

L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell'arte*.

di Luigi Viola
Consigliere del T.A.R. Toscana
Professore a contratto di diritto sportivo
presso l'Università degli Studi di Udine

Questa scienza, o re -disse Theuth - renderà gli egiziani più sapienti e arricchirà la loro memoria perché questa scoperta è una medicina per la sapienza e la memoria.

Il faraone Talos però rispose:

O ingegnossissimo Theuth, una cosa è la potenza creatrice di arti nuove, altra cosa è giudicare qual grado di danno e di utilità esse posseggano per coloro che le useranno¹.

Sommario: 1. L'atto amministrativo ad elaborazione elettronica: un processo di (progressiva) trasformazione. 2. Il cavallo di Troia per la penetrazione dell'I.A. nella sistematica amministrativa: la limitazione agli atti vincolati. 2.1. La costruzione del sistema: l'inserimento del programma informatico nella sequenza di emanazione del provvedimento amministrativo. 2.2. Gli altri aspetti della teorica dell'atto amministrativo ad elaborazione elettronica: in particolare, partecipazione, motivazione e teorica dell'invalidità. 2.3. Le responsabilità. 3. Limiti e possibilità dell'aggancio all'attività amministrativa vincolata: i mobili confini dell'atto vincolato. 3.1. Il legame con la teoria dell'autolimita della p.a. 3.2. L'estensione all'ambito processuale. 3.3. Le teorie a «corto raggio»: in particolare, l'automazione per fasi e l'estensione alla discrezionalità tecnica. 3.4. L'estensione ai territori della discrezionalità e la necessità di un cambio di prospettiva. 4. Dalla sostituzione alla simbiosi: l'interazione uomo-sistema informatico. 5. Una conclusione necessariamente aperta.

1. L'atto amministrativo ad elaborazione elettronica: un processo di (progressiva) trasformazione.

Come in qualsiasi altro campo dell'attività umana, anche l'attività amministrativa ha subito, negli ultimi decenni, significative trasformazioni derivanti dal sempre più massiccio ricorso alle nuove tecnologie in generale ed all'informatica ed alla telematica, in particolare; l'impatto delle nuove tecnologie sull'attività amministrativa ha dato vita a diverse "combinazioni" dei due diversi mondi che vanno dall'utilizzazione del computer con funzioni di *word processor* o *database* (soluzione, in un certo senso, minimale e che non modifica, se non indirettamente, le categorie sedimentate del diritto amministrativo) ai cd. atti amministrativi *in forma elettronica* in cui la determinazione amministrativa è, non solo elaborata, ma anche formalizzata in forma elettronica e su supporto digitale.

Il riferimento già operato nel titolo all'intelligenza artificiale (di seguito indicata anche come I.A.) evidenzia però come l'oggetto del presente scritto sia la combinazione di informatica e attività amministrativa, in un certo senso, più avanzata, spesso definita come atto amministrativo *ad elaborazione elettronica* e riferita alle ipotesi in cui "è il computer a predisporre il contenuto, con tutte le implicazioni che ne derivano in ordine allo studio dei relativi elementi, delle connesse patologie e degli strumenti di tutela giurisdizionale²"; in questo caso, è quindi lo

* Testo della relazione al convegno "Ex-Machina. L'intelligenza artificiale tra azione amministrativa e giustizia 4.0" tenutosi a Catania il 3 ottobre 2018 ad iniziativa della Camera Amministrativa Siciliana.

¹ Platone, *Fedro*, Bari-Roma, Laterza, 1967, 274 e ss. citato da G. Sartor, *L'informatica giuridica e le tecnologie dell'informazione*, Torino, Giappichelli, II ed. 2012, 282, cui si deve la prima applicazione del testo di Platone alla problematica che ci occupa.

² La definizione è di F. Saitta, *Le patologie dell'atto amministrativo elettronico e il sindacato del giudice amministrativo*, in *Riv. dir. amm. elettronico*, www.cesda.it, 2003, 2; *Dir. economia*, 2003, 615. A pag. 1 dello scritto, Saitta inserisce nella definizione anche l'ulteriore precisazione relativa all'elaborazione dell'atto "senza apporto umano"; come risulterà evidente da quanto precisato al § 4, la limitazione in questione appare però, oltre che fuorviante, contraria ad alcune limitazioni derivanti dal diritto positivo ed in particolare, dalla normativa in materia

stesso computer a “definire ... - in base ad un *input* e ad un programma - il contenuto di un regolamento di interessi; può produrre esso stesso atti amministrativi³”.

Del resto, si tratta di un processo che può essere descritto anche in maniera decisamente più plastica ed evocativa; si veda, ad esempio, la rilevazione relativa al «salto di qualità» derivante “dal passaggio dalla fase del «computer-archivio» alla fase del «computer-funzionario»” spesso operata da Alfonso Masucci⁴ o il riferimento al passaggio dalle “applicazioni dell’informatica c.d. ‘documentarie’ (con finalità essenzialmente informativa, per raccogliere e organizzare dati fornendo agli utenti, dietro apposita richiesta, notizie sugli stessi quando siano stati trattati)(alle funzioni cd.) ‘metadocumentarie’ (tendenti a riprodurre automaticamente certi processi mentali umani, come l’individuazione di soluzioni a problemi specifici)⁵” utilizzato da altra dottrina.

Decisamente più articolato è poi lo schema ricostruttivo che evidenzia il progressivo “passaggio da una condizione di *Street-Level Bureaucracy* a una condizione di *Screen-Level Bureaucracy*, ossia da una condizione in cui è solo il pubblico funzionario a decidere (*Street-Level Bureaucracy*) ad altra condizione in cui questi decide solo formalmente, mentre di fatto la decisione è assunta dall’elaboratore elettronico ove precedentemente è stato installato un certo *software* e sono stati inseriti i dati del singolo procedimento (*Screen-Level Bureaucracy*). Il funzionario conserverebbe dunque un qualche ruolo, che però riguarderebbe principalmente, *ex ante*, l’attività di impostazione della singola macchina e, *ex post*, la lettura della elaborazione da essa fatta dei dati inseritivi. In questo quadro il principale interrogativo è se si possa immaginare una fase successiva in cui la macchina provveda in maggiore autonomia e il pubblico funzionario riacquisti un ruolo decisionale solo in caso di contestazioni sulla scelta realizzata dalla macchina. Questo segnerebbe il passaggio da una condizione di *Screen-Level Bureaucracy* a una condizione di *System-Level Bureaucracy*, in cui una sorta di ‘super-rete’ unirebbe e coordinerebbe le varie *Screen-Level Bureaucracies* riducendo ulteriormente la discrezionalità esercitata dall’amministrazione tramite il funzionario: ciò in quanto il funzionario non deciderebbe neppure i criteri per

di *privacy*; una definizione sostanzialmente analoga è utilizzata anche da A.G. Orofino, *La patologia dell'atto amministrativo elettronico: sindacato giurisdizionale e strumenti di tutela*, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2002, 2256; *Giur. merito*, 2003, 400.

³ A. Masucci, *Atto amministrativo informatico*, in *Encicl. dir.*, Milano, Giuffrè, 1997 Aggiorn. vol. I, 221, § 1; sostanzialmente non dissimile è la definizione di atto amministrativo automatico utilizzata da G. Duni, *L’amministrazione digitale. Il diritto amministrativo nella evoluzione telematica*, Milano, Giuffrè, 2008, 74; Id. *Teleamministrazione*, in *Encicl. giur. Treccani*, Roma, voce aggiornata 2007, vol. XVI, 5; a dimostrazione della sostanziale interscambiabilità delle definizioni di atto amministrativo ad elaborazione elettronica e atto amministrativo automatico, P. Otranto, *Decisione amministrativa e digitalizzazione della p.a.*, in *www.federalismi.it*, 2018, 2, 15 le utilizza entrambe.

⁴ A. Masucci, *L’atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, Napoli, Jovene, 1993, 13 e Id. *Atto amministrativo informatico*, cit., § 1 che cita, al proposito, J. Frayssinet, *La bureaucratique: l’administration française face à l’informatique*, Paris, Berger-Levrault, 1981, 15; la definizione francese di *bureaucratique*, riferita ai “procedimenti di automazione del lavoro d’ufficio (*bureau*), ... (e) definit(a) come la produzione, la riproduzione, il trattamento e la comunicazione di informazioni testuali o numeriche, che abbiano un supporto scritto, vocale o visivo, necessarie alla amministrazione ed alla gestione delle unità di produzione dei beni e dei servizi” è stata tradotta in burotica (poi divenuta teleburotica per i processi importanti anche l’impiego delle telecomunicazioni) da V. Frosini, *Telematica e informatica giuridica*, in *Encicl. dir.*, Milano, Giuffrè, 1992, vol. XLIV, 60, § 3.

⁵ M. D’Angelosante, *La consistenza del modello dell’amministrazione “invisibile” nell’età della tecnificazione: dalla formazione delle decisioni alla responsabilità per le decisioni*, in S. Civitarese Matteucci e L. Torchia, *La tecnificazione*, Firenze, Firenze University Press, 2016 (IV volume dell’opera L. Ferrara e D. Sorace (a cura di), *A 150 anni dall’unificazione amministrativa italiana-Studi*), 156 che cita, al proposito, L. Lombardi Vallauri e G. Taddei Elmi, *Integrazione e informatica giuridica*, in *Inf. e dir.*, 1982, 2, 35 (oggi consultabile liberamente all’indirizzo: <http://www.it-tig.cnr.it/EditoriaServizi/AttivitaEditoriale/InformaticaEDiritto/Index.html>).

impostare e far funzionare la singola *Screen-Level Bureaucracy* e gli automatismi aumenterebbero esponenzialmente. Il ruolo del funzionario verrebbe dunque circoscritto alle attività di progettazione e gestione del sistema, nonché di assistenza agli utenti/amministrati⁶”.

Siamo pertanto in presenza di un processo di progressiva trasformazione⁷ dell'attività amministrativa che impone al giurista di “riflettere in una prospettiva duplice: da un lato volta al presente, e perciò allo studio e all'interpretazione delle utilizzazioni attuali e potenziali delle tecniche e degli strumenti informatici, siccome recepite nel diritto positivo, in funzione di decisioni amministrative sempre più effettivamente partecipate e condivise dai cittadini; dall'altro proiettata verso un futuro dell'amministrazione che ai più pare tuttora avveniristico, ma che non può sorprenderci né coglierci impreparati⁸”.

In considerazione di questa doppia prospettiva di indagine, la successiva trattazione sarà incentrata, per evidenti ragioni di spazio, solo sulle utilizzazioni attuali dell'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo (ovvero su quello che è stato sintetizzato, con un certo grado di improprietà, come lo “stato dell'arte” della materia), con particolare riferimento alle relative «linee di penetrazione» della nuova logica nella sistematica amministrativa ed ai conseguenziali aggiustamenti della dottrina e della giurisprudenza che hanno cercato di «digerire» ed integrare l'innovazione in una sistematica consolidata; in buona sostanza, sarà quindi utilizzata una chiave di ricerca analoga a quella utilizzata per analizzare le trasformazioni indotte da altro processo epocale di trasformazione come la cd. globalizzazione (ovvero un processo che ha senso studiare, non tanto per le possibili trasformazioni future, ma per le trasformazioni che ha già *operato e continua ad operare*, anche in maniera occulta o difficilmente percettibile, sulla sistematica giuridica⁹).

2. Il cavallo di Troia per la penetrazione dell'I.A. nella sistematica amministrativa: la limitazione agli atti vincolati.

Non sussistono molti dubbi sul fatto che l'atto ad elaborazione elettronica sia inizialmente penetrato nella sistematica amministrativa e nella prassi delle amministrazioni attraverso il

⁶ M. D'Angelosante, *La consistenza del modello dell'amministrazione “invisibile” nell'età della tecnificazione: dalla formazione delle decisioni alla responsabilità per le decisioni*, cit. 157 che richiama, in funzione esemplificativa, la materia delle sanzioni per la violazione della normativa in materia di circolazione stradale in cui si è passati da “una condizione di *Street-Level Bureaucracy* (accertamento della violazione e applicazione della sanzione in loco da parte del singolo agente di polizia) a una condizione di *Screen-Level Bureaucracy* (accertamento della violazione e applicazione della sanzione in modo informatizzato e automatico, a es. col metodo dell'*autovelox*), a sua volta in corso di ulteriore sviluppo verso una condizione di *System-Level Bureaucracy* (si pensi, per restare all'esempio fatto, ai sistemi c.d. *tutor*, installati in molti tratti delle reti autostradali per il calcolo del tempo di percorrenza da un punto di rilevamento all'altro e dunque per la rilevazione della c.d. velocità media su tratto, considerando parametri quali la classe del veicolo e le condizioni di traffico, al fine dell'applicazione automatica delle eventuali e conseguenti sanzioni)”.

⁷ S. Civitarese Matteucci e L. Turchia, *La tecnificazione dell'amministrazione*, in S. Civitarese Matteucci e L. Turchia, *La tecnificazione*, cit., 19, propongono un nuovo modello ricostruttivo dell'impatto delle nuove tecnologie sull'amministrazione articolato in quattro fasi e che “considera l'informazione mono e bi-direzionale nella prima fase; nella seconda fase le transazioni in senso stretto, vale a dire riferite a quei servizi prestati dalla pubblica amministrazione assimilabili all'*e-commerce*; la terza fase concerne l'assunzione di decisioni amministrative nell'esercizio di compiti amministrativi; la quarta l'aspetto organizzativo-procedurale in termini di ‘reingegnerizzazione’ del funzionamento della p.a.”; la problematica che ci occupa sarebbe quindi pienamente riportabile alla cd. terza fase.

⁸ P. Otranto, *Decisione amministrativa e digitalizzazione della p.a.*, cit., 27.

⁹ Per una prospettiva di ricerca analoga, si rinvia a M.R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, Il Mulino, 2000; Id., *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, Il Mulino, 2002; Id., *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari, Laterza, 2006 e a L. Viola, *Globalizzazione e giudice amministrativo*, in www.federalismi.it, 2017, 7.

«cavallo di Troia» costituito dalla categoria del cd. atto vincolato¹⁰.

Lo stretto legame tra la categoria dell'atto vincolato e la possibilità di affidare l'elaborazione del provvedimento ad un computer è già presente in uno scritto di Giovanni Duni del 1978¹¹ che probabilmente costituisce il punto di partenza per l'elaborazione dell'intera problematica; dalla lettura degli scritti a carattere più decisamente pratico relativi alla problematica si desume però la forte sensazione che la limitazione ai soli atti vincolati costituisca la risultante, più che di una vera e propria matura consapevolezza teorica, dell'esperienza concreta dei sistemi che erano all'opera nella prassi amministrativa dell'epoca¹² e che già avevano determinato l'estensione dell'automazione all'emanazione di atti dal contenuto tipicamente vincolato.

La successiva evoluzione dottrinale ha poi elaborato un quadro ricostruttivo più completo che, in maniera abbastanza singolare, ha «sfumato» (e continua a «sfumare») il riferimento agli atti vincolati¹³, pur fornendo una ricostruzione sistematica che limita sostanzialmente l'applicabilità della categoria degli atti ad elaborazione elettronica ai soli atti vincolati.

Punto di partenza del percorso argomentativo è la necessità di operare una *normalizzazione* del testo giuridico in maniera tale che lo stesso “possa essere tradotto, secondo le regole di analisi, in linguaggio formale in cui ogni segno possiede *una e una sola funzione*¹⁴”; quest'operazione di normalizzazione del testo giuridico è poi ovviamente destinata ad aver successo nelle sole ipotesi in cui il testo sia “formulato attraverso *concetti giuridici precisi* o più correttamente attraverso *enunciati giuridici determinati*” non apparendo compatibile con un contesto caratterizzato dalla presenza di “concetti giuridici indeterminati(che presentano) un tale margine di opinabilità nella loro interpretazione che risulta impossibile una univoca predeterminazione dei concreti significati ad essi riferibili e, di conseguenza, una loro riformulabilità in linguaggio formale¹⁵”.

¹⁰ Tra gli scritti più recenti sugli atti vincolati, si rinvia solo a F. Follieri, *Decisione amministrativa e atto vincolato*, in www.federalismi.it, 2017, 7; Id., *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, Milano-Padova, Wolters-Kluwer-Cedam, 2017, 364 e ss.; L. Viola, *Atti vincolati, hard cases e riparto di giurisdizione*, www.federalismi.it, 2017, 14 che saranno più oltre richiamati.

¹¹ G. Duni, *L'utilizzabilità delle tecniche elettroniche nell'emanazione degli atti e nei procedimenti amministrativi. Spunto per una teoria dell'atto emanato nella forma elettronica*, in *Riv. amm. R.I.*, 1978, 407 e ss.

¹² Si veda, al proposito, A Ravalli, *Atti amministrativi emanati mediante sistemi informatici: problematiche relative alla tutela giurisdizionale*, in *T.A.R.*, 1989, II, 261-262 che, oltre a portare numerosi esempi di future applicazioni dell'I.A. all'attività amministrativa, richiamava l'esempio dei “sistemi di determinazione degli emolumenti, loro aggiornamenti e progressione... (all'epoca già) generalmente automatizzati” e delle conseguenti problematiche giuridiche. Un quadro ricostruttivo della penetrazione dei sistemi informatici nella p.a. italiana riferito al 1982 è fornito da V. Frosini, *L'informatica e la p.a.*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1983, 48; per la situazione al 31 settembre 1992, si veda U. Fantigrossi, *Automazione e pubblica amministrazione. Profili giuridici*, Bologna, Il Mulino, 1993, 33 e ss., che richiama altresì le problematiche nascenti dalla diversità dei sistemi utilizzati dalla varie p.a. e dalla mancanza di *standard* comuni.

¹³ È il caso, ad esempio, di A. Masucci, *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, cit.; Id. *Atto amministrativo informatico*, cit. che, pur non prospettando espressamente la limitazione ai soli atti vincolati (ed anzi ammettendo l'estensione degli atti ad elaborazione elettronica anche agli atti a bassa discrezionalità, come sarà successivamente precisato), fornisce la più articolata ricostruzione sistematica che limita l'operatività della categoria ai soli atti vincolati.

¹⁴ A. Masucci, *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, cit., 19 che evidenzia anche (a pag. 23) la pratica impossibilità, in termini di costi di programmazione, di dare vita a “ramificazioni” del programma tali da dare conto di eventuali “interpretazioni alternative”; sulla normalizzazione dei testi giuridici mediante sostituzione dei connettivi sintattici con connettivi logici, si veda P.L.M. Lucatuorto, *Teorie e modelli del diritto per il ragionamento giuridico automatico*, Milano, LED, 2009, 39 e ss. che cita L.E. Allen, *Una guida per redattori giuridici di testi normalizzati*, in *Inf. e dir.*, 1979, 1, 61 e ss. (oggi consultabile liberamente all'indirizzo: <http://www.ittig.cnr.it/EditoriaServizi/AttivitàEditoriale/InformaticaEDiritto/Index.html>).

¹⁵ Le citazioni sono da A. Masucci, *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, cit., 22 e

Esito del processo di normalizzazione del testo normativo è poi la formalizzazione “di un certo *processo di ragionamento* (cd. algoritmo) usato per risolverlo...che deve essere compatibile con la «logica» della programmazione del computer che riflette lo schema logico del «giudizio condizionale»...il programma funziona secondo il tipo di informazione in arrivo: ogni volta che si ha la fattispecie concreta A viene presa la decisione B. Esso presuppone una causa i cui effetti coincidono con la stessa decisione”; quanto sopra rilevato evidenzia pertanto “l’esistenza di *un’ulteriore condizione* per l’automazione di un testo giuridico: il precetto normativo deve essere ricostruibile secondo lo schema *Se (If)...Allora (Then)*¹⁶”.

Siamo pertanto in presenza del modello ricostruttivo, in un certo senso, più semplice dell’intelligenza artificiale¹⁷ definito, da alcuni autori, come *ragionamento automatico* e “consistente in generale nel passaggio da certe ragioni (premesse, obiettivi, ecc.) a conclusioni giustificate da tali ragioni¹⁸” e, da altri, del *formalismo procedurale*¹⁹, senza che peraltro la differenza terminologica importi una qualche differenziazione di sostanza; quello che conta, agli occhi del giurista, è che si tratta di una logica ricostruttiva e di funzionamento “che risponde al «modello classico» della norma²⁰” costituito dal riferimento al meccanismo logico-deduttivo costituito dal cd. sillogismo giuridico o giudiziale²¹.

In buona sostanza, nei sistemi basati sul ragionamento automatico e sullo schema *Se (If)...Allora (Then)*, l’elaboratore si limita a trasformare “dei dati quantificabili (*input*) in dati in uscita (*output*) senza svolgere alcun «ragionamento» autonomo, ma applicando istruzioni dapprima strutturate in un algoritmo (procedura computazionale intellegibile dall’uomo) e successivamente tradotte in un programma (procedura computazionale intellegibile dalla macchina)²²”. Con tutta evidenza, gli ampi riferimenti ai concetti giuridici *precisi* e *determinati*, a forme di ragionamento *automatiche* o *procedurali* ed il parallelo con il sillogismo giuridico evidenziano un contesto complessivo in cui risulta sicuramente suscettibile di automazione l’emanazione degli atti vincolati, ovvero delle sole fattispecie in cui il processo di decisione si fonda sull’“applicazione di regole²³” e non sull’esercizio della discrezionalità amministrativa.

Pur trattandosi di un processo ricostruttivo spesso articolato in termini generali ed esteso

23.

¹⁶ Le citazioni sono sempre da A. Masucci, *L’atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, cit., 25 e 26; nello stesso senso si vedano anche Id., *Atto amministrativo informatico*, cit., § 1; F. Saitta, *Le patologie dell’atto amministrativo elettronico e il sindacato del giudice amministrativo*, cit., 18; P. Otranto, *Decisione amministrativa e digitalizzazione della p.a.*, cit., 16; si tratta di impostazione condivisa praticamente da tutta la dottrina che si è occupata della problematica e che non viene ulteriormente citata per non appesantire un discorso già ampiamente lungo e complesso.

¹⁷ P.L.M. Lucatuorto e S. Bianchini, *Discrezionalità e contemperamento degli interessi nei processi decisionali dall’amministrazione digitale*, in *Cyberspazio e dir.*, 2009, 43 rilevano giustamente come “i sistemi per la decisione automatica ... (si limitino) a cogliere solo l’aspetto più superficiale della conoscenza e del ragionamento giuridico”.

¹⁸ G. Sartor, *L’informatica giuridica e le tecnologie dell’informazione*, cit., 292.

¹⁹ P.L.M. Lucatuorto, *Teorie e modelli del diritto per il ragionamento giuridico automatico*, cit., 18 che rileva come i sistemi in discorso siano inquadrabili nella categoria dei “Rule-Based Systems (RBS)”.

²⁰ A. Masucci, *L’atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, cit., 27.

²¹ Il riferimento al sillogismo giudiziale è utilizzato da G. Sartor, *L’informatica giuridica e le tecnologie dell’informazione*, cit., 292 e ss. e P.L.M. Lucatuorto, *Teorie e modelli del diritto per il ragionamento giuridico automatico*, cit., 18 e 29 e ss che sottolineano altresì l’insufficienza della logica sillogistica nelle ipotesi in cui ci si trovi “di fronte ad un conflitto tra regole o in caso di lacuna normativa, o quando il ragionamento giuridico proponga conclusioni provvisorie e revocabili” (P.L.M. Lucatuorto, *Teorie e modelli del diritto per il ragionamento giuridico automatico*, cit., 30).

²² P. Otranto, *Decisione amministrativa e digitalizzazione della p.a.*, cit., 15.

²³ G. Sartor, *L’informatica giuridica e le tecnologie dell’informazione*, cit., 293; F. Follieri, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, cit., 265, riferito ai problemi del sindacato giurisdizionale, ma sulla base di impostazione pienamente estensibile all’attività amministrativa.

anche agli atti a bassa discrezionalità, si tratta pertanto di un meccanismo validamente ed utilmente applicabile solo agli atti vincolati; come sarà ulteriormente precisato al § 3.4, l'eventuale estensione della categoria dell'atto amministrativo ad elaborazione elettronica ai territori della discrezionalità è pertanto altra cosa e dovrà utilizzare altre tecniche e altri procedimenti logico-ricostruttivi.

2.1. La costruzione del sistema: l'inserimento del programma informatico nella sequenza di emanazione del provvedimento amministrativo.

Una volta ritenuta inapplicabile alla sistematica del diritto amministrativo italiano la conclusione raggiunta da una parte della dottrina tedesca in ordine alla necessità di considerare in termini di “mero prodotto di macchina²⁴” e non di vero e proprio atto amministrativo l'atto ad elaborazione elettronica, la dottrina amministrativistica italiana ha proposto una ricostruzione tendente a riportare l'innovazione all'interno degli strumenti ricostruttivi tradizionali del diritto amministrativo italiano; in buona sostanza la risposta è stata pertanto quella ormai classica del giurista italiano che venga a trovarsi “a contatto di una pluralità di elementi di diversa natura, e dotati, nei confronti dell'effetto in questione, di vario potere determinante²⁵” ovvero l'utilizzazione dello strumentario concettuale del procedimento amministrativo e della concatenazione tra atti.

Punto di partenza è il riconoscimento della necessità di riportare la decisione amministrativa di automatizzare l'emanazione di un determinato provvedimento alla “potestà autorganizzatoria che è propria e naturale di ciascuna istituzione, sia pubblica che privata, sia esso corpo organizzato o semplice ufficio. Ogni figura soggettiva cui fa capo un'organizzazione vanta, invero, un potere di autodisciplina delle potestà di cui è titolare²⁶”; in particolare, si tratta di una scelta di autorganizzazione della p.a.²⁷ che viene a radicarsi sulle esigenze di imparzialità e buon

²⁴ A. Masucci, *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, cit., 83 e ss.; Id., *Atto amministrativo informatico*, cit., § 3 che rileva come tale conclusione non possa essere condivisa: “l'atto amministrativo informatico è (infatti) un «atto imputabile all'autorità» in tutti i suoi aspetti. Per comprovare la riferibilità dell'atto informatico all'autorità, basta tener presente che la volontà del computer è, quanto alla genesi, volontà dell'autorità. Attraverso il programma, lo abbiamo visto, l'autorità predispone in precedenza la decisione per un numero indeterminato di casi. Più specificamente, attraverso il programma viene data potenzialmente attuazione alla legge per ogni singolo caso, in conformità delle singole differenti caratteristiche che vengono successivamente comunicate (con la immissione dei dati) dalla stessa autorità all'elaboratore. L'autorità è quindi *dominus* dell'intero procedimento, dal momento che l'elaboratore non può eseguire alcuna operazione che non sia prevista dal programma. L'elaboratore è solo un mezzo a disposizione dell'autorità per perseguire un obiettivo voluto, dal momento che gli elaboratori elettronici producono la decisione sulla base di un programma definito (o fatto proprio) dall'autorità competente per l'adozione dell'atto e sulla base di dati immessi dalla stessa autorità”.

²⁵ A.M. Sandulli, *Il procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1940, 4.

²⁶ A. Masucci, *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, cit., 54.

²⁷ Al proposito, la giurisprudenza ha spesso rilevato che “il giudice amministrativo non ha il potere di valutare la validità delle scelte operate dall'amministrazione, in relazione ai programmi applicativi ed alle macchine utilizzate, quando la parte interessata non abbia addotto o provato che le lamentate carenze del sistema di conduzione del concorso e di correzione delle prove avevano avuto specifiche conseguenze pregiudizievoli nell'espletamento delle prove o nella loro valutazione” (Cons. Stato, sez. VI, 24 ottobre 2000, n. 5682, in *Foro amm.*, 2000, 10; 23 novembre 1994, n. 1687 in *Foro amm.*, 1994, 11; *Cons. Stato*, 1994, I, 1635); del tutto esattamente, la dottrina ha quindi rilevato come la giurisprudenza si sia “espressa indicando l'insindacabilità della decisione della pubblica amministrazione di avvalersi di procedure automatizzate di svolgimento dell'azione amministrativa, poiché scelta afferente al merito, notoriamente sottratta al sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo, tranne che nei casi di illogicità o irrazionalità manifesta delle scelte operate”: A.G. Orofino, *La patologia dell'atto amministrativo elettronico: sindacato giurisdizionale e strumenti di tutela*, cit., 3.3.1; in senso analogo anche F. Saitta, *Le patologie dell'atto amministrativo elettronico e il sindacato del giudice amministrativo*, cit., 24,

andamento dell'amministrazione di cui all'art. 97 Cost. e che ben si inquadra nella categoria più generale del cd. *autolimitate* della p.a., ovvero nel "potere dell'amministrazione di autolimitarsi mediante parametri decisionali (che) consente di uniformare – in vista di una maggiore giustizia – l'applicazione del diritto"²⁸.

Dalla riconduzione alla categoria concettuale dell'autolimitate della p.a.²⁹ derivano poi le impostazioni dottrinali che hanno prevalso per un lungo periodo di tempo e che hanno proposto l'inquadramento giuridico del *software* per l'emanazione del provvedimento nelle categorie dell'atto generale³⁰, dell'atto interno³¹ o in una nuova categoria di non chiara sistematizzazione, costituita dall'atto amministrativo strumentale, ovvero dall'atto generale a contenuto non normativo "che pone delle prescrizioni generali ed astratte con le quali l'autorità amministrativa «indirizza» il proprio agire amministrativo, predeterminandone modalità e contenuti"³²

Più di recente, è stata però proposta in dottrina una condivisibile critica della qualificazione del programma in termini di atto amministrativo sulla base di più argomentazioni, relative alla mancanza del requisito indispensabile della redazione in lingua italiana (o, comunque, in un linguaggio comprensibile ai destinatari degli effetti), alle indubbie difficoltà connesse alla necessità di firmare digitalmente i programmi informatici (come dovrebbe essere, ove si dovesse mantenere una qualificazione in termini di atto amministrativo del programma), alla prassi amministrativa che non procede mai alla pubblicazione del *software* come previsto per gli atti generali dall'art. 26, 1° comma della l. 7 agosto 1990, n. 241 (oggi abrogato dall'art. 53, 1° lett. a) del d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33) ed alla sostanziale mancanza di contributi giurisprudenziali tendenti a ravvisare l'onere per il ricorrente di impugnare il *software* in via autonoma o anche solo unitamente all'atto finale (secondo la nota teorica dell'atto presupposto)³³.

Del resto, anche sotto il profilo soggettivo, la tesi che ha attribuito natura attizia al *software*,

con ampie citazioni di giurisprudenza.

²⁸ A. Masucci, *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, cit., 55 che specifica ulteriormente come il ricorso all'autolimitate permetta "non solo... di evitare differenziazioni arbitrarie, ma anche di individuare una maggiore gamma di interessi e di delinearne, in modo più consapevole, la comparazione. In tal modo viene evitato il rischio di decisioni improvvisate e al contempo viene assicurato un ampliamento dell'ottica del decidente, nonché una salda uniformità ed una congruità globale dell'azione amministrativa"; nello stesso senso è anche P. Otranto, *Decisione amministrativa e digitalizzazione della p.a.*, cit., 23. Sull'autolimitate della p.a., si rinvia a P.M. Vipiana, *L'autolimitate della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1990.

²⁹ U. Fantigrossi, *Automazione e pubblica amministrazione. Profili giuridici*, cit., 54 e 123 rileva giustamente come la volontà di emanare l'atto nelle forme dell'atto amministrativo ad elaborazione elettronica sia presente "quindi, sin dal momento della programmazione e riguard(i) tutti gli elementi dell'atto o degli atti che mediante il *computer* sono stati programmati"; in buona sostanza, siamo pertanto in presenza di una «volontà anticipata» che si inserisce nel procedimento amministrativo secondo le movenze della teoria dell'autolimitate della p.a. e che finisce con l'individuare nel programma "*the normative side of the decision*" (U. Fantigrossi, *Automazione e pubblica amministrazione. Profili giuridici*, cit., 56), suscettibile anche di impugnazione autonoma, ove sia già possibile individuarne i destinatari (pag. 123).

³⁰ U. Fantigrossi, *Automazione e pubblica amministrazione. Profili giuridici*, cit., 56 e 109 e ss., secondo cui il *software* avrebbe una vera e propria natura provvedimentale.

³¹ A. Usai, *Le prospettive di automazione delle decisioni amministrative in un sistema di teleamministrazione*, in *Dir. informazione e informatica*, 1993, 164; per una critica alla tesi che conclude per la natura di atto interno del *software*, si veda A. Masucci, *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, cit., 59 che rileva come abbia "rilevanza esterna quell'atto che (anche se di per sé non produce effetti giuridici verso l'esterno) trova, pur se attraverso un altro atto, concretizzazione in un rapporto esterno".

³² A. Masucci, *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, cit., 57 e 103 (ove è utilizzata la definizione di atto amministrativo strumentale).

³³ In questo senso, si vedano, A.G. Orofino, *La patologia dell'atto amministrativo elettronico: sindacato giurisdizionale e strumenti di tutela*, cit., 3.3.2.1 e F. Saitta, *Le patologie dell'atto amministrativo elettronico e il sindacato del giudice amministrativo*, cit., 26 che richiama anche l'argomentazione relativa all'omessa pubblicazione del programma.

non considera adeguatamente un dato, per la verità, immediatamente evidente e relativo al fatto che, allo stato (e salvo improbabili evoluzioni in senso informatico della professionalità dei funzionari pubblici), “la persona che assume le determinazioni (il titolare della carica pubblica) non coincide con colui che predispone materialmente il *software* (l’informatico-programmatore)”; al di là del (doveroso, ma sistematicamente non decisivo) rinvio all’obbligo di collaborazione tra funzionario pubblico e informatico-programmatore, emerge pertanto la necessità di procedere ad una qualificazione dualistica della vicenda che venga a distinguere tra il “momento preliminare alla compilazione del *software*, ... (costituito dalla) redazione di un testo contenente le istruzioni espresse in lingua italiana, ma già sotto forma di algoritmo, cioè come sequenza ordinata di passaggi logici, formulati come giudizi ipotetici (“se... allora...”)”³⁴ denominato atto-algoritmo, *pre-software* o regole per la programmazione ed il vero e proprio programma informatico di emanazione dell’atto.

L’utilizzazione della struttura dualistica sopra richiamata presenta indubbi vantaggi per quello che riguarda il riparto di responsabilità (consentendo l’attribuzione al funzionario autore del *pre-software* o all’informatico, a seconda dei casi, della responsabilità di eventuali danni) e il controllo di legittimità del *software* (che si esaurirebbe nel confronto della necessaria conformità del *software* alla struttura logica del *pre-software*)³⁵; sarebbero anche parzialmente superati i problemi sopra richiamati in ordine alla comprensibilità del *software* da parte del cittadino che sarebbe assicurata da un *pre-software* redatto in lingua italiana³⁶ e si perverrebbe ad una chiara distinzione tra l’atto amministrativo contenente le regole per la programmazione (che potrebbe assumere, a seconda dei casi, natura di atto normativo o generale-strumentale) e il vero e proprio “*software* ... prodotto in linguaggio diverso dalla lingua italiana, da un tecnico spesso esterno alla pubblica amministrazione... (e che) non è un atto amministrativo, né particolare, né generale bensì l’esecuzione di un incarico professionale, basato su un atto amministrativo”³⁷.

La sostanziale crisi della concezione attizia del *software* proposta dalla prima dottrina che si è occupata della problematica ha poi indotto una parte della dottrina ad andare ancora più oltre e proporre una ricostruzione alternativa che vede nell’“elaboratore elettronico (ivi compreso il programma) ... una nuova figura di pubblico funzionario; il programma (così come anche l’*hardware*) ha, infatti, solo una funzione di ausilio nei confronti dell’autorità amministrativa. È uno strumento dell’agire amministrativo e nulla più”³⁸; il riferimento alla “nuova figura di

³⁴ Le citazioni sono da D. Marongiu, *Gli atti amministrativi ad elaborazione elettronica: la compilazione di un “pre-software” in lingua italiana*, in *Riv. dir. amm. elettronico*, www.cesda.it, 2003, 3 e ss.; la definizione di regole per la programmazione del *software* è utilizzata da A.G. Orofino, *La patologia dell’atto amministrativo elettronico: sindacato giurisdizionale e strumenti di tutela*, cit., 3.3.2.2 che conclude per la sussistenza, nei casi in cui l’illegittimità dell’atto finale derivi dall’illegittimità delle regole di programmazione, dell’onere per il ricorrente di impugnare le stesse unitamente all’atto applicativo.

³⁵ La dottrina francese (J.M. Sauvé, *Le juge administratif et l’intelligence artificielle*, in www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/Le-juge-administratif-et-l-intelligence-artificielle, 7) riporta anche l’attenzione sull’importanza dell’affermazione “*d’un principe de loyauté des concepteurs et architectes de l’intelligence artificielle*” che permetterebbe di “*surmonter les difficultés d’intelligibilité...imposant aux opérateurs numériques de se comporter conformément à l’intérêt général*”, vale a dire di specifiche regole deontologiche del programmatore di *software* destinato ad essere applicato all’attività amministrativa.

³⁶ D. Marongiu, *Gli atti amministrativi ad elaborazione elettronica: la compilazione di un “pre-software” in lingua italiana*, cit. 4; G. Duni, *L’amministrazione digitale. Il diritto amministrativo nella evoluzione telematica*, cit., 75 e ss.

³⁷ G. Duni, *L’amministrazione digitale. Il diritto amministrativo nella evoluzione telematica*, cit., 75; praticamente nello stesso senso è anche F. Saitta, *Le patologie dell’atto amministrativo elettronico e il sindacato del giudice amministrativo*, cit., 26.

³⁸ A.G. Orofino, *La patologia dell’atto amministrativo elettronico: sindacato giurisdizionale e strumenti di tutela*, cit., 3.3.2.1; F. Saitta, *Le patologie dell’atto amministrativo elettronico e il sindacato del giudice amministrativo*, cit., 25 che citano V. Frosini, *L’informatica e la p. a.*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1983, 484: “bisogna riconoscere che anche nel settore

pubblico funzionario” evocata da Vittorio Frosini merita sicuramente condivisione però con la precisazione (resa necessaria dagli sviluppi più recenti della dottrina giuridica relativa all’A.I. che saranno successivamente evidenziati) relativa alla necessità di riportare la definizione (letteralmente caratterizzata da un qualche grado di imprecisione) alle modificazioni psicologico-comportamentali derivanti dall’uso del computer da parte del funzionario pubblico³⁹ e non ad una qualche soggettività giuridica dell’elaboratore elettronico (che quindi assumerebbe, per così dire, «in proprio» la qualificazione in termini di “nuova figura di pubblico funzionario”). La precisazione non è certamente di poco conto in un contesto in cui gli sviluppi dell’I.A. (soprattutto in forme diverse e più avanzate rispetto al ragionamento automatico esaminato in queste pagine, come i sistemi esperti o le reti neurali artificiali) hanno indotto la dottrina ad interrogarsi sulla possibilità di riconoscere una qualche forma di soggettività giuridica alle applicazioni dell’intelligenza artificiale che non risultano più confinate ai territori delle cose, ma risultano sempre più suscettibili di stati cognitivi caratterizzati da un certo grado di autonomia e imprevedibili dall’utilizzatore⁴⁰; interrogativi che non sono rimasti al livello puramente dottrinale, vista la recente risoluzione 16 febbraio 2017 P8_TA(2017) 0051⁴¹ del Parlamento europeo che ha invitato la Commissione a proporre definizioni europee comuni in materia di robotica prevedenti nuove forme di responsabilità basate sull’autonomia (anche se di “natura puramente tecnologica”) raggiunta dalle applicazioni dell’I.A. e basate su una “nuova categoria con caratteristiche specifiche e implicazioni proprie” idonea a sistematizzare il grado di autonomia raggiunto dalle applicazioni robotiche (si vedano, al proposito, i considerando da Z ad AI della risoluzione) e a superare le attuali insufficienze di disciplina presenti al riguardo nella normativa dei paesi europei in materia di responsabilità.

Con tutta evidenza, si tratta di preoccupazioni e tendenze che appaiono, in un certo senso, «preature» in un territorio in cui si continuano ad utilizzare forme «primitive» e molto semplici di intelligenza artificiale come il ragionamento automatico; particolare semplicità che non ha ancora portato al superamento di categorie tradizionali del diritto amministrativo come quelle di organo e necessaria imputabilità ad una persona fisica del provvedimento: “il fatto che la decisione sia stata adottata da un computer in maniera automatizzata, non implica che l’attività venga ad esso imputata, perché la paternità dell’atto ricadrà sull’organo amministrativo che possiede la potestà e esercita la competenza. L’imputazione non smette di essere una finzione normativa: la paternità di un’attività portata a termine da una persona – o per mezzo

della pubblica amministrazione è in corso un processo profondo di trasformazione, e che il calcolatore elettronico rappresenta una nuova figura di pubblico funzionario, ovviamente in senso metaforico. Esso cioè apporta un nuovo termine di riferimento nel procedimento amministrativo e l’informazione assume un nuovo carattere formalizzato”.

³⁹ La conclusione appare di tutta evidenza alla luce della considerazione del computer in termini di *protesi intellettuale* contenuta in altra opera di Vittorio Frosini: “dialogare attraverso le macchine o con le macchine stesse non è la stessa cosa di conversare a viva voce: si adopera una protesi intellettuale, che modifica il procedimento del conoscere e del comunicare. L’uomo è divenuto essenzialmente diverso da quello che è stato in tutti i tempi, e non potrebbe tornare indietro senza perdere la sua nuova umanità, che gli è stata conferita dalla cultura informatica di massa” (V. Frosini, *Il giurista e le tecnologie dell’informazione*, Roma, Bulzoni, 1998, 58). Sul pensiero di Vittorio Frosini in materia, si rinvia ad A. Viola, *Diritto e intelligenza artificiale nel pensiero di Vittorio Frosini*, in *Inf. e dir.*, 2016, 1, 215 e ss.; sulle modificazioni psicologiche derivanti dal contatto con le applicazioni dell’I.A. si rinvia al dossier in *Le Monde des idées*, 14-15 luglio 2018, 1 e ss.

⁴⁰ Al proposito, è obbligatorio il riferimento, in lingua italiana, a G. Sartor, *L’intenzionalità dei sistemi informatici e il diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2003, 23, 1; in lingua francese, a D. Bourcier, *De l’intelligence artificielle à la personne virtuelle: Émergence d’une entité juridique?*, in *Droit et société*, 2001, 3, 847.

⁴¹ Accessibile sul sito www.europarl.europa.eu; sulla risoluzione, si vedano O. Russo, *Io, persona robot. Il nuovo diritto pubblico della robotica*, in «*Amministrativamente*» (www.amministrativamente.com), 2018, n. 3-4 e G. Taddei Elmi e F. Romano, *Il robot tra ius condendum e ius conditum*, in *Inf. e dir.*, 2016, 1, 115 e ss.: Per una breve analisi della risoluzione alla luce dell’approccio diritto e letteratura, si rinvia a L. Viola, *Il permesso di soggiorno di Madame Bâ: divagazioni sul giuridico tra diritto e letteratura*, in corso di pubblicazione in *Materiali storia cultura giur.*, 2018, 2, § 5.

di una applicazione informatica – integrata in un organo di una Pubblica Amministrazione si attribuisce a quest’ultima in quanto così viene imposto dalla legge. Il nesso che unisce la realizzazione materiale dell’attività e l’organizzazione personificata è il titolare dell’organo amministrativo al quale è attribuita la competenza esercitata. E, oggigiorno, questo titolare è sempre una persona La macchina, ossia lo strumento informatico, rimane un mezzo al servizio del titolare dell’organo⁴²”.

Pur in un contesto in cui continuano sostanzialmente a mantenere validità le categorie tradizionali del diritto amministrativo, appare però quasi impossibile non rilevare come l’informatizzazione dell’emanazione del provvedimento e l’inserimento del programma nella scansione procedimentale abbiano dato vita “in sostanza a una forma di determinismo, causato sia dalla scarsa conoscenza comune di come il sistema funzioni (o possa diversamente funzionare) sia dalla convinzione che il suo funzionamento in un certo modo sia indefettibile: sicché appare nascosto, invisibile o inesistente il momento della scelta di quelle regole, della decisione scaturente da una fonte diversa dalla macchina, proveniente vale a dire dal ‘fattore umano’ che in una certa fase, più o meno risalente e poi ripetuta nel tempo anche con forme e contenuti diversi, stabilisca cosa debba accadere in seguito per effetto dell’uso della tecnica⁴³”; la ricostruzione della vicenda nei termini «tranquillizzanti» della teorica del procedimento amministrativo non può pertanto portare ad obliterare la sostanziale perdita di controllo sul processo di emanazione dell’atto amministrativo (valutando il fenomeno dalla parte dell’amministrazione) e di trasparenza (valutando il fenomeno dal lato del cittadino) che deriva dal ricorso “intermedio” ad un programma non facilmente comprensibile; e si tratta certamente di aspetto di primaria importanza soprattutto nella materia della responsabilità che sarà successivamente esaminata.

Per nostra fortuna (e soprattutto per fortuna dei cittadini), le incertezze in ordine alla ricostruzione monistica o dualistica del processo di informatizzazione dell’emanazione dell’atto e la complessiva “opacità” del sistema non sembrano però più costituire un sostanziale ostacolo all’accesso degli interessati al *software* di emanazione dell’atto, che risulta assicurato da una formulazione delle norme in materia di accesso molto ampia (soprattutto la definizione di documento amministrativo soggetto all’accesso fornita dall’art. 22, 1° comma lett. d) della l.

⁴² I. Martín Delgado, *La riforma dell’amministrazione digitale: Un’opportunità per ripensare la pubblica Amministrazione*, in S. Civitarese Matteucci e L. Torchia, *La tecnificazione*, cit., 146 che chiarisce ulteriormente (a pag. 148) come, “in definitiva, dato che ciò che viene automatizzato è il processo decisionale, cioè, l’esercizio della funzione o di più funzioni assegnate all’organo, e non l’organo in sé, l’attività automatizzata non è altro che una forma di adozione di provvedimenti amministrativi che non altera la competenza né ha conseguenze per la configurazione dell’organo, il quale continua ad essere integrato da persone fisiche aiutate da mezzi materiali e retto dal suo titolare”; lo scritto di Martín Delgado risulta molto interessante anche per il lettore italiano perché, pur essendo riferito all’ordinamento spagnolo, utilizza le categorie di Santi Romano e Massimo Severo Giannini (attraverso la mediazione di García de Enterría). A conclusioni abbastanza simili approda anche G. Duni, *L’amministrazione digitale. Il diritto amministrativo nella evoluzione telematica*, cit., 77 che parla di “fantasiose teorie di volontà della macchina”.

⁴³ M. D’Angelosante, *La consistenza del modello dell’amministrazione “invisibile” nell’età della tecnificazione: dalla formazione delle decisioni alla responsabilità per le decisioni*, cit., 162 che ulteriormente rileva come la scelta amministrativa di confidare ad un programma informatico l’emanazione del provvedimento “esiste, ma non è nitida né tantomeno puntuale in quanto, date le caratteristiche di complessità e progressiva trasformazione del sistema, risulta di regola il prodotto di un fascio di decisioni provenienti da più soggetti e maturate in momenti spesso differenti”.

7 agosto 1990, n. 241⁴⁴) e da una giurisprudenza molto avanzata⁴⁵ che ha assicurato la possibilità di esercitare il diritto di accesso anche con riferimento al cd. “codice sorgente” del programma di emanazione di un atto amministrativo (e non solamente alle istruzioni espresse in lingua italiana anche se in forma di algoritmo); del resto, si tratta di una conclusione che risulta favorita anche dal progressivo ricorso agli *open data* e dall’auspicata riduzione dell’utilizzazione, nell’attività della p.a., di *software*⁴⁶ caratterizzati da una logica proprietaria.

2.2. Gli altri aspetti della teorica dell’atto amministrativo ad elaborazione elettronica: in particolare, partecipazione, motivazione e teorica dell’invalidità.

Una volta inquadrato (in maniera più o meno soddisfacente) il ricorso al *software* nelle categorie tradizionali del procedimento amministrativo, risulta abbastanza agevole la risoluzione delle numerose problematiche applicative dell’atto amministrativo ad elaborazione elettronica.

Ad esempio, risulta particolarmente agevole la risoluzione della problematica della partecipazione che risulta sostanzialmente risolta dall’elaborazione dottrinale che ha rilevato come “un’automazione del procedimento senza fare posto alla garanzia della partecipazione darebbe luogo ad illegittimità dell’atto finale. Il destinatario del provvedimento ... potrebbe invocare il fatto che non gli è stato dato modo ... di intervenire su fatti e dati acquisiti e di fornire, prima della decisione, elementi giuridici e di fatto utili alla legittimità ed obiettività della decisione stessa. Fatto, questo, che assume tutta la sua importanza proprio in un procedimento automatizzato dove la raccolta dei dati posti alla base della decisione (e sulla cui completezza e legittimità il privato è chiamato ad intervenire) risulta avereuna sua particolare rilevanza⁴⁷”.

Al di là della condivisibilissima conclusione in ordine all’impossibilità di attribuire al ricorso all’emanazione dell’atto amministrativo nelle forme dell’elaborazione elettronica un valore impeditivo o riduttivo della partecipazione, risulta però evidente, anche in un contesto (attività vincolata della p.a.) in cui l’applicazione delle norme sulla partecipazione è sdrammatizzata dal particolare regime previsto dall’art. 21-*octies*, 2° comma l. 7 agosto 1990, n. 241, come anche questa problematica sia, in qualche misura, influenzata dall’informatizzazione del procedimento.

Dall’esame delle decisioni giurisprudenziali relative alla problematica (spesso intrecciantesi, nei procedimenti ad istanza di parte, con la tematica del soccorso istruttorio) risultano, infatti,

⁴⁴ A. Masucci, *Il documento amministrativo informatico*, Rimini, Maggioli, 2000, 57 e ss. Sostanzialmente analoga la soluzione dell’ordinamento francese: J.M. Sauvé, *Le juge administratif et l’intelligence artificielle*, cit., 5 e 6 ove si rileva aggiuntivamente come “*la transparence doit ainsi être associée à une politique d’intelligibilité de l’information donnée car, pour l’immense majorité d’entre nous, la simple diffusion du code source ne peut suffire à comprendre le fonctionnement de l’algorithme*”; forse è pertanto necessario superare anche il limite del codice sorgente per favorire forme più avanzate di intelligibilità dei programmi informatici.

⁴⁵ TAR, Lazio, Roma, sez. III-*bis*, 22 marzo 2017, n. 3769, in *www.giustizia-amministrativa.it*; 21 marzo 2017, n. 3742, in *Foro amm.*, 2017, 3, 741; la sentenza più recente è ampiamente analizzata da P. Otranto, *Decisione amministrativa e digitalizzazione della p.a.*, cit., 19.

⁴⁶ D. Marongiu, *I dati aperti come strumento di partecipazione al procedimento amministrativo*, in S. Civitarese Matteucci e L. Torchia, *La tecnificazione*, cit., 77 e ss. e M. D’Angelosante, *La consistenza del modello dell’amministrazione “invisibile” nell’età della tecnificazione: dalla formazione delle decisioni alla responsabilità per le decisioni*, cit., 168.

⁴⁷ A. Masucci, *L’atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, cit., 65; praticamente nello stesso senso sono U. Fantigrossi, *Automazione e pubblica amministrazione. Profili giuridici*, cit., 116 e ss. che estende la partecipazione anche all’adozione dell’atto-*software* anche se nelle forme della “partecipazione *uti civis*” (intento indubbiamente apprezzabile, ma che trova un sostanziale ostacolo nella previsione dell’art. 13, 1° comma della l. 7 agosto 1990, n. 241 e nella mancanza di norme specifiche in materia di partecipazione *uti civis* all’adozione dell’atto-*software*), A.G. Orofino, *La patologia dell’atto amministrativo elettronico: sindacato giurisdizionale e strumenti di tutela*, cit., 3.3.1.3 e nota 50 e F. Saitta, *Le patologie dell’atto amministrativo elettronico e il sindacato del giudice amministrativo*, cit., 22.

sia decisioni orientate per l'applicazione pura e semplice delle norme sulla partecipazione e sul soccorso istruttorio⁴⁸, sia decisioni tendenti ad attribuire alla predisposizione di un "sistema informatico ... (prevedente) un riepilogo di tutte le informazioni inserite, ... (che permette) la possibilità di verificare la correttezza dei dati da parte del candidato, a seguito del quale il sistema dava conferma tramite la predisposizione di una apposita ricevuta di avvenuto rinvio, riepilogativa di tutti i dati dichiarati, visualizzabile in qualsiasi momento, anche successivamente all'invio dello stesso"⁴⁹ un valore preclusivo del successivo ricorso al soccorso istruttorio che sarebbe impedito (oltre che dalla particolare chiarezza delle previsioni di bando relative alle circostanze da dichiarare alla p.a.) anche dalle funzioni di blocco del sistema informatico e/o dalla previsione di una ricevuta di avvenuto invio contenente il riepilogo dei dati inseriti⁵⁰; anche sotto questo aspetto, risulta pertanto evidente come il corso dell'evoluzione giurisprudenziale non sia per nulla stabilizzato ed occorra tornare a ragionare, in termini concreti, sulla tematica della partecipazione all'attività amministrativa svolta in ambiente informatico.

Ad avviso di chi scrive, deve poi essere ampiamente sdrammatizzata la problematica relativa all'applicabilità, anche agli atti amministrativi ad elaborazione elettronica, dell'obbligo di motivazione previsto dall'art. 3 della l. 7 agosto 1990, n. 241, risolta in senso affermativo o negativo dalla dottrina⁵¹.

A ben vedere, la problematica in questione deve, infatti, essere risolta, non sulla base dei principi relativi agli atti ad elaborazione elettronica (ed in questa prospettiva appare indiscutibile come la già citata previsione dell'art. 3 della l. 7 agosto 1990, n. 241 non rechi alcuna

⁴⁸ Ad esempio, T.A.R. Toscana, sez. II, 26 ottobre 2015 n. 1414, in www.giustizia-amministrativa.it e T.R.G.A. Trento, 15 aprile 2015, n. 149, in *Foro it.*, 2015, 9, III, 492; *Rass. dir. farm.*, 2015, 6, 1448

⁴⁹ Cons. Stato, sez. III, 26 febbraio 2016, n. 796, in www.giustizia-amministrativa.it e *De Jure*.

⁵⁰ In un certo senso, si pone all'estremo opposto dell'indirizzo del Consiglio di Stato sopra richiamato l'orientamento giurisprudenziale (T.A.R. Lazio sez. III-bis, 8 agosto 2018 n. 8902 in www.giustizia-amministrativa.it) che ha concluso per la doverosità del ricorso al soccorso istruttorio ex art. 6 l. 7 agosto 1990, n. 241 in ipotesi di procedura concorsuale informatizzata in cui "il rispetto del termine di presentazione della domanda dipend(a) da variabili assolutamente imprevedibili e non "quantificabili" in termini di tempo, e cioè dalle concrete modalità di configurazione del Sistema Informativo, anche qualora, come nel caso in esame, la compilazione sia affidata a soggetti più che competenti" (sull'indirizzo in questione, si veda A. Ciccina Messina, *P.A. telematica con garanzie. Funzionari tenuti a correttezza e assistenza ai cittadini*, in *ItaliaOggi-Sette*, 1° ottobre 2018, 7); il processo ricostruttivo è quindi esattamente rovesciato (è proprio il ricorso allo strumento informatico ad imporre *ex se* il soccorso istruttorio e non ad escluderlo).

⁵¹ Per l'obbligo di motivare anche gli atti in questione, si vedano A. Masucci, *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, cit., 99 che così motiva: "se nel nostro ordinamento il menzionato obbligo risponde alle esigenze di rendere «leggibile» come si è formata la decisione e di dimostrare, oltre che al destinatario, alla collettività che la decisione è «giustificabile» secondo le leggi in vigore, queste «ragioni» sono del tutto valide ed attuali anche nel caso di atti amministrativi informatici. Anzi, in questo caso l'esigenza di trasparenza è più forte di quanto non lo sia per gli stessi atti amministrativi manuali. Solo una puntuale motivazione dell'atto informatico può, infatti, attutire la sensazione di oscurità e di anonimato che il privato avverte verso il procedimento automatizzato"; praticamente nello stesso senso sono anche A.G. Orofino, *La patologia dell'atto amministrativo elettronico: sindacato giurisdizionale e strumenti di tutela*, cit., 3.3.1.1 e F. Saitta, *Le patologie dell'atto amministrativo elettronico e il sindacato del giudice amministrativo*, cit., 21. In senso contrario, si veda U. Fantigrossi, *Automazione e pubblica amministrazione. Profili giuridici*, cit., 134 che sembra escludere l'obbligo di motivazione in considerazione del carattere vincolato dell'atto ad elaborazione informatica. La dottrina favorevole all'obbligo di motivare gli atti amministrativi ad elaborazione elettronica cita spesso Cons. Stato, sez. VI, 24 ottobre 2000, n. 5682 cit. che ha certo affermato la sindacabilità per difetto di motivazione dell'attività amministrativa in forma elettronica (in quel caso, si trattava degli elaborati di un concorso), ma solo come *obiter dictum*, in un contesto in cui l'affermazione non assumeva valore decisivo, essendo indiscutibile l'illegittimità del provvedimento impugnato per evidente travisamento dei fatti.

esclusione relativa all'attività amministrativa informatica e come, per di più, l'attività in questione sia soggetta ad esigenze di trasparenza e intelligibilità anche maggiori dell'attività amministrativa «ordinaria», proprio in considerazione del non facile accesso al linguaggio informatico), ma delle categorie più generali relative all'applicabilità, anche agli atti amministrativi vincolati (che come sarà rilevato, costituiscono l'unica categoria di atti oggi in concreto automatizzata), della previsione in materia di obbligo di motivazione; in questa prospettiva, l'intero dibattito relativo all'obbligo di motivazione degli atti ad elaborazione elettronica rischia di risolversi in una *querelle* puramente nominalistica, apparendo evidente come sussistano due diverse accezioni, una sostanziale e una formale, del termine motivazione⁵² e come, pertanto, per certi orientamenti (quelli che seguono la teoria "formale"), possa essere considerato motivato anche un provvedimento recante la sola cd. giustificazione, ovvero la semplice menzione, tra i presupposti, del programma amministrativo che ha elaborato il provvedimento amministrativo in forma elettronica⁵³ (vale a dire, l'unica motivazione concreta che è possibile apporre ad un provvedimento amministrativo vincolato ad elaborazione elettronica).

L'esposizione dei problemi relativi all'invalidità degli atti amministrativi ad elaborazione elettronica potrebbe poi agevolmente partire dalla conclusione, ovvero dalla rilevazione finale relativa alle tre tipologie di censure "formulabili per ottenere l'annullamento dell'atto impugnato ... (che ha) riguardo sia a vizi derivanti dal cattivo funzionamento della macchina, sia ad errori di immissione dei dati necessari per far funzionare il sistema, sia, infine, alla inadeguatezza degli strumenti automatizzati ad apprezzare le concrete esigenze sottese all'agire amministrativo e quindi a porsi come validi strumenti per l'elaborazione del contenuto di provvedimenti⁵⁴".

I percorsi ricostruttivi prospettati dalla dottrina sono però decisamente più argomentati e devono dare atto, sia della sindacabilità in linea di principio del *software* (circostanza che, in verità, appare evidente, alla luce di quanto sopra argomentato in ordine alla necessità di inserire il programma nella sistematica dell'atto amministrativo), sia dell'inconfigurabilità (almeno finché l'atto amministrativo ad elaborazione elettronica continuerà ad essere confinato all'attività amministrativa vincolata) di alcuni vizi di legittimità del provvedimento amministrativo tipici dell'attività discrezionale (soprattutto, del vizio di sviamento di potere), se non per le figure del difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, erronea valutazione dei presupposti (ovviamente con riferimento ai cd. vizi dell'*input*, ovvero dei dati immessi nel sistema), contraddittorietà, irrazionalità, illogicità, perplessità e disparità di trattamento (considerata ammissibile, in linea di principio, anche con riferimento al *software*, anche se poco probabile, vista

⁵² «Il termine «motivazione» può essere usato in due accezioni diverse, una - sostanziale - che richiama la necessità che una decisione risulti motivata nel senso che corrisponda ad una scelta argomentata in relazione agli elementi di fatto e di diritto rilevanti, ed un'altra - formale, cui viene anche dato talvolta il nome di «giustificazione» - che richiede che la determinazione dell'atto sia accompagnata dalla esposizione esplicita del percorso argomentativo che ha portato alla decisione. A questa seconda accezione si riferisce la disposizione di cui sopra, cui segue la specificazione che, «se le ragioni della decisione risultano da altro atto dell'amministrazione richiamato dalla decisione stessa, insieme alla comunicazione di quest'ultima deve essere indicato e reso disponibile [...] anche l'atto cui essa si richiama» (cosiddetta motivazione *per relationem*): A. Sorace, *Atto amministrativo*, in *Encicl. dir.-Annali*, Milano, Giuffrè, 2010, vol. III, 46, § 8.

⁵³ In questo senso, si veda U. Fantigrossi, *Automazione e pubblica amministrazione. Profili giuridici*, cit., 135 che considera comunque motivato *ob relationem* l'atto contenente "anche un semplice richiamo del provvedimento generale con cui è stato approvato il programma"; per spunti in questo senso, si veda anche F. Saitta, *Le patologie dell'atto amministrativo elettronico e il sindacato del giudice amministrativo*, cit., 21, nota 135 e 22.

⁵⁴ A.G. Orofino, *La patologia dell'atto amministrativo elettronico: sindacato giurisdizionale e strumenti di tutela*, cit., 3.3; praticamente nello stesso senso, si vedano F. Saitta, *Le patologie dell'atto amministrativo elettronico e il sindacato del giudice amministrativo*, cit., 19 e ss. e P. Otranto, *Decisione amministrativa e digitalizzazione della p.a.*, cit., 18. Schemi ricostruttivi analoghi erano già stati proposti, precedentemente, da A. Masucci, *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, cit., 116 e ss.; Id. *Atto amministrativo informatico*, cit., § 4; G. Duni, *L'amministrazione digitale. Il diritto amministrativo nella evoluzione telematica*, cit., 84 e ss.

la diversa logica operativa dell'attività informatizzata, che dovrebbe comportare una significativa riduzione almeno del novero degli atti applicativi viziati per disparità di trattamento⁵⁵. Del tutto ovviamente, l'atto amministrativo ad elaborazione informatica potrà poi risultare illegittimo a seguito della violazione del cd. autolimita dell'attività amministrativa (ovvero del programma predisposto per la sua emanazione, ove ne sia dimostrata la non applicazione per qualsiasi causa), di una qualche previsione di legge (della violazione delle previsioni normative in materia di obbligo di motivazione e partecipazione procedimentale si è già detto) o dei limiti di competenza dell'autorità emanante.

Decisamente più interessante risulta poi la notazione della dottrina che ha rilevato come, in ipotesi di vizio del programma, "l'eventuale errore (dell'amministrazione o del soggetto privato che abbia predisposto il programma) ... (venga a dispiegare) i propri effetti su tutti gli atti di quella tipologia, evitando soluzioni difformi, sicché l'illegittimità non dipenderebbe dall'esecuzione caso per caso dei comandi impartiti (e perciò dalla macchina), ma dalle scelte operate nella costruzione dell'algoritmo ovvero nella traduzione dello stesso in *software*⁵⁶"; ed in effetti, uno degli effetti dell'automazione del processo decisionale amministrativo è costituito anche da questa particolare «diffusività» del vizio che rischia di interessare (ed interesserà sicuramente, fino a quando non sarà modificato il programma) tutta una categoria di provvedimenti amministrativi piuttosto che singoli provvedimenti come nel caso dell'attività amministrativa «ordinaria».

Del tutto condivisibilmente, la giurisprudenza amministrativa relativa alla problematica dell'invalidità ha poi confermato la necessità che il ricorso contenga un'esatta e circostanziata denuncia degli errori in cui è incorsa la macchina e una precisa indicazione delle conseguenze pregiudizievoli sulle posizioni soggettive del ricorrente causate da tali errori dell'elaboratore, non potendo il gravame limitarsi a generiche censure⁵⁷; altrettanto condivisibile è poi il riferimento dottrinale e giurisprudenziale alla possibilità, per il giudice amministrativo, di far ricorso a verificazioni o a consulenze tecniche in grado di aiutarlo nella valutazione in ordine alla reale sussistenza di errori di funzionamento della macchina che abbiano avuto influenza sulla determinazione del contenuto dell'atto impugnato⁵⁸.

2.3. Le responsabilità.

Ampiamente paradossale risulta la parabola ricostruttiva della teoria della responsabilità risarcitoria da atto amministrativo ad emanazione elettronica.

Nelle migliori ricostruzioni della problematica, il punto di partenza è, infatti, individuato nell'applicazione anche alla problematica che ci occupa del noto brocardo *causa causae est causa causati*, ovvero di un procedimento logico che finisce con l'imputare direttamente all'autorità amministrativa che abbia deciso di avvalersi dell'informatica nell'emanazione degli atti amministrativi, tutte le conseguenze (anche sfavorevoli) derivanti dalla scelta: "per comprovare la riferibilità della volontà dell'atto informatico all'autorità basta tener presente che, in base al principio *causa causae est causa causati*, la volontà del *computer* è, quanto alla genesi, volontà

⁵⁵ Per l'approfondimento delle relative problematiche, si rinvia alle già citate trattazioni di A.G. Orofino, *La patologia dell'atto amministrativo elettronico: sindacato giurisdizionale e strumenti di tutela*, cit., 3.3 e ss. e F. Saitta, *Le patologie dell'atto amministrativo elettronico e il sindacato del giudice amministrativo*, cit., 19 e ss.

⁵⁶ P. Otranto, *Decisione amministrativa e digitalizzazione della p.a.*, cit., 18. Sotto diverso angolo visuale, il meccanismo è ben descritto da U. Fantigrossi, *Automazione e pubblica amministrazione. Profili giuridici*, cit., 51 quando rileva come l'algoritmo abbia "tre caratteristiche essenziali: risolve sempre il problema; lo risolve in modo univoco; lo risolve secondo un numero finito di passaggi"; anche l'errore segue purtroppo le stesse necessità logiche.

⁵⁷ Tra le decisioni "storiche", si vedano le già citate Cons. Stato, sez. VI, 23 novembre 1994, n. 1687 e 24 ottobre 2000, n. 5682 e 7 maggio 2001, n. 2531, in *Foro amm.*, 2001, 1225; *Riv. cancellerie*, 2002, 701.

⁵⁸ Al proposito, si vedano A.G. Orofino, *La patologia dell'atto amministrativo elettronico: sindacato giurisdizionale e strumenti di tutela*, cit., 3.3 e F. Saitta, *Le patologie dell'atto amministrativo elettronico e il sindacato del giudice amministrativo*, cit., 27 che ritiene preferibile, in luogo della verifica, il ricorso alla consulenza tecnica d'ufficio.

dell'autorità: attraverso il programma ...l'autorità predispone in precedenza la «decisione» per un numero indeterminato di casi. Ed anche se questa decisione avviene in un momento successivo, essa è pur sempre imputabile all'autorità⁵⁹».

La risoluzione della problematica dell'imputazione non esaurisce però la tematica della responsabilità risarcitoria da atto amministrativo ad elaborazione elettronica; come per altre fattispecie, occorre, infatti, anche «fare i conti» con l'elemento soggettivo della fattispecie risarcitoria ed è a questo punto che cominciano ad emergere i problemi: «risulta certamente problematico prospettare una responsabilità della pubblica amministrazione per l'adozione e/o esecuzione di un atto amministrativo informatico illegittimo. Se l'art. 2043 c.c. richiede perché sorga la responsabilità del fatto il dolo o la colpa di chi abbia agito per l'autorità, questo riscontro è particolarmente difficile nel caso di un atto amministrativo realizzato con apparecchiature informatiche⁶⁰».

In concreto, l'applicazione della previsione di cui all'art. 2043 c.c. alla materia che ci occupa è, infatti, resa difficile, se non impossibile, dallo stesso contesto che ha portato all'informatizzazione dell'atto; contesto che risulta caratterizzato dalla presenza di più soggetti pubblici e privati (si pensi, al proposito, al concessionario che abbia realizzato il *software*) agenti e dall'inevitabile difficoltà di individuare con precisione cause e responsabili del danno: «il potere amministrativo non viene esercitato dal singolo funzionario, ma da un sistema amministrativo automatizzato. La cosiddetta volontà dell'atto amministrativo informatico non è, infatti, da imputare ad una sola persona, ma ad una pluralità di persone. Spesso poi ci troviamo di fronte al fatto che banche-dati (autonome dal punto di vista organizzativo rispetto alle autorità decidenti) forniscono all'autorità gran parte del loro fabbisogno di dati ed informazioni. Ed ancora, spesso si verifica che la redazione dei programmi viene affidata dall'autorità a società concessionarie, che si avvalgono per l'attività in questione della mera collaborazione di funzionari degli uffici competenti. In tutti questi casi è, quindi, difficile riscontrare il dolo o la colpa del funzionario. A rendere più difficile il rilevamento della colpa bisogna poi aggiungere che spesso ci troviamo di fronte a meri «errori di macchina» che non sono in alcun modo imputabili al funzionario⁶¹».

Soprattutto sotto il profilo organizzatorio (con i conseguenziali riflessi per quello che riguarda i profili di responsabilità amministrativa e/o le problematiche relative all'azione diretta *ex art. 28 Cost.*), l'intrinseca complicazione della materia è poi decisamente aumentata dalla dottrina che ha proposto di inquadrare anche la fattispecie dell'atto amministrativo ad elaborazione

⁵⁹A. Masucci, *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, cit., 85 che così continua (pag. 86): «l'attribuzione di *suità* si fonda su un atto di volontà dell'autorità che ha programmato o fatto programmare il proprio *computer* in maniera tale da consentire la formazione di determinati atti e delle volontà in esse dichiarate». L'utilizzazione del procedimento logico in questione (in buona sostanza, una finzione legale che imputa all'utilizzatore tutte le conseguenze dell'agente informatico utilizzato) non è inconsueta nella materia che ci occupa; al proposito, si rinvia a M.A. Biasiotti, F. Romano e M.T. Sagri, *La responsabilità degli agenti *software* per i danni prodotti a terzi*, in *Inf. e dir.*, 2002, 2, 160 (consultabile liberamente all'indirizzo: <http://www.it-tig.cnr.it/EditoriaServizi/AttivitaEditoriale/InformaticaEDiritto/Index.html>).

⁶⁰A. Masucci, *Atto amministrativo informatico*, cit. § 4; in precedenza, si veda già Id. *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, cit., 133.

⁶¹A. Masucci, *Atto amministrativo informatico*, cit. § 4; più recentemente si veda, nello stesso senso, M. D'Angelosante, *La consistenza del modello dell'amministrazione "invisibile" nell'età della tecnificazione: dalla formazione delle decisioni alla responsabilità per le decisioni*, cit., 169 che rileva come la materia in questione sia caratterizzata da «casi nei quali il soggetto leso dall'eventuale illegittimità del provvedimento o illiceità della condotta incontra di regola maggiori difficoltà nella ricerca e nella prova dei vizi. Questi possono infatti derivare, a es., da un errore di funzionamento dell'elaboratore, da difetti del *software* o da una sua inidoneità a garantire la piena osservanza dei principi del procedimento (si pensi alle ipotesi in cui il sistema informatico non consenta di rappresentare tutti quei presupposti di fatto che invece sarebbero rappresentabili con il deposito di classiche osservazioni in forma cartacea), o ancora da un errore dell'amministrato o del funzionario nell'immissione dei dati, o dall'irragionevolezza della scelta della soluzione informatizzata».

elettronica nelle categorie del Codice dell'amministrazione digitale (d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82; cd. C.A.D.), così portando all'individuazione di un quadro ricostruttivo notevolmente complicato che sottopone ad una forte tensione lo stesso ruolo del responsabile del procedimento e prevede:

- a) il ruolo del funzionario che predisponga il *software* e/o inserisca e/o trasmetta i dati;
- b) il ruolo del responsabile per la gestione informatica dei documenti, dei flussi documentali e degli archivi, il quale, ai sensi dell'art. 61 del dPR 445 del 2000, deve garantire il buon funzionamento del sistema;
- c) il ruolo dell'autore dell'atto interno al procedimento sottoscritto con firma digitale (come definita dall'art. 1 CAD)⁶².

A quanto sopra rilevato, devono essere poi essere aggiunte le considerazioni già articolate al § 2.1 in ordine alla difficile comprensione del linguaggio informatico da parte del funzionario addetto al procedimento e, quindi, alla conseguenziale riduzione delle possibilità concrete di controllo del risultato finale in capo ai responsabili; rilevazione che appare innegabile e che tenderà ovviamente ad ingigantirsi man mano che si passerà a sistemi più complessi.

Soprattutto in una prospettiva di sempre maggiore complessità dei sistemi (e di passaggio a sistemi idonei a gestire la discrezionalità della p.a., come le reti neurali artificiali o i sistemi esperti), ben si apprezza la lungimirante considerazione della dottrina che ha rilevato come "l'idea che l'utilizzatore sappia esattamente che cosa farà il suo AS (o, in generale, il suo sistema informatico) è spesso solo una finzione. Questa conoscenza è impedita da quanto segue: a) l'ignoranza delle circostanze dei diversi contesti nei quali l'AS opererà; b) l'impossibilità di riprodurre, almeno per agenti sufficientemente complessi, tutte le operazioni di elaborazione che il *software* (dell'AS) eseguirà in ciascuna di tali circostanze; c) il fatto che l'utilizzatore non ha a disposizione tutte le informazioni che sono o saranno disponibili al suo AS; d) l'impossibilità di prevedere (almeno per AS che possano apprendere, e quindi modificare se stessi) quali dati e quali istruzioni faranno parte dell'AS quando esso opererà"⁶³.

In buona sostanza, il problema è pertanto sempre lo stesso, ovvero le restrizioni di tutela che derivano dall'applicazione alla p.a. del paradigma di cui all'art. 2043 c.c., piuttosto che di sistemi di responsabilità oggettiva, come previsto in altri paesi⁶⁴; per poter pervenire ad una sistemica in cui l'opzione per la decisione di automatizzare l'emanazione dell'atto amministrativo non si risolva in una riduzione delle garanzie per i destinatari dell'azione amministrativa e in una qualche forma di nuova "immunità per l'autorità"⁶⁵ appare pertanto auspicabile una "legislazione apposita, che preveda – come è già avvenuto per l'energia nucleare – una «ipotesi» di *responsabilità oggettiva* della pubblica amministrazione per danni causati dallo svolgimento dei compiti amministrativi mediante elaboratori elettronici"⁶⁶.

Del resto, la maggiore funzionalità, nella materia che ci occupa, di sistemi di responsabilità

⁶² M. D'Angelosante, *La consistenza del modello dell'amministrazione "invisibile" nell'età della tecnificazione: dalla formazione delle decisioni alla responsabilità per le decisioni*, cit., 170; l'applicazione del C.A.D. all'atto amministrativo ad elaborazione elettronica è giustificata, nella prospettazione dello scritto, dall'"allegato 1 al il d.p.c.m. 13 novembre 2014 (che) definisce ... la «generazione automatica di documento informatico» come «la formazione di documenti informatici effettuata direttamente dal sistema informatico al verificarsi di determinate condizioni» e dalla giurisprudenza amministrativa relativa al diritto di accesso al programma informatico.

⁶³ G. Sartor, *L'intenzionalità dei sistemi informatici e il diritto*, cit., § 1.

⁶⁴ A. Masucci, *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, cit., 140 che cita giustamente M. Santilli, *Il diritto civile dello stato*, Milano, Giuffrè, 1985, 186.

⁶⁵ A. Masucci, *Atto amministrativo informatico*, cit. § 4.

⁶⁶ A. Masucci, *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, cit., 139; Id., *Atto amministrativo informatico*, cit. § 4; nello stesso senso è anche F. Morollo, *Documento elettronico fra e-government e artificial intelligence*, in *www.federalismi.it*, Focus TMT, 2015, 2, 27 che rileva come "si potrebbe pensare ad un modello di responsabilità per i danni provocati nello svolgimento di un procedimento elettronico sganciato dal requisito della colpa e fondato unicamente su elementi oggettivi: in particolare, il criterio di riferimento potrebbe essere il rischio. Il rischio informatico".

oggettiva è già stata segnalata, in termini generali, dalla dottrina che ha proposto l'applicabilità alla fattispecie del modello di cui all'art. 2050 c.c. secondo una sistematica che “potrebbe sembrare eccessivamente dura nei confronti del custode (l'utilizzatore) che affronterebbe una responsabilità imprevedibile, anche per eventi al di là del suo controllo... (ma che trova giustificazione negli) *standard* suggeriti dall'analisi economica del diritto: la responsabilità va posta in capo al soggetto che possa evitare i danni (o assicurarsi contro di essi) con minore spesa. Secondo questo criterio la responsabilità dovrebbe essere posta, a seconda del tipo di problema che ha causato il danno, a carico dello sviluppatore, del proprietario, o dell'utilizzatore dell'AS⁶⁷”; del resto, il riferimento agli *standard* dell'analisi economica del diritto appare veramente appropriato in un contesto caratterizzato, oltre che da difficoltà probatorie in capo al danneggiato, anche da alti costi di giudizio (ovvero da due delle ragioni che rendono più efficiente l'utilizzazione di sistemi di responsabilità oggettiva⁶⁸).

In conclusione, deve poi rilevarsi come il passaggio a sistemi di responsabilità oggettiva non presupponga necessariamente la mediazione di una legge⁶⁹ (che certo sarebbe auspicabile) e sembri poter essere raggiunto anche in via interpretativa; la dottrina ha, infatti, rilevato, come la previsione dell'art. 2050 c.c. possa trovare applicazione anche con riferimento ad attività pericolose cd. “«atipiche», la cui pericolosità viene accertata in concreto dal giudice⁷⁰”; le considerazioni sopra articolate in ordine alla particolare complicazione della materia, alle difficoltà che potrebbe incontrare il danneggiato ed alla natura intrinsecamente “pericolosa” del ricorso alle tecnologie informatiche nell'elaborazione degli atti amministrativi potrebbero pertanto trovare adeguata considerazione in una giurisprudenza non appiattita sull'esistente e tesa a risolvere la problematica, senza attendere il sempre più improbabile intervento del legislatore.

3. Limiti e possibilità dell'aggancio all'attività amministrativa vincolata: i mobili con fini dell'atto vincolato.

Una parte della dottrina più recente⁷¹ ha ritenuto di poter individuare un possibile limite

⁶⁷ G. Sartor, *L'intenzionalità dei sistemi informatici e il diritto*, cit. § 4 che rileva come, in questo modo, la responsabilità dell'utilizzatore dell'agente *software* venga “ad essere assimilata, anziché alla responsabilità del custode di una cosa, alla responsabilità vicaria (la responsabilità di padroni e committenti, ex 2049 c.c., e in particolare, del datore di lavoro per i fatti dei dipendenti)” e individua anche un possibile correttivo nella “possibilità di far gravare il danno, almeno in parte, sul danneggiato che abbia contribuito al suo verificarsi (a norma dell'art. 1227 c.c.)”; meno convincente appare la costruzione di M.A. Biasiotti, F. Romano e M.T. Sagri, *La responsabilità degli agenti software per i danni prodotti a terzi*, cit., basata sull'applicazione alla fattispecie della sola previsione di cui all'art. 2049 c.c. (ovvero di una previsione di difficilissima applicazione alla p.a. e che presuppone un forte autonomia e/o la soggettivazione dell'agente *software*).

⁶⁸ R. Cooter, U. Mattei, P.G. Monateri, R. Pardolesi e T. Ulen, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Bologna, Il Mulino, 2006, II ed., vol. I-Fondamenti, 220, nota 45; sull'analisi economica della responsabilità civile della p.a. e sul ruolo dei costi di giudizio, si rinvia a L. Viola, *Introduzione breve all'analisi economica della responsabilità civile della pubblica amministrazione*, in *Giurisd, amm.*, 2006, II, 331; Id., *Giurisdizione condizionata e azione risarcitoria nei confronti della p.a: le incertezze della Corte costituzionale*, *ivi*, 2008, 219; F. Saitta, *Appunti preliminari per un'analisi economica del processo amministrativo*, in A.I.P.D.A. (Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo), *Analisi economica e diritto amministrativo*, Milano, 2007, 285 e ss.

⁶⁹ Come sembra ritenere A. Masucci, *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, cit., 139 e ss.

⁷⁰ C. Salvi, *La responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1998, 125 che aggiunge “va infine ricordato che la giurisprudenza, ribaltando il precedente ed ingiustificato orientamento negativo, ammette ora l'applicazione dell'art. 2050 alle attività della Pubblica amministrazione”; per il trattamento dei dati personali, la problematica è risolta dal richiamo dell'art. 2050 c.c. oggi operato dall'art. 15, 1° comma del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (Codice in materia di protezione dei dati personali).

⁷¹ P. Otranto, *Decisione amministrativa e digitalizzazione della p.a.*, cit., 17, nota 60 che richiama, al proposito, il già

dell'attuale strutturazione dell'atto amministrativo ad elaborazione elettronica nello stesso aggancio alla categoria di atto vincolato, ovvero ad una categoria che risulta oggi esposta a contestazione da una dottrina che ha ritenuto di poter esprimere una qualche forma di “scetticismo debole” sulla vincolatezza, ovvero sulla possibilità di ravvisare nella vita di tutti i giorni e non solamente nelle pagine della dottrina, delle vere e proprie ipotesi di atti “interamente prefigurati dall'ordinamento” e basati su termini realmente analitici e univoci⁷²; punto d'approdo dell'orientamento in questione è pertanto un'impostazione «scettica» sulla vincolatezza che ritiene che i “poteri totalmente vincolati ... (siano) ipotesi di scuola, casi creati *ad hoc* dalla riflessione giuridica per i suoi esercizi dogmatici - quelli che una certa parte della filosofia contemporanea chiama «esperimenti di pensiero»” e che attribuisce al concetto dottrinale utilizzato dalla pratica giuridica non l'univocità dell'analisi teorica, ma una qualche forma di «univocità relativa» riferita ad atti caratterizzati da tale semplicità di applicazione da essere assimilati, dalla tradizione dogmatica dottrinale e giurisprudenziale, agli atti vincolati⁷³”.

Ad avviso di chi scrive, il riferimento allo «scetticismo debole» sulla vincolatezza, piuttosto che determinare una sostanziale crisi o una riduzione della categoria dell'atto amministrativo ad elaborazione elettronica (che, come già rilevato, finora si è sviluppata sull'aggancio con la categoria dell'attività amministrativa vincolata), viene ad individuare nuove opportunità ed una possibile via di sviluppo dell'impostazione esaminata ai §§ precedenti.

A questo proposito deve, infatti, evidenziarsi come l'impostazione favorevole allo «scettici-

citato F. Follieri, *Decisione amministrativa e atto vincolato*, cit.

⁷² Il migliore esempio è oggi fornito dallo stesso P. Otranto, *Decisione amministrativa e digitalizzazione della p.a.*, cit., 17, nota 60: “si pensi all'ipotesi di un'amministrazione che decida di avvalersi delle ICT per l'organizzazione di un concorso per l'accesso ad un impiego pubblico. Essa potrebbe, ad esempio, prevedere l'obbligatorietà della presentazione della domanda di partecipazione attraverso un portale mediante il quale il candidato inserisca i dati ritenuti necessari, affidando al computer il compito di valutare la sussistenza dei requisiti di ammissione. Ipotizziamo che nel nostro esempio la legge (ovvero il regolamento o il bando) preveda che il candidato debba avere “un'età non superiore a 40 anni”. L'amministrazione dovrà fornire al sistema le istruzioni più opportune affinché in caso di carenza del requisito prescritto, sia comminata l'esclusione dell'istante. La norma sembra strutturata secondo lo schema fatto-effetto e dunque, anche in virtù dell'espresso richiamo ad un concetto matematico (“età non superiore a 40 anni”), l'attività dovrebbe essere interamente vincolata e facilmente traducibile in un algoritmo. Se non che al momento della predisposizione delle istruzioni da impartire alla macchina attraverso il *software*, l'amministrazione sarà chiamata a decidere se aderire all'orientamento giurisprudenziale in forza del quale “quando la legge ricollega il verificarsi di determinati effetti (quale la perdita di un requisito di ammissione al concorso stesso) al compimento di una data età, essi decorrono dal giorno successivo a quello del genetliaco, sicché il limite d'età fissato dalla norma deve intendersi superato quando ha inizio, dal giorno successivo al compimento, il relativo anno” (Cons. Stato, Sez. V, 26 settembre 1995, n. 1352; 14 settembre 2009, n. 4478; 23 agosto 2010, n. 5907) ovvero a quello che non ammette l'esclusione dalla procedura di chi, pur avendo “compiuto” gli anni indicati dalla *lex specialis*, non abbia tuttavia raggiunto il compleanno dell'anno successivo (Cons. Stato, Sez. V, 12 luglio 2010, n. 4476; 5 marzo 2010, n. 1284; Cass., Sez. lav., 26 maggio 2004, n. 10169). Qualora l'amministrazione aderisse alla prima opzione ermeneutica – fatta propria dal Consiglio di Stato, Ad. plen., 2 dicembre 2011, n. 21 – l'elaboratore dovrebbe essere impostato per escludere automaticamente il candidato che abbia 40 anni ed un giorno; nella seconda ipotesi i candidati dovrebbero essere ammessi sino al compimento del quarantunesimo anno di età”; altra esemplificazione è fornita da F. Follieri, *Decisione amministrativa e atto vincolato*, cit. 14, che riporta l'esempio, anche in questo caso assai convincente, relativo alla norma sulla distanza fra pareti finestrate.

⁷³ Le citazioni sono sempre da F. Follieri, *Decisione amministrativa e atto vincolato*, cit., 15.

smo debole» sulla vincolatezza si sia decisamente evoluta ed abbia trovato una sua più completa sistemazione⁷⁴ nella sistematica di derivazione hartiana⁷⁵ che opera una differenziazione tra casi «facili» e casi «difficili»; in questa prospettiva, occorre, infatti, preliminarmente distinguere tra “tre zone, tre insiemi di stati-di-cose:

- a) i casi cui il concetto/segno non si addice (potremmo dire «non si applica»);
- b) i casi paradigmatici, cui il concetto/segno si addice con certezza (il «*core*» - «nucleo»);
- c) i casi-limite, cui è incerto se il concetto/segno si addice (la «*penumbral zone*» o «*twilight zone*» o «*fringe*» - ossia «zona di penombra», «zona di crepuscolo» o «frangia»)⁷⁶.

Applicando quest'impostazione all'attività interpretativa (in questo caso, della p.a.), si perviene sostanzialmente ad una ricostruzione dualistica e di «tipo misto» che distingue tra casi «facili», in cui “il fatto concreto rientra nel centro semantico della fattispecie o fra i casi esclusi ... (ed in cui) il processo di decisione si riduce allo svolgimento di una deduzione sillogistica, giacché la qualificazione è già data” e casi «difficili» (*hard cases*) in cui “l'evento da giudicare, invece, ricade nella *penumbra* della fattispecie astratta... (ed in cui) per deciderlo, il giudice *sceglie discrezionalmente* il significato del termine generale, ossia l'estensione della relativa classe, e conseguentemente vi riconduce o meno il caso⁷⁷”.

Trasponendo i concetti sopra richiamati all'attività della pubblica amministrazione, è pertanto possibile ritenere che la discrezionalità della p.a. altro non sia che una delle modalità di esercizio della “delega” all'interprete prospettata da Hart⁷⁸ e che si tratti inevitabilmente di *hard cases*, ovvero di “difficili casi reali che richiedono attenzione”, impossibili da risolvere a livello normativo, necessitando di un'istruttoria da parte della pubblica amministrazione, di un contraddittorio con gli interessati⁷⁹ e di una soluzione corretta, che non può non essere un “ragionevole compromesso tra molti interessi in conflitto” (ovvero il bilanciamento di interessi oggi prospettato praticamente da tutte le ricostruzioni teoriche della discrezionalità amministrativa).

La particolarità del diritto amministrativo rispetto ad altri rami del diritto è pertanto costituita dalla centralità degli *hard cases* che, in un certo senso, costituiscono la parte centrale (quanto meno in senso ideale) dell'azione amministrativa, trattandosi, in larga parte, di soluzioni nor-

⁷⁴ Si vedano, al proposito, i già citati F. Follieri, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, cit., e L. Viola, *Atti vincolati, hard cases e riparto di giurisdizione*, cit. (che opera un parallelo anche con la distinzione tra meccanica newtoniana e fisica quantistica già trasposta in ambito giuridico da R. Bin, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine in una prospettiva quantistica*, Milano, Franco Angeli, II ed. 2014).

⁷⁵ H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto* (trad. it. a cura di M. A. Cattaneo), Torino, Einaudi, 1965, 151 e ss.

⁷⁶ F. Follieri, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, cit., 197.

⁷⁷ F. Follieri, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, cit., 198 che cita ampiamente H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., 151 e ss. e rileva ulteriormente come la decisione dei casi «difficili» sia “determinata non da una deduzione, ma da una valutazione dell'esigenza assiologica sottesa alla norma e posta in relazione al contesto di interessi del caso concreto”; praticamente nello stesso senso, si veda P.L.M. Lucatuorto, *Teorie e modelli del diritto per il ragionamento giuridico automatico*, cit., 76 e ss., con riferimento specifico ai problemi del ragionamento giuridico automatico.

⁷⁸ “In questi (ineliminabili) casi ricadenti nella *penumbra* ... il giudice esercita un potere normativo interstiziale (*interstitial legislation*) delegatogli dal legislatore in misura dipendente dalla formulazione linguistica della disposizione”: F. Follieri, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, cit., 198 che richiama nuovamente H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., 154 e ss., con alcune significative precisazioni.

⁷⁹ H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., 154, rileva espressamente la necessità che la decisione sia preceduta da un'istruttoria e dal contraddittorio: “questo potere normativo può venire esercitato solo dopo che si è attuata una specie di indagine giudiziaria sui fatti relativi e che si sono udite le argomentazioni pro e contro un dato tipo di regolazione”.

mative non analiticamente predeterminate dalle fonti superiori e che devono essere concretamente «riempite» di contenuto dalla pubblica amministrazione.

La sistematica dell'attività amministrativa non si esaurisce però a questo primo stadio, ma presenta un'importante elemento di semplificazione.

Nei casi in cui la prassi applicativa abbia evidenziato (anche attraverso il rivelatore del contenzioso giurisdizionale), un contenuto valutativo non molto complicato, caratterizzato dal riferimento a concetti univoci di facile accertamento e/o dalla presenza di “molto pochi fattori che ci possono indurre a rivedere la nostra valutazione... (e di poche eccezioni) riconoscibili in termini relativamente semplici⁸⁰”, continuare ad utilizzare gli schemi degli *hard cases* verrebbe ad integrare un sostanziale spreco di attività interpretativa; ecco pertanto che interviene la categoria degli atti vincolati, ovvero degli atti individuati dal circuito dottrina/giurisprudenza come soggetti ad un regime decisionale meno complicato, basato sullo “schema “norma-fatto”, non ... “norma-potere-effetto⁸¹”, dal ricorso a tecniche sillogistiche di motivazione del provvedimento e/o della sentenza⁸², dalla possibile esenzione dall'applicabilità delle norme sulla partecipazione (da cui la previsione di cui all'art. 21-*octies*, 2° comma della l. 7 agosto 1990, n. 241) e dalla sicura possibilità, per il giudice del silenzio della p.a., di pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa (art. 31, 3° comma c.p.a.).

La distinzione tra casi «facili» e casi «difficili» non è poi certamente ontologica⁸³, ma rimane pur sempre una qualificazione che “fa leva sulla convenzione della qualificazione, ossia della relazione semantica....Convenzionalmente stabiliamo che lo stato-di-cose che abbiamo dinanzi è un esemplare (*token*) di quel tipo ideale (*type*), perché dobbiamo trascurare la quota di dissimilarità tra stato-di-cose e modello: l'assimilazione pone un'identità convenzionale”; l'assimilazione risulta poi, fondata in nient'altro che nel “consenso riscosso... I precedenti, la dogmatica, la teoria generale e simili, in una parola la tradizione, si prodigano a produrre consenso intorno ad una data..... assimilazionee al contempo testimoniano il consenso riscosso da quella regola semantica e da quell'assimilazione. Il giudice, allora è aiutato nella preferenza assiologica dalla tradizione che, sempre in forza di preferenze, appronta una serie di criteri di semplificazione della decisione, limitandola al tecnicismo giuridico⁸⁴”.

Corollario diretto ed immediato del ruolo fondante della tradizione (in particolare, dell'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale) ai fini dell'individuazione degli atti vincolati è poi la necessaria natura *storica e mutevole* dell'individuazione del «catalogo» degli atti vincolati; trattandosi, infatti, di una categoria caratterizzata, non da una particolarità ontologicamente apprezzabile, ma dalla radice comune costituita dalla creazione dottrinale e giurisprudenziale (in un certo senso, dal consenso degli interpreti), appare di tutta evidenza come non possa essere esclusa, analogamente a tutte le soluzioni di natura giurisprudenziale, la suscettibilità di mutare nel tempo, impoverendosi o arricchendosi per effetto delle stesse modificazioni degli indirizzi interpretativi utilizzati dai giudici e dalla dottrina (ed in questo senso non mancano certo esempi di atti che abbiano mutato qualificazione nel corso del tempo, divenendo discrezionali

⁸⁰ H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., 157.

⁸¹ F. Follieri, *Decisione amministrativa e atto vincolato*, cit., 4.

⁸² Sulle tecniche di motivazione delle sentenze amministrative in ipotesi di poteri vincolati, si vedano, specificamente, L. Coen, *Disparità di trattamento e giustizia amministrativa. Principio di eguaglianza e tecniche di motivazione della sentenza*, Torino, Giappichelli, 1998, 100 e L. Viola, *La motivazione delle decisioni del giudice amministrativo in Italia e in Francia*, in *Dir. e proc. amm.*, 2013, 1, 135 e ss.

⁸³ F. Follieri, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, cit., 267 e ss. che rileva, in maniera assai convincente, come, tra le altre cose, la teoria ontologica non riesca “a spiegare perché i giudici (e i giuristi) cambino idea anche per la qualificazione dei casi prima considerati facili, magari giungendo a considerarli casi esclusi o casi facili di altre fattispecie”.

⁸⁴ F. Follieri, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, cit., 269 e ss. che rileva ulteriormente come, in questi casi, il giudice non faccia che accodarsi “alla tradizione (essendo) sicuro nella sua scelta in misura proporzionale a quanto è radicata la tradizione”.

da vincolati o viceversa⁸⁵).

In buona sostanza, l'approfondimento che è partito dall'iniziale «scetticismo debole» sulla vincolatezza, piuttosto che individuare un limite o una strutturale debolezza nell'aggancio agli atti vincolati⁸⁶ che ha finora caratterizzato l'automazione delle decisioni amministrative, sembra indicare nuove opportunità; se, alla fine, la natura vincolata dell'atto dipende dal consenso in ordine a tale qualificazione espresso dagli interpreti, appare, infatti, evidente come l'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale abbia il «potere», sia di allargare che di restringere detta categoria, così conseguenzialmente allargando o restringendo l'ambito degli atti suscettibili di automazione.

Uno dei possibili motori di un possibile processo di maggior estensione dell'ambito degli atti ad elaborazione elettronica potrebbe pertanto essere costituito, più che da nuove soluzioni informatiche o nuove sistematiche, da una piana estensione dell'ambito degli atti vincolati ad opera dell'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale, vale a dire da un maggiore consenso in ordine all'interpretazione delle previsioni normative che porta al conseguenziale allargamento della possibilità di automatizzare le relative decisioni amministrative; non dimenticando però che, nel nostro ordinamento, si tratta di un procedimento di qualificazione che non è per nulla neutrale e può modificare anche aspetti apparentemente lontani, come quello relativo al riparto di giurisdizione tra Giudice amministrativo e A.G.O.⁸⁷.

3.1. Il legame con la teoria dell'autolimita della p.a.

Come già rilevato alle pagine precedenti, la categoria dell'atto amministrativo ad elaborazione informatica ha potuto affermarsi nel diritto amministrativo senza sostanziali «scossoni» sistematici per effetto del legame con l'istituto dell'autolimita della p.a., che ha permesso l'inserimento del programma nella sequenza di emanazione del provvedimento amministrativo; il legame con l'istituto dell'autolimita della p.a. è pertanto genetico e innegabile.

Ancora più oltre, il legame con l'istituto dell'autolimita della p.a. sembra poi destinato a svolgere un ruolo concreto nel processo di estensione del ricorso all'automazione del provvedimento amministrativo; per effetto delle norme che prevedono espressamente la predeterminazione dei criteri generali di valutazione dei provvedimenti di concessione di benefici economici o altre utilità ai destinatari dell'azione amministrativa (art. 12 della l. 7 agosto 1990, n. 241; art. 12 del d.P.R. 9 maggio 1994, n. 487, relativo ai concorsi) e comunque della giurisprudenza che attribuisce carattere generale a tale obbligo in applicazione proprio della teoria dell'autolimita, l'amministrazione ha, infatti, la possibilità, non solo di ridurre il tasso di discrezionalità delle valutazioni finali (circostanza che appare assai rilevante, ai fini dell'automazione dell'emanazione del provvedimento finale), ma anche di trasformare valutazioni originariamente caratterizzate dal carattere discrezionale in vincolate, per effetto proprio della predeterminazione di criteri generali di valutazione caratterizzati da un carattere sufficientemente univoco da essere suscettibile di automazione⁸⁸.

In buona sostanza, la natura discrezionale di un potere di valutazione non costituisce pertanto ostacolo all'automazione, ove sia possibile o obbligatorio (in applicazione delle previsioni in materia di autolimita della p.a.) prevedere dei criteri generali di valutazione che vengano a

⁸⁵ Per l'individuazione di alcuni casi di mutamento nel corso del tempo della considerazione in termini di atti discrezionali o vincolati di alcuni provvedimenti (ad es. il diniego di permesso di soggiorno a seguito di determinate condanne ex art. 4, 3° comma del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286; i provvedimenti sanzionatori in materia edilizia), si rinvia a L. Viola, *Atti vincolati, hard cases e riparto di giurisdizione*, cit. 7.

⁸⁶ Per una ricostruzione che non utilizza le categorie hartiane, si veda U. Fantigrossi, *Automazione e pubblica amministrazione. Profili giuridici*, cit., 69 e ss.

⁸⁷ Al proposito, si rinvia a L. Viola, *Atti vincolati, hard cases e riparto di giurisdizione*, cit. 12 e ss.

⁸⁸ Il legame con la teoria dell'autolimita della p.a. non ha mancato di essere sottolineato dalla dottrina che ha individuato nella circostanza uno dei possibili «motori» dell'estensione dell'automazione ai territori della discrezionalità: F. Saitta, *Le patologie dell'atto amministrativo elettronico e il sindacato del giudice amministrativo*, cit., 18 e ss.

«ridurre» il tasso di discrezionalità fino ad un livello compatibile con l'automazione (secondo la prospettiva di chi scrive, da individuarsi nella natura vincolata delle valutazioni finali, ma secondo altre tesi, anche in un livello di discrezionalità di bassa complessità).

Sostanzialmente sulla stessa linea ricostruttiva di quanto rilevato al § precedente, è quindi possibile un qualche incremento dell'area applicativa dell'atto ad elaborazione informatica radicato su un più consapevole utilizzo, da parte delle amministrazioni, del meccanismo dell'autolimita della p.a.

3.2. L'estensione all'ambito processuale.

La storia dell'estensione dell'automazione al processo amministrativo parte, potremmo dire, da una prima battuta di arresto, costituita dal parere reso dall'Adunanza generale del Consiglio di Stato su alcune questioni interpretative del d.lgs. 12 febbraio 1993, n. 39 (norme in materia di sistemi informativi automatizzati delle amministrazioni pubbliche); in quella sede è stata, infatti, negata ogni possibilità di estendere, “con regolamento attuativo del d.l. 12 febbraio 1993 n. 39, che detta le norme in merito ai sistemi informativi automatizzati delle amministrazioni dello Stato, ai provvedimenti giudiziari la disciplina relativa alle modalità di formazione di atti con procedure automatizzate, in quanto essa è riferita ai soli atti amministrativi⁸⁹”. L'ambiente della Giustizia amministrativa non doveva però risultare così refrattario all'innovazione se, già nel 1998, un breve articolo⁹⁰ dava conto dei risultati dello svolgimento di un studio preliminare denominato «*Giurinet*» e tendente a sperimentare l'applicazione delle reti neurali artificiali alla giustizia amministrativa (in particolare, alla materia delle concessioni edilizie); sperimentazione caratterizzata da un'adesione assai limitata (solo 33 questionari), ma conclusasi con l'individuazione di 71 variabili significative per l'esito del ricorso (alcune tali da “provocare una certa meraviglia ... (nel) giurista esperto del settore” come la qualità del soggetto sottoscrittore del progetto, l'utilizzazione di moduli prestampati ai fini della redazione del provvedimento o il numero di pagine o dei motivi di ricorso⁹¹”).

Un vero e proprio «salto di qualità» nell'informatizzazione del processo si è poi avuta solo con l'entrata in vigore, il 1° gennaio 2017, del processo amministrativo telematico che ha portato con sé anche aspetti di automazione del processo, per la verità, non immediatamente percepiti dall'ambiente forense e che stanno emergendo con una certa fatica⁹².

In particolare, il riferimento è all'art. 7, 7° comma dell'Allegato A al d.P.C.M. 16 febbraio 2016, n. 40 (regolamento recante le regole tecnico-operative per l'attuazione del processo amministrativo telematico) che ha condizionato l'esito del deposito degli atti processuali ad una verifica del rispetto delle “caratteristiche tecniche”, prevedendo, al proposito, l'invio all'interessato di un “messaggio di mancato deposito, attestante il mancato perfezionamento del deposito”.

In termini più generali, l'art. 3, 10° comma dell'Allegato A al D.P.C.M. 16 febbraio 2016, n. 40 ha poi previsto la possibilità che il S.I.G.A (sistema informativo della giustizia amministrativa) espliciti anche “funzionalità automatizzate per il controllo della regolarità, anche fiscale,

⁸⁹ Cons. Stato, ad. gen., 24 febbraio 1994, n. 1438, in *De Jure*; *Cons. Stato*, 1995, I, 147; purtroppo il parere è disponibile solo in massima e non è attualmente accessibile sul sito della giustizia amministrativa.

⁹⁰ G. Terracciano, *L'applicazione in campo giuridico delle reti neurali artificiali. Il programma «Giurinet»*, in *T.A.R.*, 1998, II, 497; il programma di ricerca era condotto da un gruppo di lavoro presieduto dal Pres. Vincenzo Buscema, autore di numerosi scritti in materia di applicazione delle reti neurali artificiali alla p.a. (V. Buscema, «*Data base*» *Sql e reti neurali: un felice connubio*, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2003, 2443; Id., *Discrezionalità amministrativa e reti neurali artificiali*, in *Foro amm.*, 1993, 620).

⁹¹ Citazioni da G. Terracciano, *L'applicazione in campo giuridico delle reti neurali artificiali. Il programma «Giurinet»*, cit., 503.

⁹² L. Viola, *I diversi modi di guardare al P.A.T. e le strategie di adattamento dell'ambiente forense*, in *www.LexItalia.it, Rivista Internet di diritto pubblico*, 2018, 4 (relazione dell'intervento al convegno svoltosi a Catania il 13 aprile 2018 dal titolo “*Il processo amministrativo telematico e la sua incidenza sull'esercizio della giurisdizione e sul diritto di difesa*”); Id., *Le dottrine del processo amministrativo telematico*, in corso di pubblicazione in *Judicium*, 2018, 3.

degli atti e dei documenti depositati da ciascuna parte” e il successivo art. 4, 2° comma dell’Allegato A al d.P.C.M. ha specificato le modalità di tale controllo con riferimento alla firma digitale, “subordinando all’esito positivo di tale controllo le operazioni di acquisizione e registrazione”.

Il contenuto di tale controllo (più stringente per quello che riguarda la presenza della firma digitale, per effetto della citata previsione dell’art. 4, 2° comma dell’Allegato A al d.P.C.M. 16 febbraio 2016, n. 40) è poi ulteriormente specificato, non dalle previsioni del c.p.a. destinate alla materia o da altre disposizioni del d.P.C.M. 16 febbraio 2016, n. 40, ma solo dall’“elenco errori depositi” presente sul sito della Giustizia amministrativa⁹³ che contiene almeno tre codici (“E003-La firma digitale sul modulo di deposito non è valida”, E005-“la casella P.E.C. del mittente non esiste nei Pubblici elenchi (ReGIndE)” e “E014-Errore durante la convalida della firma”) che vengono ad incidere notevolmente su aspetti centrali della tutela giurisdizionale, essendo espressamente qualificati in termini di “errori bloccanti, comunicati al mittente del deposito telematico nel messaggio PEC di Mancato Deposito”.

In buona sostanza, siamo pertanto in presenza di cause vincolate di rigetto di alcuni atti processuali che sono direttamente trattate dal sistema attraverso una funzione di blocco automatizzata che si sostituisce sostanzialmente alla valutazione «manuale», in precedenza, operata dal giudice.

Con tutta evidenza, si tratta di una nuova strutturazione del processo amministrativo che solleva enormi problemi di compatibilità con la previsione di cui all’art. 111, 1° comma Cost. (trattandosi di previsioni di livello sub-regolamentare), che risulta fortemente esposta a rischio di disapplicazione e che ha dato vita ad una nuova forma di “inammissibilità di fatto⁹⁴” che risulta di difficile (se non impossibile) sistematizzazione, soprattutto per quello che riguarda i meccanismi di tutela; l’approfondimento condotto nei §§ precedenti permette poi di aggiungere ulteriori dubbi di compatibilità con il sistema, non risultando per nulla chiaro e formalizzato (secondo una struttura analoga a quella dualistica *pre-software/software* sopra richiamata) il procedimento che ha portato all’individuazione dell’elenco dei cd. errori bloccanti.

Quel che conta ai fini che ci occupano è però che si tratta di un’ulteriore applicazione della strutturazione sopra richiamata, che sostanzialmente conferma la possibilità di far convivere valutazioni automatiche relative ad aspetti vincolati con la strutturazione discrezionale tipica del processo.

3.3. Le teorie a «corto raggio»: in particolare, l’automazione per fasi e l’estensione alla discrezionalità tecnica.

Come già rilevato, la dottrina ha proposto e continua a proporre schemi ricostruttivi che cercano di ricomprendere un’ampia fetta di attività amministrativa nell’ambito di operatività dell’atto ad elaborazione elettronica; pur trattandosi di schemi forgiati con riferimento alla sola attività amministrativa vincolata è pertanto evidente il tentativo di allargare le «maglie» dell’istituto ed estendere l’ambito del ricorso all’automazione nel processo di formazione ed emanazione del provvedimento amministrativo.

Sono state pertanto messe a punto una serie di formulazioni tendenti ad ampliare l’ambito di operatività dell’istituto che però si evidenziano, ad un più meditato esame, come teorie a «corto raggio» e che non modificano sostanzialmente le coordinate fondamentali della materia.

La prima di queste tesi riguarda la possibilità di procedere all’automazione solo di alcune fasi dell’attività decisoria, lasciando alla decisione dell’uomo le fasi caratterizzate dalla struttura discrezionale: “nell’attuale legislazione, non ancora «costruita» in funzione di un’applicazione

⁹³ www.giustizia-amministrativa.it; oggi consultabile anche in F. Freni - P. Clarizia, *Le novità del processo amministrativo telematico*, cit., 64.

⁹⁴ La formulazione è di E. Consolandi, *Deposito telematico degli atti processuali*, in *Libro dell’anno del diritto-Encicl. giur. Treccani*, Roma, 2016, 540; per ogni approfondimento, si rinvia a L. Viola, *I diversi modi di guardare al P.A.T. e le strategie di adattamento dell’ambiente forense*, cit.; Id., *Le dottrine del processo amministrativo telematico*, cit.

informatizzata delle norme, i casi di «*automazione totale*» di un procedimento sono rari. In genere ci si trova di fronte a realtà in cui il momento automatizzato deve essere combinato con quello manuale. Lo stesso tentativo in atto in alcuni Stati (quali, ad esempio, la Repubblica federale Tedesca) di procedere ad una produzione legislativa «funzionale» ad un'applicazione automatizzata della stessa non ha finora escluso del tutto il concorso di un'attività automatizzata e di un'attività manuale⁹⁵».

Con tutta evidenza, si tratta di una tesi a «corto raggio» e che non modifica sostanzialmente le coordinate della ricostruzione sopra tratteggiata; appare, infatti, di tutta evidenza come l'attività amministrativa automatizzata sia solo quella vincolata e come quindi non sia raggiunto il risultato di una qualche estensione dell'ambito di operatività dell'istituto, ma ci si limiti, in buona sostanza, a prospettare solo una combinazione di attività automatizzata e attività «manuale» che amplifica certo l'ambito di operatività dell'informatizzazione, ma non ne modifica le coordinate fondamentali.

Discorso sostanzialmente analogo per la seconda tesi relativa all'estensione dell'istituto ai territori della discrezionalità tecnica: “in questo caso non ricorre, come nel caso della discrezionalità amministrativa, una valutazione o una ponderazione di interessi pubblici e/o privati, né è prevista la possibilità di scelte (in ordine all'agire) alla stregua di esse. Nel caso in questione la scelta del comportamento da tenere alla stregua degli interessi pubblici è già stata fatta a priori una volta per tutte e in modo vincolante dal legislatore. La discrezionalità tecnica deve considerarsi, nella prospettiva giuridica, attività vincolata⁹⁶”; l'estensione alle ipotesi di discrezionalità tecnica non è però assoluta ed incontra evidente limite nelle ipotesi in cui sussista “una forte opinabilità sui criteri di valutazione. Consistenti dubbi sulla possibilità di predeterminare in maniera esauriente una volta per tutte questi criteri nascono, per esempio, quando si tratta di valutazioni attinenti al riscontro di pregi artistici di un bene....In questo caso si debbono quindi ripetere le considerazioni sottolineate prima a proposito dei concetti giuridici indeterminati: trattandosi di valutazioni per le quali non è possibile standardizzare i criteri, bisogna procedere di volta in volta con valutazioni singole affidate al funzionario⁹⁷”.

Anche in questo caso non si verifica una sostanziale estensione dei limiti di operatività dell'automazione del provvedimento amministrativo, ma ci si limita a ribadire, in buona sostanza, l'irrelevanza del fatto che le valutazioni condizionanti l'emanazione del provvedimento contengano elementi di tecnicità (ovvero valutazioni da effettuarsi sulla base di tecniche o saperi non giuridici).

Oltre alla sostanziale difficoltà di isolare una qualche forma di discrezionalità caratterizzata dal carattere puramente tecnico e non condizionata da elementi giuridici o da valutazioni discrezionali concorrenti⁹⁸, appare, anche in questo caso, evidente come la tesi in discorso si riferisca solo ai cd. *acclaramenti tecnici* che possono dare luogo a risultati facilmente certi e verificabili e non ad esiti incerti e suscettibili di diversa valutazione; come dire che si ritorna al punto di partenza, o la valutazione che condiziona l'emanazione del provvedimento è vincolata ad un dato di facile e certa verifica alla luce di una certa scienza o tecnica, oppure si

⁹⁵ A. Masucci, *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, cit., 24; F. Saitta, *Le patologie dell'atto amministrativo elettronico e il sindacato del giudice amministrativo*, cit., 18 che così conclude: “va anche detto che molti atti sono vincolati sotto certi aspetti e discrezionali sotto altri, quindi sicuramente elaborabili mediante computer almeno nella parte vincolata”.

⁹⁶ A. Masucci, *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, cit., 40 che rileva ulteriormente come all'amministrazione sia “rimessa semplicemente una *valutazione dei fatti* posti dalla legge a presupposto dell'operare, alla stregua di conoscenze tecniche, quali quelle della medicina, dell'arte, dell'estimo, ecc.”; anche in questo caso, l'estensione è condivisa da F. Saitta, *Le patologie dell'atto amministrativo elettronico e il sindacato del giudice amministrativo*, cit., 18; nello stesso senso anche F. Morollo, *Documento elettronico fra e-government e artificial intelligence*, cit., 22.

⁹⁷ A. Masucci, *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, cit., 41 e ss.

⁹⁸ Al proposito, si rinvia a F. Salvia, *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 690 e ss.

tratta di un concetto, anche se non giuridico, indeterminato e pertanto si è fuori dalla sistematica richiamata alle pagine precedenti.

Anche con riferimento a questo secondo aspetto, deve pertanto rilevarsi come si tratti di teorie a «corto raggio» che non modificano sostanzialmente le coordinate fondamentali della ricostruzione sopra prospettata e che si limitano a precisare aspetti non essenziali, come la possibilità di combinare attività automatizzata e attività «manuale» o l'irrilevanza che le valutazioni condizionanti l'emanazione del provvedimento vincolato attengano ad ambito non giuridico.

3.4. L'estensione ai territori della discrezionalità e la necessità di un cambio di prospettiva.

Praticamente tutte le trattazioni «classiche» della materia concordano sulla possibilità di estendere l'impostazione tratteggiata in queste pagine anche agli atti amministrativi cd. *a bassa complessità*⁹⁹ ovvero ai casi in cui le «alternative possibili» risultano limitate in questi casi è agevole «programmare» le possibili scelte dell'autorità, dal momento che il loro numero (limitato) risulta compatibile con l'attuale sviluppo del *software*⁹⁹; un terreno di elezione privilegiata dell'estensione agli atti amministrativi a bassa complessità sarebbe poi costituito dai cd. «procedimenti amministrativi di massa....(in cui) l'interesse ad una decisione veloce ed uniforme ci sembra, invero, chiaramente prevalente rispetto alla esigenza di una *valutazione puntuale* per ogni situazione concreta¹⁰⁰».

A parte l'inaccettabilità del «baratto» tra velocità della decisione e valutazione puntuale della fattispecie prospettata con riferimento ai procedimenti amministrativi di massa (anche con riferimento a detti procedimenti vale, infatti, l'esigenza ad una valutazione puntuale della fattispecie, senza che possa rilevare una certa qual «compensazione» derivante dalla maggior velocità di decisione), sembra a chi scrive che la problematica in discorso non possa essere risolta attraverso il riferimento *quantitativo* alla più o meno alta complessità delle valutazioni discrezionali, trattandosi, al contrario, di una profonda differenza *qualitativa* che investe praticamente tutti gli aspetti della ricostruzione sopra effettuata e che impone l'individuazione di nuovi strumenti operativi e di una nuova sistematica.

L'estensione ai territori della discrezionalità viene, di norma, giustificata dal riferimento molto sintetico a nuove tecnologie come le reti neurali artificiali¹⁰¹ o i cd. sistemi esperti¹⁰²; in realtà,

⁹⁹ A. Masucci, *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, cit., 35; G. Duni, *L'amministrazione digitale. Il diritto amministrativo nella evoluzione telematica*, cit. 75; F. Morollo, *Documento elettronico fra e-government e artificial intelligence*, cit., 22; M.L. Maddalena, *La digitalizzazione della vita dell'amministrazione e del processo*, in *Foro amm.*, 2016, 2535; *Nuovo dir. amm.*, 2016, 6, 135; *www.giustizia-amministrativa.it*; AA.VV., *L'Italia che cambia: dalla riforma dei contratti pubblici alla riforma della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2017, § 4.3. Più avanzata risulta la posizione di F. Saitta, *Le patologie dell'atto amministrativo elettronico e il sindacato del giudice amministrativo*, cit., 18 che ritiene che non «sussistano ostacoli insormontabili ad ipotizzare che il testo elaborato dal computer, a seguito di un intervento solo iniziale dell'uomo, possa avere ad oggetto anche l'attività amministrativa discrezionale» anche se poi il seguito del discorso richiama l'istituto dell'autolimita della p.a. e, quindi il procedimento di «trasformazione» di poteri originariamente discrezionali in poteri vincolati già analizzato al § 3.1.

¹⁰⁰ A. Masucci, *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, cit., 36.

¹⁰¹ Ovvero quelle tecnologie che simulano «la costruzione del sistema nervoso umano (e) consistono in una serie di unità di calcolo (neuroni) collegate tra loro. I singoli neuroni sono collegati tra loro formando una rete, generalmente composta da tre strati (o *layer*); lo strato di ingresso (*input layer*), lo strato nascosto (*hidden layer*) e lo strato di uscita (*output layer*). Ciascuna connessione ha un *grado di attivazione* che rappresenta con un valore numerico compreso tra 0 e 1, il *peso* del segnale di entrata e la relativa risposta: il neurone passa informazioni alle altre unità di calcolo solo qualora il segnale di entrata raggiunge il livello prestabilito»: P.L.M. Lucatuorto, *Teorie e modelli del diritto per il ragionamento giuridico automatico*, cit., 30 e ss.; G. Sartor, *L'informatica giuridica e le tecnologie dell'informazione*, cit., 287.

¹⁰² «I sistemi basati sulla conoscenza sono spesso identificati con i cosiddetti *sistemi esperti*, cioè i sistemi intesi

però il trattamento dei poteri a struttura discrezionale impone una serie di modificazioni ricostruttive che vengono ad incidere su quasi tutti gli aspetti della sistematica sopra prospettata e che sono di seguito tratteggiate con estrema sintesi (trattandosi, come già rilevato, di una problematica la cui trattazione si presenta incompatibile con i limiti dimensionali del presente scritto).

In primo luogo, cambia, infatti, la struttura logica di riferimento che non può più essere quella sillogistica esaminata al § 2 del *ragionamento automatico* o del *formalismo procedurale*, che si presenta sostanzialmente inadatta al trattamento della discrezionalità¹⁰³; risulta, infatti, necessario il riferimento a schemi completamente diversi, come “l’analogia sulla base dei precedenti ... (e/o) lo sviluppo di teorie giuridiche basate su regole e casi¹⁰⁴” o, ancora, teorie basate sui cd. *formalismi dichiarativi*¹⁰⁵; in buona sostanza, è quindi necessario passare da schemi ispirati al modello logico-deduttivo a qualcosa di simile al ragionamento per analogia utilizzato nei paesi di *common law* che “pone al centro la deliberazione del giudice, prima attraverso una generalizzazione, poi con una successiva comparazione. Infatti, con la prima operazione (*rule extraction*) il ragionamento del giudice che fonda la decisione viene isolato e universalizzato (ossia generalizzato) in una regola che interpreta il risultato finale; successivamente, con il secondo metodo (*case comparison*), si assegna la conclusione di un precedente simile a quella del caso in esame, applicandola in via analogica. L’analogia dei due casi viene quindi confermata (o smentita) dalla presenza (o dall’assenza) di fattori comuni¹⁰⁶”.

In secondo luogo, risulta poi necessario elaborare schemi di riferimento che permettano, nello specifico, il trattamento della discrezionalità amministrativa¹⁰⁷ e non mancano certo, al proposito, sia obiezioni radicali che tendono a contestare in radice la possibilità di una simile sostituzione del computer all’uomo¹⁰⁸, sia obiezioni che potremmo qualificare come a «più

a fornire funzionalità che richiedono una specifica competenza professionale (*expertise*). Un sistema basato sulla conoscenza è indubbiamente un sistema esperto nel senso che esso svolge funzioni basate su conoscenze specialistiche, che solo un esperto possiede. Ciò non significa però che esso sia un vero esperto, cioè che possa svolgere da solo un’intera prestazione professionale, comprensiva di tutte le funzioni che si affiderebbero all’esperto umano”: G. Sartor, *L’informatica giuridica e le tecnologie dell’informazione*, cit., 299.

¹⁰³ Per tutti, si rinvia a G. Sartor, *L’informatica giuridica e le tecnologie dell’informazione*, cit., 302 e ss. che rileva, assai plasticamente, come “tali sistemi potrebbero svolgere per intero il ragionamento giuridicosolo se risultasse vera, presa alla lettera, la famosa frase di Charles Montesquieu... «I giudici della nazione non sono ...che la bocca che pronuncia la legge; esseri inanimati che non ne possono moderare né la forza né il rigore»”; in termini generali, per l’impossibilità di applicare lo schema del sillogismo giudiziario al sindacato della discrezionalità della p.a., si vedano L. Coen, *Disparità di trattamento e giustizia amministrativa. Principio di eguaglianza e tecniche di motivazione della sentenza*, cit. e L. Viola, *La motivazione delle decisioni del giudice amministrativo in Italia e in Francia*, cit.

¹⁰⁴ G. Sartor, *L’informatica giuridica e le tecnologie dell’informazione*, cit., 304 e ss.

¹⁰⁵ Che “vengono impiegati per collegare oggetti attraverso relazioni di appartenenza, gerarchia, proprietà; ecc., descrivendo stati di cose o anche nozioni di senso comune”: P.L.M. Lucatuorto, *Teorie e modelli del diritto per il ragionamento giuridico automatico*, cit., 19.

¹⁰⁶ P.L.M. Lucatuorto, *Teorie e modelli del diritto per il ragionamento giuridico automatico*, cit., 30; non a caso, si tratta della metodologia posta a base dello studio «Giurinet» sopra citato: G. Terracciano, *L’applicazione in campo giuridico delle reti neurali artificiali. Il programma «Giurinet»*, cit.

¹⁰⁷ Il tentativo più argomentato è quello di P.L.M. Lucatuorto e S. Bianchini, *Discrezionalità e temperamento degli interessi nei processi decisionali dall’amministrazione digitale*, cit., 41 e ss.; si veda anche P.L.M. Lucatuorto, *Teorie e modelli del diritto per il ragionamento giuridico automatico*, cit., 67 e ss.

¹⁰⁸ Le obiezioni sono veramente tante e articolate; tra quelle più originali e interessanti si vedano S. Civitarese Matteucci e L. Torchia, *La tecnificazione dell’amministrazione*, cit. 34 (che citano Niklas Luhmann e la sua teoria delle “illegalità praticabili” che sarebbero precluse dal ricorso all’informatica); F. Morollo, *Documento elettronico fra e-government e artificial intelligence*, cit., 21 e P. Otranto, *Decisione amministrativa e digitalizzazione della p.a.*, cit., 21

corto raggio» e che tendono a contestare l’opportunità e gestibilità di un simile passaggio¹⁰⁹; all’estremo dell’itinerario argomentativo non mancano poi anche obiezioni che potremmo qualificare come «apocalittiche» e che vengono a prefigurare un mondo in cui l’estremo sviluppo dei sistemi automatizzati possa determinare la totale scomparsa dei controlli e della tutela giurisdizionale nei confronti della p.a. che risulterebbero sostanzialmente inutili, essendo “altamente improbabile che il *software* impiegato nel procedimento di secondo grado pervenga a conclusioni che smentiscano la legittimità o opportunità della decisione assunta dal *software* impiegato dall’amministrazione procedente in prima battuta¹¹⁰”.

In terzo e ultimo luogo, il passaggio a sistemi in grado di trattare la discrezionalità non potrebbe più essere inserito nel sistema, secondo il processo ricostruttivo indicato in queste pagine; in particolare, aumenterebbero sicuramente gli spazi di «imperscrutabilità» degli esiti del sistema che non potrebbero più essere agevolmente ricostruiti secondo la «facile» logica del ragionamento automatico; le problematiche di responsabilità non potrebbero poi più essere risolte secondo il brocardo *causa causae est causa causati* (che, con tutta evidenza, diverrebbe una finzione troppo lontana dalla realtà per essere accettabile) e si dovrebbe necessariamente riconoscere una qualche soggettività all’elaboratore, secondo le linee ricostruttive del movimento evolutivo già tratteggiato nelle pagine precedenti.

In buona sostanza, l’estensione della categoria dell’atto amministrativo ad elaborazione elettronica ai territori della discrezionalità richiede ben più del ricorso a nuove tecnologie; richiede soprattutto una scelta consapevole e un dibattito che sono ben lunghi dall’essersi conclusi.

Con tutta evidenza, si tratta di un nuovo apparato teorico che non sembra essere ancora realmente in atto e che non può certamente esaurirsi nelle poche righe spesso presenti in dottrina in ordine alla possibilità di utilizzare le reti neurali artificiali o i sistemi esperti; in

(che citano la logica necessariamente “opaca” della agire amministrativo discrezionale richiamata da F. Merusi, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli, E.S.I., 2011, 51); abbastanza comune a tutti gli orientamenti è una decisa negazione della possibilità di sostituire il computer all’uomo in presenza di riferimenti a concetti indeterminati che operino un riferimento “a leggi scientifiche c.d. critiche (letteratura, storia, arte) e a quelle c.d. speculative (filosofia, morale, semiotica, religione)” (F. Morollo, *Documento elettronico fra e-government e artificial intelligence*, cit., 24 che richiama, al proposito, F. Satta, *E-government e e-procurement*, in *www.apertacontrada.it*, 2010: “se parliamo di una casa da inserirsi in un ambiente storico, ad esempio, si tratta di stabilire se la costruzione che deriva dall’applicazione di quelle norme, di quei numeri, di quelle quantità, è bella o brutta, allora il giudizio non può essere fatto da una macchina ma è un giudizio che può e deve essere fatto dall’uomo e anzi quello dell’uomo è l’unico giudizio e questo è il punto cruciale”).

¹⁰⁹ Come l’argomentazione relativa ai costi dell’informatizzazione che è presente fin dall’origine dell’impostazione dottrinarina in proposito (a partire da A. Masucci, *L’atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, cit.), l’obiezione relativa all’irreversibilità della scelta (si vedano, al proposito, P. Otranto, *Decisione amministrativa e digitalizzazione della p.a.*, cit., 24; M. D’Angelosante, *La consistenza del modello dell’amministrazione “invisibile” nell’età della tecnificazione: dalla formazione delle decisioni alla responsabilità per le decisioni*, cit. 162 che rileva come si venga a determinare “in sostanza, per ragioni sia tecniche sia sociologiche, una condizione di *irreversibilità*: non sarebbe cioè possibile fare ritorno allo stadio precedente, in cui la macchina è solo elemento indirettamente o direttamente sostitutivo delle abilità umane e svincolato da un sistema esponenzialmente più ampio che lo governi”) o, ancora la rilevazione relativa al ruolo di «inferiorità o sudditanza» che un simile elaboratore potrebbe indurre nel funzionario chiamato a correggerne i risultati (“l’autorevolezza (o addirittura l’“Autorità”?) di un super elaboratore così concepito renderebbe solo teorica la possibilità (eventualmente prevista dalla legge in funzione di garanzia e per preservare il principio di responsabilità, in analogia a quanto disposto dall’art. 6, lett. e, della l. n. 241/1990) che l’organo chiamato ad adottare il provvedimento si discosti dalla proposta dell’elaboratore elettronico”: P. Otranto, *Decisione amministrativa e digitalizzazione della p.a.*, cit., 24 e ss.).

¹¹⁰ P. Otranto, *Decisione amministrativa e digitalizzazione della p.a.*, cit., 26.

buona sostanza, l'estensione della categoria dell'atto amministrativo ad elaborazione elettronica ai territori della discrezionalità è una storia in larga parte ancora da scrivere e pertanto il riferimento agli atti caratterizzati dalla natura discrezionale (a bassa o alta complessità, non potendo utilizzarsi distinzioni puramente quantitative) sembra oggi ancora integrare un limite e non una possibilità della categoria dell'atto ad elaborazione elettronica.

4. Dalla sostituzione alla simbiosi: l'interazione uomo-sistema informatico.

Uno dei problemi più importanti della materia è costituito dal ruolo che viene a svolgere, nella sistemica amministrativa, l'elaborazione elettronica del contenuto degli atti che può assumere, sia un valore completamente sostitutivo dell'intervento dell'uomo/funziionario amministrativo¹¹¹ (che risulta, in buona sostanza, limitato alla predisposizione del programma ed all'inserimento dei dati necessari), sia funzioni integrative dell'intervento umano proprie di versioni più *soft* in cui l'elaborazione del contenuto del provvedimento in via informatica non viene necessariamente ad escludere ed anzi si combina con la «supervisione» del prodotto finale da parte dell'uomo e, soprattutto, con l'imputazione del provvedimento ad un funzionario-persona fisica.

Nel sistema italiano, la problematica è stata inizialmente approcciata attraverso il «prisma» dell'art. 3, 2° comma ult. parte del d.lgs. 12 febbraio 1993, n. 39¹¹² (norme in materia di sistemi informativi automatizzati delle amministrazioni pubbliche) che prevede, con riferimento agli atti ad elaborazione elettronica, la sostituzione della «firma autografa, ... (con l') indicazione a stampa, sul documento prodotto dal sistema automatizzato, del nominativo del soggetto responsabile»; l'intera problematica è stata pertanto «influenzata» dalla logica sicuramente più formalistica della sottoscrizione dell'atto amministrativo, ma in un contesto in cui risulta abbastanza evidente come il «convitato di pietra» della problematica fosse (e sia) costituito dalla problematica più sostanziale del rapporto di integrazione o sostituzione tra uomo e macchina.

Dopo una sostanziale apertura ad opera della dottrina¹¹³, il ricorso alla previsione ha registrato due significative battute di arresto per effetto del già citato parere dell'Adunanza generale del Consiglio di Stato reso su alcune questioni interpretative del d.lgs. 12 febbraio 1993, n. 39 (che ha ristretto l'applicabilità della previsione dell'art. 3, 2° comma alle sole certificazioni amministrative, con esclusione quindi, dei «provvedimenti, per i quali la sottoscrizione con firma autografa è requisito di giuridica esistenza»¹¹⁴) e, soprattutto, di Cass. civ., sez. I, 28 dicembre 2000 n. 16204 che, in considerazione del «carattere estremamente ristretto della delega conferita al Governo ... (dall') art. 2, comma 1, lett. mm) della legge n. 421 del 1992, ... (ha ritenuto di dover) propendere per una interpretazione restrittiva della norma, da ritenersi riferibile ai soli atti amministrativi suscettibili di una completa e automatica elaborazione informatica, mentre essa non può ritenersi riferibile ai provvedimenti amministrativi in generale, che, dovendo essere specificamente motivati in relazione al singolo caso concreto, non sono suscettibili di informatizzazione automatica ed in relazione ai quali la legge di delegazione non avrebbe potuto prescindere dalla formulazione di specifici principi e criteri direttivi, con riferimento alle caratteristiche di tali atti, riguardo alle procedure, ai limiti ed agli effetti della loro informatizzazione, così come la norma delegata non avrebbe potuto esimersi

¹¹¹ Come avviene, in buona sostanza, nell'ordinamento tedesco in cui l'atto amministrativo ad elaborazione informatica risulta essere considerato i termini di puro «prodotto di macchina» che non richiede la sottoscrizione da parte di una persona fisica, ma solo l'indicazione del responsabile dell'emanazione dell'atto: sul punto si rinvia all'ampia trattazione di A. Masucci, *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, cit., 84 e ss.

¹¹² Per la verità, anticipato, per quello che riguarda gli enti locali, dall'art. 6-*quater* del d.l. 2 gennaio 1991, n. 6, conv. in l. 15 marzo 1991, n. 80.

¹¹³ Per tutti si veda, A. Masucci, *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, cit., 94 e ss.

¹¹⁴ Cons. Stato, ad. gen., 24 febbraio 1994, n. 1438, cit.

dal dettare una particolareggiata disciplina in proposito¹¹⁵”.

Al di là di qualche soluzione restrittiva legittimata dal riferimento ai provvedimenti amministrativi “specificamente motivati in relazione al singolo caso concreto” presente in Cass. civ. sez. I, 28 dicembre 2000 n. 16204¹¹⁶, appare oggi aver praticamente prevalso, in qualche modo, l’opinione dottrinale¹¹⁷ e giurisprudenziale¹¹⁸ «intermedia» che ha praticamente espunto ogni riferimento alla ristrettezza della previsione di delega e limitato l’applicazione della previsione di cui all’art. 3, 2° comma ult. parte del d.lgs. 12 febbraio 1993, n. 39 ai soli atti vincolati (quelli che, in buona sostanza, ci occupano), con esclusione quindi dei provvedimenti richiedenti valutazioni discrezionali.

Pur in contesto caratterizzato dalle limitazioni derivanti dall’«aggancio» con la tematica della sottoscrizione degli atti amministrativi, è stata pertanto esclusa la possibilità di ravvisare nell’atto ad elaborazione elettronica un mero «prodotto di macchina» che possa prescindere dall’imputazione ad un funzionario-persona fisica; impossibilità che risulta assoluta per gli atti importanti valutazioni discrezionali e che, per gli atti vincolati, risulta solo temperata dal meccanismo di cui all’art. 3, 2° comma ult. parte del d.lgs. 12 febbraio 1993, n. 39 che comunque si inserisce nel quadro concettuale sopra richiamato e richiede l’individuazione di un “soggetto responsabile” che risulta tenuto ad operare un controllo dell’emanazione dell’atto, dall’elaborazione del programma all’inserimento dei dati e al controllo del prodotto finale.

Sotto un profilo più sostanziale, una serie di limiti importanti alla possibilità teorica di operare una sostituzione completa della macchina all’uomo è poi derivata dalla normativa in materia di tutela della *privacy* ed in particolare, da un filone normativo che prende le mosse dalle previsioni degli artt. 15 della direttiva 24 ottobre 1995, n. 95/46/CE (direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati) e 17, 1° comma della l. 31 dicembre 1996, n. 675 (tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali)¹¹⁹ e che ha introdotto nell’ordinamento una serie di divieti di adottare atti o provvedimenti giudiziari o amministrativi implicanti una valutazione del comportamento umano

¹¹⁵ In *Giust. civ.*, 2001, I, 928; *Foro it.*, 2002, I, 1503; *Diritto & Formazione*, 2002, 681, con nota di Martini; *Comuni Italia*, 2001, 601;

¹¹⁶ Come quella proposta da M. D’Angelosante, *La consistenza del modello dell’amministrazione “invisibile” nell’età della tecnificazione: dalla formazione delle decisioni alla responsabilità per le decisioni*, cit. 164 e ss. che ha rilevato come sia “evidente che pure le decisioni assunte in costanza di attività amministrativa vincolata richiedono di regola valutazioni e motivazioni diverse in relazione alle specificità del caso concreto (si pensi al solo esempio del rilascio dei titoli edificatori). Più esattamente la Cassazione ha dunque cercato di distinguere, anch’essa, la dimensione documentaria da quella metadocumentaria dell’informatizzazione”; nello stesso senso praticamente anche A.G. Orofino, *La patologia dell’atto amministrativo elettronico: sindacato giurisdizionale e strumenti di tutela*, cit., 3.1.

¹¹⁷ G. Duni, *Teleamministrazione*, cit., 5 che rileva come, “nella redazione di un *atto discrezionale*, l’identificazione, anche in chiaro, dell’autore (sia) requisito irrinunciabile per l’attribuzione della «paternità» delle scelte e per le conseguenti responsabilità: viceversa, per la *mera deduzione automatica di conseguenze vincolate da premesse esistenti*, l’elaborazione automatica del computer non può esplicitare responsabilità personale di alcun funzionario” con conseguente non necessarietà della firma; nello stesso senso sembra orientato anche F. Saitta, *Le patologie dell’atto amministrativo elettronico e il sindacato del giudice amministrativo*, cit., 8 e ss.

¹¹⁸ Tra le più recenti si vedano, per la giurisprudenza dell’A.G.O., Cass. civ. sez. trib., 17 maggio 2017, n. 12302, in *De Jure*; sez. lav., 15 ottobre 2003, n. 15448, in *Foro amm. - CDS*, 2003, 2882; per la giurisprudenza del Giudice amministrativo, T.A.R. Marche, 13 marzo 2013, n. 210, in *Foro amm. - T.A.R.*, 2013, 3, 84.

¹¹⁹ Per un commento alla previsione si rinvia, su tutti, a E. Pellicchia, *Commento all’art. 17 della l. 31 dicembre 1996, n. 675*, in *Nuove leggi civ. commentate*, 1999, 457 e ss.; in precedenza, si veda l’art. 9, ult. comma della l. 1° aprile 1981, n. 121 (nuovo ordinamento dell’Amministrazione della pubblica sicurezza) relativo però ai soli provvedimenti giudiziari. Praticamente analoga è l’impostazione data alla problematica dalla normativa e dottrina francese: D. Bourcier, *De l’intelligence artificielle à la personne virtuelle: Émergence d’une entité juridique?*, cit., §

fondati unicamente su un trattamento automatizzato di dati personali.

La previsione di legge statale è poi stata trasfusa nell'art. 14, 1° comma del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196¹²⁰ (codice in materia di protezione dei dati personali) che ha espressamente escluso che un qualche atto, provvedimento giudiziario o amministrativo implicante “una valutazione del comportamento umano ... (possa) essere fondato unicamente su un trattamento automatizzato di dati personali volto a definire il profilo o la personalità dell'interessato¹²¹”.

In buona sostanza, si tratta della stessa impostazione che è oggi riproposta, in una formulazione sostanzialmente più ampia (in buona sostanza, quella dell'art. 15 della direttiva 24 ottobre 1995, n. 95/46/CE) e non limitata ai “dati personali volti a definire il profilo o la personalità dell'interessato” o implicanti la valutazione del comportamento umano, dal 71° considerando¹²² e dall'art. 22, 1° comma¹²³ del reg. 27 aprile 2016, n. 2016/679/UE del Parlamento europeo, sia pure in un contesto temperato dalla possibile applicabilità delle deroghe previste dall'art. 22, 2° comma del regolamento (e relative alle ipotesi in cui il trattamento automatizzato dei dati sia necessario per la conclusione o l'esecuzione di un contratto tra l'interessato e il titolare del trattamento; sia autorizzato dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento o si basi sul consenso esplicito dell'interessato)¹²⁴.

Ancora più ampia risulta poi la possibilità, per il diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento, di derogare, mediante misure legislative, la portata degli obblighi e dei diritti di cui agli articoli da 12 a 22 (e, quindi, anche del divieto di cui all'art. 22, 1° comma), qualora detta limitazione sia proporzionata e giustificata dalla necessità di salvaguardare una serie di interessi pubblici analiticamente individuati (sicurezza nazionale e pubblica, difesa, prevenzione e repressione generale dei reati, importanti obiettivi di interesse

II.2.

¹²⁰ L'importanza della previsione in discorso nella materia che ci occupa è stata sottolineata da G. Sartor, *L'informatica giuridica e le tecnologie dell'informazione*, cit., 383, nota 328.

¹²¹ Per un commento alla disposizione, si veda C. Filippi, *Commento all'art. 14*, in G.P. Cirillo (a cura di), *Il codice sulla protezione dei dati personali*, Milano, Giuffrè, 2004, che sottolinea come debba trattarsi della valutazione di un comportamento e come quindi possa essere prospettata “un'interpretazione restrittiva del termine come sinonimo di condotta (se del caso, anche omissiva) ... (che potrebbe portare a considerare) ammissibile che decisioni automatizzate implicanti una valutazione delle caratteristiche – considerate per così dire in prospettiva statica e non nella prospettiva dinamica di un comportamento, di un agire – del soggetto, siano assunte sulla base di trattamento automatizzati volti alla definizione del profilo”; propende invece per l'interpretazione estensiva della analoga previsione dell'art. 17 della l. 31 dicembre 1996, n. 675, E. Pellicchia, *Commento all'art. 17 della l. 31 dicembre 1996, n. 675*, cit., 460 e ss.

¹²² Che rileva, in linea generale, come “l'interessato dovrebbe avere il diritto di non essere sottoposto a una decisione, che possa includere una misura, che valuti aspetti personali che lo riguardano, che sia basata unicamente su un trattamento automatizzato e che produca effetti giuridici che lo riguardano o incida in modo analogo significativamente sulla sua persona, quali il rifiuto automatico di una domanda di credito *online* o pratiche di assunzione elettronica senza interventi umani”.

¹²³ “L'interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona”; il riferimento all'applicabilità delle previsioni in discorso nella materia che ci occupa è di P. Otranto, *Decisione amministrativa e digitalizzazione della p.a.*, cit., 22, nota 80.

¹²⁴ La presenza di fonti normative interne ed europee che regolamentano la materia rende meno utile il riferimento operato da F. Morollo, *Documento elettronico fra e-government e artificial intelligence*, cit., 30 all'art. 7 della bozza della *Dichiarazione dei diritti in Internet* (poi divenuto l'art. 8 nel testo finale); dichiarazione approvata dalla cd. Commissione Rodotà il 14 luglio 2015 (vedila in http://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg17/commissione_internet/dichiarazione_dei_diritti_internet_pubblicata.pdf), che comunque mantiene il proprio valore etico e di indirizzo.

pubblico generale dell'Unione o di uno Stato membro, ecc.); possibilità di deroga che potrebbe legittimare una sostanziale estensione dell'ambito delle materie suscettibili di automazione in sede amministrativa, soprattutto con riferimento alla categoria (per certi versi, forse eccessiva e non ben determinata) degli “importanti obiettivi di interesse pubblico generale dell'Unione o di uno Stato membro, in particolare un rilevante interesse economico o finanziario dell'Unione o di uno Stato membro, anche in materia monetaria, di bilancio e tributaria, di sanità pubblica e sicurezza sociale” (art. 23, 1° comma lett. e) del reg. 27 aprile 2016, n. 2016/679/UE del Parlamento europeo).

In buona sostanza, siamo pertanto in presenza di un'indubbia valutazione normativa “di specifica pericolosità di tali trattamenti in ragione del mezzo (informatico) utilizzato (radicata sull')eventualità che le informazioni relative ad un soggetto ... possano ... essere prima estrapolate dal contesto originario e poi aggregate. In questa *decontestualizzazione* dei dati – necessariamente preceduta da una *parcellizzazione* delle informazioni- si è colto il rischio di distorsioni e aggressioni alla riservatezza e alla sfera personale¹²⁵”.

L'approfondimento dell'ambito applicativo delle previsioni in discorso non rientra nelle finalità (e nelle possibilità) del presente scritto; ai fini che ci occupano, appare però sufficiente rilevare come non venga certamente “precluso in modo assoluto l'uso del *computer*, ma, come nel caso dei provvedimenti giudiziari, l'*output* deve essere riesaminato. Anche a tale riguardo, il legislatore ha mostrato di avere piena consapevolezza di quella sorta di ambiguità che caratterizza la modernizzazione degli apparati amministrativi conscio del fatto che al formidabile snellimento delle operazioni tramite la razionalizzazione delle procedure burocratiche può corrispondere un irrigidimento del sistema¹²⁶”.

Per effetto di disposizioni di diversa provenienza e finalità ed oggi anche di indirizzi giurisprudenziali specifici¹²⁷, siamo pertanto in presenza di un contesto che rende sostanzialmente

¹²⁵ E. Pellicchia, *Commento all'art. 17 della l. 31 dicembre 1996, n. 675, cit.*, 460 e ss. che rileva ulteriormente come “la connessione dei dati decontestualizzati offr(a) una immagine che non solo è, per così dire, priva della dimensione della profondità (e quindi della prospettiva) ma, soprattutto, finisce con il sovrapporsi del tutto a ciò che il soggetto effettivamente è”.

¹²⁶ E. Pellicchia, *Commento all'art. 17 della l. 31 dicembre 1996, n. 675, cit.*, 460 e ss.; particolarmente interessante risulta il percorso argomentativo dello scritto che ravvisa un sostanziale filo logico tra le previsioni dell'art. 3 della l. 7 agosto 1990, n. 241, dell'art. 3 del d.lgs. 12 febbraio 1993, n. 39 e la normativa in materia di *privacy*, teso ad imporre la supervisione del risultato dell'elaborazione finale ad opera di una persona fisica.

¹²⁷ T.A.R. Lazio sez. II-*bis*, 10 settembre 2018, n. 9230, in *www.giustizia-amministrativa.it*, ha concluso per l'impossibilità di attribuire esclusivamente alle macchine e all'algoritmo il processo decisionale amministrativo, sulla base del seguente percorso motivazionale: “non è conforme al vigente plesso normativo complessivo e ai dettami dell'art. 97 della Costituzione, ai principi ad esso sottesi, agli istituti di partecipazione procedimentale definiti agli artt. 7, 8, 10 e 10 – *bis* della L. 7.8.1990, n. 241, all'obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi sancito dall'art. 3, stessa legge, al principio ineludibile dell'interlocuzione personale intessuto nell'art. 6 della legge sul procedimento e a quello ad esso presupposto di istituzione della figura del responsabile del procedimento, affidare all'attivazione di meccanismi e sistemi informatici e al conseguente loro impersonale funzionamento, il dipanarsi di procedimenti amministrativi, sovente incidenti su interessi, se non diritti, di rilievo costituzionale, che invece postulano, onde approdare al corretto esito provvedimentale conclusivo, il disimpegno di attività istruttoria, acquisitiva di rappresentazioni di circostanze di fatto e situazioni personali degli interessati destinatari del provvedimento finale, attività, talora ponderativa e comparativa di interessi e conseguentemente necessariamente motivazionale, che solo l'opera e l'attività dianoetica dell'uomo può svolgere....Invero Il Collegio è del parere che le procedure informatiche, finanche ove pervengano al loro maggior grado di precisione e addirittura alla perfezione, non possano mai soppiantare, sostituendola davvero appieno, l'attività cognitiva, acquisitiva e di giudizio che solo un'istruttoria affidata ad un funzionario persona fisica è in grado di svolgere e che pertanto, al fine di assicurare l'osservanza degli istituti di partecipazione, di interlocuzione procedimentale, di acquisizione degli apporti collaborativi del privato e degli interessi coinvolti nel procedimento, deve seguitare ad essere il *dominus* del procedimento stesso,

impossibile il ricorso allo schema più «puro» della totale sostituzione della macchina all'uomo e che ancora richiede il necessario intervento del funzionario, in funzione di supervisione e controllo del risultato finale, anche nelle ipotesi (come nel caso degli atti vincolati) in cui l'operatività della previsione di cui all'art. 3, 2° comma del d.lgs. 12 febbraio 1993, n. 39 permette la sostituzione della sottoscrizione con l'indicazione del “nominativo del soggetto responsabile”; richiamando quindi le classificazioni già articolate al § 1, siamo pertanto in una fase di *Screen-Level Bureaucracy* e non è ancora possibile il passaggio alla fase più avanzata della *System-Level Bureaucracy*.

Per effetto di indubbie limitazioni normative e strutturali, la “prospettiva nella quale collocare l'interazione tra uomo e sistema informatico è (pertanto ancora) quella della simbiosi uomo-macchina, già concepita all'inizio degli anni '60 da J.C.R. Licklider...che implica uno stretto accoppiamento tra le componenti umane e quelle elettroniche dell'associazione..... Nell'associazione simbiotica prevista, gli uomini indicheranno gli scopi, formuleranno le ipotesi, determineranno i criteri ed effettueranno le valutazioni. Le macchine calcolatrici faranno il lavoro di *routine* che deve essere compiuto per preparare la strada per nuove idee e decisioni nel pensiero tecnico e scientifico¹²⁸”.

In buona sostanza, si tratta dello schema già richiamato nelle pagine precedenti e che, attraverso la «mobile» categoria del provvedimento vincolato, tende ad introdurre una simbiosi tra uomo e sistema informatico finalizzata ad “affidare all'elaborazione automatica particolari fasi o momenti delle attività giuridiche che si affiancano e integrano con quelli affidati all'uomo¹²⁹” e che appare sostanzialmente compatibile con le categorie più sedimentate del diritto amministrativo e con le nuove esigenze rispecchiate dalla normativa in materia di tutela della *privacy* sopra richiamata.

Del resto, lo schema ricostruttivo della simbiosi uomo-macchina non si esaurisce nella formulazione sopra richiamata e che attribuisce alle macchine il lavoro di *routine* ed all'uomo il lavoro di impostazione e controllo, ma può probabilmente essere articolato anche in diverse figure ed in particolare, anche su una combinazione basata su una logica, in un certo senso, rovesciata in cui è la macchina a controllare l'uomo; è stato, infatti, autorevolmente rilevato come un possibile ed “interessante uso delle reti neurali... consist(a) .. nello smascherare false giustificazioni, cioè giustificazioni che pongono a fondamento di decisioni giuridiche fattori diversi da quelli che hanno realmente motivato tali decisioni¹³⁰”.

Questa combinazione in cui alle macchine viene affidata la funzione di controllo delle decisioni (in questo caso, anche di natura discrezionale) adottate dai funzionari amministrativi,

all'uopo dominando le stesse procedure informatiche predisposte in funzione servente e 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; ostando alla deleteria prospettiva *orwelliana* di dismissione delle redini della funzione istruttoria e di abdicazione a quella provvedimentale, il presidio costituito dal baluardo dei valori costituzionali scolpiti negli artt. 3, 24, 97 della Costituzione oltre che all'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo” (per un commento alla decisione si veda A. Ciccio Messina, *P.A. telematica con garanzie. Funzionari tenuti a correttezza e assistenza ai cittadini*, cit.). Al di là del riferimento ad Orwell (forse eccessivo allo stato attuale di informatizzazione dell'attività decisionale amministrativa conosciuto dall'ordinamento italiano), appare evidente come si sia seguito un percorso motivazionale che non richiama per nulla le norme in materia di tutela di *privacy* sopra richiamate, ma le disposizioni generali sul procedimento amministrativo (che, isolatamente prese, non giustificano l'esito in questione) e l'art. 6 della C.E.D.U. (che non ha molto a che vedere con la problematica che ci occupa).

¹²⁸ G. Sartor, *L'informatica giuridica e le tecnologie dell'informazione*, cit., 300 che cita J.C.R. Licklider, *Man-Computer Symbiosis*, in *IRE Transactions on Human Factors in Electronics* HFE-1. March (1960), 4-11; in precedenza, si veda Id. *Sistemi basati sulla conoscenza giuridica e servizi pubblici*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Isabella D'Elia Ciampi*, a sua volta in *Inf. e dir.*, 2008, 1-2, 468 (oggi consultabile liberamente all'indirizzo: <http://www.ittig.cnr.it/EditoriaServizi/AttivitaEditoriale/InformaticaEDiritto/Index.html>).

¹²⁹ G. Sartor, *L'informatica giuridica e le tecnologie dell'informazione*, cit., 299

¹³⁰ G. Sartor, *L'informatica giuridica e le tecnologie dell'informazione*, cit., 292.

con funzione di individuazione e «smascheramento» dei reali fattori che abbiano portato ad una certa decisione risulta di particolare interesse in alcuni campi particolarmente problematici come, ad es., quello del contrasto della corruzione¹³¹ e potrebbe attualmente dimostrarsi più interessante e utile della certo più problematica sostituzione dell'intervento umano con la decisione da parte della macchina.

5. Una conclusione necessariamente aperta.

È giunto il momento di riprendere la citazione dal *Fedro* inserita all'inizio dello scritto, per rammentare che il dono di *Theuth* non è altro che la scrittura; dopo questa precisazione, appare di immediata evidenza come al faraone *Talos* (*Thamus* in altre traduzioni) ben possa essere riferita l'accusa “di eccessivo conservatorismo¹³²” sollevata dalla dottrina e come le sue preoccupazioni in ordine agli effetti sulla memoria degli uomini dell'innovazione non possano non essere ritenute infondate.

L'approccio del faraone *Talos* mantiene però una sua validità per quello che riguarda l'atteggiamento «laico» e problematico nei confronti dell'innovazione tecnologica rispecchiato, in definitiva, dalla volontà di valutare in concreto le conseguenze di un'innovazione importante indubbiamente una “delega delle nostre funzioni mentali a enti materiali (che potrebbe) avere effetti pregiudizievoli per lo sviluppo umano”; in questa prospettiva, appare indiscutibile come la delega di compiti sempre più ampi a sistemi informatici tenda a creare una “struttura simbolica (la sequenza di caratteri che forma la base di conoscenza del sistema) ... (che) diventa autonoma, potendo essere applicata mediante processi automatici. Diventa quindi necessariostabilire opportune modalità per l'integrazione.....tra intelligenza umana e intelligenza automatica, cosicché, anche nell'ambito delle funzioni in cui si utilizzino sistemi esperti, da un lato l'uomo continui a fornire le competenze cognitive di cui la macchina è priva...e che dall'altro egli mantenga il controllo sulla conoscenza trasferita alla macchina e sul processo della sua applicazione¹³³”.

Il riferimento al faraone *Talos* non costituisce pertanto espressione di vuoto conservatorismo, ma vuole solo operare un richiamo al dovuto spirito critico nei confronti di un'innovazione che contempla una delega di funzioni umane ad una tecnica ben maggiore della scrittura; tutte le conseguenze di questa innovazione dovrebbero (e devono) pertanto costituire oggetto di approfondita considerazione prima dell'introduzione di simili meccanismi nel nostro ordinamento e non solo *a posteriori* (come è purtroppo avvenuto per alcune innovazioni derivanti dal P.A.T. che non hanno costituito oggetto di una qualche forma di dibattito pubblico).

È pertanto necessario incrementare il dibattito sulle modalità di inserimento dell'I.A. nella sistemica amministrativa e su tutte le conseguenze di tale decisione; e, soprattutto, deve trattarsi di un dibattito che utilizzi le categorie della scienza giuridica¹³⁴ e che non svaluti l'esperienza ormai plurisecolare della scienza del diritto amministrativo (anche se si tratta comunque, di uno dei rami più «giovani» dell'esperienza giuridica) per il gusto puro e semplice dell'innovazione tecnologica.

In buona sostanza, siamo in presenza di “due sfide: una tecnologica e una giuridica. La sfida tecnologica mira a creare programmi e sistemi in grado di aumentare l'efficacia e l'efficienza

¹³¹ Al proposito, si rinvia a M. Trapani, *La prevenzione e il controllo della corruzione e dell'etica pubblica mediante l'utilizzo delle nuove tecnologie*, in www.forumcostituzionale.it, 2018, con riferimento alla tecnologia *blockchain* e ad alcune applicazioni dell'I.A.

¹³² G. Sartor, *L'informatica giuridica e le tecnologie dell'informazione*, cit., 282.

¹³³ Citazioni sempre da G. Sartor, *L'informatica giuridica e le tecnologie dell'informazione*, cit., 282 che contrappone i sistemi esperti alla scrittura “che non è in grado di applicarsi da sol(a): è necessario che la mente umana si riappropri del contenuto trasferito nelle strutture simboliche (nella sequenza di caratteri alfabetici che costituisce il testo scritto) affinché quel contenuto possa tradursi in azione”.

¹³⁴ I. Martín Delgado, *La riforma dell'amministrazione digitale: Un'opportunità per ripensare la pubblica Amministrazione*, cit. 135.

nella prestazione dei servizi pubblici e, allo stesso tempo, di rispettare le esigenze costituzionali, legali e in generale le normative che caratterizzano il Diritto amministrativo, ambito nel quale devono essere applicati. La sfida giuridica consiste nello stabilire tali esigenze (adattarle in alcuni casi, crearle in altri) nel contesto delle nuove tecnologie e determinare il regime giuridico della sua applicazione, senza porre ostacoli inutili e ingiustificati allo sviluppo della tecnologia in ambito giuridico”; in questa prospettiva, può essere certamente trasposta anche nel nostro ordinamento la conclusione già articolata con riferimento all’ordinamento spagnolo: “in definitiva (e mi si conceda di dirlo così), l’evoluzione del Diritto amministrativo passa per la formula «verso un migliore 103 (principio di efficacia), per evitare l’uso del 106 CE (giustizia amministrativa)»¹³⁵”.

Il tutto avendo cura di non perdere di mira l’esperienza passata dell’informatizzazione dell’attività amministrativa e il giudizio già formulato nel 1983 da una dottrina particolarmente perspicace e lungimirante: “il progresso tecnologico degli elaboratori elettronici è stato portatore di vantaggi, ma anche di inconvenienti, in applicazione del principio secondo il quale chi è potente diventa sempre più potente, anche sulla via dell’errore¹³⁶”.

Concludendo, direi proprio che il tentativo di evitare che la p.a. possa divenire sempre più potente sulla via dell’errore anche per effetto del ricorso all’informatizzazione sarebbe già un risultato non disprezzabile per il lavoro critico ed un buon criterio di valutazione dell’opportunità di aumentare o meno gli spazi di operatività dell’atto ad elaborazione elettronica nel nostro ordinamento.

¹³⁵ Citazioni da I. Martín Delgado, *La riforma dell’amministrazione digitale: Un’opportunità per ripensare la pubblica Amministrazione*, cit. 135; trasponendo la formula nell’ordinamento italiano, si potrebbe pertanto dire: verso un migliore art. 97 della Costituzione, per evitare l’uso del 113.

¹³⁶ V. Frosini, *L’informatica e la p. a.*, cit., 492.