



24 LUGLIO 2024

L'intelligenza artificiale nell'attività
amministrativa: principi e garanzie
costituzionali nel passaggio dalla regola
agendi alla regola algoritmica

di Michele Francaviglia
Ricercatore di Diritto costituzionale
Università degli Studi di Genova



L'intelligenza artificiale nell'attività amministrativa: principi e garanzie costituzionali nel passaggio dalla regola agendi alla regola algoritmica*

di Michele Francaviglia

Ricercatore di Diritto costituzionale
Università degli Studi di Genova

Abstract [It]: Muovendo dalle più recenti tendenze giurisprudenziali, dottrinarie e normative (anche di livello sovranazionale), il presente lavoro¹ analizza, da una prospettiva di diritto costituzionale, l'impatto dell'intelligenza artificiale sui modelli decisionali delle PP.AA., concentrandosi in particolare sulla tenuta dei principi, istituti e garanzie costituzionali – in primis: quello di legalità – che informano il procedimento amministrativo, il provvedimento amministrativo e le modalità di tutela degli interessi legittimi dei singoli.

Title: Artificial intelligence in administrative activity: principles and constitutional guarantees in the transition from the regula agendi to the algorithmic rule

Abstract [En]: Moving from the most recent jurisprudential, doctrinal and regulatory trends (including at a supranational level), this work analyses, from a constitutional law perspective, the impact of artificial intelligence on the decision-making models of public administrations, focusing in particular on the maintenance of constitutional principles, institutions and guarantees - first and foremost: the principle of legality - which inform the administrative procedure, the administrative provision and the methods of protecting the legitimate interests of individuals.

Parole chiave: Intelligenza artificiale, Costituzione, principio di legalità, Pubblica amministrazione, procedimento amministrativo

Keywords: Artificial intelligence, Constitution, principle of legality, Public administration, administrative procedure

Sommario: 1. L'utilizzo dell'IA da parte delle Pubbliche amministrazioni: solo una questione di diritto amministrativo? 2. I.A. e provvedimento amministrativo: alcune distinzioni preliminari. 3. Il provvedimento automatizzato tra principio di legalità e riserva di legge: il problema del fondamento legale del ricorso all'I.A.. 4. Quali provvedimenti possono essere delegati all'I.A.? Il falso criterio della discrezionalità. 5. Il potere di ricorrere all'I.A. e la tutela degli interessi legittimi: il sindacato sul provvedimento amministrativo algoritmico secondo l'oscillante giurisprudenza amministrativa. 6. Le prime tendenze della legislazione in materia di esercizio di funzioni amministrative per il tramite dell'IA: qualche conferma e alcune perplessità alla luce delle coordinate costituzionali e sovranazionali. 7. L'impatto dell'I.A. sui percorsi di democratizzazione della P.A.: riserva di legge come riserva di umanità?

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ This work was partially funded by the NextGenerationEU project "Security and Rights in CyberSpace" (SERICS).

1. L'utilizzo dell'IA da parte delle Pubbliche amministrazioni: solo una questione di diritto amministrativo?

Quando si studiano i riflessi giuridici del rapporto tra uomo e intelligenza artificiale² (di seguito anche solo IA) vi è una chiara alternativa tra due possibili impostazioni o prospettive metodologiche.

Ci si può concentrare sull'approccio che il primo dovrebbe avere nei confronti della seconda, e quindi sui processi di costruzione di una regolazione consapevole delle condotte umane (e delle istituzioni) e che sia funzionale a un uso appropriato, sicuro e proficuo di siffatte tecnologie ("cosa possiamo fare per mezzo dell'IA?"); in quest'ottica, la concreta declinazione del 'principio antropocentrico' che deve necessariamente informare l'agire di qualsiasi macchina – almeno secondo diversi atti normativi e linee guida, internazionali e sovranazionali, adottati sul tema³ – finisce per dipendere in modo diretto da cosa intendiamo per 'intelligenza artificiale' e, soprattutto, da cosa ci aspettiamo o temiamo da essa.

Senonché proprio quest'ultima considerazione rivela come anche la prospettiva opposta, vale a dire quella che esamina il rapporto uomo-macchina dal lato di quest'ultima e dunque alla luce della sua effettiva

² Il tema dell'IA, nella sua pervasiva trasversalità rispetto al fenomeno giuridico, risulta già indagato in modo ampio in dottrina; negli ultimi anni, peraltro, il dibattito giuspubblicistico italiano ha subito una profonda accelerazione. Con specifico riferimento alla prospettiva di analisi scelta per il presente lavoro e senza alcuna pretesa di completezza, v. A. CERRI, *Spunti e riflessioni sull'impiego dell'Intelligenza Artificiale nei procedimenti giuridici*, in *Dir. Pubbl.*, n. 1 del 2023, 39 ss.; F. FABRIZZI-L. DUST (a cura di), *Controllo e predittività. Le nuove frontiere del costituzionalismo nell'era dell'algoritmo*, Napoli, 2024; A. STERPA (a cura di), *L'ordine giuridico dell'algoritmo*, Napoli, 2024; O. POLLICINO, *Il potere digitale*, in *Enc. dir.*, V, *Potere e costituzione*, diretto da M. CARTABIA e M. RUOTOLO, Milano, 2023, 410 ss.; M. LADU-N. MACCABIANI, *L'individuo e la realtà digitale. Una questione costituzionale e democratica oltre la virtualità*, Napoli, 2023; D. MARTIRE, *Intelligenza artificiale e Stato costituzionale*, in *Dir. Pubbl.*, n. 2 del 2022, 397 ss.; A. D'ALOIA, *Intelligenza artificiale, società algoritmica, dimensione giuridica. Lavori in corso*, in *Quad. cost.*, n. 3 del 2022, 651 ss.; A. SIMONCINI, *Amministrazione digitale algoritmica. Il Quadro costituzionale*, in R. CAVALLO PERIN-D.U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'Amministrazione pubblica digitale*, Torino, 2020, 1 ss.; Id., *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro della libertà*, in *Biolaw Journal*, n. 1 del 2019, 63 ss.; U. RUFFOLO (a cura di), *XXVI lezioni di diritto dell'intelligenza artificiale*, Torino, 2021; A. PAPA, *Intelligenza Artificiale e decisioni pubbliche tra tecnica, politica e tutela dei diritti*, in *federalismi.it*, n. 22 del 2022, 101 ss.; A. PAJNO, *L'uso dell'intelligenza artificiale nel processo tra problemi nuovi e questioni antiche*, in *Biolaw Journal*, n. 1 del 2022, 205; L. GRIMALDI, *Costituzionalismo «post-umano» alla prova della decisione pubblica algoritmica*, in *federalismi.it*, n. 34 del 2022, 75 ss.; F.F. PAGANO, *Pubblica amministrazione e innovazione tecnologica*, in *Gruppo di Pisa*, n. 3 del 2021, 84 ss.; C. NAPOLI, *Algoritmi, intelligenza artificiale e formazione della volontà pubblica: la decisione amministrativa e quella giudiziaria*, in *Rivista AIC*, n. 3 del 2020, 318 ss.; F. DONATI, *Intelligenza artificiale e giustizia*, in *Rivista AIC*, n. 1 del 2020, 416 ss.; E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, n. 2 del 2020, 273 ss.; Id., *Algoritmi su carta. Politiche di digitalizzazione e trasformazione digitale delle amministrazioni*, in *Dir. Pubbl.*, n. 2 del 2019, 363 ss.; C. BENETAZZO, *Intelligenza artificiale e nuove forme di interazione tra cittadino e pubblica amministrazione*, in *federalismi.it*, n. 16 del 2020, 24 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, "Umano troppo umano". *Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, n. 5 del 2019, 5 ss.; A. CARLEO (a cura di), *Decisione robotica*, Bologna, 2019; F. COSTANTINO, *Rischi e opportunità del ricorso delle amministrazioni alle predizioni dei big data*, in *Dir. Pubbl.*, n. 1 del 2019, 43 ss.

³ Sebbene siano diversi i documenti internazionali e sovranazionali che da tempo esplicitano tale approccio, in questa sede ci si limita a menzionare, per tutti, l'art. 1, co. 1 del recente Regolamento UE in materia di IA (c.d. *AI Act*), ai sensi del quale «Lo scopo del presente regolamento è migliorare il funzionamento del mercato interno e promuovere la diffusione di un'intelligenza artificiale (IA) antropocentrica e affidabile, garantendo nel contempo un livello elevato di protezione della salute, della sicurezza e dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali, compresi la democrazia, lo Stato di diritto e la protezione dell'ambiente, contro gli effetti nocivi dei sistemi di intelligenza artificiale (sistemi di IA) nell'Unione nonché promuovere l'innovazione». Su questo recente intervento normativo v. *infra* nel testo *sub* § 6 e la dottrina ivi citata.

capacità di ricostruire, elaborare e valutare atti o fatti, merita di essere attentamente considerata (“che cosa è in grado di fare l’IA e in che modo?”): declinata in ambito giuridico, tale impostazione ci avverte, infatti, sia dell’esistenza di diverse tipologie di IA – con relativi, specifici, limiti e potenzialità di applicazione –, sia della centralità di tali distinzioni rispetto alla duplice questione *i)* dell’utilizzabilità di macchine intelligenti nell’ambito dei processi decisionali pubblici, e *ii)* della compatibilità di tale utilizzo con i principi dettati dalla Carta repubblicana in relazione alle singole funzioni esercitate dalla macchina pubblica.

Negli ultimi anni, anche sulla scorta di una notevole accelerazione nell’utilizzo di tali tecnologie da parte delle PP.AA., il tema (certamente non inedito) dell’IA è stato oggetto di indagini – specie in ambito amministrativistico – sempre più complesse e tutt’altro che periferiche o “di frontiera”⁴, le quali tuttavia hanno in larga misura privilegiato la prima delle due prospettive epistemologiche sopra indicate; il che, forse, spiega come i temi che ricorrono con maggiore costanza attengano essenzialmente, da un lato, alla permanente attualità delle garanzie procedurali del singolo allorché la propria sfera giuridica venga incisa da un provvedimento amministrativo algoritmicamente determinato, e dall’altro al problema, concorrente e speculare, dell’adeguatezza di tale *modus procedendi* da parte delle singole amministrazioni rispetto alla cura degli interessi pubblici loro affidati. In quest’ottica, tali problematiche vengono bilanciate in modo diretto con le innegabili possibilità connesse a un *digital enhancement* dell’azione delle PP.AA., mentre le diverse questioni più sopra indicate sub *i)* e *ii)* stentano a emergere in modo espresso – specie nei loro termini propriamente costituzionali – e a trovare una risposta giuridica compiuta.

Con riferimento, poi, all’utilizzo di forme di IA per l’esercizio delle attribuzioni della P.A., il rilievo costituzionale della macro-questione risulta ancor più evidente se si considera che tale impiego finisce per riflettersi sul complesso rapporto tra la cura interesse pubblico generale e la tutela degli interessi legittimi degli individui, fino a investire quel circuito di responsabilità che lega la P.A. ai consociati e che, a partire dal primo costituzionalismo di stampo liberale, ha caratterizzato in modo sempre più netto le attribuzioni di potere della prima; un rapporto che, oggi, trova espressione e consistenza in alcuni principi fondamentali del diritto amministrativo sostanziale e processuale all’interno dello Stato costituzionale di diritto (si pensi, per es., quello di effettività della tutela del singolo, di cui all’art. 1, c.p.a.).

Su questi aspetti la disomogeneità tra gli studi di diritto amministrativo e quelli di diritto costituzionale potrebbe, dunque, essere spiegata sulla base della suindicata alternativa epistemologica; fatto sta che anche questo tema si candida come l’ennesima occasione persa per quella integrazione tra le due discipline che alcuni auspicano da tempo⁵. Né stupisce, a fronte di questo quadro, la difficoltà della dottrina giuridica –

⁴ V. dottrina citata *supra* alla nota 2.

⁵ Cfr., al riguardo, la lucida analisi di C. PINELLI, *Diritto pubblico: costituzionalisti e amministrativisti a confronto*, in *Rivista AIC*, n. 2 del 2013, 5 ss., secondo il quale «l’attenuarsi della separazione tra sfere di legalità ha prodotto una vasta area

complessivamente considerata – a contribuire in modo efficace al governo dell’IA; difficoltà che, come si vedrà, si registrano anche presso gli altri formanti dell’esperienza giuridica, quali la legislazione e la giurisprudenza.

Muovendo da siffatte premesse di contesto e di metodo, appare quindi utile analizzare il potenziale impatto dell’intelligenza artificiale sui modelli decisionali della Pubblica Amministrazione da una prospettiva di diritto costituzionale, concentrandosi in particolare sulla tenuta dei principi della Carta che oggi informano il procedimento amministrativo, il provvedimento amministrativo e le modalità di tutela degli interessi legittimi dei singoli.

2. I.A. e provvedimento amministrativo: alcune distinzioni preliminari

Come anticipato più sopra, negli ultimi anni si è registrato un intenso dibattito sull’utilizzo dell’IA nell’ambito dei procedimenti amministrativi, reso peraltro ancor più attuale – se non urgente – dal crescente utilizzo di tale tecnologia da parte delle pubbliche amministrazioni nell’ambito di attività provvedimentali di carattere ‘massivo’.

La considerazione ricorrente sul tema è la seguente: atteso che la struttura del procedimento amministrativo ben si presta ad essere sovrapposta a quella dell’algoritmo (intesa come sequenza ordinata di passaggi per giungere a un risultato), quest’ultimo sembrerebbe inserirsi all’interno dello strumentario delle pubbliche amministrazioni in modo quasi naturale e nella veste di un suo adeguamento sul piano meramente organizzativo. Ne discenderebbe, quindi, l’idoneità degli strumenti di intelligenza artificiale di impattare orizzontalmente e senza peculiari “traumi” su tutte le fasi del procedimento amministrativo, oltretutto sulla stessa fisionomia del provvedimento finale.

Un discorso di questo tipo, tuttavia, rischia di semplificare eccessivamente una tecnologia complessa, le cui diverse manifestazioni presentano, sul piano giuridico, problemi e soluzioni altrettanto diversi.

Muovendo dalla struttura interna delle diverse tecnologie algoritmiche sin qui sperimentate, sembra invece maggiormente utile riprendere e integrare la nota distinzione, elaborata da tempo dalla dottrina amministrativistica, tra informatizzazione della pubblica amministrazione ed elaborazione informatica del provvedimento, aggiungendovi altresì la categoria ulteriore dell’attività provvedimentale *data-driven*. Questi tre fenomeni rispecchiano, infatti, il diverso impatto che i sistemi informatici complessi e le tecnologie digitali possono avere sulle attività procedurali delle pubbliche amministrazioni e, quindi, il diverso grado di evoluzione che gli stessi sono in grado di imprimere a quest’ultime.

tematica non padroneggiabile senza che le prospettive dei costituzionalisti e degli amministrativisti interagiscano fra loro. E, nel complesso, l’interazione non è avvenuta. Come se l’assai diversa posizione di fronte allo Stato in cui gli studiosi di questi rami si trovarono con l’avvento della Costituzione ne avesse plasmato l’identità al punto da continuare a orientarne paradigmi e obiettivi di ricerca, indipendentemente dagli andamenti dell’ordinamento giuridico».

Il fenomeno dell'*informatizzazione della P.A.*, com'è noto, ha radici ormai risalenti e, oggi, va aggiornandosi periodicamente attraverso puntuali novelle al principale plesso normativo che la sostanzia, vale a dire il Codice dell'Amministrazione digitale (D.lgs. n. 82/2005)⁶. Essa consiste nell'informatizzazione dei mezzi di interlocuzione e di esternazione della volontà da parte della P.A. e implica, quando ricorre, delle forme di automazione basilari e poco sofisticate, incidendo così su aspetti che attengono esclusivamente sull'organizzazione interna delle singole amministrazioni. Ciò non toglie, ovviamente, che si tratti di un complesso di *policies* certamente delicato e centrale per la modernizzazione del Paese, strettamente connesso (e servente) al concetto di cittadinanza digitale, sul quale, peraltro, attenta dottrina ha da tempo segnalato ritardi e incertezze nella relativa *governance*, evidenziando spinte centrifughe che minano alla base la dovuta omogeneità delle prestazioni relative ai servizi burocratici *on-line* su tutto il territorio nazionale⁷. Distinto profilo (e problema) è quello rappresentato, invece, dalla *elaborazione algoritmica* – e dunque automatizzata – del provvedimento amministrativo. Tale applicazione della tecnologia – già in atto in alcuni settori dell'amministrazione⁸ – costituisce una digitalizzazione dell'*azione* amministrativa in sé considerata, in quanto totalmente delegata a un algoritmo che elabora i dati a sua disposizione per risolvere un certo problema ovvero per elaborare un determinato assetto di interessi. Come si illustrerà più avanti, tale impiego dell'I.A. non impatta solamente sull'*organizzazione* interna dell'amministrazione procedente, ma anche sulla sfera dei singoli interessati dal provvedimento adottato: a mutare non è l'esteriorità dell'atto ma le modalità della sua genesi, risultando così inciso lo stesso modello procedimentale di decisione pubblica.

Ed è all'interno di questa ipotesi che assume rilievo decisivo la scelta operata 'a monte' dall'Amministrazione in ordine al *tipo* di I.A. da impiegare per l'adozione del provvedimento⁹. Come

⁶ Si v. al riguardo lo studio ormai classico di A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico: primi lineamenti di una ricostruzione*, Napoli, 1989, nonché M. CAMMELLI, *Procedura, decisione amministrativa e automazione*, in R. Rizzo (a cura di), *Burocrazia e computer*, Roma, 1988, 51; G.B. GERACE, *L'informazione nella pubblica amministrazione* (1977), ora in Id., *Le politiche dell'informatica*, Roma, 1991, 12 ss. Con riferimento al più recente, ma connesso, fenomeno della digitalizzazione delle PP.AA. – specie a partire dall'adozione del c.d. Codice dell'Amministrazione digitale e in relazione ai suoi periodici aggiornamenti – cfr. E. CARLONI (a cura di), *Codice dell'amministrazione digitale*, Rimini, 2005; Id., *La riforma del codice dell'amministrazione digitale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 496 ss.; D. DE GRAZIA, *Informatizzazione e semplificazione dell'attività amministrativa nel "nuovo" codice dell'amministrazione digitale*, in *Dir. pubbl.* n. 2 del 2011, 611 ss.; A. MASUCCI, *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie. Il procedimento amministrativo elettronico ad istanza di parte*, Torino, 2011; Id., *Digitalizzazione dell'amministrazione e servizi pubblici on line. Lineamenti del disegno normativo*, in *Dir. pubbl.*, n. 1 del 2019, 117 ss.; F. COSTANTINO, *Autonomia dell'amministrazione e innovazione digitale*, Napoli, 2012; nonché L. TORCHIA, *Lo Stato digitale*, Bologna, 2023 e V. BONTEMPI (a cura di), *Lo stato digitale^{LEP} nel piano nazionale di ripresa e resilienza*, Roma, 2022.

⁷ Al riguardo cfr. per tutti le considerazioni di E. CARLONI, *Algoritmi su carta*, op. cit., 372.

⁸ Sui quali v. *infra* § 5 e la casistica giurisprudenziale ivi richiamata.

⁹ Sul punto proprio il recente regolamento europeo in materia di IA (c.d. AI Act, sul quale v. *infra* § 6) riflette esattamente la necessità di approntare diverse soluzioni regolatorie in relazione ai diversi tipi di IA; un riscontro di questo approccio si può rinvenire nella stessa definizione 'aperta' che il regolamento in questione fornisce dell'IA: «un sistema automatizzato progettato per funzionare con livelli di autonomia variabili e che può presentare adattabilità dopo la diffusione e che, per obiettivi espliciti o impliciti, deduce dall'input che riceve come generare output quali previsioni, contenuti, raccomandazioni o decisioni che possono influenzare ambienti fisici o virtuali» (art. 3).



puntualmente osservato in dottrina, l'impatto di tale tecnologia varia, infatti, a seconda che l'algoritmo utilizzato sia di tipo deterministico ovvero di tipo probabilistico (c.d. *fuzzy logic*)¹⁰: nel primo caso, il provvedimento è in larga misura prevedibile *ex ante* rappresentando l'unico esito possibile di una sequenza logica del tutto causale (*if/then*) nell'ambito della quale a certi valori o dati 'in entrata' corrisponderanno sempre e soltanto – *matematicamente* – determinati valori 'in uscita'; nel secondo caso, l'esito della procedura algoritmica non è del tutto prevedibile, giacché improntata a una logica probabilistica i cui svolgimenti concreti – ricadenti, nel caso dei cc.dd. algoritmi di apprendimento (c.d. *machine learning*), nella stessa disponibilità della macchina che, sulla base di essi, può apprendere nuovi metodi di elaborazione dei dati e di risoluzione del problema – sono strettamente dipendenti dalla qualità dei *data asset* utilizzati dall'algoritmo. Va da sé, quindi, che la scelta di un certo tipo di algoritmo per l'elaborazione del provvedimento impatti in modo diretto su tutta una serie di aspetti centrali delle modalità di esercizio della singola attribuzione amministrativa, quali in primo luogo *i*) la trasparenza – intesa come conoscibilità e comprensibilità – dei percorsi (logici?) seguiti dall'algoritmo nell'addivenire al risultato finale e *ii*) la capacità, in questo caso del tutto esclusa (o molto compressa), dell'interessato di influire sul contenuto del provvedimento finale, partecipando al relativo procedimento di formazione.

Vi è, infine, l'ulteriore categoria dei provvedimenti *data-driven*, la quale potrebbe essere collocata a metà strada fra le due sin qui descritte. Si tratta, in particolare, di quei provvedimenti adottati dall'Amministrazione sulla base di una rappresentazione della realtà formata attraverso l'impiego di un algoritmo; quest'ultimo viene, però, inserito all'interno del procedimento amministrativo quale strumento istruttorio, volto a elaborare una considerevole mole di dati riguardanti una determinata situazione di fatto e a fornire su di essa valutazioni tecniche propedeutiche alla decisione finale. Quest'ultima, pur restando formalmente riservata al funzionario-persona fisica, è certamente influenzata in modo importante dall'algoritmo, ponendosi così il diverso problema di una possibile "cattura" della decisione amministrativa da parte della macchina. L'impatto di un'eventualità del genere sembra, tuttavia, dipendere, oltreché dalla stessa preparazione culturale del funzionario, dalla natura del provvedimento adottato, a seconda che ad esso possa attribuirsi carattere normativo o meno: mentre, infatti, la natura normativa esclude di per sé tutta una serie di garanzie procedurali, potendone così derivare una sostanziale sovrapposizione e confusione tra la fase del procedimento gestita dalla macchina e quella dominata dall'uomo, nel secondo caso, gli istituti della trasparenza e della partecipazione non sembrano subire torsioni tali da sfigurare il tradizionale modello di tutela procedimentale, proprio perché tale soluzione di continuità – quanto meno formale – tra quanto prospettato dalla macchina e quanto deciso

¹⁰ Al riguardo cfr. da ultimo le considerazioni di A. SIMONCINI, *Il linguaggio dell'intelligenza artificiale e la tutela costituzionale dei diritti*, in *Rivista AIC*, 2/2023, 17 ss.; nonché L. DURST, *Diritto e predittività: spunti introduttivi in tema di sistemi decisori automatizzati*, in F. FABRIZZI-L. DUST (a cura di), *Controllo e predittività*, op. cit., spec. 12 ss.

dall'agente umano consente all'interessato di conoscere gli esiti (e le modalità operative) dell'istruttoria automatizzata e di intervenire attivamente su quest'ultimi con il proprio apporto partecipativo (specie se anch'esso fondato sull'utilizzo dell'I.A.).

Sebbene queste tre modalità di impiego dell'I.A. siano suscettibili di avere importanti riflessi sulla fisionomia dell'azione delle pubbliche amministrazioni – oltretutto sulla tenuta e sull'attualità di alcuni principi di rilievo costituzionale in ordine al procedimento amministrativo –, nel presente lavoro ci si concentrerà sulle questioni giuridiche derivanti dal secondo fenomeno, vale a dire la c.d. elaborazione algoritmica del provvedimento. È su quest'ultimo fronte, infatti, che si è registrato negli ultimi anni uno scarto significativo tra i dati giurisprudenziali e gli apporti dottrinari, da un lato, e la normazione di rango primario, dall'altro: di fronte a questo fenomeno, solo i primi due hanno tentato di assicurare una cornice di principi sull'utilizzo dell'IA (laddove quest'ultima sostanzia tanto il procedimento quanto il provvedimento amministrativo), mentre il legislatore (fatti salvi recentissimi e incerti interventi di cui si dirà *infra*) è rimasto indietro; ed è proprio questa circostanza che forse può spiegare meglio di altre il perché le risposte sin qui elaborate in quelle altre sedi (giurisdizionali e dottrinarie) si siano concentrate solo su determinati problemi – quale quello del rapporto tra IA e attività discrezionale – e meno su altri, fra i quali quello della legittimità costituzionale e legale della *regula agendi* algoritmica. Converrà, pertanto, partire proprio da quest'ultimo profilo.

3. Il provvedimento automatizzato tra principio di legalità e riserva di legge: il problema del fondamento legale del ricorso all'I.A.

L'elaborazione automatizzata del provvedimento amministrativo presenta un primo, rilevante, problema: quello della sua legittimità ovvero della base legale in virtù della quale una pubblica amministrazione possa validamente decidere di avvalersi di siffatti strumenti per la cura *diretta* degli interessi pubblici ad essa demandati. È una questione cruciale, anche perché preliminare a tutte le altre, sulla quale però si registra l'assenza di indicazioni univoche sia sul piano normativo, sia su quello giurisprudenziale; nel dibattito dottrinario, e in quello amministrativistico in particolare, la questione comincia, sebbene 'in sordina', a emergere in tutta la sua radicalità.

L'adozione del provvedimento da parte di una macchina intelligente, al di là dei non pochi problemi teorici di imputazione dell'atto alla singola articolazione dell'organizzazione amministrativa e al singolo responsabile del procedimento in relazione a un'eventuale responsabilità per quanto deciso dall'algoritmo¹¹, segna un passaggio epocale rispetto al concreto funzionamento delle pubbliche

¹¹ Su questo specifico profilo v. da ultimo G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative. Indagine sui limiti dell'automazione decisionale tra procedimento e processo*, Padova, 2023, spec. 77-79.

amministrazioni, imperniato, ormai da due secoli a questa parte, sul ruolo centrale della legge (e dunque sul principio di legalità): la *regula agendi* dell'amministrazione, fondata sulla (e delimitata dalla) legge, nella misura in cui diviene regola algoritmica, quale sequenza tecnica (anche non lineare) finalizzata al 'calcolo' (anche solo probabilistico) del provvedimento, segna un significativo cambio di paradigma, in grado di determinare uno slittamento che non è soltanto concettuale, ma strettamente pratico, in quanto idoneo a collidere con la stessa dimensione garantistica del principio di legalità.

La regola algoritmica si pone, infatti, come un diaframma che si interpone tra il provvedimento e la sua specifica base legale, con il rischio concreto – in larga misura dipendente dalla tipologia di I.A. impiegata – di renderne oscuro e incomprensibile il rapporto di derivazione del primo rispetto alla seconda. Tale nesso resterebbe nella disponibilità della macchina (e delle sue capacità di calcolo ovvero di apprendimento), con tutto ciò che ne discende in termini di possibili *bias* cognitivi rispetto alla *ratio* ovvero al significato normativo da attribuire alla disposizione che essa è chiamata ad applicare rispetto al caso di specie.

Da questa prospettiva, ci si accorge allora che la sfida che le II.AA. pongono ai modelli decisionali della P.A. è legata a una mancata o scorretta percezione non tanto della realtà – eventualità, per vero, egualmente o assai più ricorrente allorché l'agente sia umano e, per paradosso, fortemente mitigabile da un utilizzo accorto di *big data* di qualità –, quanto dell'*ambiente normativo* che dovrebbe governarla e che la macchina è chiamata ad applicare, specie qualora la norma di legge demandi all'attività discrezionale dell'amministrazione la conformazione degli interessi (pubblici e privati) alla luce delle finalità da essa indicate.

Se è vero che, nello Stato costituzionale, la certezza del diritto, lungi dal risolversi nella certezza della legge¹², coincide con un certo grado (quantitativamente misurabile) di prevedibilità e di *adeguatezza* delle

¹² Si tratta di uno snodo teorico cruciale e di recente tornato alla ribalta nel dibattito costituzionalistico; per la posizione espressa nel testo cfr., per tutti, gli argomenti decisivi di C. PINELLI, *Certezza del diritto e compiti dei giuristi*, in *Dir. pubbl.*, n. 2 del 2019, 551 *passim*, il quale muove, sviluppandolo, dall'insegnamento kelseniano per il quale «L'interpretazione secondo la scienza del diritto deve evitare con la massima cura possibile la finzione secondo cui una norma giuridica ammette sempre e soltanto un'interpretazione, quella 'esatta' (*richtig*). Di questa finzione si è servita la giurisprudenza tradizionale per mantenere l'ideale della certezza del diritto. Di fronte alla pluralità di significati della maggior parte delle norme giuridiche, questo ideale è solo approssimativamente realizzabile. [...] Però nessun vantaggio politico può giustificare che si faccia uso di questa finzione in una descrizione scientifica del diritto positivo, proclamando come unica interpretazione esatta (*richtig*) da un punto di vista oggettivamente scientifico un'interpretazione che, da un punto di vista politico-soggettivo, è preferibile ad un'altra interpretazione egualmente possibile dal punto di vista logico» (così H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto* (1960), Torino, 1966, 286). Secondo l'A., quindi, «il predicato 'corretta' si presenta in alternativa al predicato 'vera', sul presupposto che la verità di un enunciato sia gnoseologicamente inattuabile, dal momento che le premesse del ragionamento giuridico che si possono raggiungere ricorrendo ai tradizionali canoni interpretativi possono essere plurime (il che non vuol dire affatto infinite)» (op. cit. 558). Su questi temi, argomenta una posizione diametralmente opposta – per la quale vi sarebbe la possibilità, facendo uso dei predetti canoni interpretativi, di estrapolare da una disposizione l'interpretazione 'più corretta' – M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc.dir.*, Annali IX, Milano, 2016, 431-438.

decisioni *in quanto* fedeli alla legge (oltreché alla giurisprudenza costante)¹³, con riferimento al tema qui trattato si deve sottolineare ancora una volta come il significato normativo della legge, vale a dire il parametro su cui misurare la legalità dell'azione amministrativa, non risulti di per sé 'pienamente calcolabile' *ex ante*. In quest'ottica, demandare al soggetto esterno che programma la macchina o allo stesso algoritmo – se di natura non deterministica e predisposto all'auto-apprendimento – la ricostruzione (*rectius*: l'interpretazione) del quadro normativo primario da porre alla base di un provvedimento amministrativo, non solo può aumentare sensibilmente l'incertezza strutturale dei comandi legislativi, ma equivale a delegare loro un tratto essenziale di ogni attribuzione legislativa di potere, vale a dire la prerogativa di stabilire quel nesso logico-giuridico tra il fatto e il diritto che è alla base della motivazione stessa del provvedimento, da intendersi come 'forma sensibile o esteriore' della *razionalità* ad esso sottesa e, al contempo, strumento di garanzia per coloro che vi sono soggetti.

Dal quadro sin qui sommariamente ricostruito, emergono quindi una serie di quesiti, tra loro connessi, di evidente rilievo costituzionale: tale interposizione della macchina è costituzionalmente legittima? Nel caso affermativo, la medesima necessita comunque di una base legale e di che tipo?

Con riguardo al primo quesito, è stato autorevolmente argomentato che dal principio di legalità discenderebbe altresì un principio antropomorfo, in virtù del quale «il conferimento di potere decisionale a un certo apparato implic[a] la riferibilità a un atto intenzionale umano se non diversamente stabilito»¹⁴; un principio inespresso ma sempre implicato «nei discorsi del diritto amministrativo», intesi come «contesto istituzionale di riferimento condiviso dagli utenti – legislatori, burocrati, cittadini – di quel linguaggio normativo».

Al riguardo si osserva che in Costituzione sia certamente rinvenibile un principio del genere in relazione agli atti della P.A., ma in anfratti meno impervi del suo tessuto normativo, sganciati dal profilo della legalità: per esempio, negli artt. 28 e 97, co. 3 Cost., che stabiliscono le responsabilità dei funzionari e dei

¹³ Cfr. ancora C. PINELLI, *Certezza del diritto*, op. cit., 562 *passim*.

¹⁴ Così S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Umano troppo umano*, op. cit., 21-22, il quale, sulla scorta dell'esperienza australiana condotta dall'*Administrative Review Council* nei primi anni 2000 proprio sul tema dei provvedimenti automatizzati, ha correttamente osservato che la compatibilità di siffatti strumenti con lo Stato costituzionale non può che passare attraverso il principio di legalità, ovvero risolvendo la questione legata al tipo di fondamento legale necessario per il loro impiego (legalità formale ovvero sostanziale). Al riguardo – e il passaggio appare utile anche ai fini del tema affrontato in questo lavoro – si è sostenuto che le norme, allorché conferiscano a un'amministrazione pubblica un determinato potere, presuppongono la natura umana dei soggetti che poi lo andranno materialmente a esercitare, i quali a loro volta dovranno tenere conto di un insieme di principi o valori inerenti al diritto amministrativo ovvero allo stesso comune sentire di un determinato gruppo sociale; principi e valori le cui tecniche di modulazione – per così dire, innate nell'essere umano – non sarebbero suscettibili di essere tramessi a un sistema di intelligenza artificiale. In altre parole, dal principio di legalità si è estrapolato un principio antropomorfo, che denoterebbe qualsiasi attribuzione di potere decisionale a un determinato apparato burocratico, e che troverebbe riscontri indiretti nello stesso diritto positivo, e in particolare in alcune disposizioni della legge sul procedimento amministrativo laddove essa, per esempio, fa riferimento ad agenti umani (responsabile del procedimento, per es.). Un principio dunque di preferenza antropica, presente nella norma attributiva di un potere pubblico, salvo diversa previsione di legge che attribuisca espressamente alla P.A., tipizzandone contenuto e modalità di esercizio, particolari poteri di decisione automatizzata.

dipendenti pubblici (distinguendole da quelle dello Stato), o nei principi di buon andamento e imparzialità, nei quali si può cogliere un implicito richiamo sia alla struttura relazionale del diritto amministrativo (inteso come *corpus* normativo chiamato a disciplinare *rapporti* e non solo atti), sia alle valutazioni discrezionali e di merito che i funzionari sono chiamati a compiere allorché eseguono il comando legislativo; o ancora nell'art. 98, Cost. che stabilisce alcuni tratti dello *status* dei pubblici impiegati, intesi appunto come soggetti «al servizio esclusivo della Nazione».

Parallelamente, se è ben vero che «nell'ordinamento italiano è persino problematico rinvenire la fonte del principio di legalità», ancorarvi ad esso un principio di preferenza per la 'decisione antropica' finirebbe per sbilanciare proprio il significato ultimo della legalità *tout court*, che afferma la soggezione dell'atto amministrativo non all'uomo in sé considerato, ma alla legge.

Ma al di là del fondamento giuridico di tale 'etica antropocentrica', il punto è se, con riferimento all'attività delle pubbliche amministrazioni, quest'ultima sia fissata in Costituzione in modo assoluto e assorbente rispetto a ogni altro *modus operandi* (o meglio, a ogni altra forma di *legis executio*).

Al riguardo, la lettera delle disposizioni costituzionali più sopra richiamate non lascia intuire un esito di questo tipo, né sembra vi sia spazio per una loro interpretazione inferenziale tale da estendere il presupposto di quelle norme – la natura umana dei pubblici funzionari – a tutte le risorse e ai mezzi di cui le PP.AA. dispongono per il perseguimento degli obiettivi che la legge affida loro¹⁵. Il tema è evidentemente scivoloso: muovere, per esempio, dalla responsabilità dei funzionari pubblici per affermare che tali agenti possono essere solo umani degraderebbe i provvedimenti automatizzati a mera scelta organizzativa; scelta, a questo punto, possibile e legittima e tuttavia condizionata alla possibilità di ricostruire un nesso causale di responsabilità tra l'agente umano e le conseguenze del provvedimento automatizzato. Si tratta, però, di un approccio insoddisfacente, che, per quanto fatto proprio anche da alcune sentenze amministrative¹⁶, sembra sconfessato da quelle forme di responsabilità degli apparati amministrativi che prescindono da quelle dei suoi dipendenti (si pensi, per citare un caso particolarmente icastico, alla c.d. 'colpa d'apparato' elaborata in sede di responsabilità erariale). Il nesso di imputazione in capo alla P.A. degli effetti dell'operato dei suoi agenti non sempre implica una soggettività di quest'ultimi distinguibile dalla prima.

Non solo. A conferma di quanto si va argomentando, si ritiene significativo che la stessa dottrina che ancora il principio antropomorfo a quello di legalità si guardi bene dall'assolutizzare tale costruzione teorica e, opportunamente, precisi che essa vale solo «se non diversamente stabilito»¹⁷; dove la fonte incaricata di porre in essere tale deroga alla decisione antropica non può che essere la legge.

¹⁵ Sul punto v. *contra* G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative*, ult. loc. cit. e ss.

¹⁶ Per le quali v. *infra* § 5.

¹⁷ Così S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Umano troppo umano*, op. cit., 21.

Scartata l'idea, di per sé poco utile, di essere di fronte a una lacuna del sistema costituzionale, sembra dunque possibile affermare un certo margine di compatibilità del ricorso a forme di I.A. con la Costituzione e con il principio di legalità, a condizione però di cambiare prospettiva dalla quale traguardare il problema e di comprendere che a ricorrervi non sia l'Amministrazione nell'ambito di una sua autonomia organizzativa, ma la legge stessa, con specifico riferimento alla sua stessa esecuzione o implementazione. La legge, infatti, nel bilanciare i diversi, confliggenti, interessi generali in giuoco ben può attribuire potere amministrativo secondo diversi assetti; come può delineare spazi di discrezionalità a favore delle Amministrazioni, essa può anche incidere sui modelli decisionali di quest'ultime, configurando inedite attività provvedimentali automatizzate in grado di incidere sulle sfere dei singoli, alla triplice condizione che le conseguenze legate a quest'ultime *i)* rispettino i principi desumibili dalla Costituzione sull'attività amministrativa – sui quali risultano oggi fondate talune, insopprimibili, garanzie procedurali –, *ii)* rispondano a determinati caratteri di tipicità e *iii)* siano pienamente sindacabili in sede giurisdizionale.

Il tema dell'ammissibilità costituzionale del ricorso all'IA da parte delle amministrazioni pubbliche coincide, dunque, con quello del suo fondamento legale, con l'ulteriore implicazione che i limiti costituzionali all'utilizzo di questo strumento collimano con quelli cui è soggetta ogni singola norma di legge che attribuisce un potere alla PA; il che ci conduce al secondo dei quesiti più sopra delineati, e in particolare a quello riguardante il *tipo* di base legale che dovrebbe caratterizzare qualsiasi attività provvedimentale automatizzata.

Sul punto, torna utile richiamare la relazione che intercorre tra i complementari significati del principio di legalità (formale e sostanziale), da un lato, e le riserve di legge che la Costituzione pone sui diversi – ma anch'essi complementari – fronti dell'organizzazione amministrativa (art. 97, co. 2, cost.) e dei rapporti tra cittadino e pubblico potere (art. 23, cost.), dall'altro. Si tratta di un ambito del diritto costituzionale sul quale la Corte costituzionale ha stabilito delle coordinate importanti, suscettibili di essere estese anche al presente tema: secondo il giudice delle leggi, per un verso, il carattere relativo della riserva di legge cui all'art. 23 cost. «non relega [...] la legge sullo sfondo, né può costituire giustificazione sufficiente per un rapporto con gli atti amministrativi concreti ridotto al mero richiamo formale ad un prescrizione normativa “in bianco”, genericamente orientata ad un principio-valore, senza una precisazione, anche non dettagliata, dei contenuti e modi dell'azione amministrativa limitativa della sfera generale di libertà dei cittadini»¹⁸, mentre per l'altro la riserva di legge, anch'essa comunemente ritenuta relativa, di cui all'art.

¹⁸ Così Corte cost., sent. n. 115/2011, nell'ambito della quale la Corte censurò l'art. 54, co. 4, TUEL – per come novellato dall'art. 6 D.L. n. 92/2008 – nella parte in cui attribuiva ai sindaci un potere di emanare ordinanze di ordinaria amministrazione «le quali, pur non potendo derogare a norme legislative o regolamentari vigenti, si presentano come esercizio di una discrezionalità praticamente senza alcun limite, se non quello finalistico, genericamente identificato dal legislatore nell'esigenza “di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza

97 cost., stabilendo un nesso funzionale tra principio di legalità ‘in senso forte’¹⁹ e imparzialità delle pubbliche amministrazioni – specie se chiamate a dare esecuzione al comando legislativo mediante «determinazioni normative ulteriori» – richiede che l’attribuzione legislativa del potere amministrativo, «ancorché non dettagliata», non sia «genericamente finalistic[a]», e che quindi rilevi sotto il profilo contenutistico²⁰.

Inquadrate in questi termini, l’utilizzo di forme di I.A. si sostanzia, allora, in un (distinto) potere attribuito dalla legge alla P.A., il cui esercizio è idoneo a incidere *ex se* su ambiti coperti dalle riserve di legge di cui agli artt. 23 e 97 cost.

Non solo: se l’algoritmo pone una “regola giuridica”²¹, quest’ultimo deve allora essere considerato come esercizio di un’attribuzione di natura normativa. Ne discende che l’adozione di provvedimenti amministrativi automatizzati deve essere intesa come l’esito di una ‘determinazione normativa ulteriore’ (e distinta rispetto all’attribuzione ‘principale’ di potere²²), che la legge affida alla P.A. quale forma *tipizzata* di estrinsecazione e attuazione del comando legislativo²³ e le cui condizioni di validità costituzionale

urbana”». Sulla pronuncia cfr. G.U. RESCIGNO, *Interpretazione e Costituzione*, in questa *Dir. pubbl.*, n. 1 del 2011, 3 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Sindaco legislatore?*, in *Giur. cost.*, n. 2 del 2011, 1600 ss; G. ZAMPETTI, *Principio di legalità sostanziale e attribuzione al prefetto di un potere sostitutivo straordinario sugli atti degli enti locali*, in *Giur. cost.*, n. 4 del 2019, 2274 ss.; cfr. poi Corte cost., sentt. nn. 195/2019, 32/2009, 307/2003 e 150/1982, nonché da ultimo, Corte cost., sent. n. 171/2023, secondo cui «non è costituzionalmente impedito l’intervento dell’amministrazione neppure in ambiti coperti da riserva di legge assoluta, sempre che detto intervento integri la fonte primaria, cui devono ascrivere gli elementi essenziali della fattispecie, sulla base di “una valutazione strettamente tecnica”».

¹⁹ Secondo questa impostazione, quindi, la lettura in senso sostanziale del principio di legalità non consente «l’assoluta indeterminazione» del potere conferito dalla legge ad una autorità amministrativa, che produce l’effetto di attribuire, in pratica, una “totale libertà” al soggetto od organo investito della funzione. Non è sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell’azione amministrativa» (così Corte cost., sent. n. 115/2011). Sul tema cfr. in dottrina C. PINELLI, *Modernizzazione amministrativa, principio di legalità, interpretazione costituzionale*, in *Dir. pubbl.*, 2001, 103; G. CORSO, *Il principio di legalità*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell’azione amministrativa*, Milano, 2011, 10; F. SORRENTINO, *Principio di legalità e riserva di legge*, in *Dir. pubbl.* n. 3 del 2016, Suppl., 89 ss.

²⁰ Cfr. Corte cost., sent. n. 115/2011, cons. in dir. 7 e ss.

²¹ Per questa impostazione v. Cons. St., sez. VI, sent. 8 aprile 2019 n. 2270, secondo cui «la regola tecnica che governa ciascun algoritmo resta pur sempre una regola amministrativa generale, costruita dall’uomo e non dalla macchina, per essere poi (solo) applicata da quest’ultima, anche se ciò avviene in via esclusiva. Questa regola algoritmica, quindi [...] possiede una piena valenza giuridica e amministrativa, anche se viene declinata in forma matematica, e come tale, come si è detto, deve soggiacere ai principi generali dell’attività amministrativa» (per questa giurisprudenza v. *infra* § 5). Tra l’altro, si deve anche osservare come questo assunto appaia cedevole rispetto alle prossime acquisizioni tecnologiche in materia IA: in particolare, la ritenuta – e ad oggi condivisibile – natura giuridica della regola algoritmica è predicabile per tutte le forme di IA che, in futuro, potranno essere impiegate all’interno della P.A.? Anche per quelle basate sull’apprendimento continuo da parte della macchina stessa, tale che quest’ultima può decidere in ogni momento di cambiare le regole della “sua” stessa logica? Su questi aspetti problematici, derivanti dal cambio di paradigma sul piano epistemologico innescato dall’IA (specie quella di tipo generativo) v. A. SIMONCINI-S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma nell’intelligenza artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale*, in *Rivista di Filosofia del Diritto*, n. 1 del 2019, 92 ss.

²² Sul punto cfr. S. CIVITARESE MATTEUCCI, “*Umano troppo umano*”, op. cit., 34.

²³ Sul punto v. ancora S. CIVITARESE MATTEUCCI, “*Umano troppo umano*”, op. cit., 23, il quale, nel tracciare una nuova alternativa tra «strategia decisionale antropomorfa e strategia decisionale automatizzata», sottolinea che «il punto è quindi che tale strategia sia consapevolmente scelta da coloro che conferiscono i poteri dell’amministrazione».

passano per il rispetto di talune imprescindibili esigenze di trasparenza, di non discriminazione e di effettività del sindacato giurisdizionale. Garanzie o, secondo altra definizione, ‘valori procedimentali’ che, da questo punto di vista, altro non rappresentano che il corollario delle riserve di legge più sopra richiamate e del connesso principio di legalità ‘in senso sostanziale’²⁴.

Da quanto sin qui ricostruito discende, quindi, un obbligo per il legislatore di elaborare in modo puntuale le discipline attributive del potere di adottare provvedimenti amministrativi mediante forme di I.A., non solo riferendole alle specifiche fattispecie di diritto amministrativo che si ritiene, per l'appunto, di digitalizzare, ma conferendo altresì il carattere della tipicità alle misure che ne rappresentano l'esito applicativo e predeterminando in modo chiaro gli elementi e i limiti di siffatto potere, così come le procedure attraverso le quali tale dislocazione del potere amministrativo ‘principale’ si debba realizzare, onde lasciare in capo all'Amministrazione, a quel punto legittimamente algoritmica, dei margini di discrezionalità giudizialmente verificabili.

Non solo, il carattere sostanziale del principio di legalità, così come lo si è testé inteso, imporrebbe all'atto legislativo il rispetto dei vincoli di proporzionalità e di adeguatezza tra l'autorizzazione all'impiego dell'I.A. e gli obiettivi che l'Amministrazione deve perseguire mediante il potere così digitalizzato²⁵, non potendosi dunque limitare a conformare tale attribuzione sul piano meramente finalistico, ma dovendo altresì indicare in modo puntuale i presupposti in presenza dei quali il ricorso all'automazione sia possibile, nonché la tipologia e la struttura di IA utilizzabile.

A questo punto dell'indagine, occorre chiedersi se una base legale di questo tipo – coerente con la più recente fisionomia del principio di legalità sostanziale – esista nel nostro ordinamento giuridico.

Al netto dei recentissimi interventi normativi di cui si dirà più avanti²⁶, la risposta negativa a tale quesito ha registrato un certo consenso in dottrina²⁷, sebbene vi sia chi, correttamente, abbia osservato che un primo momento di emersione di siffatta ‘legalità algoritmica’ sia da rintracciarsi nell'art. 22 del GDPR che prevede, per i soli provvedimenti automatizzati che trattino dati personali, «non solo che la decisione automatizzata sia autorizzata dal diritto dell'Unione o dello Stato Membro, ma anche che tale

²⁴ Cfr. S. CIVITARESE MATTEUCCI, *“Umano troppo umano”*, op. cit., 34, secondo il quale si tratta di «condizioni della legalità» che vanno «al di là della mera esigenza dell'attribuzioni di potere. La norma di conferimento, in altre parole, dovrebbe prendere seriamente in considerazione i valori procedimentali [...] a garanzia diritti anche costituzionali delle persone».

²⁵ Cfr. per es. Corte cost., sent. n. 127/1995, secondo cui la legge, nel fondare un potere d'ordinanza, deve specificare «il nesso di strumentalità tra lo stato di emergenza e le norme di cui si consente la temporanea sospensione».

²⁶ Sui quali v. infra § 6.

²⁷ Sul punto v. P. OTRANTO, *Riflessioni in tema di decisione amministrativa, intelligenza artificiale e legalità*, in *federalismi.it*, n. 7 del 2021, 187 ss., spec. 196 ss.; nonché F.F. PAGANO, *Pubblica amministrazione e innovazione tecnologica*, op. cit., 102 ss., il quale ricava siffatto dato negativo anche da Tar Lazio, Roma Sez. III-*bis*, sent. n. 6688/2019; F.M. MANCIOPPI, *La regolamentazione dell'intelligenza artificiale come opzione per la salvaguardia dei valori fondamentali dell'UE*, in *federalismi.it*, n. 7 del 2024, 112 ss., spec. 116.

autorizzazione preveda misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato»²⁸. Al di là della condivisibilità o meno delle conseguenze ultime di tale ricostruzione, la norma sovranazionale richiamata potrebbe in effetti sprigionare un rilevante effetto 'negativo', in quanto idoneo a fondare l'annullamento di qualsiasi provvedimento automatizzato (che processi dati personali) adottato in assenza di una specifica autorizzazione legislativa; tuttavia, come osservato dalla medesima dottrina, siffatta «norma generale permissiva dell'uso dell'algoritmo non è sufficiente evidentemente a tipizzare una certa relazione tra un determinato provvedimento tipico (una competenza) e un certo *software*». Ciò è tanto più vero se si considera l'I.A. come una *universitas* di tecnologie e conoscenze tra loro diversissime, all'interno della quale coesistono diverse tipologie di algoritmo e quindi di 'intelligenze': è a quest'ultime che la legge deve guardare allorché ne autorizza, caso per caso, l'impiego da parte della P.A. per l'adozione di provvedimenti; solo in questo modo si riesce, da un lato, a tipizzare la relazione che intercorre tra il provvedimento e l'algoritmo che lo produce, e dall'altro ad assoggettare le strutture interne di quest'ultimo alle garanzie procedurali di pregio costituzionale più sopra indicate (trasparenza e comprensibilità della motivazione, non discriminazione ed effettività del tutela giurisdizionale).

Alla luce di quanto sin qui ricostruito si coglie, dunque, tutta l'importanza di un'autorizzazione legislativa all'utilizzo dell'I.A. la più puntuale possibile in relazione sia al *tipo* di tecnologia utilizzata, sia allo specifico potere 'primario' che si intende 'digitalizzare', osservando in particolare che ciò deriva dalla necessità non tanto di giustificare una deroga di un immanente principio di preferenza antropica, quanto da quella di rispettare il principio di legalità sostanziale nell'ambito di qualsiasi attribuzione di potere in capo alla P.A.; il che si riflette anche su un altro aspetto del problema, vale a dire quello dello spazio normativo delegabile alle fonti secondarie rispetto a siffatta autorizzazione.

²⁸ Così S. CIVITARESE MATTEUCCI, *“Umano troppo umano”*, op. cit., 34; sempre secondo quest'impostazione, per i provvedimenti che non processino dati personali «il principio di legalità non deriva dal GDPR, ma solo eventualmente dagli argomenti di carattere generale sintetizzabili nel principio antropomorfo» (op. cit., 27). Senonché questa ricostruzione sconta una certa circolarità: per affermare la vigenza di un principio di legalità – inteso come necessità di una base legale – in relazione all'uso della I.A., si fa perno sull'esistenza di un principio antropomorfo, ma quest'ultimo viene però individuato nello stesso principio di legalità. Il che determinerebbe uno 'sviamento' dello stesso concetto di legalità, sublimandolo in quello antropomorfo. Al contrario, l'elemento della natura (umana o artificiale) dell'agente che esercita un potere pubblico non è un presupposto della legalità, ma una sua diretta conseguenza applicativa (nella misura in cui la stessa legge, nel fondare uno specifico potere e nel conformarlo al rispetto di determinati principi e garanzie, escluda o meno che lo stesso sia esercitato da un agente artificiale). Né gli argomenti, di per sé corretti, evincibili dalla l. n. 241/1990 sulla necessaria natura umana dell'agente della P.A. all'intero del procedimento amministrativo possono intaccare la forza costitutiva del comando legislativo che, nel rispetto della Costituzione, autorizzi la P.A. ad esercitare un determinato potere mediante l'I.A. (e dunque attraverso un diverso modello decisionale), posto che, come si è visto più sopra nel testo, tale eventualità non è espressamente negata dalla stessa Carta costituzionale. Le condizioni di validità/legittimità di tale attribuzione attengono, quindi, non alla natura dei soggetti coinvolti (rispetto alla quale può essere senz'altro intravista una preferenza per la decisione antropica senza però ritenerla esclusiva), ma alla dinamica tra atti che si viene ad instaurare, e in particolare tra la norma di legge che autorizza l'I.A. (in relazione a una norma di legge che attribuisce un determinato potere alla P.A.) e il provvedimento automatizzato.

A tale ultimo riguardo, secondo l'impostazione più sopra richiamata, ferma la necessità di stabilire con legge l'architettura generale del ricorso all'I.A. e i relativi *standard* di tutela procedimentale, l'esigenza di disegnare l'impianto regolatorio delle singole fattispecie di diritto amministrativo «sulle caratteristiche e le specificità dei diversi apparati e procedimenti da automatizzare» giustificerebbe che «lo specifico conferimento di potere all'IA po[ssa] essere oggetto di disposizioni giuridiche non necessariamente legislative – stante il carattere derivato o secondario di tale potere – quali regolamenti o atti a contenuto generale che a loro volta si conformino ai detti principi e soddisfino l'esigenza di tipicità propria della legalità sostanziale»; si tratterebbe di una «sorta di inversione del normale operare del principio di legalità, nel quale vale a dire la garanzia della tipicità risulterebbe prevalentemente affidata a fonti non primarie e a una tecnica di apprendimento per prove ed errori»²⁹.

Senonché la percorribilità o meno di una soluzione di questo tipo, certamente volta ad assicurare un certo grado di flessibilità «nella fase di scelta e programmazione dell'algoritmo», risulta strettamente dipendente dal diritto costituzionale e, in particolare, dal ruolo che si ritiene di attribuire al principio di legalità in senso sostanziale rispetto alle riserve di legge che la Costituzione pone, volta per volta, a garanzia di determinate situazioni giuridiche degli individui (oltreché sull'organizzazione stessa delle PP.AA.).

Messa per un momento in disparte la risalente (e scivolosa) distinzione tra riserve di legge assolute e relative³⁰, il discrimine tra quanto deve essere stabilito con legge e quanto delegabile all'attività normativa della P.A. tenderà, infatti, a coincidere con la c.d. forza attiva delle riserve di legge volta per volta rilevanti, la cui portata precettiva è concretizzata per l'appunto dal principio di legalità sostanziale; in altre parole, le riserve di legge rappresentano uno strumento di conformazione (legale) dei pubblici poteri più o meno stringente a seconda del tipo di principi o di situazioni giuridiche soggettive coinvolti nell'azione amministrativa (ivi incluse quelle di natura normativa) e del grado di tutela che la Costituzione appresta loro.

Da questa prospettiva appare, quindi, chiaro che una disciplina del potere di ricorrere all'I.A., incidendo su ambiti materiali e profili coperti dalle riserve di cui agli artt. 23 e 97 Cost., non possa essere affidata *in toto* a fonti di rango secondario, giacché risulterebbe compromessa, su di un punto peraltro cruciale (quello della legittimazione), la stessa capacità della legge di costituire un parametro sufficiente a conformare, dapprima, la tipicità degli atti automatizzati e, successivamente, il sindacato giurisdizionale sulla loro legittimità. Di più: se si considera sia la trasversalità dei processi di automatizzazione, sia la capacità di quest'ultimi di incidere sulle sfere giuridiche dei singoli, ci si rende conto di come la disciplina attributiva

²⁹ Così S. CIVITARESE MATTEUCCI, *“Umano troppo umano”*, op. cit., 40.

³⁰ Per una diversa concezione della riserva di legge inteso quale limite (in certa misura modulabile) alla discrezionalità degli organi a diverso titolo chiamati a dare esecuzione o applicazione all'atto normativo primario, a prescindere dalla qualificazione (e qualificabilità) della riserva stessa come assoluta o relativa, v. F. SORRENTINO, voce *‘Riserva di legge’*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1989, 1207, spec. 1218 ss.

di siffatto potere chiami in causa anche le ulteriori riserve di legge poste a garanzia di specifici diritti costituzionali (si pensi, a mero titolo di esempio, a quelle poste dagli art. 16 e 32, Cost.).

Ne discende che tutti gli elementi essenziali e ‘fondativi’ della dislocazione di un determinato potere pubblico su specifici centri decisionali di I.A. debbano necessariamente restare riservati alla legge, restando alle fonti secondarie la disciplina di aspetti organizzativi o tecnici legati all’attuazione della normativa di rango primario.

Tale assetto appare, peraltro, l’unico percorribile anche da un ulteriore punto di vista: l’ipotesi di invertire il funzionamento del principio di legalità e di affidare la garanzia della tipicità dei provvedimenti automatizzati a fonti secondarie mediante «tecniche di apprendimento per prove ed errori», impedirebbe alla fonte primaria di strutturare la stessa fisionomia delle situazioni giuridiche di interesse legittimo connesse all’attività provvedimentale dell’I.A.; affidare il conferimento e la disciplina di tale potere all’autoregolazione delle stesse PP.AA., senza una stringente cornice normativa di rango primario, condurrebbe, in prima battuta, a una frammentazione degli standard di tutela degli singoli interessati che entrano in contatto con le diverse amministrazioni algoritmiche, e successivamente a sbilanciare – come, peraltro, puntualmente avvenuto – sul giudice amministrativo il compito di ricostruire *ex post* i contenuti e la consistenza delle situazioni giuridiche tutelabili dinanzi al provvedimento automatizzato. Funzione, quest’ultima, che è invece tipica della legge e alla quale, in ultima analisi, vi sono sottese le riserve di legge e lo stesso principio di ‘legalità sostanziale’.

4. Quali provvedimenti possono essere delegati all’I.A.? Il falso criterio della discrezionalità

In tema di provvedimenti automatizzati, una delle principali questioni sulle quali si è concentrata l’attenzione della dottrina amministrativistica, e ancor di più del giudice amministrativo, è stata quella del *tipo* di attività provvedimentale delegabile all’I.A., registrandosi sin da subito una certa diffidenza rispetto all’idea di un suo impiego nell’ambito di attività connotate da discrezionalità³¹.

Tale possibilità, com’è evidente, presenta due piani di analisi, distinti ma fra loro collegati: quello tecnico-fattuale, inerente la possibilità materiale che delle forme di I.A. riescano a riprodurre valutazioni e

³¹ Si tratta di una posizione dottrinarina risalente – per cui v. ad es. 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 *Rivista amministrativa della Repubblica italiana*, 1978, 407 ss.; A. MASUCCI, *L’atto amministrativo informatico*, op. cit., 19; nonché più di recente B. RAGANELLI, *Decisioni pubbliche e algoritmi: modelli alternativi di dialogo tra forme di intelligenza diverse nell’assunzione di decisioni amministrative*, in *federalismi.it* n. 22 del 2022, 242 ss. –, rispetto alla quale si cominciano a registrare talune importanti aperture verso l’impiego dell’IA anche nell’ambito di poteri amministrativi connotati da un certo margine discrezionalità. A tale ultimo riguardo, v. le riflessioni di R. CAVALLO PERIN, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, in *Dir. amm.*, 2020, 305 ss.

ponderazioni discrezionali *tout court*, e quello giuridico, riguardante la compatibilità di siffatto utilizzo dell'I.A. con i principi (e soprattutto con le garanzie procedurali) del diritto amministrativo.

Senonché, l'impostazione con la quale si è soliti affrontare i suindicati piani suscita talune perplessità: in primo luogo, non sembra condivisibile l'idea di far dipendere la possibilità *giuridica* di delegare a un agente artificiale valutazioni discrezionali dalla capacità *tecnica* di quest'ultimo di rapportarsi alla realtà *esattamente* come farebbe un essere umano, atteso che un obiettivo del genere non solo è assai lontano dall'essere realizzato, ma non risulta neanche particolarmente utile e coerente con il concetto stesso di 'artificialità'; dall'altro, risulta altrettanto velleitario misurare l'ammissibilità giuridica di un simile impiego dell'I.A. alla luce della sola disciplina sul procedimento amministrativo – peraltro chiaramente imperniata sulla natura umana degli agenti della P.A. –, senza ampliare detta analisi ai principi costituzionali riguardanti l'attività amministrativa.

Proprio il rapporto di reciproco condizionamento che intercorre tra questi profili – tecnologico e giuridico – suggerisce un loro radicale ripensamento e, di conseguenza, la formulazione di domande di ricerca diverse.

In primo luogo, ha davvero senso parlare di discrezionalità nel senso 'antropico' del termine (vale a dire di 'scelta umana') rispetto a un agente artificiale?

Al riguardo, si potrebbe osservare che la discrezionalità amministrativa, quale margine di apprezzamento di una determinata situazione di fatto alla luce delle finalità espresse dalla norma attributiva di un certo potere, non implichi sempre e comunque un principio antropomorfo, dipendendo quest'ultimo approccio dalla discrezionalità dello stesso legislatore che, come si è visto sopra, ben potrebbe conferire alla P.A. il potere di avvalersi di forme di I.A. anche per attività che involgono l'effettuazione di una scelta.

Se così è, il ragionamento da seguire sembra, allora, opposto rispetto a quello che di solito si registra sul tema: non si tratta di 'applicare *ex post*' l'I.A. ad attività provvedimentali, la cui eventuale discrezionalità è imperniata dalla stessa legge sulla natura umana del soggetto che decide, ma di conformare *ex ante* – nel rispetto del principio di legalità sostanziale – il potere della P.A. di ricorrere all'I.A. a seconda *a)* del *tipo* di tecnologia che si intende utilizzare per quella determinata fattispecie di diritto amministrativo, nonché *b)* delle sue modalità di funzionamento di fronte alla possibilità di operare 'una scelta'; in altre parole, così come il *tipo* di I.A. impiegata definisce il suo stesso modo di "pensare" e la sua capacità di "scegliere" rispetto al caso concreto, così il parametro legale modula le condizioni per il suo legittimo utilizzo, escludendolo in radice ovvero limitandosi a garantire la possibilità per l'agente umano di intervenire *ex post* al fine di verificare o modificare quanto deciso (c.d. *human in the loop*).



Di fronte all'I.A. la discrezionalità intesa come momento di emersione dell'interposizione valutativa dell'agente umano nel processo di esecuzione del comando legislativo cessa, quindi, di esistere, poiché viene meno il presupposto essenziale di tale costruzione; nondimeno, nella misura in cui la macchina sia in grado di 'scegliere', tale eventualità deve essere sorretta da un'adeguata base legale, idonea a garantire i principi di costituzionali riguardanti la P.A. e, in quanto tale, la sfera giuridica dei destinatari ultimi del provvedimento.

E si giunge così a un'altra questione: se la l. n. 241/1990 non risulta strumento idoneo a calibrare talune garanzie procedurali all'ipotesi di un provvedimento integralmente automatizzato, occorre risalire alla cornice di principi di rango costituzionale riguardanti le pubbliche amministrazioni e chiedersi quali siano i limiti da essi enucleabili rispetto all'impiego dell'I.A. nell'ambito della fase decisoria del procedimento amministrativo.

Da questa prospettiva ciò che emerge in modo evidente è la dimensione 'garantistica' – o, se si vuole, propriamente costituzionale – della discrezionalità, quale funzionalizzazione di ogni scelta della P.A. alla *ratio* espressa dalla norma di legge che la rende possibile, residuando al di fuori di tale perimetro la necessità di tutelare le correlate situazioni giuridiche di interesse legittimo dei singoli coinvolti. E, a ben vedere, detta limitazione funzionale non è assicurata da un immanente principio antropomorfo, ma da quello della motivazione dei provvedimenti amministrativi, il cui fondamento deve essere fatto risalire, a sua volta, al principio di legalità (oltreché a quelli di buon andamento, di imparzialità e di eguaglianza³²). Con riguardo al fenomeno dei provvedimenti automatizzati, un eventuale margine di discrezionalità della macchina sarà, quindi, compatibile con i principi costituzionali testé richiamati nella misura in cui la legge, in relazione alla specifica tecnologia utilizzata, garantisca l'elaborazione di una motivazione comprensibile, accessibile e razionale dell'atto così formato: ciò che davvero è decisivo non sembra, allora, il *range* più o meno ampio delle opzioni percorribili dalla macchina, quanto la circostanza che quella prescelta sia motivata in modo comprensibile, adeguato, nonché su basi razionali.

Del resto, quello della incomprendibilità o irrazionalità delle scelte complesse della P.A. è un problema che non nasce di certo con l'avvento dell'I.A. e che, peraltro, in Italia ha ricevuto soluzioni giurisprudenziali non sempre lusinghiere per le ragioni dei singoli destinatari dei provvedimenti; si pensi, solo per fare un esempio, al caso in cui la legge configuri ambiti di discrezionalità tecnica in capo all'agente umano per la valutazione di fatti complessi: quest'ultima ha da sempre rappresentato un argine insormontabile per lo stesso giudice amministrativo, il quale può svolgere su di essa solo un sindacato intrinseco di tipo debole (ovvero, secondo giurisprudenza ormai minoritaria, di tipo estrinseco), limitato

³² Sulla proiezione di quest'ultimo principio nel diritto costituzionale v. da ultimo A. MOLITERNI, *Principio di eguaglianza e diritto amministrativo*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, fasc. 14/2023, 195 ss.

in ogni caso soltanto a quelle valutazioni tecniche la cui ‘inattendibilità’ sia espressione di una loro irrazionalità, illogicità o incongruenza interne³³. Ebbene, sotto quale profilo siffatti limiti non dovrebbero valere anche per analoghi provvedimenti automatizzati? Dalla cornice di principio delineata dalla Costituzione ciò che emerge come imprescindibile è, infatti, la necessità di garantire – sulla base di un’adeguata conformazione legale del potere di ricorrervi – la funzionalizzazione di qualsiasi scelta della P.A. agli obiettivi indicati dalla legge, nonché la possibilità di ricostruire la *razionalità* di quanto deciso attraverso una motivazione accessibile e comprensibile; tutto ciò a prescindere dalla natura, umana o artificiale, dell’agente.

Messa, quindi, in disparte la distinzione tra attività discrezionale e attività vincolata – giacché entrambe demandabili, alla luce di determinate condizioni tecnologiche e di legalità sostanziale, a un agente artificiale –, resta ancora un interrogativo: cos’è che dovrebbe restare escluso dall’impiego dell’I.A., implicando necessariamente la valutazione di un agente umano?

Posta l’impossibilità di fornire risposte definitive su di un tema fortemente esposto all’evoluzione tecnologica, l’ipotesi ricostruttiva sin qui tracciata suggerirebbe di escludere l’utilizzo dell’I.A. solo per quei provvedimenti connotati da valutazioni libere dai vincoli funzionali della stessa discrezionalità; provvedimenti nei quali la connotazione garantistica della motivazione finisce inevitabilmente per sfumare. Ci si riferisce alle scelte di puro merito amministrativo, i cui parametri di conformazione, notoriamente, corrispondono ai concetti – elastici e non giuridici – di ‘buona amministrazione’, ‘opportunità’ e ‘convenienza’; parametri nei quali non può che riflettersi la *soggettività* di colui che decide e che, pertanto, esprimono – questi sì – un principio antropomorfo o di preferenza per la decisione ‘antropica’³⁴.

Senza allargare il discorso a problematiche risalenti nella letteratura giuspubblicistica, con riferimento all’utilizzabilità di forme di I.A. da parte delle pubbliche amministrazioni, si deve, pertanto, escludere l’utilità epistemologica del discriminare attività discrezionale/attività vincolata; una soluzione ricostruttiva

³³ Cfr. al riguardo la nota sentenza Cons. St., sez. V, 9 aprile 1999, n. 601; nonché, *ex multis*, Id., 23 giugno 2011, n. 3807 e Cons. Stato, sez. VI, n. 4635 /2007, secondo cui «tramontata l’equazione discrezionalità tecnica-merito insindacabile, il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici della p.a. può oggi svolgersi in base non al mero controllo formale ed estrinseco dell’iter logico seguito dall’autorità amministrativa, bensì, alla verifica diretta dell’attendibilità delle operazioni tecniche sia sotto il profilo della loro correttezza sia con riguardo al criterio tecnico ed al relativo procedimento applicativo, dovendosi intendere, oramai, per merito amministrativo solo i profili di opportunità e di convenienza». Non mancano, tuttavia, pronunce più recenti che arrivano ad affermare – per ora in maniera rapsodica – la possibilità di un sindacato intrinseco forte (c.d. sindacato sostitutivo), come per es. in Cons. Stato, sez. VI., 19 luglio 2019, n. 4990.

³⁴ Si tratta, peraltro, di una provincia del diritto amministrativo che da tempo va erodendosi, specie con riferimento alla sua sindacabilità da parte del giudice amministrativo alla luce di principi, non a caso, dal chiaro tenore costituzionale, come per esempio quello di proporzionalità. Altra questione ancora è quella del possibile intreccio tra discrezionalità e merito in quei provvedimenti che esprimono l’una e l’altro, ma anche in tali casi si dovrebbe escludere la possibilità di ricorrere all’I.A. poiché la cura dell’interesse pubblico resterebbe modellata al caso concreto sulla base di valutazioni ‘ad hoc’ e necessariamente umane.

di questo tipo, basata sulla meccanica e inconfidente applicazione nei confronti dei provvedimenti automatizzati delle garanzie previste dalla l. n. 241/90, si dimostra infatti del tutto fallace, poiché non coglie il problema – di evidente rilievo costituzionale – del fondamento legale del potere di ricorrere a siffatte tecnologie e delle connesse garanzie costituzionali (procedimentali e giurisdizionali) che, nel conformare ogni attribuzione di potere, devono adeguarsi alle sfide che esso pone³⁵.

Nondimeno, non stupisce che la giurisprudenza amministrativa abbia ritenuto, in un primo momento, di affrontare il tema utilizzando esattamente quel *discrimen*, con il risultato di contribuire, come si illustrerà di seguito, in modo oscillante e frammentario all'inquadramento giuridico del fenomeno in esame.

5. Il potere di ricorrere all'I.A. e la tutela degli interessi legittimi: il sindacato sul provvedimento amministrativo algoritmico secondo l'oscillante giurisprudenza amministrativa

È affermazione comune – giacché fondata sulla notissima genesi e sulla successiva evoluzione della stessa figura dell'interesse legittimo – che il diritto amministrativo si sviluppi, da sempre, attraverso il diritto 'pretorio' del suo giudice speciale.

Ebbene, l'impressione è che il fenomeno dell'I.A. abbia rivelato tutti i limiti di questa impostazione, facendo emergere, da un lato, le non poche contraddizioni interne alla stessa giustizia amministrativa rispetto a inediti fattori di condizionamento della vita delle pubbliche amministrazioni (e degli stessi individui), e dall'altro l'urgenza che il tema sia adeguatamente normato dal legislatore. A complicare un quadro di questo tipo, si osserva poi come la letteratura scientifica si sia finora divisa tra coloro che cercano – meritoriamente – di ridurre a sistema le oscillanti pronunce della giurisprudenza amministrativa su questo tema e chi, ancor più stoicamente, tenta di enucleare da quest'ultime elementi in ogni caso utili a riportare l'I.A. nell'orbita dei principi costituzionali concernenti l'attività amministrativa³⁶. In entrambi i casi, tuttavia, l'impresa appare meno scontata di quanto possa sembrare.

Converrà, dunque, richiamare succintamente le (relativamente) poche e ben note pronunce che hanno cominciato a lumeggiare il fenomeno, onde evidenziarne – in una prospettiva di diritto costituzionale – ragioni, limiti e obiettivi istituzionali.

Com'è noto, il TAR del Lazio, si è confrontato una prima volta con dei provvedimenti automatizzati nell'ambito delle procedure per il trasferimento interprovinciale del personale docente di cui alla l. n. 107/2015 e in particolare sotto il limitato profilo dell'accessibilità da parte dei singoli all'algoritmo che li

³⁵ Non solo. Tale criterio discrezionale distrae dalla vera questione sottesa all'attività provvedimentale automatizzata, vale a dire l'individuazione dell'ambito dove essa sarebbe più utile. Da questa prospettiva, è appena il caso di osservare come attività burocratiche di carattere seriale e di dimensioni 'massive' sembrerebbero rappresentare il vero terreno d'elezione per siffatte tecnologie – con evidente beneficio per i relativi utenti –, a condizione, però, che lo stesso parametro legale rispetti quelle condizioni di 'minime' di compatibilità costituzionale cui si è accennato nel testo.

³⁶ Al riguardo, l'analisi di A. SIMONCINI, *Amministrazione digitale algoritmica*, op. cit., 8 e ss.

ha generati³⁷. In quell'occasione, il giudice amministrativo ha affermato il diritto di accedere all'algoritmo e al c.d. linguaggio sorgente del *software* che ne aveva concretizzato il funzionamento in altrettanti provvedimenti amministrativi automatizzati, facendo propria una soluzione ricostruttiva – per vero risalente – in virtù della quale il ricorso all'I.A. coincide con una semplice, e legittima, scelta organizzativa dell'Amministrazione. Più precisamente, posto che «l'algoritmo è diretta espressione dell'attività svolta dalla pubblica amministrazione» e che, nell'ambito di tale attività, l'elaborazione elettronica dell'atto consiste «nello svolgimento dell'iter logico che conduce alla redazione dell'atto finale in relazione al rispettivo contenuto e che concretizza la sua motivazione³⁸», secondo il giudice amministrativo, da un lato, la scelta dell'amministrazione di avvalersene sarebbe totalmente discrezionale, mentre dall'altro «il *software* finisce per identificarsi e concretizzare lo stesso procedimento» e al contempo «la volontà finale dell'amministrazione procedente», sicché l'algoritmo (*rectius*: il *software*) non può che essere assimilato all'atto amministrativo informatico in senso stretto, come tale sussumibile all'interno della fattispecie disciplinata dagli artt. 22, co. 1, lett. d), l. n. 241/1990. Il ragionamento, pur presentando dei tratti argomentativi non del tutto lineari³⁹, pone dunque un primo argine rispetto alla decisione discrezionale della P.A. di avvalersi di siffatte tecnologie, sancendo la piena accessibilità conoscitiva dei meccanismi interni al *software* che esegue l'algoritmo.

Circa un anno dopo la medesima sezione di quel Tribunale amministrativo, con riferimento alle medesime procedure di trasferimento del personale docente, dava dell'utilizzo di forme di IA una lettura diametralmente opposta⁴⁰: il provvedimento automatizzato veniva, infatti, annullato perché adottato «in

³⁷ Cfr. TAR Lazio, Roma, sez. III-*bis*, sent. 22 marzo 2017, n. 3769.

³⁸ Cfr. TAR Lazio, sent. cit., la quale prosegue affermando – in modo condivisibile – che «l'attività vincolata è compatibile con la logica propria dell'elaboratore elettronico in quanto il *software* traduce gli elementi di fatto e i dati giuridici in linguaggio matematico dando vita a un ragionamento logico formalizzato che porta a una conclusione che, sulla base dei dati iniziali, è immutabile [...] al riguardo potrebbe ritenersi che, in realtà, l'ammissibilità dell'elaborazione elettronica dell'atto amministrativo non è legata alla natura discrezionale o vincolata dell'atto quanto invece essenzialmente alla possibilità, che tuttavia è scientifica e non invece giuridica, di ricostruzione dell'iter logico sulla base del quale l'atto stesso possa essere emanato per mezzo di procedure automatizzate quanto al relativo contenuto dispositivo». Si tratta di una felice intuizione del giudice amministrativo che, però, non verrà coltivata nelle successive sentenze che hanno affrontato il fenomeno e che si esaminano nel presente lavoro.

³⁹ Secondo il TAR capitolino, infatti, la decisione discrezionale di ricorrere all'IA, pur attenendo alla «metodologia prescelta dall'amministrazione ai fini dell'articolazione e dello svolgimento del procedimento amministrativo» (e dunque una scelta in grado di riflettersi all'esterno della PA), assumerebbe comunque «una valenza di tipo organizzativo dell'attività amministrativa» (vale a dire interna alla PA). Non solo. Nella sentenza in commento incidentalmente si osserva che, ai fini della comprensione e della verifica della correttezza del provvedimento algoritmico, al privato destinatario dell'atto non resterebbe che «legittimamente avvalersi dell'attività professionale di un informatico competente in materia», il che sembra porsi in antitesi alla garanzia di conoscibilità dell'algoritmo che si vuole affermare a favore del singolo.

⁴⁰ Cfr. TAR Lazio, Roma, sez. III-*bis*, sent. 10 settembre 2018, n. 9230; si tratta peraltro di orientamento affidato a una pluralità di sentenze emesse da quella sezione del TAR quello stesso giorno (v. per es. Id. sent. n. 9227/2018 etc.) e portato avanti anche con pronunce successive, nonostante su questo tema fosse emerso *medio tempore* un chiaro e opposto orientamento del Consiglio di Stato (v. Tar Lazio, sez. III-*bis*, sent. breve 13 settembre 2019, n. 10964 che non tiene conto di Cons. St., sez. VI, sent. 8 aprile 2019 n. 2270, per la quale v. *infra* in questo §).

assenza' di «una vera e propria attività amministrativa, essendosi demandato a un impersonale algoritmo lo svolgimento dell'intera procedura». I toni, come registrato da alcuni in dottrina⁴¹, sono perentori: alcuna complessità fattuale «può legittimare la sua devoluzione ad un meccanismo informatico o matematico del tutto impersonale e orfano di capacità valutazionali delle singole fattispecie concrete, tipiche invece della tradizionale e garantistica istruttoria procedimentale che deve informare l'attività amministrativa, specie ove sfociante in atti provvedimenti incisivi di posizioni giuridiche soggettive di soggetti privati e di consequenziali ovvie ricadute anche sugli apparati e gli assetti della pubblica amministrazione». In questo quadro, il giudice amministrativo rilevava, non senza una certa forzatura dei termini della questione, una compressione esiziale dei principali istituti di garanzia procedimentale posti dalla l. n. 241/90, quali la partecipazione, la trasparenza, l'accesso e l'obbligo di motivazione del provvedimento, arrivando così – specie con riferimento a quest'ultimo profilo – a frustrare il diritto di azione e di difesa di cui all'art. 24, Cost.⁴². Sempre secondo questa pronuncia, il provvedimento automatizzato sarebbe illegittimo in quanto espressione di un *modus agendi* totalmente incompatibile con le garanzie procedimentali predisposte dalla l. n. 241/90 e, più in generale, con «i valori costituzionali scolpiti negli artt. 3, 24, 97 della Costituzione», i quali ostano a una «deleteria prospettiva orwelliana di dismissione delle redini della funzione istruttoria e di abdicazione a quella provvedimentale».

Senonché l'impressione è che il TAR abbia, in quel caso, perso di vista il vero problema di quelle procedure di trasferimento, consistente non tanto in generiche dismissioni o abdicazioni di potere da parte dell'uomo nei confronti della macchina, quanto nell'esclusiva (e arbitraria) soggezione dei singoli all'algoritmo che quel modo di procedere aveva determinato, stante l'assenza di una specifica previsione normativa che stabilisse la possibilità di un intervento correttivo degli esiti del singolo procedimento da parte dell'agente umano⁴³.

⁴¹ Cfr. A. SIMONCINI, *Amministrazione digitale algoritmica*, op. cit., 15 ss.

⁴² Tale argomento – secondo cui il diritto di difesa risulterebbe «compromesso tutte le volte in cui l'assenza della motivazione non permette inizialmente all'interessato e successivamente, su impulso di questi, al Giudice, di percepire l'iter logico-giuridico seguito dall'amministrazione per giungere ad un determinato approdo provvedimentale» – appare, tuttavia, eccessivo se si considera che l'assenza di motivazione che caratterizza strutturalmente i provvedimenti di carattere normativo o generale non ha mai impedito la loro impugnabilità e la loro sindacabilità da parte del giudice amministrativo. Questa linea argomentativa, quindi, perderebbe molta della sua efficacia qualora si consideri – come si sostiene nel presente lavoro – il provvedimento automatizzato quale concretizzazione di una determinazione di natura normativa della PA (specie con riferimento a forme di IA deterministiche).

⁴³ Nella sentenza in commento, peraltro, si arriva a tessere l'immagine di un funzionario umano ontologicamente superiore alla macchina, che, se debitamente rapportata alla realtà delle strutture amministrative italiane, suona più che altro come una petizione di principio dal sapore vagamente luddista: «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». Sul punto, lo stesso Consiglio di Stato si incaricherà di smentire nettamente questa posizione, rilevando che «gli algoritmi promettono di diventare lo strumento attraverso il quale correggere le storture e le imperfezioni che caratterizzano tipicamente i processi cognitivi e le scelte compiute dagli esseri umani» (così Cons. St., sent. n. 8472/2019, per la quale v. *infra* nel testo).

Al di là di questi rilievi, ciò che colpisce di quelle vicende giudiziarie è che in entrambi i casi il giudice amministrativo non si sia minimamente posto il problema del fondamento legale del potere dell'Amministrazione di delegare a un algoritmo la stessa adozione del provvedimento, rimanendo così sommersa la questione circa la necessità che la legge stabilisca previamente requisiti per la conformazione di tale nuovo *modus procedendi* al quadro costituzionale di riferimento (oltretutto a quello sovranazionale).

Successivamente, la seconda decisione del TAR capitolino che si è presa in esame è stata, com'è noto, parzialmente riformata in appello dal Consiglio di Stato, il quale ha rivisto completamente le motivazioni a sostegno del dispositivo di annullamento di quei provvedimenti automatizzati⁴⁴.

Ebbene, anche questa sentenza di secondo grado risulta molto interessante per la ricostruzione del difficile cammino compiuto sin qui dalla giurisprudenza amministrativa per “normalizzare” il fenomeno dell'amministrazione algoritmica, rappresentando una eloquente testimonianza dei contrasti interni ad essa e delle conseguenti oscillazioni.

In quell'occasione, la sesta Sezione del Consiglio di Stato, facendo seguito a una prima, circostanziata, ‘conferma’ della compatibilità della c.d. amministrazione algoritmica con il quadro dei principi costituzionali relativi alla pubblica amministrazione⁴⁵, apre in modo netto all'attività provvedimentale automatizzata, rovesciando buona parte gli assunti sui quali era fondata la sentenza appellata: premesso ancora una volta che «il ricorso all'algoritmo va correttamente inquadrato in termini di modulo organizzativo, di strumento procedimentale ed istruttorio, soggetto alle verifiche tipiche di ogni procedimento amministrativo, il quale resta il *modus operandi* della scelta autoritativa», e che non «vi sono ragioni di principio, ovvero concrete, per limitare l'utilizzo [dell'IA, ndr] all'attività amministrativa vincolata piuttosto che discrezionale, [...] in specie tecnica», il Collegio individua due elementi di minima garanzia per ogni ipotesi di utilizzo di algoritmi, quali a) la piena conoscibilità a monte – da parte sia della P.A. procedente, sia dei soggetti incisi dal provvedimento finale – «del modulo utilizzato e dei criteri

⁴⁴ Ci si riferisce a Cons. St., sez. VI, sent. 13 dicembre 2019, n. 8472, ma v. anche Id., sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881.

⁴⁵ Ci si riferisce in particolare a di Cons. St., sez. VI, sent. 8 aprile 2019 n. 2270, nell'ambito della quale il Supremo Collegio, premessi «gli indiscutibili vantaggi derivanti dalla automazione del processo decisionale dell'amministrazione mediante l'utilizzo di una procedura digitale ed attraverso un “algoritmo” – ovvero di una sequenza ordinata di operazioni di calcolo – che in via informatica sia in grado di valutare e graduare una moltitudine di domande», aveva già osservato che l'utilizzo di siffatte tecnologie per procedure seriali o standardizzate fosse «conforme ai canoni di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa (art. 1 l. 241/90), i quali, secondo il principio costituzionale di buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.), impongono all'amministrazione il conseguimento dei propri fini con il minor dispendio di mezzi e risorse e attraverso lo snellimento e l'accelerazione dell'*iter* procedimentale». In quel caso, tuttavia, la «piena valenza giuridica e amministrativa» veniva ammessa alla triplice condizione che la stessa: *i*) non lasciasse «spazi applicativi discrezionali (di cui l'elaboratore elettronico è privo)», dovendo «prevedere con ragionevolezza una soluzione definita per tutti i casi possibili, anche i più improbabili; *ii*) fosse pienamente conoscibile, vale a dire sia «corredata da spiegazioni [...] che la rendano leggibile e comprensibile, sia per i cittadini che per il giudice»; *iii*) «fosse soggetta alla piena cognizione, e al pieno sindacato, del giudice amministrativo».

applicati»⁴⁶, e b) l'imputabilità della decisione all'organo titolare del potere, il quale deve poter svolgere la necessaria verifica di logicità e legittimità della scelta e degli esiti affidati all'algoritmo».

In particolare, il secondo di questi requisiti minimi rappresenta un ulteriore passo in avanti nella definizione del regime di validità del ricorso all'IA, giacché è in relazione ad esso che il Supremo Collegio volge lo sguardo al diritto sovranazionale, e in particolare all'art. 22 del GDPR: proprio la previsione, da parte di quest'ultimo, di un diritto della persona a non essere sottoposta a decisioni automatizzate prive di un coinvolgimento umano (ancorché idonee a incidere sulla loro sfera giuridica) si intreccia con «le norme generali e tradizionali in tema di imputabilità e responsabilità» e si traduce, nel nostro sistema amministrativo, nella necessità di «garantire la riferibilità della decisione finale [automatizzata, ndr] all'autorità ed all'organo competente in base alla legge attributiva del potere», il quale deve essere «in grado di verificare la legittimità e logicità della decisione dettata dall'algoritmo».

Da siffatta interazione tra diritto interno e sovranazionale, il Consiglio di Stato giunge, quindi, a enucleare tre principi cui deve informarsi l'utilizzo da parte delle PP.AA. di queste tecnologie: *i*) un principio di conoscibilità *ex ante* da parte del singolo circa l'esistenza di processi decisionali automatizzati che lo riguardano e di comprensibilità della loro “logica” di funzionamento⁴⁷; *ii*) un principio di non esclusività della decisione algoritmica (*human in the loop*); *iii*) un principio di non discriminazione algoritmica, secondo il quale l'algoritmo e i dati sottoposti all'elaborazione da parte di quest'ultimo devono essere organizzati in modo da impedire esiti discriminatori (in quanto fondati su razza, sesso, religione, etc.).

Ricavato questo quadro di principi a garanzia della compatibilità dell'utilizzo dell'IA nell'ambito dell'attività amministrativa, i giudici di Palazzo Spada – ed è questo, forse, il passaggio meno stentoreo ma più interessante della sentenza – escludono in modo netto che possa essere applicata «in modo indiscriminato [...] all'attività amministrativa algoritmica tutta la legge sul procedimento amministrativo»: eventuali rischi connessi a tale sviluppo tecnologico, precisa il Collegio, non sono infatti ovviati «dalla rigida e meccanica applicazione di tutte le minute regole procedurali della legge n. 241 del 1990 [...], dovendosi invece ritenere che la fondamentale esigenza di tutela posta dall'utilizzazione dello strumento

⁴⁶ Si tratta di una «declinazione rafforzata del principio di trasparenza» già formulata dal diretto precedente della medesima Sezione (sent. n. 2270/2019, per la quale v. la nota precedente) e finalizzata alla possibilità di «verificare che i criteri, i presupposti e gli esiti del procedimento robotizzato siano conformi alle prescrizioni e alle finalità stabilite dalla legge o dalla stessa amministrazione a monte di tale procedimento e affinché siano chiare – e conseguentemente sindacabili – le modalità e le regole in base alle quali esso è stato impostato».

⁴⁷ Sul punto cfr. anche Cons. St., sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881; tale aspetto risulta, peraltro, strettamente collegato all'art. 41 della Carta Europea dei Diritti Fondamentali dell'UE (“*Right to a good administration*”), e segnatamente all'obbligo per l'Amministrazione di motivare le proprie decisioni. Sulle ricadute applicative di tale diritto fondamentale nell'ambito dei processi di digitalizzazione delle PP.AA. v. D.U. GALETTA, *Digitalizzazione e diritto ad una buona amministrazione (il procedimento amministrativo, fra diritto ue e tecnologie ict)*, in R. CAVALLO PERIN-D.U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'Amministrazione pubblica digitale*, op. cit., 85 ss., spec. 111 ss; nonché E. LONGO, *I processi decisionali automatizzati e il diritto alla spiegazione*, in F. DONATI-A. PAJNO-A. PERUCCI (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?*, Bologna, 2022, vol. I, 359.

informatico c.d. algoritmico sia la trasparenza nei termini prima evidenziati, riconducibili al principio di motivazione e/o giustificazione della decisione».

Secondo questa impostazione, la tutela del singolo rispetto alle possibili *disfunzioni* insite nel provvedimento algoritmico, non potendo passare per le garanzie procedurali della l. n. 241/90, risulta ancorata alla possibilità per il giudice amministrativo di comprendere la motivazione/giustificazione della decisione stessa, quale unico ‘terreno’ dove poter verificare la rispondenza della decisione (e di siffatto, nuovo, *modus procedendi*) ai tre principî testé individuati.

Il punto presenta conseguenze teoriche rilevanti: da un lato, si sancisce un arretramento della portata applicativa di un plesso normativo avente portata generale – quale è la legge sul procedimento – e, dall’altro, si sostituiscono ad esso dei principî di matrice giurisprudenziale con i quali, a ben vedere, si pretende di sindacare una diversa e alternativa tipologia di procedimento amministrativo, quello algoritmico, che però appare priva – al momento⁴⁸ – di una minima cornice legale. L’obbiettivo istituzionale perseguito dal Consiglio di Stato appare chiaro: in assenza di conferenti parametri legali in grado di conformare una nuova *regula agendi* dell’amministrazione algoritmica e, correlativamente, di stabilire puntuali garanzie procedurali in favore dei singoli, le inevitabili esigenze di tutela che promanano dal quadro costituzionale e sovranazionale di riferimento vengono affidate direttamente (ed esclusivamente) al giudice amministrativo⁴⁹, chiamato a farle valere *ex post*.

Ma fino a che punto tale supplenza del giudice amministrativo, incidendo sulla stessa individuazione e consistenza delle situazioni giuridiche soggettive dei singoli – giacché prive di un perimetro normativo che, nel definire le modalità di esercizio del potere attraverso l’IA, individui le tutele minime di carattere procedimentale –, può ritenersi compatibile con il principio di legalità in senso sostanziale di cui agli artt. 97 e 23 cost. e con le correlative riserve di legge?

Una risposta a tale quesito probabilmente non è possibile; tuttavia non stupisce che, nella definizione di una nuova regola procedimentale algoritmica, detto principio venga richiamato solo quale strumento per garantire l’individuazione di un centro di imputazione e di responsabilità in relazione al provvedimento algoritmico: in altre parole, l’unica copertura legislativa necessaria per il Consiglio di Stato sarebbe quella concernente l’attribuzione amministrativa ‘principale’ in capo a uno specifico organo/ufficio della PA, da ritenersi così responsabile per i relativi atti di esercizio, e senza quindi che la medesima debba estendersi alla scelta di quella Amministrazione di delegare quest’ultimi a un algoritmo, né alle modalità attraverso le quali l’IA è costruita e impiegata.

⁴⁸ Sul punto v. infra § 6.

⁴⁹ Da questa prospettiva, appare dunque chiaro che la qualificazione del fenomeno in esame come mera scelta organizzativa dell’Amministrazione risulti quanto meno riduttiva (se non fuorviante), incidendo non solo sulle modalità di esercizio di ogni attribuzione di potere amministrativo, ma sulla stessa consistenza della tutela da accordare alle situazioni giuridiche soggettive connesse a quest’ultimo.

Da quanto appena ricostruito, emerge in modo chiaro l'assenza di un'adeguata considerazione da parte della giurisprudenza amministrativa dei risvolti costituzionali della c.d. transizione digitale dell'Amministrazione, e *pour cause*: soffermarsi su di essi – specie dal punto di vista del rispetto del principio di legalità – avrebbe sollevato altrettante questioni di carattere preliminare sia sul fondamento legale della scelta dell'amministrazione di affidare l'adozione di un *software*, sia sui correlativi limiti di cognizione e di sindacato da parte dello stesso giudice amministrativo su quelle che ben potrebbero qualificarsi quali condotte di mero fatto della P.A.⁵⁰.

A tale ultimo riguardo, occorre infatti chiedersi se e come un approccio di questo tipo finisca per riverberarsi sul regime di validità del provvedimento automatizzato e, di conseguenza, anche sulla sindacabilità dei relativi vizi, atteso che il grado di nitore di entrambi detti profili incide fortemente sugli spazi di tutela che il giudice, in solitudine, è chiamato a sorvegliare: se è vero, per esempio, che il complesso delle tutele procedurali “classiche” svolge spesso un ruolo centrale rispetto all'individuazione in sede giurisdizionale di talune delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere, la comprensibile scelta del Consiglio di Stato di ridimensionare la portata applicativa della l. n. 241/90 dinanzi al provvedimento algoritmico non sembra possa essere adeguatamente bilanciata dal solo richiamo all'obbligo di motivazione del provvedimento medesimo. Tale principio, invero, sembra produrre effetti unicamente sugli ‘esiti’ della regola algoritmica (*i.e.* il provvedimento automatizzato) – dovendo quest'ultimi essere logici e conformi al parametro legale –, ma non anche sulla *regula agendi* che “l'algoritmo precedente” dovrebbe seguire, vale a dire sulle *modalità* attraverso le quali la macchina dovrebbe giungere a quel medesimo risultato. Il modo in cui l'algoritmo è chiamato a valorizzare i dati sottoposti alla sua elaborazione risulta, infatti, fondamentale per la stessa individuazione degli obbiettivi perseguiti dall'Amministrazione che ha deciso di avvalersi di siffatto modello procedurale/provvedimentale, e quindi per la verifica di eventuali discostamenti da quelli delineati dalla norma di legge attributiva del potere.

Se così è, allora, la transizione digitale della PA sembrerebbe imporre non solo un profondo ripensamento dell'attuale sistemazione (giurisprudenziale e legislativa) dei vizi del provvedimento (o, almeno, di una buona parte di essi), ma anche la previsione di norme specifiche per siffatti modelli procedurali/provvedimentali in grado di conformare puntuali regimi di validità dei provvedimenti

⁵⁰ L'assenza di un fondamento legale rispetto alla scelta della PA di ricorrere all'IA, nella misura in cui si configuri quest'ultima quale estrinsecazione di un (distinto e autonomo) potere, potrebbe condurre all'accertamento, alternativamente, della nullità dei provvedimenti che ne costituiscono l'esito per difetto assoluto di attribuzione (patologia in ordine alla quale può configurarsi anche la giurisdizione del giudice ordinario) ovvero al loro annullamento per carenza del potere in concreto (vizio conoscibile dalla sola giurisdizione del giudice amministrativo). Sulla distinzione tra queste due categorie v. *ex multis* Cass. civ., sez. un., 05/03/2018, n. 5097 nonché Cons. Stato, 4, 17 novembre 2015, n. 5228.

automatizzati sulle specifiche forme di intelligenza artificiale impiegate dalle PP.AA. Solo così sembra possibile recuperare sia un concetto minimo di ‘garanzia procedimentale’ dei singoli, sia di legalità dell’azione amministrativa algoritmica, con tutto ciò che ne discende in termini di consolidamento dei relativi spazi di tutela giurisdizionale per le correlative situazioni di interesse legittimo.

Si tratta chiaramente di problemi aperti rispetto ai quali, tuttavia, il c.d. formante giurisprudenziale ha mostrato, inevitabilmente, i suoi limiti: prova ne è la sua scelta – improntata a un occhiuto, ma a ben vedere velleitario, minimalismo – di collocare l’utilizzo dell’algoritmo nell’alveo delle mere scelte organizzative della Pubblica amministrazione.

6. Le prime tendenze della legislazione in materia di esercizio di funzioni amministrative per il tramite dell’IA: qualche conferma e alcune perplessità alla luce delle coordinate costituzionali e sovranazionali

Se, nell’ambito della giurisprudenza amministrativa che si è testé sommariamente esaminata, latita un discorso – di rilievo costituzionale – sul principio di legalità, e sembrerebbe ancora mancare una specifica cornice legale che regoli ‘da vicino’ la realtà dell’amministrazione algoritmica, occorre comunque dare atto che i legislatori, nazionale e sovranazionale, hanno da ultimo cominciato a percepire il fenomeno e, di conseguenza, a prevedere ipotesi di impiego di forme di IA. Si tratta di una recentissima tendenza normativa di cui, in questo momento e in questa sede, ci si può limitare a ricostruire i principali lineamenti, senza poterne testare le ricadute applicative.

Ciò posto, si può senz’altro affermare che, specie sul fronte interno, si è ancora lontani dal pieno rispetto del principio di legalità in senso sostanziale di cui si è detto più sopra e, di conseguenza, dall’idea – sostenuta nel presente lavoro – di apprestare per ogni specifica fattispecie di provvedimento automatizzato una puntuale previsione legislativa che, muovendo dai caratteri dell’algoritmo utilizzabile allo scopo, autorizzi le PP.AA. a impiegarlo nel rispetto di determinate garanzie procedimentali.

Discorso parzialmente diverso deve, invece, essere fatto per il diritto sovranazionale che, certamente, sconta un ritardo inferiore – sia per le virtualità applicative degli artt. 22 GDPR e 41 della Carta europea dei diritti dell’Uomo, sia per il più recente *AI Act*, frutto a sua volta della pressante esigenza per l’UE di raccogliere una delle più importanti “sfide regolatorie” degli ultimi anni a livello globale –, ma, per evidenti ragioni di competenza, può conformare fino a un certo punto la fisionomia delle attività amministrative degli Stati membri.

Con riferimento proprio a quest'ultimo versante, merita qui fare un cenno proprio al regolamento UE citato, recante “regole armonizzate sull'intelligenza artificiale”⁵¹. Com'è noto, tale recente intervento normativo adotta un approccio “basato sul rischio”⁵² in base al quale, da un lato, vengono graduate le garanzie per i soggetti destinatari degli effetti prodotti dal ricorso all'IA, mentre, dall'altro, sono declinati i diversi obblighi cui devono soggiacere i soggetti che utilizzano siffatta tecnologia.

In particolare, all'interno del regolamento in esame vengono distinti *i*) i servizi ovvero le attività interessate dal ricorso all'IA, *ii*) i tipi (*rectius*: i modelli) di IA, nonché *iii*) l'impatto di quest'ultimi sui primi e sulle seconde⁵³, individuando tramite l'intreccio di questi tre criteri delle forme di IA ‘ad alto rischio’ rispetto all'integrità di determinati beni o principi giuridici coesenziali al mantenimento di adeguati livelli di tutela dei diritti fondamentali e di democraticità degli Stati membri.

Con riferimento a siffatti sistemi di IA ‘ad alto rischio’ il regolamento prevede, quindi, una serie di requisiti rispetto ai quali la struttura interna e il funzionamento dei primi devono essere conformi (art. 8 e ss); essi, in estrema sintesi, consistono *i*) nella necessaria previsione di un sistema di gestione dei rischi; *ii*) nell'adeguatezza della qualità e quantità dei set di dati utilizzati per l'addestramento dei sistemi di IA che adottano tecniche di *Machine Learning* e *Deep Learning*; *iii*) nella predisposizione da parte dei produttori di una documentazione tecnica sul sistema di IA immesso in commercio che sia «chiara e comprensibile»; *iv*) nella garanzia di un livello adeguato di tracciabilità del funzionamento del sistema di IA⁵⁴; *v*) nella

⁵¹ Il regolamento in questione – denominato anche ‘legge sull'intelligenza artificiale’ – è stato approvato dal Parlamento europeo il 13 marzo 2024 e, ad oggi, è in attesa di essere approvato dal Consiglio.

⁵² Per questo peculiare approccio il riferimento classico è a U. BECK-M. RITTER, *Risk society. Towards a new modernity*, London, 1986; sull'utilizzo da parte di siffatto approccio per l'*AI Act* – così come per gli altri, recenti, interventi normativi dell'UE per la creazione del mercato unico dei servizi digitali (GDPR e *Digital Services Act*) –, v. F.M. MANCIOPPI, *La regolamentazione dell'intelligenza artificiale*, op. cit., 123 ss.

⁵³ V. art. 6 Reg. cit. e in particolare il par. 3 ai sensi del quale «un sistema di IA non è considerato ad alto rischio se non presenta un rischio significativo di danno per la salute, la sicurezza o i diritti fondamentali delle persone fisiche, anche nel senso di non influenzare materialmente il risultato del processo decisionale. È questo il caso quando sono soddisfatte una o più delle seguenti condizioni: a) il sistema di IA è destinato a eseguire un compito procedurale limitato; ⁽¹⁾_{(SEP)b}) il sistema di IA è destinato a migliorare il risultato di un'attività umana precedentemente completata; c) il sistema di IA è destinato a rilevare schemi decisionali o deviazioni da schemi decisionali precedenti e non è inteso a sostituire o influenzare la valutazione umana precedentemente completata senza un'adeguata revisione umana; o d) il sistema di IA è destinato a eseguire un compito preparatorio per una valutazione pertinente ai fini dei casi d'uso elencati nell'allegato III».

⁵⁴ Per quanto di interesse in questa sede, merita, peraltro, richiamare l'art. 50, Reg. cit., rubricato ‘Obblighi di trasparenza per i fornitori e gli utenti di determinati sistemi di IA’, ai sensi del quale «I fornitori garantiscono che i sistemi di IA destinati a interagire direttamente con le persone fisiche sono progettati e sviluppati in modo tale che le persone fisiche interessate siano informate del fatto di stare interagendo con un sistema di IA, a meno che ciò non risulti evidente dal punto di vista di una persona fisica ragionevolmente informata, attenta e avveduta, tenendo conto delle circostanze e del contesto di utilizzo»; nonché l'art. 86, Reg. cit., rubricato ‘Diritto alla spiegazione dei singoli processi decisionali’, sulla base del quale «1. Qualsiasi persona interessata oggetto di una decisione adottata dal *deployer* sulla base dell'output di un sistema di IA ad alto rischio elencato nell'allegato III, ad eccezione dei sistemi elencati al punto 2 dello stesso, e che produca effetti giuridici o in modo analogo incida significativamente su tale persona in un modo che essa ritenga avere un impatto negativo sulla sua salute, sulla sua sicurezza o sui suoi diritti fondamentali ha il diritto di ottenere dal *deployer* spiegazioni chiare e significative sul ruolo del sistema di IA nella procedura decisionale e sui principali elementi della decisione adottata».

garanzia di trasparenza circa il funzionamento del sistema, tale da consentire all'utilizzatore (*deployer*) di interpretarne l'*output* e di «utilizzarlo adeguatamente»; *vi*) nell'obbligo di progettare e sviluppare siffatti sistemi di IA «in modo tale da poter essere efficacemente supervisionati da persone fisiche durante il periodo in cui sono in uso»⁵⁵; e *vii*) nel mantenimento di «un adeguato livello di accuratezza, robustezza e ciphersicurezza».

Ai fini del presente lavoro, è poi particolarmente rilevante la previsione di cui all'art. 27, reg. cit. ai sensi del quale «prima di utilizzare un sistema di IA ad alto rischio di cui all'articolo 6, paragrafo 2, [...], i *deployer* che sono organismi di diritto pubblico o sono enti privati che forniscono servizi pubblici [...] effettuano una valutazione dell'impatto sui diritti fondamentali che l'uso di tale sistema può produrre». La *ratio* della disposizione è rinvenibile nel cons. n. 58 del medesimo regolamento, nell'ambito del quale si classificano come ad alto rischio tutti quei sistemi di IA utilizzati per determinare se una prestazione o un servizio devono essere concessi o meno da una pubblica autorità – «compreso se i beneficiari hanno legittimamente diritto a tali prestazioni o servizi» –, con l'evidente conseguenza che tale utilizzo dell'IA può «avere un impatto significativo sul sostentamento delle persone e violare i loro diritti fondamentali, quali il diritto alla protezione sociale, alla non discriminazione, alla dignità umana o a un ricorso effettivo»⁵⁶. Da questa condivisibile premessa – che significativamente mette in diretto ed evidente collegamento l'utilizzo dell'IA con le coordinate soggettive e oggettive di situazioni giuridiche di caratura fondamentale –, il regolamento, al successivo cons. 96, chiarisce quindi che «al fine di garantire in modo efficiente la tutela dei diritti fondamentali, i *deployer* di sistemi di IA ad alto rischio che sono organismi di diritto pubblico o gli operatori privati che forniscono servizi pubblici [...] dovrebbero svolgere una valutazione d'impatto sui diritti fondamentali prima di metterli in uso».

⁵⁵ Si tratta, a ben vedere, della positivizzazione del principio del c.d. *human in the loop*: sotto questo profilo, l'art. 14 del Reg. cit. è una disposizione 'chiave' rispetto all'intero articolato, considerato anche che le stesse misure di sorveglianza sull'IA presuppongono una certa alfabetizzazione dello stesso utilizzatore (vale a dire, nel nostro caso, il personale delle PP.AA.); su questo punto lo stesso art. in esame, al par. 5, significativamente prevede che «per i sistemi di IA ad alto rischio di cui all'allegato III, punto 1, lettera a), le misure di cui al paragrafo 3 sono tali da garantire che, inoltre, il *deployer* non compia azioni o adotti decisioni sulla base dell'identificazione risultante dal sistema, a meno che tale identificazione non sia stata verificata e confermata separatamente da almeno due persone fisiche dotate della necessaria competenza, formazione e autorità. Il requisito di una verifica separata da parte di almeno due persone fisiche non si applica ai sistemi di IA ad alto rischio utilizzati a fini di contrasto, migrazione, controllo delle frontiere o asilo, qualora il diritto dell'Unione o nazionale ritenga sproporzionata l'applicazione di tale requisito»; sempre su questo tema, v. anche l'art. 26, par. 1 e 2, del Reg. cit., ai sensi del quale «I *deployer* di sistemi di IA ad alto rischio adottano idonee misure tecniche e organizzative per garantire di utilizzare tali sistemi conformemente alle istruzioni per l'uso che accompagnano i sistemi, a norma dei paragrafi 3 e 6. 2. I *deployer* affidano la sorveglianza umana a persone fisiche che dispongono della competenza, della formazione e dell'autorità necessarie nonché del sostegno necessario».^[11]

⁵⁶ Per completezza va anche sottolineato che il medesimo considerando soggiunge: «cionondimeno, il presente regolamento non dovrebbe ostacolare lo sviluppo e l'utilizzo di approcci innovativi nella pubblica amministrazione, che trarrebbero beneficio da un uso più ampio di sistemi di IA conformi e sicuri, a condizione che tali sistemi non comportino un rischio alto per le persone fisiche e giuridiche».

Ma in cosa consiste siffatta valutazione d’impatto e quali sarebbero i suoi riflessi sui modelli decisionali di un’amministrazione algoritmica?

Sul punto, l’ultimo cons. cit. prosegue chiarendo che detta valutazione «dovrebbe individuare i processi pertinenti del *deployer* in cui il sistema di IA ad alto rischio sarà utilizzato *in linea con la sua finalità prevista* e dovrebbe includere una descrizione del periodo di tempo in cui il sistema è destinato a essere usato e della relativa frequenza, nonché delle categorie specifiche di persone fisiche e gruppi che potrebbero essere interessati nel contesto specifico di utilizzo» (corsivo aggiunto, ndr). Da questo punto vista, il testo del regolamento sembra, allora, confermare indirettamente quanto argomentato nel presente lavoro circa la necessità di apprestare basi legali idonee a conformare in modo adeguato un eventuale *agere* algoritmico della P.A.: affinché abbia senso, la prescritta obbligatorietà di una ‘valutazione preventiva’ – volta a mitigare eventuali esternalità negative connesse all’impiego di una forma di IA nell’ambito dei processi decisionali della PA – implica necessariamente un parametro legale che fondi puntualmente detto utilizzo, individuando le sue *specifiche finalità*, i limiti di impiego nonché le specifiche categorie di soggetti e gruppi interessati da tale utilizzo.

Alla luce di siffatti, sommari, lineamenti della normativa sovranazionale, è dunque possibile cogliere delle linee di continuità con il quadro di principi enucleabile dalla Costituzione in ordine alle possibilità e ai limiti del ricorso a forme di IA da parte delle pubbliche amministrazioni. Sebbene, infatti, l’impianto normativo sovranazionale adotti una prospettiva orizzontale – vale a dire principalmente imperniata, non sulle categorie di *deployer*, ma sulle attività interessate da siffatta tecnologia –, le garanzie in esso previste rispetto a processi decisionali attinenti a diritti fondamentali – e *in primis* non possono che esservi quelli di pertinenza della P.A. – appaiono di livello potenzialmente adeguato, giacché in grado di fornire ulteriori prospettive applicative a quei principi del diritto amministrativo che sono diretta emanazione dello Stato costituzionale di diritto (legalità, imparzialità, eguaglianza, obbligo di motivazione, trasparenza, etc.).

Con riferimento invece alla legislazione interna, come accennato all’inizio del presente paragrafo, la situazione – per quanto in evoluzione – appare ancora lontana dai primi traguardi raggiunti in sede sovranazionale. Ad oggi sono, infatti, sporadiche le previsioni di legge relative all’utilizzo di forme di IA da parte delle pubbliche amministrazioni, ancorché quest’ultime – come si è visto più sopra – abbiano iniziato a relazionarsi già da tempo; e ancora meno frequenti sono quelle che forniscono parametri adeguati a conformare detto utilizzo, improntandolo a quei principi e a quelle garanzie procedurali sulle quali convergono le norme costituzionali ed europee.

Un’eccezione sul punto è rinvenibile, ad oggi, nell’art. 30, D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 (nuovo codice dei contratti pubblici), rubricato ‘Uso di procedure automatizzate nel ciclo di vita dei contratti pubblici’, il quale autorizza espressamente le stazioni appaltanti e gli enti concedenti ad automatizzare, ove possibile,

le proprie attività ricorrendo a soluzioni tecnologiche, «ivi incluse l'intelligenza artificiale e le tecnologie di registri distribuiti, nel rispetto delle specifiche disposizioni in materia». Fermo quest'ultimo rinvio mobile a disposizioni che, ad oggi, possono rinvenirsi solo nel quadro normativo sovranazionale, la disposizione citata è di particolare interesse giacché stabilisce essa stessa determinati principi nell'acquisto ovvero nello sviluppo da parte delle stazioni appaltanti di soluzioni di IA; in particolare, la disposizione in commento prevede una serie di obblighi e di principi del tutto collimanti con quelli emersi in sede sovranazionale (e in particolare con l'art. 22 del GDPR) e nella giurisprudenza del Consiglio di Stato: dall'obbligo di assicurare la disponibilità e la comprensibilità del codice sorgente utilizzato – nonché di correggere gli errori e gli «effetti indesiderati derivanti dall'automazione» (art. 30, co. 2, lett. a) e b), D.lgs. cit.) –, a quello che le decisioni assunte mediante automazione rispettino i principi di a) conoscibilità e comprensibilità, «per cui ogni operatore economico ha diritto a conoscere l'esistenza di processi decisionali automatizzati che lo riguardino e, in tal caso, a ricevere informazioni significative sulla logica utilizzata»; b) non esclusività della decisione algoritmica, «per cui comunque esiste nel processo decisionale un contributo umano capace di controllare, validare ovvero smentire la decisione automatizzata»; c) non discriminazione algoritmica, «per cui il titolare mette in atto misure tecniche e organizzative adeguate al fine di impedire effetti discriminatori nei confronti degli operatori economici» (art. 30, co. 3, D.lgs. cit.)⁵⁷.

Ebbene, tale disposizione rappresenta sicuramente un primo passo verso un'adeguata base legale all'utilizzo di forme di IA da parte delle Amministrazioni in ordine a uno specifico contesto procedimentale, anche se resta un certo grado di genericità in ordine alle *tipologie* (ovvero ai *modelli*) di IA concretamente impiegabili dalle stazioni appaltanti; profilo quest'ultimo decisivo per poter misurare l'effettiva consistenza dell'apparato di garanzie procedurali che la norma si sforza di apprestare in favore degli operatori economici interessati⁵⁸.

⁵⁷ Particolarmente significativi anche gli ultimi due commi della disposizione in parola, ai sensi dei quali «4. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti adottano ogni misura tecnica e organizzativa atta a garantire che siano rettificati i fattori che comportano inesattezze dei dati e sia minimizzato il rischio di errori, nonché a impedire effetti discriminatori nei confronti di persone fisiche sulla base della nazionalità, dell'origine etnica, delle opinioni politiche, della religione, delle convinzioni personali, dell'appartenenza sindacale, dei caratteri somatici, dello status genetico, dello stato di salute, del genere o dell'orientamento sessuale. 5. Le pubbliche amministrazioni pubblicano sul sito istituzionale, nella sezione "Amministrazione trasparente", l'elenco delle soluzioni tecnologiche di cui al comma 1 utilizzate ai fini dello svolgimento della propria attività».

⁵⁸ Cfr. sul punto L. IANNOTTA, *Decisioni algoritmiche e valutazione dell'offerta: la digitalizzazione nel settore dei contratti pubblici, tra strumenti digitali e contributo umano*, in *federalismi.it* n. 5 del 2024, 57 ss., la quale opportunamente sottolinea talune persistenti lacune della previsione in commento: essa in particolare «non effettua alcun distinguo sulla base della natura dell'attività concretamente esercitata dall'amministrazione e, dunque, tra procedimenti aggiudicati con il criterio del prezzo più basso e quelli governati dal criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa». Tale silenzio si riverbera, non solo sull'individuazione del «concreto spazio valutativo riservato alla pubblica amministrazione», ma – ad avviso di chi scrive – anche (e soprattutto) sulla scelta (ad oggi totalmente libera) del modello di IA utilizzabile in relazione alle singole tipologie di gara.

Al contrario, sono diversi gli esempi di normative nazionali che, nell'autorizzare un generico impiego dell'IA da parte di pubbliche amministrazioni, presentano notevoli carenze sia sotto il profilo del principio di legalità in senso sostanziale, sia con riferimento alle garanzie e ai limiti che dovrebbero caratterizzare tale modello procedurale.

Si pensi, per tutti, alla recente delega in materia fiscale di cui alla l. 9 agosto 2023, n. 111: tra i principi e i criteri direttivi che il Governo deve osservare in tema di prevenzione e contrasto dell'evasione fiscale è previsto, per esempio, «il ricorso alle tecnologie digitali e alle soluzioni di intelligenza artificiale, nel rispetto della disciplina dell'Unione europea sulla tutela dei dati personali» (art. 2, co. 1, lett. b), n. 1, l. cit.). E ancora, tra i criteri relativi alla revisione dello statuto dei diritti del contribuente e, in particolare, tra quelli attinenti alla razionalizzazione della disciplina dell'interpello, è prevista la subordinazione di quest'ultimo strumento di dialogo tra PA e contribuente «alle sole ipotesi in cui non è possibile ottenere risposte scritte mediante servizi di interlocuzione rapida, realizzati anche attraverso l'utilizzo di tecnologie digitali e di intelligenza artificiale» (Art. 4, co. 1, lett. c), n. 3, l. cit.). Infine, tra i principi e i criteri direttivi in materia di procedimento accertativo, viene autorizzato, anche con riferimento ai tributi degli enti territoriali, «l'utilizzo di tecnologie digitali, anche con l'impiego di sistemi di intelligenza artificiale, al fine di ottenere, attraverso la piena interoperabilità tra le banche di dati, la disponibilità delle informazioni rilevanti» per la prevenzione di errori da parte dei contribuenti, per le attività di controllo, nonché per la riduzione dei fenomeni di evasione e di elusione fiscale (Art. 17, co. 1, lett. f), nn. 1, 2 e 3, l. cit.).

In sostanza, ciò che viene delegata al Governo è l'adozione di un plesso normativo primario che autorizzi l'Erario a impiegare modelli di IA per rilevanti attività istituzionali, quali il contrasto all'evasione fiscale, l'interlocuzione con i contribuenti, nonché per la realizzazione di una vera e propria “profilazione fiscale” di quest'ultimi⁵⁹. A fronte di ciò, tuttavia, la delega omette di inserire quei principi di garanzia procedimentale che, come si è visto nel presente lavoro, dovrebbero caratterizzare qualsiasi utilizzo dell'IA che sia in grado di incidere sulla sfera giuridica degli individui e, segnatamente, su taluni diritti fondamentali di cui essi sono titolari. Siffatto silenzio nella delega, è ovvio, non esclude che il legislatore delegato adotti una disciplina che tenga comunque conto delle esigenze di tutela e di trasparenza connesse a una “fiscalità algoritmica”, ma certamente rappresenta un indice della sottovalutazione del problema.

Altro esempio di questo tipo può essere rinvenuto nella l. 5 agosto 2022, n. 118 (Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021) e, in particolare, nella delega in essa contenuta per la semplificazione e il riordino del relativo sistema di vigilanza del mercato; tra i principi di tale delega compare, infatti, il «rafforzamento della digitalizzazione delle procedure di controllo, di vigilanza e di raccolta dei dati, anche

⁵⁹ Sui profili rischi derivanti dall'impiego dell'IA da parte delle amministrazioni fiscali v. E. VACCARO, *Intelligenza artificiale e prevenzione delle frodi fiscali: rischi e opportunità nella pubblica amministrazione*, in F. FABRIZZI-L. DUST (a cura di), *Controllo e predittività*, op. cit., spec. 141 ss.

al fine di favorire l'applicazione dei sistemi di intelligenza artificiale per il tracciamento di prodotti illeciti e per l'analisi dei rischi» (Art. 30, co. 1, lett. e), l. cit.). Anche tale disposizione di chiaro *favor* nei confronti dell'IA non è corredata da adeguate cautele e limitazioni finalizzate alla tutela dei terzi interessati da quelle procedure di controllo e di tracciamento.

In entrambi i casi qui citati, peraltro, proprio il meccanismo della delega legislativa poteva divenire un'ulteriore leva per l'affermazione del principio di legalità in senso sostanziale, dal momento che un'eventuale carenza sotto quest'ultimo profilo del parametro legale adottato dal Governo poteva tradursi anche in un concorrente vizio per eccesso di delega. Al contrario, la genericità di quei principi e criteri direttivi, al di là dell'eccessiva discrezionalità che essa finisce per conferire alle scelte del Governo, non sembra adeguata ad ambiti procedimentali (fisco e concorrenza) rispetto ai quali l'impatto dell'IA si preannuncia molto rilevante e, proprio per tale ragione, l'intreccio delle riserve di legge di cui agli artt. 23 e 97 cost. dischiude nuove virtualità applicative.

Quella qui sommariamente ricostruita è una tendenza del legislatore nazionale che trova numerose conferme in altre disposizioni di recente approvazione⁶⁰; né appare contraddetta dal recente disegno di legge recante disposizioni e delega al Governo in materia di intelligenza artificiale, approvato dal Consiglio dei ministri n. 78 del 23 aprile 2024. Considerata l'evidente provvisorietà di qualsiasi considerazione su questo testo, in questa sede ci si limita a constatare come anch'esso, al momento, non fornisca una base

⁶⁰ Per ragioni di sintesi non si ritiene di analizzare in modo puntuale tutte le altre disposizioni che alimentano la tendenza descritta nel testo. A titolo esemplificativo, ci si limita a richiamare l'art. 7, D.lgs. n. 157/2022, rubricato 'Digitalizzazione e aggiornamento delle procedure di controllo, di vigilanza, di analisi e test e di raccolta dei dati', ai sensi del quale «Le autorità di vigilanza del mercato e le autorità incaricate del controllo dei prodotti che entrano nel mercato dell'Unione europea implementano è [...] procedure digitalizzate di controllo e di vigilanza sui prodotti e di raccolta ed elaborazione dei relativi dati, ivi compresi sistemi di intelligenza artificiale per il tracciamento di prodotti pericolosi e illeciti e per l'analisi dei rischi presentati dai prodotti»; l'art. 39-*sexies* (aggiunto in sede di conversione del) D.L. n. 77/2021 che, nel novellare l'art. 234, D.L. n. 34/2020, rubricato 'Misure per il sistema informativo per il supporto all'istruzione scolastica', prevede la realizzazione di «un sistema informativo integrato per il supporto alle decisioni nel settore dell'istruzione scolastica, per la raccolta, la sistematizzazione e l'analisi multidimensionale dei relativi dati, per la previsione di lungo periodo della spesa per il personale scolastico, nonché per il supporto alla gestione giuridica ed economica del predetto personale anche attraverso le tecnologie dell'intelligenza artificiale e per la didattica a distanza»; l'art. 6, l. n. 160/2023, il quale, nel dettare i principi e criteri direttivi di delega al Governo per la formazione di un codice degli incentivi, stabilisce che quest'ultimo provveda «a ridefinire [...] i principi comuni che regolano i procedimenti amministrativi concernenti gli interventi di incentivazione alle imprese [...] e a standardizzare la strumentazione tecnica funzionale, attenendosi [...] ai seguenti principi e criteri direttivi specifici: [...] d) implementazione di soluzioni tecnologiche, anche basate sull'intelligenza artificiale, dirette a facilitare la piena conoscenza dell'offerta di incentivi, nonché a fornire supporto alla pianificazione degli interventi, alle attività di valutazione di cui alla lettera c) e al controllo e al monitoraggio sullo stato di attuazione delle misure e sugli aiuti concessi»; l'art. 2, D.lgs. n. 13/2024, rubricato 'Razionalizzazione e riordino delle disposizioni normative in materia di attività di analisi del rischio', che prevede, «in riferimento a tutte le disposizioni di legge che richiamano l'analisi del rischio in materia tributaria», la seguente definizione: «f) analisi probabilistica: insieme dei modelli e delle tecniche di analisi che, sfruttando soluzioni di intelligenza artificiale ovvero di statistica inferenziale, consentono di isolare rischi fiscali, anche non noti a priori, che, una volta individuati, possono essere utilizzati per l'elaborazione di autonomi criteri selettivi, ovvero permettono di attribuire una determinata probabilità di accadimento a un rischio fiscale noto»; il medesimo art. cit. prevede inoltre che «I risultati dell'analisi del rischio, oltre che per le finalità di prevenzione e contrasto all'evasione fiscale, alla frode fiscale e all'abuso del diritto in materia tributaria, nonché di stimolo dell'adempimento spontaneo, possono essere utilizzati anche per lo svolgimento di controlli preventivi».

legale all'utilizzo dell'IA da parte delle amministrazioni pubbliche che sia adeguata alle esigenze di tutela procedimentale discendenti dal quadro costituzionale ed evidenziate nel presente lavoro.

Ma vi è anche un altro elemento di interesse: in totale controtendenza con i materiali normativi sin qui richiamati, questo disegno di legge promette, infatti, un generale ridimensionamento di siffatta tecnologia all'interno delle PP.AA. In particolare, l'art. 13 del DDL cit., da un lato, prevede che le pubbliche amministrazioni utilizzino l'IA «allo scopo di incrementare l'efficienza della propria attività» – con l'obbligo, peraltro, di assicurare «agli interessati la conoscibilità del suo funzionamento e la tracciabilità del suo utilizzo» –, mentre, dall'altro lato, stabilisce che detto utilizzo debba essere limitato a una funzione «strumentale e di supporto all'attività provvedimentale, nel rispetto dell'autonomia e del potere decisionale della persona che resta l'unica responsabile dei provvedimenti e dei procedimenti in cui sia stata utilizzata l'intelligenza artificiale» (corsivi aggiunti, ndr). Tale disposizione, individuando nella fase dell'istruttoria l'unica sede consona all'impiego dell'IA, sembrerebbe dunque sbarrare l'ingresso di quest'ultima nella fase decisoria del procedimento amministrativo, il che, oltre a non risolvere il nodo della partecipazione del privato e comunque dell'adeguamento delle sue tutele procedurali in un inedito “contesto algoritmico”, determina una generale (e contraddittoria) inibizione allo sviluppo di un provvedimento propriamente algoritmico (o comunque affidato a forme di IA).

In disparte la chiara prevalenza delle discipline speciali che autorizzano – con tutte le carenze che si sono sottolineate – l'impiego dell'IA anche nell'adozione di provvedimenti amministrativi finali, l'attuale proposta di legge, legando il singolo potere pubblico non alla soggettività della P.A. che ne è attributaria ma alla responsabilità dell'agente umano che lo esercita («potere decisionale della *persona* che resta l'*unica* responsabile dei provvedimenti», corsivo aggiunto ndr), finisce paradossalmente per disinnescare tutte le potenzialità connesse all'IA e per esprimere un orientamento non lontano da quella giurisprudenza ‘conservatrice’ del TAR Lazio che il Consiglio di Stato si era affrettato a sconfessare apertamente⁶¹.

7. L'impatto dell'IA sui percorsi di democratizzazione della P.A.: riserva di legge come riserva di umanità?

Senza negare i margini di autentico progresso che l'IA è in grado di generare nei rapporti tra potere pubblico e consociati, i dubbi e le questioni segnalate in questa sede dimostrano la necessità di riflettere attentamente sulle possibili distorsioni che l'impatto di siffatta tecnologia può determinare sul concreto funzionamento del principio di legalità, inteso non solo come parametro della validità dell'atto amministrativo automatizzato – e, di conseguenza, della legittimità di misure in grado di incidere sulle

⁶¹ V. supra § 5.

situazioni giuridiche dei singoli –, ma anche quale elemento co-essenziale di un più ampio processo di apertura delle pubbliche amministrazioni al principio democratico *tout court*.

È proprio da quest'ultima prospettiva che occorre interrogarsi sulla natura (e sui limiti) della scelta della P.A. di avvalersi dell'I.A. per l'adozione dei suoi provvedimenti; una prospettiva dalla quale emerge in modo chiaro la necessità che il legislatore 'guidi' simili determinazioni nel rispetto di rilevanti principi e garanzie a tutela dei singoli.

In questo quadro, il problema del fondamento giuridico di quelle scelte, nonché quello della loro qualificazione – quale inedita dimensione organizzativa ovvero procedimentale dell'Amministrazione – spinge a una rimediazione profonda del diritto amministrativo come complesso di servizi burocratici: l'impressione – corroborata dai fatti – è, infatti, che si sia di fronte a un fenomeno che eccede la mera forma dell'azione amministrativa e consiste in un potere vero e proprio – peraltro di natura normativa – in grado di incidere sulle situazioni giuridiche soggettive di soggetti terzi e che, se disciplinato distrattamente dal legislatore, potrebbe sfuggire ai classici strumenti di verifica e di controllo dell'agire amministrativo, compromettendo così uno statuto di tutele ormai consolidatosi in diverse stagioni giurisprudenziali (oltreché legislative e dottrinarie).

Quest'ultima sembra la lettura più realistica di una linea di sviluppo che è già in atto in alcuni settori del nostro sistema amministrativo, dove l'automatizzazione della fase decisionale di un procedimento amministrativo, ancorché non compiutamente contemplata dalla legge, ha aggiornato in modo assai problematico l'azione delle PP.AA.

Non solo. Dalla medesima prospettiva, si è altresì potuto apprezzare come siffatto passaggio attenga alla stessa consistenza delle situazioni giuridiche soggettive dei singoli interessati dall'azione pubblica automatizzata e all'assetto che, nel rispetto della legge, deve essere dato a quest'ultime: il principio di legalità dell'attività amministrativa, quale premessa per l'apprestamento di idonee tutele procedimentali in relazione a tali scenari, diviene quindi centrale.

Se così è, si deve allora concludere che la modulazione di tale principio finisce per incidere, di riflesso, sullo stesso grado di democraticità dell'attività amministrativa, da intendersi quest'ultimo come un processo evolutivo certamente avviato dalla l. n. 241/1990, ma non ancora non terminato.

Non si tratta, dunque, di contrapporre polemicamente il potere e la sua pretesa regolativa alle virtualità di un libero progresso scientifico (antitesi non lontana dal *cleavage* potere/mercato): il discorso sull'impatto dell'IA sulle pubbliche amministrazioni chiama in causa, invece, il distinto e ben noto rapporto tra il pubblico potere e i singoli che vi sono soggetti. È essenziale, infatti, che l'IA non diventi un terreno sul quale il progressivo percorso di emancipazione e valorizzazione della posizione dei secondi rispetto al primo subisca una battuta d'arresto, ma al contrario un ambito nel quale la naturale terzietà e

indipendenza della macchina rappresenti una risorsa ulteriore nella cura dell'interesse pubblico⁶² e, più specificamente, nella realizzazione degli obiettivi indicati dalla legge. Per fare ciò appaiono necessari due passaggi concettuali (e culturali): da un lato, la legge deve autorizzare e definire il tipo di intelligenza artificiale applicabile nell'esercizio di un dato potere amministrativo, cogliendone così eventuali limiti rispetto alle forme di esteriorizzazione e comprensibilità delle motivazioni del provvedimento automatizzato; dall'altro lato, si deve comprendere come la stessa legge, oggi, assuma un nuovo ruolo rispetto alla singola attività amministrativa, rappresentando, in determinate ipotesi di automatizzazione, l'ultimo atto di natura esclusivamente umana – per quanto collettiva – rispetto alla determinazione degli assetti e dei bilanciamenti del rapporto autorità/libertà; in caso di devoluzione della decisione a forme di IA, il livello legislativo potrebbe essere, infatti, quello dove verosimilmente devono essere definiti i tutti i bilanciamenti degli interessi coinvolti; in sostanza il luogo dove cogliere, per quanto in modo generale e astratto, “la distanza tra zero e uno”.

Proprio la problematicità di quest'ultima evoluzione, se intesa nelle sue dimensioni reali, non può che condurre a un ripensamento (*rectius*: a un aggiornamento) non solo dei principali strumenti di tutela a disposizione dei destinatari dell'azione pubblica, ma di istituti di garanzia ancor più risalenti e di respiro costituzionale, quale è la riserva di legge, da intendersi, in questo contesto, anche come momento di emersione di una più generale riserva di umanità⁶³.

⁶² Ad es. un'attività istruttoria condotta attraverso l'utilizzo di tecnologie di IA, consentendo alla pubblica amministrazione di esaminare una quantità amplissima di dati afferenti alla fattispecie concreta, non può che fondare l'esito del procedimento su di un quadro molto più dettagliato e molto più vicino alla situazione di fatto. Sicché, da questo punto di vista, l'implementazione delle sole capacità istruttorie della PA attraverso la l'utilizzo di forme di IA risulta meno problematica ed è da salutare con favore. Sebbene sia un discorso delicato, si pensi poi ai vantaggi che si potrebbero avere in quei tipi di procedimenti volti all'adozione di provvedimenti caratterizzati da una discrezionalità di tipo tecnico ovvero all'*enhancement* regolatorio delle PP.AA., laddove quest'ultime sono chiamate ad adottare atti di regolamentazione di interi settori economici sulla base di rilevanti quantità di dati relativi al contesto nel quale quegli atti devono produrre effetto.

⁶³ Da ultimo sul concetto di riserva di umanità, declinato in termini diversi da quelli qui ipotizzati – quale «sfera di azione inderogabilmente sottratta all'automazione e riservata all'uomo» e pertanto da tradursi in un divieto di rango super-primario «di prevedere modalità di esercizio della capacità autoritativa totalmente automatizzate» – cfr. G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative*, op. cit., 38-66 e ss.; di questa teoria – fondata su di una lettura assolutizzante del principio di preferenza antropica che non sembra, per le ragioni espresse nel presente lavoro, del tutto rispondente a una lettura attualizzata del quadro normativo costituzionale relativo alla P.A. – si può, tuttavia, condividere la necessità che detta riserva di umanità trovi un momento di emersione nella «volizione preliminare mercé la quale si opta per l'automazione» (op. cit., 148 ss.): proprio tale volizione, secondo quanto argomentato nel presente lavoro, deve necessariamente trovare fondamento e sufficiente conformazione nella legge (e non solo in autonome determinazioni della stessa amministrazione procedente); sul tema cfr. anche le considerazioni di C. CASONATO, *Potenzialità e sfide dell'intelligenza artificiale*, in *BioLaw Journal*, n. 1 del 2019, 177 ss., spec. 180 e di I.P. DI CIOMMO, *Riserva di umanità, prevedibilità, rischio: categorie giuridiche e innovazione digitale*, in F. FABRIZZI-L. DUST (a cura di), *Controllo e predittività*, op. cit., 37 ss.