

Convegno annuale Associazione Gruppo di Pisa
Genova 18-19 giugno 2021
“Il diritto costituzionale e le sfide dell’innovazione tecnologica”

Pubblica Amministrazione e innovazione tecnologica

di

Fabio Francesco Pagano

(versione provvisoria)

Sommario: 1. Le principali fasi dell’innovazione tecnologica della PA 2. La digitalizzazione tra organizzazione e semplificazione dei procedimenti amministrativi. – 3. L’attività di servizio pubblico e i servizi pubblici on-line. – 4. Il diritto di accesso ai servizi on-line quale componente dei diritti di cittadinanza digitale. 5. L’esercizio dei poteri autoritativi alla prova della digitalizzazione: le decisioni amministrative algoritmiche e il principio di legalità. – 6. I limiti del ricorso alle decisioni automatizzate nella giurisprudenza amministrativa e la legalità algoritmica. – 7. Brevi considerazioni conclusive

1. Le principali fasi dell’innovazione tecnologica della PA

La pubblica amministrazione, alla pari dei privati e degli altri pubblici poteri, è stata profondamente influenzata dall’evoluzione tecnologica e dal processo di digitalizzazione della società. L’impatto delle nuove tecnologie ha riguardato in modo significativo tanto l’organizzazione quanto l’azione amministrativa, secondo delle linee di sviluppo che si cercheranno di delineare e, da ultimo sembra investire, non senza problemi, anche l’esercizio dei poteri autoritativi. Si è certamente passati da un’amministrazione che fa ricorso a strumenti cartacei ad un’amministrazione che gestisce file digitali e soprattutto, eroga servizi in forma digitale, secondo un processo che il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, recentemente illustrato alle Camere dal Presidente del Consiglio e successivamente notificato alla Commissione Europea, è destinato ad implementare¹.

Per il vero, il programma di sviluppo digitale della PA delineato dal PNRR rappresenta solo l’ultimo ambizioso progetto di avanzamento digitale della PA, posto che sono stati numerosi i piani per la digitalizzazione redatti in Italia negli ultimi anni. Questi, inseriti nell’ambito di più ampie iniziative promosse dall’Unione Europea (tra cui il piano di investimenti per l’Europa, *InvestEU* e i

¹ Tra le molteplici misure contemplate dal piano vi sono, infatti, gli investimenti per le infrastrutture digitali e per la digitalizzazione delle grandi amministrazioni centrali, la migrazione al cloud, l’interoperabilità e il potenziamento dello scambio dei dati tra le pubbliche amministrazioni, l’implementazione dei servizi digitali, nonché lo sviluppo della cittadinanza digitale. Sul punto Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, approvato dal Consiglio dei Ministri il 12 gennaio 2021, in www.governo.it, 51 ss.

più recenti progetti del *Next Generation EU* approvati in risposta alla crisi pandemica), spesso muovono dalla presa d'atto dell'insufficiente livello di implementazione delle soluzioni tecnologiche raggiunto dall'amministrazione, ribadendo l'indifferibile necessità di perseguire tale obiettivo quale volano per lo sviluppo economico e sociale del paese e dell'intera Unione europea.

Come efficacemente evidenziato da alcuni commentatori, l'innovazione tecnologica ha permesso che nell'arco del ventesimo secolo si inverassero, sovrapponendosi tra loro, almeno tre modelli di pubblica amministrazione: la Pubblica Amministrazione 1.0, che corrisponde al paradigma di Pubblica Amministrazione del diciannovesimo secolo, caratterizzato dall'utilizzo di supporti cartacei. La Pubblica Amministrazione 2.0, che fa uso dell'elettronica. La Pubblica Amministrazione 3.0 verso cui, nel XXI secolo, il settore pubblico ha iniziato ad evolversi grazie all'impiego della rete internet, dei portali digitali, delle applicazioni mobili e dei social network².

In ultimo, viene in rilievo una quarta fase di evoluzione della PA che si caratterizza per un forte tasso di automazione e di interconnessione e nella quale riveste un ruolo centrale l'attività di elaborazione, conservazione e trasformazione di dati che si accompagna al ricorso all'attività predittiva dell'intelligenza artificiale, secondo un fenomeno che è ben lungi dal riguardare esclusivamente il settore pubblico³.

Invero, raccogliere e porre alla base delle proprie azioni grandi quantità di dati non è una novità per le amministrazioni pubbliche e non rappresenta una caratteristica precipua della più recente evoluzione della PA. Le amministrazioni statali e locali hanno accumulato per secoli enormi quantità di informazioni di ogni tipo: fiscali, sociali, immobiliari, geologiche, e già prima sapevano come impiegare questi dati per provvedere all'attività di cura concreta dell'interesse pubblico e motivare le loro decisioni. Di contro, la più rilevante novità che caratterizza le amministrazioni nella fase attuale di impatto della tecnologia sul loro operato si rinviene nel fatto che le enormi quantità di dati in loro possesso sono ora sempre più spesso convertite in decisioni grazie all'uso di algoritmi⁴ il cui utilizzo, come si dirà, rischia di mettere a dura prova le tradizionali categorie del diritto amministrativo, in particolare quelle aventi copertura costituzionale⁵.

Inoltre, l'innovazione tecnologica non investe esclusivamente l'organizzazione e l'attività dell'amministrazione ma lo stesso modo di quest'ultima di relazionarsi con i cittadini, anche in ragione del riconoscimento da parte del legislatore di un fascio di nuovi diritti scaturenti dalla digitalizzazione e da far valere nei riguardi della P.A. che si compendiano nella "cittadinanza digitale" cui si farà cenno ma soprattutto, sempre con riguardo al rapporto tra PA e i cittadini, la digitalizzazione ha portato a compimento processi di trasformazione della PA già avviati nel secolo scorso. Ad esempio, ha positivamente inciso sul potenziamento della trasparenza amministrativa attraverso gli obblighi di pubblicazione di documenti, informazioni e dati in possesso della PA e il correlato "accesso civico" di cui agli artt. 3 e 5 del D.lgs. n. 33 del 2013 volto ad ottenerne la pubblicazione quando questa sia stata omessa.

I primi interventi legislativi sul tema dell'innovazione tecnologica della PA si registrano negli anni novanta del novecento. In particolare, dapprima fu introdotto il d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 che si occupava dell'informatizzazione degli uffici pubblici, disciplinando le modalità di adozione degli strumenti tecnologici da parte degli uffici; poi, con la legge 15 marzo del 1997., n. 59, si è ulteriormente rafforzato il rapporto della pubblica amministrazione con l'utilizzo della tecnologia,

² D. U. GALETTA, J. G. CORVALÀN, *Intelligenza artificiale per una pubblica amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in www.federalismi.it, 2.

³ F. COSTANTINO, *Rischi e opportunità del ricorso delle amministrazioni alle predizioni dei big data*, in *Dir. pubbl.*, 1/2019, 48, il quale evidenzia come il ricorso alla predizione sia di per se spinoso quando sia impiegato da soggetti privati (ad esempio facebook), ma lo diventi ancora di più quando vi facciano ricorso i pubblici poteri.

⁴ G. ORSONI, E. D'ORLANDO, *Nuove prospettive dell'Amministrazione digitale: Open data e algoritmi*, in *Istituzioni del Federalismo*, 3/2019, 593 ss.

⁵ Sui quali S. CASSESE, *La costituzionalizzazione del diritto amministrativo*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, I, Torino, 2016, 501 ss., che si sofferma sui principi del diritto amministrativo inizialmente affermatasi sul versante amministrativo e poi oggetto di costituzionalizzazione.

quale strumento di comunicazione con i cittadini in grado di semplificare la fruizione dei servizi burocratici erogati dalla PA.

Il momento di svolta sotto il profilo normativo è però rappresentato dagli anni duemila, quando la telematica ha avuto formale un formale riconoscimento nella l. n. 241/1990, per effetto delle modifiche apportate con legge 11 febbraio 2005, n. 15. Soprattutto, con l'art. 3-*bis*, a norma del quale “per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche incentivano l'uso della telematica, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati”. La previsione in parola, il cui tenore letterale, tutto sommato, sembrava circoscrivere l'impiego degli strumenti telematici in relazione ad un generico riferimento ai rapporti interni tra le PA e tra queste ed i privati, ha trovato un'ampia attuazione per il tramite del Codice dell'amministrazione digitale (CAD), adottato con d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 e modificato più volte, da ultimo attraverso la legge di riorganizzazione delle pubbliche amministrazioni del 7 agosto 2015, n. 124 e con d.lgs. 13 dicembre 2017, n. 217 e ancora più recentemente con il D. L. 16 luglio 2020, n. 76 (decreto semplificazioni).

Il CAD ha rappresentato un momento di svolta nell'evoluzione normativa in materia perché si è trattato della prima forma di disciplina organica dell'applicazione delle tecnologie informatiche nella pubblica amministrazione e nel rapporto tra l'amministrazione e gli amministrati⁶. Allo stesso tempo, però, questi non ha rappresentato il punto di arrivo della disciplina della digitalizzazione della P.A., ma piuttosto l'avvio di un processo “perennemente *in fieri*” di trasformazione dell'organizzazione e dell'azione amministrativa sulla base dell'impiego delle tecnologie digitali. Un processo in cui il codice avrebbe dovuto rappresentare, come effettivamente verificatosi, il *corpus* normativo di riferimento in tale materia.

L'evoluzione normativa che si è appena descritta si può sintetizzare in un percorso fatto di tre momenti fondamentali⁷. Lo sviluppo delle reti civiche, finalizzate a mettere in collegamento i soggetti pubblici e i vari enti presenti sul territorio; il c.d. *e-government*, che ricomprende tutti quegli utilizzi di tecnologie digitali finalizzati all'ottimizzazione dei processi interni dell'amministrazione e nei rapporti con i cittadini, con le imprese e con le altre amministrazioni e, da ultimo, l'*open Government*, avente la finalità di favorire un potenziale accesso aperto alle informazioni, di modo da rendere possibile una maggiore interazione tra amministrazione e cittadini con immediate ricadute sull'ampiezza della nozione di trasparenza amministrativa e così da inverare la suggestiva immagine dell'Amministrazione come “casa di vetro”.

Per il vero, lo sforzo per la digitalizzazione dell'amministrazione, nonostante gli interventi del legislatore appena richiamati, cui è corrisposto il percorso appena descritto, lascia intendere un ambizioso programma di innovazione tecnologica della PA che, sino ad ora, non si è tradotto in una compiuta opera di ammodernamento digitale di quest'ultima, al punto che non manca chi discorra di digitalizzazione di facciata⁸. Tra le cause del ritardo in questione vi è l'enorme frammentazione della galassia delle pubbliche amministrazioni⁹ ciascuna gelosa di preservare la propria autonomia

⁶ M. CARDONE, D. FOÀ, *La valorizzazione del patrimonio informativo nell'ambito delle strategie di digitalizzazione della pubblica amministrazione*, in *Munus*, 3/2020, 589.

⁷ L. SPERATI, *Trasformazione digitale della pubblica amministrazione e ricerca dell'efficienza organizzativa, Gli appalti pubblici tra istanze di semplificazione e normativa anticorruzione. Alla ricerca di un equilibrio tra legalità ed efficienza*, a cura di L. Donato, *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, 2020, 279 ss.

⁸ F. CAIO, *Lo Stato del digitale*, Mursia, Padova, 2014, 7.

⁹ Secondo la ben nota osservazione della Corte costituzionale per cui “la Pubblica Amministrazione non è più oggi un blocco unitario, né sotto il profilo strutturale né sotto il profilo funzionale; essa si articola in un complesso di centri, i quali operano nelle forme più diverse e nei più diversi regimi” (sent. n. 878 del 1988). Sul punto, C. FRANCHINI, *L'organizzazione*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, Milano, 2003, I, 354, evidenzia come in ragione di una molteplicità di fattori tra i quali si annoverano, per quel che attiene il versante sovranazionale, i condizionamenti provenienti dal diritto europeo, si sia giunti ad un'articolazione dell'amministrazione italiana caratterizzata dalla “frammentazione” e dalla “complessità”. Discorre di un'amministrazione che nello Stato pluriclasse si “plurisoggettivizza” o si “desoggettivizza” perdendo la tradizionale unitarietà di organizzazione e di modelli operativi P. CARROZZA, *Governo e amministrazione*, in *Diritto costituzionale comparato*, a cura di P. Carrozza, A di Giovine, G.F. Ferrari, Bari, 2009, 896.

organizzativa in materia e il debole esercizio¹⁰ della funzione di coordinamento informativo, informatico e statistico di cui al secondo comma dell'art. 117 della Costituzione da parte dello Stato¹¹. Sul punto, basti pensare che l'Agid ha dipinto uno scenario di «forte frammentazione delle risorse e di frequenti situazioni di inadeguatezza tecnologica»¹², mentre il Commissario straordinario per l'Agenda digitale ha lamentato l'esistenza di “dodicimila città-Stato digitali”¹³.

2. La digitalizzazione tra semplificazione dei procedimenti amministrativi e organizzazione della PA

Detto ciò, il CAD e le modifiche che vi sono state apportate di recente, sono tesi a “ridefinire e semplificare i procedimenti amministrativi, in relazione alle esigenze di celerità, certezza dei tempi e trasparenza” e si prefiggono di realizzare tali obiettivi “mediante una disciplina basata sulla loro digitalizzazione”. In particolare, questo è uno dei principi e criteri direttivi della legge 7 agosto 2015, n. 124 recante Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche e contenente, tra le altre, la delega all'adozione di uno o più decreti di riorganizzazione del CAD (art. 1, comma 1, lett. b), della l. n. 124/2015).

Più nel dettaglio, il modello di digitalizzazione che viene promosso dal CAD è quello ispirato al principio del “*digital first*”, ossia «l'organizzazione ed erogazione “anzitutto digitale” dei servizi burocratici»¹⁴ ed all'interno di una spinta alla “reingegnerizzazione” dell'azione e dell'organizzazione amministrativa¹⁵, sicché le nuove tecnologie non dovrebbero essere impiegate solamente quali strumenti per lo svolgimento delle attività amministrative tradizionali. Tanto si desume già dall'art. 12 del CAD il quale sancisce che “le pubbliche amministrazioni nell'organizzare autonomamente la propria attività utilizzano le tecnologie dell'informazione e della comunicazione per la realizzazione degli obiettivi di efficienza, efficacia, economicità, imparzialità, trasparenza, semplificazione e partecipazione nel rispetto dei principi di uguaglianza e di non discriminazione”.

Inoltre, l'art. 15 dello stesso CAD prevede una “riorganizzazione strutturale e gestionale” delle amministrazioni per perseguire le medesime finalità di cui al predetto art. 12, tanto che queste debbono “razionalizzare e semplificare i procedimenti amministrativi, le attività gestionali, i documenti, la modulistica, le modalità di accesso e di presentazione delle istanze da parte dei cittadini e delle imprese”.

Dalle norme appena citate emerge in primo luogo il carattere strumentale dell'innovazione tecnologica rispetto al perseguimento del principio del buon andamento dell'Amministrazione di cui all'art. 97 Cost. ma anche l'idea che, nel contesto della digitalizzazione della PA, organizzazione amministrativa e semplificazione procedimentale siano strettamente collegate e non potrebbe essere diversamente posto che, tanto la prima quanto la seconda, incidono sulle modalità e sui tempi

¹⁰ E. CARLONI, *Algoritmi su carta. Politiche di digitalizzazione e trasformazione digitale delle amministrazioni*, in *Dir. pubbl.*, 2/2019, 372.

¹¹ Su cui F. MERLONI, *Coordinamento e governo dei dati nel pluralismo amministrativo*, in B. Ponti (a cura di), *Il regime dei dati pubblici*, Rimini, Maggioli, 2008, 153 ss.; D. MARONGIU, *La funzione di coordinamento informatico: autonomia delle Regioni e poteri del Ministro per l'innovazione e le tecnologie*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2005, 109 ss.

¹² cfr. Agid, *La strategia cloud per la p.a.*, in www.agid.gov.it.

¹³ “Le pubbliche amministrazioni locali sono state abbandonate e oggi ci sono 12.000 città-Stato, monarchie digitali”: così L. ATTIAS, *Audizione davanti alla Commissione parlamentare sulla semplificazione*, il 20 marzo 2019.

¹⁴ E. CARLONI, *Tendenze recenti e nuovi principi della digitalizzazione pubblica*, in *Giorn. dir. Amm.*, n. 2, 2015, 148 ss.; G. CAMMAROTA, *L'erogazione on-line di servizi pubblici burocratici*, in *Informatica e diritto*, XVIII annata, Vol. XI, 2002, n. 2, 45 ss.

¹⁵ E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2/2020, 274.

dell'azione amministrativa e, quindi sia sull'attività di *service public* che su quella di *puissance publique*.

In particolare, la “riorganizzazione strutturale e gestionale della PA” mediante l’uso delle nuove tecnologie prevista dall’art. 15 CAD sembra prima di tutto finalizzata a contrastare le inefficienze dell’amministrazione intese come ritardo nell’adozione della decisione amministrativa, anche mediante l’adozione di modelli organizzativi che impongano l’uso dell’informatica all’interno delle stesse amministrazioni e nei rapporti con altre PA.

Infatti, il ritardo nello svolgimento dell’azione amministrativa e il risultato che ne consegue, ossia l’adozione di decisioni intempestive, frustra le esigenze di certezza temporale dei privati e delle imprese e, più in generale, rallenta l’attività di cura concreta dell’interesse pubblico. Allo stesso tempo, determina un livello non ottimale di impiego delle risorse pubbliche. Da qui l’uso delle tecnologie digitali per inverare modelli organizzativi improntati ad una maggiore efficienza ma anche per razionalizzare e semplificare i procedimenti amministrativi così da adottare decisioni finali tempestive.

Il CAD impone, però, una semplificazione che non si limita a disporre la riduzione dei termini del procedimento amministrativo o la soppressione di singoli passaggi procedurali ma, piuttosto, si basa sulla digitalizzazione del procedimento amministrativo. Infatti, secondo una linea di tendenza che riguarda la maggior parte dei paesi sviluppati, dove l’*e-government* costituisce oggi una realtà comune, i procedimenti amministrativi tradizionali sono stati progressivamente digitalizzati, anche con un forte impatto simbolico, com’è stato per il caso dei procedimenti in materia fiscale. Allo stesso tempo, però, l’uso di nuove tecnologie ha permesso o ha agevolato lo sviluppo di nuovi procedimenti amministrativi. Si tratta di un fenomeno che si può osservare, ad esempio, nel campo delle procedure ad evidenza pubblica¹⁶.

Invero, la trasformazione digitale dell’azione amministrativa attraverso l’uso della tecnologia informatica, cui si accompagna l’interazione con le nuove tecnologie di comunicazione, comprese quelle associate a internet, si dimostra strettamente collegato con il processo di progressivo passaggio da un’amministrazione per atti ad un’amministrazione per risultati che ha interessato la PA a partire dagli anni duemila¹⁷ nella misura in cui l’uso delle nuove tecnologie, come si evince dal CAD, è posto al servizio del perseguimento dei principi di efficienza, efficacia ed economicità dell’organizzazione e dell’azione amministrativa.

La medesima tendenza verso l’impiego della digitalizzazione quale strumento di semplificazione delle procedure amministrative ma, anche dell’organizzazione amministrativa, si evince dalle misure contenute nel PNRR riguardanti il potenziamento dell’Amministrazione digitale. Il PNRR prevede, infatti, la “reingegnerizzazione, in chiave digitale, della disciplina dei procedimenti medesimi, da effettuare, tra gli altri, secondo i principi della soppressione degli adempimenti non più necessari, della riduzione dei tempi e dei costi, della trasparenza e dell’affidamento, della integrale digitalizzazione e della interoperabilità digitale”. Il PNRR, quindi, immagina una digitalizzazione dei procedimenti amministrativi che consenta di snellirne le fasi e di conseguire così una riduzione dei tempi e dei costi economici degli stessi a vantaggio del principio di trasparenza e dell’affidamento riposto dai privati nella celere conclusione delle procedure.

Il PNRR delinea un rapporto tra digitalizzazione e procedimento amministrativo che, sotto questo aspetto, non appare molto distante da quello prefigurato dal CAD, semmai il Piano differisce

¹⁶ J. B. AUBY, *il diritto amministrativo di fronte alle sfide digitali*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 3/2019, 624; G. RACCA, C. YUKINS (a cura di), *Integrity and efficiency in sustainable public contracts*, Bruxelles, Bruylant, 2014.

¹⁷ Su cui A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula «amministrazione per risultati»*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, vol. II, Napoli, 2001, 815-818.; M. IMORDINO - A. POLICE, (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2003, 5 ss.; G. CORSO, *Amministrazione di risultati* in *Annuario AIPDA 2002*, Milano, 2003, 127 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Innovazioni del diritto amministrativo e riforma dell’amministrazione. Introduzione*, ivi, 3 ss.; M. R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003, 1 ss.; S. CASSESE, *Che cosa vuol dire «amministrazione di risultati»*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 941; M. CAMELLI, *Amministrazione di risultato*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, 2005, 556 ss.; L.R. PERFETTI (a cura di), *Le riforme della l. 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, Padova, 2008, 1 ss.

in ordine all'ampiezza della digitalizzazione dei procedimenti, posto che si prevedono il monitoraggio di tutti i procedimenti amministrativi esistenti con l'obiettivo della loro "totale digitalizzazione"¹⁸.

Sul versante del rapporto tra digitalizzazione e organizzazione amministrativa, il Piano prevede la digitalizzazione del *front office* e del *back office* e l'interoperabilità dei flussi documentali tra amministrazioni direttamente coinvolte nei procedimenti, quali SUAP e SUE, ma anche il potenziamento delle Conferenze di servizi telematiche, così da incidere su alcuni dei principali moduli organizzativi della PA all'interno del procedimento amministrativo.

Ciò detto, quando si discorre di influenza della digitalizzazione sull'organizzazione della PA non ci si può riferire esclusivamente alla sua incidenza in ordine all'organizzazione degli uffici e dei servizi in cui si articolano le amministrazioni statali, regionali e locali, la cui struttura è stata modificata con riguardo ai rapporti con gli utenti, ai rapporti con altre amministrazioni e ai rapporti interni alla pubblica amministrazione procedente in ragione del ricorso all'informatica e alla rete digitale, ma anche alla creazione di nuovi organi amministrativi chiamati a svolgere funzioni che trovano copertura costituzionale nell'art. 117, comma 2, lett. r. Cost.

Si pensi all'Agenzia per l'Italia Digitale (Agid), istituita con il d. l. 22 giugno 2012, n. 83 allo scopo di favorire la diffusione dei sistemi e delle soluzioni dell'Ict nella P.A. attraverso la definizione di standard, l'elaborazione di regole tecniche e il coordinamento informatico dei progetti inseriti nell'agenda digitale italiana. A dire il vero, per rendere possibile una migliore pianificazione e il monitoraggio della transizione digitale, il D.L. n. 76/2020 ha trasferito alla Presidenza del Consiglio dei Ministri la competenza del coordinamento informatico delle amministrazioni statali, regionali e locali, dapprima attribuita alla stessa Agid cui rimane però il compito di predisporre le linee guida di attuazione del CAD e la c.d. agenda digitale.

Sotto il profilo organizzativo assume particolare rilievo anche la figura del Responsabile per la transizione digitale (RTD), cui è demandato il compito presso ciascuna amministrazione di curare gli adeguamenti necessari per l'implementazione degli scopi del piano triennale 2019-2021 per la trasformazione digitale del Paese e della PA. Questi nell'intenzione del legislatore è chiamato ad essere l'"*e-leader*" della digitalizzazione delle strutture amministrative¹⁹. Inoltre, gli è stato demandato anche il compito di promuovere le iniziative formative e i progetti necessari a garantire un'adeguata preparazione tecnica dei dipendenti della PA. In tal modo, si è voluto responsabilizzare un soggetto all'interno della stessa amministrazione il quale è chiamato a rispondere del grado di avanzamento della digitalizzazione presso la singola PA.

Per il vero, tanto nel caso dell'istituzione dell'Agid quanto in quello della previsione del RTD il legislatore non ha fatto ricorso a modelli organizzativi nuovi ma si è limitato ad applicare all'amministrazione digitale figure organizzative già ampiamente sperimentate in altri settori della PA, basti pensare al Responsabile della Trasparenza o a monte, quale figura di riferimento con riguardo alla responsabilizzazione della PA, alla previsione del responsabile del procedimento amministrativo di cui alla legge n. 241 del 1990.

Sempre sul versante delle influenze della digitalizzazione sull'organizzazione amministrativa, l'art. 17 del Codice obbliga tutte le amministrazioni ad individuare un ufficio per la transizione digitale cui sono demandate le attività e i processi organizzativi funzionali alla realizzazione di un'amministrazione digitale e all'erogazione di servizi fruibili, utili e di qualità. Inoltre, sempre presso l'Agid, è stato istituito l'Ufficio del Difensore civico per il digitale con il compito di ricevere le segnalazioni sulle presunte violazioni del CAD o di ogni altra norma in materia di digitalizzazione e innovazione, a garanzia dei diritti di cittadinanza digitale dei cittadini e delle imprese (art. 17, comma 1-*quater*, CAD). Anche in questo caso, però, per il perseguimento di nuovi obiettivi da parte della PA si è fatto ricorso a modelli organizzativi già sperimentati in passato ma non sempre con successo, basti pensare alla figura del difensore civico presso le amministrazioni locali.

¹⁸ Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, approvato dal Consiglio dei Ministri il 12 gennaio 2021, in www.governo.it, 57.

¹⁹ M. CARDONE, D. FOÀ, *op. cit.*, 595.

Anche il PNRR è destinato ad incidere sull'organizzazione dell'Amministrazione, specialmente sull'assetto organizzativo preordinato all'erogazione di servizi ai cittadini, attraverso la previsione del consolidamento delle infrastrutture digitali. Il Piano prevede, infatti, la "razionalizzazione" ed il "consolidamento" delle infrastrutture digitali esistenti in un nuovo modello di *cloud* per la PA. Si prevede, inoltre, la realizzazione di un *Cloud Enablement Program* per favorire l'aggregazione e la migrazione delle PA centrali e locali verso soluzioni *cloud* e fornire alle stesse Amministrazioni il supporto procedurale e tecnologico utile alla transizione in parola.

3. L'attività di servizio pubblico e i servizi pubblici on-line

Orbene, la trasformazione digitale della pubblica amministrazione, come già accennato, si riflette anche sull'attività di prestazione posta in essere dalla PA e, quindi, sul funzionamento di determinati servizi pubblici, nonché sulle modalità di erogazione dei servizi attraverso la previsione di servizi pubblici on-line.

Quanto al primo aspetto, ad essere modificati dal ricorso dalle nuove tecnologie sono tutti i servizi a rete, sia quelli energetici che quelli legati al trasporto pubblico. Infatti, la rivoluzione digitale sta trasformando progressivamente l'organizzazione dei trasporti urbani, in particolare con l'emergere di una competizione altamente frammentata, guidata dalla c.d. "economia collaborativa" o "della condivisione"²⁰. Cambia anche la struttura del sistema di produzione e distribuzione dell'energia, dando la stura a sistemi locali di produzione e di regolamentazione, "agevolando la gestione collettiva ed economica di produzione e di consumo attraverso reti intelligenti"²¹.

Ad esempio, con riguardo alle trasformazioni delle forme e delle modalità gestione dei servizi di trasporto pubblico, si pensi a Uber e alle controversie legali che hanno riguardato l'azienda in Italia in ragione dell'emergere di una nuova forma di erogazione del servizio di trasporto urbano non sussumibile in nessuna delle discipline allora vigenti e, quindi, priva di una specifica regolamentazione. A detta dell'AGCM, infatti, convivevano in Uber elementi di svariate fattispecie: il trasporto privato non di linea, con rilevanza d'interessi pubblicistici; il servizio d'intermediazione; la piattaforma comunicativa informatico-digitale, nonché la diffusione di sistemi di mobilità sostenibile, "co-modale" e "technology-based"²².

La Corte costituzionale chiamata ad esprimersi sulla legittimità di una legge della Regione Piemonte diretta a contrastare le offerte abusive di trasporto, nella sostanza la legge intendeva proprio contrastare Uber, con la sentenza n. 265 del 2016 ha chiarito come tali fenomeni incidano sulla stessa attività di regolazione dei servizi, al punto che l'evoluzione tecnologica determina la "senescenza della legislazione" e pone i titolari del potere normativo di fronte a questioni la cui dimensione trascende la sfera locale, avendo rilievo nazionale o europeo o addirittura globale²³.

Pertanto, di fronte all'evoluzione tecnologica e all'affacciarsi di nuovi servizi o di nuove modalità di erogazione degli stessi, i poteri pubblici chiamati ad esercitare l'attività di regolazione possono adottare un approccio "forte" imponendo limiti, quali tetti e licenze, per l'esercizio delle attività di servizio pubblico, oppure adottare orientamenti più aperti al mercato che allargano le maglie della regolazione in considerazione delle nuove prospettive aperte dalla digitalizzazione ma senza rinunciare alla garanzia degli utenti.

In ogni caso, gli sviluppi che interessano i servizi pubblici locali appaiono particolarmente marcati nei contesti in cui è andato affermandosi il c.d. modello della "città intelligente" o della "smart city", ossia un sistema di sviluppo che si caratterizza per un insieme di strategie di pianificazione

²⁰ J. B. AUBY, *il diritto amministrativo di fronte alle sfide digitali*, cit., 625.

²¹ J. B. AUBY, *ibidem*.

²² Autorità di regolazione dei trasporti, segnalazione 21 maggio 2015, in www.autorita-trasporti.it, propone una normativa sui Servizi Tecnologici per la Mobilità (STM): servizi distinti dal *car sharing* o *car pooling*, perché di natura commerciale.

²³ M. MIDIRI, *Nuove tecnologie e regolazione: il "Caso Uber"*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3/2018, 1034; ID, *Evoluzione tecnologica, anacronismi legislativi e nuove esigenze di regolazione*, in *Giur. cost.*, 6/2016, 2307.

urbanistica tesa all'ottimizzazione e all'innovazione dei servizi pubblici, allo scopo di mettere in relazione le infrastrutture materiali delle città con il capitale umano, intellettuale e sociale di chi le abita in ragione del ricorso diffuso alle nuove tecnologie della comunicazione, della mobilità e dell'efficienza energetica²⁴.

In questi contesti, le infrastrutture e i servizi locali non solo beneficiano di una maggiore efficienza alimentata dalle nuove tecnologie, ma “stanno diventando sempre più interconnessi in un’ottica di sistema”. A ciò deve aggiungersi l’ulteriore considerazione che, secondo quanto riscontrato dalla dottrina, nelle città intelligenti i servizi privati sembrano sempre più spesso sostituire o integrare i servizi pubblici esistenti²⁵.

Ciò detto, si deve evidenziare come la digitalizzazione dei servizi pubblici metta in moto profondi cambiamenti organizzativi dell’amministrazione pubblica, renda più efficiente l’erogazione del servizio e migliori la qualità del rapporto tra Amministrazione e utente. A tanto contribuisce anche l’impiego dell’intelligenza artificiale che, in maniera molto meno problematica, come si vedrà, rispetto al campo delle decisioni autoritative, fa in modo che l’uomo venga sostituito dalle macchine per l’erogazione di svariati servizi pubblici. Ad esempio, i trasporti e le prestazioni sanitarie di diagnosi e cura o per l’attività di polizia amministrativa, il comando amministrativo espresso per il tramite del semaforo o il riconoscimento delle impronte digitali e facciali ai controlli delle dogane o degli aeroporti. Sempre l’IA influisce anche sull’attività di programmazione e sulle modalità di erogazione dei servizi in questione²⁶.

L’innovazione in ordine alle modalità di prestazione dei servizi pubblici appare altrettanto significativa in relazione ad una peculiare forma di erogazione dei servizi caratterizzata dal ricorso alla tecnologia ITC da parte della PA, ossia i servizi on line o erogati in rete che possono considerarsi un esempio di una nuova e peculiare modalità operativa dell’amministrazione pubblica²⁷.

I servizi pubblici in rete, infatti, possono contribuire ad alleggerire le procedure amministrative, ad elevare il livello qualitativo delle prestazioni dei servizi nel settore pubblico e ad innalzare l’efficienza del procedimento interno della pubblica istituzione erogatrice del servizio, oltre che determinare dei rilevanti risparmi per i cittadini e per gli operatori economici²⁸.

Il CAD contiene una disciplina generale dei servizi pubblici a rete. L’articolo 1, comma 1, lett. *n-quater* del Codice definisce il servizio in rete o on line come «*qualsiasi servizio di un’amministrazione pubblica fruibile a distanza per via elettronica*». Si tratta, quindi, di un’attività amministrativa tesa a fornire delle utilità ai cittadini secondo modalità “a distanza” e “in forma elettronica”, sicché ad una relazione tra Cittadino e PA incentra sul “*face to face*” si sostituisce una dinamica che si crea sulla base della rete. Così facendo, si crea una sorta di “sportello virtuale mediante il quale l’utente può interagire con l’organismo erogante la prestazione in tempo reale e da qualsiasi luogo”²⁹, il che costituisce già una significativa novità rispetto alle ordinarie modalità di erogazione di numerosi servizi pubblici.

La legge, inoltre, attraverso l’ampia formulazione che si è appena richiamata, non individua i possibili servizi on-line erogabili dalla PA, diversamente la norma avrebbe rischiato di apparire desueta in ragione del carattere repentino dei cambiamenti tecnologici. Di conseguenza, i servizi in

²⁴ Su cui Aa.Vv., *Smart Cities e amministrazione intelligente, Istituzioni del Federalismo*, 4, 2015, numero monografico; P.M. ROSA SALVA, *Sustainable development and local governments: how the energy transition is influencing public law, changing its borders and enhancing its evolution*, in *federalismi.it*, 2018; J. B. AUBY, *Algorithmes et Smart Cities: Données Juridiques*, in *Revue general du droit*, (www.revuegeneraledudroit.eu), *Etudes et réflexions*, 2018, 2 ss.

²⁵ J. B. AUBY, *il diritto amministrativo di fronte alle sfide digitali*, cit., 626.

²⁶ R. CAVALLO PERIN, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, in *Dir. amm.*, 2/2020, 307.

²⁷ A. MASUCCI, *Digitalizzazione dell’amministrazione e servizi pubblici on line. Lineamenti del disegno normativo*, in *Dir. Pubbl.*, 1/2019, 119.

²⁸ A. MASUCCI, *op. ult. cit.*, 120.

²⁹ A. MASUCCI, *op. ult. cit.*, 124.

rete dell'amministrazione pubblica saranno nel futuro tutti quelli che ciascuna amministrazione sceglierà o sarà in grado di offrire³⁰.

Si rinvengono già da tempo, in ogni caso, una serie di servizi erogati on-line dalla pubblica amministrazione, quali l'*e-Health*, l'*e-Information*, l'*e-Learning* ma la pubblicità dei dati (Open Data) e la loro riutilizzazione ed elaborazione attraverso sistemi informatici di raccolta e catalogazione può dar vita allo sviluppo di nuovi servizi basati su modi innovativi di combinare tali informazioni tra loro e di impiegarle³¹.

Per quel che attiene, invece, all'individuazione delle Amministrazioni tenute ad erogare i servizi on-line, il CAD accoglie una nozione particolarmente ampia di PA poiché vi ricomprende non solo quelle ricavabili dall'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, ivi comprese le autorità di sistema portuale, nonché alle autorità amministrative indipendenti di garanzia, vigilanza e regolazione, ma anche, ai sensi lett. b) dell'articolo 2 comma 2, del CAD, i gestori di servizi pubblici, le società quotate in relazione ai servizi di pubblico interesse e le società a controllo pubblico. Insomma, la norma ricorre ad una nozione ad ampio spettro di PA chiamata ad erogare i servizi *on-line* in modo da garantire una sua applicazione ad ampio spettro nel panorama delle Pubbliche Amministrazioni.

Chiariti i tratti salienti della disciplina dei servizi on-line all'interno del CAD, occorre interrogarsi, però, sulle modalità attraverso cui i principi generali che regolano l'erogazione dei tradizionali servizi pubblici trovino applicazione con riferimento ai servizi in parola. Ci si riferisce in modo particolare ai principi di doverosità, continuità, parità di trattamento, universalità ed economicità³².

Quanto ai primi due correlati principi di doverosità e continuità nell'erogazione del servizio, il CAD contempla il principio di continuità nell'erogazione dei servizi pubblici *on-line* all'articolo 51, comma 2 *quater* in forza del quale "I soggetti di cui all'articolo 2, comma 2, predispongono, nel rispetto delle Linee-guida adottate dall'AgID, piani di emergenza in grado di assicurare la continuità operativa delle operazioni indispensabili per i servizi erogati e il ritorno alla normale operatività". Invero, in relazione all'erogazione per così dire "tradizionale" dei servizi pubblici la continuità del servizio viene concepita come regolarità delle prestazioni, oppure come erogazione secondo le ordinarie previsioni di apertura e di chiusura dell'ufficio senza interruzioni che non trovino un'adeguata giustificazione, anche in ragione del rilievo penale che assumono eventuali condotte tese a determinare l'ingiustificata interruzione nell'erogazione di pubblici servizi³³.

Di contro, nel caso dei servizi on-line il principio di continuità si atteggia in maniera differente rispetto alla sua tradizionale estrinsecazione. Infatti, con riferimento a tale tipologia di servizi il principio di continuità si traduce in un servizio continuo "da qualsiasi luogo e senza interruzione di orario". La rete, infatti, permette al fruitore del servizio di stabilire un'interazione con l'amministrazione in qualsiasi contesto spaziale, specialmente se si usino dei dispositivi mobili.

Invece, quanto alla fruibilità del servizio senza interruzione oraria, le modalità di erogazione sono completamente automatizzate, sicché il problema neppure dovrebbe porsi. In definitiva, come evidenziato in dottrina, nel caso dei *servizi on line*, è possibile un'interazione tra l'amministrazione e gli utenti *any place, any time*³⁴.

Con riferimento al principio di parità di trattamento e al divieto di discriminazione nell'erogazione del servizio, vi è una stretta correlazione tra accessibilità del servizio a rete e principio

³⁰ J. LEGRAND, *Analyse du rôle opératoire des téléservices en tant qu'instrument d'explicitation*, in *Revue d'administration publique*, 2013, 361; A. MASUCCI, *op. ult. cit.*, 125.

³¹ A. MASUCCI, *Digitalizzazione dell'amministrazione e servizi pubblici on line. Lineamenti del disegno normativo*, cit., 126.

³² Sui quali si rinvia a M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2017, 377 ss.; D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, 2018, 133. M. MASSERA, *I servizi pubblici tra regole della concorrenza e responsabilità pubblica*, in *Dir. pubbl.*, 2/2019, 439.

³³ A. MASUCCI, *Digitalizzazione dell'amministrazione e servizi pubblici on line. Lineamenti del disegno normativo*, cit., 143.

³⁴ A. MASUCCI, *Ibidem*.

di eguaglianza, il che trova un referente positivo anche nel CAD all'art. 12 ove, come già detto, si fa cenno al rispetto dei principi in parola nell'utilizzo delle tecnologie dell'informazione.

Per quel che attiene invece al principio di universalità, che impone di garantire tendenzialmente a tutti le prestazioni correlate all'attività di servizio pubblico, nell'ambito dei *servizi on-line* detto principio viene declinato sotto forma di diritto di accesso ai servizi on-line da parte di tutti i privati, in forza dell'art. 3-bis, comma 1 e 7, comma 01, del CAD, atteggiandosi quale diritto di non essere escluso dall'uso delle strutture pubbliche e delle risorse telematiche che queste strutture possono offrire, in stretta correlazione con il divieto di discriminazione tra persone nel diritto di accedere ai servizi on-line.

Tra l'altro, una puntuale specificazione del diritto in parola si rinviene con particolare riferimento alle persone disabili, all'art. 53 CAD il quale sancisce che "le pubbliche amministrazioni realizzano siti istituzionali su reti telematiche che rispettano i principi di accessibilità, nonché di elevata usabilità e reperibilità, anche da parte delle persone disabili, completezza di informazione, chiarezza di linguaggio, semplicità di consultazione, qualità, omogeneità e interoperabilità". Di conseguenza, i siti web tramite i quali vengono erogati i servizi in parola devono essere dotati di tecnologie che consentano alle persone diversamente abili di accedere ai servizi in questione in modo da aggirare o ridurre la condizione di svantaggio.

Il diritto di accesso ai servizi pubblici *on-line* si atteggia, quindi, quale diritto di portata generale, sicché nel caso dei servizi in questione neppure si pone il problema degli obblighi di servizio universale, ossia di quelle "prestazioni minime" che devono essere garantite da parte del soggetto chiamato ad erogare il servizio pubblico. Infatti, il diritto di accesso delineato dal CAD, con una formulazione particolarmente ampia fa sorgere in capo ai beneficiari della prestazione di *service publique on-line*, il diritto soggettivo ad ottenere una prestazione "completa", senza che possa discorrersi di prestazioni maggiormente sofisticate che fuoriescono dal perimetro del c.d. servizio universale.

4. Il diritto di accesso ai servizi on-line quale componente dei diritti di cittadinanza digitale

Il diritto di accesso ai servizi on-line cui si è appena fatto cenno allo scopo di ricondurlo, sotto il versante dei tradizionali principi regolatori dell'attività di servizio pubblico, al principio di universalità, presenta una portata ancora più ampia e significativa. Infatti, si pone quale "componente essenziale della nuova cittadinanza amministrativa"³⁵ o, meglio ancora, rientra nel novero di un articolato fascio di diritti che contribuiscono a fondare la "cittadinanza digitale".

Del resto, dal CAD emerge una digitalizzazione che, oltre che incidere sulla riorganizzazione strutturale e gestionale della PA e sulla semplificazione dei procedimenti amministrativi e sull'erogazione dei servizi burocratici, è orientata verso il riconoscimento in capo al privato di una serie di diritti e, quindi, di posizioni soggettive, da poter vantare nei riguardi della PA digitale. Basti il riferimento alla firma digitale che ha acquisito lo stesso valore della firma autografa (art. 20, CAD); alla pec che equivale alla raccomandata con ricevuta di ritorno (art. 48, CAD) al valore legale del domicilio digitale (art. 6, CAD)³⁶ e alla previsione di carte elettroniche, come la carta d'identità elettronica e la carta nazionale dei servizi, che consentono l'accesso ai servizi in rete erogati dalle pubbliche amministrazioni (art. 66, CAD). Ma, ancora, il diritto di accesso telematico ai dati, alle informazioni e ai documenti (art. 52, CAD), il diritto alla sicurezza informatica dei propri dati personali e del patrimonio informativo pubblico (d.lgs. 196/2003; art. 51 CAD), il diritto alla qualità dei servizi erogati in rete (art. 7 CAD), il diritto di conoscere in rete la situazione relativa alle proprie istanze (art. 3, comma 1-quater, CAD).

³⁵ A. MASUCCI, *Digitalizzazione dell'amministrazione e servizi pubblici on line. Lineamenti del disegno normativo*, cit., 129.

³⁶ M. CARDONE, D. FOÀ, *op. cit.*, 590, evidenziano come il domicilio digitale sia da annoverare tra gli esempi di semplificazione amministrativa realizzata per il tramite di soluzioni tecnologiche.

Il processo di creazione della cittadinanza digitale ha trovato, poi, un'ulteriore impulso attraverso ossia la creazione di un'unica identità digitale per accedere a tutti i servizi digitali erogati dalle pubbliche amministrazioni tramite lo SPID, il Sistema Pubblico di Identità Digitale, che rappresenta l'estrinsecazione del "diritto dei cittadini e delle imprese di accedere a tutti i dati, i documenti e i servizi di loro interesse in modalità digitale (art. 64, CAD e art. 1, comma 1, l. n. 124/2015)"³⁷.

Da ultimo, lo stesso PNRR si sofferma sulla cittadinanza digitale, non tanto immaginando l'introduzione di nuovi diritti digitali, quanto piuttosto prevedendo il potenziamento e la diffusione di quelli esistenti assieme allo sviluppo di nuovi servizi digitali da mettere a disposizione di cittadini e imprese³⁸

I diritti di cittadinanza in questione godrebbero, però, di un limitato grado di effettività se il CAD non configurasse all'art. 3 un vero e proprio diritto di richiedere ed ottenere che le Amministrazioni nelle proprie comunicazioni facciano impiego delle tecnologie digitali. Del resto, lo stesso art. 2, comma 1, impone alle amministrazioni di fare ricorso alle tecnologie informatiche per assicurare la "disponibilità, la gestione, l'accesso, la trasmissione, la conservazione e la fruibilità dell'informazione in modalità digitale", così configurando un vero e proprio diritto del cittadino all'amministrazione digitale.

In definitiva il diritto di cui all'art. 3 del CAD assumere i tratti di una posizione soggettiva direttamente azionabile nei confronti della PA e rappresenta il presupposto di un riconoscimento effettivo della nuova cittadinanza digitale. Infatti, è di immediata evidenza come il valore di firma autografa della firma digitale o il riconoscimento legale del domicilio digitale avrebbero ben poco senso a fronte delle resistenze opposte da talune pubbliche amministrazioni rispetto all'utilizzo della telematica e, soprattutto, se dette resistenze non potessero essere superate attraverso la possibilità per i privati di azionare in giudizio il relativo diritto di chiedere che le Amministrazioni facciano impiego delle tecnologie digitali e di accedere ai servizi in rete erogati da quest'ultime, la concreta efficienza di detti servizi, infatti, è la condizione necessaria per il godimento dei diritti di cittadinanza digitale poc'anzi richiamati. I poteri pubblici, quindi, in ragione dei processi di innovazione tecnologica e delle previsioni legislative che, nel corso del tempo, gli hanno imposto di adeguarsi, si trovano a doversi confrontare con una serie di nuovi diritti digitali che i cittadini possono vantare nei loro confronti e che condizionano le forme attraverso le quali questi sono tenuti a relazionarsi con i privati, nonché le stesse modalità di esercizio del potere amministrativo.

La garanzia di godimento effettivo di detti diritti, specie quando questi attengano all'erogazione di servizi burocratici prestati telematicamente o ai servizi on-line, è assicurata, alla pari degli altri servizi pubblici erogati dalla PA secondo le forme tradizionali, tramite gli strumenti apprestati dal D.lgs. n. 198 del 2009³⁹. Quest'ultimo ha previsto il ricorso giurisdizionale di carattere collettivo da parte dei "titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti o consumatori" nei riguardi "di amministrazioni e concessionari di servizi pubblici" a fronte di "una lesione degli obblighi contenuti nelle carte di servizi ovvero della violazione di standard qualitativi ed economici" (art. 1). Si tratta di una previsione volta a rendere giustiziabili le disfunzioni organizzative e gestionali dei servizi, a fronte della circostanza che il ricorso al giudice amministrativo o ordinario a tutela degli utenti dei servizi risultava intempestivo e non idoneo alla "richiesta di prestazione di un risultato"⁴⁰ e il cui impiego ben si attaglia anche alla garanzia dei servizi on-line o di carattere burocratico prestati dalla PA.

In definitiva, deve evincersi come, pur mutando le forme e le modalità di erogazione dei servizi in ragione dell'innovazione tecnologica, rimangano immutati i principi che ne regolano il funzionamento e gli strumenti di tutela apprestati dall'ordinamento per garantirne il godimento effettivo.

³⁷ I. A. NICOTRA, V. VARONE, *L'algoritmo, intelligente ma non troppo*, in *Rivista AIC*, 4/2019, 97

³⁸ Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, approvato dal Consiglio dei Ministri il 12 gennaio 2021, in www.governo.it, 54

³⁹ Sul punto T.A.R. Basilicata, sez. I, 23 settembre 2011, n. 478.

⁴⁰ C. PINELLI, *Diritto pubblico*, Bologna, 2018, 515.

5. L'esercizio dei poteri autoritativi alla prova della digitalizzazione: le decisioni amministrative algoritmiche e il principio di legalità

Sino ad ora si è riflettuto sul rapporto tra sviluppo tecnologico e pubblica amministrazione avendo riguardo all'organizzazione amministrativa, ai procedimenti di semplificazione e all'attività di servizio pubblico e si è cercato di evidenziare come la digitalizzazione della PA abbia inciso su questi aspetti, specialmente innovando, attraverso i servizi pubblici on-line, le modalità di erogazione dei servizi pubblici e, più in generale, ridisegnando i rapporti tra i cittadini e la pubblica amministrazione.

Invero, anche l'esercizio dei poteri autoritativi sembra interessato dall'influenza delle nuove tecnologie, specialmente dall'impiego dell'intelligenza artificiale nell'ambito dei processi decisionali della PA tesi ad incidere sulle posizioni giuridiche soggettive dei privati.

Sul punto occorre evidenziare che la procedura automatizzata può per intero prendere il posto dell'attività amministrativa e del procedimento dando la stura ad ipotesi nelle quali il funzionario viene integralmente sostituito dalle macchine e dai procedimenti automatici, tanto che si discorre di "funzionario digitale" o svolgere una funzione strumentale rispetto ad un percorso che contempla comunque l'intervento umano; posto che le procedure automatizzate mediante algoritmi possono essere, pur nella loro complessità, estrinsecazione ed applicazione di "istruzioni" in sé conoscibili e ripetibili, ma possono anche, al contrario, essere frutto di percorsi di auto-apprendimento, in certa misura "creativi" e comunque non pienamente prevedibili, delle macchine: il c.d. "*machine learning*"⁴¹.

Si va affermando, quindi, uno scenario nel quale decisioni amministrative vengono adottate sulla base algoritmi che non operano in forza di deduzioni, ma fanno predizioni in termini probabilistici, e quindi "generano predizioni attraverso un proprio sistema di apprendimento"⁴², si tratta di una possibilità non più solo teorica, che desta non pochi problemi di compatibilità con i principi del diritto amministrativo poiché si tratta di una prospettiva nella quale la decisione, come si diceva, non è più frutto di un intervento umano che non si rinviene né nella costruzione dell'algoritmo decisionale né nella sua applicazione, bensì del c.d. funzionario digitale.

Più nel dettaglio, si può parlare di decisione rimessa ad un algoritmo allorché la decisione sia effettivamente adottata in assenza di un intervento umano nella fase decisionale, ma anche quando l'operazione automatizzata posta in essere svolga un ruolo decisivo nella determinazione provvedimento e non sia in sé suscettibile di revisione, quanto alla correttezza intrinseca del "ragionamento" seguito, da parte del funzionario istruttore⁴³.

Nel primo caso, il procedimento e la decisione si realizzano in assenza (sostanziale) del funzionario "umano"; nel secondo, il funzionario interviene, ma si trova in una posizione di asimmetria rispetto all'elaboratore ed è di fatto "servente" rispetto ad una procedura sul quale egli non ha il controllo.

Orbene, a prescindere dall'adozione del primo o del secondo modello di decisione algoritmica, il ricorso all'intelligenza artificiale può apparire foriero di ricadute positive per l'operato della PA e per gli stessi cittadini perché, per la prima volta, potrebbe avviarsi un sistema di gestione dei dati e delle informazioni volto ad automatizzare attività ripetitive e standardizzate. In tal modo, l'impiego dell'ICT e, in maniera particolare, dell'intelligenza artificiale, potrebbe favorire decisioni caratterizzate da un più alto tasso di imparzialità e da maggiore efficienza e, quindi, meglio

⁴¹ E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, cit., 276.

⁴² I. MARTÍN DELGADO, *Automazione, intelligenza artificiale e pubblica amministrazione: vecchie categorie concettuali per nuovi problemi?*, in *Istituzioni del federalismo*, n. 3/2019, 645.

⁴³ E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, cit., 280.

rispondenti al canone del buon andamento di cui all'art. 97 Cost. e alle stesse linee di tendenza tracciate dagli articoli 12 e 15 del CAD⁴⁴.

Simili procedure sono già impiegate per l'esercizio di poteri autoritativi da parte della pubblica amministrazione e sono state oggetto di importanti pronunzie del giudice amministrativo tese a circoscrivere i limiti del ricorso all'algoritmo. Sul punto in dottrina si è recentemente discusso di "principio di legalità algoritmica"⁴⁵, con ciò volendo intendere le condizioni che giustificano il legittimo ricorso a tali procedure automatiche in modo da garantire i diritti degli amministrati che si confrontano con l'amministrazione digitale chiamata questa volta non ad erogare servizi burocratici o servizi on-line ma ad esercitare poteri amministrativi idonei ad incidere negativamente sulla sfera giuridica dei privati.

Prima di confrontarsi con la giurisprudenza amministrativa cui si appena fatto cenno, occorre esaminare però un aspetto, per così dire, preliminare dell'impiego dell'algoritmo nell'ambito dell'attività decisionale della PA, ossia quello della legittimazione del ricorso alla macchina in luogo del decisore umano e, in definitiva, del fondamento normativo di tale scelta.

Invero, dalla cornice normativa entro cui si è andata sviluppando la digitalizzazione della PA, che si è precedentemente richiamata, emerge come la disciplina delineata dal legislatore da prima nella legge sul procedimento amministrativo e, successivamente, nel CAD abbia ad oggetto l'adeguamento dell'organizzazione delle Pubbliche amministrazioni e delle procedure amministrative al progresso tecnologico. Di conseguenza, i "servizi digitali" cui si fa cenno, come già detto, debbono intendersi come l'erogazione di servizi burocratici, senza che dal CAD emerga la volontà di addivenire ad un grado di digitalizzazione che autorizzi l'impiego di moduli innovativi di azione nei quali entrino decisioni complesse automatizzate e l'utilizzo di intelligenze artificiali per le scelte pubbliche e l'esercizio del potere autoritativo.

Tra l'altro, proprio l'ultima riforma del Codice dell'amministrazione digitale, ad opera del d.lgs. n. 179 del 2016, ha portato con sé l'abrogazione di una delle norme di principio suscettibili di una più ampia applicazione e quindi forse astrattamente idonea a fornire una copertura normativa all'adozione di modelli di esercizio del potere pubblico basati sull'impiego dell'IA, ossia l'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 39 del 1993, il quale sanciva che "gli atti amministrativi adottati da tutte le pubbliche amministrazioni sono di norma predisposti tramite i sistemi informativi automatizzati"⁴⁶.

Anche la legge n. 241 del 1990, non pare idonea a fondare i procedimenti automatizzati. L'art. 3-bis, cui si è già fatto cenno, si limita infatti a fare menzione dell'impiego della telematica da parte delle amministrazioni al fine di "conseguire maggiore efficienza nella loro attività" ma senza che vi si possa scorgere una volontà tesa a realizzare una piena digitalizzazione delle procedure amministrative che conduca all'uso dell'IA⁴⁷.

Insomma, il legislatore italiano, pur promuovendo la digitalizzazione di servizi e procedure, immagina queste innovazioni come "strumentali e complementari rispetto ad attività e servizi che non vengono radicalmente posti in discussione nel loro contenuto e nelle loro forme"⁴⁸. Si tratta di una visione che trova conferma nella giurisprudenza amministrativa che, come si dirà, ha individuato nel carattere strumentale del ricorso all'impiego dell'algoritmo una delle condizioni per il suo utilizzo.

⁴⁴ D. U. GALETTA, J. G. CORVALÁN, *Intelligenza artificiale per una pubblica amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, cit., 12.

⁴⁵ E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, cit., 283 ss.

⁴⁶ Come evidenziato da E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, cit., nt. 27.

⁴⁷ Per un più compiuto esame della disposizione in parola si rinvia a F. COSTANTINO, *Uso della telematica nella pubblica amministrazione. Commento all'art. 3bis della legge n. 241/90*, in A. Romano (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, 242 ss.

⁴⁸ E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, cit., 281.

Vi è una riprova ulteriore dell'approccio in questione nell'art. art. 41 CAD il quale prevede che le pubbliche amministrazioni gestiscano i procedimenti amministrativi utilizzando le tecnologie dell'informazione e della comunicazione e pertanto forniscano per ciascun procedimento amministrativo i servizi di "interoperabilità o integrazione", ove il termine servizi non sembra riferirsi alla tradizionale nozione del diritto amministrativo, ossia di "complesso di attività prestate nei riguardi degli utenti per il soddisfacimento di bisogni materiali", ma al significato già richiamato di servizio burocratico⁴⁹.

La prospettiva non cambia se dall'esame della disciplina generale in tema di amministrazione digitale si passa alla normativa per così dire di settore, quale quella relativa alle modalità di presentazione di istanze alla PA. Anzi, proprio a tale riguardo, la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di sottolineare che il ricorso all'algoritmo debba trovare un previo fondamento normativo⁵⁰. Infatti, l'art. 38 del d.P.R. 28.12.2000, n. 445, recante il testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari sulla documentazione amministrativa, stabilisce tuttora al comma 1 che "Tutte le istanze e le dichiarazioni da presentare alla pubblica amministrazione o ai gestori o esercenti di pubblici servizi possono essere inviate anche per fax e via telematica" sancendo, pertanto, dunque una evidente facoltà e non un obbligo di inoltrare in via telematica le istanze e le dichiarazioni da produrre alla P.A.

L'altra norma che conviene brevemente analizzare è l'art. 8 del D.L. 9 febbraio 2012, n. 5 convertito con l. n. 35/2012, recante semplificazioni per la partecipazione a concorsi e prove selettive e norme per gli esami di accesso alla professione di avvocato, il quale stabilisce che "le domande e i relativi allegati per la partecipazione a selezioni e concorsi per l'assunzione nelle pubbliche amministrazioni centrali banditi a decorrere dal 30 giugno 2012 sono inviate esclusivamente per via telematica secondo le modalità di cui all'articolo 65 del codice di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82". Tale norma legislativa è certamente speciale e, quindi, derogatoria rispetto alla già delineata sopravvivenza della possibilità di continuare a rivolgersi in forma cartacea alla PA, ai sensi dell'art. 38 co.1 del d.P.R. 28.12.2000, n. 445.

A questa generalizzata facoltà il legislatore appone, mediante l'art. 8, D.L. n. 5/2012, una deroga per le domande di partecipazione a selezioni e concorsi per l'assunzione nelle pubbliche amministrazioni centrali banditi a decorrere dal 30 giugno 2012, stabilendo che le domande in questione debbono essere inviate unicamente per via telematica e che le eventuali clausole difformi dei bandi di concorso sono nulle.

La giurisprudenza⁵¹, chiamata a verificare se sulla base della disposizione da ultimo richiamata potessero trarsi "crismi normativi di legittimazione" della devoluzione ad una procedura informatica su base algoritmica, dell'attività amministrativa procedimentale, neanche di quella concernente concorsi a posti di pubblico impiego statali per i quali come si è visto, l'art. 8, d.l. n. 5/2012 impone l'invio telematico delle istanze, ha avuto modo di evidenziare che "la riserva esclusiva alla modalità di inoltro per via telematica non può [...] ritenersi estensibile anche alla gestione e all'espletamento dell'istruttoria procedimentale conseguente all'invio della domanda di partecipazione

"A maggior ragione non può trarsi dalla norma di fonte primaria in disamina alcuna patente di legittimità in favore della integrale sostituzione dell'attività di confezione ed emissione del provvedimento conclusivo del procedimento, il quale, in uno con i segmenti istruttori e motivazionali propedeutici, deve restare nel dominio, nella competenza e nelle attribuzioni di un funzionario persona fisica, il quale deve seguire a dominare il procedimento e a svolgerne le funzioni di timoniere. Conclusivamente opina il Collegio che, quantunque il ricorso all'impiego di un algoritmo al limitato fine di effettuare circoscritte e ben isolate fasi di un'istruttoria (quelle più meccaniche e prive di momenti valutazionali discrezionali) semplificandole, possa essere consentito mediante

⁴⁹ S. CIVITARESE MATTEUCCI, «Umano troppo umano». *Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1/2019, 10.

⁵⁰ Tar Lazio, Sez. III bis n. 6688 del 2019.

⁵¹ Tar Lazio, Sez. III bis, n. 6688 del 2019.

norme regolamentari apposite”, queste debbano svolgersi secondo determinate modalità e garanzie che rendano l’impiego dell’algoritmo compatibile con i principi costituzionali che informano l’azione amministrativa.

In disparte degli altri profili di interesse della pronuncia, preme rilevare come il TAR evidenzi, seppur tramite uno scarno passaggio motivazionale, come il ricorso all’algoritmo da parte della PA, pure consentito in relazione a fasi del procedimento che non siano caratterizzate dall’esercizio di poteri discrezionali, debba fare aggio su un’apposita previsione regolamentare, a riprova della circostanza che il suo impiego, al momento, non trova un riscontro normativo di carattere generalizzato da parte del legislatore e neppure detto riscontro è ricavabile, secondo in giudice amministrativo, dalle specifiche disposizioni che allo stato disciplinano le modalità di inoltro di domande e istanze da parte del privato nei riguardi della PA.

Di conseguenza, il primo rilevante problema in termini di ricorso all’intelligenza artificiale da parte delle amministrazioni pubbliche deve ricondursi proprio all’assenza di una norma generale attributiva del potere amministrativo che ne consenta l’impiego determinando una difficile rispondenza rispetto ai principi di legalità e tipicità che reggono l’azione amministrativa⁵². Certo, si tratterebbe di un profilo di criticità superabile qualora si ritenesse che l’uso di algoritmi rappresenti un’estrinsecazione della potestà di autorganizzazione della PA funzionale esclusivamente al perseguimento dei canoni di efficienza, efficacia ed economicità dell’azione amministrativa. In tal caso, potrebbe trovare applicazione l’accezione del principio di legalità che privilegia il rapporto trilatero tra legge, amministrazione e cittadino, accolta da quanti in dottrina ritengono che il principio di cui si discute si estenda esclusivamente all’attività amministrativa che incide sulle situazioni giuridiche dei consociati, rimanendo affrancati da esso gli atti della P.A. che non pregiudichino posizioni del privato giuridicamente protette quali, per l’appunto, gli atti di organizzazione.

Di contro e forse più efficacemente, il fondamento di legalità delle decisioni algoritmiche potrebbe essere rinvenuto nella normativa europea. Il GDPR, infatti, al suo art. 22 prevede che “L’interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato (...) che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona”. Tuttavia, questo non vale per quanto riguarda “i trattamenti che risultino necessari per l’esecuzione di un compito svolto nel pubblico interesse oppure nell’esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento, ovvero per i legittimi interessi di un titolare del trattamento o di terzi”. Il successivo art. 23 chiarisce che l’applicazione di questo diritto può essere limitata sia da norme di diritto europeo che nazionali “qualora tale limitazione rispetti l’essenza dei diritti e delle libertà fondamentali e sia una misura necessaria e proporzionata in una società democratica per salvaguardare” tutta una serie di interessi pubblici

⁵² A. MASUCCI, *Digitalizzazione dell’amministrazione e servizi pubblici “on line”*. *Lineamenti del disegno normativo*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 117 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *op cit.*, 34 ss. Più in generale, la dottrina sul principio in questione è sconfinata tra i tanti L. CARLASSARE, voce *Legalità (principio di)*, in *Enc. giur.* XVIII, Roma, 1990, ID, *Il ruolo del Parlamento e la nuova disciplina del potere regolamentare*, in *Quad. cost.*, 1990, 7 ss.; A. ROMANO TASSONE, *La normazione secondaria*, in AA. Vv., *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzarolli-G. Pericu-A. Romano-F. A. Roversi Monaco-F. G. Scoca, Bologna, 2001, I, 65 ss. Si dimostra a favore del principio di legalità in senso formale E. CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, 1967, 4 ss. Ritiene che il principio di legalità si collochi al massimo livello e sia strettamente collegato con la sovranità popolare e la divisione dei poteri e che esso governi l’istituto della riserva di legge G. U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, in *Dir. Pubbl.*, 1995, 259 ss. Afferma che il principio di legalità “al di là di proclamazioni di circostanza o di richiami del tutto strumentali non goda di ottima salute” F. LEDDA, *Dal principio di legalità al principio di infallibilità dell’amministrazione*, in *Foro amm.*, 1997, 3307. Parla di attenuazione del principio in questione in virtù di una pluralità rappresentativa dovuta alla perdita del monopolio della rappresentanza da parte dei Parlamenti N. LUPO, *Dalla legge al regolamento*, Bologna, 2003, 382 ss., il quale per sostenere la sua tesi fa un confronto con il modello istituzionale dell’Unione Europea. Dimostra di condividere la tesi che ricava il principio di legalità dall’insieme dei principi e degli istituti costituzionali che presuppongono la legge come veicolo di formazione delle scelte politiche che maggiormente caratterizzano il vivere civile C. PINELLI, *Modernizzazione amministrativa, principio di legalità, interpretazione costituzionale*, in *Dir. pubbl.*, 2001, cit., 103.

elencati nella medesima norma e che, di fatto, ha un'ampiezza tale da poter ricomprendere quasi interamente l'ambito dei compiti svolti dalle PA⁵³.

Per il vero, la tesi che rinviene il fondamento di legalità delle decisioni automatizzate nella disciplina UE appena menzionata non pare convincere quella giurisprudenza amministrativa che, nell'assenza di un suo esplicito fondamento normativo, rinviene una delle ragioni che impediscono alla PA di fare ricorso a provvedimenti incidenti sulla sfera giuridica dei privati emanati sulla base di scelte algoritmiche, ragione che si accompagna alla necessità del rispetto dei principi del giusto procedimento che, come si vedrà tra poco, sempre a detta della giurisprudenza, non sarebbero garantiti dal ricorso alle decisioni algoritmiche.

6. I limiti del ricorso alle decisioni automatizzate nella giurisprudenza amministrativa e la legalità algoritmica

La giurisprudenza del giudice amministrativo si è confrontata con la decisione automatizzata in relazione all'applicazione della legge n. 107 del 2015 sulla riforma della scuola (la cd "buona scuola"). In ragione della nuova disciplina, il Miur è stato chiamato a gestire un numero considerevole di richieste di prima assegnazione o di mobilità cui far fronte in ragione di una complessa normativa e tenendo conto delle diverse condizioni dei richiedenti. Com'è noto, il Ministero ha deciso di affidare l'attribuzione delle sedi ad un *software* prodotto da una società privata cui demandare il compito di decidere le assegnazioni sulla base della nuova legge ma anche degli elementi fattuali rappresentati dai richiedenti.

Il TAR⁵⁴, decisa in senso favorevole ai richiedenti la domanda di accesso al software della società privata, avendo riconosciuto che la natura di opera dell'ingegno del programma non osta all'applicazione dell'art. 22 della legge n. 241 del 1990 in tema di accesso, ha avuto modo di sottolineare, seppur in un *obiter dictum*, quella che poi è divenuta una vera e propria *ratio decidendi* delle successive pronunzie⁵⁵. Ci si riferisce alla distinzione tra attività vincolata e attività discrezionale quale presupposto che legittima l'impiego di decisioni automatizzate da parte della PA. Infatti, il TAR ha ritenuto ammissibile l'utilizzo dell'algoritmo con esclusivo riferimento all'adozione di provvedimenti incidenti sulla sfera giuridica dei privati che non si connotino per l'esercizio di poteri discrezionali. In tal modo, si è andata delineando presso una parte della giurisprudenza amministrativa una distinzione che, invero, lascia numerosi margini di incertezza, come si evince dalle pronunzie successive, alcune delle quali meno inclini a distinguere tra esercizio di poteri vincolati e discrezionali al fine di radicare l'ammissibilità delle decisioni automatizzate.

La successiva pronunzia del medesimo TAR Lazio, sez. III bis, n. 9224-9230 del 2018, infatti, sembra assumere una posizione di più netta chiusura in ordine all'impiego dell'algoritmo nell'ambito dell'esercizio dei poteri autoritativi della PA. Infatti, ad avviso del giudice, nessuna ragione di complessità del procedimento amministrativo pare legittimare la devoluzione di una decisione amministrativa ad un "meccanismo informatico o matematico del tutto impersonale e orfano di capacità valutazionali delle singole fattispecie concrete, tipiche invece della tradizionale e garantistica istruttoria procedimentale, che deve informare l'attività amministrativa, specie ove sfociante in atti

⁵³R. CAVALLO PERIN, *op. cit.*, 319; *contra* D. U. GALETTA, J. G. CORVALÀN, *Intelligenza artificiale per una pubblica amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, cit., 17

⁵⁴Tar Lazio, Sez. III bis, n. 3769 del 2017; sulla vicenda si vedano le osservazioni di I. FORGIONE, Il caso dell'accesso al software MIUR per l'assegnazione dei docenti - TAR. Lazio, Sez. III bis, 14 febbraio 2017, n. 3769, in *Giorn. di dir. amm.*, 5, 24, 2018, 647 ss.; L. VIOLA, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo, amministrativo: lo stato dell'arte*, in *Foro Amm.*, 9, 5, 2018, 1598 ss.

⁵⁵A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 1/2019, 74.

provvedimentali incisivi di posizioni giuridiche soggettive di soggetti privati e di consequenziali ovvie ricadute anche sugli apparati e gli assetti della pubblica amministrazione”. Un orientamento quest’ultimo, quindi, che pare escludere dal novero della decisione algoritmica anche l’attività vincolata⁵⁶.

Tale posizione di netta chiusura rispetto all’impiego dell’algoritmo nell’ambito dell’esercizio dei poteri autoritativi pare confermato dalla giurisprudenza successiva che ha sottolineato come le procedure informatiche, anche “ove pervengano al loro maggior grado di precisione e addirittura alla perfezione” non possono mai sostituire l’attività acquisitiva e di valutazione del funzionario, sicché quest’ultime assumono una funzione servente alle quali “va dunque riservato tutt’oggi un ruolo strumentale e meramente ausiliario in seno al procedimento amministrativo e giammai dominante o surrogatorio dell’attività dell’uomo”⁵⁷.

La medesima giurisprudenza, inoltre, radica l’illegittimità del ricorso alle procedure automatizzate nel principio del giusto procedimento⁵⁸, così come inverte nei diritti partecipativi contemplati dagli artt. 7, 8, 10 e 10-*bis*, della legge 241 del 1990, nonché nell’obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi. Ma soprattutto, il ricorso all’algoritmo sarebbe impedito dall’art. 6 della predetta legge. Infatti, l’istituzione della figura del responsabile del procedimento non consentirebbe, secondo la giurisprudenza amministrativa, che si possano affidare all’attivazione di meccanismi e sistemi informatici e al loro funzionamento impersonale lo svolgimento di procedimenti amministrativi che invece postulano l’esercizio di un’attività istruttoria, acquisitiva di rappresentazioni di circostanze di fatto e di situazioni personali dei destinatari del provvedimento autoritativo finale, nonché un’attività di comparazione e ponderazione di interessi che può essere rimessa esclusivamente alle capacità valutative dell’uomo⁵⁹.

Da ultimo, il ragionamento interpretativo fatto proprio dal TAR Lazio, più specificamente con la sentenza 6606 del 2019, evidenzia la stretta correlazione esistente tra l’obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi, evidentemente da ritenersi non assolto per il tramite di decisioni automatizzate e il diritto di difesa di cui all’art. 24 Cost. poiché tale diritto risulta compromesso tutte le volte in cui l’interessato destinatario del provvedimento e, quindi, il giudice non siano in grado di percepire l’iter logico giuridico seguito dalla PA per giungere ad una determinata decisione amministrativa, secondo un orientamento che fa proprio il tradizionale indirizzo dottrinario in forza del quale la motivazione del provvedimento è funzionale al corretto esplicarsi del sindacato giurisdizionale di cui all’art. 113 Cost.⁶⁰

Quelli appena richiamati sono orientamenti interpretativi che, come si è accennato, assumono un ruolo strettamente servente o strumentale delle procedure informatiche in seno al procedimento amministrativo. Si tratterebbe di una natura strumentale che imporrebbe, secondo la giurisprudenza, che quantomeno la fase decisoria e pre-decisoria del procedimento stesso si caratterizzassero per

⁵⁶ A. SIMONCINI, *op. cit.*, 75.

⁵⁷ TAR Lazio, Sez. III bis, n. 6688 del 2019.

⁵⁸ Sul quale, per un esame sistematico del principio in questione, si rinvia a di L. BUFFONI, *Il rango costituzionale del giusto procedimento e l’archetipo del processo*, in *Quad. cost.*, 2/2009, 277 ss.; ID, *Alla ricerca del principio costituzionale del «giusto procedimento»: la «processualizzazione» del procedimento amministrativo*, in A. Massera (a cura di), *Le tutele procedimentali. Profili di diritto comparato*, Napoli, 2007, 192 ss.; oltre che al classico di V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e «giusto procedimento»*, in *Giur. cost.*, 1962, 133.

⁵⁹ Tar Lazio, Sez. III bis, n. 3769 del 2017.

⁶⁰ G. CORSO, *Motivazione del provvedimento amministrativo*, in *Enc. dir.*, Agg., V, Milano, 2001, 786 ss.; ID, *Motivazione degli atti amministrativi e legittimazione del potere negli scritti di Antonio Romano Tassone*, in *Dir. amm.*, 2014, 470 ss., che nel richiamare i principi filosofico-politici che stanno alla base della motivazione dei provvedimenti amministrativi ritiene che a fondamento del predetto obbligo vi sia il principio liberale e non quello democratico, ossia “il principio della difesa del singolo contro il potere pubblico”. A fondamento di questa tesi l’Autore richiama l’ordinamento inglese ove l’obbligo di motivare gli atti amministrativi non è positivizzato ma è riconosciuto in via pretoria sulla base della considerazione che se il cittadino non può conoscere le ragioni che sono poste a fondamento della decisione amministrativa questi non potrà valutare se essa è sindacabile dal giudice e, quindi, gli sarà sottratta la tutela giurisdizionale. Insomma, la motivazione assumerebbe i caratteri di “uno strumento di protezione di chi dall’attività amministrativa subisce un sacrificio o una limitazione”.

l'apporto valutativo del funzionario o del responsabile del procedimento che può intervenire per correggere eventuali errori dell'algoritmo, sicché "l'assenza della figura del funzionario quale *dominus* del procedimento – produrrebbe immancabilmente l'illegittimità del provvedimento finale inespreso e illegittimamente sostituito dal risultato dell'operazione algoritmica"⁶¹. Il giudice si premura di sottolineare, quindi, che deve essere sempre l'uomo a governare il procedimento amministrativo al cui servizio le procedure informatiche debbono essere attivate senza che avvenga, invece, il contrario. Appare pertanto evidente, almeno sulla base di questo filone giurisprudenziale, la netta chiusura rispetto alla possibilità di ripensare la centralità del "funzionario umano" nel procedimento amministrativo⁶².

In questo contesto giurisprudenziale si inserisce l'orientamento, per così dire meno intransigente, del Consiglio di Stato, inaugurato per il tramite della pronuncia n. 2270 del 2019. Il giudice d'appello muove dalla considerazione che la gestione informatica di procedure seriali e standardizzate, che non comportano l'esercizio di poteri discrezionali, rappresenterebbe una forma di semplificazione amministrativa e contribuirebbe a limitare la corruzione amministrativa e le ipotesi di condotte negligenti o persino dolose da parte dei funzionari in piena rispondenza al canone di imparzialità di cui all'art. 97 Cost. Insomma, un orientamento quello del Consiglio di Stato improntato ad una maggiore valorizzazione del rapporto esistente tra procedure di decisione automatizzata e il perseguimento dei principi di efficienza, efficacia ed economicità, anche procedimentale, dell'azione amministrativa.

Invero, non è solo su questo fronte, per così dire aperturista, che si rinvergono delle differenze tra l'orientamento espresso dal Consiglio di Stato e quello del TAR Lazio, bensì sullo stesso rapporto tra discrezionalità e decisione automatizzata, ossia in relazione a quello che tanto negli ordinamenti di *civil law* che in quelli di *common law* rappresenta il cuore della decisione amministrativa⁶³. Mentre il giudice di primo grado appare maggiormente incline a valorizzare il carattere insostituibile dell'apporto del funzionario umano nell'ambito del procedimento amministrativo, specialmente ove sussistano profili valutativi di carattere discrezionale, il giudice amministrativo d'appello, lungi dall'escludere in radice il ricorso alla decisione automatizzata con riguardo all'esercizio di poteri non vincolati, si premura di ricostruire i limiti del ricorso all'algoritmo nell'ambito dell'esercizio di poteri autoritativi e il relativo sindacato giurisdizionale.

In tal modo vengono delineati i contorni di un vero e proprio "principio di legalità algoritmica" che rappresenta un adeguamento dei principi del giusto procedimento alle peculiarità della decisione automatizzata. In altre parole, la pronuncia del Supremo giudice amministrativo sembra definire una serie di presupposti in presenza dei quali la decisione algoritmica appare ammissibile.

In primo luogo, viene evidenziato come alla base della "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". Detta regola tecnica "possiede una piena valenza giuridica e amministrativa, anche se viene declinata in forma matematica", e quindi deve soggiacere ai principi generali dell'attività amministrativa, ossia pubblicità, trasparenza, ragionevolezza e proporzionalità.

Allo stesso tempo "non può lasciare spazi applicativi discrezionali (di cui l'elaboratore elettronico è privo), ma deve prevedere con ragionevolezza una soluzione definita per tutti i casi possibili, anche i più improbabili [...] la discrezionalità amministrativa, se senz'altro non può essere demandata al *software*, è quindi da rintracciarsi al momento dell'elaborazione dello strumento digitale".

La "formula tecnica" che governa l'algoritmo, quindi, a monte si basa su una regola giuridica ed è nel momento in cui viene elaborata che la discrezionalità amministrativa si manifesta sotto forma

⁶¹ TAR Lazio, Sez. III bis, n. 6688 del 2019.

⁶² E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, cit., 283.

⁶³ P. CHIRULLI, *L'evoluzione del controllo giurisdizionale sulla discrezionalità nel Regno Unito: dalla ragionevolezza alla proporzionalità*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 71 ss.

di discrezionalità tecnica e si tratta di una formula tecnica certamente sindacabile dal giudice amministrativo che, alla stregua dei consueti canoni di ragionevolezza e proporzionalità, può valutare se l'amministrazione nel predisporre la "formula tecnica" abbia rispettato la sottostante regola giuridica che governa l'algoritmo. Quest'ultima appare, quindi, come una sorta di atto amministrativo presupposto rispetto al quale le procedure digitali rappresentano dei meri atti attuativi di decisioni già predeterminate nel contesto di altre e pregresse fasi procedurali⁶⁴.

Questo ragionamento del Consiglio di Stato comporta due conseguenze, la prima è la conoscibilità dell'algoritmo, sicché la regola tecnica sottesa all'algoritmo deve essere sempre spiegata, onde tradursi nella regola giuridica che le è sottesa.

La seconda è rappresentata dalla piena cognizione del giudice, sicché non basta che detta regola sia conoscibile ma deve essere anche pienamente sindacabile e quindi il giudice deve poterla valutare alla luce dei consueti principi di ragionevolezza e proporzionalità dell'azione amministrativa.

Alla luce dell'orientamento in parola è possibile ricostruire, quindi, quali corollari del principio di legalità algoritmica, il principio di massima trasparenza e accessibilità dell'algoritmo, assieme al principio di non esclusività algoritmica che si desume in ragione delle forti remore che emergono in giurisprudenza con riguardo alla previsione di procedimenti interamente automatizzati. Pertanto l'intervento umano appare necessario ma questo può inserirsi in qualunque fase del procedimento, anche in una successiva di validazione e controllo rispetto alla decisione finale⁶⁵.

Da ultimo, può ricavarsi anche il principio di non discriminazione algoritmica in forza del quale la progettazione e l'implementazione di algoritmi intelligenti deve essere fatta in guisa da "prevenire il rischio che i sistemi di Intelligenza Artificiale elaborino informazioni o dati in modo distorto o condizionato dalle distinzioni fra esseri umani in ragioni della loro razza, colore, sesso, lingua, religione, opinione politica, origine nazionale o sociale, posizione economica, nascita o qualsiasi altra condizione sociale"⁶⁶.

Il rispetto del principio di legalità algoritmica cui si è fatto cenno e dei suoi corollari presuppone un sindacato estrinseco del giudice amministrativo sul suo rispetto da parte della PA che ricorre all'IA per l'esercizio di poteri amministrativi e che richiede però lo sviluppo di apposite figure sintomatiche di eccesso di potere algoritmico che necessiterebbero di essere elaborate da parte della giurisprudenza amministrativa⁶⁷.

Ciò detto, il ricorso all'intelligenza artificiale richiede di adattare le categorie tradizionali non solo sul versante del sindacato sulla discrezionalità ma anche sotto il profilo del rispetto dei principi del giusto procedimento e, quindi, della partecipazione procedimentale. Infatti, il ricorso all'algoritmo induce a rivedere alcune categorie tradizionali che attengono alle garanzie del privato rispetto all'esercizio del potere amministrativo. Così facendo, almeno sotto questo profilo, il ricorso alle decisioni automatiche potrebbe apparire meno problematico in relazione al rispetto dei tradizionali principi dell'azione amministrativa di quel che potrebbe apparire ad un primo e sommario esame.

Al riguardo, viene in rilievo quella dottrina che sostiene come, "la notizia degli esiti cui è pervenuto l'algoritmo apre il contraddittorio tra i partecipanti al procedimento, obbligando l'Amministrazione all'interposizione umana, a conferma dello standard algoritmico, oppure motivando la sua deroga, o disponendo la sua correzione; nel primo caso motivando sul mancato accoglimento delle osservazioni ricevute, esprimendo in tutti i casi quella interposizione umana

⁶⁴ R. FERRARA, *Il giudice amministrativo e gli algoritmi. Note estemporanee a margine di un recente dibattito giurisprudenziale*, in *Riv. dir. amm.*, 4/2019, 786, il quale evidenzia come il potere discrezionale permanga anche quando il "processo decisionale sia governato a monte" da una formula tecnica di origine matematica in quanto connaturato all'esercizio delle funzioni amministrative.

⁶⁵ E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, cit., 275.

⁶⁶ D. U. GALETTA, J. G. CORVALÁN, *Intelligenza artificiale per una pubblica amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, cit., 21.

⁶⁷ E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, cit., 297.

ritenuta indispensabile a richiesta dei partecipi”⁶⁸. Insomma, il contraddittorio sulla proposta di provvedimento, atteggiandosi quale momento di partecipazione, non si configura quale un aggravio procedimentale ma al contrario favorisce l'integrazione dell'algoritmo o una sua correzione generale o normativa recuperando a valle quella partecipazione esclusa a monte in ragione del ricorso alla decisione automatica. Pertanto, secondo questa interpretazione, l'innovazione tecnologica non determinerebbe un momento di cesura con le categorie tradizionali del diritto amministrativo ma un loro adattamento.

7. Brevi considerazioni conclusive

In definitiva, l'innovazione tecnologica e i processi di digitalizzazione hanno determinato una progressiva trasformazione dell'organizzazione e dell'azione amministrativa secondo un processo evolutivo che è tutt'ora in *fieri* come dimostra l'attenzione del PNRR per la digitalizzazione della PA.

Per il vero, come si è accennato, non sempre le previsioni normative del CAD, tese a delineare una digitalizzazione funzionale al perseguimento dei principi di cui all'art. 97 Cost, hanno trovato una completa applicazione presso la complessa galassia delle Pubbliche Amministrazioni. In ogni caso, la digitalizzazione ha coinvolto l'intera gamma delle funzioni esercitate dalla PA, compresa l'attività di prestazione e da ultimo come si è visto, tende ad incidere sulle stesse modalità di esercizio dei poteri autoritativi attraverso le decisioni algoritmiche.

Come si è detto, si tratta del settore entro il quale il rapporto tra innovazione tecnologica e categorie tradizionali del diritto amministrativo appare più problematico. Soprattutto perché l'impiego dell'intelligenza artificiale impone di ripensare istituti e principi che sono posti a fondamento della garanzia della sfera giuridica del cittadino rispetto all'esercizio del potere pubblico e che debbono essere adattati alle forme nuove di esercizio del potere amministrativo scongiurando il rischio di una loro destrutturazione⁶⁹ e di un depotenziamento della loro funzione garantista.

Gli istituti di partecipazione procedimentale previsti dalla legge n. 241 del 1990, l'istruttoria, la motivazione del provvedimento, così come lo stesso rapporto tra procedimento amministrativo e principio di legalità necessitano di adattarsi ad un contesto in cui le norme poste a fondamento dell'azione amministrativa vengono integrate dagli algoritmi, tanto che occorre costruire una nuova declinazione del principio di legalità, ossia la legalità algoritmica, riducendo lo spazio di valutazione discrezionale della PA e, di conseguenza, i margini del sindacato giurisdizionale. Al punto che risulta utile domandarsi, come pure fa certa dottrina⁷⁰, se un nucleo di istituti e principi costruiti attorno al funzionario umano possa essere applicabile ad una PA chiamata a prendere decisioni sulla base di algoritmi e, quindi, tramite macchine intelligenti.

La stessa distinzione fondamentale tra poteri discrezionali e poteri vincolati richiamata dalla giurisprudenza amministrativa al fine di circoscrivere gli ambiti entro i quali la PA può far impiego dell'intelligenza artificiale per l'esercizio del potere amministrativo appare opinabile nella misura in cui la distinzione tra poteri vincolati e poteri discrezionali pare scolorare e la stessa discrezionalità amministrativa tende a caratterizzarsi sempre più spesso come discrezionalità mista, ossia come scelta caratterizzata dalla coesistenza tra discrezionalità pura e tecnica⁷¹. Senza dimenticare poi che anche l'attività amministrativa espressiva di poteri vincolati difficilmente può fare integralmente a meno dell'apporto valutativo del funzionario umano che interviene *ex post* con funzione di validazione e controllo dell'operato dell'algoritmo.

⁶⁸ R. CAVALLO PERIN, *op. cit.*, 320.

⁶⁹ Rischio già registrato dalla dottrina anche se al di fuori del contesto del diritto amministrativo. Sul punto, G. DE MINICO, *Big Data e la debole resistenza delle categorie giuridiche*. Privacy e lex mercatoria, in *Dir. pubbl.*, 1/2019, 89 ss.

⁷⁰ D. U. GALETTA, J. G. CORVALÁN, *Intelligenza artificiale per una pubblica amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, cit, 22.

⁷¹ R. FERRARA, *op. cit.*, 779.

In definitiva, la principale questione che rimane aperta sul fronte del rapporto tra esercizio delle funzioni amministrative e innovazione tecnologica è capire quali margini vi siano per l'impiego dell'intelligenza artificiale nell'ambito dell'impiego dei poteri autoritativi, che invero rappresentano l'ultima frontiera dell'innovazione tecnologica della PA, rispetto ai principi del giusto procedimento che si sono poc'anzi richiamati o, se si vuole declinare il medesimo principio in chiave europea, rispetto al diritto ad una buona amministrazione, così come previsto dall'art. 41 della Carta di Nizza⁷².

Certo è che, il complesso programma di digitalizzazione della PA delineato dal PNRR, il quale prevede interventi che interesseranno gli aspetti più diversi dell'Amministrazione, quali gli investimenti per le infrastrutture digitali e per la digitalizzazione delle grandi amministrazioni centrali, la migrazione al cloud, l'interoperabilità e il potenziamento dello scambio dei dati tra le pubbliche amministrazioni, non contempla espressamente il potenziamento del ricorso all'intelligenza artificiale nel contesto dell'attività decisionale della PA. Si tratta di un silenzio che induce comunque a riflettere e ad immaginare che sia in atto una riflessione sul punto ma, forse è anche un indice dell'acquisita consapevolezza da parte del Governo della difficoltà di applicare l'IA all'esercizio dei poteri amministrativi, anche alla luce di una giurisprudenza amministrativa che, nonostante qualche segnale di apertura, come si è visto, rimane alquanto "scettica" in ordine alla possibilità di conciliare intelligenza artificiale e garanzie nei confronti dell'esercizio del pubblico potere.

⁷² D. U. GALETTA, J. G. CORVALÀN, *Intelligenza artificiale per una pubblica amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, cit, 23. Sul diritto ad una buona amministrazione si rinvia a D. U. GALETTA, *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedurali nei confronti della Pubblica Amministrazione*, in *RIDPC*, 2005/3, 819 ss.; ID, *Diritto ad una buona amministrazione e ruolo del nostro giudice amministrativo dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *Dir. amm.*, 3/2010, 631; M. TRIMARCHI, *L'art. 41 della Carta europea dei diritti fondamentali e la disciplina dell'attività amministrativa italiana*, in *Dir. amm.*, 2011, 537 ss.

