

GIOVANNI GALLONE
Consigliere di Stato – PhD
giov.gallone@gmail.com

**DIGITALIZZAZIONE, AMMINISTRAZIONE E PERSONA:
PER UNA “RISERVA DI UMANITÀ” TRA SPUNTI
CODICISTICI DI TEORIA GIURIDICA
DELL’AUTOMAZIONE**

**DIGITALIZATION, ADMINISTRATION AND HUMAN BEING:
TOWARDS A “RESERVE OF HUMANITY” AMONG CODICISTIC
INSIGHTS OF A LEGAL THEORY OF AUTOMATION**

SINTESI

Lo scritto si interroga sul ruolo da riconoscere alla persona umana nelle procedure amministrative automatizzate e sulla esistenza di una “riserva di umanità” nello svolgimento delle funzioni amministrative segnalando come anche i più recenti interventi legislativi nel campo dell’evidenza pubblica (con il nuovo Codice dei contratti pubblici - d.lgs. n. 36 del 2023) depongano ormai in questa direzione.

ABSTRACT

The paper questions the role to be accorded to the human person in automated administrative procedures and the existence of a “reserve of humanity” in the execution of administrative functions, pointing out how the most recent legislative interventions in the field of public procurement (the new Codice dei contratti pubblici – d.lgs. n. 36 del 2023) now depose in this direction.

PAROLE CHIAVE: digitalizzazione – funzione amministrativa – riserva di umanità – evidenza pubblica.

KEYWORDS: digitalization – administrative functions – reserve of humanity – public procurement.

INDICE: 1. Automazione amministrativa e ruolo della persona. 2. Il formante costituzionale e le basi dogmatiche della “riserva di umanità”. 3. La natura e la portata della riserva di umanità. 4. La “riserva di umanità” nell’art. 30 del nuovo Codice dei contratti pubblici: in cammino verso una compiuta teoria giuridica dell’automazione amministrativa.

1. Automazione amministrativa e ruolo della persona

L'automazione decisionale¹, almeno nelle sue forme più elementari, è, ormai da tempo, realtà in molti uffici della pubblica amministrazione². Non vi è da stupirsi, pertanto, se, anche sulla scia della progressiva digitalizzazione delle nostre vite, il tema sia divenuto sempre più centrale negli studi giuridici. Invero, in Italia³ le prime riflessioni risalgono a oltre trenta anni fa⁴ e quella attuale è

1 Lo scritto prende ampia ispirazione dal lavoro monografico dell'autore G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative. Indagine sui limiti dell'automazione tra procedimento e processo*, Milano, Cedam, 2023, reperibile anche in formato open access su <https://ciadig.catedradebuengobierno.es> e ne riattualizza, in parte, le conclusioni alla luce dell'entrata in vigore del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 recante il nuovo Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78.

2 Si seguono, ad esempio, da almeno un paio di decenni, procedure automatizzate per la gestione di trasferimenti ad istanza di parte, attuati da alcune forze armate; cfr. A.G. OROFINO, *L'informatizzazione dell'attività amministrativa nella giurisprudenza e nella prassi*, in *Giorn.dir.amm.*, 2004, p. 1371 o per procedure di mobilità di dipendenti del M.I.U.R.. Invero, già A. RAVALLI, *Atti amministrativi emanati mediante sistemi informatici: problematiche relative alla tutela giurisdizionale*, in *Foro amm. T.A.R.*, 1989, II, p. 261-262, oltre a preconizzare esempi di future applicazioni dell'I.A. all'attività amministrativa, richiamava l'esempio dei "sistemi di determinazione degli emolumenti, loro aggiornamenti e progressione [...] (all'epoca già) generalmente automatizzati" e delle conseguenti problematiche giuridiche.

3 Ancora più risalente è l'attenzione per il tema in Germania dove il dibattito sull'automazione nasce addirittura alla fine degli anni '50 del secolo scorso (oltre a K. ZEIDLER, *Über die Technisierung der Verwaltung: eine Einführung in die juristische Beurteilung der modernen Verwaltung*, Karlsruhe, 1959, e, dello stesso Autore, *Verwaltungsfabrikat und Gefährdungshaftung*, in *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1959, vanno richiamati i lavori di H.P. BULL, *Verwaltung durch Maschinen: Rechtsprobleme der Technisierung der Verwaltung*, Hamm, 1964; S. SIMTIS, *Automation in der Rechtsordnung, Möglichkeiten und Grenzen*, Heidelberg, 1967, 23; M. VON BERG, *Automationsgerechte Rechts und Verwaltungsvorschriften*, Köln-Berlin, 1968; A. VON MUTIUS, *Zu den Formerfordernissen automatisierter Verwaltungsentscheidungen*, in *Verwaltungsarchiv*, 67, 1976, p. 116 ss.; un nuovo slancio si è registrato a partire dagli anni 90' con P. LAZARATOS, *Rechtliche Auswirkungen der Verwaltungsautomation auf das Verwaltungsverfahren*, Berlin, 1990, 35; R.M. POLOMSKI, *Der automatisierte Verwaltungsakt*, Berlino, 1993, 22; N. LUHMANN, *Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung*, Berlino, 1997, e poi sull'onda dello sviluppo della tecnologia dell'intelligenza artificiale con M. MARTINI, *Digitalisierung als Herausforderung und Chance für Staat und Verwaltung*, publication of Deutsches Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung, Speyer, 2016, p. 4 ss.). In Spagna, invece, il filone è fiorito più di recente (I. MARTÍN DELGADO, *Naturaleza, concepto y régimen jurídico de la actuación administrativa automatizada*, in *Revista de administración pública*, 2009; E.M. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *Las garantías del interesado en el procedimiento administrativo electrónico luces y sombras de las nuevas leyes 39 y 40/2015*, Valencia, 2017; J. VALERO TORRIJOS, *Las garantías jurídicas de la inteligencia artificial en la actividad administrativa desde la perspectiva de la buena administración*, in *Revista Catalana de Dret Públic*, 58, 2019, 87; O. CAPDEFERRO VILLAGRASA, *La inteligencia artificial del sector público: desarrollo y regulación de la actuación administrativa inteligente en la cuarta revolución industrial*, in *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política*, 30, 2020, 6 ss.) dovendo molto, almeno in principio, all'impulso proprio della dottrina italiana ma si distingue, oggi, sul piano comparatistico europeo, per qualità dell'elaborazione.

solo l'ultima stagione di un dibattito molto più articolato⁵. Sembra, tuttavia, che, anche in ragione della sua relativa giovinezza, il confronto sul tema abbia rinunciato, con l'eccezione di alcuni studi fondativi⁶, a costruire un'organica e compiuta teoria giuridica dell'automazione amministrativa. Questa ritrosia è, con ogni probabilità, da ricondurre a due diversi fattori: da un lato la mancanza di una disciplina legale di riferimento e, quindi, di una base positiva su cui innestare categorie e concetti e, dall'altro, una netta prevalenza, almeno nelle prime fasi, del formante giurisprudenziale che, schiacciato, come di consueto, sull'esigenza di dare risposte concrete di giustizia alle singole fattispecie, ha mancato di dare una sistemazione teorica di più ampio respiro alla materia.

In questo quadro si è perso di vista, con alcune meritorie eccezioni, quello che forse rappresenta il principale nodo teorico del fenomeno dell'automazione: il ruolo da riconoscere alla persona e, di riflesso, i confini esterni entro cui è ammissibile il ricorso alla macchina nello svolgimento delle funzioni amministrative.

4 A. PREDIERI, *Gli elaboratori elettronici nell'amministrazione dello Stato*, Bologna, Il Mulino, 1971, p. 52; 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., 1978, 407 ss.; B. SELLERI, *Gli atti amministrativi «in forma elettronica»*, in Dir.Soc., 1982, 133; G. CARIDI, *Informatica giuridica e procedimenti amministrativi*, Milano, Franco Angeli, 1983, p. 145; V. FROSINI, *L'informatica e la p.a.*, in Riv.trim.dir.pubbl., 1983, p. 48; A. RAVALLI, *Atti amministrativi emanati mediante sistemi informatici: problematiche relative alla tutela giurisdizionale*, cit., p. 261-262; A. USAI, *Le prospettive di automazione delle decisioni amministrative in un sistema di teleamministrazione*, in Dir.inf., 1993, p. 17 ss.. Tra gli studi monografici A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, Napoli, Jovene, 1993 e U. FANTIGROSSI, *Automazione e pubblica amministrazione*, Bologna, Il Mulino, 1993.

5 Di "stagioni" di studio ve ne sono state almeno due dopo i lavori dei pionieri della materia. La prima ha avuto luogo agli inizi degli anni 2000 su stimolo della giurisprudenza amministrativa (A.G. OROFINO, *La patologia dell'atto amministrativo elettronico: sindacato giurisdizionale e strumenti di tutela*, in Foro amm. C.d.S., 2002, 2276; F. SAITTA, *Le patologie dell'atto amministrativo elettronico e il sindacato del giudice amministrativo*, in Dir.ec., 2003, 615; D. MARONGIU, *L'attività amministrativa automatizzata*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2005; A.G. OROFINO, R.G. OROFINO, *L'automazione amministrativa: imputazione e responsabilità*, in Giorn.dir.amm., 12, 2005, p. 1300 ss.). La seconda, più recente ed ancora in corso, figlia dell'impetuoso sviluppo tecnologico degli ultimi anni, ha preso abbrivio a partire dalla seconda metà degli anni '10 di questo secolo (a cui si farà riferimento in più parti nel prosieguo), è certamente più ricca dal punto di vista quantitativo ma si muove, in massima parte, ancora nel solco tracciato dai lavori precedenti.

6 Il riferimento è, anzitutto, a A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico*, cit., che resta, a tutt'oggi, avendo largamente ispirato i lavori successivi (come quello di D. MARONGIU, *L'attività amministrativa automatizzata*, cit.) il principale punto di partenza e confronto per la riflessione in materia di automazione.

È evidente come, specie in prospettiva di quella che sarà l'evoluzione tecnica e, soprattutto, degli scenari che aprirà l'impiego dell'intelligenza artificiale⁷, sia divenuta ineludibile, anche per fronteggiare il “volto oscuro” di questa⁸, una netta presa di posizione della scienza giuridica.

In particolare, v'è da chiedersi se esista una sfera giuridica incompressibile di appannaggio dell'essere umano e, quindi, perimetrarne portata e contenuto.

La risposta non può che essere affermativa ed appare legata a quella che può definirsi, senza enfasi, un'opzione ordinamentale di fondo di carattere assiologico.

Definire il ruolo della persona nel processo decisionale amministrativo equivale, infatti, prima di ogni ulteriore riflessione dogmatica, a confrontarsi ed interrogarsi, sul piano filosofico ed etico, in ordine al rapporto uomo-macchina, come declinazione del tema del rapporto tra soggetto ed oggetto io e non-io⁹.

Le basi metagiuridiche del discorso sono offerte, oggi, da quelli che sono gli approdi quasi universalmente condivisi del pensiero postmoderno¹⁰.

7 L'automazione “avanzata” a mezzo di intelligenza artificiale (per distinguerla da quella che, in maniera, quasi ossimorica può definirsi l'automazione “tradizionale”, per riprendere la terminologia suggerita in G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative*, cit., p. 17 ss.) apre nuovi scenari giuridici che impongono di rimeditare le costruzioni teoriche proposte dalla dottrina dei primordi (tra tutte A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico*, cit. p. 58 ss.) che hanno assunto a riferimento l'impiego di algoritmi deterministici. Invero, la stessa espressione “intelligenza artificiale” di cui non esiste una definizione positiva, è polisemica e si presta a conglobare tecnologie differenti che spaziano dal *machine learning* al *natural language processing* e che sono accomunate, non senza un certo margine di approssimazione, dall'intento mimetico di avvicinarsi alle capacità della mente umana.

8 Fatto di *bias*, errori e di non controllabilità degli esiti computazionali. Per una breve rassegna di questo “volto oscuro” sia consentito rinviare a G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative*, cit., p. 26 ss..

9 Per una più ampia disamina, anche in ottica storica, si rinvia ancora un volta a G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative*, cit., p. 5 ss..

10 Senza pretese di esaustività, sull'impatto degli algoritmi sul nostro modello di società si segnalano le voci preoccupate di H. FRY, *Hello World. Essere umani nell'era delle macchine*, nella traduzione di A. MIGLIORI, Torino, Bollati Boringhieri 2018, B. KAISER, *La dittatura dei dati*, Milano, Harper Collins, 2019 e di S. ZUBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism. The fight for a Human Future at the new Frontier of Power*, New York, Public Affairs-Hachette Book Group, 2019. La post-modernità è anche, in certa misura, il “post umano” di cui parla S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari, Laterza, 2012, p. 341 ss..

Pur nella diversità degli approcci¹¹, pare, infatti, vi sia un condiviso timore che il genere umano, nel coltivare l'antica ambizione di dominare il mondo, possa finire col rendere superfluo sé stesso¹².

In questa temperie culturale che vede sempre più acceso il dibattito etico attorno all'impiego degli algoritmi¹³, si predica da più parti il ritorno ad approccio antropocentrico che metta al centro la persona umana nella sua irriducibilità ed unicità¹⁴.

Si auspica, in particolare, il fiorire di un "umanesimo digitale"¹⁵, figlio della nostra epoca dell'"umanesimo giuridico"¹⁶.

I principali corollari di questo approccio sono, in particolare, la necessità di ricondurre la macchina (e, prima ancora, l'algoritmo ed il software di cui esso è espressione) a *mero instrumentum* al servizio dell'uomo e l'assegnazione alla stessa di una funzione servente di supporto e non sostitutiva dell'umanità.

11 Accanto a voci laiche se ne trovano di altre animate da un approccio religioso al tema. Nel mondo cattolico il riferimento è, anzitutto a P. BENANTI, *Oracoli. Tra algoretica e algocrazia*, Roma, Luca Sossella, 2018 e del medesimo Autore *Le macchine sapienti. Intelligenze artificiali e decisioni umane*, Bologna, Marietti 1820, 2018. In questo contesto il 28 febbraio 2020, su iniziativa della Pontificia Accademia per la Vita, è stato firmato in Vaticano l'Appello di Roma per un'etica dell'intelligenza artificiale (Call for AI Ethics).

12 È la prospettiva escatologica dell'"antropocene" di Y.N. HARARI, *Homo Deus. Breve storia del futuro*, nella traduzione di M. PIANI, Milano, Bompiani, 2017. L'Autore immagina che "gli uomini diventeranno sempre meno utili sia sotto il profilo economico che sotto quello militare" con la conseguenza che "il sistema economico e politico cesserà di accordare loro così tanta importanza". Un'analoga preoccupazione è condivisa da J. KAPLAN, *Le persone non servono. Lavoro e ricchezza nell'epoca dell'intelligenza artificiale*, Roma, Luiss, 2016.

13 Per una panoramica ad ampio spettro del dibattito etico attorno all'impiego degli algoritmi cfr. B.D. MITTELSTADT, P. ALLO, M. TADDEO, S. WACHTER, L. FLORIDI, *The ethics of algorithms: Mapping the debate*, in *Big Data & Society*, luglio-dicembre 2016, 1 ss..

14 La c.d. *separateness of persons* per riprendere i fondamentali insegnamenti di J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, Milano, Feltrinelli, 1982, p. 48. La coscienza, intesa come consapevolezza della propria e altrui esistenza e delle conseguenze del proprio operato, resta l'altro tratto davvero caratterizzante l'io e l'umano, che lo rende irriducibile ad una macchina. Coscienza che è il presupposto ineliminabile per il rapportarsi secondo morale ed etica in qualsiasi decisione.

15 G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative*, cit., p. 32 ss.. L'espressione "umanesimo digitale" è stata impiegata da J. NIDA-RÜMELIN, N. WEIDENFELD, *L'umanesimo digitale. Un'etica per l'epoca dell'Intelligenza Artificiale*, nella traduzione di G. B. DEMARTA, Milano, Franco Angeli, 2019.

16 Dagli insegnamenti di G. MIELE, *Umanesimo giuridico*, oggi in Id., *Scritti giuridici*, II, Milano, Giuffrè, 1987, p. 445 ss.. Non si può non scorgere anche l'influenza del pensiero neo-tomista di J. MARITAIN, *La persona e il bene comune*, II ed., Brescia, Morcelliana, 1963, 17 ss. e passim, latore di una "una filosofia per i tempi nuovi" che ruota attorno ad un "umanesimo integrale".

Ciò si traduce nella ricerca di un punto di equilibrio tra la quantità di potere che si delega alla macchina e quello che si mantiene agli esseri umani. Esso è da individuare, secondo l'opinione più accreditata¹⁷, attraverso un criterio di “meta-autonomia” che raccomanda che siano gli esseri umani ad avere il potere di decidere quali decisioni prendere, esercitando la libertà di scegliere, dove necessario, e cedendo tale libertà, mediante una scelta comunque revocabile, nei casi in cui ragioni di opportunità e convenienza possono ritenersi prevalenti. Dal punto di vista tecnico la soluzione avanzata è quella della costruzione di un modello di intelligenza artificiale che sia *human-centered designed* e che preveda il c.d. *Human-in-the-loop*¹⁸ collocando la conoscenza e l'esperienza delle persone al centro dei processi di apprendimento automatico. In esso la rinnovata centralità dell'individuo va assicurata, in particolare, con riguardo al momento finale dell'assunzione della scelta, prevedendo che il risultato computazionale elaborato dal software, prima di rifluire in una decisione, possa essere sottoposto a revisione da parte di una persona fisica che sia a ciò preposta¹⁹. In questo senso si è proposto di parlare, sul piano giuridico, di “riserva di umanità”²⁰ nello svol-

17 Tra tutti L. FLORIDI, *Infosfera. Etica e filosofia nell'età dell'informazione*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 185 ss.. Agli anni '90 del secolo scorso risale la fondazione, come branca autonoma, della filosofia dell'informazione, a cui ha contribuito in maniera determinante proprio l'opera di L. FLORIDI, *Philosophy and Computing: An Introduction*, Londra-New York, 1999.

18 Che si contrappone al modello opposto e più radicalista dello *Human-out-of-the-loop*. Per una introduzione a questo approccio human-based C.E. BRADLEY, *Human-in-the-loop applied machine learning*, in 2017 IEEE International Conference on Big Data, Boston, 2017.

19 È la soluzione avanzata ancora una volta da L. FLORIDI, *Etica dell'intelligenza artificiale. Sviluppo, opportunità, sfide*, cit., 98, secondo cui “gli esseri umani dovrebbero mantenere il potere di decidere quali decisioni prendere, esercitando la libertà di scelta dove necessario e cedendola nei casi in cui ragioni di primaria importanza, come l'efficacia, possano prevalere sulla perdita di controllo sul processo decisionale” con l'ulteriore precisazione che “qualsiasi delega dovrebbe anche rimanere in linea di principio rivedibile, adottando come ultima garanzia il potere di decidere di decidere di nuovo”.

20 Il conio dell'espressione “riserva di umanità” (in spagnolo “reserva de humanidad”) la si deve a J. PONCE SOLÉ, *Inteligencia artificial, Derecho administrativo y reserva de humanidad algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico*, in *Revista General de Derecho Administrativo*, p. 50, 2019. In Italia hanno parlato, riprendendo sul punto sempre J. PONCE SOLÉ, di una “tradizionale riserva di umanità” propria del diritto F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *Le norme interne: potere, organizzazioni e ordinamenti. Spunti per definire un modello teorico-concettuale generale applicabile anche alle reti, ai social e all'intelligenza artificiale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, p. 137. V'è, però, da rilevare che l'uso dell'espressione fattane da J. PONCE SOLÉ, *Inteligencia artificial, Derecho administrativo y reserva de humanidad algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico*, cit. p. 50 è parzialmente

gimento delle funzioni amministrative²¹ con ciò indicando quella sfera minima di intervento che deve inderogabilmente rimanere di appannaggio esclusivo della persona (con il corollario del divieto di forme di automazione integrale).

Questa scelta terminologica non si spiega solo per la forza evocativa della formula ma riposa su specifiche considerazioni dogmatiche.

Anzitutto, il concetto di “riserva”, istituto classico del diritto pubblico transitato dalla tradizione liberale allo Stato costituzionale contemporaneo, esprime, nelle sue diverse declinazioni (di legge, di giurisdizione, di amministrazione), una precipua pregnanza giuridica individuando una sfera materiale o di azione non contendibile e di appannaggio esclusivo di uno specifico potere dello Stato ovvero di una specifica fonte del diritto. Inoltre, esso non è estraneo al campo amministrativo essendo stato impiegato ad altri fini in un’accezione che, tuttavia, in sostanza, è sempre quella di delimitazione di uno spazio giuridico minimo²².

La locuzione “riserva di umanità” sembra, poi, restituire maggiore profondità rispetto ad altre espressioni, pur di successo e, come si dirà in chiusura,

diverso da quello che qui si propone atteso che questi, invero, ha immaginato l’esistenza di una “reserva de humanidad” come bilanciamento alla mancanza di empatia emozionale da parte dell’algoritmo, osservando che “la IA no puede acabar consiguiendo disponer de máquinas con empatía emocional con los humanos, porque hace falta ser humano para ello, entonces IA y empatía emocional sería una contradicción in terminis, y el sueño, en el sentido de aspiración, de la razón total (artificial en este caso) podría llegar a producir monstruos burocráticos que no resuenen emocionalmente ni se conecten con los humanos”.

21 G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative*, cit., passim.

22 È il caso della “riserva di competenza” elaborato in dottrina sin da E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Cedam, Padova, 1983, p. 286 ss. (poi ripreso da C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 7 e 20-21) che, nel tenere distinte valutazioni tecniche e discrezionalità amministrativa, disegna una sfera di esclusività della pubblica amministrazione rispetto all’accertamento di fatti di ordine tecnico. Più di recente, sulla scia della giurisprudenza costituzionale si è parlato, in chiave di contenimento del campo di operatività delle cd. legge-provvedimento, anche di “riserva di procedimento” con ciò intendendo quell’ambito materiale che “si presenta con caratteristiche tali da enfatizzare il rispetto di regole che trovano la loro naturale applicazione nel procedimento amministrativo” (così Corte cost. n. 116 del 2020). Altre volte il termine “riserva” ha assunto, in campo amministrativo, un’accezione dal sapore atecnico e con valenza perlopiù descrittiva come accaduto, ad esempio, per la locuzione “riserva di scienza” (G. FONTANA, *Tecno-scienza e diritto al tempo della pandemia (considerazioni critiche sulla riserva di scienza)*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2022, p. 799 ss.).

oggi penetrate nel tessuto normativo, quali la “non esclusività algoritmica”²³. Quest’ultima, in quanto costruita in termini puramente negativi come mero limite, non dà, infatti, contezza della portata positiva del concetto potendosi prestare ad una lettura oltremodo riduttiva che rischia di relegare l’intervento umano nel procedimento quasi a mera eccezione rispetto alla regola dell’informatizzazione-automazione.

2. Il formante costituzionale e le basi dogmatiche della “riserva di umanità”

La pervasività della “riserva di umanità” come principio giuridico generale, nella dimensione che quest’ultima categoria assume per la teoria generale del diritto²⁴, emerge, infatti, con tutta evidenza, a livello di fonti super-primarie.

Benché essa non trovi alcuna consacrazione espressa nella nostra Carta Costituzionale, è certamente possibile rintracciare nella fitta trama dei principi costituzionali una serie di saldi appigli che possono costituire la base normativa ed assiologica su cui fondare detta riserva²⁵.

23 La locuzione “principio di non esclusività” è stata impiegata per la prima volta da dallo scritto di A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto, 2019, p. 63. È stata, poi, testualmente ripresa dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato con la nota pronuncia Cons. St., sez. VI, sentenza 13 dicembre 2019, n. 8472 (L. CARBONE, *L'algoritmo e il suo giudice*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2023; A.G. OROFINO, G. GALLONE, *L'intelligenza artificiale al servizio delle funzioni amministrative: profili problematici e spunti di riflessione*, in Giur.it., luglio 2020, 1738) ed è, oggi, stato ripreso, come si dirà nel prosieguo, all’art. 30, comma 3, lett. b), del nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36 del 2023).

24 La natura autenticamente normativa dei principi come norme giuridiche che presentano tutti i caratteri delle regole di condotta è stata sostenuta per la prima volta con forza in dottrina in Italia da V. CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in Riv.intern.fil. dir., XXI, 41-63, 157-81, p. 230 ss., studi poi ripresi ed applicati alla nuova esperienza costituzionale in V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, Giuffrè, 1952. In questo solco si colloca la dottrina oggi prevalente che sembra abbracciare una distinzione “forte” fondata su caratteristiche di tipo qualitativo e sostanziale, quali la “sovrabbondanza” di valori e la funzione giuspoietica propria dei principi (in termini F. MODUGNO, *Apunti dalle lezioni sulle fonti del diritto*, Giappichelli, Torino, Giappichelli, 2002, p. 56). Per un quadro di insieme S. BARTOLE, *Principi generali del diritto (diritto costituzionale)*, in Enc.dir., XXXV, Milano, Giuffrè, 1986, p. 494 ss. e, sul piano della teoria generale, N. BOBBIO, *Principi generali del diritto*, in Nss. dig. it., XII, Giappichelli, Torino, 1966, p. 348 ss..

25 Così *amplius* G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative*, cit., p. 41 ss..

È dato, infatti, scorgere, lungo tutto il dettato della Costituzione, un'assoluta centralità della persona umana, portato diretto del compromesso raggiunto, in sede costituente, tra le tradizioni politiche e costituzionali delle sinistre, del pensiero liberale e democratico e di quello cattolico. Esso si percepisce, peraltro, tanto nella parte relativa ai “Principi fondamentali” quanto nelle disposizioni che si occupano specificatamente della “Pubblica Amministrazione”.

Partendo da queste ultime è possibile affermare che il nostro modello costituzionale di amministrazione è innegabilmente quello di un'amministrazione umana, con ciò intendendosi un'amministrazione fatta dagli uomini e destinata a servire gli stessi²⁶. Più segnatamente, la “Pubblica Amministrazione”, per come tratteggiata dagli artt. 97²⁷ e 98 Cost.²⁸, si identifica non solo con i “pubblici uffici” nella loro dimensione oggettiva ma, soprattutto, con i “pubblici impiegati”²⁹.

In questo senso depone anche il disposto dell'art. 54, comma 2, Cost. norma dal valore non solo simbolico ma sistemico che chiama i “cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche” a “disciplina e onore”³⁰ così lasciando inten-

26 Secondo la parabola di progressiva “personalizzazione” disegnata da I.M. MARINO, *Prime considerazioni su diritto e democrazia*, in E. FOLIERI e L. IANNOTTA (a cura di), *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2010, p. 165.

27 L'art. 97, comma 3 Cost. prevede, infatti, che “nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari” ed il termine “funzionari” ivi impiegato è chiaramente riferito non al complesso di risorse materiali e strumentali necessario allo svolgimento delle funzioni pubbliche (identificandosi questo con i “pubblici uffici organizzati secondo disposizioni di legge”), ma con le persone fisiche che si trovano a rivestire tale qualità. In questi termini R. CARANTA, *Commento all'art. 97 Cost.*, in A. CELOTTO, R. BIFULCO e M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, UTET, 2006, p. 1901.

28 Un chiaro accento personalistico nel delineare i tratti del modello costituzionale di amministrazione si avverte anche nell'art. 98 Cost. che si riferisce direttamente ai “pubblici impiegati” chiarendo, al primo comma, che gli stessi sono al “servizio esclusivo della Nazione” e tracciando, in quelli successivi, alcuni aspetti fondamentali del loro statuto giuridico.

29 È l'opinione di M. MONTEDURO, *Il funzionario persona e l'organo: nodi di un problema*, in questa rivista, 1, 2021, 78 che mette in risalto come emerga “chiaramente la fisionomia costituzionale dei «funzionari» (artt. 28, 87, 97 Cost.), che la Carta fondamentale illumina nel loro essere, innanzitutto, persone umane che assumono su di sé come lavoro-dovere l'esercizio di una funzione”.

30 Trattasi, all'evidenza, di concetti semanticamente più vicini alla morale che al diritto e come tali riferibili solo alla persona fisica. Una parte della dottrina lega gli stessi direttamente al valore del buon andamento (A. CERRI, *Fedeltà (dovere di)*, in Enc. giur., XIV, Roma, Treccani,

dere che lo svolgimento delle funzioni pubbliche sia rimesso nelle mani non di un apparato spersonalizzato ma dei cittadini, ovvero delle singole persone fisiche investite della qualità di funzionario.

A chiusura e suggello del modello costituzionale di amministrazione umana si pone, infine, l'art. 28 Cost.. Il principio di responsabilità diretta si atteggia a principale fattore di legittimazione giuridica dei pubblici poteri³¹ ed ha come termine finale non l'apparato nel suo complesso ma i singoli funzionari persona fisica (potendosi solo rispetto a questi ipotizzare responsabilità, oltre che civili, anche penali e amministrative).

Ma sembra che il vero cardine costituzionale della riserva di umanità nello svolgimento delle funzioni amministrative automatizzate vada rintracciato fuori del modello di amministrazione (che ha una dimensione necessariamente storica e non rappresenta un'acquisizione definitiva e stabile nel tempo), volgendo l'attenzione ai "Principi fondamentali" della Carta.

L'esistenza di una sfera necessariamente riservata all'intervento umano nella spendita del potere pubblico non può, infatti, che discendere dai valori di fondo che permeano l'ordinamento e tra tutti, in coerenza con quelle che abbiamo visto essere le sue radici metagiuridiche, dal principio personalista che innerva il nostro ordinamento e che risulta sancito all'art. 2 Cost.³².

L'uomo è, nella sua irriducibile unicità, il protagonista assoluto della Carta e ciò impedisce ogni sua parificazione, in termini di valore, alla macchina (alla quale, peraltro, non è riconosciuto in Costituzione alcuno specifico status

1988, p. 4) andando a differenziare la posizione del funzionario da quella normale cittadino (M.G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1967, p. 174).

31 Sul ruolo che svolge la responsabilità come chiusura del circuito della legittimazione dei poteri amministrativi cfr. le considerazioni di F. MERUSI, *La responsabilità dei pubblici dipendenti secondo la Costituzione*: l'art. 28 rivisitato, in Riv.trim.dir.pubbl., 1986, p. 11 ss., *Dovere di rendere pubblico conto, responsabilità dei dirigenti e determinazioni di indirizzi e programmi* (1992), in Id., *Scritti giuridici*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1992, p. 3859 ss., e l'opera di G. BERTI, *La responsabilità pubblica (Costituzione e Amministrazione)*, Padova, CEDAM, 1994.

32 Sul principio personalista si veda, tra gli altri, E. TOSATO, *Rapporti tra persona, società intermedie e Stato*, in Aa.Vv., *I diritti umani. Dottrina e prassi*, Roma, AVE, 1982, p. 695 ss. Parla di "ecedenza assiologica" propria del principio personalista rispetto ai restanti principi fondamentali A. RUGGERI, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in *Federalismi*, 17, 2013.

di protezione). La dignità della persona³³ quale principale corollario del principio personalista si pone, pertanto, come argine alla disumanizzazione dell'amministrazione³⁴ perché non consente di affidare integralmente alla macchina decisioni che possano incidere, in positivo ovvero in negativo, sulla sfera giuridica dell'individuo-cittadino. Altrimenti opinando si disegnerebbe, del resto, un rapporto di asimmetria tra soggetto e oggetto che colloca il primo in una posizione di inferiorità (data, appunto, dall'assoggettamento all'altrui scelta) che rovescia completamente l'ordine assiologico disegnato dalla Carta.

La netta opzione ordinamentale nel senso dell'esistenza di una riserva di umanità nello svolgimento delle funzioni amministrative si riflette e, al contempo, si ripercuote anche a livello delle categorie giuridiche generali del diritto amministrativo, da sempre costruite sull'assunto della necessità di un imprescindibile sostrato personale a base dell'azione amministrativa³⁵.

33 Considerata da S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 184, l'innovazione più significativa del costituzionalismo del dopoguerra. L'Autore disegna una suggestiva parabola storica delle dottrine costituzionalistiche in cui dall'homo hierarchicus si passa all' *homo aequalis* per giungere all'*homo dignus*. La dignità è assunta a pietra angolare anche dei cataloghi sovranazionali di diritti umani essendo posta in apertura tanto della Dichiarazione universale dei Diritti Umani del 1948 quanto della Carta di Nizza.

34 Si rinvia alle più ampie considerazioni svolte sul punto in G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative*, cit., p. 50 ss..

35 L'esigenza giuridica di stabilire criteri certi di imputazione del contenuto degli atti automatici al fine di evitare che, per mezzo degli elaboratori, si realizzi una sorta di spersonalizzazione dell'agire amministrativo è stata già messa in evidenza, pur con sfumature differenti da A.G. OROFINO, R.G. OROFINO, *L'automazione amministrativa: imputazione e responsabilità*, cit., 1300 ss.; S. Civitarese Matteucci, «Umano troppo umano». *Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in *Dir.pubbl.*, 1, 2019, 5, p. 22 ss. che si interroga sull'esistenza di un "principio di preferenza per la «decisione antropica»"; V. BRIGANTE, *Evolving pathways of administrative decisions. Cognitive activity and data, measures and algorithms in the changing administration*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, p. 129, che teorizza l'esistenza di una "required human component in administrative decision" mettendo in risalto la differenza corrente tra "serving" e "substitutive role in exercise of power"; D.U. GALETTA, J.G. CORVALÁN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *Federalismi*, 3, 2019, p. 2 ss.; M.C. CAVALLARO, *Imputazione e responsabilità delle decisioni automatizzate*, in *European Review of Digital Administration & Law*, 1, 1-2, 2020, p. 72 ss.; A. CASSATELLA, *La discrezionalità amministrativa nell'età digitale*, in *Aa.Vv., Diritto amministrativo: scritti per Franco Gaetano Scoica*, vol. I, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021, p. 675; V. NERI, *Diritto amministrativo e intelligenza artificiale: un amore possibile*, in *Urb. app.*, 2021, 5, p. 581 ss. R. ROLLI, M. D'AMBROSIO, *La necessaria lettura antropocentrica della rivoluzione 4.0*, in questa rivista, 2021, p. 590.

Il principale referente dogmatico è, in questo senso, la teoria dell'organo³⁶.

La "metafora organicistica", pure recepita a livello costituzionale³⁷, è penetrata così a fondo nella cultura giuridica giuspubblicistica da rappresentare una delle costanti della disciplina tanto generale quanto settoriale dell'azione amministrativa³⁸.

La dottrina, anche amministrativistica, ha avuto premura di chiarire che il rapporto organico costituisce, tuttavia, solo una di possibili meccanismi di imputazione giuridica formale dell'atto³⁹.

E non è, peraltro, mancato, in questa ottica, chi abbia tentato, proprio in relazione al fenomeno dell'automazione amministrativa, di costruire meccanismi di imputazione inediti in grado di prescindere del tutto dalla *fictio* dell'immedesimazione organica e, quindi, dall'eliminabile componente umana che essa reca in sé⁴⁰.

In Germania, paese in cui sono state elaborate le ricostruzioni dogmatiche più risalenti ed originali in materia e che oggi conosce una disciplina che

36 Sulla nozione di organo, in dottrina, si vedano: A. DE VALLES, *Teoria giuridica dell'organizzazione dello Stato*, I, Padova, CEDAM, 1931, p. 77 ss.; C. ESPOSITO, *Organo, ufficio, soggettività dell'ufficio*, in *Annali dell'Università di Camerino*, Sez. giuridica, vol. 6, Padova, 1932, p. 257 ss.; U. FORTI, *Nozione e classificazione degli organi*, in *Studi di diritto pubblico*, 1937, 18 ss.; V. CRISAFULLI, *Alcune considerazioni sulla teoria degli organi dello Stato*, in *Arch.giur.*, 1938, p. 81 ss.; S. ROMANO, *Organi*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1947, p. 145 ss.; L. RAGGI, *Ancora sul concetto di organo*, in *Riv.trim.dir.pubbl.*, 1951, p. 301 ss.; S. FODERARO, *Organo (teoria dell')*, in *Nss. dig. it.*, XII, 1968, p. 214 ss.; S. FODERARO, *Organo delle persone giuridiche pubbliche*, in *Nss. dig. it.*, XII, 1968, p. 223 ss.; S. AGRIFOGLIO, L. ORLANDO, *Teoria organica e Stato-apparato*, Palermo, La Palma, 1979; M.S. GIANNINI, *Organi (teoria generale)*, in *Enc.dir.*, XXXI, Milano, Giuffrè, 1981, p. 37 ss.; G. BERTI, *La parabola della persona Stato (e dei suoi organi)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno. Itinerari moderni della persona giuridica*, 11-12, n. 2, 1982/1983, p. 1001 ss.; G. MARONGIU, *Funzionari e ufficio nell'organizzazione amministrativa dello Stato*, in *Studi in memoria di V. Bachelet*, Milano, Giuffrè, 1987, p. 393 ss.; G. MARONGIU, *Organo e ufficio*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma, Treccani, 1990.

37 All'art. 97, comma 3, Cost.. Così M.C. CAVALLARO, *Imputazione e responsabilità delle decisioni automatizzate*, cit., p. 72.

38 Per maggiori riferimenti sia consentito rinviare a G. Gallone, *Riserva di umanità e funzioni amministrative*, cit., p. 71 ss..

39 In questi termini M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, Giuffrè, 1993, 126, che riprende gli insegnamenti della scienza privatistica e, segnatamente, di A. FAZZEA, *Capacità (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, Giuffrè, 1960, p. 14. L'imputazione a mezzo di organo si di-

sembra aprire a forme di automazione integrale⁴¹, si è parlato di *Verwaltungsfabrikat*⁴² (ossia di un “prodotto amministrativo”, in contrapposizione al tradizionale *Verwaltungsakt*) suggerendo che l'imputazione di questo possa avere luogo su base puramente obiettiva in forza della scelta organizzativa a monte compiuta dalla P.A. di avvalersi dell'automazione stessa. Detta impostazione è stata ripresa, seppur con alcune significative variazioni, da una parte della dottrina italiana che ha evocato, a fondamento dell'imputabilità su base oggettiva dell'atto automatizzato, il principio *causa causae est causa causati*, sostenendo che la volontà

stingue, in particolare, dall'altra forma di imputazione, particolarmente studiata in campo civilistico, della rappresentanza ex art. 1387 e ss. c.c.. L'elaborazione della categoria dell'imputazione (in tedesco *Zurechnung*), nella sua accezione più generale ed unificante, come nesso formale tra la fattispecie condizionante e la fattispecie condizionata quale pura relazione di *sollen* (e, quindi, come riferimento al soggetto di conseguenze giuridiche dell'azione del soggetto stesso o altrui), si deve alla Scuola della dottrina pura del diritto e, in particolare, a H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, (1934), Torino, Giappichelli, 1952, p. 51 e passim.

40 Sin dalle sue origini la figura dell'organo ha, peraltro, presentato una chiara e ben delineata anatomia secondo cui la sua titolarità non può che spettare ad una persona fisica. Sul piano della teoria generale l'imprescindibilità di un sostrato personale alla figura dell'organo è stata riconosciuta da A. Falzea, *Responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *La responsabilità penale delle persone giuridiche in diritto comunitario*, Atti del Convegno di Messina, 30 aprile - 5 maggio 1979, Milano, 1981, p. 149 ss., ora in A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica. Vol. III. Scritti d'occasione*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 67 ss., spec. p. 88-89. La dottrina amministrativistica maggioritaria (M.S. GIANNINI, *Organi (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, Giuffrè, 1981, p. 37 ss. e G. MARONGIU, *Organo e ufficio*, cit.) individua due elementi essenziali della nozione di organo: l'uno oggettivo, rappresentato dall'ufficio o sfera di competenza, con ciò intendendosi la porzione di pubblica potestà che viene attribuita allo stesso e l'altro soggettivo, rappresentato dal titolare dell'organo (o funzionario), coincidente, appunto, con la persona fisica di cui l'ente pubblico si avvale per esercitare le proprie potestà. La dimensione necessariamente personale del funzionario è sottolineata da M. MONTEDURO, *Il funzionario persona e l'organo: nodi di un problema*, cit., 73-74, il quale fa, sul punto, leva sulla disciplina della performance di cui al d.lgs. n. 150 del 2009. Per un'impostazione parzialmente diversa e sostanzialmente isolata C. ESPOSITO, *Organo, ufficio, soggettività dell'ufficio*, in *Annali dell'Università di Camerino*, vol. VI (sez. giur.), 1932, p. 251 che mette in risalto il collegamento strutturale esistente tra organo e personalità giuridica di diritto pubblico escludendo l'identificazione del primo con la persona fisica.

41 Il riferimento è al noto art. 35a della *Verwaltungsverfahrensgesetz*. Per un suo commento E. BUOSO, *La pubblica amministrazione in Germania nell'era dell'intelligenza artificiale: procedimenti completamente automatizzati e decisioni amministrative robotiche*, in questa rivista, vol. 8, 2021, p. 501 e della stessa Autrice *Fully Automated Administrative Acts in the German Legal System*, in *European Review of Digital Administration & Law*, 1, 1-2, 2020, 105.

42 È la tesi di K. ZEIDLER, *Über die Technisierung der Verwaltung: eine Einführung in die juristische Beurteilung der modernen Verwaltung*, cit., ripresa dallo stesso Autore in *Verwaltungsfabrikat und Gefährdungshaftung*, cit., p. 681.

del computer è, quanto alla sua genesi, volontà dell'Autorità e, quindi, ad essa attribuibile⁴³.

Simili ricostruzioni, oltre a non aver fatto breccia a livello pretorio, scontano invero il limite di fondo di intendere l'automazione come un fenomeno eccentrico rispetto alle tradizionali categorie del diritto amministrativo. Il che, oltre ad essere rischioso sotto il profilo delle garanzie perché allontana dai presidi tradizionali che la scienza giuridica amministrativa ha faticosamente costruito attorno all'azione amministrativa, porta a disarticolare alcune nozioni fondamentali tra cui, in primis, quella stessa di provvedimento amministrativo⁴⁴. Ma, soprattutto, esse si appalesano del tutto inadeguate ove messe a confronto con le forme più avanzate di automazione (in particolare a mezzo di intelligenza artificiale) che, fondandosi su algoritmi a struttura aperta e a carattere non deterministico si sottraggono al pieno controllo di chi le utilizza.

Non sembra, pertanto, che siano stati offerti spunti abbastanza convincenti per abbandonare, nell'inquadramento giuridico dell'attività amministrativa automatizzata, un modello così rodato e consolidato sul piano dogmatico e normativo come quello della immedesimazione organica.

Ciò sembra legato anche alla necessità di non spezzare né inibire, neppure in parte, il circuito della responsabilità, che rappresenta uno dei principali

43 A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, cit., 85-86, secondo cui attraverso il programma (il software) l'Autorità "predispone in precedenza la decisione per un numero indeterminato di casi" sicché "l'autorità è e resta dominus dell'intero procedimento, dal momento che l'elaboratore non può eseguire alcuna operazione che non sia prevista dal programma".

44 In disparte dalla questione che il soggetto possa assurgere (o meno, come pare preferibile) a requisito essenziale del provvedimento amministrativo (ritengono, in proposito che il soggetto non sia elemento essenziale del provvedimento M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, Giuffrè, 1959, p. 173; R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 202; S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 188), occorre scendere a patti con l'idea che si possa concepire un atto giuridico privo di ogni, seppur minimo, predicato di umanità, così allontanandosi da secoli di elaborazione della scienza del diritto. L'idea che l'atto amministrativo sia *naturaliter* atto umano è implicita in M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, cit., p. 174 ss. che pure non manca, in un passaggio, di evidenziare che il provvedimento, passando per più uffici, "è frutto del concorso di un numero piuttosto elevato di persone fisiche".

fattori di legittimazione dei pubblici poteri⁴⁵. È, infatti, di tutta evidenza che creare *ex novo* un meccanismo di imputazione dell'atto amministrativo alla P.A. che non passa per la persona fisica del funzionario equivale a sterilizzare, almeno in parte qua, detto circuito perché impedisce di configurare responsabilità diverse da quella civile (in particolare penale e amministrativa come invece richiesto dall'art. 28 Cost.). E la riduzione delle forme di responsabilità dei pubblici poteri a quella aquiliana reca con sé il pericolo di una sua definitiva patrimonializzazione con tutte le conseguenze che ne discendono in punto di capacità conformativa dell'azione amministrativa⁴⁶.

A completamento di questo quadro, sempre sotto il profilo dogmatico, sembra, infine, che la riserva di umanità possa rinvenire il suo fondamento, sempre in coerenza con le premesse metagiuridiche da cui si è mosso in apertura, nella natura giuridica dell'algoritmo (e, di conseguenza, del software che ne è la traduzione in linguaggio macchina)⁴⁷.

Come noto, la natura dell'algoritmo ha dato vita ad un vivace dibattito, nato in letteratura e proseguito nelle aule di giustizia, che si è concentrato soprattutto sulle ricadute che detto inquadramento produce in termini di tutela del cittadino destinatario del provvedimento automatizzato (e, segnatamente, di impugnabilità ed ostensibilità dello stesso). Nella dottrina italiana le tesi di più lunga tradizione hanno pensato al software adoperato dalle amministrazioni per la gestione informatica dei procedimenti (e di riflesso all'algoritmo alla sua base), qualificandolo, con sfumature diverse, in termini di atto amministrativo. Secondo una prima ricostruzione l'atto-programma è "atto (amministrativo) che pone delle prescrizioni generali ed astratte" con le quali l'autorità ammini-

45 S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 403.

46 Il rischio è, in altri termini, che la P.A. possa scientemente adottare atti illegittimi mettendo in conto le conseguenze solo patrimoniali a cui va incontro in un'analisi comparativa tra detto costo ed i benefici (anche indiretti) che potrebbe conseguire da tale operato illegittimo. Un simile approccio non può, invece, essere seguito ove restino predicabili, anche in relazione ad attività amministrative automatizzate, responsabilità individuali (civili, penali e amministrative) del singolo funzionario persona fisica (che resta direttamente esposto a conseguenze personali di un'eventuale violazione di legge).

47 G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative*, cit., p. 87 ss..

strativa “indirizza” il proprio agire amministrativo predeterminandone modalità e contenuti⁴⁸. Esso, peraltro, non sarebbe mero atto interno in quanto, pur privo di effetti diretti ed immediati, risulterebbe comunque dotato di una certa rilevanza esterna, in quanto in grado di condizionare l'adozione del provvedimento finale. Né è mancato chi, in ultimo, sempre abbracciando un inquadramento di tipo attizio, ha collocato il software nel *genus* degli atti regolamentari⁴⁹.

Le ricostruzioni in parola sembrano, tuttavia, muovere dal fraintendimento del significato, tecnico prima che giuridico, del concetto di algoritmo (e, a cascata di quelli di “automazione” e di “intelligenza artificiale”). L'algoritmo (e, di riflesso, il software che ne è espressione), inteso come procedimento logico che risolve una classe di problemi attraverso operazioni o istruzioni elementari, non presenta mai un contenuto di accertamento, di valutazione, di giudizio, né di decisione ma assume una valenza descrittiva e non prescrittiva in quanto indica i passaggi di cui si compone la sequenza senza imporli. In altri termini, esso non esprime un comando né si propone di dichiarare o conservare ovvero innovare la realtà del diritto perché, semplicemente, non si pone un orizzonte giuridico. L'inadeguatezza delle ricostruzioni di matrice attizia si appalesa, peraltro, con ancor maggiore chiarezza se si guarda all’“automazione avanzata” a mezzo di intelligenza artificiale. Quest'ultima tecnologia, infatti, si fonda su algoritmi a struttura aperta che non prevedono un numero finito di operazioni e non presentano, perciò, il carattere del determinismo. È, quindi, ancor più difficile immaginare che un siffatto tipo di algoritmo sia idoneo a

48 A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, cit., p. 56 ss.; A. USAI, *Le prospettive di automazione delle decisioni amministrative in un sistema di teleamministrazione*, cit., p. 17; D. MARONGIU, *L'attività amministrativa automatizzata*, cit., p. 100 ss.. Anche una parte della giurisprudenza italiana ha seguito questa ricostruzione di impronta attizia; in particolare, Cons. St., sez. IV, 8 aprile 2019, n. 2270, cit., secondo cui “la regola tecnica che governa ciascun algoritmo resta pur sempre una regola amministrativa generale, costruita dall'uomo e non dalla macchina, per essere poi (solo) applicata da quest'ultima, anche se ciò avviene in via esclusiva” con la conseguenza che “l'algoritmo, ossia il software, deve essere considerato a tutti gli effetti come un atto amministrativo informatico”.

49 La tesi della natura regolamentare è, invece, sposata da A. BOIX PALOP, *Los algoritmos son reglamentos: la necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la administración para la adopción de decisiones*, in *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 1, 2020, p. 223.

esprimere una decisione, un giudizio, un accertamento, una valutazione. In ultimo, sembra che la tesi dell'algoritmo (e del software che ne è espressione) come atto amministrativo informatico si fondi su un equivoco di fondo rappresentato dall'indebita confusione tra l'algoritmo in sé ed il veicolo giuridico su cui lo stesso viaggia e attraverso cui fa ingresso nel tessuto procedimentale. In particolare, pare che l'algoritmo, nella sua dimensione statica costituisca, più correttamente, l'oggetto dell'atto giuridico⁵⁰ e, segnatamente, l'oggetto della volizione amministrativa preliminare con cui si opta per l'automazione⁵¹. Questa impostazione impone, peraltro, un approccio che può definirsi "eclettico", posto che l'algoritmo potrà viaggiare non solo su un atto amministrativo (se del caso a carattere generale, come il bando di gara) ma anche su un regolamento amministrativo. Quest'ultima evenienza accadrà tutte le volte in cui l'Amministrazione non recepisca l'algoritmo in occasione e con riguardo ad uno specifico, singolo procedimento ma preveda, in via generale ed astratta, sulla base di un'apposita base giuridica di rango primario, l'applicabilità di un dato algoritmo (espresso in linguaggio informatico nel software) ad un *genus* di procedimenti.

In questa ottica, se ci si pone in una prospettiva dinamica (e non statica), l'algoritmo (ed il software che ne è espressione) è mero *instrumentum* nelle mani dell'amministrazione⁵² che viene impiegato dalla stessa a cavallo tra la fase

50 L'oggetto, infatti, per definizione, resta esterno alla fattispecie attizia sicché non può coincidere con la stessa. Ciò si pone in sintonia con il rilievo che l'algoritmo (ed il *software*) sono normalmente formati fuori del contesto procedimentale da un soggetto che talvolta neppure riveste la qualità di funzionario amministrativo. In campo amministrativo definisce l'oggetto come "termine della volizione" P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1972, p. 165. In termini analoghi A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1989, p. 670 ss. Nega, invece, che l'oggetto, inteso in questi termini, rappresenti un elemento essenziale del provvedimento S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, cit., 212. Non considera l'oggetto un elemento del provvedimento, riservando tale qualifica alla volontà, alla causa e alla forma S. ROMANO, *Il diritto pubblico italiano*, Milano, 1988, p. 289. Per l'evoluzione del concetto nel diritto civile si veda E. GABRIELLI, *Storia dogma dell'oggetto del contratto*, in Riv.dir.civ., 2, 2004, p. 327 ss. con gli ulteriori riferimenti bibliografici ivi contenuti.

51 Si veda *amplius* in G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative*, cit., p. 92 ss..

52 È l'intuizione di A.G. OROFINO, *La patologia dell'atto amministrativo elettronico: sindacato giurisdizionale e strumenti di tutela*, cit., p. 2276, ripresa dallo stesso Autore in A.G. OROFINO, R.G. OROFINO, *L'automazione amministrativa: imputazione e responsabilità*, cit., p. 1300 ss. Ad impedire la sua qualificazione come provvedimento e, quindi, come manifestazione di volontà, militerebbe, secondo l'Autore, la considerazione che lo stesso è espresso in linguaggio macchina e non in

istruttoria e quella decisoria (attraverso l'inserimento dei dati in *input* e, successivamente, lo svolgimento, secondo la sequenza di istruzioni disegnata dall'algoritmo, dell'operazione di calcolo che conduce al risultato computazionale).

Questa impostazione sembra trovare avallo anche nel dato positivo e sistematico e, *in primis*, nell'art. 3-bis della l. n. 241 del 1990, come da ultimo novellato, che, nell'aprire l'attività amministrativa all'uso della telematica (nelle sue diverse manifestazioni e, quindi, anche nelle forme dell'informatica decisionale), pur mancando di fornire una disciplina di dettaglio, fa propria l'idea che quelli informatici e telematici siano, appunto, "strumenti"⁵³.

Muovendo da siffatta presa di posizione in ordine alla natura giuridica dell'algoritmo è possibile, peraltro, trarre una serie di importanti corollari, tutti invero coerenti con la necessità che via sia un intervento umano minimo nel procedimento automatizzato.

In primo luogo, se l'algoritmo non si sostanzia in una decisione, il risultato computazionale in *output* prodotto dell'automazione va ad integrare, nello schema della legge del procedimento, un particolare profilo delle "risultanze

lingua italiana come prescritto in via generale dall'art. 122 c.p.c.. Fuori dell'Italia la ricostruzione in parola è condivisa e ripresa espressamente da I. MARTÍN DELGADO, *Naturaleza, concepto y régimen jurídico de la actuación administrativa automatizada*, cit., p. 361. In questo senso depone ormai anche la giurisprudenza amministrativa e, segnatamente, Cons. St., sez. VI, sentenza 13 dicembre 2019, n. 8474, cit.. Già in precedenza, invero, la giurisprudenza più attenta (Tar Lazio, Roma, sez. III-bis, n. 8902 del 2018 e Cons. St., sez. VI, 7 novembre 2017, n. 5136), si era soffermata sul "ruolo" rivestito dallo strumento informatico in seno al procedimento affermando "il principio generale secondo il quale le procedure informatiche applicate ai procedimenti amministrativi devono collocarsi in una posizione necessariamente servente rispetto agli stessi, non essendo concepibile che, per problematiche di tipo tecnico, sia ostacolato l'ordinato svolgimento dei rapporti tra privato e Pubblica Amministrazione e fra Pubbliche Amministrazioni".

53 Recita l'art. 3-bis della L. n. 241 del 1990 che "Per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche agiscono mediante strumenti informatici e telematici, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati". Il testo dell'originario art. 3-bis (introdotto per effetto dell'art. 3 della L. 11 febbraio 2005, n. 15) è stato, modificato dall'art.12 comma I lett. b) del D.L. 16 luglio 2020, n. 76, convertito con modificazioni dalla L. 11 settembre 2020, n. 120 sostituendo le parole "incentivano l'uso della telematica" con proprio con l'inciso "agiscono mediante strumenti informatici e telematici". Per un'analisi approfondita della previsione normativa F. CARDARELLI, *Uso della telematica, commento art. 3-bis della L. n. 241/1990*, in Aa.Vv. (a cura di M.A. SANDULLI), *Codice dell'azione amministrativa*, II ed., Milano, Giuffrè, 2017.

dell'istruttoria" ex art. 6, comma 1, lett. e) della l. 7 agosto 1990, n. 241. da porre a base dell'adozione del provvedimento finale da parte del responsabile del procedimento⁵⁴. La considerazione che la decisione amministrativa in senso sostanziale resta appannaggio del funzionario persona fisica implica e, in un certo senso, impone, così, sul piano logico prima che dogmatico, la previsione di una sfera riservata all'uomo nello svolgimento delle funzioni amministrative.

In secondo luogo, la natura di *instrumentum* dell'algoritmo sottrae quest'ultimo ad una competizione con l'uomo e, anzi, rappresenta la proiezione sul piano del diritto della concezione etico-filosofica che vuole, come visto, lo stesso (e, segnatamente, l'intelligenza artificiale) al servizio della persona.

3. La natura e la portata della riserva di umanità

Chiarito il fondamento costituzionale e dogmatico della riserva di umanità resta da chiarire quale sia la sua natura e portata.

Quanto al primo aspetto, sembra che non si possa negare che essa, almeno nel suo nocciolo duro, assurga a principio giuridico dotato di immediata valenza precettiva⁵⁵. Con maggiore impegno esplicativo può dirsi che la riserva di umanità, intesa nel suo significato minimo come divieto di esercizio delle potestà amministrative in forma totalmente automatizzata senza alcun contributo della persona fisica, permea e penetra il regime dell'azione amministrativa, conformandone lo statuto e, quindi, contribuendo a disegnare le norme di azione che presiedono alla spendita della capacità speciale autoritativa dell'Amministrazione. In questo senso la riserva di umanità come principio giuridico costituisce un profilo – inedito quanto assai pregnante – della legalità nella sua accezione sostanziale⁵⁶.

54 Così già A.G. OROFINO, *L'automazione amministrativa: imputazione e responsabilità*, cit..

55 G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative*, cit., p. 141 ss..

56 Questa connessione è colta, pur giungendo a conclusioni differenti (id est di stretta legalità dell'automazione), da S. CIVITARESE MATTEUCCI, «Umano troppo umano». *Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, cit., che parla di un "tipo di legalità [...] di secondo grado nel senso che si applica a poteri conferiti o comunque riferibili, in base al principio antropomorfo, in prima battuta a esseri umani".

Pur potendo l'automazione essere più o meno spinta (e, quindi, di riflesso, più o meno recessiva la componente personale) resta sempre ferma ed inderogabile la necessità che sia garantito un *minimum* di umanità nello svolgimento della funzione amministrativa. È evidente, così, che il nodo si sposta sulla definizione di questo *minimum* rispetto al quale il principio in parola assume forza naturalmente precettiva (con tutte le conseguenze in ordine alla sua eventuale violazione).

In proposito, è stato suggerito di individuare due punti di necessaria emersione della riserva di umanità nel procedimento amministrativo⁵⁷.

Essi coincidono con quelli che sono gli snodi che caratterizzano lo svolgimento del procedimento in forma automatizzata.

Nell'automazione delle funzioni amministrative possono, infatti, scorgersi due distinti momenti di volizione⁵⁸: il primo, a carattere preliminare in cui, a monte dell'istruttoria, l'Amministrazione sceglie (a mezzo di un atto amministrativo o regolamentare) di adoperare l'algoritmo; il secondo, a valle dell'istruttoria (che vede l'impiego dell'algoritmo come strumento), in cui l'Amministrazione può fare proprio il prodotto dell'operazione algoritmica (*output*) recependolo come contenuto del provvedimento conclusivo.

In entrambi tali frangenti deve necessariamente aversi l'intervento della persona fisica del funzionario.

Quanto al primo punto di emersione (coincidente come detto con la scelta di optare per l'automazione definendone le modalità anche attraverso l'individuazione dell'algoritmo da impiegare), appare preferibile parlare di volizione "preliminare" per distinguere la stessa dalla volizione "definitiva" espressa a mezzo del provvedimento conclusivo della seriazione procedimentale. La

57 G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative*, cit., p. 148 ss..

58 È, peraltro, quasi superfluo rammentare che il termine "volizione" non è impiegato in senso psicologico - volontaristico ma avendo a mente la nozione gianniniana di volontà come ipostasi depurata di ogni connotato psichico ed intesa nella sua dimensione procedimentale, come la stessa si forma ed obiettivizza nel dipanarsi dell'azione amministrativa attraverso i singoli atti che la sostanziano (M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, cit., 241).

scelta di optare per l'automazione non definisce, infatti, neppure in parte, il rapporto amministrativo sostanziale risolvendosi in una vicenda tutta interna al procedimento a valenza essenzialmente organizzativa⁵⁹. Non può, tuttavia, negarsi, che essa presenti una sua precipua pregnanza giuridica, non risultando sprovvista di riflessi sul piano delle modalità di svolgimento della funzione amministrativa e, quindi, anche delle garanzie degli interessati con la conseguenza che, benché in sé neutra rispetto al giudizio di spettanza del bene finale della vita e priva di carattere autenticamente decisorio, essa deve necessariamente competere ed essere riservata all'uomo. Nel concreto, le modalità con cui esprimere questa volizione preliminare con cui si opta per l'automazione possono, peraltro, essere profondamente diverse tra loro, potendo l'algoritmo, come detto, viaggiare su atti di diversa natura (normativa-regolamentare ovvero amministrativa sotto forma di atto amministrativo puntuale o di atto amministrativo generale).

Il secondo (e più importante) punto di emersione della riserva di umanità nel procedimento amministrativo è costituito, poi, dall'adozione del provvedimento finale. Quest'ultimo è l'atto destinato a sortire effetti giuridici diretti sulla sfera giuridica del destinatario e che, quindi, quale farsi del potere, importerebbe, ove adottato in forma totalmente automatizzata, la sottoposizione della persona all'autorità ed alla decisione della macchina disegnando un rovesciamento di valori lesivo della dignità dell'individuo.

Si impone sempre, pertanto, a valle della fase istruttoria nel corso della quale è stato impiegato l'algoritmo, l'intervento in sede di decisione della persona fisica del funzionario, chiamato a scegliere se recepire o meno in forma provvedimentale il risultato computazionale espresso dalla macchina (come in una sorta di "proposta" di provvedimento).

59 In dottrina la tesi della valenza meramente organizzativa della scelta a monte di optare per l'automazione è stata ricondotta alla "potestà autorganizzatoria che è propria e naturale di ciascuna istituzione, sia pubblica che privata, sia esso corpo organizzato o semplice ufficio" da A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, cit., 54.

Non sembra, peraltro, che questa necessità possa essere esclusa nei casi di attività *tout court* vincolata⁶⁰. Benché si siano levate sul punto autorevolissime voci di dissenso⁶¹, sembra che la riserva di umanità nel suo significato minimo di divieto di svolgimento del procedimento in forma integralmente automatizzata, per la sua valenza costituzionale di principio fondamentale del diritto pubblico, debba operare con riguardo ad ogni campo dell'azione amministrativa autoritativa, senza alcuna distinzione⁶². Del resto, al di là della difficoltà di immaginare potestà amministrative autoritative che siano, sotto ogni profilo, totalmente vincolate, è evidente che l'esigenza di garantire, sul piano costituzionale, il rispetto della dignità della persona così come quella di evitare che possa essere spezzato il circuito della responsabilità sussiste anche in relazione a quest'ultima⁶³.

60 G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative*, cit., p. 159 ss.. In Germania il legislatore sembra aver seguito questa strada nel già citato art. 35a VwVfG, il quale, oggi, con una disposizione alquanto laconica, si occupa della emissione in forma completamente automatizzata dell'atto amministrativo (*vollständig automatisierter Erlass eines Verwaltungsaktes*) limitandosi a stabilire che un atto amministrativo può essere emesso interamente per via automatica, purché ciò sia consentito dalla legge e non vi sia discrezionalità o potere di valutazione (*“Ein Verwaltungsakt kann vollständig durch automatische Einrichtungen erlassen werden, sofern dies durch Rechtsvorschrift zugelassen ist und weder ein Ermessen noch ein Beurteilungsspielraum besteht”*). Va, peraltro, osservato che non appare chiaro l'ambito oggettivo di applicazione del regime giuridico disegnato dall'art. 35a VwVfG, nutrendosi da più parti dubbi circa la sua estensibilità a sistemi di intelligenza artificiale fondati su algoritmi aperti di autoapprendimento (in termini P. STELKENS, H.J. BONK, M. SACHS, in P. STELKENS (a cura di), *VwVfG § 35a*, in *Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar*, 2018, Rn. 5-8; più ampiamente in U. STELKENS, *Der vollständig automatisierte Erlass eines Verwaltungsakts als Regelungsgegenstand des VwVfG*, in H. HILL, D. KUGELMANN, M. MARTINI (a cura di) *Digitalisierung in Recht, Politik und Verwaltung*, Baden-Baden, 2018, 102).

61 Il riferimento è a J-B- AUBY nella prefazione a G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative*, cit., p. XV laddove suggerisce un “ambito di applicazione variabile” del principio della riserva di umanità da delimitare secondo un “criterio di proporzionalità” anche alla luce “della maggiore o minore importanza delle decisioni amministrative assunte”.

62 Un discorso parzialmente diverso vale per l'attività di tipo negoziale della Pubblica Amministrazione e per il campo dei servizi (quantomeno nella loro componente di prestazione) in quanto in essi manca il momento della decisione e una sostanziale equiordinazione tra uomo e macchina non risulta lesiva della dignità della persona perché rinviene il proprio fondamento nella volontà della stessa quale parte del rapporto contrattuale e nell'utilità ritraibile dall'automazione.

63 Ciò, in particolare, se si muove dalla prospettiva, invero condivisibile, che anche l'atto vincolato ha sostanza di decisione amministrativa, al pari di quello discrezionale (così, da ultimo F. FOLLIERI, *Decisione amministrativa e atto vincolato*, in *Federalismi*, 7, 2017, 20 ss.). Manifesta, in materia di automazione decisionale amministrativa, uno “scetticismo debole” sulla vincolatezza (idea in parte ripresa proprio da F. FOLLIERI, *Decisione amministrativa e atto vincolato*, cit.,

Inoltre, l'impiego di forme di automazione avanzata a mezzo di intelligenza artificiale pone, in tema di dominabilità e conoscibilità dell'algoritmo, incognite sostanzialmente analoghe sia che il potere esercitato sia a morfologia discrezionale che tout court vincolata, rendendo in ogni caso auspicabile l'intervento e la supervisione umana⁶⁴.

Specie se si sposa la lettura più rigorosa (e che sembra preferibile) che vuole la riserva di umanità operante anche rispetto all'attività amministrativa autoritativa tout court vincolata, il passaggio più delicato nella costruzione di una teoria giuridica dell'automazione amministrativa diviene, così, quello di individuare un punto di equilibrio nel *trade off* tra umanità ed automazione. È, infatti, di tutta evidenza che i vantaggi ritraibili dall'automazione in termini di celerità, efficienza ed imparzialità dell'azione amministrativa rischiano, infatti, di essere vanificati dal riconoscimento in favore del funzionario persona fisica della possibilità di non recepire il risultato computazionale e di determinarsi, senza alcun vincolo, diversamente.

Sembra che detto punto di equilibrio possa essere rinvenuto riconducendo, ancora una volta, il fenomeno dell'automazione amministrativa ai modelli della legge generale del procedimento e, segnatamente, alla disciplina in tema di adozione del provvedimento finale.

10), ovvero sulla possibilità di ravvisare delle ipotesi di atti "interamente prefigurati dall'ordinamento" e basati su termini realmente analitici e univoci P. OTRANTO, *Decisione amministrativa e digitalizzazione della p.a.*, in *Federalismi*, 2, 2018, 17.

64 Così anche nella giurisprudenza amministrativa, che dopo una chiusura iniziale (si veda Cons. St., sez. IV, 8 aprile 2019, n. 2270) si è ormai schierata in favore dell'ammissibilità del ricorso all'automazione anche in relazione ad attività amministrative di tipo discrezionale (così Cons. St., sez. VI, sentenza 13 dicembre 2019, n. 8472 secondo cui non "vi sono 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"; ciò in quanto "In disparte la stessa sostenibilità a monte dell'attualità di una tale distinzione, atteso che ogni attività autoritativa comporta una fase quantomeno di accertamento e di verifica della scelta ai fini attribuiti dalla legge, se il ricorso agli strumenti informatici può apparire di più semplice utilizzo in relazione alla c.d. attività vincolata, nulla vieta che i medesimi fini predetti, perseguiti con il ricorso all'algoritmo informatico, possano perseguirsi anche in relazione ad attività connotata da ambiti di discrezionalità".

È stata così, in particolare, prospettata l'opportunità di guardare al già evocato art. 6, comma 1, lett. e) della l. n. 241 del 1990⁶⁵.

La struttura di detta previsione rivela, infatti, con chiarezza che la possibilità per il funzionario di discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria (e, quindi, nel nostro caso, dal risultato computazionale prodotto dell'automazione) costituisce un'eccezione a cui si accompagna un appesantimento procedimentale costituito dalla previsione di un onere aggravato di motivazione a carico dell'Amministrazione procedente imposto a pena di illegittimità del provvedimento finale.

V'è, del resto, in generale, un dovere di tendenziale sintonia tra esito dell'attività istruttoria e decisione finale, tra proposta di provvedimento e provvedimento conclusivo. Ciò è, a ben vedere, espressione della coerenza che deve accompagnare lo sviluppo dell'azione amministrativa in tutti i suoi passaggi e, di riflesso, dell'affidamento che l'amministrato deve poter nutrire su di essa. Sembra, inoltre, che, con riguardo alla specifica ipotesi del procedimento amministrativo automatizzato, la ratio dell'art. 6, comma 1, lett. e) della l. n. 241 del 1990 si colori di un'ulteriore peculiare sfumatura atteso che al *favor* verso il recepimento in sede provvedimentale del risultato computazionale pare sostenere una sorta di presunzione semplice *iuris tantum* di correttezza del prodotto dell'automazione che si fonda sulla tendenziale maggiore affidabilità del *software*.

La natura eccezionale dell'ipotesi delineata dall'art. 6, comma 1, lett. e) della L. n. 241 del 1990 pare suggerire un approccio tassativizzante rispetto ai casi che consentono di discostarsi dal risultato computazionale, non potendosi ammettere motivazioni generiche e solo apparenti. Ciò spinge a ritenere, anche in ragione della obiettiva difficoltà per il funzionario persona fisica elaborare una motivazione convincente che giustifichi detto scostamento⁶⁶, che tale pos-

65 Così R. ROLLI, M. D'AMBROSIO, *La necessaria lettura antropocentrica della rivoluzione 4.0*, cit., p. 590 e *amplius* G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative*, cit., p. 169 ss..

66 Ciò al netto peraltro dei condizionamenti psicologici collegati, in un clima di "burocrazia difensiva", alla paura della firma (in tema F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *La fatica di semplificare*:

sibilità sarà tendenzialmente circoscritta ai casi di manifesta ingiustizia, illogicità del risultato ovvero alle ipotesi-limite dell'errore di computo *stricto sensu* inteso, dell'errore materiale commesso in sede di *input* nonché a quelle che attengono alla correttezza della scelta a monte, in sede di volizione preliminare con cui si opta per l'automazione, dell'algoritmo da impiegare.

La motivazione in dialettica all'algoritmo (o anche in risposta agli apporti partecipativi e, segnatamente, alle osservazioni eventualmente formulate dall'istante a seguito di preavviso di diniego ex art. 10-bis della l. n. 241 del 1990 fondato sul risultato computazionale elaborato dalla macchina) diviene così, a chiusura, il definitivo suggello di umanità al procedimento.

4. La “riserva di umanità” nell’art. 30 del nuovo Codice dei contratti pubblici: in cammino verso una compiuta teoria giuridica dell’automazione amministrativa

Il dibattito attorno alla configurabilità nel nostro ordinamento di una riserva di umanità nello svolgimento delle funzioni amministrative ha l'occasione, oggi, di confrontarsi con una novità di assoluto rilievo.

Il tanto atteso nuovo Codice dei contratti pubblici⁶⁷ ha, infatti, avuto il merito di introdurre, nella Parte II intitolata “Della digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti”⁶⁸, rompendo la tradizionale afasia del legislatore italiano⁶⁹,

procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato “responsabilizzato”, in Federalismi, 36, 2020, spec. 66; G. LA ROSA, La “paura della firma” e la pillola avvelenata nel d.l. Semplificazioni 2020: prime considerazioni sui nuovi confini della responsabilità amministrativa, in Dirittifondamentali.it, 3, 2021) che potrebbe spingere ad affidarsi pregiudizialmente all'algoritmo nell'ottica di una decisione non solo più “comoda” ma anche più “sicura”.

67 Decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici, pubblicato su GU n.77 del 31-03-2023 - Suppl. Ordinario n. 12, di seguito anche solo “Codice”.

68 Espressione che è in grado di restituire una dimensione più ampia e pregnante al fenomeno della digitalizzazione dell'evidenza pubblica: non più solo formale e limitata alla fase pubblicistica di scelta del contraente ma sostanziale ed estesa a quella esecutiva del rapporto negoziale. Questa prospettiva era stata suggerita già in G. GALLONE, *La pubblica amministrazione alla prova dell'automazione contrattuale. Note in tema di smart contracts*, in Federalismi, 20/2020, p. 143 ss..

69 All'esito della soppressione, per effetto dell'art. 64, comma 2, del d.lgs. n. 179 del 2016, dell'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 39 del 1993 (il quale recitava “Gli atti amministrativi adottati da tutte le pubbliche amministrazioni sono di norma predisposti tramite i sistemi informativi

una disciplina settoriale dell'automazione amministrativa. Benché riferita al solo campo dell'evidenza pubblica e pur restando lontana dai canoni di una regolazione organica⁷⁰, questa novità normativa va salutata con estremo favore perché offre a dottrina e giurisprudenza una prima base di confronto positiva e segnala, ove ancora ve ne fosse bisogno, l'urgenza di costruire, sul piano dogmatico, una compiuta teoria giuridica dell'automazione decisionale pubblica.

I frammenti di disciplina sparsi agli artt. 19 e 30 del Codice⁷¹ assumono, infatti, una valenza trasversale che va ben oltre i confini delle procedure di affidamento in quanto appaiono in larga misura ricognitivi dei principi fondamentali fino ad oggi elaborati *in subiecta materia*. Si scorge, tra le righe di questa disciplina, una netta prevalenza del formante giurisprudenziale, a discapito di quello dottrinale. Chiara è, in particolare, specie nell'art. 30, la eco della giurisprudenza del Consiglio di Stato⁷², da cui il legislatore delegato ha attinto a piene mani. Ciò si spiega, non solo e non tanto con l'approccio piuttosto timido al tema della digitalizzazione seguito nella legge di delega⁷³, quanto, probabilmente, con

automatizzati") difettava, nel nostro ordinamento, una base giuridica generale per il ricorso alla automazione decisionale amministrativa, pur permanendo in vigore talune disposizioni di dettaglio relative a settori particolari (come messo in luce da G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici. Predeterminazione, analisi predittiva e nuove forme di intellegibilità*, Napoli, Editore Scientifico, 2019, 41).

70 Oltre alla già ricordata esperienza tedesca il riferimento è alla disciplina iberica contenuta all'art. 41 della Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, significativamente rubricato "Actuación administrativa automatizada". Per un'analisi più approfondita del dato comparatistico in materia sia consentito rinviare a G. Gallone, *Riserva di umanità e funzioni amministrative*, cit., p. 128 ss..

71 Per un commento alle novità del Codice in tema digitalizzazione delle procedure di affidamento dei contratti pubblici G. CARLOTTI, I principi nel Codice dei contratti pubblici: la digitalizzazione, su www.giustizia-amministrativa.it, 2023, A. CORRADO, *I nuovi contratti pubblici e le procedure "automatizzate": le sfide del prossimo futuro*, in corso di pubblicazione in *Federalismi*.

72 Il riferimento è, anzitutto, a Cons. St., sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472, cit..

73 L'art. 1 della l. 21 giugno 2022 n. 78, al comma 2, individua i principi e criteri direttivi di delega ma nessuno di essi risulta appositamente dedicato al tema della digitalizzazione. Nel dettaglio, solo la lett. m) contiene un riferimento, invero laconico, alla "digitalizzazione" ed alla "informatizzazione delle procedure" peraltro espressamente legato al solo obiettivo dichiarato della "riduzione e certezza dei tempi relativi alle procedure di gara" ed "alla stipula dei contratti". La lett. t) contiene, invece, un criterio più specifico relativo alla "individuazione delle ipotesi in cui le stazioni appaltanti possono ricorrere ad automatismi nella valutazione delle offerte e tipizzazione dei casi in cui le stazioni appaltanti possono ricorrere, ai fini dell'aggiudicazione, al solo criterio del prezzo o del costo, con possibilità di escludere, per i contratti che non abbiano carattere transfrontaliero, le offerte anomale determinate sulla base di meccani-

il ritardo che sconta, come visto, la letteratura giuridica nel dare una sistemazione dogmatica stabile e condivisa al fenomeno dell'automazione decisionale amministrativa.

Non si deve, peraltro, dimenticare che, seguendo una tecnica già roduta, in maniera non dissimile da quanto accaduto con il c.p.a., nella previsione di apertura della legge delega (art. 1, comma 1) si è palesata l'esigenza di adeguare la disciplina dei contratti pubblici "al diritto europeo e ai principi espressi dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, interne e sovranazionali".

Sembra, pertanto, che quantomeno ai fini della ricostruzione in chiave storica della *voluntas legislatoris*, pur consapevoli che essa non necessariamente coincide con *la voluntas legis*, si debba cercare di leggere le nuove disposizioni anche attraverso la lente dell'elaborazione pretoria, confrontandosi con il significato che le espressioni ed i concetti ivi impiegati hanno assunto nell'insegnamento giurisprudenziale.

Un primo terreno di confronto con il tema dell'automazione decisionale è offerto dall'art. 19, norma di esordio della Parte II.

Essa si segnala, anzitutto, per la scelta del titolo "principi e diritti digitali", espressione, questa, che sembra tradire la fascinazione di una certa dottrina che ormai da tempo ha condivisibilmente parlato di diritti di cittadinanza digitale⁷⁴. Ma se una titolazione così ampia spinge a nutrire grandi aspettative in ordine al contenuto dell'articolo esse sono, tuttavia, in larga parte, destinate a rimanere infrante. La previsione in parola non reca, infatti, come sarebbe stato ragionevole aspettarsi, un'elencazione di diritti ma presenta ampi richiami, forse

smi e metodi matematici", che tuttavia tradisce una prospettiva limitata ad una sola delle possibili, svariate, applicazioni dell'informatizzazione al settore dell'evidenza pubblica.

74 Sulla nascente cittadinanza digitale G. PASCUZZI, *La cittadinanza digitale. Competenze, diritti e regole per vivere in rete*, Bologna, 2021, che pure inserisce proprio il "diritto di opporsi a trattamenti automatizzati" tra i "diritti per la cittadinanza digitale". Non può obliterarsi che la categoria dei "diritti di cittadinanza digitale" è già conosciuta dal nostro ordinamento interno. Il c.d. Codice dell'Amministrazione Digitale, decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, pubblicato in G.U. del 16 maggio 2005, n. 112, impiega a più riprese tale espressione e prevede, peraltro, un'intera sezione (la seconda del Capo I) denominata "Carta della cittadinanza digitale".

superflui, al C.A.D.⁷⁵ ed a norme interne al Codice medesimo, accompagnate da una serie eterogenea di disposizioni che, oltre a non brillare per sistematicità, risultano tutte dettate *ex latere auctoritatis* e non *ex latere civis*⁷⁶.

Per ciò che qui più interessa il comma 6 dell'art. 19 fa esplicita menzione dei “processi decisionali automatizzati” ponendo talune garanzie minime per il loro svolgimento in tema di “tracciabilità”, “trasparenza”, “accessibilità” ai dati e “conoscibilità” (che saranno, invero, ribadite e precisate all'art. 30).

Il secondo alinea del comma 6 dell'art. 19 aggiunge, poi, che “I gestori delle piattaforme assicurano la conformità delle medesime alle regole tecniche di cui all'articolo 26”. È, questa, una previsione di grande interesse sistematico perché intercetta il tema cruciale del rapporto tra legalità ed automazione amministrativa⁷⁷.

Ben può dirsi, in proposito, che il combinato disposto degli artt. 19 e 30 del nuovo Codice sdrammatizza definitivamente il problema del fondamento legale dell'automazione amministrativa quantomeno nel campo della evidenza pubblica. La questione resta, per contro, almeno in teoria, aperta fuori di tale ambito materiale anche se, probabilmente, come già si è avuto modo di osservare, si è dinanzi ad uno “pseudo-problema”⁷⁸ atteso che, se si muove dall'idea

⁷⁵ Così il comma 1 dell'art. 19 che impone il rispetto non solo dei “principi” ma anche delle “disposizioni” (e, quindi, delle statuizioni di dettaglio) del “codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82”. Con previsione sostanzialmente ridondante si aggiunge, al successivo comma 3, che “Le attività e i procedimenti amministrativi connessi al ciclo di vita dei contratti pubblici sono svolti digitalmente, secondo le previsioni del presente codice e del codice di cui al decreto legislativo n. 82 del 2005, mediante le piattaforme e i servizi digitali infrastrutturali delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti; i dati e le informazioni a essi relativi sono gestiti e resi fruibili in formato aperto, secondo le previsioni del codice di cui al decreto legislativo n. 82 del 2005”. Un richiamo ulteriore al C.A.D. è contenuto anche al successivo comma 4 in tema di operabilità.

⁷⁶ Così, ad esempio, il comma 5 dell'art. 19 del Codice che individua specifici doveri organizzativi di “stazioni appaltanti” ed enti concedenti” a “a presidio della sicurezza informatica e della protezione dei dati personali”.

⁷⁷ Su si è da tempo interrogata la dottrina. Si veda, in particolare, S. CIVITARESE MATTEUCCI, «Umano troppo umano». *Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, cit.. Il travagliato rapporto tra principio di legalità e digitalizzazione delle funzioni amministrative è stato indagato, con particolare riferimento al rapporto con le regole tecniche da F. CARDARELLI, *Amministrazione digitale, trasparenza e principio di legalità*, in *Dir.inf.*, 2015, 238 ss..

⁷⁸ G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative*, cit., p. 142 e ss..

che l'automazione amministrativa sia fenomeno non eccentrico ma intimamente coerente con le categorie tradizionali del diritto amministrativo e che il *software* sia mezzo istruttorio e non atto amministrativo, non si avverte la necessità di una specifica previsione di legge (invero superflua) che ne autorizzi l'impiego. Basti, in proposito, osservare come la stessa legge generale sul procedimento non si preoccupa di definire e tipizzare gli strumenti che possono essere impiegati nel corso dell'istruttoria procedimentale, utilizzando formule volutamente assai ampie⁷⁹.

Ben più problematico è lo spunto offerto dal secondo alinea del comma 6 dell'art. 19 secondo cui "I gestori

delle piattaforme assicurano la conformità delle medesime alle regole tecniche di cui all'articolo 26". Esso, infatti, rivela l'esistenza di un secondo livello di "legalità" dell'azione amministrativa automatizzata rappresentato da atti di regolazione dalla natura giuridica ancora tutta da indagare⁸⁰ e che pone, anche rispetto alla digitalizzazione, la questione della palliata decodificazione della disciplina della evidenza pubblica e della frammentazione della natura giuridica del testo normativo che chiamiamo "Codice". A cascata si pone, peraltro, l'interrogativo di stabilire quale siano i riflessi della eventuale violazione delle regole tecniche. Pare che, tuttavia, non si possa seriamente dubitare che esse si pongano come autentiche regole di validità dell'azione amministrativa con la conseguenza che la loro inosservanza dà luogo a illegittimità del provvedimento finale. Tanto, peraltro, in disparte dalla tesi circa la natura giuridica delle regole tecniche che si intende seguire (*id est* normativa/regolamentare ovvero, su

79 Così l'art. 6 comma 1 lett c) della L. n. 241 del 1990 e ss.mm. secondo cui il responsabile del procedimento "accerta di ufficio i fatti, disponendo il compimento degli atti all'uopo necessari, e adotta ogni misura per l'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria".

80 Stabilisce l'art. 26, comma 1, del Codice che "I requisiti tecnici delle piattaforme di approvvisionamento digitale, nonché la conformità di dette piattaforme a quanto disposto dall'articolo 22, comma 2, sono stabilite dall'AGID di intesa con l'ANAC e la Presidenza del Consiglio dei ministri, Dipartimento per la trasformazione digitale, entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del codice". Le regole tecniche in tema di "Requisiti tecnici e modalità di certificazione delle Piattaforme di approvvisionamento digitale" sono state, peraltro, già licenziate, nella versione 1.0, da A.G.I.D. l'1 giugno 2023.

modello delle vecchie linee guida⁸¹, di atto di regolazione), posto che, in caso di loro inosservanza, verrebbe comunque in rilievo la violazione indiretta anche degli artt. 26 e 19, comma 6, secondo alinea, del Codice.

Di ancor maggior interesse è, poi, il successivo art. 30, espressamente dedicato all'“uso di procedure automatizzate”⁸².

Tale titolo suggerisce, a conferma delle considerazioni dogmatiche prima svolte, che l'automazione è solo una delle possibili concrete modalità di conduzione del procedimento⁸³ e che, più in generale, l'algoritmo (ed il *software* che ne è espressione in linguaggio macchina) sono, in coerenza con il disposto del già ricordato art.3-bis della l. n. 241 del 1990, solo uno strumento. Tanto è evincibile anche dal comma 3 dell'art. 30 che parla di “decisioni assunte mediante automazione”.

Questa locuzione ha il pregio di chiarire che l'automazione non è in sé decisione ma solo, appunto, uno strumento per giungere ad essa, un'operazione amministrativa funzionalizzata all'esercizio del potere⁸⁴.

Sempre sul piano terminologico l'art. 30, al suo comma 1, si fa carico, nel solco dell'insegnamento dottrinario e giurisprudenziale, di tenere distinti i concetti di “automazione” e “intelligenza artificiale”⁸⁵. Quest'ultima, pur non tro-

81 Sul problema della loro natura giuridica si veda, anche per ulteriori riferimenti, il quadro offerto F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac*, in *Dir.proc.amm.*, 2017, p. 381 ss..

82 In dottrina si è parlato, con riguardo all'art. 30 e, segnatamente, del suo comma 3, di “*constitutional rule* della legittimità della c.d. «decisione algoritmica»” (G. CARLOTTI, *I principi nel Codice dei contratti pubblici: la digitalizzazione*, cit.).

83 Così anche il comma 1 dell'art. 30 ove si parla, per la P.A., di “automatizzare le proprie attività”.

84 Come si era cercato di sostenere già in G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative*, cit., p. 96-97 riprendendo le nozioni tradizionali di “operazione amministrativa” di P. VIRGA, *Diritto amministrativo, II: Atti e ricorsi*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 4 e G. SALA, *Operazione amministrativa*, in *Dig.disc.pubbl.*, vol. X, Torino, Giappichelli, p. 319. Invero aveva già aperto verso la qualificazione dell'automazione come “operazione amministrativa” D. MARONGIU, *L'attività amministrativa automatizzata*, cit., 85.

85 La differenza era stata marcata già da Cons. St., sez. III, 25 novembre 2021, n. 7891 pubblicata su *Diritto di internet*, 1, 2022, 157 ss. con il commento di G. GALLONE, *Il Consiglio di Stato marca la distinzione tra algoritmo, automazione ed intelligenza artificiale*, p. 161 ss..

vando esplicita definizione⁸⁶, è considerata, al pari dei “registri distribuiti”⁸⁷, solo una delle possibili “soluzioni tecnologiche” per automatizzare il procedimento⁸⁸.

Al comma 1 sembra, peraltro, sottendere, in linea con le riflessioni rassegnate nei paragrafi precedenti, che quella per l'automazione costituisca un'opzione per l'Amministrazione da esprimere attraverso una volizione preliminare in tal senso. Nello stabilire che “Per migliorare l'efficienza le stazioni appaltanti e gli enti concedenti provvedono, ove possibile, ad automatizzare le proprie attività”⁸⁹ il legislatore delegato ha lasciato intendere che non vi sia

86 Per una sua definizione positiva si dovrà, con tutta probabilità, attendere l'approvazione definitiva della Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'unione - COM/2021/206 final.

87 Il riferimento è alla tecnologia *blockchain* e l'espressione ricalca quella impiegata dal noto art. 8 ter del c.d. decreto competitività per l'anno 2019 (Decreto legge 14 dicembre 2018, n. 135, convertito con la legge 11 febbraio 2019, n. 12 di «Conversione in legge del decreto-legge 14 dicembre 2018, n. 135, recante disposizioni urgenti in materia di sostegno

e semplificazione per le imprese e per la pubblica amministrazione», pubblicata in G.U. n. 36 del 11 febbraio 2019). Sulle applicazioni della tecnologia *blockchain* al settore pubblico M. ATZORI, *Blockchain technology and decentralised governance: is the State still necessary?*, in *Journal of governance and regulation*, 2017, 6(1), 45, G. GALLONE, *Blockchain, procedimenti amministrativi e prevenzione della corruzione*, in *Dir.ec.*, 3, 2019, 196, M. ALLENA, *Blockchain technology for environmental compliance: towards a choral approach*, in *Environmental Law Review*, 4, 2020, M. MACCHIA, *Blockchain e pubblica amministrazione*, in *Federalismi*, 2, 2021 e G. GALLONE, *Blockchain e big data nel settore pubblico: spunti in tema di G.D.P.R. compliance*, in *Federalismi*, 14, 2022, 67 ss..

88 Non può, peraltro, obliterarsi che il comma 2 dell'art. 30 del Codice parla di “acquisto o sviluppo” di tali soluzioni tecnologiche. Con ciò si delineano due possibili scenari (già ipotizzati in dottrina) in ordine all'elaborazione del software: lo sviluppo diretto dello stesso da parte della stessa P.A. attraverso proprie risorse interne ovvero la possibilità di rivolgersi al mercato e acquisire, dietro il corrispettivo di un prezzo, con forme contrattuali che possono essere differenti (tra cui anche la mera licenza d'uso), la disponibilità di un programma sviluppato da altri soggetti, anche privati. Con particolare riguardo a tale seconda evenienza sono, peraltro, poste, alle lett. a) e b) del comma 2 dell'art. 30, specifiche prescrizioni destinate a disciplinare il rapporto con lo sviluppatore – titolare nell'ottica di affrontare i delicati problemi in tema di proprietà intellettuale affrontati nella dicotomia tra *software* proprietario e *software open source* da (in proposito vd. A.G. OROFINO, *La trasparenza oltre la crisi. Accesso, informatizzazione e controllo civico*, Bari, Cacucci, 2020, p. 212 e F. BRAVO, *Access to Source Code of Proprietary Software Used by Public Administrations for Automated Decision-making. What Proportional Balancing of Interests?*, in *European Review of Digital Administration & Law*, 1-2, 2020, p. 157 ss.). L'ipotesi dello sviluppo externalizzato del *software*, affidato a soggetto privato fuori del procedimento amministrativo, sembra inoltre confermare, sul piano dogmatico, la tesi, vista al secondo paragrafo, che esso costituisca oggetto della volizione preliminare con cui si opta per l'automazione.

89 Invero, la disposizione ricalca quasi pedissequamente quanto già prescritto dal comma 7 dell'art. 19 del Codice in cui si legge che “Ove possibile e in relazione al tipo di procedura di affidamento, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti ricorrono a procedure automatizzate

un dovere in tal senso della P.A.. Quello espresso dal Codice è, al più, un *favor* per l'automazione (“ove possibile”), rimanendo, per converso, sostanzialmente intatta la discrezionalità di ogni singola stazione appaltante nello scegliere se farvi ricorso o meno.

Leggendo l'art. 30 nel suo complesso emerge, peraltro, che questa opzione preliminare per l'automazione, primo punto di emersione della riserva di umanità, possa essere espressa tanto in via normativa per legge o regolamento (così argomentando ex art. 30 comma 1 ove si invoca “il rispetto delle specifiche disposizioni in materia” senza specificare che queste debbano avere rango primario) ovvero in occasione e con riguardo alla singola procedura a mezzo di uno specifico atto amministrativo o della *lex specialis*. Con riguardo a tale ultimo aspetto è, infatti, appena il caso di notare che la lett. b) del comma 2 dell'art. 30, seppur con riguardo allo specifico profilo della previsione di “prestazioni di assistenza e manutenzione necessarie alla correzione degli errori e degli effetti indesiderati derivanti dall'automazione”, stabilisce che la disciplina dell'automazione (e si deve, *a fortiori*, ritenere anche l'opzione per la stessa) possa essere posta “negli atti di indizione delle gare”.

Si delinea così un sistema di disciplina dell'automazione multilivello: normativo-legislativo (l'art. 30 in parola), normativo regolamentare (le “specifiche disposizioni in materia” invocate dal comma 1 dello stesso art. 30), le regole tecniche di cui all'articolo 26 e, infine, gli atti amministrativi generali di indizione delle procedure (id est il bando di gara).

La riserva di umanità fa, tuttavia, ancor più chiaramente capolino nel testo del Codice all'art. 30, comma 3, lett. b). Dopo aver dato consacrazione positiva ad altri fondamentali principi in materia di automazione decisionale (e, in particolare, a quello della conoscibilità e della non discriminazione⁹⁰), la disposizione nella valutazione delle offerte ai sensi dell'articolo 30”.

⁹⁰ Il comma 3 dell'art. 30 del Codice stabilisce, in particolare, alla lett. a), il principio della “conoscibilità e comprensibilità” in base al quale “ogni operatore economico ha diritto a conoscere l'esistenza di processi decisionali

automatizzati che lo riguardino e, in tal caso, a ricevere informazioni significative sulla logica utilizzata”; alla lett. c), invece, è sancito quello della “non discriminazione algoritmica”, In

sizione in parola sancisce quello della “non esclusività della decisione algoritmica” recependo, con minime variazioni, quanto affermato sul punto dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato⁹¹. In particolare, si afferma che in forza di tale principio “comunque esiste nel processo decisionale un contributo umano capace di controllare, validare ovvero smentire la decisione automatizzata”⁹². Con ciò il legislatore ha, con tutta evidenza, tentato di tracciare la portata minima (espressa dall’inciso “comunque”) della riserva facendola coincidere con un’attività di “controllo”, “validazione” ovvero di “smentita”.

Al di là della sua discutibile collocazione topografica nel testo del Codice⁹³, la formulazione impiegata, anche perché originariamente contenuta in uno scritto di dottrina e poi trasfusa per osmosi in un testo di legge, non brilla per particolare rigore e chiarezza. Anzitutto, è discutibile la scelta terminologica di parlare di “decisione automatizzata”. Questa locuzione, per quanto preferibile rispetto a quella utilizzata dalla giurisprudenza amministrativa⁹⁴, appare intimamente contraddittoria posto che non è dato concepire, sul piano logico prima che giuridico, una decisione che sia sottoposta a “validazione” (avendosi in tal caso, al più, una mera proposta). Inoltre, essa stride con l’impostazione dogma-

forza del quale “il titolare mette in atto misure tecniche e organizzative adeguate al fine di impedire effetti discriminatori nei confronti degli operatori economici”. I nuovi concetti di “conoscibilità e comprensibilità” costituiscono, in particolare, l’occasione per dare nuova linfa al dibattito attorno al tema della trasparenza algoritmica (su di esso, anche per ulteriori riferimenti bibliografici anche in chiave comparativa A.G. OROFINO, *La trasparenza oltre la crisi*, cit., p. 193 ss.).

91 Il riferimento è alla più volte citata sentenza n. 8472 del 13 dicembre 2019 della Sezione VI del Consiglio di Stato, a sua volta largamente ispirata dal lavoro di A. SIMONCINI, *L’algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, cit..

92 Chiara è la eco della sentenza n. 8472 del 13 dicembre 2019 della Sezione VI del Consiglio di Stato che al suo punto 15.2 della motivazione in diritto ha statuito che “deve comunque esistere nel processo decisionale un contributo umano capace di controllare, validare ovvero smentire la decisione automatica”.

93 Il valore di “principio” della “non esclusività algoritmica” avrebbe suggerito (se non imposto), che lo stesso venisse menzionato anche al comma 6 dell’art. 19 del Codice, ove infatti si fa espresso riferimento agli altri due principi della “trasparenza delle attività svolte” e della “conoscibilità dei processi decisionali automatizzati” pure sanciti all’art. 30 comma 3.

94 Che addirittura si esprime in termini di “decisione automatica” con una sfumatura linguistica che strizzava quasi l’occhio ad una automazione integrale della decisione (così al citato punto 15.2 della motivazione in diritto della sentenza n. 8472 del 13 dicembre 2019 della Sezione VI del Consiglio di Stato).

tica che, come visto, sembra permeare anche la disciplina normativa in esame, che vuole l'algoritmo come mero *instrumentum* incapace di esprimere un'autentica decisione in senso giuridico. Sarebbe stato, quindi, forse, preferibile sul piano lessicale prevedere, come oggetto dell'attività umana di controllo, validazione e smentita, il "risultato computazionale" ovvero il "risultato algoritmico".

In questo senso pare più appropriata l'espressione impiegata in apertura dell'art. 30 comma 3 del Codice, laddove si parla di "decisioni assunte mediante automazione". Questa, infatti, oltre a risultare coerente con la tesi espressa in ordine all'*ubi consistam* dell'algoritmo e dell'automazione, tiene partite, come distinti momenti procedimentali, automazione e decisione amministrativa. Al contempo, però, ha la capacità di chiarire che l'atto amministrativo adottato ad esito di procedimento automatizzato ha natura di provvedimento amministrativo giacché esso costituisce la prima e unica forma di manifestazione di volontà in grado di produrre effetti costitutivi all'esterno⁹⁵, con tutte le intuibili ripercussioni in punto di regime giuridico dello stesso (pure con riguardo alle forme di tutela giurisdizionale e all'ammissibilità di un intervento in autotutela⁹⁶).

95 Il carattere provvedimentale dell'atto amministrativo automatizzato era stata, invero, già affermata, benché sulla scorta di uno scenario teorico completamente diverso, anche dai sostenitori in Italia (tra cui A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, cit., p. 83 ss. e D. MARONGIU, *L'attività amministrativa automatizzata*, cit., p. 105) della tesi della natura attizia del software (che, invece, a ben vedere avrebbe dovuto far propendere per l'idea dell'atto automatizzato come semplice esplicitazione di una volontà già compiutamente espressa).

96 L'uso di strumenti elettronici non priva l'Amministrazione del potere di intervenire in autotutela, pur entro i consueti limiti, sui propri atti (così in giurisprudenza Cons. St., sez. VI, 17 dicembre 2003, n. 8235; Id., sez. VI, 27 ottobre 2003, n. 6608; Id., sez. VI, 23 febbraio 2004, n. 696 nonché in dottrina a A.G. OROFINO, R.G. OROFINO, *L'automazione amministrativa*, cit., 1310). Ciò costituisce, all'evidenza, il logico precipitato della natura autenticamente provvedimentale della decisione amministrativa adottata in forma automatica e che importa l'integrale applicabilità alla stessa del relativo regime giuridico tra cui, per quanto qui di interesse, gli artt. 21-quinquies e 21-nonies della l. n. 241 del 1990. L'art. 30 del Codice offre, peraltro, in proposito, al comma 4, uno specifico spunto di riflessione prescrivendo che "Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti adottano ogni misura tecnica e organizzativa atta a garantire che siano rettificati i fattori che comportano inesattezze dei dati e sia minimizzato il rischio di errori, nonché a impedire effetti discriminatori". Vi sarà, pertanto, da chiedersi, anche rispolverando la categoria degli atti di "regolarizzazione" (nella terminologia di M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, cit., 566-567) se la rettifica (il cui referente civilistico è dato dalla rettificazione del contratto ex art. 1432 c.c.) integri un'ipotesi di autotutela doverosa a matrice giustiziale (come si è ipotizzato in A.G. OROFINO, G. GALLONE, *L'intelligenza artificiale al servizio delle funzioni amministrative: profili problematici e spunti di riflessione*, cit., 1747.) e se, quindi, resti o meno assoggettata al

La formulazione dell'art. 30, comma 3, lett. b) del Codice sconta poi una certa ambiguità di fondo nella misura in cui, stando alla sua lettera, sembrerebbe contemplare tre modalità di intervento umano tra loro alternative (*id est* controllo, validazione e smentita). L'impiego della disgiuntiva “ovvero” potrebbe, infatti, spingere a ritenere che il rispetto del principio di non esclusività algoritmica possa ritenersi soddisfatto anche solo assicurando una sola di tali forme di intervento. Ciò condurrebbe, tuttavia, a conseguenze paradossali in quanto la riserva di umanità potrebbe dirsi garantita anche attraverso l'affidamento alla persona fisica del funzionario di un'attività di mero controllo non in grado di condizionare *an* e contenuto della determinazione finale con valenza provvedimentoale. Al di là dell'argomento apagogico ed al connesso rischio di uno svuotamento della riserva, sembra che il significato della locuzione impiegata alla lett. b) del comma 3 dell'art. 30 vada letta alla luce del formante giurisprudenziale che ne è alla base. In questo senso, non può obliterarsi che la sentenza n. 8472 del 13 dicembre 2019 della Sezione VI del Consiglio di Stato da cui è stata, quasi pedissequamente mutuata l'espressione in esame, ne ha lumeggiato il significato facendo espresso riferimento al modello dello HITL (human-in-the-loop)⁹⁷. Ne discende che il rapporto tra controllo, validazione e smentita non va inteso in termini di secca alternatività ma secondo una lettura ortopedica che spezza in due la locuzione impiegata dal legislatore. Più segnatamente, sembra che la disgiuntiva “ovvero” vada riferita solo al “validare” ed allo smentire”, intesi come possibili opposti esiti dell'attività di supervisione (“controllare”) affidata alla persona fisica del funzionario. Questa ricostruzione si pone, peraltro, maggiore in linea con il dettato del più volte evocato art. 6, comma 1, lett. e), secondo alinea, della l. n. 241 del 1990 che riconosce al titolare dell'organo, in

relativo statuto (*in primis* quello della consumabilità del potere, secondo le coordinate tracciate da M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, 2018).

97 Così sempre al suo punto 15.2 della motivazione in diritto ove si legge che “In ambito matematico ed informativo il modello viene definito come HITL (human-in-the-loop), in cui, per produrre il suo risultato è necessario che la macchina interagisca con l'essere umano”.

sede di adozione del provvedimento finale, la possibilità di “discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria” come alternativa al loro recepimento⁹⁸.

Sembra, del resto, che il richiamo a detto istituto della legge generale sul procedimento (e, quindi, anche all'obbligo aggravato di motivazione ad esso collegato) debba ritenersi implicito nel testo dell'art. 30, comma 3, lett. b) salvo voler ritenere che il funzionario possa sempre discostarsi *ad nutum* dal risultato computazionale proposto dalla macchina. Una interpretazione, quest'ultima che non convince perché relega nel campo della totale irrilevanza giuridica il risultato dell'automazione e si traduce in un ulteriore inedito profilo di opacità dell'azione amministrativa (specie se si pensa alla posizione dell'amministrato che avrebbe tratto vantaggio, nel confronto comparativo con gli altri candidati della procedura di affidamento, dal recepimento del risultato computazionale).

Fuori di questi rilievi, l'art. 30, comma 3, lett. b) del Codice costituisce, senza dubbio alcuno, un importante indizio normativo da cui trarre l'esistenza, come principio geniale inespresso ed immanente nell'ordinamento, di una riserva di umanità nello svolgimento delle funzioni amministrative.

Ma, soprattutto, esso costituisce un valido ausilio per lumeggiarne natura e portata.

In primo luogo, la disposizione codicistica offre conferma, ove ne fosse necessario, in linea con quanto si è detto in precedenza, della valenza immediatamente precettiva (e non puramente programmatica) del principio. Calando la riserva di umanità nel tessuto del Codice il legislatore delegato ha assunto la stessa a regola di azione nell'esercizio delle potestà amministrativa (tanto che si dice, nell'*incipit* del comma 3 dell'art. 30, che le decisioni assunte mediante automazione devono “rispettare” il principio) e, di riflesso, a regola di validità del provvedimento finale. Inoltre, la sussunzione dell'inosservanza della riserva di umanità sotto la categoria generale della “violazione di legge” ex art. 21-octies

⁹⁸ Tanto che, probabilmente, nel formulare il principio della non esclusività algoritmica sarebbe stato opportuno che il legislatore delegato, invece, che appiattirsi sul dato testuale delle pronunce del Consiglio di Stato, attingesse, anche per ragioni terminologiche, dal linguaggio della legge generale sul procedimento.

della l. n. 241 del 1990, fuga ogni perplessità in ordine alla qualificabilità in termini di illegittimità del vizio afferente l'atto adottato in forma integralmente automatizzata⁹⁹.

In secondo luogo, non può che prendersi atto che il Codice ha enunciato il principio di non esclusività, ancora una volta in linea con il formante giurisprudenziale, senza distinguere tra attività discrezionale e vincolata e, quindi, sposandone, in maniera opportuna, una declinazione ampia e non flessibile (anche espressa dall'avverbio “comunque”).

Questi sono, a ben vedere, solo alcuni degli spunti che possono trarsi da un'interpretazione a prima lettura del dettato codicistico.

Con l'auspicio che si giunga presto ad un intervento di carattere generale sulla l. n. 241 del 1990 (invero rimasto precluso al legislatore del Codice per mancanza di delega in tal senso), i tempi sono ormai propizi e maturi per impegnarsi ad edificare, anche sulle fondamenta di questa nuova base normativa, un'aggiornata e compiuta teoria giuridica dell'automazione amministrativa che ruoti attorno all'irrinunciabile centralità della persona.

⁹⁹ Profilo per il quale si rinvia a G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative*, cit., p. 179 ss. ove si è optato, dopo aver sottoposto a revisione critica quelle della inesistenza e della nullità, per la tesi della annullabilità anche in considerazione della circostanza che la riserva di umanità non attiene al momento attributivo del potere ma a quello, a valle, della regolazione della sua spendita.