria procedimentale; ma sempre, in tali casi, rilasciando alla dimensione umana dell'ufficio l'ultima parola, ed anzi, a dirla tutta, la conclusione del procedimento e l'adozione dei conseguenti atti e comportamenti amministrativi. Questo schema integra una amministrazione umana, ad organi umani con supporto algoritmico, la cui capacità dell'imputazione degli effetti all'amministrazione come soggetto giuridico è poi corroborata dalla possibilità di intervenire *ex post* per correggere la decisione di un organo, sia ad opera del medesimo, che per intervento di altri organi amministrativi, nelle dimensioni che nei nostri linguaggi si rivelano in forma di autotutela decisoria, con le manifestazioni più evidenti dell'autoannullamento e della revoca, sia infine per intervento del giudice, anch'esso umano.

Insomma, l'ufficio amministrativo, nella ricostruzione tracciata, si presenterebbe come un *androide*, dotato di un organo con un preposto umano, ed anche di capacità potenziate dall'uso di una tecnologia influente, ma non al punto da soppiantarli; l'organo androide che così si costituirebbe non avrebbe bisogno di granché in ordine alle responsabilità esterne per effetto della immedesimazione organica, mentre su quelle interne e quelle personali dovrebbe evidentemente essere costruito un sistema che provi a prevenire i rischi, e possa fronteggiare i danni ingiusti che dovesse arrecare, oltre che lavorare sulla questione della colpa e del dolo, per comprendervi l'apporto algoritmico e, conseguentemente, commisurarvi la responsabilità umana, anche ai fini penali.

Per il primo aspetto, s'è visto che l'imputazione e la revisionabilità interna della decisione attenuano le difficoltà del tema della responsabilità per

¹⁹⁹ «In definitiva la dignità umana rappresenta un valore essenziale dell'uomo, connotato dall'inviolabilità e dalla conseguente necessità che ogni Stato membro predisponga norme idonee per la sua protezione nei confronti di tutti i comportamenti lesivi, ivi compresi gli atti di autonomia privata, provenienti da terzi. Appare evidente che l'obiettivo è quello di creare un sistema giuridico articolato intorno al valore della persona umana rispetto al quale anche i diritti e le libertà economiche restano serventi e subordinati»: così, con riferimento ad agenti tradizionalmente umani, M. ASTONE, *Rimedi e contratti del consumatore nella prospettiva del diritto privato europeo*, in *Europa e diritto privato*, 2014, p. 14; non diversamente, nella rilevazione della dignità umana quella «condizione aggregante che rappresenti il minimo comune denominatore dei diritti fondamentali diffusamente riconosciuti», Q. CAMERLENGO, *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 338 ss.. Con specifico riferimento alla responsabilità delle macchine, rileva i problemi di compatibilità con la dignità e l'autonomo volere umani H. ZECH, *Zivilrechtliche Haftung für den Einsatz von Robotern: Zuweisung von Automatisierungs- und Autonomierisiken*, in S. GLESS E K. SEELMANN (a cura di) *Intelligente Agenten und das Recht*, Baden-Baden, 2016, p.191 ss.; devo la notazione a G. TEUBNER, *Soggetti giuridici digitali? Sullo status privatistico degli agenti software autonomi* cit., p. 25 ss..

le operazioni amministrative automatiche – sia nei casi di vere operazioni vincolate, sia in quelli in cui vi sia variegata discrezionalità – perché, come confermato dai principi costituzionali degli artt. 28 e 97 Cost., nei confronti dei terzi è possibile considerare responsabile l'amministrazione come soggetto giuridico; ma, quanto al secondo aspetto, non sono eliminati i problemi relativi alla rivalsa ed alle responsabilità personali²⁰⁰, e cioè, in ultima istanza, alla questione della vera soggettività giuridica, della vera imputazione, e dunque della ragione efficiente della responsabilità imputabile all'agente umano che, notoriamente, non viene eliminata dalla teoria dell'organo, che nella sua dimensione di estensione dell'umano, e dunque di un'alterità del tutto artificiale, non contempla alcunché di intermedio, capace di operazioni autonome, tra l'essere umano e le persone giuridiche.

L'amministrazione androide avrebbe perciò bisogno di unità organizzative chiamate alla validazione ed al rilascio dell'algoritmo valido ed affidabile, alla verifica del suo funzionamento, alla cura e alla sorveglianza dei progressivi apprendimenti, e degli affinamenti sulla capacità di rendere esaustivo l'atto che produce²⁰¹, e che, in tal modo, riesca a consentire quel controllo di responsabilità interno indispensabile al miglioramento dell'azione di ogni persona giuridica, ed in particolare dell'azione amministrativa: si tratta cioè di dotare l'organo androide di *sand boxes* di sperimentazione e sorveglianza, che assumano i compiti del rilascio dell'algoritmo, del suo utilizzo prudente, e degli aggiustamenti successivi, intervenendo con gli atti di soccorso istruttorio²⁰², e nei procedimenti di annullamento d'ufficio, di modificazione ex post e di revoca degli atti prodotti. L'amministrazione algoritmica di tipo androide ha poi bisogno di assetti normativi che la rendano capace di affidamento, ma anche in grado di suddividere le responsabilità personali dei preposti umani, patrimoniali e penali, in proporzione alla presenza ed alla incidenza dell'algoritmo nella formazione dell'atto o nella decisione e nel comportamento.

In prospettiva, tuttavia, l'intelligenza amministrativa artificiale potrebbe rendersi totalmente affidabile sul piano della XIA, avere *glass boxes* invece che *black boxes*, e capacità di spiegare, giustificare, motivare le opera-

²⁰⁰ F. FRACCHIA, *L'elemento soggettivo nella responsabilità dell'amministrazione*, in AA. VV., *ATTI del Covegno di Varenna 2008*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 211; C. FELIZIANI, *L'elemento soggettivo della responsabilità amministrativa. Dialogo a-sincrono tra Corte di Giustizia e giudici nazionali*, in www.federalismi.it, 2018, pp. 26 ss..

²⁰¹ Si veda Tar Lazio, Roma, sez. III bis, 8 agosto 2018, n. 8902, che invita a «*predispone, unitamente a strumenti telematici di semplificazione dei flussi documentali in caso di procedure concorsuali di massa, altresì procedure amministrative parallele di tipo tradizionale ed attivabili in via di emergenza, in caso di non corretto funzionamento dei sistemi informatici predisposti per il fisiologico inoltro della domanda*».

²⁰² A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica* cit., pp. 1155, segnala «*l'impossibilità in via generale di affidare un procedimento amministrativo esclusivamente ad un algoritmo decisionale, giacché questo, nella sua rigidità «impersonale», non potrebbe — per sua stessa struttura — esercitare l'azione di soccorso*»; sul tema, in generale, si v. E. FREDIANI, *Il dovere di soccorso procedimentale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016.

zioni, i comportamenti, le decisioni, magari rendendole talmente appropriate da rendere preferibili i suoi atti a quelli umani. Ed allora diverrebbe difficile continuare ad invocare un controllo umano dell'intelligenza artificiale amministrativa, giacché questa avrebbe vere e proprie armi di legittimazione superiori a quelle umane; ma proprio perché si tratterebbe di fenomeni di legittimazione, resterebbe il senso finalistico dell'amministrazione pubblica, il dover prestare ossequio e rendere conto al sovrano umano, il dover lavorare per lo sviluppo della persona umana, il dover perciò rispettare gli ambiti fondamentali della sua esistenza e della sua espressione, e lavorare in funzione dei bisogni umani, i quali sono ovviamente dipendenti dalla percezione e dalla mente umana, dalla biologia, dalla finitezza, dai tempi²⁰³, ed anche dalle storture dell'umanità²⁰⁴.

E dovrebbe spostare il baricentro del personalismo / antropocentrismo dalla misura organizzativa dei procedimenti e degli organi alle finalità delle funzioni, giacché per quanto permangano differenze di visione del principio personalista, da sempre oscillante tra diritti e libertà dell'individuo e doveri e obblighi solidaristici della persona, non lascia dubitare che, in ogni caso, il bersaglio del principio sia umano, il che dovrebbe significare mantenere la impugnabilità degli atti algoritmici in quanto atti amministrativi ai sensi dell'art 113 Cost., ed in futuro bisognerà chiedersi se trattenere in capo ad umani sia gli atti di secondo grado e ogni forma di autotutela, sia soprattutto la funzione giurisdizionale, anche se sarà disponibile una intelligenza artificiale giurisdizionale, che potrebbe ovviamente recar con sé tutte le lusinghe e le attendibilità che potrebbero renderla preferibile a quella umana.

²⁰³ La questione della velocità come una delle "peculiarità del potere" è rilevata da L. CASINI, *Politica e amministrazione: «the italian style»*, in *Riv. tri. dir. pubbl.*, 2019, p. 19; a sua volta I. M. DELGADO, *La riforma dell'amministrazione digitale: un'opportunità per ripensare la pubblica amministrazione*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA (a cura di), *La tecnificazione* cit., IV, p. 133, rileva una delle conseguenze della digitalizzazione dell'amministrazione nell'anticipazione del momento decisionale.

²⁰⁴ Cfr. P. PIRAS, *The role of computerization in efficiency and impartiality*, in E. CARLONI (a cura di), *Preventing corruption through administrative measures*, Perugia, Morlacchi, 2019, pp. 299 ss. Riporto la conclusione del saggio di M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica* cit., p. 893: «una volta di più, il problema non è di innovazione legislativa o di rivolgimento scientifico, ma di approccio culturale. E noi giuristi possiamo controllare (e criticare) la cultura di un giudice ben più facilmente di quanto possiamo fare con la cultura di un ingegnere, di un matematico, di un programmatore. Per esser chiari: se devo scegliere qualcuno di cui non fidarmi, personalmente, scelgo il giudice. E scelgo che sia un essere umano. Umano e consapevole dell'importanza, certo, ma anche dei limiti, della sua funzione».

MARGHERITA INTERLANDI
Professore Ordinario di Diritto amministrativo
presso l'Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale
m.interlandi@unicas.it

**LA DIMENSIONE ORGANIZZATIVA DELL'ACCOGLIENZA
DEGLI IMMIGRATI NELLA PROSPETTIVA DEL DIRITTO
AD UNA "BUONA AMMINISTRAZIONE": IL RUOLO
DEGLI ENTI LOCALI NEL BILANCIAMENTO DEGLI
INTERESSI DELLA PERSONA IMMIGRATA E DELLE
COMUNITÀ "OSPITANTI".**

**THE ORGANISATIONAL DIMENSION OF THE RECEPTION OF
IMMIGRANTS FROM THE PROSPECTIVE OF THE RIGHT TO "GOOD
ADMINISTRATION": THE ROLE OF LOCAL AUTHORITIES IN THE
BALANCING OF IMMIGRANTS' INTERESTS AND THOSE OF LOCAL
COMMUNITIES**

SINTESI

L'approccio emergenziale e securitario della gestione dei flussi immigratori ha dato vita ad un sistema di accoglienza che, già prima del decreto legge n. 113/2018 (cd. decreto "Salvini"), evidenziava rilevanti criticità, soprattutto sul piano dei servizi di prima necessità. Con la conseguenza di pregiudicare, altresì, le condizioni di vita delle comunità locali, che, dinanzi all'ingresso incontrollato di persone immigrate, invocano protezione e sicurezza, altrettanto meritevoli di tutela. Con il presente saggio si intende analizzare i profili organizzativi dell'accoglienza umanitaria delineando la necessità di uscire dalla dimensione "eccezionale" degli interventi di assistenza umanitari e di riconoscere agli enti locali un ruolo più incisivo nella organizzazione dell'accoglienza degli immigrati e dei processi di integrazione sociale. La prospettiva accolta è quella di bilanciare e contemperare gli interessi in gioco, al fine di assicurare effettiva protezione sia alla persona immigrata, che ha diritto ad una accoglienza dignitosa, e sia alle comunità ospitanti, che rivendicano il diritto ad una amministrazione efficiente, in grado di gestire i problemi derivanti dalla presa in carico dei bisogni di un flusso consistente di stranieri.

ABSTRACT

The emergency and securitarian approach in the management of migration flows gave birth to a reception system that, even before the decree law n. 113/2018 (so called "Salvini" decree), highlighted significant issues, especially in terms of essential services. With the consequence of affecting, also, life condition of local communities that, before the uncontrolled arrival of immigrants ask for protection and security, equally worth of protection. With the present essay, we aim to analyze the organizational profiles of the humanitarian reception outlining the need to come out from a "exceptional" component of the immigrants reception and social integration processes. The welcomed perspec-

tive aim to balance the interest involved in order to ensure an effective protection both to the immigrant, who is entitled to a dignified reception, and both to the host communities that claim the right to an efficient administration, able to manage the issues arising from the taking charge of consistent flow migrants needs.

PAROLE CHIAVE: Accoglienza, migranti, servizi essenziali, comunità locali, buona amministrazione.

KEYWORDS: Receptions, Migrants, Essential Services, Local Communities, Good Administration.

INDICE: 1. Premessa. La rilevanza sovranazionale della tutela dei diritti fondamentali della persona immigrata. – 2. L'inefficienza organizzativa dell'accoglienza dei migranti: l'inadeguatezza delle strutture di permanenza. – 3. La prospettiva securitaria della gestione dei flussi immigratori nel riparto di competenze amministrative: la distorsione del modello di integrazione dopo il decreto-legge n.113/2018. – 4. Il ruolo degli enti locali nel bilanciamento degli interessi della persona immigrata e delle comunità ospitanti nella prospettiva del diritto ad una buona amministrazione.

1. Premessa. La rilevanza sovranazionale della tutela dei diritti fondamentali della persona immigrata.

La disciplina che regola la presenza degli immigrati nel nostro territorio vincola l'amministrazione, in presenza di determinate circostanze, ad adottare misure restrittive della libertà di soggiorno, senza doversi confrontare con la situazione del caso concreto, ovvero, senza dover bilanciare gli interessi in gioco, che sono, da un lato, quelli dello straniero ad una accoglienza umanitaria dignitosa e dall'altro, quelli della comunità ospitante ad una gestione efficiente dei flussi migratori, che garantisca sicurezza, ordine pubblico e benessere sociale¹. Rispetto a questa disciplina, che proietta la condizione della persona immigrata in un'ottica espulsiva, l'ordinamento europeo, attraverso l'interpretazione dei suoi giudici, ha affermato, in base all'art. 52 della Carta dei diritti fondamentali, che la legittimità dell'intervento delle pubbliche autorità, limitativo delle libertà fondamentali, deve essere valutata all'esito di un effettivo bilanciamento degli interessi secondo il canone della proporzionalità². Più in generale,

¹ In particolare, sull'automatismo espulsivo, v. C. CORSI, *Il rimpatrio dello straniero tra garanzie procedurali e automatismo espulsivo*, in *La condizione giuridica dello straniero nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Seminario di studio - Palazzo della Consulta - 26 ottobre 2012, Milano, 2013, 27-94; v., anche, M. SAVINO, *L'incostituzionalità del c.d. automatismo espulsivo*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, XV, 2013, 3, 37-56; per i profili relativi al tema dell'ordine pubblico, v., ID., *La libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Milano, Giuffrè, 2012.

² In base all'art. 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, «eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui». Tale norma esprime il principio secondo cui i diritti non sono la proiezione di pretese personali assolute, ma il frutto di una mediazione necessaria degli interessi soggettivi, che può avere esiti differenziati. Pertanto, la garanzia delle libertà fondamentali sarebbe sempre assistita da una generale clausola di

la formazione di un ambito giuridico europeo, inteso, come «l'insieme di diritto dell'Unione, diritto della Convenzione europea, diritti domestici, diritto internazionale comune ai Paesi europei, diritto europeo comparato»³, ha favorito l'affermazione di nuovi principi di rango costituzionale, che attengono ai diritti fondamentali, da cui scaturisce l'obbligo per gli stati aderenti di garantirne l'effettività⁴.

Sì che, l'adesione dell'Unione europea alla Convenzione dei diritti dell'uomo ha determinato rilevanti cambiamenti nel diritto interno, anche in virtù della forza vincolante che ha assunto l'interpretazione della Corte EDU sia sul piano sostanziale che sul piano giurisdizionale.

Ed invero, se si analizza la giurisprudenza della Corte EDU emerge, ad esempio, che l'amministrazione incontra significativi limiti nell'esercizio del potere conferitole dalla legge, derivanti dall'applicazione dei diritti e delle libertà sancite dalla CEDU e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁵. La prospettiva accolta dai giudici europei, infatti, è quella di interpretare la sovranità nazionale in un ambito giuridico volto al riconoscimento della rilevanza dei legami che un soggetto straniero consolida con il contesto territoriale di riferimento, inteso nella più ampia accezione di comunità sociale, affettiva ed economica⁶. Con la conseguenza che la libertà di soggiorno dei non cittadini

limitatezza funzionale al rispetto di altri valori concorrenti. In questi termini, quindi, il problema del rapporto tra interesse pubblico e libertà individuale non può che essere risolto se non attraverso il contenimento e il bilanciamento degli interessi sui cui interviene il potere amministrativo. Il che esclude una apodittica prevalenza dell'una sull'altra, svincolata dalla analisi del singolo caso concreto. Sul rilievo giuridico della proporzionalità, v. A. BARAK, *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge University Press, 2012, il quale, attraverso l'analisi della giurisprudenza costituzionale di Israele, individua nella proporzionalità uno strumento di bilanciamento essenziale per limitare il potere legislativo rispetto ai diritti umani, nonostante le criticità che possono emergere dalla eccessiva discrezionalità che i giudici hanno nell'applicare tale principio. Per ulteriori approfondimenti, con specifico riferimento alla disciplina dei flussi migratori, sia consentito rinviare a M. INTERLANDI, *Fenomeni immigratori tra potere amministrativo ed effettività delle tutele*, Torino, Giappichelli, 2018.

³ S. CASSESE, *Verso un diritto europeo italiano*, in *Riv. It. Dir. pubbl. comun.*, 2017, 2.

⁴ Ciò ha portato parte della dottrina a ritenere che attraverso il potere interpretativo la Corte abbia elaborato un autonomo catalogo dei diritti rispetto ai quali il potere sarebbe destinato a recedere. Più specificamente è stata espressa l'idea che «la legalità sostanziale dei diritti inviolabili prevale sulla legalità formale, escludendo in radice l'attribuzione di un potere in quella specifica situazione». Ed in questa prospettiva è stato altresì rilevato il rischio di «un eccessivo ampliamento del potere interpretativo del giudice, che adatta la norma scritta alle esigenze concrete». F. MERUSI, *L'integrazione fra legalità comunitaria e la legittimità amministrativa nazionale*, in *Dir. amm.*, 2009, 50 ss.

⁵ Al riguardo è stato sottolineato che la Corte Europea limita la discrezionalità amministrativa attraverso un percorso logico analogo a quello della Corte Costituzionale, determinando il parametro della legittimità/liceità dell'atto o comportamento oggetto del giudizio. Attraverso il ricorso alla Corte di Strasburgo, quindi, il soggetto esercita un'azione diretta a tutela delle proprie situazioni soggettive, che legittima la elaborazione di principi normativi e la creazione di diritti, anche in assenza di un legislatore legittimato dal voto popolare. In tal senso, F. MANGANARO, *Il potere amministrativo nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 2, 428 ss..

⁶ Ciò, in quanto, la cittadinanza, come si è visto, non esprime in modo definitivo il legame tra il soggetto e la comunità territoriale e le relative istituzioni, rappresentando un sem-

tende sempre di più a ricevere una specifica tutela attraverso le fonti sovranazionali, soprattutto laddove rappresenti una condizione essenziale per l'effettiva realizzazione dei diritti fondamentali della persona⁷.

Su questa posizione, sia la Corte di Giustizia che la Corte europea, ormai, convergono, evocando il principio secondo cui dinanzi alla tutela di diritti fondamentali, come ad esempio quello del superiore interesse del minore, le esigenze di controllo del territorio non possono apoditticamente e senza una valutazione delle circostanze rilevanti nel singolo caso concreto, prevalere su tale interesse, privando il minore dei loro contesti affettivi di riferimento⁸. Si che, secondo tale prospettiva, il conflitto tra autorità e libertà andrebbe risolto nell'ottica di salvaguardare il pieno ed effettivo godimento dei diritti CEDU, ponendo quale limite all'intervento pubblico l'obbligo di ponderare gli interessi in gioco⁹.

La dimensione sovranazionale della tutela dei diritti fondamentali, nei termini prima accennati, ha inevitabilmente inciso anche sulla giurisprudenza costituzionale, stimolando la Consulta ad assumere posizioni più aderenti alla prospettiva europea. Ed, in questa direzione, riveste sicuro rilievo l'indirizzo

plice indice che può essere superato in favore dell'emersione di altri criteri di collegamento, come è dimostrato dalla norma sull'estensione dell'obbligo del servizio militare, che può essere intesa alla stregua di un'ulteriore implicazione del vincolo solidaristico previsto dall'art. 2 cost. a tutela delle formazioni sociali in cui l'individuo sviluppa la propria personalità. In tema, v. M. CUNIBERTI, *Espulsione dello straniero e libertà costituzionali*, in *Dir. Pubbl.*, 2000, 843. Sul valore sostanziale della cittadinanza intesa come «forma di riconoscimento dei diritti umani» v. G. BERTI, *Cittadinanza, cittadinanze e diritti fondamentali*, in *Riv. dir. cost.*, 1997, 11 ss.

⁷ In questa prospettiva, M. INTERLANDI, *Potere amministrativo e tutela delle relazioni familiari, tra esigenze di ordine pubblico e superiore interesse del minore straniero*, in *Dir. e Proc. amm.*, 2018, 1.

⁸ Cfr. C.EDU, 12 ottobre 2006, *Muubilanza c. Belgio*, in cui i giudici di Strasburgo hanno individuato nella vulnerabilità del minore un valore prevalente rispetto alla condizione di straniero in posizione irregolare, che impone allo Stato "ospitante" l'obbligo di prendersi cura del bambino e di adottare tutte le misure idonee a garantire quanto disposto dall'art. 3 (che vieta trattamenti disumani e degradanti) e dall'art. 8 della Convenzione. Cfr., anche, C. EDU, *Pajic c. Croazia*, 23 febbraio 2016, e *Rodriguez da Silva c. Paesi Bassi*, 31 gennaio 2006. V. anche C. Giust., Grande Sezione, *Chavez c. Belgio*, che, al fine di salvaguardare il superiore interesse di un minore dal rischio derivante da un eventuale sradicamento a cui sarebbe stato costretto in caso di espulsione del genitore - cittadino di un paese terzo -, ha stabilito che spetta alle autorità competenti «procedere, sulla base degli elementi forniti dal cittadino di un paese terzo, alle ricerche necessarie per poter valutare, alla luce dell'insieme delle circostanze del caso di specie, se una decisione di rifiuto avrebbe conseguenze siffatte». E, quindi, in base a tale orientamento, sarebbero incompatibili con la CEDU quelle misure di espulsione e di diniego di permesso di soggiorno lesive dell'interesse dei figli di minore età a preservare legami significativi e funzionali al proprio sviluppo. Si che, «la concreta ed effettiva realizzazione dei diritti fondamentali della persona di età minore ha portato ad inquadrare il suo superiore interesse non solo nella pur condivisibile prospettiva della tutela di un soggetto in formazione, ma anche e soprattutto, nell'ottica del diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, e quindi del suo diritto a conservare i suoi contesti familiari di riferimento anche quando ricorrono le condizioni normative, che prescrivono l'allontanamento o l'espulsione dei genitori o dei soggetti affidatari». In tal senso, sia consentito rinviare a M. INTERLANDI, *Potere amministrativo e tutela delle relazioni familiari*, cit..

⁹ Cfr. Corte EDU, 7 aprile 2009, *Cherif ed altri c. Italia*, proprio in un caso di espulsione disposta per motivi di ordine e sicurezza pubblica.

espresso nella sentenza n. 172/2012, secondo cui la ragionevolezza di una previsione legislativa che incide sui diritti dello straniero si fonda sull'attribuzione alla pubblica amministrazione del potere «di apprezzare al giusto gli interessi coinvolti e di accertare se il lavoratore sia o meno pericoloso per l'ordine pubblico e la sicurezza»¹⁰. In questo passaggio, la Consulta ha introdotto, invero, un elemento di novità rispetto ai suoi precedenti orientamenti¹¹, poiché ha riconosciuto espressamente che il principio di legalità non sempre offre la soluzione più garantista per la tutela dei diritti fondamentali della persona, rappresentando, in alcuni casi, addirittura un limite nel conformare il potere amministrativo ai compiti che la Costituzione ha inteso affidare alle pubbliche autorità¹².

Tali, principi hanno trovato una esplicita conferma anche nell'indirizzo recentemente espresso dalla Cassazione, secondo cui «la valutazione di una domanda di protezione internazionale non può prescindere da un serio e approfondito accertamento della “situazione reale del paese di provenienza” del migrante richiedente»¹³. Sì che, in questi casi, il giudice ha il “potere-dovere” «di accertare se, e in quali limiti, nel Paese di origine dell'istante si registrino fenomeni di violenza indiscriminata, in situazioni di conflitto armato interno o internazionale, che espongano i civili a minaccia grave o individuale alla vita o alla persona».

2. L'inefficienza organizzativa dell'accoglienza dei migranti: l'inadeguatezza delle strutture di permanenza.

L'evoluzione giurisprudenziale sulla tutela dei diritti fondamentali spinge, dunque, nel senso di ancorare la legittimità della funzione amministrativa al bilanciamento degli interessi in gioco, anche quando la legge prefigura un esito vincolato, rinunciando ad assolvere alla funzione di mediazione degli stessi¹⁴.

¹⁰ C. Cost., sent. 2 luglio 2012, n. 172, con nota di N. VETTORI, *Pericolosità sociale, automatismi ostativi e diritti dello straniero: un'importante evoluzione nella giurisprudenza della corte costituzionale*, in *Foro amm. CDS*, 2012, 2488 ss.

¹¹ C. Cost., sent. 16 maggio 2008 n. 148.

¹² In argomento, sia consentito rinviare a M. INTERLANDI, *Fenomeni immigratori tra potere amministrativo ed effettività delle tutele*, Torino, 2018.

¹³ Cfr. C. Cass., Sez. Un., sent. 13 novembre 2019, n. 29460.

¹⁴ La forza vincolante dell'interpretazione della Corte di Strasburgo, che integra e definisce il contenuto delle norme della Cedu, si riflette anche sul sindacato giurisdizionale dei giudici comuni, obbligandoli, perciò, ad uniformarsi alla stessa per non incorrere in una ulteriore violazione. In questa prospettiva, la tesi della diretta applicazione delle norme CEDU è stata accolta da una parte dei giudici comuni. cfr., Cons. St., sent. n. 1220/2010, TAR Lazio, sez. II bis, sent. 11984/2010. Nelle decisioni in questione, i giudici amministrativi rilevano, infatti, l'equiparazione tra diritti fondamentali sanciti dalla Cedu al diritto dell'Unione, ritenendo, perciò direttamente applicabili le norme internazionali in virtù dell'art. 11 cost., che consente al giudice di disapplicare le norme nazionali in contrasto con quelle dell'Unione. In argomento, v. M. RAMAJOLI, *Il giudice nazionale e la CEDU: disapplicazione diffusa o dichiarazione d'illegittimità costituzionale della norma interna contrastante con la Convenzione?*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 825 ss. In questi termini, appaiono, quindi, rilevanti sia le decisioni sull'applicazione delle garanzie dell'equo processo (art. 6 CEDU) e della effettività della tutela (art. 13 CEDU), sia quelle pronunce, che, come si è visto, impongono la ponderazione degli interessi in gioco ogni qualvolta l'esercizio di un pubblico potere impatta, limitandolo, su un diritto fondamentale (art. 52 Carta

Funzione che, com'è noto, trae legittimazione dalla tutela costituzionale della persona, le cui garanzie non investono solo le sue libertà individuali ma anche quelle della formazione sociale in cui questo realizza e sviluppa la sua personalità.

Tutto ciò porta a confermare, quanto già da altri giustamente rilevato, che quei valori garantistici che prima potevano ritenersi racchiusi nel principio di legalità, oggi dovranno trovare espressione in un concetto più ampio e comprensivo che è “il rispetto del diritto”, a cui deve conformarsi sia l'esercizio del potere che le modalità in cui tale potere si organizza¹⁵.

Tali considerazioni inducono a riflettere sulle possibili ricadute applicative che tali orientamenti potrebbero avere sul sistema di accoglienza dei migranti, ancora fortemente condizionato, come già evidenziato in altra sede, da un approccio securitario ed emergenziale della gestione dei flussi immigratori.

In questo contesto, è possibile sin d'ora delineare la necessità di uscire dalla dimensione “eccezionale” degli interventi di assistenza umanitaria, e di riconoscere agli enti locali un ruolo più incisivo nella organizzazione dell'accoglienza degli immigrati e dei processi di integrazione sociale¹⁶, secondo una prospettiva che tenga conto non solo dei diritti della persona immigrata ad una assistenza dignitosa, ma anche delle istanze delle comunità ospitanti ad una amministrazione efficiente, rispetto ai problemi che derivano dalla presa in carico dei bisogni di un flusso consistente di stranieri.

Proprio sul versante organizzativo, infatti, l'approccio emergenziale e securitario della gestione dei flussi immigratori ha dato vita ad un sistema di accoglienza che, già prima del decreto legge n. 113/2018 (cd. decreto “Salvini”), evidenziava rilevanti criticità, soprattutto sul piano dei servizi di prima necessità. Con la conseguenza di pregiudicare, altresì, le condizioni di vita delle comunità locali, che, dinanzi all'ingresso incontrollato di persone immigrate, invocano protezione e sicurezza, altrettanto meritevoli di tutela¹⁷.

di Nizza). Ne discende, quindi, che in base a tali orientamenti è possibile ritenere che, ove l'autorità amministrativa ometta di svolgere tale bilanciamento, spetterebbe al giudice, nell'ottica di allineare il sistema di tutele avverso il potere pubblico ai principi elaborati dalla Corte EDU e dalla Corte di Giustizia, rilevare l'illegittimità del provvedimento per violazione del principio di proporzionalità, e, conseguentemente, annullarlo.

¹⁵ In tal senso B. Sordi, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. La prospettiva storica*, in *Dir. amm.*, 1/2008, 1 ss.

¹⁶V. L.R. PERFETTI, *La legalità del migrante. Status della persona e compiti dell'amministrazione pubblica nella relazione paradigmatica tra migranti respinti, irregolari, trattenuti minori e potere pubblico*, in *Dir. e proc. amm.*, 2/2016, 393 ss., il quale sottolinea che «una singola sospensione, una singola area di deroga alle regole garantiste dell'ordinamento non costituisce “stato di eccezione” dell'ordinamento. Piuttosto, è uno di quei *tòpoi* (il migrante, il matto, il detenuto, l'internato ecc.) nei quali riaffiora l'insufficienza del diritto come legalità formale per garantire i diritti della persona». V., anche, G. TROPEA, *Homo sacer? Considerazioni perplesse sulla tutela processuale del migrante*, in *Dir. Amm.*, 2008, 839 ss.

¹⁷V. M. FOUCAULT, *Bisogna difendere la società*, Milano, Feltrinelli, 1998, 220, il quale mette in rilievo che le politiche migratorie si agitano tra la tensione ad una «governamentalità pastorale che rassicura e protegge ed una governamentalità attraverso la paura, definendo socialmente pericolose taluni soggetti

In particolare, rileva, per i profili appena evidenziati, il tema della inadeguatezza delle strutture di accoglienza, su cui la Corte Edu si è più volte pronunciata, rivendicando il dovere dello Stato di proteggere, innanzitutto, i diritti dei soggetti vulnerabili. In quest'ottica, è stato ritenuto inadeguato il sistema di accoglienza dell'Italia, per la inidoneità delle strutture abitative, soprattutto rispetto al trattamento dei minori, ritenendo in contrasto con l'art. 3 CEDU (che vieta i trattamenti inumani o degradanti) la decisione della Svizzera di espellere un nucleo familiare di immigrati verso l'Italia, in quanto paese di primo approdo¹⁸. Particolarmente significativo è il passaggio in cui, riferendosi alla raccomandazione dell'Alto Commissariato delle NU, la Corte ha ritenuto elevato il rischio «che, in Italia, un numero significativo di richiedenti possa essere privato di un alloggio o possa essere ospitato in strutture affollate in condizioni di promiscuità e perfino di insalubrità e violenza».

A distanza di qualche anno, la Corte EDU è tornata a pronunciarsi sulla adeguatezza delle strutture di accoglienza italiane, questa volta con una decisione, assunta il 14 febbraio 2018, con cui ha disposto una misura provvisoria a protezione di due minori non accompagnati collocati nel centro di accoglienza per adulti di CONA (VE), ordinando al governo di trasferire immediatamente i ricorrenti in strutture per minori.

3. La prospettiva securitaria della gestione dei flussi immigratori nel riparto di competenze amministrative: la distorsione del modello di integrazione dopo il decreto-legge n.113/2018.

Inoltre, ulteriori criticità del sistema di accoglienza sono imputabili alla difficoltà per gli enti locali di garantire un servizio di assistenza che soddisfi gli

*e concentrando il potere in chi gestisce amministrativamente il rischio, a scapito di giudici e legislatori, alterando, in questo modo, equilibri tra sicurezza e libertà e allargando lo spazio dei controlli». Tuttavia, L'irrompere del terrorismo internazionale impone una riflessione diversa sul rapporto tra sicurezza e libertà, che tenga conto anche dell'accostamento emotivo dell'aumento dei flussi migratori all'intensificarsi degli episodi terroristici. La percezione di vulnerabilità delle frontiere, infatti, alimenta il sentimento di paura, e, in misura proporzionale, intensifica il bisogno di protezione delle libertà individuali, spingendo la collettività ad affidare allo Stato il compito di adottare tutte le misure necessarie per scongiurare i rischi e i pericoli, che possono dar vita a tale fenomeno. Non è un caso, infatti, che la risposta legislativa alla domanda di sicurezza sia stata quella di canalizzare il bisogno di protezione che essa esprime sul fenomeno dell'immigrazione, facendo convergere sugli immigrati le tensioni sociali che scaturiscono dalle difficoltà di dare risposte ad una serie di questioni che da tempo generano la riferita insicurezza. In tal senso, v. G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, cit., in part. 134-135. In questa prospettiva, quindi, lo straniero diventa l'altro, ovvero il "nemico" su cui si concentra l'attenzione del legislatore, il quale interviene con strumenti di carattere preventivo, spesso erosivi della libertà e delle garanzie, sia sostanziali che giurisdizionali. La considerazione dello straniero come soggetto "altro" va riferita a BENHABIB, *I diritti degli altri. Stranieri, residenti, cittadini*, Milano, Cortina Raffaello, 2006; l'espressione è stata, poi, ripresa E. DENNINGHER, "I diritti degli altri". *Diritti dell'uomo e diritti del cittadino in conflitto tra loro*, in www.federalismi.it.*

¹⁸ Cfr. C. EDU, *Tarakhel c. Svizzera*, 4 novembre 2014.

standard minimi di tutela della persona e che, al tempo stesso, favorisca il processo di integrazione della stessa nelle comunità territoriali in cui approda¹⁹.

Ciò dipende, innanzitutto, dalla attribuzione delle competenze, in tale ambito, alle autorità statali, a cui spetta, in base al d.lgs. 18 agosto 2015, n. 142, la gestione della cosiddetta “prima accoglienza”, prevedendo l’istituzione presso il Ministero dell’Interno del tavolo di coordinamento a cui spetta la definizione dell’indirizzo e della programmazione degli interventi diretti ad ottimizzare il sistema di accoglienza²⁰. Alle regioni, invece, è affidata la fase attuativa di quanto stabilito a livello nazionale, senza riservare ad esse alcun margine di apprezzamento e di compartecipazione alla gestione del fenomeno stesso²¹.

In questo quadro normativo si colloca anche il sistema di protezione per i richiedenti asilo e rifugiati (SPRAR), in base al quale vengono finanziati, con bandi ministeriali, gli interventi di accoglienza e di integrazione delle persone immigrate da parte dei comuni. Tale sistema, sebbene fondato sull’adesione volontaria di tali enti, costituisce una opportunità per sperimentare, attraverso le iniziative locali, modelli di gestione dell’accoglienza degli immigrati, alcuni dei quali si sono rivelati particolarmente virtuosi²². Infatti, l’accoglienza assicurata dallo SPRAR presenta standard qualitativi più elevati rispetto a quella offerta dai centri governativi, essendo specificamente finalizzata a promuovere l’autonomia e l’integrazione degli immigrati²³.

Tuttavia, dopo il d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, l’accesso a tale sistema di protezione è stato riservato solo a coloro che hanno già ottenuto la protezione internazionale o il permesso di soggiorno, e non più anche a coloro che presenta istanza²⁴. Con la conseguenza, che tali soggetti, nelle more del conseguimento del “titolo di ingresso”, sono trattenuti presso i Centri di Accoglienza Straordinaria (CAS), i quali, com’è noto, nascono come strutture temporanee,

¹⁹ Sul sistema di accoglienza in funzione della integrazione della persona straniera, v. S. Dantonio, *Sistema di accoglienza dei migranti e percorsi di integrazione*, in *Dove il passato incontra il futuro*, Collana Forum del Gran Sasso, Teramo, 2018, 241, ss. V., inoltre, F. Cortese, *La crisi migratoria e la gestione amministrativa*, *Riv. Trim. dir. pubb.*, 1/2019, 435 ss.

²⁰ Più specificamente, in argomento, v. F. MANGANARO, *Politiche e strutture di accoglienza delle persone immigrate*, in *federalismi.it*, 21/2019; M. CALABRÒ, *La possibile rimodulazione del ruolo degli enti locali nella gestione dei flussi migratori, in ordine internazionale e diritti umani*, 2020, 116 ss.

²¹ L’Intesa Stato-Regioni, approvata in Conferenza unificata il 10 luglio 2014, ha sancito e reso operativa l’azione integrata tra i vari livelli di governo nazionale e locale ed ha approvato il primo Piano Nazionale per fronteggiare il flusso straordinario di cittadini extracomunitari, adulti, famiglie e minori stranieri non accompagnati. Attraverso l’elaborazione di un Piano di accoglienza e di una Roadmap si è dato avvio ad un processo di riorganizzazione del sistema di accoglienza, ad una cooperazione interistituzionale - governance multilivello e alla redistribuzione equa degli stranieri accolti (2,5 immigrati ogni mille abitanti). Con l’approvazione del d.lgs. 18 agosto 2015, n. 142, entrato in vigore il 30 settembre 2015, il sistema di accoglienza per i richiedenti asilo e rifugiati è stato articolato su tre livelli a cui corrispondono specifiche strutture che svolgono differenziate funzioni: soccorso e prima assistenza (Hot Spot); prima accoglienza; seconda accoglienza (Hub) e accoglienza straordinaria (SPRAR).

²² S. PENASA, *L’accoglienza dei richiedenti asilo: sistema unico o mondi paralleli?*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2017, 11.

²³ S. DANTONIO, *Sistema di accoglienza dei migranti e percorsi di integrazione*, cit.

²⁴ Cfr. d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, convertito in legge 1 dicembre 2018, n. 132.

e, dunque, prive dei servizi preordinati alla integrazione della persona accolta²⁵. Sebbene, infatti, il modello sia stato realizzato per ospitare le persone il tempo strettamente necessario all'espletamento delle procedure di richiesta d'asilo, la durata della permanenza in queste strutture si allunga, per il consistente afflusso di migranti, e delle molte richieste sottoposte alla Commissione Territoriale.

Ciò significa, quindi, che proprio nella fase di primo approdo, che, oltretutto, vede dilatati i tempi di trattenimento degli stranieri nelle strutture governative, in virtù dell'impossibilità per i richiedenti asilo di essere tempestivamente trasferiti presso i centri territoriali di accoglienza²⁶, gli enti locali sono esclusi dalle decisioni organizzative, nonostante il rilevante impatto che queste potrebbero esercitare sulle comunità di approdo, le quali si vedono costrette a convivere con strutture ospitanti spesso degradate, che ne contaminano il contesto sociale ed ambientale, livellando verso il basso le condizioni di benessere che, specialmente in alcune aree del paese, sono già drammaticamente precarie²⁷.

²⁵L'articolo 11 del d.lgs. 142/2015 regola l'utilizzo delle strutture straordinarie: «Nel caso in cui è temporaneamente esaurita la disponibilità di posti all'interno delle strutture di cui agli articoli 9 e 14, a causa di arrivi consistenti e ravvicinati di richiedenti, l'accoglienza può essere disposta dal Prefetto, sentito il Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione del Ministero dell'interno, in strutture temporanee, appositamente allestite, previa valutazione delle condizioni di salute del richiedente, anche al fine di accertare la sussistenza di esigenze particolari di accoglienza». Per ulteriori approfondimenti si rinvia a C. LEONE, *La disciplina degli hotspot nel nuovo art. 10-ter d.lgs. n. 286/98: un'occasione mancata*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2017, 2, 1 ss. Sulla condizione degli immigrati nei Centri Permanenza e Rimpatrio, v. anche C. CELONE, *La "detenzione amministrativa" degli stranieri irregolari nell'ordinamento italiano e dell'Unione europea ed il diritto fondamentale di ogni persona alla libertà ed alla tutela giurisdizionale*, in *Nuove Autonomie*, 2013, 299 ss.

²⁶ Nell'ottobre 2016, erano circa 128 mila le persone ospitate all'interno del circuito di accoglienza straordinaria. Nello stesso periodo i posti per la seconda accoglienza erano circa 23 mila, con la conseguenza che grava sul sistema di accoglienza straordinaria la maggior parte dei servizi per l'asilo a livello nazionale. I centri di accoglienza straordinaria, nati negli anni successivi alla nota Emergenza Nord Africa del 2011, sono stati istituiti per sopperire alla mancanza di posti delle strutture ordinarie. Individuati e allestiti su disposizione delle Prefetture-Uffici Territoriali del Governo, tramite procedure di affidamento dei contratti pubblici, rappresentano l'erogazione dei servizi dell'accoglienza da parte di operatori economici privati e del terzo settore. Per ulteriori approfondimenti, v., F. GUELLA, *Sistema di accoglienza dei richiedenti asilo e disposizioni in materia di iscrizione anagrafica nel cd Decreto Sicurezza in osservatorio costituzionale*, 2019, 708 ss.

²⁷ Cfr. rapporto Corte dei Conti, delibera n.3/2018, in www.camera.it, sulla gestione del Fondo Nazionale per le Politiche e i Servizi dell'Asilo, riguardo alla "Prima Accoglienza" (triennio 2013-2016). Nella relazione, che si concentra solo sulla gestione delle risorse destinate alla "prima accoglienza" degli immigrati richiedenti asilo e di quelli irregolari oggetto del provvedimento di rimpatrio, viene evidenziato, in termini critici, che «il ricorso alle strutture temporanee di prima accoglienza, che, nel 2015, sono risultate 2.332 sparse sul territorio, richiede una più pregnante verifica degli standard di ricezione, anche per una migliore gestione di possibili resistenze delle comunità locali», reclamando, quindi, una maggiore attenzione per le dinamiche sociali e di interazione. La Corte dei Conti pone poi l'accento sui tempi di esame e di decisione dei ricorsi per la definizione delle richieste di protezione internazionale, ritenuti ancora troppo lunghi, e anche sull'incapacità da parte del Ministero di tracciare la presenza e gli spostamenti dei richiedenti asilo, anche da una struttura all'altra.

Inoltre, in base all'attuale sistema, le regioni e gli enti locali, sui quali grava l'obbligo di assicurare le prestazioni sociali riconosciute anche agli immigrati irregolari, non potranno accedere più, tramite la rete SPRAR, alle risorse del Fondo nazionale per l'accoglienza, privando i soggetti esclusi da tale sistema dell'opportunità di integrarsi.

Ciò non solo determina una riduzione degli standard qualitativi e quantitativi di servizi assistenziali alla persona ma si riflette, altresì, sulle condizioni di benessere delle comunità di accoglienza, generando una inevitabile tensione verso le persone immigrate.

Del resto la riduzione delle risorse che potevano essere destinate alle Regioni e agli enti locali attraverso la rete SPRAR, per assicurare quelle prestazioni assistenziali che l'art. 3 TUIM (Testo unico dell'immigrazione) riconosce a tutti gli stranieri, anche irregolari, finisce per comprimere ulteriormente la capacità di spesa delle Regioni, a discapito di altri bisogni della collettività, ugualmente meritevoli di tutela.

Aspetto, questo, che è stato bene evidenziato dalla Corte costituzionale, in una recente pronuncia, in cui la Consulta, pur ribadendo che le riforme del decreto Salvini non hanno limitato la competenza regionale in ambito di assistenza sociale alle persone immigrate, ha sottolineato che se Regioni e i comuni vorranno intervenire a favore di un più ampio riconoscimento delle prestazioni sociali, dovranno reperire ulteriori risorse²⁸.

Ed in questa prospettiva, merita senz'altro attenzione una recente decisione del tribunale di Bari che ha condannato l'amministrazione statale (Presidenza del Consiglio dei Ministri e Ministero dell'interno, in solido tra loro) a risarcire il Comune e la Provincia di Bari per il pregiudizio che la reputazione della comunità locale ha subito in ragione delle «condizioni mortificanti con cui sono stati trattati gli immigrati trattenuti» nel Centro Identificazione ed Espulsione di Bari-Palese²⁹.

E non sarebbe, inoltre, azzardato ritenere che tale decisione possa aprire la strada ad ulteriori ipotesi e forme di tutela, senza escludere la possibilità di avvalersi anche del ricorso per l'efficienza amministrativa, di cui al d.lgs. 198/2009, per ottenere l'adeguamento delle strutture di accoglienza agli standard di qualità previsti dalle fonti sovranazionali³⁰.

4. Il ruolo degli enti locali nel bilanciamento degli interessi della persona immigrata e delle comunità ospitanti nella prospettiva del diritto ad una buona amministrazione.

Alla luce di tali considerazioni, ci si chiede se, e in che misura, sia possibile allineare la gestione dell'accoglienza a quei principi giurisprudenziali che in ambi-

²⁸ Cfr. C. cost., 24 luglio 2019, n. 194.

²⁹ Trib. Bari, sent. 10 agosto 2017.

³⁰ In argomento, sia consentito rinviare a M. INTERLANDI, *Il ricorso per l'efficienza delle pubbliche amministrazioni*, in G. RECINTO, L. MEZZASOMA, S. CHERTI (a cura di) *Diritto e tutele dei consumatori*, ESI, 2014, 589 ss.

to europeo hanno ancorato la tutela della libertà fondamentali al bilanciamento degli interessi in gioco, tenendo conto, quindi, sia della situazione soggettiva della persona immigrata che delle istanze della comunità di primo approdo.

Rispetto a tale interrogativo, è possibile, per ora, solo indicare una possibile chiave di lettura, ricavabile dal disegno istituzionale delineato dalla Costituzione, secondo cui le funzioni amministrative sono organizzate nella prospettiva della effettiva realizzazione dei diritti fondamentali della persona.

In quest'ottica, allora, il paradigma del diritto alla "buona amministrazione" potrebbe spingere ad una maggiore valorizzazione del principio di sussidiarietà, di cui all'art. 118 Cost., come principio organizzativo fondato sulla collaborazione tra i diversi livelli di governo, volto a promuovere forme di autonomia adeguate e differenziate in base agli specifici contesti territoriali.

Del resto, è sufficiente ricordare che l'art. 3 del TUI (testo unico immigrazione) attribuisce agli altri enti locali, «nell'ambito delle rispettive attribuzioni e dotazioni di bilancio», il compito di adottare i provvedimenti necessari per rimuovere gli ostacoli che di fatto «impediscono il pieno riconoscimento dei diritti e degli interessi riconosciuti agli stranieri nel territorio dello Stato, con particolare riguardo a quelli inerenti all'alloggio, alla lingua, all'integrazione sociale, nel rispetto dei diritti fondamentali della persona umana».

La norma andrebbe letta in armonia con la previsione di cui all'art. 119 Cost., che obbliga lo Stato a destinare agli enti locali risorse aggiuntive e ad effettuare interventi speciali in favore di determinati comuni per assicurare l'effettivo esercizio dei diritti della persona. Diritti, che, dovranno trovare applicazione nella dimensione solidaristica delle garanzie costituzionali, tenendo conto, quindi, della persona (straniera) come individuo, ma anche come parte della una comunità, economica e sociale di riferimento³¹.

Sì che il fondamento della promozione e valorizzazione dell'autonomia locale non può che rinvenirsi nell'assunzione di responsabilità che accomuna tutte le istituzioni, impegnandole ad operare per il perseguimento di obiettivi comuni, per realizzare al meglio i diritti e le condizioni di vita personali e collettive previste dall'ordinamento³².

Non dobbiamo dimenticare, infatti, che la tutela delle libertà fondamen-

³¹ Sul principio di autonomia locale v. G. PASTORI, *Principio di legalità e autonomie locali*, in *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Atti del convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna 20-22-settembre, Milano, 2008, 267-286, in cui l'a. evidenzia la valorizzazione del principio autonomistico nella riforma costituzionale del 2001. In particolare, si rileva che, con il nuovo art. 114 Cost., che ha equiparato la posizione istituzionale degli enti locali a quella dello Stato e delle Regioni, si è inteso presidiare «in maniera diretta gli ambiti funzionali spettanti delle istituzioni autonome locali e che il legislatore ordinario (sia nazionale che regionale) possa incidere sui contenuti dell'autonomia solo in quanto e negli stretti limiti in cui lo stesso testo costituzionale lo preveda». Più in generale sul valore dell'autonomia locale, che fonda sulla differenziazione la capacità organizzativa dell'amministrazione di assicurare l'effettività dei diritti fondamentali, sia consentito rinviare a M. INTERLANDI, *Autonomia differenziata, unità nazionale e diritti fondamentali nel processo attuativo dell'art. 116 Cost.*, in F. PASTORE (a cura di), *Il regionalismo differenziato*, Padova, 2019.

³² G. PASTORI, *Principio di legalità e autonomie locali*, cit.

tali deve trovare applicazione in una dimensione solidaristica, che tenga conto cioè anche dell'impatto di tale tutela sulla comunità sociale ed economica di riferimento. Il che non significa optare apoditticamente per la prevalenza dell'una sulle altre, ma di seguire le indicazioni che la stessa Costituzione ci offre, tutelando la persona come individuo e nella formazione sociale in cui sviluppa la sua personalità.

Tutto ciò porta ad individuare, allora, nel decentramento amministrativo, e nella valorizzazione del ruolo di comuni, il modello organizzativo più efficace per promuovere lo sviluppo economico e sociale, in funzione dell'effettivo esercizio dei diritti della persona³³.

Ciò implica non solo riconoscere agli enti locali una maggiore autonomia e più ampie funzioni ma, anche, rivendicare un ruolo più attivo nel concorrere alla acquisizione delle risorse bandite dai fondi europei. In questo modo si eviterebbe il rischio che la gestione dell'accoglienza degli immigrati costituisca un ulteriore ed irrimediabile fattore di divario sociale tra aree più ricche e quelle più povere del paese³⁴.

Le considerazioni sin qui svolte, e da ultimo, la sentenza del tribunale di Bari, ci pongono, perciò, nella prospettiva di superare, una volta e per tutte, quella contrapposizione ideologica - sia consentita la semplificazione - tra chi invoca i "porti aperti" e chi, invece, spinge per la chiusura delle nostre frontiere, che, come è noto, è stata, e continua ad essere, foriera di una insanabile tensione tra sicurezza e libertà³⁵.

Infatti, la complessità dei problemi derivanti dalla gestione dei flussi mi-

³³ In tal senso, sia consentito il riferimento a M. INTERLANDI, *Autonomia differenziata, unità nazionale e diritti fondamentali nel processo attuativo dell'art. 116 Cost., cit.*

³⁴ In questo contesto è esemplificativa la situazione che si è venuta a creare dopo l'intervento legislativo n. 47/2017 sui minori non accompagnati. La legge, infatti, al fine di allineare il regime di tutela nazionale alle garanzie costituzionali e sovranazionali, ha prescritto l'obbligo per le autorità locali di innalzare gli standard di accoglienza e di assistenza, attribuendo la responsabilità dell'attuazione di tali adempimenti ai comuni, senza però conferire ad esse le risorse necessarie. E poiché il fondo nazionale per la gestione del sistema SPRAR non copre tutti i costi necessari per la gestione dell'accoglienza di secondo livello, potrebbe verificarsi che le amministrazioni locali che versano in situazioni finanziarie più critiche, non siano in grado di garantire tali prestazioni. E ciò, nonostante, la Corte di Cassazione abbia stabilito che il Comune sia tenuto alla erogazione delle prestazioni assistenziali, ai sensi della l. 328/2000, anche in assenza di un rapporto diretto o di una convenzione tra ente ed operatori sociali. Cfr., C. Cass., Sez. I Civ., sent. 3 settembre 2010, n. 19036. Si pensi ad esempio all'espletamento delle procedure di identificazione, o di accertamento dell'età del minore che, in assenza di personale, per carenza di fondi, determina un inevitabile allungamento dei tempi, costringendo i minori a permanere nei centri di prima accoglienza per un tempo superiore a quello prescritto dalle riforme, di 30 giorni, con conseguente ritardo dell'inserimento del minore presso famiglie o strutture funzionali alla sua integrazione. È evidente, allora, il rischio di una ingiusta differenziazione nel trattamento giuridico dei minori stranieri non accompagnati, che finirebbe per privilegiare quelli ospitati in comuni finanziariamente più solidi, rispetto a quelli ospitati nei comuni che dispongono di risorse più limitate.

³⁵ Più specificamente su questi temi v. V. BALDINI, *Sicurezza e libertà nello Stato di diritto in trasformazione. Problematiche costituzionali delle discipline di lotta al terrorismo internazionale*, Torino, Giappichelli, 2005.

gratori, da cui emerge una conflittualità sempre più esasperata tra interessi contrapposti, dovrebbe indurre a ricercare una possibile soluzione proprio nel bilanciamento di interessi, evocato anche dalla giurisprudenza della Corte Edu, quale canone interpretativo del diritto ad una buona amministrazione, che consente di garantire, anche sul piano organizzativo, l'effettività dei diritti fondamentali della persona, immigrata o cittadina che sia. Con conseguente riconoscimento del principio di sussidiarietà come suo necessario paradigma³⁶.

Solo così sarà davvero possibile assicurare ai diritti fondamentali una tutela “sistemica e non frazionata” che trovi, come abbiamo visto, nel bilanciamento degli interessi in gioco, secondo il canone della proporzionalità, una tecnica interpretativa che consente di rispettare, anche in un quadro giuridico più ampio come quello sovranazionale, il pluralismo dei valori e delle libertà su cui si fonda la nostra Costituzione³⁷.

Del resto, come sappiamo, nessun diritto può ritenersi protetto in modo assoluto, in quanto la presenza di altri diritti e valori può costituire un “confine” alla sua tutela³⁸. Pertanto, le istanze di sicurezza, reclamate dalle comunità territoriali rappresentano una condizione indispensabile per l'esercizio dei diritti umani, imponendo allo Stato obblighi di protezione non solo verso chi arriva, ma anche verso chi accoglie.

In questo scenario non sembra, perciò, azzardato auspicare che nel dibattito sull'attuazione dell'art. 116, c. 3, Cost., le problematiche poc'anzi evidenziate possano trovare soluzioni adeguate, ancorando la pretesa di una maggiore autonomia locale all'opportunità di allineare le funzioni amministrative, sul piano sostanziale ed organizzativo, all'effettività dei diritti della persona, nella prospettiva, più volte evocata, di una buona amministrazione.

³⁶ Sulla valenza organizzativa del principio di buon andamento, v. D. D'ORSOGNA, *Buona amministrazione e sussidiarietà*, in *diritto@storia*, 2010, 9.

³⁷V. M. CARTABIA, *Diritto amministrativo e diritti fondamentali*, in L. TORCHIA (a cura di), *Attraversare i confini del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2016, in part. 178-179, in cui l'A. rileva come il principio di proporzionalità sta gradualmente demolendo i cd. “automatismi legislativi”, spingendo la Corte Costituzionale a sottoporre ad un severo «*vaglio di ragionevolezza e proporzionalità*» quelle previsioni che al verificarsi di una data evenienza ricollegano una conseguenza giuridica predeterminata, inderogabile e ineluttabile (...). La corte ravvisa in questa rigida consequenzialità uno specifico motivo di illegittimità costituzionale, in particolare quando le regole sono formulate in modo tale da non permettere al giudice – o eventualmente alla pubblica amministrazione – di tenere conto delle peculiarità del caso concreto e di modulare gli effetti alla regola in relazione alla specificità della situazione».

³⁸ Al riguardo osserva D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, cit., 25, che il principio di legalità mira a garantire una relazione equilibrata tra diritti fondamentali del singolo, da un lato, ed interessi della collettività, dall'altro.