

collana
CERIDAP

diretta da
Diana-Urania Galetta

In un contesto in cui l'evoluzione delle Amministrazioni Pubbliche muove costantemente dal dato giuridico, normativo e giurisprudenziale, che ne conforma ogni organizzazione ed attività, per districarsi in un sistema amministrativo complesso e pluriarticolato le Pubbliche Amministrazioni debbono necessariamente integrare ampie e diverse conoscenze, specifiche ed interdisciplinari, relative tanto all'organizzazione quanto all'esercizio delle proprie competenze, con l'obiettivo di realizzare un'azione amministrativa sempre più efficiente ed imparziale e di cogliere le esigenze della società e del sociale e le aspettative dei cittadini nei confronti dei soggetti pubblici nella comunità amministrata.

In tale prospettiva la collana CERIDAP – nata nel contesto delle attività dell'omonimo Centro di Ricerca Interdisciplinare sul Diritto delle Amministrazioni Pubbliche dell'Università degli Studi di Milano ed in stretto collegamento con CERIDAP Rivista (<https://ceridap.eu>) – intende ospitare approfondimenti su temi che riguardano tutti e tre i pilastri dell'amministrazione (organizzazione, attività e tutela giurisdizionale) e svolti in una prospettiva anche multidisciplinare. La collana CERIDAP si pone infatti come luogo di approfondimento e ricerca sui temi connessi al funzionamento della Pubblica Amministrazione, in una prospettiva di c.d. “buona amministrazione”.

Comitato scientifico della Collana (in ordine alfabetico):

Proff. Margaret Allars, Barbara Boschetti, Gabriele Bottino, Patrick Birkinshaw, Maria Di Benedetto, David Capitant, Mario P. Chiti, Elena D'Orlando, Mercedes Fuertes, Eduardo Gamero Casado, Guido Greco, Herwig H.C. Hofmann, Roberta Lombardi, Andrea Maltoni, Luke Milligan, Oriol Mir Puigpelat, Nicoletta Rangone, Jens-Peter Schneider, Renata Spagnuolo Vigorita, Jacques Ziller.

I volumi devono essere inviati alla Redazione “CERIDAP”.

Se il tema è di interesse per la stessa, il volume verrà sottoposto - dopo una previa deliberazione da parte del Direttore e di uno o più componenti del Comitato scientifico - ad una procedura di doppia valutazione da parte di docenti autorevoli, esterni al Comitato scientifico della Collana, di cui verrà garantito l'anonimato.

La relativa documentazione verrà conservata dal Direttore della Collana.

L'AMMINISTRAZIONE DIGITALE

Quotidiana efficienza e intelligenza delle scelte

Atti del Convegno 9-10 maggio 2022, Federico II, Napoli

a cura di

Jean-Bernard Auby, Giovanna De Minico, Giorgio Orsoni

Editoriale Scientifica
Napoli

Questo volume raccoglie gli Atti del Convegno “Amministrazione digitale. Quotidiana efficienza e intelligenza delle scelte”, 9 e 10 maggio 2022, Dipartimento di Giurisprudenza - Università degli Studi di Napoli, “Federico II”, organizzato dalla prof.ssa Giovanna De Minico.

Si ringraziano per la generosa collaborazione al lavoro di *editing* i dottori e le dottoresse: Maria Francesca De Tullio, Alessandro Di Martino, Laura Grimaldi, Vincente Pierluigi Grossi, Arianna Moreschini e Pier Marco Rosa Salva.

Proprietà letteraria riservata

© Editoriale Scientifica S.r.l. 2023
Via San Biagio dei Librai, 39
80138 Napoli
ISBN 979-12-5976-689-2

INDICE

Presentazione del <i>Venice Network on Smart Cities & Digital Administration</i> <i>Giorgio Orsoni</i>	9
Prefazione <i>Giovanna De Minico</i>	11
Sessione mattutina	
Intervento introduttivo <i>Guido Carlino</i>	21
Autorità indipendenti e algoritmi: una famiglia disfunzionale <i>Giovanna De Minico</i>	25
La proposta di <i>artificial intelligence act</i> : quali prospettive per l'amministrazione digitale? <i>Carlo Colapietro</i>	53
Innovazione tecnologica e fonti del diritto <i>Elena D'Orlando</i>	71
Un'amministrazione più digitale, ma non con meno diritti, a cominciare dalla privacy <i>Guido Scorza</i>	89
Il principio di legalità nell'amministrare pubblico per algoritmi <i>Roberto Cavallo Perin</i>	99
L'algoritmo e il suo giudice <i>Luigi Carbone</i>	111
La pubblica amministrazione oggi, fra intelligenza artificiale e intelligenza umana <i>Diana-Urania Galetta</i>	121
Le piattaforme digitali per i contratti pubblici e la qualificazione degli operatori economici <i>Gabriella M. Racca</i>	131

Contratti amministrativi e dati pubblici <i>Philippe Cossalter</i>	149
Interventi	
Le nuove tecnologie nella fase istruttoria del procedimento amministrativo <i>Isabella Alberti</i>	169
Pubblica Amministrazione digitale e raccolta dei dati. Per una politica di uguaglianza sostanziale <i>Maria Francesca De Tullio</i>	183
Decisioni automatizzate e potere di controllo <i>Alessandro Di Martino</i>	191
La sfida dell'intervento umano nell'era dell'efficienza algoritmica <i>Laura Grimaldi</i>	203
La determinazione del fabbisogno sanitario nazionale standard e dei suoi criteri di riparto tra Regioni. Arbitrio, discrezionalità e decisione politica alla prova dell'intelligenza artificiale <i>Vincente P. Grossi</i>	213
Tentativi di regolazione dell'intelligenza artificiale e automazione nei procedimenti amministrativi: alcuni profili critici <i>Arianna Moreschini</i>	223
Transizione digitale e adeguatezza della funzione di <i>procurement</i> : per una specializzazione delle stazioni appaltanti <i>Pier Marco Rosa Salva</i>	237
Public administration of data at local level <i>Laszlo Van Daal</i>	249
Tavola Rotonda	
Intelligenza artificiale e <i>smart city</i> . La transizione digitale del comune di Napoli alla prova del PNRR <i>Gaetano Manfredi</i>	255
Le prospettive della <i>digital transformation</i> tra Politica, Amministrazione e Algoritmi <i>Claudio Palomba</i>	257

Oltre l'orientamento dell'algoritmo al giudice <i>Marilena Rizzo</i>	263
Digitalizzazione, all'Italia servono politiche industriali concrete e lungimiranti <i>Vito Grassi</i>	267
Nuovi modelli di relazione tra pubblico e privato <i>Anna Finocchiaro</i>	271
Interazioni fra pubblico e privato nella transizione digitale <i>Andrea Marini</i>	275
AgiD e innovazione. Sfide da vincere per una PA più digitale <i>Francesco Paorici</i>	279
Conclusioni	
La pubblica amministrazione nel mondo virtuale, oggi e domani <i>Massimo Villone</i>	283
Conclusioni <i>Jean-Bernard Auby</i>	287
Notizie sugli Autori	291

PRESENTAZIONE
DEL *VENICE NETWORK*
ON *SMART CITIES & DIGITAL ADMINISTRATION*

GIORGIO ORSONI

L'interessante convegno organizzato da Giovanna De Minico a Napoli il 9-10 maggio 2022 si inserisce negli eventi periodicamente organizzati dalla rete di ricerca internazionale denominata "Venice Network on Smart Cities & Digital Administration".

La rete è stata fondata nel 2018, sulla base di un'intuizione di Jean Bernard Auby, da un gruppo di giuristi italiani, francesi e spagnoli, sensibili alle tematiche legate allo sviluppo dell'innovazione digitale della pubblica amministrazione e di città e territori sempre più digitalizzati e interconnessi, centro di una nuova dimensione dell'azione pubblica incentrata sul paradigma della *smartness*.

Se, infatti, i temi correlati alle *smart cities* e alla digitalizzazione della pubblica amministrazione non erano nuovi, poiché già oggetto di una vasta letteratura scientifica, sociologica, economica, etc., l'approccio da parte della ricerca e del dibattito giuridico rimaneva relativamente limitato, pur se si trattava di profili talvolta chiaramente strategici per lo sviluppo dell'amministrazione e del suo diritto.

Per tali ragioni da allora la rete di ricerca ha avviato una continua riflessione sulle problematiche giuridiche connesse alla progressiva digitalizzazione dell'azione pubblica e allo sviluppo di *smart cities* e *smart lands*, incentrata su convegni annuali che si svolgono in autunno a Venezia, quale città emblema della delicatezza della ricerca di soluzioni innovative e intelligenti, anche sotto il profilo giuridico, e su ulteriori appuntamenti annuali, cui fanno seguito pubblicazioni collettanee su riviste o volumi, in Italia e all'estero.

L'obiettivo del nostro progetto è quello di riunire in una rete informale persone – accademici e operatori del settore – che siano disposte ad esplorare le tematiche delle *smart cities* e dell'amministrazione digitale come giuristi – ma allo stesso tempo aperte ad altri approcci, poiché è certamente impossibile cogliere efficacemente questi temi rimanendo in una pura visione giuridica – e che siano pronte a discuterne in un club informale di colleghi.

Nello *steering committee* della rete siedono attualmente Jean Bernard Auby, Giorgio Orsoni, Gherardo Carullo, Roberto Cavallo Perin, Philippe Cossalter, Elena D'Orlando, Giovanna De Minico, Isaac Martin Delgado, Diana Urania Galetta, Gabriella M. Racca, Pier Marco Rosa Salva, Jacques Ziller.

PREFAZIONE

GIOVANNA DE MINICO

Il convegno nasce da un'intuizione: la digitalizzazione non è una rivoluzione che spazza via qualunque cosa incontri sul suo cammino per promuovere il nuovo corso degli eventi. Esclusa la sua natura ribelle, riflettiamo sul compito del legislatore dell'innovazione tecnica: delineare e guidare lo slittamento della realtà materiale verso la dimensione virtuale. Nel fare ciò il *policy maker* non scrive il progetto di amministrazione su una lavagna bianca, ma si muove entro uno spazio perimetrato dai valori e dai principi che compongono l'identità costituzionale di un popolo. Questa endiadi attira a sé anche la domanda di innovazione che si deve articolare nel rispetto della nostra storia politico-istituzionale.

La digitalizzazione non è dunque un fattore di rottura dell'architettura costituzionale piuttosto un movimento dalle coordinate fuori dello spazio e oltre il tempo, che interviene nella vita degli individui come nell'azione dei pubblici poteri. Rispetto a questi ultimi la digitalizzazione è orientata a restituire efficienza all'agire autoritativo avvicinandolo al paradigma privatistico. Imporre all'amministrazione modi di essere e di operare atipici rispetto al modello tradizionale, ma in continuità con gli obblighi costituzionali (artt. 3 e 97 Cost.), comporta che questo ideale triangolo – amministrazione, individui e imperativi costituzionali – sia passibile di un'interpretazione tecnologicamente orientata, lettura questa, che il volume proverà a offrire.

L'amministrazione digitale, una volta dismesso l'autoritarismo decisionale, l'atteggiamento avversariale verso il cittadino, il bizantinismo di facciata, è pronta a ricevere forma e sostanza dall'innovazione tecnica, che la sottopone a pressioni antagoniste. Una forza centrifuga spinge la P.A. fuori dai confini pubblici per avvicinarla ai modelli familiari al diritto privato: asciutta nel procedere, attenta all'equilibrio costi-benefici, sensibile al dialogo con gli amministrati, come approfondito nelle relazioni che seguono. Ma un'altra forza compensa la prima e riconduce l'amministrazione alla sua missione originaria. Il potere esecutivo non è esonerato dal dare contenuto, peso e misura al concetto di sovranità popolare; deve fare la sua parte nell'abbreviare, se non colmare, le distanze che separano le persone più fortunate da quelle che non lo sono (art. 3, co. 2, Cost.) in modo da consentire a ogni individuo di arricchire il dialogo politico e di partecipare alle dinamiche economiche negli antichi luoghi materiali e nelle nuove stanze virtuali.

In linea con questa logica il PNRR ha disciplinato l'innovazione digitale come una missione orizzontale, la quale richiede di essere sviluppata non in un unico campo dell'azione, pubblica o privata, perché il suo essere comune a tutte le missioni settoriali comporta che sia perseguita da ogni componente del piano; infatti,

il Governo Draghi aveva persino istituito un ministero *ad hoc* per assicurarne la realizzazione con un soggetto dedicato. Il piano di ripresa ha dunque la consapevolezza che il progresso scientifico possa essere utilmente impiegato come leva per conseguire con effetto moltiplicativo l'inclusione sostanziale: aiutare Donne, Giovani e Territori a colmare, se non almeno a ridurre, la distanza con chi li precede. Il PNRR tratteggia con chiarezza il rapporto tra tecnica e politica¹: alla politica spetta la scelta del bene comune, alla tecnica la sua fedele attuazione. Il piano nazionale identifica questo bene supremo nell'uguaglianza sostanziale, che al tempo di Internet trova nella borsa dell'innovazione digitale gli attrezzi per il suo compimento. Così il ricorso alle norme asimmetriche *in bonam partem* può servire a spostare risorse tecnologiche, capacità digitali e flussi economici da chi ha verso chi non ha per allineare gli individui ai medesimi blocchi di partenza.

Questa premessa ideologica dà ragione alla domanda di fondo del convegno e di questi Atti: in quali mani affidare la tecnica e quindi l'intelligenza artificiale – da ora I.A. – sua espressione evoluta?

I lavori qui raccolti affrontano l'antica alternativa: affidare l'I.A. al decisore politico, il quale presumibilmente la orienterà verso il *common good*, o rimetterla ai privati, in tal caso la tecnica subirà un'inevitabile torsione egoistica e il *common good* sarà realizzato se e nella misura in cui coincida con gli interessi privati delle Autorità della rete (F.B., Google *et alii*).

I codici elettorali di F.B. rappresentano un esempio eloquente: sono norme di diritto debole che hanno minuziosamente regolato la relazione informativa tra eligendo ed elettore, dimenticandosi però di scrivere l'unica norma necessaria: quella sul tetto massimo per l'acquisto degli spazi pubblicitari. Questa mancanza ha consentito agli eligendi *on line*, che potevano permetterselo, di accaparrarsi ogni spazio a discapito dei concorrenti politici, privi delle stesse disponibilità economiche. Qui il codice ha soddisfatto in via esclusiva gli interessi di F.B., che batte cassa grazie ai competitori ricchi, pregiudicando il diritto fondamentale dei cittadini a ricevere un'informazione politica completa ed equamente distribuita in danno della genuinità del consenso elettorale, bene caro alle Corti Supreme.

Cade il mito della neutralità della tecnica, inteso come un'entità indifferente al bene o al male, esso mostra i suoi limiti nella misura in cui la tecnica, gelosamente trattenuta nelle mani dei privati, è orientata ai soli obiettivi dei governi privati di interesse: concentrazione del potere economico, omogeneizzazione dell'opinione pubblica e rafforzamento delle asimmetrie sociali.

Qui è evidente che la tecnica abbia attuato alla "rovescia" l'art. 3, co. 2, Cost., in altre parole, lo ha violato, perché ha reso i diseguali ancora più diseguali di quanto lo fossero prima del suo intervento.

Il volume si confronterà con un ulteriore mito della rete: in principio Internet

¹ Volendo: G. De Minico, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza. Una terra promessa*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2021, *passim*.

era lo spazio elettivo dell'aporia regolatoria, oggi è invece il terreno naturale di una particolare forma di regolazione, la *self-regulation*, cioè le regole scritte dagli stessi privati che si impegnano a osservarle. Solo che questi codici, riferibili appunto ai governi privati di interesse, hanno un'efficacia più ampia della base associativa che si autoregola, superando così la relatività negoziale; e vantano una coerenza, che, benché priva di forza legale, è effettivamente osservata dai regolati, che in ragione del *lock-in* si adeguano alle regole deboli con una scrupolosità maggiore di quella che presterebbero all'eteronomia vincolante.

Di recente l'Europa ha deciso di contribuire alla regolazione della rete e così si è espressa, non più solo con il solo diritto *soft*, ma anche con regole *binding*: tale è il Regolamento recentemente approvato con il *Digital Services Act*²; o la Proposta di Regolamento sull'I.A.³ su cui anche il nostro Parlamento ha condotto audizioni informali con taluni esperti della materia (tra cui anche uno dei curatori).

Gli atti citati saranno richiamati nelle relazioni che seguono quando si vuole sottolineare il tentativo europeo, sebbene incompiuto, di disegnare un procedimento algoritmico amministrativo; o ancora quando si vuole definire lo statuto dei diritti digitali del cittadino in Internet. Oppure quando si riafferma la validità della legge sulla concorrenza in linea con una sua interpretazione adeguata all'innovazione tecnologica così da tenere dentro quelle condotte dei giganti di Internet, altrimenti lasciate impunte da una lettura della normativa antitrust insensibile agli algoritmi.

Che tipo di *policy* regolatoria l'Europa ha inaugurato col D.S.A.?

L'Unione, preso atto dell'iper-regolazione privata, ha scelto di positivizzarla, assegnando una patente di legalità ai poteri delle Autorità private della rete in principio illegittimi perché esercitati *sine titulo*. Ma è conforme al diritto dei Trattati e all'ordine interno degli Stati conferire funzioni normative alle Autorità private della rete?

La domanda potrebbe avere più risposte, e questa pluralità di esiti dipende dal disegno che abbiamo riservato alla funzione regolatoria. Precisamente, la funzione in esame sarà acquisibile alla delega di potere regolatorio, se la norma sulla competenza si sarà completata con l'assegnazione *ex ante* di fini precisi al potere normativo e con la prescrizione di un principio di disciplina sostanziale immediatamente conformativa dei rapporti intersoggettivi. Se le due condizioni si saranno verificate, questo tipo di delega non avrà alterato l'*institutional balance* perché il de-

² Cfr.: *Regulation (EU) 2022/2065 of the European Parliament and of the Council of 19 October 2022 on a Single Market For Digital Services and amending Directive 2000/31/EC (Digital Services Act) (Text with EEA relevance*, in https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?toc=OJ%3AL%3A2022%3A277%3ATOC&uri=uriserv%3AQJ.L_.2022.277.01.0001.01.ENG. D'ora in avanti: D.S.A.

³ *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain union legislative acts {SEC(2021) EN 167 final} Brussels, 21.4.2021 COM(2021).*

legato non potrà sostituire la sua valutazione politica a quella del delegante, già compiuta e consegnata nell'atto di delega. Principio questo, affermato da tempo dalla Corte di Giustizia⁴, con la precisazione che la legittimità condizionata del potere normativo era stata costruita a favore, non del privato delegato di potestà pubbliche, bensì delle Autorità indipendenti europee. Stante il ragionamento della Corte, possiamo concludere che se la delega è legittima solo se condizionata, a maggior ragione questa impostazione andrà mantenuta e riproposta rispetto alle Autorità private, prive, come le Autorità indipendenti, dell'attributo della rappresentanza politica, ma neppure destinatarie di compiti autoritativi, diversamente dal loro termine soggettivo di confronto.

Se invece la delega fosse una cessione mascherata di poteri normativi indipendenti – il caso ricorre quando la funzione regolatoria non si svolge entro una cornice predefinita da una previa norma di legge «dans le cadre défini par les lois»⁵ – sarebbe lecito dubitare della sua legittimità costituzionale perché con essa l'Autorità verrebbe ammessa a compiere scelte politiche, che invece «should remain for the Commission, implementation is for the agency»⁶. Ebbene, nel caso in esame i codici privati si appropriano di una prerogativa riservata alla politica: scelgono valori, mediano tra questi e disegnano la loro misura di equilibrio. In un secondo momento vi danno anche attuazione. Siamo dinanzi a un codice pseudo-indipendente dalla legge, che può solo esibire una norma sulla competenza come suo titolo legittimante, ma nulla di più; la sua secondarietà è solo potenziale: sarebbe fonte secondaria se e quando interverrà la legge. Ma si è secondi, se c'è qualcuno che ha parlato per primo; qui questo qualcuno è mancato perché il D.S.A. per una precisa scelta politica non ha fatto quanto avrebbe dovuto. Infatti, il D.S.A. gira in bianco alle piattaforme il concetto di discorso *unfair, hate* o addirittura falso. Il legislatore europeo non descrive la fattispecie sostanziale del nuovo illecito, ma lascia che i limiti alla libertà siano dettati dai codici delle Autorità private.

A ciò si aggiunga che in rete il D.S.A. vieta ai privati condotte e atteggiamenti, che invece sono leciti *offline* perché il falso non è un limite al *freedom of speech* in linea anche con l'impostazione delle Corti Supreme. Ma nel momento in cui la parola cambia il suo terreno di esercizio, cioè si sposta dalla realtà concreta degli atomi a quella virtuale dei bit, conosce come limite invalicabile la falsità, e quindi quel medesimo pensiero da atto lecito di esercizio di un diritto fondamentale diventa un fatto *contra ius*. Riterremo che se proprio volessimo punire il falso in Internet, sarebbe compito del legislatore distinguere con norme astratte e generali

⁴ Corte di Giustizia (Grande Sezione), 22 gennaio 2014, C 270/12, in <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62012CJ0270&lang1=it&type=TEXT&ancre=>.

⁵ *Décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, Loi relative à la liberté de communication*, in *Conseil-constitutionnel.fr/decision/1986/86217DC.htm*.

⁶ P. Craig, *The constitutionalisation of community administration*, in *Eur. L. Rev.* 28, 6/2003, p. 849.

ciò che è vero da ciò che non lo è. Si può comprendere che la specificità di Internet richieda un'attenzione e una cura del legislatore non paragonabili a quelle dedicate ai mezzi tradizionali perché la rete è immediata nel dialogo con i cittadini, pervasiva nell'addomesticare le coscienze e insostituibile nell'orientare l'opinione pubblica, ma dovremmo chiederci se queste atipicità bastano a giustificare la punibilità del falso in Internet. Una cosa è certa, l'atipicità della rete ci pone dinanzi a una scelta fondamentale: preferire che il cittadino riceva un'informazione falsa o altra meno mistificante ma allineata all'ideologia del padrone della piattaforma? Senza considerare poi che il cittadino è esposto anche al pericolo che la decisione sul vero e sul falso sia rimessa al privato sensibile al progetto politico della maggioranza di turno, stante «the government's natural tendency ... to twist reality to its own purposes»⁷. Tra i due rischi quale è il minore?

Il D.S.A. ha ritenuto peggiore il primo e quindi ha consentito la censura privata tramite l'I.A. *on line*, degradando la rete da foro pubblico a orto di casa propria⁸.

Per questo abbiamo detto che l'Unione sta coprendo con una patente di liceità poteri che sono e rimangono illegittimi.

Quanto poi al controllo, il recente Regolamento confonde nelle stesse mani funzioni che avrebbero meritato imputazioni distinte: così i titolari delle piattaforme sindacheranno la liceità dei discorsi ospitati ricorrendo all'I.A., nonostante i suoi limiti evidenti come spazzino meccanico della rete. Quindi, F.B. *et alii* concentrano *ex lege* almeno due poteri: prescrivono le regole *erga omnes* e vigilano sulla loro osservanza. Una volta accertata sommariamente la violazione di quanto prima prescritto, le piattaforme cancellano il discorso illecito. E il tutto accadrà con una certa propensione a eliminare piuttosto che a conservare, visto che il D.S.A. prevede sanzioni solo a carico delle piattaforme che hanno lasciato in vita i discorsi di odio, non anche per quelle che abbiano rimosso indebitamente discorsi, che invece andavano mantenuti perché leciti.

Il D.S.A. ha introdotto con il controllo *ex post* e puntuale una norma cautelare che, se osservata, esonera le piattaforme da responsabilità per gli illeciti ospitati in quanto nessun rimprovero si potrebbe muovere loro, neppure di essere state negligenti, visto che si sono attivate prontamente per accertare e rimuovere il post presumibilmente falso o incitante all'odio, ricorrendo al rimedio già sperimentato del *notice and take down*.

Dunque, il D.S.A. ha riproposto l'impostazione della Direttiva *E-commerce* nell'esonerare le piattaforme dal dovere di svolgere un controllo *ex ante* e generalizzato, mentre ha imposto alle stesse il diverso dovere di esaminare il singolo e dettagliato reclamo di parte, sorretto da un'apparenza di diritto. Il ricorso alla re-

⁷ S. G. Gey, *The First Amendment and the Dissemination of Socially Worthless Untruths*, 36 *Flo. St. U. L. Rev.* 1, 17, 2008.

⁸ G. Casasùs, *Elon Musk is taking Twitter's "public square" private*, in *The Economist* 30 aprile 2022, in <https://www.economist.com/business/2022/04/30/elon-musk-is-taking-twitters-public-square-private>.

gola cautelare allontana dunque il rischio che le piattaforme ospitino contenuti illegali perché le incentiva a rimuovere i post illeciti pur di accedere al premio: l'esimente speciale della non punibilità.

Anche gli USA si stanno interrogando sul se continuare a lasciare immuni da responsabilità gli *Internet service providers* o regolarsi diversamente. Al momento la loro legislazione non impone un dovere di controllo generalizzato agli ISPs, come non lo impone la disciplina europea. Infatti, la sez. 230 *Communications Decency Act* esclude la responsabilità delle piattaforme per i contenuti illeciti veicolati, collocandole sullo stesso piano degli operatori di telecomunicazione, che non rispondono delle conversazioni illecite trasmesse: «No provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider.» (47 U.S.C. § 230)⁹. Non riteniamo che questo dato normativo sia destinato a rimanere fermo nel tempo, segnali di cedimento si leggono nella vertenza *Gonzales v. Google*¹⁰ pendente in Corte Suprema. Con essa i querelanti chiedono l'annullamento della sezione 230 e di conseguenza il risarcimento dei danni a Google, a loro dire responsabile con F.B. di incitamento al terrorismo. Nella *claim* secondo i ricorrenti gli algoritmi di raccomandazione sarebbero stati la causa tecnica di una propaganda, che non si sarebbe limitata a trasmettere le notizie postate dai terroristi, ma avrebbe assegnato a quei contenuti illeciti priorità visiva e temporale sulle altre notizie ospitate, incitando così a compiere l'attentato terroristico del '96 in un bar di Parigi. Al momento la vertenza è ancora in discussione, ma una cosa è certa: la Sezione 230 non è più al sicuro, non si può sottovalutare il ruolo degli algoritmi nel plasmare le piattaforme, né escludere che queste novità tecniche possano portare a ritenere responsabili le piattaforme per negligenza nel dare sistematicamente risalto a contenuti illegali e nel non cercare di rimediare a questa mancanza¹¹.

Ancora un'osservazione relativa al D.S.A.: l'atto è sovrabbondante di regole procedurali. Se questo attributo può essere un pregio, non va però sopravvalutato riconoscendogli una capacità legittimante che non ha. La procedura è solo una sequenza di atti preordinati a un fine, che, se manca, rende la procedura una scatola vuota per l'assenza delle norme sostanziali a giustificarla. Infatti, il D.S.A. neppure avvia il discorso politico sulle regole di comportamento delle piattaforme, lasciando ai Governi privati di interesse il compito di iniziarlo e chiuderlo, nonostante difettino della necessaria legittimazione politico-rappresentativa, con la conseguenza di rimanere indenni dal giudizio di responsabilità politica.

⁹ S.314-Communications Decency Act of 1995 104th Congress (1995-1996), <https://www.congress.gov/bills/104/314>.

¹⁰ Si consulti per gli atti di causa già depositati: <https://www.scotusblog.com/case-files/cases/gonzalez-v-google-llc/>.

¹¹ Cfr. R. Lerman, *Section 230: The little law that defined how the Internet works*, in *Washington Post*, September 30, 2022.

Anche in tema di algoritmi il D.S.A. ha rinunciato a dettare un criterio per selezionare elementi costitutivi e relativa logica di funzionamento, anche nei limiti di regolazione minimale; quindi, anche il modello dell'«algorithm constitutional by design»¹² è stato rimesso ai privati, salvo quando l'atto europeo ha allineato il soggetto pubblico al privato nel peso delle regole da rispettare. Invece, l'atto avrebbe dovuto evitare questa equiordinazione perché i privati dovrebbero sopportare standard di uguaglianza e di non discriminazione più leggeri di quelli imposti all'autorità pubblica, alla quale si può chiedere uno sforzo di adeguamento ulteriore in ragione della sua missione volta al *common good*. In sintesi, il D.S.A. avrebbe dovuto dettare un binario più definito e *well tailored* ai destinatari entro il quale la tecnica si sarebbe dovuta articolare, come il rispetto dei principi del costituzionalismo comune europeo impone.

Infine, vogliamo ricordare che il convegno e quindi i suoi Atti hanno orientato l'attenzione verso un oggetto, che non è ancora sul tavolo del legislatore europeo.

Quando l'intelligenza meccanica entra e compone l'istruttoria delle *policy* pubbliche (dalla comunicazione politica al mercato del lavoro, passando per la definizione dei costi standard dei livelli essenziali delle prestazioni), il momento diretto ad accertare e valutare il fattore tecnico non assorbe il processo volitivo autoritativo. Infatti, persino in presenza di un esito tecnico incontrovertibile una *room of discretionality* rimane riservata alla decisione politica, che sarà sì influenzata e orientata dalle risultanze tecnico-scientifiche, ma mai obbligata a conformarvisi.

Ora lasciamoci alle spalle il procedimento amministrativo e spostiamoci sul diverso terreno del processo legislativo. In questo ambito il pungolo gentile non ha la medesima forza attrattiva che il *nudge*, di cui parla C. Sunstein¹³, esercita sul convincimento del giudice o dell'amministratore. L'I.A. potrà essere un punto di partenza del discorso politico, ma quest'ultimo rimarrà libero di svolgersi nella direzione che più gli aggrada, di selezionare gli interessi che preferisce, e di ordinarli secondo una scala di priorità autonoma dalla gerarchia tecnicamente suggerita. E ciò perché spetterà al legislatore decidere su quale gradino della *ladder of risk* intende fermarsi, la tecnica può solo indicarne uno a preferenza sugli altri, ma mai imporlo al legislatore. La politica continua a esercitarsi anche quando ha davanti a sé gli algoritmi, anzi non deve smettere di farlo, perché, una volta entrata la tecnica nel processo legislativo, il decisore ha il dovere di tenerne conto, ma ha anche l'obbligo di continuare a compiere scelte qualitative sulle quali sarà chiamato a rispondere davanti a un giudice politico-rappresentativo.

Con ciò non si vuole dire che gli esiti tecnici non lascino traccia nel *rule-making*, ma solo chiarire e distinguere quanto compete alla tecnica da quanto spetti alla

¹² Sia consentito il rinvio a un mio recente lavoro, in cui propongo al lessico giuridico la seguente espressione: *Towards an "Algorithm Constitutional by Design,"* in *BioLaw Journal*, 1, 2021, pp. 398-402.

¹³ R. H. Thaler, Cass R. Sunstein, *Nudge*, Penguin Books, 2008, capp. 16 e 17.

politica. L'ingresso del fattore tecnico potrebbe arricchire la legge di un attributo che di regola non la assiste: la motivazione. La legge è l'atto politico per eccellenza, come tale non deve giustificare perché ha scelto una certa misura di equilibrio tra gli interessi, lo ha fatto perché così ha voluto la maggioranza di turno che ha scritto quella norma. Nel caso in esame, invece se il *policy maker* intendesse discostarsi dall'output del comitato scientifico, sarebbe ovviamente in suo potere farlo, ma dovrebbe adeguatamente illustrare le ragioni per cui, nonostante quegli esiti, abbia deciso di andare nella direzione opposta al suggerimento.

Le deviazioni dal paradigma classico dell'atto politico non si esauriscono nell'obbligo di motivazione, la legge perderà anche il carattere di norma a efficacia permanente per diventare una regola temporanea. L'evoluzione della tecnica, presupposto di questa tipologia di norme, renderà la scelta politica provvisoria, come se fosse sottoposta alla condizione del *rebus sic stantibus*, clausola che, benché non scritta, implicitamente comporta che la disciplina perda efficacia e richieda di essere rivista al mutare delle condizioni tecniche iniziali, come confermato dai ripetuti richiami della nostra Corte Costituzionale al legislatore di prestare attenzione alla non definitività tecnica nei trattamenti sanitari obbligatori.

Rispetto a questo modello virtuoso di *rule making* algoritmico le istruttorie legislative si svolgono invece secondo una metrica vecchia. Gli algoritmi entrano nella procedura normativa primaria *inaudita altera parte*, cioè senza che siano invitati al tavolo regolatorio i soggetti esponenziali degli interessi coinvolti affinché esprimano un'opinione ragionata su come strutturare la mente meccanica (quanto ai loro elementi e logica di funzionamento) per evitare che *bias* e discriminazioni, attuali e limitati a classi di soggetti, si confermino per l'avvenire e si dilatino a destinatari più ampi di quelli iniziali per un errore di istruttoria del legislatore, che non vide, o sottovalutò taluni interessi sottostanti alla materia da regolare, ai quali andava dato il giusto peso nel compararli con gli altri. Questo silenzio delle parti è un ossimoro se si considera che gli algoritmi come prognosi previsionali conformeranno la vita di intere frazioni di collettività, al momento lasciate in ombra. Né la buona volontà del nostro Consiglio di Stato potrà compensare la mancanza di partecipazione: il Supremo collegio ha corretto il difetto di informazione algoritmica nei confronti del privato ma limitatamente al procedimento amministrativo; in questo caso invece gli verrebbe chiesto di correggere il procedimento a monte, quello regolatorio, che è fuori dalla sua giurisdizione. Qui, stiamo ragionando della partecipazione dei privati al farsi delle regole tecniche per prevenire algoritmi *unfair* e *biased*, mentre dinanzi al giudice amministrativo il cittadino lamenta l'omessa informazione che un procedimento amministrativo meccanico è stato avviato nei suoi confronti. Nonostante il paradigma del *débat public* sia ampiamente noto all'esperienza francese, il D.S.A. non sembra averne avuto conoscenza. Ciò non toglie che una regolazione pubblica supportata dalla partecipazione dei cittadini aprirebbe la porta a nuove questioni, che qui ci limitiamo ad affidare alla

riflessione del lettore, *standing*, tempi e modalità di partecipazione¹⁴, ma il fatto che nuove *issue* si pongano all'attenzione del legislatore non è una buona ragione per fare finta che non esistano¹⁵.

Infine, la Proposta di Regolamento UE sull'I.A. prova a schematizzare i rischi connessi all'I.A. e a prevedere per ciascuna classe di pericolo regole prudenziali proporzionate all'entità del rischio. Il difetto dell'atto risiede principalmente nel modo in cui costruisce la nuova Autorità sulla I.A., che vanterà commissari solo *privacy skilled*, il che la indurrà a guardare in un'unica direzione, rendendola poco attrezzata a sindacare algoritmi che ledono valori diversi dalla riservatezza. Eppure, la realtà virtuale è il terreno dove i diritti non sono chiamati in causa in un'ordinata progressione temporale, perché le situazioni soggettive si confondono e si intrecciano le une con le altre; di conseguenza, la lesione di un diritto trascina con sé anche un'altra libertà come effetto collaterale dell'inestricabile intreccio¹⁶. Pertanto, alla mescolanza dei diritti dovrebbe corrispondere una competenza della istituenda Autorità in termini più inclusivi di come è stata prevista. Inoltre, questo scivolare reciproco dei piani delle situazioni soggettive suggerisce un'Autorità in permanente dialogo con le altre, lì dove essa rimane prigioniera in una monade impenetrabile dall'esterno, potendo contare sulle sue sole forze, poco supportate da poteri incisivi.

Il diritto può ancora dominare con le regole il nuovo ordine dettato dalla tecnologia digitale?

L'Umanesimo al centro è il mantra della Commissione Europea, ma per dare sostanza a questa pregevole intenzione, l'Esecutivo dichiara ripetutamente che la tecnica deve essere al servizio della politica, perché la prima è *ex se* incapace di pronunciarsi sugli obiettivi, terreno riservato alla politica. Ritorna alla mente il mito di Prometeo, che sottrae il fuoco agli Dei per regalarlo agli uomini, ma la luce della ragione non li affranca dalla schiavitù, legandoli a un nuovo padrone: l'assolutezza della tecnica e la sua falsa promessa di felicità. Con Platone e Aristotele l'uomo viene educato alle "virtù della Politica" e del "saggio consiglio", iniziando così a cogliere i limiti dell'onnipotenza della tecnica, che è scienza della quantità, non della qualità dei valori, come tale incapace a decidere il *common good* per l'individuo. Ne consegue una posizione correttamente ancillare

¹⁴ Si consentito per un esame attento della questione qui solo accennata rinvio a un mio lavoro monografico: *Regole. Comando e Consenso*, Giappichelli, 2005, in part. cap. III.

¹⁵ Nella Leg. XIX la Commissione Affari costituzionali della Camera dei Deputati ha deliberato un'indagine conoscitiva sull'attività di rappresentanza di interessi, 8 marzo 2023, https://www.camera.it/leg19/824?tipo=1&anno=2023& mese=03&giorno=08&view=filtered_scheda&comm issione=01 per interrogarsi se e a quali condizioni l'istruttoria legislativa possa diventare porosa ai soggetti esponenziali degli interessi collettivi coinvolti.

¹⁶ Sia consentito il rinvio alle mie riflessioni sul caos dei diritti *The challenge of the virtual world for Independent Authorities*, in corso di pubblicazione *Eur. Pubbl. L.*, 2023, già in anteprima in https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4274809.

dell'innovazione tecnica alla politica, la sola preposta all'analisi e alla sintesi degli interessi generali di una comunità.

Al momento però non sembra verificata la condizione preliminare; infatti, la politica non si è riappropriata delle sue incredibili prerogative, non ha individuato i fini ultimi della mente meccanica, non ha tracciato un disegno sostanziale per l'I.A. e, più in generale, non ha anticipato il *framework* costituzionale entro cui il progresso tecnologico sia libero di correre. Se e quando questo accadrà, la centralità dell'uomo non sarà solo una parola, ma un fatto per noi e un'assicurazione per chi verrà.

INTERVENTO INTRODUTTIVO

GUIDO CARLINO

Nel salutare i presenti, e in particolare il rappresentante del Rettore e i Professori Sandro Staiano e Antonio Pescapè che mi hanno preceduto, desidero ringraziare la Prof.ssa Giovanna De Minico, per il cortese invito, ed esprimere il mio compiacimento per l'organizzazione del Convegno, di cui ho l'onore di presiedere e moderare la prima sessione.

Queste giornate di lavoro ci consentiranno di approfondire temi di estrema attualità e in rapida evoluzione, il cui impatto innovativo sulle logiche di funzionamento della pubblica amministrazione, dell'economia e, più in generale, della società globale, ha ispirato nuove aspettative sociali, ampliato gli orizzonti e determinato un cambio di prospettive che definirei epocale.

Si tratta, in sostanza, di un nuovo rapporto tra essere umano e macchina intelligente, che incide in modo del tutto inedito sulla comprensione, sui contenuti, sulla conoscenza della persona e della realtà esterna in cui viviamo quotidianamente.

È, in pratica, in atto un passaggio dalla cittadinanza tradizionale a quella digitale e tecnologica, che porta a dover ridisegnare nuove relazioni tra cittadini, imprese e istituzioni, ma che, tuttavia, impone una attenta riflessione sulle modalità concrete di realizzazione, al fine di preservare, nei suoi molteplici aspetti, la ricchezza culturale dell'uomo e i principi fondamentali del diritto.

Si tratta di una sfida difficile che va necessariamente perimetrata in una cornice valoriale di riferimento che, pur postulando la necessità di utilizzare le opportunità offerte dalla tecnologia digitale, mantenga sempre al centro l'uomo, con le sue libertà fondamentali, in linea con l'assetto costituzionale e i principi condivisi dalla comunità europea e internazionale.

Nell'evoluzione digitale, la tecnologia, gli strumenti informatici e le banche dati informative intervengono ormai in ogni campo, compreso quello del diritto, e introducono un *quid pluris* anche nel vasto mondo della pubblica amministrazione e della giustizia.

Lo sviluppo dei processi di dematerializzazione degli atti e delle procedure amministrative e giudiziarie deve promuovere, anche in tali settori, la chiarezza, la tempestività e l'imparzialità dell'azione pubblica nonché la trasparenza delle relazioni tra pubbliche amministrazioni e cittadini, in piena conformità ai principi di buon andamento e di economicità e di efficienza dell'azione amministrativa.

Tuttavia, lo spostamento di molte attività dal contesto fisico a quello digitale e i cambiamenti prodotti dall'introduzione delle piattaforme digitali comportano, inevitabilmente, criticità di ordine etico, sociale, economico e giuridico, che richiedono un adeguamento delle regole alle concrete esigenze di tutela e che non

possono prescindere dal rispetto del principio di legalità e degli altri principi generali disposti dal nostro ordinamento per il corretto svolgimento dell'attività amministrativa, quali la trasparenza, l'affidabilità, la pubblicità e l'imparzialità.

Tali principi devono essere riconoscibili in ogni fase, dal procedimento di elaborazione dei dati sino al meccanismo che genera la decisione finale.

In questa nuova stagione culturale di massiva digitalizzazione, si fa strada l'intelligenza artificiale che consente, grazie al patrimonio informativo offerto in tempo reale dall'innumerabile quantità di dati, di raccogliere e interpretare informazioni, di "ragionare" sulle conoscenze acquisite e formulare decisioni basate sulle evidenze raccolte, individuando le migliori azioni da svolgere per raggiungere gli obiettivi prefissati.

L'adozione di piattaforme e metodi basati sull'intelligenza artificiale, la reingegnerizzazione dei processi e l'interoperabilità tra amministrazioni possono contribuire a fornire servizi e procedimenti amministrativi più efficienti per semplificare la vita non solo della pubblica amministrazione ma anche di cittadini e imprese.

Tuttavia, su almeno due aspetti derivanti dall'utilizzo dell'intelligenza artificiale bisogna operare una riflessione:

- a) la necessaria trasparenza dei meccanismi degli algoritmi che indirizzano le decisioni di rilevanza pubblica;
- b) le forme di responsabilità giuridica nelle applicazioni che richiedono l'intervento umano nel processo decisionale.

Nel processo decisionale formatosi con le metodologie dell'I.A., ogni scelta che produca effetti giuridici su una persona non può, infatti, prescindere dal controllo e dall'intervento umano, nel rispetto delle garanzie costituzionali dell'individuo, della solidarietà e dell'eguaglianza, verso obiettivi di interesse pubblico. Ciò a contrasto dei rischi che l'impiego delle nuove tecniche determina, nell'interesse di una società informata, giusta, sana e sostenibile.

La trasformazione tecnologica, come ogni trasformazione, porta con sé vantaggi e criticità che occorre conoscere per poter esercitare, nel migliore dei modi, i propri diritti e relazionarsi in modo consapevole con i nuovi strumenti ormai presenti in ogni momento della vita quotidiana.

Come noto, infatti, l'intelligenza artificiale negli ultimi anni ha subito una forte accelerazione del suo tasso di evoluzione ed è divenuta così pervasiva nella nostra vita quotidiana, sicché è ormai improcrastinabile affiancare le tradizionali categorie giuridiche con una disciplina appropriata, fondata sui diritti dell'uomo e sui valori comuni di civiltà giuridica che ne regolamenti l'utilizzo e dia certezza di soluzioni e di tutela anche in un contesto internazionale allargato.

Emerge, in questo contesto, la necessità di una più approfondita riflessione sul trattamento dei dati personali, inteso a evitare comportamenti incauti o superficiali che mettano a rischio non solo la riservatezza, ma anche la sicurezza degli utenti che usufruiscono dei servizi sul *web*. Va, infatti, evitato che vi siano decisioni basate su una elaborazione dei dati meramente automatizzata, a tutela di potenziali

ingerenze nei diritti fondamentali delle persone interessate derivanti dall'operare di un motore di ricerca.

La raccolta continua dei dati inseriti in *internet* dai cittadini, anche inconsapevolmente, nell'interrogare i motori di ricerca o nel partecipare a riunioni da remoto in rete, consente difatti di creare algoritmi che possono essere utilizzati, ad esempio, per prevedere gli sviluppi futuri dei comportamenti umani.

I diritti fondamentali alla *privacy*, al rispetto della vita privata e alla tutela dei dati personali vanno pertanto bilanciati con il principio di trasparenza e di veridicità e con il diritto all'informazione.

Si apre, inoltre, un nuovo mondo anche per il giurista. L'ampiezza delle banche dati giurisprudenziali può consentire di acquisire ulteriori elementi di tipo "predittivo", per pervenire a una decisione algoritmica basata sui diversi orientamenti giurisprudenziali, riguardanti una particolare tematica, consolidati nel tempo.

Anche in tale campo, gli esiti del procedimento robotizzato debbono essere conformi alle prescrizioni e alle finalità stabilite dalla legge, affinché siano chiare e sindacabili le modalità e le regole in base alle quali il processo è stato impostato, dalla costruzione all'inserimento dei dati, alla loro validità e gestione, per evitare preoccupanti effetti incontrollati.

La capacità dei sistemi tecnologici di formulare ipotesi probabilistiche sulla base di grandi quantità di dati tratti da precedenti simili, se da un lato può costituire un salto di qualità anche nell'ambito della ricerca giurisprudenziale, inoltrandosi nel campo della giustizia predittiva, dall'altro può alimentare discriminazioni e pregiudizi nelle decisioni.

L'adozione di modelli predittivi e di criteri in base ai quali i dati sono raccolti, selezionati, sistematizzati, ordinati e combinati, la loro interpretazione e la conseguente formulazione di giudizi devono costituire operazioni, frutto di scelte e di valori precisi che derivano dai dati di riferimento utilizzati.

In conclusione, ritengo che soltanto un corretto governo del sistema dell'intelligenza artificiale, fondato su un sistema primario di regole che descriva in modo inoppugnabile presupposti e modalità di impiego delle metodologie dell'intelligenza artificiale stessa nel contesto della organizzazione dei pubblici uffici e in particolare nell'ambito del procedimento amministrativo, possa contribuire anche alla realizzazione della certezza giuridica su cui si fonda lo Stato moderno.

E ciò in ossequio ai principi costituzionali (art. 97) e a quelli che trovano fondamento nell'ordinamento sovranazionale (regolamento UE 679/2016 – GDPR), peraltro in un contesto che non ammette remore anche in considerazione della forte spinta alla transizione digitale prevista dal PNRR che vedrà la P.A. come principale protagonista nel XXI secolo.

AUTORITÀ INDIPENDENTI E ALGORITMI: UNA FAMIGLIA DISFUNZIONALE

GIOVANNA DE MINICO**

1. I punti di snodo del ragionamento

L'ambito materiale rimesso al governo delle Autorità indipendenti¹ è il terreno dove libertà fondamentali e diritti economici cercano una misura di equilibrata coesistenza. Questo compito regolatorio è affidato a soggetti diversi per collocazione e identità: sovranazionali e nazionali, politicamente rappresentativi e neutrali.

Sul terreno delle regole notiamo che il discorso normativo, avviato dalle fonti europee, è stato recepito e sviluppato negli atti normativi primari degli Stati membri, e poi completato dai regolamenti delle Autorità in esame. Questi ultimi prescrivono in termini astratti e generali a imprese e individui i comportamenti da tenere, la cui osservanza condiziona il corretto esercizio del libero pensiero, della riservatezza, dell'iniziativa economica e di altri diritti ancora. Una volta che le Autorità abbiano chiuso le fattispecie astratte appena accennate dal legislatore, attenderanno alla funzione di ordine: cioè a controllare che individui e imprese osservino queste regole. In caso contrario le Autorità ordineranno loro di adeguare la condotta illecita al modello giuridico disegnato *ex ante* nei propri regolamenti.

Se un eccesso di regole cogenti perimetra l'azione delle Autorità, riscontriamo invece il difetto opposto quando le Autorità controllano condotte dei privati definite da algoritmi: l'assenza assoluta di regole o la presenza di diritto non imperativo. Infatti, fatti salvi gli atti di *soft law* o le norme *in fieri*, l'ordinamento europeo è latitante in materia, perché sul terreno del diritto privato non ha ancora disciplinato il rapporto tra algoritmo e condotta privata; parimenti sul terreno pubblico non ha perimetrato la *room of discretionality* del decisore autoritativo; né tratteggiato una procedura algoritmica preordinata a un provvedimento trasparente, imparziale e sottoponibile a una *judicial review* sensibile al merito.

Stante i vuoti di disciplina primaria, le A.I. devono necessariamente esibire un atto legislativo a fondamento dei propri poteri regolatori o possono agire in assenza di abilitazione?

Anche se risponderemo a questa domanda in un momento successivo del lavoro, la abbiamo posta in apertura per sottolineare la sua centralità nel ragionamento su questi temi.

¹ Da ora indicate con l'acronimo: A.I.

2. Riflessioni sul rifiuto dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni di regolare la Rete

La nostra indagine riguarderà l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni² e l'Autorità garante della concorrenza e del mercato³ con brevi cenni anche all'Autorità per la protezione dei dati personali; la trattazione separata delle due Autorità è suggerita, non tanto da ragioni di materia, quanto dal diverso stato dell'arte dei loro poteri normativi e di ordine.

L'A.G.Com. attende in primo luogo a compiti regolatori, cui seguono quelli di controllo sulla conformità delle condotte private⁴ alle regole previamente da lei poste. La regolazione dell'Autorità in esame interviene su situazioni, appena accennate dal legislatore, ma poi rimesse alla compiuta definizione ad opera dei suoi regolamenti. Per questa ragione l'astratto modello di condotta previsto dalla norma primaria è un esempio di fattispecie a formazione progressiva, *genus* aperto a successive integrazioni. Tali sono gli interventi dell'A.G.Com. diretti a riempire gli spazi lasciati in bianco dalla disposizione primaria in modo da esaurire ogni discrezionalità comportamentale, dettando ai regolati modelli di condotta sufficientemente prescrittivi che consentono a ciascuno di conoscere in anticipo cosa è vietato e cosa no.

Questo archetipo – disposizione di legge ridotta a una norma quasi in bianco, eccetto che per la competenza, e regolamento costitutivo del contenuto della prima – non ricorre quando l'Autorità manca addirittura di una formale attribuzione della potestà normativa. Pertanto, in questi casi l'Autorità si è dovuta astenere dal dire il diritto, lamentando il difetto di abilitazione in materia, cosa che ha fatto rispetto alla pubblicità elettorale in rete.

In via preliminare, ricordiamo la specificità di Internet, intollerante ai trasporti automatici di regole dal mondo degli atomi a quello dei bit, circostanza, questa, che ha avuto il suo peso in occasione delle campagne informative preordinate agli appuntamenti elettorali. Le ultime europee, ad esempio, non furono coperte da una disciplina cogente su autore, modalità e limiti della pubblicità elettorale *on line*⁵; un silenzio assordante, quello dell'Autorità, dovuto alla legge n. 28/2000, che,

² Da ora indicata con l'acronimo: A.G.Com.

³ Da ora indicata con l'acronimo: A.G.C.M.

⁴ Quanto alla costruzione giuridica della funzione regolatoria delle Autorità ci sia consentito rinviare al nostro studio: *Regole. Comando e Consenso*, Giappichelli, Torino, 2005, in part. al cap. I; quanto al potere ordinatorio dell'A.G.C.M., riflessioni, queste, valedoli anche per l'A.G.Com., rinviamo a un nostro lavoro monografico: *Antitrust e Consob. Obiettivi e Funzioni*, Cedam, Padova, 1997, in part. al cap. I. Mentre, sullo specifico tema dei regolamenti A.G.Com. in Internet si veda: M. Giannelli, *Poteri dell'AGCOM e uso degli algoritmi. Tra innovazioni tecnologiche ed evoluzioni del quadro regolamentare*, in *OSF*, 1, 2021, in <http://www.osservatoriosullefonti.it>.

⁵ A.G.Com., *Linee guida per la parità di accesso alle piattaforme online durante la campagna elettorale per le elezioni politiche 2018*, in <https://www.agcom.it/documents/10179/9478149/Documento+generico+01-02->

non assegnandole il compito che sarebbe stato ragionevole riservarle, la condannava a tacere. Così illeciti, neppure immaginabili al tempo della *par condicio* – *fake news*⁶ e *filter bubble*⁷ – sono accaduti, si sono ripetuti, e sono ora eventi di ordinaria amministrazione in rete; mentre la genuinità del consenso dell'elettore, caro alle Corti Supreme⁸, è stata sacrificata per l'anarchia della rete. Si è trattato di artifici algoritmici che hanno moltiplicato all'infinito il numero di inesistenti *follower* di un *eligendo* o che hanno conformato il messaggio politico del candidato ai gusti e alle inclinazioni dei suoi probabili elettori, non diversamente da come si farebbe per pubblicizzare un dentifricio. Grazie a questa tecnica comunicativa, non priva di pericoli per la democrazia, l'immagine del candidato si frazionava in una pluralità di fotogrammi per poi ricomporsi in un gioco infinito di specchi, in cui il convincimento dell'elettore si confondeva perché il candidato gli veniva presentato diverso da come sarebbe stato in mancanza della finzione tecnologica. Tutto ciò che verremo a sapere su di lui è solo una minima parte della sua vera identità: precisamente, è solo una frazione di quello che vorremmo sentirci dire. Siamo posti di fronte a un'informazione politica monocolora, rassicurante nella misura in cui non contempla l'alterità rispetto a noi, perché è stata impoverita dei contenuti non riconducibili al patrimonio culturale di chi la riceve.

2018/45429524-3f31-4195-bf46-4f2863af0ff6?version=1.0. Si vedano anche gli *Impegni assunti dalle società esercenti le piattaforme on line per garantire la parità di accesso dei soggetti politici alle piattaforme digitali durante la campagna elettorale per le elezioni dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia – 2019*, che costituiscono un esempio deludente di autoregolazione dell'informazione elettorale per le ragioni indicate nel testo.

⁶ Per un'impostazione innovativa si veda: M. Bassini, *Internet e libertà di espressione*, Aracne, Roma, 2019, pp. 299 ss.

⁷ Interessante la definizione datane dal vocabolario Treccani, in https://www.treccani.it/vocabolario/filter-bubble_res-b92bdbdc-89c2-11e8-a7cb-00271042e8d9_%28Neologismi%29/.

⁸ In proposito si legga Cons. Const., *Décision n° 2018-773 DC du 20 décembre 2018*, in <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2018/2018773DC.htm>, in merito alla «Loi relative à la lutte contre la manipulation de l'information». Tale pronuncia in nome «du principe de sincérité du scrutin» sottrae all'incostituzionalità la legge richiamata nella parte in cui assegnava ampi poteri di pulizia dei siti alle piattaforme per prevenire la falsa informazione elettorale, ma la stessa disciplina imponeva alle piattaforme anche l'obbligo di rendere trasparenti gli algoritmi impiegati: in part. si legga il par. 83 della decisione: «Ils doivent également mettre en œuvre des mesures complémentaires pouvant notamment porter sur la transparence des algorithmes ou la lutte contre les comptes propageant massivement de fausses informations».

Già la nostra Corte Cost. aveva ritenuto che la genuinità del consenso costituisce la *ratio* fondante l'incostituzionalità delle liste elettorali integralmente bloccate, così nella pronuncia n. 1/2014, dove al par. 51. affermava che «in definitiva, è la circostanza che alla totalità dei parlamentari eletti, senza alcuna eccezione, manca il sostegno della indicazione personale dei cittadini, che ferisce la logica della rappresentanza consegnata nella Costituzione» in quanto minano la libertà di scelta dell'elettore, cioè la genuinità del voto, interamente assorbito dall'arbitraria compilazione per mano delle segreterie dei partiti.

Il codice di autoregolazione di Facebook⁹, al quale gli *eligendi* si sarebbero dovuti attenere a tutela della corretta competizione politica, non protegge il bene assoluto di questa particolare forma di manifestazione del pensiero. Eppure, l'atto di autoregolazione richiamava la *par condicio*, ma solo come alibi per nascondere il vero obiettivo: l'accumulo di spot pubblicitari nelle mani di pochi fortunati a discapito dei molti che erano in condizione di acquistarli. Così il *far west* della comunicazione in Internet confondeva la pubblicità politica con quella commerciale in un'impropria coincidenza di finalità e terreni, che invece andavano riferiti più correttamente a distinti diritti: il primo, preordinato alla difesa dell'*equal access* dei candidati nel contendersi il voto dell'elettore, rientra a pieno titolo nelle libertà fondamentali, e come tale esige una garanzia *pro capite*; la seconda, al servizio dell'iniziativa economica, a ragione obbedisce a una logica *pro capitale*.

Tutto ciò veniva ignorato dal codice di F.B.¹⁰, che in una sola mossa annullava il suffragio universale riportando in vigore una sorta di voto censitario. In questo caso l'alterazione non riguardava però la parità nella titolarità del diritto di voto, in apparenza salvaguardata, ma la parità di *chances* dei richiedenti il consenso. Questa pretesa rappresenta l'altra faccia del diritto di voto: è il diritto di ciascun concorrente a essere votato; quindi, a esporre la propria proposta politica non diversamente da come fanno gli altri *competitor*. Infatti, i candidati *well founded* dominano il dibattito politico *on line*, oscurando chi di fatto è emarginato dall'agorà digitale per ragioni economiche. In ultima istanza, il caos dei bit altera il percorso formativo del consenso, che non si svolge più in un clima sereno ed equilibrato perché gli elettori, privi di una offerta politica paritaria, diventano facili prede nelle mani di chi ha accaparrato ogni spazio di propaganda.

Dinanzi alla tirannia di una pubblicità digitale anarchica, e quindi dominata dai più forti, l'AG.Com. ha parlato il linguaggio del diritto mite, indicando comportamenti virtuosi ai candidati e invitando i gestori delle piattaforme a condotte consone al *fair play* elettorale¹¹. Si è dunque avvalsa di armi spuntate, dotate di un'effettività attenuata perché basata sull'autorevolezza del suo consiglio, non sull'imperatività della regola.

Ma l'Autorità avrebbe potuto fare diversamente?

Invero, le norme della ricordata L. 28/00 sono tassative nel cedere il potere normativo all'A.G.Com. e quindi mal si prestano a essere interpretate estensivamente rispetto al loro ambito di competenza come definito.

Dunque, questa constatazione ci impone di guardare altrove. Non si può esclu-

⁹ Codice di buone pratiche dell'UE sulla disinformazione, Bruxelles, 2018, consultabile in <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/code-practice-disinformation>.

¹⁰ Per una narrazione diacronica del *soft law* elettorale si veda il lavoro di E. Caterina, *La comunicazione elettorale sui social media tra autoregolazione e profili di diritto costituzionale*, in *OSF*, 3, 2021, in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>, in part. pp. 1400 ss.

¹¹ A.G.Com., *Linee guida per la parità di accesso alle piattaforme online durante la campagna elettorale per le elezioni politiche 2018*, cit.

dere che una via poteva essere quella di ricavare da un tessuto costituzionale a maglie larghe, cioè dagli «altri mezzi» di cui all'art. 21 Cost., uno spiraglio per introdurre *ex novo* o per via ermeneutica le regole destinate ai nuovi mezzi di informazione. Abbiamo speso questo argomento¹², quando sostenemmo che una revisione costituzionale non fosse necessaria per tutelare Internet, già incorporato nell'endiadi «altri mezzi»: valvola di sfogo tecnologicamente orientata in grado di recepire innovazioni funzionali all'informazione digitale, che altrimenti sarebbero rimaste fuori da un'elencazione tassativa dei mezzi tipici. Possiamo utilizzare questa clausola di apertura per dilatare la *par condicio* fino ad assegnare oggetti inespresi al potere regolatorio dell'Autorità?

Ancora una considerazione può tornare utile per rispondere all'interrogativo posto in apertura. Il richiamo alla teoria dei poteri impliciti, argomento necessario per dilatare oltre il dato positivo la potestà dell'A.G.Com., avrebbe sì evitato l'anarchia regolatoria e l'involuzione egoistica dell'equilibrio informativo in tempo elettorale, ma avrebbe al tempo stesso provocato un pericolo più grave del danno che voleva evitare: l'*enlargement* di poteri a favore di un soggetto politicamente non rappresentativo in mancanza addirittura della norma sulla sua competenza.

La teoria richiamata avrebbe creato regolamenti indipendenti in capo all'A.G.Com., cioè un ossimoro per un atto normativo secondario, perché lo stesso avrebbe vantato un'assoluta autonomia dalla legge, non potendola esibire neanche come titolo fondativo del potere. Con la conseguenza che in questo caso il discorso politico regolatorio sarebbe stato avviato e concluso da un regolamento *praeter legem*, intervenuto nel silenzio della norma in forza di un'autoinvestitura, violando un intero fascio di principi: la legalità formale, l'ordine gerarchico tra le fonti e la riserva di legge.

E tra un'Autorità, che, esonerata da responsabilità politica, assuma da sé compiti politicamente sensibili e un'altra che, protetta dall'immunità politica, si astenga dal farlo, lasciando al legislatore la decisione, preferiamo la seconda, di cui si apprezza l'atteggiamento di cauta attesa e il rispetto del binomio indirizzo politico/responsabilità.

3. Come gli algoritmi modificano i paradigmi della *Lex mercatoria*?

Per l'A.G.C.M. il discorso, in apparenza più facile, si mostra complicato a un'osservazione più ravvicinata. Procederemo seguendo l'ordine logico qui anticipato: *a*) i caratteri della disciplina antitrust; *b*) l'impatto della *data driven economy* su

¹² Per un'articolazione compiuta di questo pensiero, che qui per ragioni di coerenza tematica abbiamo solo accennato, si veda il nostro: *Towards an Internet Bill of Rights*, in *Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev.*, 37, 2015, in part. si veda il par. III: «Why should the constitutionalization of the internet be necessary».

di essa; e, infine, c) l'intreccio delle libertà fondamentali con i diritti economici su mercati digitali.

A) La *lex mercatoria* esprime regole di condotta negative, cioè divieti a formazione progressiva perché lasciati incompiuti nella descrizione legislativa, che rimette il loro perfezionarsi al *case by case* dell'Autorità competente. Le disposizioni del T.F.U.E. – e a cascata le norme delle legislazioni nazionali – disegnano illecito concorrenziale in base alla tecnica teleologica, il cui merito è di non ingessare la condotta entro modelli tipizzati, fotografandone solo il risultato: evitare un'alterazione consistente della dinamica competitiva.

Dunque, i paradigmi astratti delle fattispecie presentano i tipici caratteri della norma parzialmente in bianco, valvole di sfogo di un sistema giuridico che si voleva lasciare riflessivo, cioè flessibile all'occorrenza, modificabile col mutare delle condizioni economico-sociali, nella invariabilità del suo dato letterale. Questi sono i referenti non scritti, *extra ordinem*, ai quali le Autorità ricorrono per completare il lavoro avviato dal legislatore.

Inizialmente, il sistema valoriale coincideva con il libero mercato: luogo dove persone, merci, capitali e prestazioni circolavano indisturbatamente al riparo dai protezionismi statali, come dai comportamenti abusivi delle imprese¹³. In seguito, la *lex mercatoria*, che si era lasciata alle spalle una visione atomistica della concorrenza, ha incontrato il *well-being* consumeristico, che col Trattato di Lisbona si è evoluto nello «sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi [...]. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico» (art. 2, co. 3, T.U.E.). Il richiamo all'«economia sociale di mercato» sostanzia un tessuto pattizio, che altrimenti rischiava di rimanere una mera intenzione di incerta realizzazione. Oggi, l'economia funzionale di mercato è ancora diversa da come concepita al tempo di Lisbona, perché il *Recovery*¹⁴ la ha promossa a chiave di volta della nuova architettura economico-sociale di un'Europa, che ridisegna le riprese post pandemiche dei singoli Stati con norme asimmetriche *in bonam partem*. Questa disciplina prevede infatti che il flusso di energie economiche corra prioritariamente verso chi ha di meno per allinearlo a chi è avanti nella gara sociale: Giovani, Donne e Sud¹⁵. Quindi, nella struttura del *Recovery* la filosofia del

¹³ Corte giust., sentenza 13 luglio 1966, Cause riunite 56 e 58/64, *Grundig*, ECLI:EU:C:1966:41, p. 518, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A61964CJ0056>, e Id., sentenza 21 febbraio 1973, C-6/72, *Continental Can*, ECLI:EU:C:1973:22, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=CELEX%3A61972CJ0006>.

¹⁴ Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza. Per una riflessione sulle ricadute sull'assetto costituzionale interno, ci permettiamo di rinviare al nostro saggio G. De Minico, *Il piano nazionale di ripresa e resilienza. Una terra promessa*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2021, in <https://www.constituzionalismo.it/il-piano-nazionale-di-ripresa-e-resilienza-una-terra-promessa/>.

¹⁵ Per un'analisi delle promesse molto ambiziose a fronte di loro modeste realizzazioni si rinvia alla nota precedente.

libero mercato da fine ultimo, quale era in principio, viene ridimensionata a mezzo per conseguire l'atteso risultato dell'eguaglianza sostanziale.

Notiamo però che se la Commissione Europea ha puntato in alto nel promuovere la ripresa economica post Covid, non ha fatto lo stesso quando ha avviato l'azione regolatoria in tema di algoritmi. Vogliamo dire che la sua attenzione alle asimmetrie sociali ha subito una drastica flessione sul terreno degli algoritmi, come se la tecnica da sola potesse compensare le disuguaglianze in assenza della mano dell'uomo che la indirizzi. Spiegheremo nel prosieguo le ragioni della nostra insoddisfazione della regolazione europea sugli algoritmi impiegati nell'economia di mercato.

B) Il tema va affrontato partendo da una consapevolezza: il mercato di oggi non è quello di ieri perché le piazze *on line* non sono la fotocopia di quelle *off line* per tre ragioni fondamentali.

La prima si risolve nella presenza sui mercati *on line* di una nuova entità: i Big Data¹⁶. Questa endiadi si riferisce a quelle crescenti masse di dati, universali per oggetto e soggetto, variabili per capacità auto-generativa, veloci nella formazione *in itinere* del patrimonio informativo e dal valore economico inestimabile, prendendo a prestito la definizione statunitense delle cinque 'v'¹⁷.

In secondo luogo, queste piazze sono come i lati simmetrici di una stessa medaglia: cioè mercati strettamente interconnessi compongono il *double sided market*¹⁸. Il primo a monte, dove beni e prestazioni digitali vengono offerti contro una gratuità fittizia perché il consumatore paga quei servizi con i suoi dati. Ne sia prova il fatto che il rapporto contrattuale continua a essere sinallagmatico, solo che il corrispettivo contro il servizio digitale non è il denaro, ma la cessione in blocco dei dati a chi fornisce il servizio digitale.

Nel secondo mercato, quello a valle, si vendono spazi pubblicitari in quanto l'impresa, grazie alla raccolta a strascico dei dati altrui, è in grado di vendere queste vetrine a prezzi ben più alti di quanto farebbe se non profilasse il potenziale acquirente. Non a caso abbiamo sottolineato l'esistenza di un ordine tra il mercato gratuito e quello oneroso: il primo, solo in apparenza è gratuito, perché il dato sta in luogo del prezzo e pertanto alimenta l'appetibilità dell'inserzioni pubblicitarie, divenendo la causa dell'onerosità di quello a valle, secondo quel perfetto circolo vizioso illustrato dagli economisti. Precisamente, più clic riceverà il messaggio pubblicitario, più alto sarà il suo prezzo, e più voluminosa la massa dei dati accaparrata dall'imprenditore che domina le due piazze¹⁹.

¹⁶ D'ora in avanti: B.D.

¹⁷ Per la dottrina americana, autrice della fortunata espressione 'cinque v', nonché per un ragionamento sull'impatto dei B.D. sulle categorie giuridiche ci sia consentito rinviare a: G. De Minico, *Big data e la debole resistenza delle categorie giuridiche*, in *Dir. Pubbl.*, 1, 2019, pp. 90 ss.

¹⁸ M. Maggiolino, *I BD e il diritto antitrust*, EGEA, Milano, 2018, nota 2, p. 2. Siamo in presenza di processi che hanno nell'accumulo crescente dei dati la loro benzina virtuale consistendo «in un complesso di attività che ruotano intorno alla produzione, all'uso e alla commercializzazione dei dati a mezzo di altri dati».

¹⁹ A. Ezrachi, *Eu competition law goals and the digital economy*, Report commissioned by BEUC, in

In sintesi, i B.D. costituiscono «a significant competitive advantage for companies active in, for instance, targeted online advertising, online search, social networking, software services and software products»²⁰, che nel linguaggio del diritto antitrust significa esistenza di barriere tecnologiche, che inibiscono l'accesso al nuovo entrante, il quale senza il suo corredo di dati è destinato solo a guardare la partita competitiva giocata dagli *incumbent*.

Un'altra caratteristica di queste piazze è il ripetersi di *trials and errors*, commessi da chi già opera nel mercato, il quale migliorerà le sue *performance* proprio grazie ai suoi errori, rafforzando così l'effetto preclusivo in danno dei terzi.

C) Infine, l'attributo poco indagato dalla dottrina giuridica, ma centrale nel discorso sull'atipicità regolativa: l'intreccio tra libertà fondamentali e diritti economici, che si confondono in un avviluppato groviglio contro l'antica distanza di sicurezza che un tempo li separava nei mercati *off line*, molto accorti a non creare punti di tangenza tra le due classi di diritti. Oggi lo slittamento di una sfera soggettiva su quella contigua è un fatto ordinario, quando accade comporta che la cura di un diritto dipenda dalla protezione riservata all'altro; e la lesione di una libertà fondamentale può essere il sintomo dell'aggressione di una facoltà economica. Questo fenomeno lo vedremo con attenzione quando parleremo dell'accertamento dell'illecito plurioffensivo, che esige l'individuazione di almeno due autorità per qualificare integralmente la condotta, a differenza del monismo del vecchio diritto antitrust. Chiarite chi siano le Autorità e come possano dialogare tra loro, queste dovranno inventarsi misure sanzionatorie inedite per compensare a pieno la lesione multipla. Tali questioni le mettiamo per il momento da parte e poi le riprenderemo, a esse abbiamo accennato al solo fine di rendere visibile al lettore la matassa di libertà economiche e diritti fondamentali.

4. Verso l'interpretazione teleologicamente orientata della *Lex mercatoria*

Date le caratteristiche prima esposte dei mercati digitali, riflettiamo se la disciplina antitrust dei mercati *off line* sia trasferibile immutata sulle piazze *on line*, o se invece necessita di essere rivisitata secondo alcune linee guida.

La prima consiste nel fine della *lex mercatoria*: la difesa della concorrenza, non dello *status quo*, quest'ultimo infatti andrebbe a beneficio dei soli concorrenti già presenti. Nella nostra impostazione il valore oggettivo del *common good*, misurato sulle coordinate della crescita competitiva e dell'equiordinazione sociale, si afferma in luogo del privilegio a vantaggio di un'unica categoria di soggetti, i concorrenti già entrati nel mercato.

https://www.beuc.eu/publications/beuc-xc-2018-071_goals_of_eu_competition_law_and_digital_economy.pdf, pp. 7-12.

²⁰ M.E. Stucke, A.P. Grunes, *Big data and competition policy*, OUP, Oxford, 2016, p. 37.

La seconda linea guida impone che si presti attenzione a un nuovo pericolo e al suo antidoto: la riduzione del *common good* a una prosperità tecnologica unidirezionale perché ad appannaggio degli oligopolisti privati. Quanto al rimedio, se l'innovazione viene subordinata ai principi del costituzionalismo comune, diventa leva per chiudere le asimmetrie economico-sociali; se invece viene lasciata a sé stessa, è un pericoloso «mean [s] to produce revenue and market control»²¹.

La terza direttrice si risolve in un atteggiamento aperto a un'ermeneutica che esige porosità verso l'innovazione tecnologica, e che rimanda a un'interpretazione della Costituzione in aderenza ai mutamenti della storia²². In un rapporto di reciproco scambio tra Costituzione e Storia, quest'ultima è il principio di fatto che dà l'impulso a ogni processo costituente; ma questo, una volta compiuto, deve lasciare aperta la porta alla realtà che gli ha dato vita e che gli assicura effettività. La storia economica ci suggerisce anche un parallelo, che non è così ricorsivo come Vico insegna: nel secolo scorso i monopoli erano la protezione istituzionale, che la politica regalava ai grandi gruppi imprenditoriali, scambiando privilegi e certezza dei traffici illeciti contro il loro appoggio all'assetto istituzionale costituito. Oggi questa situazione ritorna nelle mutate vesti dell'accaparramento indisturbato dei dati sui mercati *on line* da parte delle *Big Tech*, regalo dell'anarchia tecnologica che consegna nelle loro mani dominanze incontestabili dai terzi.

5. L'Abuso di posizione dominante riscritto dagli algoritmi

Il mutato scenario tecnologico impone una lettura²³ dell'abuso di posizione dominante, art. 102 T.F.U.E.²⁴, sensibile alla logica tecnologicamente orientata: unica interpretazione possibile se il mercato è *data driven*²⁵. Assunta la figura a emblema dell'illecito, le considerazioni che seguiranno varranno tendenzialmente anche per le intese e le concentrazioni con gli opportuni adattamenti del caso. Quindi, ricorderemo brevemente gli elementi strutturali dell'abuso – il mercato di riferimento, la dominanza e il suo uso *unfair* – per poi collocarli in un contesto economico algoritmico.

Il primo passo è la scelta del metodo per individuare il mercato di riferimento: non più il parametro classico della sostituibilità dei beni. Lo stesso potrà ancora

²¹ S. Zuboff, *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, Profile Books Ltd, London, 2019.

²² Una guida illuminante è nel pensiero di G. Berti, *Interpretazione costituzionale*, Cedam, Padova, 2001, pp. 24 ss.

²³ Cfr.: Commissione Europea, *Antitrust procedures in abuse of dominance (Article 102 TFEU cases)*, in http://ec.europa.eu/competition/antitrust/procedures_102_en.html.

²⁴ Cfr.: R. Wish-Baiely, *Competition law*, OUP, Oxford, 2018, capp. 17 e 18; R. Nazzini, *The foundations of European Union of Competition law: The objective and principles of article 102*, OUP, Oxford, 2011, *passim*.

²⁵ M. E. Stucke, A.P. Grunes, *Big Data and competition policy*, cit., part. III; in part. cap. 9.

essere utile per disegnare il mercato della raccolta pubblicitaria di Google o quello degli incontri virtuali di Facebook, come nell'esempio illustrato sopra, ma la cosa importante è il punto di fuga dei due mercati: quella comune piazza virtuale, collocata sullo sfondo e alimentata dai dati. Questo sarà il mercato di riferimento, nonostante l'avversione della Commissione a non considerarlo tale perché non identificabile secondo il criterio della fungibilità merceologica. Si può invece obiettare al conservatorismo europeo che, se preferiamo Google agli altri, non è per un suo specifico servizio – quello di Gmail, o di conservazione dei dati con Google Drive – ma per la capacità come *Over the Top*²⁶ di offrirci l'intero fascio delle prestazioni nella medesima unità spazio-temporale. Pertanto, chi fa parte della comunità di Google non è disposto a cambiarlo con altri, a prescindere dal suo comportamento, almeno fin quando rimarrà l'unico operatore in grado di fornire una prestazione, pluriarticolata, sigillata in una scatola e portabile con noi ovunque andiamo. Ritorna dunque il concetto d'insostituibilità, ma rivisto perché inserito in un contesto globale, dove insostituibile è divenuto l'intero pacchetto, non più il singolo bene.

Le obiezioni, benché pertinenti degli economisti, le lasciamo a loro; noi giuristi dobbiamo invece osservare con mente libera da pregiudizi i fornitori *omnibus* della rete. Questi mantengono stretta nelle loro mani la leva fisica dei nostri dati, necessaria a creare e far crescere la loro indebita e permanente dominanza, destinata a durare nel tempo perché non scalabile²⁷ e indebita perché costruita con beni altrui.

Il secondo elemento dell'abuso, il potere di mercato, è ancora accertabile in base al fatturato, ma anche altri indici possono concorrere a individuarlo in linea con la naturale porosità della disciplina antitrust, sensibile agli input nati dal basso, cioè ai modi di essere, alle abitudini di una realtà economico-imprenditoriale mai uguale a sé stessa. Ad esempio, la dominanza di un'impresa 4.0. si basa anche sulla ricorsività degli atteggiamenti commerciali dei nuovi utenti, che seguono la scelta già fatta da chi li ha preceduti. Nessuno infatti si darebbe appuntamento in luoghi quasi deserti, tutti si addensano nelle piazze virtuali, dove le *chance* di incontro sono maggiori. Quindi, il *lock-in* tra Google e i suoi clienti è un tratto incontestabile del potere di mercato di Google, assente nelle economie *off line*, non a caso misurabili in base all'antico indizio del fatturato.

Ultimo requisito al perfezionamento della fattispecie dell'art. 102 T.F.U.E. è il comportamento abusivo, visto che il diritto antitrust non punisce la dominanza in sé, ma il suo cattivo uso che pregiudica consumatori e/o concorrenti: rispettiva-

²⁶ A.G.Com., *Indagine conoscitiva concrete lo sviluppo delle piattaforme digitali e dei servizi di comunicazione elettronica. Allegato A alla delibera n. 165/16/CONS*, in <https://www.agcom.it/documents/10179/5054337/Allegato+29-6-2016/9d7168c6-6205-47e7-a2d9-23ccdc1df59?version=1.0>.

²⁷ Utili spunti si possono trarre dalla A.G.C.M., A.G.Com., G.P.D.P., *Indagine conoscitiva sui Big Data*, in https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/IC_Big%20data_imp.pdf.

mente, nelle figure dell'abuso di sfruttamento e di esclusione. In estrema sintesi, il primo ricorre quando la condotta unilaterale dell'operatore si risolve in condotte dannose per i consumatori, costretti a subirle perché altrove non troverebbero migliori condizioni contrattuali: ad esempio, l'aumento sensibile dei prezzi che lasci invariata la domanda. Il secondo abuso si risolve in comportamenti pregiudizievole per gli altri concorrenti, impossibilitati a impedirli: ad esempio, l'imposizione di prezzi condizionati o esclusive particolarmente vessatorie. In entrambi gli abusi accennati la condotta contestata sarebbe propria di un monopolista, assunta però da chi non è tale, ma che si comporta come se lo fosse perché si può permettere di prescindere dalle reazioni dei consumatori e dei concorrenti.

Se proviamo a trasferire queste figure sui mercati *double sided* – quelli che si articolano sulle due piazze speculari, come detto prima – esse mancheranno di un elemento essenziale secondo il modello dell'art. 102: cioè dell'aumento sensibile del prezzo. Questo difetto è dovuto al fatto che, consumato l'abuso, i beni continueranno a essere venduti a prezzo 0, già praticato *ante* abuso, venendo dunque a mancare il sintomo per antonomasia del cattivo uso del potere di mercato, a meno che non si accetti la novità che la condotta illecita nell'ambiente digitale ha modalità di esternazione alternative rispetto a quelle dell'economia *off line*. Si consideri quel dominante che, forte del suo pacchetto di dati, abbassi la *policy* di privacy senza che ciò determini una flessione sensibile nella domanda stante il *lock-in* e l'omogeneità diffusa delle condizioni contrattuali. Siamo dinanzi a un abuso per sfruttamento poiché il dominante ha alterato le condizioni contrattuali, la *privacy policy*, contro le legittime aspettative dei consumatori?

Se consideriamo tale *policy* un elemento della disciplina del contratto, averla degradata incide sulla qualità della prestazione, diventando un indizio inedito di prepotenza nei confronti dei consumatori, anche se la Commissione si ostina a non vederlo. Si può allora arrivare a sostenere l'adozione di criteri alternativi per valutare l'abuso: non più l'incremento minimo e stabile del prezzo, inidoneo a spostare la domanda, ma la riduzione minima e stabile della qualità della prestazione²⁸. Il nuovo parametro non sarà privo di incognite: come si calcolerà un elemento qualitativo su un valore immateriale, quale è la privacy? E, ancora, il metro di valutazione sarà uguale per tutti i soggetti oppure andrebbe misurato in ragione delle tendenze dei clienti e della loro diversa sensibilità alla protezione dei dati personali?

Se guardiamo alla *policy* antitrust statunitense, fatte salve le linee guida dell'USA Antitrust²⁹, anche le sue Autorità non hanno vietato concentrazioni lesive del

²⁸ In proposito, si veda lo studio particolareggiato e puntellato da abbondante casistica di: M.E. Stucke, A.P. Grunes, *Big data and competition policy*, cit., pp. 115 ss.

²⁹ Cfr.: American Bar Association Section of Antitrust law, *Merger and acquisition: understanding the Antitrust Issues*, 4th ed., American Bar Association, Chicago, 2015, pp. 134-5: «[...] it is rare for a complaints alleging harm only in an innovation market, and no courts has invalidated a transaction solely because it reduced competition in an innovation market».

mercato in presenza di un'*injury* che si è manifestata nella riduzione della qualità della prestazione, nel peggioramento della varietà dei prodotti o nel degrado innovativo, cioè quando il pregiudizio non si è risolto nel semplice aumento del prezzo. In altri termini, questi elementi dinamici non sono stati presi in considerazione, vuoi perché di difficile quantificazione, vuoi per fedele ossequio a un'impostazione *price based* del diritto antitrust, che esclude di assumere come indizi profili qualitativi dei rapporti: innovazione, diritti fondamentali, democraticità del sistema.

Chiusa la parentesi statunitense, torniamo nei confini europei e giudichiamo la situazione attuale: deludente perché la Commissione, senza soluzione di continuità³⁰, persevera nel negare che una lesione all'art. 102 T.F.U.E. – *sub specie* di sfruttamento per aggressione alla privacy – si possa realizzare quando, pur in presenza di un danno al mercato, il pregiudizio investa il bene privacy. La Commissione si è trincerata dietro l'argomento formale della rigida separazione delle competenze. Secondo il ragionamento della Commissione, la privacy deve rimanere affidata alle cure del Garante europeo per la protezione dei dati personali, la concorrenza a sé medesima. Questa impostazione ha escluso che si potessero annullare concentrazioni lesive della privacy, proprio perché la Commissione ha ritenuto che le preoccupazioni sulla privacy «fall [ing] out of the aim of antitrust law»³¹ per rientrare invece «within the scope of the EC data protection rules»³². Questa impostazione vecchia ha consentito a Google di perseverare nell'illecito, lì dove invece andava obbligato³³ a ridurre la sua ingiustificata dominanza con sanzioni ripristinatorie alternative al denaro, unica pena comminatagli. Stesso discorso assoluto è stato fatto per Facebook³⁴, che, acquistata WhatsApp, fu punita dalla Commissione, ma per dichiarazioni false, non anche per il più grave illecito consistente nell'aver sottratto all'insaputa dei clienti di WhatsApp i loro dati telefonici, consolidando il suo già smisurato potere sul mercato dei dati.

Per rigore scientifico chiariamo che non intendiamo avallare nessun automati-

³⁰ Commissione Europea, *Relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Relazione sulla politica di concorrenza 2017*, COM(2018) 482 final, 18.6.2018, in http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/2017/part1_it.pdf.

³¹ M. Vestager, *Competition in a Big Data world*, 18 January 2016, in https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/competition-big-data-world_enin.

³² B. Bouyssière, D. Colgan, *Competition law, Big Data and data protection - are Competition Authorities becoming jacks of all trades?*, in <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=f9b02fe5-b8e1-4396-8efa-a24ffce9daf>.

³³ Commissione Europea, decisione 25 giugno 2017, Caso AT.39740, *Google search (Shopping)*, cfr. IP/17/1784 del 27 giugno 2017, in http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1784_it.htm. Volendo cfr.: G. De Minico, *New horizons for the policymaker after the Commission's decision on Google?* in <https://iaclaide.wordpress.com/2017/08/27/new-horizons-for-the-policymaker-after-the-commissions-decision-on-google/>.

³⁴ Commissione Europea, decisione 18 maggio 2017, Caso M.8228, *Facebook/WhatsApp*, in [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017M8228\(03\)&from=LT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017M8228(03)&from=LT).

simo, nel senso che la lesione della privacy può essere solo un sintomo, che accende un campanello d'allarme, salvo poi accertare che il sintomo abbia effettivamente procurato un danno alla concorrenza. In altri termini, non si dà per presupposto il nesso di causalità tra la condotta lesiva della privacy e il danno al mercato, questo elemento deve essere oggetto di specifica prova, perché rifiutiamo la più benevola tesi tedesca³⁵ della “presunzione normativa”³⁶, secondo la quale il danno competitivo ricorrerebbe *in re ipsa* in presenza della sola lesione alla privacy. D'altro canto, non si vuole escludere ogni sua rilevanza ai fini dell'accertamento dell'abuso, come invece sostiene la Commissione Europea. La nostra è piuttosto una posizione vicina alla presunzione relativa: la lesione lascia intravedere un presuntivo danno, a meno che l'impresa, autrice dell'abuso, dimostri che, nonostante il pregiudizio alla privacy, il danno non vi sia stato. Questa soluzione di compromesso tiene dentro la novità ermeneutica, che valorizza la lesione della privacy come sintomo di una condotta anticompetitiva, e il diritto alla difesa, ammettendo l'impresa a dimostrare l'irrilevanza del sintomo, che è prova disponibile, non diabolica.

Il ripetersi di illeciti con modalità quasi identiche – ulteriori indizi sono offerti dalla recente fusione di Facebook con Instagram³⁷ o la multa comminata dall'A.G.C.M. italiana ad Amazon per i suoi reiterati abusi di posizione dominante³⁸ – prova l'insufficienza di un'interpretazione anacronistica del diritto anti-

³⁵ *Contra* la Bundeskartellamt, *Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources* Background information on the Bundeskartellamt's Facebook proceeding, February 2019, in https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemittelungen/2019/07_02_2019_Facebook_FAQs.pdf?__blob=publicationFile&v=5.

³⁶ In proposito si legga il Bundesgerichtshof (*Federal Court of Justice*), delibera del 23 giugno 2020, KVR 69/19 (la sua *press release* recante: *The Federal Court of Justice provisionally confirms the allegation of abuse of a dominant market position by Facebook*, <https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Pressemittelungen/DE/2020/2020080.html>), dove la Corte Federale, in contrasto col giudice di appello, ha sostenuto che ai sensi dell'art. 19(1) della Legge federale sulla concorrenza si possa affermare l'esistenza di un nesso di “causalità normativa” da una mera condotta accrescitiva del potere di mercato del dominante, e che dunque non occorresse anche la prova di un comportamento illecito reso possibile unicamente in forza della posizione di preminenza del soggetto egemone, in <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=2020-6&Seite=4&nr=109506&pos=121&anz=279>. Per la sua traduzione inglese resa dalla Bundeskartellamt, si veda il suo sito: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/BGH-KVR-69-19.html?sessionid=B67E0ED4B26FD51094BE01130FC468.1_cid362?nn=4136442.

³⁷ *Zuckerberg Plans to Integrate WhatsApp, Instagram and Facebook Messenger*, in NYT, 26 January 2019, <https://www.nytimes.com/2019/01/25/technology/facebook-instagram-whatsapp-messenger.html>.

³⁸ In breve l'Autorità ha contestato ad Amazon – Provvedimento del 30 novembre 2021, A528, in <https://www.agcm.it/media/comunicati-stampa/2021/12/A528-chiusura> – che detiene una posizione dominante sul mercato dell'intermediazione, di aver favorito le proprie divisioni di logistica a danno dei venditori terzi sulla medesima piattaforma, in quanto ha accordato ai primi servizi aggiuntivi, tipo Prime, negati invece ai concorrenti, impedendo loro di proporsi come fornitori di servizi di qualità paragonabile a quella della logistica di Amazon.

trust³⁹. Si tratta di un'infelice scelta ermeneutica, che pone la *lex mercatoria* fuori dal tempo, la veste con una camicia di forza, che si rivela incapace di cogliere le reali condotte lesive del mercato, dunque lasciate prive di regolazione.

Un tentativo di adeguare la L. 287/90 alla dimensione virtuale dei mercati è in atto con il d.d.l. sulla concorrenza al 2021⁴⁰. Il suo articolo 29 prevede una figura di abuso relativo di dipendenza economica, quando il titolare di una piattaforma esercita sui suoi clienti *business* un *superior bargaining power*, ponendoli in una condizione di sudditanza a sé. Si pensi ad Amazon o agli *app store*, ma anche ai motori di ricerca, dove la piattaforma, pur nella sua variabilità di funzioni, serve al cliente del mercato all'ingrosso per permettergli di veicolare i suoi servizi ai consumatori del mercato al dettaglio. La fattispecie nasce da un autorevole precedente tedesco, che nella sua legge annuale antitrust⁴¹ ha introdotto questa figura speciale di abuso. La sua specialità risiede nel fatto che lo sfruttamento della dominanza, manifestatosi con l'imporre clausole vessatorie al solo cliente *business*, non investe l'intero mercato, ma è circoscritta a uno specifico rapporto negoziale. La novità italiana è il ragionare per valutazioni legali tipiche, che, procedendo per schemi astratti, portano a ritenere sussistente l'asimmetria contrattuale in chi possieda una piattaforma per il semplice fatto di disporre di essa e in virtù del suo ruolo "determinante", lasciando che la prova contraria, quasi diabolica, sia a carico del presunto *incumbent*⁴². Costui, infatti, dovrà dimostrare che il suo cliente *business* non versi in una situazione di sudditanza economica nei suoi confronti, perché in ogni momento si potrebbe sganciare trovando fornitori dell'accesso a condizioni migliori. Questa possibilità di migrare altrove secondo gli economisti presupporrebbe che il dominante disponga dei libri contabili altrui, perché deve poter provare che i costi sostenuti dal cliente siano recuperabili quando si sposta su un'altra piattaforma⁴³. Dunque, una prova di fatto impraticabile, che traduce la presunzione in

³⁹ Interessante, anche se non condivisibile, la diversa lettura suggerita da E. Cremona, *L'erompere dei poteri privati nei mercati digitali e le incertezze della regolazione antitrust*, in *OSF*, 2, 2021, in <https://www.osservatoriosullefonti.it/mobile-saggi/speciali/speciale-autorita-amministrative-indipendenti-e-regolazione-delle-decisioni-algoritmiche-2-2021/1659-l-erompere-dei-poteri-privati-nei-mercato-digitali-e-le-incertezze-della-regolazione-antitrust>.

⁴⁰ Leg. XVIII, A.S. 2469 (Disegno di legge, recante "Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021"), in <https://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/Ddliter/54618.htm>.

⁴¹ Legge annuale sulla concorrenza tedesca *Getsetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, GWB, in *021 Law of 06/24/2021 (Federal Gazette I, p. 1858)*, in part. si veda l'art. 12, rubricato nella versione inglese «*Prohibited conduct by companies with relative or superior market power*».

⁴² In merito si legga l'audizione del prof. Colangelo, 12 gennaio 20021, seduta n. 202, presso la 10^a Commissione del Senato della Repubblica, in https://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/Ddliter/documenti/54618_documenti.htm.

⁴³ In questo senso si leggano le puntuali critiche al disegno di legge formulate dall'Antitrust, *Segnalazione ai sensi degli artt. 21 e 22 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, in merito alla proposta di riforma concorrenziale ai fini della Legge Annuale per il Mercato e la Concorrenza anno 2021*, in <https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/S4143%20-%20LEGGE%20ANNUALE%20CONCORRENZA.pdf>.

assoluta, assegnando al dominante la patente di cattivo imprenditore in ogni caso. A quanto detto si aggiunga che la norma non distingue le piattaforme per la tipologia di prestazione fornita, accomunando irragionevolmente tutti i titolari, a prescindere dall'effettivo potere contrattuale concretamente esercitato. Quindi, l'art. 29 si chiude con una casistica di obblighi comportamentali asimmetrici al fine di riequilibrare le sorti negoziali inizialmente sbilanciate a favore del dominante; ma tali obblighi sono poco adattabili alla varietà delle posizioni nate giorno dopo giorno col mutare dell'economia digitale. Sarebbe stato preferibile che questa novella avesse seguito il sano pragmatismo tedesco, che non ha imposto presunzioni, lasciando al *case by case* l'accertamento dell'effettivo squilibrio. Questo modo di procedere è essenziale, se si considera che qui si impongono misure *ex ante* per equiordinare, senza accertare prima l'insufficienza dei rimedi antitrust a dinamizzare il mercato. La prova è offerta dalla linea normativa pregressa: infatti, il legislatore in passato non si era sottratto a questo compito nel ricorrere alla disciplina asimmetrica con i ripetuti pacchetti di Direttive T.L.C.⁴⁴

Per queste ragioni l'intervento innovativo del nostro decisore politico, se rimasse così come è, assomiglia al percorso di un funambolo, che si muove su quel filo incerto tra il rimanere in equilibrio e il cadere giù: usiamo questa immagine forte perché vogliamo sottolineare che il d.d.l. in esame, per come ha scritto l'art. 29, potrebbe contribuire all'incertezza dei traffici economici per le espressioni (quantitative e qualitative) indeterminate nel disegnare la neo fattispecie di abuso vietato, ma anche per aver invertito la traiettoria del diritto della concorrenza: la flessibilità delle sue previsioni da accertarsi caso per caso, e qui convertita in una valutazione legale tipica, che di fatto diventa una presunzione assoluta di dominanza per le riflessioni prima esposte. Del resto lo stesso legislatore tedesco, che in altre occasioni aveva ceduto al fascino degli automatismi, quando ha avallato la teoria della causalità normativa, qui si è attenuto con rigore all'accertamento dei fatti per come sono, evitando di attribuire a questi un significato suggerito da indici presuntivi, tutt'altro che univoci.

Infine, se dovesse passare il nuovo abuso senza correzioni, si assisterebbe a un inasprimento del diritto antitrust nazionale rispetto a quello europeo, che ha già in cantiere con il D.M.A.⁴⁵ una disciplina asimmetrica simile ed applicabile ai gestori delle piattaforme, ma costruita con minor severità e maggiore aderenza ai fatti. Ne conseguirebbe un contrasto tra discipline, quella europea più mite contro i ri-

⁴⁴ Per un'impostazione ragionata e comparativa tra la disciplina asimmetrica (in particolare, nei mercati TLC) e quella antitrust ci sia consentito il rinvio a: G. De Minico, *Codice delle comunicazioni elettroniche*, in P. Costanzo, G. De Minico, R. Zaccaria (a cura di), *I 'tre codici' della società dell'informazione*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 169 ss.

⁴⁵ Commissione Europea, Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (legge sui mercati digitali), COM(2020) 842 final, in <https://eurlex.europa.eu/legal-content/it/TXT/?qid=1608116887159&uri=COM%3A2020%3A842%3A-FIN>. D'ora in avanti: D.M.A.

gori di quella interna, che non potrebbe risolversi con la prevalenza della nostra, approfittando della clausola del D.M.A., che fa salve discipline diverse degli Stati membri, perché questa clausola di salvezza a favore della giurisdizione domestica trova un limite invalicabile nell'armonizzazione dei mercati. Se dovesse applicarsi il futuro art. 29, il nostro mercato per la pesantezza della disciplina sarebbe disarmonico rispetto alle altre piazze europee, e se gli venisse accordata questa autonomia regolatoria, la stessa si tradurrebbe in uno svantaggio competitivo per i nostri imprenditori, gravati da oneri maggiori di quelli riservati ai tedeschi. Questa è la ragione per cui questo dissidio di discipline andrebbe evitato, fin quando si è in tempo, salvo risolverlo *ex post* nelle opportune sedi giudiziarie con la priorità di quella europea.

Dunque, riconfermiamo il nostro favore alle novità del diritto positivo antitrust, a condizioni di tenerle lontane dalle valutazioni legali tipiche, e confermiamo altresì l'idea che il criterio ermeneutico tecnologicamente orientato sia il rimedio semplice per lasciarci alle spalle l'interpretazione *price based* e accarezzarne una *privacy based*, preferibile alla prima perché *well tailored* alle dinamiche dell'economia digitale.

6. Le sanzioni oltre le competenze: tra *privacy* e *competition*

La descritta commistione tra *privacy* e *competition*, i cui valori rimangono distinti in identità, bisogni sottostanti e autorità preposte alla loro cura, non è il risultato di un errore valutativo, ma la conseguenza di una diversa concezione del diritto, che dall'insofferenza della bipartizione classica pubblico/privato ha maturato l'intolleranza alla divisione del lavoro in ragione dei beni da proteggere, mercato e *privacy*. I piani, un tempo separati, si sono mescolati; gli interessi, inizialmente lontani e aggredibili da condotte distinte, sono oggi esposti a lesioni progressive e pertanto sono diventati tutelabili l'uno a seguito dell'altro; e le Autorità, che un tempo vivevano isolate, ciascuna nel suo recinto, sono invece chiamate a uno sforzo comunicativo. Si dovranno scambiare informazioni, disegnare *best practices*, parlare un linguaggio comune. Se l'intreccio delle discipline di settore significa che i requisiti di una fattispecie vietata possono diventare altresì gli elementi integrativi dell'altra condotta astrattamente proibita, le Autorità dovranno parlare lo stesso linguaggio giuridico, questo deve essere un patrimonio condiviso, perché solo così si eviteranno decisioni contrastanti. E al fine dell'armonizzazione del nuovo diritto contribuirà anche la proficua e continuativa "confusione" delle procedure.

Esempi di questa distanza tra l'essere e il dover essere sono stati dati nelle pagine precedenti in merito all'inedita struttura di una condotta in apparenza rispettosa del mercato, ma nella sostanza aggressiva della *privacy*, abbassandone il livello di protezione. Completiamo il quadro del diritto antitrust di nuova generazione riflettendo su come le sanzioni dovrebbero essere modulate sulla capacità plurioffensiva dell'illecito.

L'intreccio privacy/competizione, cioè la lesione del primo valore come sintomo dell'abuso di potere dominante, rende le misure tipiche antitrust *unreasonable* per due ragioni.

In primo luogo la tempestività, attributo dei processi economici in rete, richiede che le misure intervengano quanto prima, mentre attendere i lunghi tempi di un'istruttoria diretta ad accertare l'illecito compromette irreversibilmente i beni della concorrenza e della privacy. Da qui il ragionevole *favor* del legislatore europeo verso gli strumenti negoziali più rapidi a definirsi; almeno questa sarebbe l'aspettativa a fronte di un impegno il cui scopo è evitare l'accertamento definitivo dell'illecito con atto autoritativo. Accanto al fattore tempo un'altra considerazione li rende un buon rimedio per l'economia *data driven*⁴⁶; e qui la nostra attenzione si rivolge al secondo dei beni in campo, la privacy, che, se lesa, subisce un'aggressione senza ritorno. Pertanto, il classico ordine di cessare la condotta lesiva o il suo *desistat*, atti tipici di contrasto delle intese e degli abusi, non consentirebbero alla privacy di riacquistare la sua consistenza *ante delictum*, in quanto i dati, anche se restituiti ai rispettivi titolari, rimarrebbero violati per il semplice fatto di essere usciti dalla loro sfera giuridica. L'impossibilità di *turn the clock back* accorda un incontestabile vantaggio agli impegni rispetto alle sanzioni autoritative (artt. 101 e 102 T.F.U.E.).

Ora il terreno è pronto ad accogliere l'art. 9 del Regolamento CE 1/2003⁴⁷, in origine limitato agli impegni che regolano i traffici materiali, la cui estensione ai commerci *on line* non incontra ragioni ostative. Piuttosto chiediamoci quale dovrà essere il contenuto prescrittivo dell'atto e quale il parametro valutativo della Commissione nel decidere se approvarlo o meno.

Solo poche parole per ricordare contenuto e finalità di un impegno⁴⁸. Questo è una proposta di parte diretta a restituire l'efficienza competitiva al mercato al fine di evitare l'accertamento autoritativo del presunto illecito antitrust con quanto ne segue.

Pertanto, l'imprenditore dovrà offrire comportamenti capaci di sanare i due tipi abuso, prima esaminati: quello di sfruttamento e di esclusione. Precisamente, a fronte del primo, il rimedio consisterà nel rendere disponibili ai consumatori adeguati spazi per l'esercizio delle facoltà connesse alla loro privacy, violata dall'abuso.

Non sarebbe né possibile, né utile tipizzare in elenchi esaustivi la tipologia degli

⁴⁶ M. Botta, K. Wiedemann, *Eu competition law enforcement vis-à-vis exploitative conducts in the data economy exploring the Terra incognita*, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 18-08, 2018, pp. 1-89.

⁴⁷ Regolamento CE b. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003R0001&from=IT>.

⁴⁸ N. Dunne, *Commitment decisions in Eu competition law*, in *J. Competition Law Econ.*, 10, 2, 2014, pp. 399 ss.

impegni in esame, in quanto il loro contenuto va modellato in vista della funzione: restituire al mercato, non necessariamente il medesimo *status quo ante*, bensì l'efficienza competitiva alterata dall'abuso. Ciò che conta è che il parametro valutativo dei costi e benefici, al quale la misura deve obbedire, rispetti la specificità dettata dal nuovo terreno di gioco. Ciò esclude ogni automatismo nel trasportare gli istituti dalla sede di origine a quella nuova, necessitando di adattamenti per il mutato contesto. Così il contenuto dell'impegno dovrà tener conto almeno di due circostanze: il tipo di lesione inferta alla privacy e la dimensione collettiva del diritto, stante la sua riferibilità non più al singolo, ma a diffuse collettività di utenti.

La parte che seguirà di questo studio esamina casi accaduti o solo figurati, perché è l'approccio pragmatico della ricerca a richiederlo, in modo da offrire un modello prescrittivo capace di incontrare le preoccupazioni di privacy dei consumatori unitamente a quelle competitive.

4) Quanto al tipo di lesione rispetto all'abuso da sfruttamento, si ipotizzi il caso di un'informativa così oscura per il consumatore da escludere la consapevolezza del suo consenso perché egli non ha inteso quali dati ha ceduto e a quali fini. Se questa asimmetria informativa dovesse integrare un'ipotesi di condotta *unfair*, perché l'abusante si è permesso un prospetto informativo inintelligibile, forte del fatto che i suoi clienti non si sarebbero rivolti a un altro *competitor* in assenza di migliori condizioni altrove e per il vincolo del *lock-in*, anche il *commitment* dovrà fare i conti con tale opacità per porvi rimedio. Farebbe al caso nostro una proposta di obbligo di *disclosure* comprensibile in modo da restituire al consenso la dignità di atto volitivo libero e preso con cognizione di causa, considerato che l'intera disciplina europea ha rafforzato proprio questi requisiti, pur con qualche contraddizione.

Un'altra modalità di condotta abusiva si potrebbe risolvere nella lesione del diritto al libero consenso perché il consumatore, benché informato del peggioramento della *policy* di privacy, è rimasto fedele al fornitore originario del servizio digitale per omogeneità delle condizioni contrattuali. Quando la concorrenza non è basata sulla privacy, la persona perde ogni potere effettivo di contrattare e di reagire al degradamento, con la conseguenza che per lui il contratto digitale è un "*take or leave*". Se invece si ipotizzasse la concreta operatività del diritto al trasporto dei propri dati verso un'altra piattaforma *on line*, il clima sarebbe diverso perché i concorrenti assumerebbero la privacy come elemento di differenziazione della prestazione gareggiando per offrire i migliori standard di privacy. Noi stiamo suggerendo un rimedio modellato sul paradigma dell'art. 20 del Regolamento UE 2016/679, pur non richiedendone i relativi presupposti, perché in questa ipotesi il trasporto sarebbe la soluzione per rimediare a un illecito a doppia valenza. Si avvierebbe un moto virtuoso: il consenso ritornerebbe a essere libero, si spezzerebbe il monopolio degli *Over the Top*⁴⁹. sui dati, contestati nella dominanza dai

⁴⁹ D'ora in avanti: O.T.T.

nuovi entranti, e quest'ultimi spingerebbero la *privacy to the top* per contendere clienti ai primi.

B) La seconda circostanza è connessa all'estensione a fisarmonica del diritto alla *privacy*, modulabile in ragione dell'età e dell'appartenenza del suo titolare a certe categorie socio-economiche. Recuperare questo modo di essere della *privacy* consentirà che gli impegni si articolino anche in misure *privacy-tune*, cioè capaci di dilatarsi o restringersi a seconda di come il titolare voglia regolare il volume di tutela della sua riservatezza. Pertanto, se l'abuso ha danneggiato utenti poco propensi per ragioni economiche a difendere la *privacy*, perché più inclini a barattarla contro la gratuità della prestazione *on line*, il *commitment* potrà attenuare la misura di protezione, stante il fiavole interesse dei suoi titolari, lasciando eventualmente più o meno inalterato il volume dei dati acquisiti dall'abusante. A opposta soluzione si perverrà se i danneggiati non vogliono cedere la *privacy* contro l'onerosità della prestazione, in tal caso si dovrà riconoscere la piena protezione del loro diritto con la conseguenza che il *commitment* dovrà prevedere la cessione dei dati al minimo indispensabile, vista la disponibilità dei titolari a pagare il servizio per mantenere integra la sfera personale.

Quanto detto pone un problema rilevante: le facoltà inerenti a un diritto fondamentale presentano uno *ius variandi* che dipende dalla capacità economica e di spesa del suo *dominus*. Ci rendiamo conto che il concetto di una *privacy* censitaria stride con i principi di democrazia, che nella sua accezione minima significa uguaglianza dei cittadini nella titolarità dei diritti dinanzi alla legge. Ma in questo caso non è negata l'equiordinazione nell'astratta titolarità del diritto, mantenuta uguale in capo a ciascuno, bensì è il suo concreto esercizio che viene modulato dalla volontà del titolare, che potrebbe dare precedenza a un bene diverso dalla sua sfera intima, ad esempio, alla piena gratuità della prestazione digitale.

Dagli esempi prima ricordati è emerso un contenuto dell'impegno definibile *case by case*, cioè in ragione della tipologia della lesione; questa è una caratteristica ricorrente nei provvedimenti impartiti d'imperio, ma assiste anche gli atti a genesi negoziale in quanto il fine comune è restituire al mercato rispettivamente la medesima o una diversa efficienza competitiva, il che richiede la *reasonableness* dell'atto, cioè il suo essere non preconfezionato, bensì tagliato su misura alle concrete condizioni di mercato e sensibile col variare del tempo. Se allora consideriamo l'ipotesi in cui l'abusante abbia già ceduto i dati a terzi, qui un ritorno dei dati ai legittimi proprietari si rivelerà impraticabile, mentre il riferimento alla disciplina *privacy* potrà ancora una volta venire in nostro soccorso per definire il rimedio più adeguato. Si pensi allora a un contenuto che riconosca ai titolari la facoltà di esercitare i diritti, inizialmente azionabili verso l'originario detentore dei dati, anche nei confronti dei suoi aventi causa: così la rettifica, il controllo sulla sicurezza delle banche, la cancellazione dei dati o altre forme di tutela previste nel Regolamento UE 2016/689 sarebbero opponibili ai nuovi utilizzatori dei dati.

Consideriamo ora la seconda figura di abuso, quello di sfruttamento che dan-

neggia i terzi concorrenti, costringendoli a uscire dal mercato o impedendovi di entrare⁵⁰. Esemplificativa è la condotta di quella impresa che ha emarginato i *competitors* dall'accedere ai dati comportandosi come se fosse la padrona incontrastata di questa massa informativa crescente nel tempo. Qui la condotta rimediabile deve necessariamente prevedere la condivisione dell'*asset*, la sola misura idonea a rimuovere la barriera tecnologica all'entrata, pur consapevole delle obiezioni che essa incontra perché disincentiverebbe gli investimenti e per la difficoltà di valutare l'*asset* e di distinguere tra la massa dei dati quali mettere in comunione e quali no⁵¹. Nel contenuto dello *sharing* aziendale si consuma il passaggio dal rimedio comportamentale, indicato prima, a quello strutturale della spartizione o co-uso dell'*asset*. Esso si rivela in linea con il Regolamento CE 1/2003 (art. 7), che lo aveva contemplato e disciplinato a prescindere da se la condivisione fosse imposta *ab initio* d'imperio o autoproposta dall'impresa e solo validata dalla Commissione. Quello che conta ai fini della legittimità dell'impegno è che la misura strutturale sia l'estrema *ratio* alla quale pervenire solo quando l'esame di ogni altra misura comportamentale risulti inefficace o più costosa, vista la maggiore intrusività di questo rimedio sull'autonomia aziendale rispetto a una misura comportamentale.

In questo caso ritroviamo gli estremi di un ragionamento svolto rispetto agli operatori di telecomunicazioni, *ex incumbent*, proprietari della rete ma anche fornitori dei servizi agli utenti finali. Il loro innato conflitto di interessi verso gli altri operatori privi di rete può comportare – a certe condizioni e in via residuale – che la rete sia a loro distratta per essere assegnata a un polo terzo, gestore neutrale. Questi tratterà in modo uguale le domande di accesso all'infrastruttura, non avendo nessun interesse nei traffici a valle; mentre l'ex proprietario della rete potrà in modo *fair* dedicarsi alla fornitura del servizio ai clienti finali.

Questa ipotesi comparativa, che nella sua forma estrema conduce allo *split* della rete, mentre in quella intermedia alla sua separazione strutturale – con la conservazione della rete nelle mani del suo proprietario ordinario nonché gestore del servizio di Telco⁵² –, presenta una differenza significativa dal caso dello *sharing* dei dati tra le imprese *data driven*. Nel caso in esame i dati non sono mai stati dell'O.T.T., che li ha sì raccolti, aggregati e poi monetizzati per trarre profitti, ma non può vantare su di essi alcun titolo dominicale, che invece spetta alla collettività indifferenziata degli utenti per aver contribuito alla sua formazione. Ne consegue che la Commissione nel disporre la separazione dei dati dall'O.T.T. dovrà usare meno cautela di quella richiesta se ordinasse la separazione della rete fissa di

⁵⁰ V. Kathuria, J. Globocnik, *Exclusionary Conduct in Data-Driven Markets: Limitations of Data Sharing Remedy*, Max Planck Institute for Innovation and Competition Research, Paper No. 19-04.

⁵¹ M. Botta, K. Wiedemann, *Eu competition law enforcement vis-à-vis exploitative conducts in the data economy*, cit., *passim*.

⁵² Volendo, si veda: G. De Minico, *Tecnica e diritti sociali nella regulation della banda larga*, in G. De Minico (a cura di), *Dalla tecnologia ai diritti*, Napoli, Jovene, 2010, pp. 3 ss.

una Telco. Anzi in punto di diritto non riteniamo sia corretto parlare di separazione proprietaria, perché ci si separa solo da quello che già ci appartiene, e questo non è il caso degli O.T.T., meri detentori dei dati nell'interesse di noi utenti; sembra essere invece più corretto parlare di restituzione per indebita acquisizione. Pertanto, l'impegno dovrà disporre la libera fruibilità dell'*asset*-dati a qualunque operatore lo richieda; in tal modo si creerebbe quella circolarità diffusa dei dati utile a due obiettivi: incrementare la contendibilità dei mercati, nati come orti interclusi per l'esistenza di barriere tecnologiche all'ingresso (le masse di dati), e accrescere la democraticità del sistema economico, premessa alla democraticità dei processi politici.

Sembra evidente che qui si è definito il contenuto di un atto tipico della *lex mercatoria* prendendo a prestito il paradigma della *privacy*. Infatti, abbiamo tratto spunti dal Regolamento UE 2016/679 per definire un contenuto non tipizzabile a priori. Bisogna però stare attenti a non commettere l'errore opposto a quello della Commissione, ostinata a dichiararsi incompetente nelle implicazioni delle violazioni antitrust sulla *privacy*, e cioè ritenere che ogni rimedio *privacy based* sia adatto *ipso iure* anche a riparare un'aggressione al mercato. Piuttosto sarà opportuno procedere *case by case*, senza valutazione legali tipiche o astratte presunzioni in modo da verificare se un certo rimedio diretto a proteggere la *privacy* sia anche idoneo a riparare il mercato aggredito. Nella *data economy* mentre un rimedio *privacy based* non soddisfa comunque le preoccupazioni della *competition*, invece una lesione della *privacy* è spesso sintomo anche di una violazione della legge del mercato, salvo accertare la ricorrenza degli altri elementi costitutivi dell'illecito antitrust.

Questa commistione tra *privacy* e *competition* – i cui beni rimangono distinti da un punto di vista ontologico, dei bisogni sottostanti, e quindi delle autorità competenti a proteggerli – non costituisce un errore valutativo, ma la naturale conseguenza di un diverso modo di intendere il diritto, non più ripartibile nella bipartizione classica pubblico/privato, né separabile in ragione dei beni da proteggere, mercato da *privacy*. I piani, un tempo separati, si sono ora mescolati; i beni, prima lontani e aggredibili da distinte condotte, sono esposti a lesioni progressive o sono tutelabili l'uno come conseguenza dell'altro; e le Autorità, un tempo incommunicabili, sono chiamate a parlare perché questo intreccio del diritto sostanziale impone un intreccio di poteri con proficua “confusione” di procedure.

Dinanzi a un illecito che è una duplice violazione, della concorrenza e della *privacy*, anche il suo ritorno alla legalità dovrà riparare entrambi i beni aggrediti; diversamente, ancora un lato dell'illecito rimarrebbe privo di compensazione.

La lettura qui proposta supera le rigide distinzioni, perché prende atto che le categorie concettuali del diritto non sono più secondo la rappresentazione che di esse il diritto continua a dare in quanto i B.D. hanno avviato un processo *destruens*, demolendo i vecchi schemi. Ora allo studioso spetterà l'azione *construens* di nuovi paradigmi, modellabili sulla realtà quale è, non come il giurista vorrebbe che fosse.

7. Verso un nuovo rapporto tra le Autorità indipendenti

Vediamo le nuove modalità di dialogo tra le Autorità di settore, un tempo abituate a parlare un linguaggio solitario. Il nuovo diritto antitrust chiede al legislatore di ridefinire le procedure secondo un modello che favorisca la condivisione del lavoro tra i soggetti coinvolti, salvo capire quale di questi dirà la parola ultima e definitiva, e quale invece avrà il ruolo dell'autorevole consigliere, dal cui parere è sempre possibile discostarsi, motivando il proprio dissenso. E in questo ragionare su coordinate future possiamo anticipare con prognosi *ex ante* che rispetto agli illeciti che ledono anche i dati personali la competenza primaria debba rimanere in capo all'A.G.C.M.; mentre il Garante privacy andrebbe debitamente e tempestivamente consultato per accertare se vi sia stata una lesione alla privacy e di che entità. Questa accorta divisione del lavoro nella diversità dei titoli lascerebbe immutata la capacità valutativa dell'A.G.C.M. quanto alle fattispecie, intesa, abuso e concentrazione, ma la stessa non sarebbe lasciata sola quando si sposta a valutare entità e significatività dell'aggressione alla privacy per evitare il rischio di dannosi automatismi, pericolo sempre possibile se la fattispecie si compone di condotte appartenenti a discipline diverse del diritto. La nostra impostazione ha il pregio di tenere insieme un modello di illecito antitrust tecnologicamente orientato con l'omaggio ragionevole a una separazione dei poteri, ormai divenuta ordinata confusione delle attribuzioni piuttosto che rigida incomunicabilità delle competenze.

Non basta affermare che la Commissione sia tenuta a considerare le *privacy concerns* ai fini del compimento dell'illecito antitrust, occorre anche radicare in una precisa norma di diritto questo suo dovere, per poi provare a capire se esso sia in qualche modo esigibile, altrimenti sarebbe inutile averglielo imposto. Ebbene, riteniamo che l'obbligo in esame sia deducibile anche da discipline diverse da quelle speciali della privacy e della concorrenza, basterebbe spostare la riflessione su una sua possibile derivazione dall'articolo 8 della Carta dei Diritti, fonte europea prevalente su quelle settoriali prima citate, stante la forza primaria della Carta dovuta al suo recepimento nei Trattati. A questa prima considerazione possiamo aggiungere altre, che concorrono a fondare il nuovo obbligo della Commissione. Si pensi all'efficacia vincolante della Carta, titolo costitutivo *ex se* di nuovi diritti e doveri, tra questi sicuramente sarebbe annoverabile l'obbligo per la Commissione di considerare anche le violazioni della privacy, senza che occorra nessun atto di intermediazione legislativa, né interno e né sovranazionale, per rendere prescrittivo detto obbligo. L'efficacia diretta delle disposizioni della Carta, non solo verso i cittadini, ma in primo luogo verso i soggetti istituzionali, restituisce un ruolo primario alla Commissione come soggetto tenuto all'adempimento del dovere in questione. L'ultima considerazione la spendiamo sul terreno della tutela in giudizio del nuovo obbligo, cui corrisponderà un nuovo diritto. Partiamo da un fatto: l'accesso diretto dei cittadini in Corte di Giustizia è divenuto un'eccezione data la stringatezza dei requisiti di legittimazione; ne consegue che per rendere giustizia a

una libertà fondamentale, non è la via giudiziaria quella da percorrere. Quanto detto fa dell'obbligo della Commissione di attivarsi *ex officio* il rimedio effettivo per difendere un diritto, la privacy, altrimenti violato impunemente.

A voler sviluppare fino in fondo questa impostazione non sarebbe irragionevole sostenere l'illegittimità di una delibera della Commissione di non luogo a procedere, nonostante la lesione della privacy, come di una delibera impositiva di rimedi non tagliati anche sulla privacy. In particolare, le due delibere sarebbero illegittime per violazione della norma primaria, l'art. 8 della Carta, che compone il nocciolo duro dell'antigiuridicità della delibera della Commissione da esso difforme⁵³.

Contrariamente al pensiero dominante, non condividiamo le ragioni che giustificerebbero la creazione di un'A.I. per la rete, senza considerare che il legislatore europeo ha già accolto in parte tale proposta nel prevedere l'*European Artificial Intelligence Board*⁵⁴, impiegabile limitatamente all'Intelligenza artificiale in Internet.

La nostra contrarietà si spiega perché le due Autorità di settore, Antitrust e Privacy – e lo stesso si può dire delle corrispondenti a livello europeo – già basterebbero allo scopo. Il problema non sta infatti nel vuoto istituzionale, se così fosse, sarebbe sufficiente creare un'autorità *ad hoc* per colmarlo, bensì nel mancato coordinamento tra i soggetti esistenti; coordinamento da articolarsi secondo le modalità prima indicate: procedure monosoggettive passibili di evolversi in *iter* complessi a potestà diseguali. Inoltre, aver previsto un *Board*, tenuto a monitorare *ex ante* ed *ex post* gli algoritmi ad alto rischio, crea problemi di non poco conto in termini di effetti della sua azione sulle Autorità europee e su quelle nazionali, *issues* delicate, ma lasciate senza definizione dal legislatore europeo.

È ragionevole chiedersi se il *Board* possa richiamare l'attenzione delle Autorità nazionali su particolari situazioni di rischio e, in tal caso, quali potranno essere le reazioni delle Autorità a tali segnalazioni. Si dovranno attenere o potranno discostarsi dal suggerimento; o cosa altro ancora? Mentre sul piano sovranazionale, non riusciamo a immaginare che tipo di rapporto potrebbe crearsi tra il *Board* e le preesistenti Autorità europee di settore: del tipo dell'equiordinazione con competenze separate oppure con attribuzioni coordinate? Ma non si potrebbe apriori escludere l'ipotesi di una sovraordinazione del *Board* alle Autorità settoriali per ragioni di specialità. Tutti questi profili, lasciati al momento in ombra dal corposo regolamento, chiederanno che sia il *Board* a risolverli, appena inizierà la sua attività di consulenza alla Commissione, pur mancando del titolo necessario per farlo.

E forse tornerebbe utile rileggere il parere della BCE, che aveva intravisto gli in-

⁵³ O. Lynskey, *A brave new world. The potential intersectional of competition law and data protection regulation*, in <https://chillingcompetition.com/2014/04/21/>, poi ripreso con approfondimenti in *The foundation of Eu data protection law*, OUP, Oxford, 2015, in part. cap. 4.

⁵⁴ Commissione Europea, *Proposta di regolamento del parlamento europeo e del consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'unione*, COM(2021) 206 final, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:52021PC0206>, che dedica il Titolo VI, a partire dall'art. 56, a prevedere l'istituzione della neo Autorità, *status* e i compiti.

trecci competenziali irrisolti, e infatti aveva richiamato la Commissione all'osservanza della regola “*same risks, same rules*”⁵⁵, ma il parere è stato considerato come se non fosse stato dato, visto che il testo della Proposta di Regolamento è rimasto immutato.

Consideriamo, infine, che l'utilità del *Board* è attenuata dalla riduzione numerica, imposta dal legislatore europeo, delle fattispecie vietate di algoritmi, elencanti in una lista tassativa, lì dove sarebbe stata preferibile un'esemplificazione secondo una casistica aperta e integrabile all'occorrenza. La tipizzazione, per quanto completa possa essere, lascerà sempre fuori quelle condotte algoritmiche, potenzialmente lesive, ma inimmaginabili al momento in cui si scriveva la lista, coprendole con l'immunità giuridica. In questa ottica si spiega l'art. 5 lett. a) della Proposta di Regolamento europeo che vieta solo gli algoritmi illeciti *ictu oculi*, perché approfittano della debolezza dell'utente o perché si avvalgono di tecniche subliminali che inducono il manipolato a far quanto altrimenti non farebbe. Se la Proposta di Regolamento non venisse integrata nella sua *black list*, si creerebbe una nuova Autorità al limitato scopo di controllare le sole Intelligenze ad alto rischio, lasciando fuori dal suo raggio d'azione situazioni di confine tra il lecito e illecito, consistenti in flussi informativi orientati da algoritmi fraudolenti o discriminatori. Tali sono le finzioni algoritmiche che si consumano in occasione delle campagne pubblicitarie elettorali o l'informazione unilaterale e rassicurante delle *filter bubble*, situazioni a rischio *in re ipsa*, e non prive di rischio, come invece le tratta la proposta ignorandole, perché capaci di causare danni irreparabili alla dinamica della democrazia europea.

8. Le *liaisons dangereuses*: informazione e competizione nell'immobilismo legislativo

Qualche considerazione che accomuna informazione e concorrenza nei mercati digitali, dove si assiste a una contraddizione in termini tra le due entità a confronto. L'informazione dovrebbe assicurare l'eterogeneità delle fonti e il pluralismo dei loro contenuti grazie in primo luogo alla *net neutrality*, cioè al divieto di degradare il contenuto di un *provider* a vantaggio di quello di un altro per consentire al cittadino di scegliere la prestazione a lui più gradita per contenuto, non in ragione della tecnica ricettiva. Di fatto questo pluralismo è esposto a ripetute e abituali aggressioni, soprattutto nella sua forma sensibile del consenso politico, la cui violazione danneggia il processo democratico. L'elettore avrebbe diritto di ricevere un'informazione equiordinata, oggettiva e plurale delle proposte politiche in cam-

⁵⁵ Parere della Banca Centrale Europea del 29 dicembre 2021 relativo a una proposta di regolamento che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (CON/2021/40), in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:52021AB0040>.

po. In termini più generali e rimanendo nel campo della libertà di manifestazione del pensiero, è utile riprendere l'esempio delle *comfort zone*, cioè di quegli ambienti fintamente conformi al nostro modo di pensare, costruiti per illuderci che quanto è racchiuso nella bolla di sapone corrisponda fedelmente alla realtà circostante. Il rischio che si corre è di assomigliare a noi stessi, di piacerci senza note di dissenso, solo per la paura di conoscere il diverso, ma questa finta omogeneità della verità è una non evoluzione, è la negazione della crescita perché la benzina del motore della democrazia è la confusione delle idee, qui soffocata sul nascere.

Quanto detto si completa nell'irragionevolezza delle norme, che consentono agli intermediari di organizzare, ordinare e gerarchizzare i contenuti secondo i gusti dell'utente profilato, purché sia rispettato l'obbligo di trasparenza. Questa condizione si intende assoluta, se l'utente verrà informato in anticipo dell'arrivo di un flusso notiziale allineato alla logica dell'algoritmo, intenzionalmente coincidente con le sue aspettative⁵⁶. In questo contesto, la filosofia della *disclosure* è insufficiente perché offre una tutela minimale e frustrante: si limita a rendere il consumatore consapevole della subita manipolazione o della frode ideologica che lo attende. Davvero una magra consolazione per una normativa che voleva essere umano centrica.

A livello europeo il D.M.A.⁵⁷ e la Proposta di Regolamento sulla Intelligenza artificiale⁵⁸ favoriscono l'omologazione del pensiero contro il *market place of ideas*, quando si accontentano di chiedere agli intermediari dell'informazione – i *gatekeeper* delle piattaforme, FB *et alii* – di dichiarare che una certa operazione di appiattimento del pluralismo culturale sia in atto e che sia dovuta alla mente meccanica, operazione addolcita dalla assicurazione che tutto accadrà secondo diritto. Ma a quale diritto fanno riferimento gli atti citati? A quello dei Trattati che invece chiedono la competizione tra le fonti? Alla Carta dei diritti che pone come presupposto del diritto a essere informati la consapevolezza del consenso? Alle Corti Supreme nazionali che assumono la genuinità del volere come condizione di effettività del libero voto? La presunta conformità è misurata su un parametro che non si compone delle tradizioni costituzionali comuni, perché se così fosse, il D.S.A. e la Proposta di Regolamento sarebbero passibili di un severo giudizio di illegittimità per lesione del *framework* comunitario, consegnato nelle fonti primarie.

Quanto detto va completato con un'ultima considerazione. Se la disciplina sulle fonti di informazione *off line* si applicasse anche agli atti normativi atipici della re-

⁵⁶ Così la *Loi n. 2018-1202 du 22 Décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l'information*, che affida al C.S.A. il compito di vigilare sull'adempimento del dovere informativo, in <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000037847559>.

⁵⁷ Commissione Europea, *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (legge sui mercati digitali)*, cit.

⁵⁸ Commissione Europea, *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'unione*, cit.

te, per simmetria si dovrebbe prescrivere il divieto assoluto di ricorrere agli algoritmi mistificanti per scopi commerciali o *a fortiori* per fini di propaganda politica. Questa affermazione regge se si ragiona per analogia. Invero, le normative antitrust speciali in tema di audiovisivo assumono il superamento di un dato limite aritmetico come male in sé, ordinando pertanto di rientrare nel limite a prescindere dall'accertamento in concreto del cattivo uso del potere. Il pluralismo ideologico, realizzato dalla pluralità delle fonti informative, è il valore da difendere contro ogni sua riduzione, che invece ne rappresenta il rischio da evitare a tutti i costi. Questo ragionamento analogico sarebbe un esempio di corretto trasporto della disciplina degli atomi a quella dei bit, che piacerebbe al Giudice Stevens, e che comporterebbe nel caso in esame il divieto secco di impiegare algoritmi mistificanti per la propaganda politica o l'informazione in generale, conseguenza radicale, niente affatto condivisa dal D.S.A., almeno fino al momento in cui si scrive.

Spostiamoci ora in un altro ambito del diritto per ragionare intorno all'ossimoro che si consuma sul terreno antitrust, dove un'interpretazione tecnologicamente orientata e costituzionalmente aggiornata della *Lex mercatoria* potrebbe reprimere condotte abusive, che violino sia privacy che mercato. Invece, qui si rinuncia a tutelare i due valori e in nome di un'inutile, quanto anacronistica, separazione di confini, si continua a dare a ciascuno il suo, finendo per non difendere nessuno dei beni in gioco. Non viene protetto il mercato perché si lasciano i dominanti liberi di accaparrare dati e di accrescere il potere economico a discapito dei rivali, rimasti a guardare la pantomima competitiva. Non viene protetta la privacy, che non conosce sorte migliore di quella del mercato, visto che gli operatori gareggeranno nell'abbassarne il livello di protezione. Qui la sanzione dell'antitrust italiana e di quella europea è corale, neanche lo avessero concordato prima, anche se disposta con atti diversi e in tempi diversi: i trasgressori sono responsabili per non aver informato i consumatori che i contratti presentati come gratuiti erano invece onerosi; o sono responsabili per non aver mantenuto la promessa di rispettare la privacy, una volta conclusa la concentrazione.

Ebbene, questa inazione giuridica consolida le rendite di posizione, degrada i mercati digitali a una zona confortante per i soli concorrenti presenti, protegge le piazze con l'inaccessibilità ai rivali e, infine, strappa dalle mani dei consumatori le loro libertà fondamentali, pur definite inalienabili dal diritto costituzionale comune.

9.E il cerchio si potrebbe chiudere a condizione di...

Attratta la *lex mercatoria* al valore dell'uguaglianza sostanziale, cambiano sia l'interpretazione degli elementi costitutivi della disciplina antitrust che le modalità di tutela dei diritti fondamentali in rete.

Nello scenario che così si determina la regolazione antitrust si lascia alle spalle

l'archetipo della competizione al servizio esclusivo del libero mercato; come è nel modello di una *consumer based competition*, raggiungendo invece un ragionevole armistizio con la solidarietà sociale. Questa lettura orienta il governo dei B.D. in direzione dei diritti fondamentali.

Pertanto, i dati raccolti dalle imprese meritano di essere trattati come si farebbe con un bene *open access*. In altri termini, devono essere messi a disposizione anche delle imprese terze, che così potranno contendere agli *incumbent* la loro dominanza illecita perché fondata su un arricchimento indebito. Simmetricamente, le figure dell'illecito antitrust esigono una lettura sensibile alle preoccupazioni dettate da una nuova privacy e dagli altri diritti fondamentali insidiati. Del resto, già il diritto dei Trattati aveva vincolato la *lex mercatoria* alla coesione territoriale e allo sviluppo della persona, proteggendola dalle rivendicazioni dei neo protezionismi nazionali e dalla miope sete di lucro dei dominanti digitali.

Lasciare che la dinamica competitiva si esaurisca nella deriva egoistica, non gioverebbe neppure al libero mercato, perché nel lungo periodo non è sostenibile un equilibrio in cui il benessere di pochi si fonda sull'esclusione di molti. Inoltre, questa visione atomistica e asfittica dei processi economici, incapace di vedere che gli abusi del potere digitale ledono non solo l'iniziativa economica dei concorrenti, ma anche le libertà fondamentali dei cittadini, rischia di soffocare l'ambizione politica di un'Europa finalmente disponibile a difendere i diritti con priorità rispetto alle risorse. Una gerarchia di valori, imposta dal PNRR come mezzo indispensabile al compimento del processo democratico dell'Unione.

Se invece si accoglie una lettura del diritto antitrust tecnologicamente orientata, il mercato assolve al ruolo che gli è proprio: leva essenziale al servizio del bene comune, che in questo contesto storico-politico si connota per una cautela particolare volta ad accordare alle libertà fondamentali protezioni aggiuntive, rispetto a quelle riservate agli stessi diritti, quando sono esercitati *off line*. Questo *surplus* di tutela si consegue per il tramite della *lex mercatoria*; questo è il motivo per cui le due Autorità, antitrust e privacy, devono parlarsi prima di decidere il rimedio atto a compensare la lesione al mercato, che si è realizzata aggredendo la privacy. E mentre i piani del diritto positivo si confondono e le competenze delle Autorità si mescolano, sul terreno sostanziale le due categorie di diritti, economici e fondamentali, si avvicinano per comporre il patrimonio dell'individuo, che rimane uno nella sua dimensione plurale di uomo economico e di cittadino globale.

Se questa condizione si avverasse, potremmo contare non solo su consumatori avveduti di beni e servizi digitali, ma soprattutto su cittadini sensibili a rivendicare l'integrità dei propri diritti fondamentali anche sulle piazze virtuali.

Giovanna De Minico è Professoressa ordinaria di Diritto Costituzionale, Università degli Studi di Napoli 'Federico II'. Contatto: deminico@unina.it

LA PROPOSTA DI *ARTIFICIAL INTELLIGENCE ACT*: QUALI PROSPETTIVE PER L'AMMINISTRAZIONE DIGITALE?

CARLO COLAPIETRO

1. Introduzione

Il processo di digitalizzazione dell'Amministrazione è un lento cammino in corso da decenni. Le fasi di questa evoluzione si stanno susseguendo mediante la graduale trasformazione della “macchina dello Stato” in un vero e proprio “Stato delle macchine”¹. Come acutamente osservato in dottrina², dall'Amministrazione

¹ La letteratura in materia di impiego di algoritmi nell'attività amministrativa è vasta: cfr., *ex multis*, R. CAVALLO PERIN, D. U. GALETTA, *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Giappichelli, Torino, 2020; G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici: predeterminazione, analisi predittiva e nuove forme di intelligibilità*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019; A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 4, 2019, pp. 1149 ss.; ID., *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal*, 1/2019; D. U. GALETTA, J. C. CORVALÀN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *Federalismi.it*, 3/2019; L. VIOLA, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell'arte*, in *Federalismi.it*, 7/2018; M. CAVALLARO, G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, in *Federalismi.it*, 16/2019. Per quanto concerne i rapporti tra IA e protezione dei dati personali, cfr. F. PIZZETTI, *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Giappichelli, Torino, 2018; G. MOBILIO, *L'intelligenza artificiale e le regole giuridiche alla prova: il caso paradigmatico del GDPR*, in *Federalismi.it*, 16/2020, p. 266 ed F. LAVIO-LA, *Algoritmico, troppo algoritmico: decisioni amministrative automatizzate, protezione dei dati personali e tutela delle libertà dei cittadini alla luce della più recente giurisprudenza amministrativa*, in *BioLaw Journal*, 3/2020. Inoltre, per la letteratura internazionale concernente il tema, vedi C. COGLIANESE, D. LEHR, *Regulating by robot: administrative decision making in the machine-learning era*, in *The Georgetown law journal*, 2017; M. VEALE, I. BRASS, *Administration by Algorithm? Public Management meets Public Sector Machine Learning*, in K. YEUNG, M. LODGE, *Algorithmic Regulation*, Oxford University Press, 2019; J. B. AUBY, *Contrôle de la puissance publique et gouvernance par algorithme*, in D. U. GALETTA, J. ZILLER (Hrsg.) *Das öffentliche Recht vor den Herausforderungen der Informations- und Kommunikationstechnologien jenseits des Datenschutzes*, Nomos, Baden - Baden, 2018; W. FRÖHLICH, I. SPIECKER, *Können Algorithmen diskriminieren?*, in <https://verfassungsblog.de/koennen-algorithmen-diskriminieren/> 2018; H. PAULIAT, *La décision administrative et les algorithmes : une loyauté à consacrer*, in *Revue du droit public*, 2018.; P. TIFINE, *Les algorithmes publics : rapport conclusif*, in *Revue générale du droit* (<https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2019/03/15/rapport-conclusif/>).

² Cfr. D. U. GALETTA, J. C. CORVALÀN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, cit., p. 2, ove si precisa che nel corso del XX secolo, «l'evoluzione delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (ICT) ha modellato una combinazione asimmetrica fra tre paradigmi della Pubblica Amministrazione: la Pubblica Amministrazione 1.0, che corrisponde al classico modello di Pubblica Amministrazione del diciannovesimo secolo, caratterizzato dall'utilizzo di carta, stampa e macchina da scrivere. La Pubblica Amministrazione 2.0, che incorpora computer, processori di testo, stampante e fax. La Pubblica Amministrazione 3.0 verso cui, nel XXI secolo, il settore pubblico ha iniziato a migrare

ottocentesca fatta di stampa e macchine da scrivere, si è passati ad un'Amministrazione in grado di servirsi di computer, stampanti e fax, ad un'Amministrazione che impiega la rete internet ed i *social network* per perseguire i propri scopi, fino ad arrivare ad un'Amministrazione 4.0, caratterizzata dall'impiego di algoritmi e di soluzioni di Intelligenza artificiale (d'ora in poi IA).

Il passaggio che si vuole in questa sede evidenziare è proprio questo: la transizione dalla digitalizzazione all'automazione – quanto meno parziale – dell'attività della Pubblica Amministrazione³. Ciò, invero, sebbene rappresenti un traguardo importante, che permetterà in un futuro prossimo un'azione più efficiente e imparziale, può cagionare dei rischi, giungendo finanche a provocare nuove forme di discriminazione⁴.

grazie all'uso di internet, dei portali digitali, delle applicazioni mobili e dei social network».

³ Oltre alla mera attività amministrativa, si pensi anche all'utilizzo delle nuove tecnologie anche in altri campi dell'attività dello Stato, ad esempio, in ambito giudiziario: sul punto va certamente richiamato il caso *State vs. Loomis*, ove si assiste all'impiego di un *software* con finalità predittive, con lo scopo di calcolare il rischio di recidiva e determinare *ex ante* l'ammontare della pena da applicare (per approfondimenti si veda J. LARSON, S. MATTU, L. KIRCHNER, J. ANGWIN, *How We Analyzed the COMPAS Recidivism Algorithm*, in *ProPublica*, 23 maggio 2016, disponibile su <https://www.propublica.org/article/how-we-analyzed-the-compas-recidivism-algorithm>). Ancora, si pensi che in Italia vengono utilizzati *software* che, sulla base di calcoli probabilistici, sono in grado di prevenire la commissione di reati e consentire di migliorare le strategie di controllo del territorio: molto diffuso è il *software* XLAW, utilizzato da numerose questure, il quale impiega un algoritmo per prevedere scippi, furti e rapine., Per un'analisi completa, cfr. *State v. Loomis: Wisconsin Supreme Court Requires Warning Before Use of Algorithmic Risk Assessments in Sentencing*, in *Harvard law review*, 2017; K. FREEMAN, *Algorithmic injustice: how the wisconsin supreme court failed to protect due process rights in State v. Loomis*, in *North Carolina journal of law & technology*, 2016. Più in generale, sui rapporti tra decisione giudiziaria e Intelligenza artificiale cfr. M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in *Rivista AIC*, 3/2018; M. FASAN, *L'intelligenza artificiale nella dimensione giudiziaria. Primi profili giuridici e spunti dall'esperienza francese per una disciplina dell'AI nel settore della giustizia*, in *La Rivista Gruppo di Pisa*, fasc. spec. 3/2021, p. 325 ss.; P. G. PUGGIONI, *Il giudice e l'estraneo. Spigolature su intelligenza artificiale, giudizio e soggettività*, in *La Rivista Gruppo di Pisa*, fasc. spec. n. 3/2021, p. 575 ss.; A. VALSECCHI, *La spersonalizzazione della funzione giudicante: un primo sguardo sulla giustizia algoritmica*, in *La Rivista Gruppo di Pisa*, fasc. spec. n. 3/2021, p. 625 ss.

⁴ G. DE MINICO, *Towards an 'Algorithm Constitutional by Design'*, in *Biolaw Journal*, 1/2021, p. 403, secondo cui «...the algorithmic anarchy reproduces the already heavy injustices on minorities, with the aggravating circumstance that discrimination does not appear as such, being hidden behind a "patina of fairness"». Peraltro, sotto il profilo dell'eguaglianza sostanziale, occorre osservare che se da una parte l'innovazione tecnologica – con particolare riferimento allo sviluppo dell'IA – può, in astratto, determinare un maggiore grado di eguaglianza tra gli individui rispetto al passato, intervenendo, ad esempio, sull'erogazione delle prestazioni sociali, sul contrasto ai fenomeni di evasione e sui modi attraverso cui le persone possono relazionarsi tra loro, dall'altra parte v'è, però, il pericolo di una recrudescenza delle disparità di trattamento a cui può essere sottoposto un individuo, sia rispetto alle tipologie di abusi tradizionalmente individuate, sia con riguardo all'innescarsi di nuovi meccanismi di discriminazione (sul punto sia consentito rinviare a C. COLAPIETRO, A. MORETTI, *L'intelligenza artificiale nel dettato costituzionale: opportunità, incertezze e tutela dei dati personali*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3/2021 ed a G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in *Politica del diritto*, 2/2019, p. 199 ss.).

Si rende, così, necessario ripensare alcune categorie del costituzionalismo classico⁵, al fine di offrire una risposta più flessibile ed efficace alle sfide che l'erompere dei nuovi poteri e, soprattutto, dei nuovi mezzi di esercizio del potere, pongono dinanzi alla società odierna. A tal fine, un'autorevole dottrina rilevava, appunto, la nascita di un nuovo «*costituzionalismo digitale*»⁶ a caratteri europei, il cui fine è proprio quello di porre dei vincoli e delle regole al progresso tecnologico.

Occorre, dunque, inquadrare tre elementi fondamentali di questa transizione: il *principio di legalità*, la *tutela dei diritti fondamentali* e la predisposizione di *nuove forme di controllo sull'azione del potere pubblico "automatizzato"*. Non mi soffermerò diffusamente sul primo aspetto in questa sede, ma mi limiterò soltanto a dare qualche coordinata di riferimento, né dedicherò un'approfondita analisi al secondo, preferendo, piuttosto, lambire il tema; invece, mi concentrerò in modo particolare sul tema dei *controlli sulle decisioni algoritmiche* da parte delle Autorità indipendenti, il quale rappresenta una delle novità al centro dell'attuale dibattito.

Il punto focale dell'analisi avrà chiaramente ad oggetto i possibili effetti sull'attività della Pubblica Amministrazione delle nuove proposte normative dell'Unione Europea sulla regolazione del digitale e della tecnologia, con un'attenzione specifica alla proposta di Regolamento sull'Intelligenza artificiale⁷.

⁵ Al riguardo si veda quando sottolineato da C. SALAZAR, *Umano troppo umano... o no?*, in *BioLaw Journal*, n. 1/2014, p. 257, la quale osserva come «*le norme giuridiche già esistenti siano inadeguate e insufficienti per regolare in tutte le sue implicazioni l'interazione tra gli uomini e queste macchine, all'evidenza diverse da tutte le altre*».

⁶ E. CHELI, *Conclusioni*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2/2021, p. 956, che sottolinea la nascita di questo «*nuovo costituzionalismo che, proprio per la dimensione dei problemi posti in campo dalla rivoluzione digitale, non potrà assumere le sue forme definitive altro che nello spazio sovranazionale utilizzando quel patrimonio delle "tradizioni costituzionali comuni" che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione ha già da tempo richiamato e che le giurisprudenze dei vari paesi dell'Unione stanno da tempo valorizzando. Una linea che [...] negli anni più recenti è già emersa nelle normazioni europee varate o in corso di formazione in tema di disciplina dei dati e di regolamentazione dell'intelligenza artificiale e che si esprime con molta chiarezza attraverso l'enunciazione di principi diretti a garantire l'impiego di algoritmi trasparenti, affidabili e controllabili, idonei cioè a garantire un'intelligenza artificiale, come viene scritto nei documenti europei, "umanocentrica"*»; sul punto si veda anche C. CASONATO, *Costituzione e intelligenza artificiale: un'agenda per il prossimo futuro*, in *Biolaw Journal*, 2/2019, p. 713 ss., il quale presenta una panoramica delle aree del diritto costituzionale che risultano maggiormente interessate dal diffondersi dell'IA, evidenziando quali possano essere le opportunità ed i principali profili di criticità su cui è opportuno interrogarsi.

⁷ Più approfonditamente sull'impatto delle soluzioni di IA sui paradigmi classici, vedi A. SIMONCINI, E. CREMONA, *La AI fra pubblico e privato*, in *DPCE online*, 1/2021, pp. 2331 ss., ove, rispetto ai profili pubblicistici, si precisa che «*il diritto pubblico – e quello costituzionale in particolare – ha da sempre trovato nella normazione lo strumento principale per fissare tali limiti, ovvero, per creare un ordine legale al quale ricondurre i rapporti di natura giuridica che si vengono a creare all'interno di un determinato contesto sociale. Per tale ragione, dinanzi all'erompere di questi nuovi poteri, oggi si ripropone una grande questione di natura costituzionale: quali fonti normative utilizzare e che tipo di regolazione può efficacemente delimitare l'esercizio del potere tecnologico, in particolare quando esso coinvolge le libertà o i diritti delle persone? La risposta a queste domande richiede un approccio di diritto costituzionale – altrove è stato definito un mindset – "ibrido", capace cioè di utilizzare diverse forme di propulsione, così come un linguaggio ed un metodo di analisi comprensibili sia dal regolatore che dal regolato*».

Tuttavia, prima di entrare nel merito, occorre preliminarmente tracciare un breve quadro del contesto normativo europeo all'interno del quale ci si muove (*recitius*, ci si muoverà in un futuro prossimo a venire), evidenziandone pregi e criticità.

2. Le fonti in materia di automazione: in particolare, la proposta di *Artificial Intelligence Act*

In primo luogo, è bene notare che è in corso una sorta di vero e proprio *processo di riaccantonamento delle fonti nell'ambito del diritto eurounitario*, così come giustamente rilevato in un recentissimo contributo⁸. Infatti, l'Unione Europea sta mettendo a punto un'architettura normativa assai complessa al fine di regolare i fenomeni digitali. Se è vero che finora l'innovazione di maggiore portata è stata quella concernente il campo della protezione dei dati personali, avvenuta con l'adozione del Regolamento UE 2016/679 (d'ora in poi GDPR)⁹, vi sono importanti proposte relative anche ad altri aspetti del fenomeno digitale che sono in fase di discussione e di approvazione presso le istituzioni europee. Si prenda, ad esempio, il DMA¹⁰ e il DSA¹¹ per quanto riguarda il mercato digitale, ovvero il DGA¹² e il DA¹³ per

⁸ Cfr. A. IANNUZZI, *La governance europea dei dati nella contesa per la sovranità digitale: un ponte verso la regolazione dell'intelligenza artificiale*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1/2021, p. 51, secondo cui «la strada imboccata dall'Europa con questa poderosa operazione di recupero della centralità delle fonti del diritto è quella giusta, perché può consentire di affrontare correttamente il tema della sovranità e del potere nell'era digitale, che rappresenta uno dei problemi più rilevanti del costituzionalismo del XXI secolo».

⁹ Sui rapporti tra IA e protezione dei dati personali si rimanda a F. PIZZETTI, *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, cit.; G. MOBILIO, *L'intelligenza artificiale e le regole giuridiche alla prova: il caso paradigmatico del GDPR*, cit., p. 275 ss. ed A. MORETTI, *Algoritmi e diritti fondamentali della persona. Il contributo del Regolamento (UE) 2016/679*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2018. Si segnala anche, nell'ambito dell'ampia letteratura internazionale sul punto, S. WACHTER, B. MITTELSTAND, C. RUSSELL, *Counterfactual Explanations Without Opening the Black Box: Automated Decisions and the GDPR*, in *Harvard Journal of Law & Technology*, 2/2018; S. WACHTER, B. MITTELSTADT, L. FLORIDI, *Why a right to explanation of automated decision-making does not exist in the General Data Protection Regulation*, in *International Data Privacy Law*, 2017; G. MALGIERI, G. COMANDÈ, *Why a Right to Legibility of Automated Decision-Making Exists in the General Data Protection Regulation*, in *International Data Privacy Law*, 2017; A. D. SELBST, J. POWLES, *Meaningful information and the right to explanation*, in *International Data Privacy Law*, 2017, pp. 233 ss.; L. EDWARDS, M. VEALE, *Slave to the algorithm? Why a right to an explanation is probably not the remedy you are looking for*, in 16 *Duke Law & Technology Review*, 2017.

¹⁰ Per approfondimenti, cfr. G. BRUZZONE, *Verso il Digital Markets Act: obiettivi, strumenti e architettura istituzionale*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 2/2021; A. DE STREEL, P. LAROCHE, *The European Digital Market Act Proposal: How to Improve a Regulatory Revolution*, in *Concurrences*, 2/2021, pp. 46 ss.

¹¹ Cfr. G. CAGGIANO, *La proposta di Digital Service Act per la regolazione dei servizi e delle piattaforme online nel diritto dell'Unione europea*, in *Annali AISDUE, Focus "Servizi e piattaforme digitali"*, n. 1, 2021; G. ABALDO, *Una prospettiva di regolamentazione degli ISP attraverso il Digital Service Act*, in *MediaLaws*, n. 2, 2022.

¹² Vedi F. BRAVO, *Intermediazione di dati personali e servizi di data sharing dal GDPR al Data Governance Act*, in *Contratto e impresa Europa*, n. 1, 2021.

quanto riguarda la *governance* dei dati, senza ignorare, peraltro, il Regolamento *e-Privacy*¹⁴ che andrà a completare il disegno tracciato dal GDPR.

Ciò che, però, più interessa in questa sede è la proposta di Regolamento sull'Intelligenza artificiale (il c.d. *Artificial Intelligence Act, AIA*), presentata dalla Commissione Europea nell'aprile del 2021 ed indirizzata al Parlamento europeo ed al Consiglio¹⁵.

La lettura del titolo ufficiale della Proposta, il quale reca «Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate in tema di Intelligenza artificiale e che modifica taluni atti legislativi dell'Unione» rende chiara la finalità, ulteriormente specificata ed argomentata per il tramite di due documenti: l'*Explanatory memorandum*, con funzione introduttiva, e la Comunicazione rivolta al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico sociale e delle Regioni (*Fostering a European approach to Artificial Intelligence*)¹⁶.

Proprio nella Comunicazione, la Commissione passa in rassegna tutta la documentazione adottata a livello eurounitario negli ultimi anni: si tratta di atti di impulso e di *soft law*, prodromici alla Proposta¹⁷. In primo luogo, occorre segnalare la *Strategia Europea sull'IA* (aprile 2018) e le *Linee guida per un'IA affidabile* (aprile 2019)

¹³ Sul *Data Act* e il nesso con il *Data Governance Act* si veda l'intervento del Vice Presidente del Garante per la protezione dei dati personali, Ginevra Cerrina Feroni, «*Luci e ombre della Data Strategy europea*», in *AgendaDigitale* del 13 maggio 2022, consultabile sul sito del Garante Privacy al seguente collegamento (doc. web 9769786).

¹⁴ Cfr. in proposito G. SCORZA, *Prospettive de iure condendo della protezione dei dati personali nel settore delle comunicazioni elettroniche, tra Regolamento generale 2016/679 e futuro Regolamento e-Privacy*, in L. CALIFANO, C. COLAPIETRO (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona. Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018; si veda anche lo studio pubblicato dall'Istituto Italiano per la Privacy e la Valorizzazione dei Dati, sviluppato da L. BOLOGNINI, C. BISTOLFI, G. CREA, *Il Regolamento e-Privacy tra principi giuridici e impatti sull'economia digitale*, consultabile al seguente link: *Paper-IIP_ePrivacy_2018_ITA.pdf* (istitutoitalianoprivacy.it).

¹⁵ Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'Intelligenza artificiale (legge sull'Intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione, 21.4.2021, COM/2021/206 final (cfr. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:52021PC0206>). *Ex multis*, si veda in merito C. CASONATO, B. MARCHETTI, *Prime osservazioni sulla proposta di Regolamento dell'Unione europea in materia di Intelligenza artificiale*, in *BiLaw Journal*, 3/2021; F. DONATI, *Diritti fondamentali e algoritmi nella proposta di Regolamento sull'Intelligenza artificiale*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2/2021; T. E. FROSINI, *L'orizzonte giuridico dell'Intelligenza artificiale*, in *BioLaw Journal*, 1/2022; K. STUURMAN, E. LACHAUD, *Regulating AI. A label to complete the proposed Act on Artificial Intelligence*, in *Computer Law & Security Review*, 44/2022; M. VEALE, F. ZUIDERVEEN BORGESIU, *Demystifying the Draft EU Artificial Intelligence Act. Analysing the good, the bad, and the unclear elements of the proposed approach*, in *Computer Law Review International*, 4/2021.

¹⁶ COM (2021) 205 final, consultabile al seguente collegamento: *Communication on Fostering a European approach to Artificial Intelligence | Shaping Europe's digital future* (europa.eu). In merito alla suddetta comunicazione, si veda l'approfondimento di F.C. LA VATTIATA, *Brevi note a caldo sulla recente proposta di regolamento UE in tema di intelligenza artificiale*, in *Diritto penale e uomo*, 6/2021.

¹⁷ Come rilevato anche in C. CASONATO, B. MARCHETTI, *Prime osservazioni sulla proposta di Regolamento dell'Unione europea in materia di Intelligenza artificiale*, cit., pp. 2 ss.

– a cui ha poi fatto seguito l'*Assessment List per l'IA affidabile* (luglio 2020) – elaborate dal Gruppo di esperti di alto livello nominato dalla Commissione¹⁸. Questi ultimi hanno individuato le tre componenti fondamentali perché un'IA possa dirsi “degnata di fiducia”¹⁹, ovvero la *legalità*, l'*eticità* e la *robustezza tecnica e sociale*. Ancora, lo stesso Gruppo ha poi pubblicato anche una raccomandazione sulle *policy* e sugli investimenti in tema di IA²⁰. Tutti questi dati sono stati elaborati e sono confluiti nel c.d. “*Libro Bianco della Commissione*”²¹, pubblicato nel febbraio 2020, insieme ad un *report* in materia di sicurezza e responsabilità circa l'IA e la robotica²². Già in tali documenti acquista un ruolo preminente l'intervento in tema di diritti fondamentali, di *governance* dei dati e sicurezza, nonché di determinazione dei regimi di responsabilità e di garanzia di effettività ed armonizzazione nella legislazione²³.

Tutti questi materiali ed iniziative hanno portato alla Proposta di Regolamento, la quale ha beneficiato tanto dell'approvazione di un Gruppo di esperti di alto livello, quanto di una valutazione di impatto da parte del *Regulatory Scrutiny Board* della Commissione.

Occorre segnalare che tale attività normativa si inserisce in un contesto in cui l'unica disciplina al momento vigente in tema di IA è quella relativa alla tutela dei dati personali. Essa, peraltro, continuerà non solo a disciplinare in linea di massima l'IA, ma regolerà per intero, anche a seguito dell'approvazione del Regolamento, il settore della polizia e della giustizia, esclusi dall'ambito applicativo della Proposta²⁴.

Tale coincidenza dipende dalla necessaria intersezione tra il trattamento dei dati e l'Intelligenza artificiale²⁵, essendo i primi funzionali e necessari

¹⁸ *Orientamenti etici per un'IA affidabile*, pubblicato l'8 aprile 2019 e consultabile al link: *Orientamenti etici per un'IA affidabile - Publications Office of the EU (europa.eu)*.

¹⁹ Cfr. G. CONTISSA, F. GALLI, F. GODANO, G. SARTOR, *Il Regolamento Europeo sull'Intelligenza artificiale. Analisi informatico-giuridica*, in *i-lex. Scienze giuridiche, Scienze cognitive e Intelligenza artificiale*, n. 2, 2021, p. 3 ss.

²⁰ *High-Level Expert Group on Artificial Intelligence, Policy and Investment Recommendations for Trustworthy AI*, pubblicata il 26 giugno 2019.

²¹ Commissione Europea, *Libro Bianco sull'Intelligenza artificiale. Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia*, 19 febbraio 2020, COM/2020/65 final.

²² *Relazione sulle implicazioni dell'Intelligenza artificiale, dell'Internet delle cose e della robotica in materia di sicurezza e di responsabilità*, COM (2020) 64 final del 19.02.2020.

²³ Sempre funzionale alla regolazione dell'IA, è stata anche la creazione dell'*AI Alliance*, ovvero una piattaforma destinata alla discussione sulle implicazioni tecnologiche e sociali dell'IA.

²⁴ Cfr. in proposito la *Memoria del Garante per la protezione dei dati personali - COM 2021(206) Proposta di regolamento (UE) sull'Intelligenza artificiale*, esposta il 9 marzo 2022 in audizione alla Camera dei Deputati, Commissioni IX-X riunite.

²⁵ Il forte nesso tra trattamento di dati personali ed Intelligenza artificiale è messo in evidenza nell'interessante lavoro del Garante spagnolo per la protezione di dati personali (Agenzia spagnola per la protezione dei dati - AEPD), la *Adecuación al RGPD de tratamientos que incorporan Inteligencia Artificial. Una introducción*, Febbraio, 2020, pp. 12 ss., il quale individua diverse fasi in cui può aver luogo un trattamento di dati personali durante il processo di formazione di un sistema artificiale. Vedi an-

all'apprendimento ed all'esecuzione dell'attività dell'IA²⁶. Da ciò discende che un trattamento scorretto del dato inficia necessariamente il risultato dell'elaborazione algoritmica realizzata dalla macchina: è, quindi, evidente che di tale interrelazione dovrà tenersi conto, al fine di evitare antinomie normative²⁷, tanto relativamente all'esame della Proposta, quanto in sede di attuazione interna.

Il fulcro della disciplina trova, dunque, la sua base normativa, già prima di uno specifico intervento in materia, nel GDPR, quale «essenziale statuto giuridico sull'IA»²⁸. Quest'ultimo sanciva, già a partire dal 2016, il diritto alla spiegazione, alla revisione umana della decisione automatizzata, nonché il divieto di discriminazione. La Proposta di Regolamento, quindi, si inserisce in questo retroterra giuridico e mostra una chiara *preferenza per la regolazione del fenomeno*, in un ambito in cui è frequente la tendenza alla *deregulation*²⁹, delegando al mercato ed ai suoi operatori la delimitazione dell'operatività di diritti e libertà.

Anche il tipo di strumento prescelto – ovvero il Regolamento in luogo della Direttiva, come nel caso della tutela dei dati – denota la volontà normativa di istituire dei vincoli uniformi e direttamente applicabili sul territorio europeo, con lo scopo di creare un quadro comune per gli Stati membri, salvi taluni spazi di autonomia in tema di sanzioni, disciplina delle *regulatory sandboxes* e dei codici di condotta.

Occorre osservare, dunque, che la *ratio* del legislatore europeo è, da una parte, quella di regolare i fenomeni in maniera uniforme e rispettosa di diritti e libertà

che O. POLLICINO, F. PAOLUCCI, *La proposta di Regolamento sull'Intelligenza artificiale: verso una nuova governance europea*, in *Privacy&*, 3/2021 ed F. PIZZETTI (a cura di), *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, cit.

²⁶ Si veda anche la *Memoria del Garante per la protezione dei dati personali - COM 2021(206) Proposta di Regolamento (UE) sull'Intelligenza artificiale*, già richiamata. Per approfondimenti sul tema si rinvia altresì a T.E. FROSINI, *L'orizzonte giuridico dell'Intelligenza artificiale*, cit.

²⁷ Sul punto sia consentito fare rinvio a C. COLAPIETRO, *Il diritto alla protezione dei dati personali in un sistema delle fonti multilivello. Il Regolamento UE 2016/679 parametro di legittimità della complessiva normativa sulla privacy*, Napoli, 2018, p. 34, in cui si evidenzia come la *privacy*, nella sua dimensione dinamica di *data protection*, «assume il carattere di “garanzia presupposto” dell'esercizio di altri diritti fondamentali, al fine di rendere possibile lo sviluppo della persona, l'esplicazione reale ed effettiva delle sue libertà». La *privacy* come “costellazione di diritti” è un concetto già espresso da F. MODUGNO, *I “nuovi diritti” nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995, pp. 20-21, che teorizza la ricomprendimento «nelle singole fattispecie – che sono poi sempre quelle descritte o derivanti dalle norme costituzionali sui diritti – di un vincolo alla riservatezza sia nei confronti dei pubblici poteri sia nei confronti dei privati nell'esercizio di altre libertà». Tale posizione è espressa anche nella *International resolution on privacy as a fundamental human right and precondition for exercising other fundamental rights*, adottata nell'ambito della 41esima *International Conference of Data Protection and Privacy Commissioners* tenutasi a Tirana dal 21 al 24 ottobre 2019, laddove si è sottolineata la necessità di proteggere «the right to privacy as a fundamental right and its role in both informing and serving as a foundation to other inalienable rights» e che «privacy is a precondition for citizens' other freedoms as well as a keystone right for democracy and personal and social developments».

²⁸ *Memoria del Garante per la protezione dei dati personali - COM 2021(206) Proposta di Regolamento (UE) sull'Intelligenza artificiale*, cit.

²⁹ Sul tema di veda G. DE MINICO, *Towards an “Algorithm constitutional by design”*, cit., pp. 381 ss.

dei singoli, dall'altra, evitare che tale cornice possa pregiudicare lo sviluppo della tecnologia, nonché le capacità concorrenziali degli attori privati.

Al riguardo, non si può certo ignorare che tale progetto rechi in sé dei limiti – solo per citarne uno, il rischio di creare dei “compartimenti stagni”, dal momento che comporta difficoltà di integrazione tra le discipline e dubbi interpretativi per operatori economici ed interpreti giuridici – ma la valutazione complessiva di tale progetto non può che essere positiva, in quanto un'inversione di tendenza ragionevole rispetto ad un approccio basato sulla pura e semplice *deregulation* è ciò che realizza quell'integrazione tra l'Europa del mercato e l'Europa dei diritti³⁰.

Tanto premesso, è possibile soffermarsi sul corpo della Proposta e sulle novità da questa introdotte.

3. Le novità dell'Artificial Intelligence Act

Le esigenze delle quali deve tenere conto la Proposta, come si accennava, sono molteplici: da una parte, la volontà di individuare un quadro di riferimento chiaro ed esaustivo, dall'altra quella di doversi confrontare con tecnologie in continuo mutamento, contraddistinte da un funzionamento imprevedibile e fonte di rischi non calcolabili *ex ante*.

Per tali ragioni, la Proposta si è mossa su due principali linee direttrici, volte ad attribuire *flessibilità* al testo³¹ e *capacità di adattamento*, parlando al riguardo di disciplina *future proof*³².

In primo luogo, si è individuato un *innovativo obbligo generale di aggiornamento*, conseguente alla revisione del Regolamento, previsto ogni cinque anni dalla sua entrata in vigore e successivamente con cadenza quinquennale. Tale meccanismo non è del tutto nuovo, infatti analogo sistema si è previsto anche nella *Directive on Automated Decision-Making* canadese, assoggettata ad un obbligo di revisione addirittura semestrale. Tale previsione risponde al chiaro intento di creare un diritto “*stable but not still*”, soprattutto in vista della particolare mobilità della suddetta materia, come evidenziato anche in una dettagliata ricostruzione della dottrina³³.

³⁰ Cfr. G. PITRUZZELLA, *L'Europa del mercato e l'Europa dei diritti*, in *Federalismi.it*, 6/2019, p. 10; vedi anche V. KOSTA, *Fundamental Rights in EU Internal Market Legislation*, Hart, Oxford, 2018.

³¹ Per una analisi del contenuto del testo cfr. G. CONTISSA, F. GALLI, F. GODANO, G. SARTOR, *Il Regolamento Europeo sull'Intelligenza artificiale. Analisi informatico-giuridica*, cit.

³² Si veda sul punto il contributo di S. RANCHORDÁS, M. VAN'T SCHIP, *Future-Proofing Legislation for the Digital Age*, in S. RANCHORDÁS, Y. ROZNAI, *Time, Law, and Change*, Hart, Oxford, 2020, ed anche F. LAVIOLA, *Regolazione della tecnologia e dimensione del tempo*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2021, pp. 1163 ss.

³³ Cfr. C. CASONATO, B. MARCHETTI, *Prime osservazioni sulla proposta di Regolamento dell'Unione europea in materia di Intelligenza artificiale*, cit., pp. 419 ss, ove viene fatto riferimento a quanto affermato da R. POUND, *Interpretations of Legal History (1923)*, Cambridge University Press, 2013, secondo cui «*Law must be stable, and yet it cannot stand still*».

In secondo luogo, la Proposta predispone una classificazione dell'IA in base al livello di rischio riscontrabile nel loro utilizzo e, soltanto relativamente a quelli ad alto rischio, richiede una peculiare procedura di verifica di conformità, prima dell'immissione sul mercato³⁴. La suddetta particolarità deriva dal fatto che la normativa non richiede, come di norma, il rilascio di un'autorizzazione pubblica, ma pone il controllo a carico del produttore, spostando su chi ha interesse a commercializzare il prodotto l'obbligo di verificare il rispetto dei requisiti³⁵. Con ciò, ingenerando non poche perplessità in capo a chi ritiene che l'organo di controllo dovrebbe essere un soggetto terzo ed imparziale.

Per quanto riguarda, invece, i sistemi non ad alto rischio e, dunque, non inficianti i diritti fondamentali ed i valori dell'Unione, il sistema suddetto richiede soltanto dei più lievi requisiti di trasparenza algoritmica.

Inoltre, è bene porre l'accento anche sulla previsione del meccanismo delle cc.dd. "regulatory sandboxes"³⁶, ovvero di spazi di sperimentazione normativa, funzionali a testare nuove tecnologie su un mercato controllato, valutandone risultati, benefici e rischi, prima della loro effettiva immissione. Ciò, con l'idea di testare, altresì, i punti di contatto e conflitto eventuale con la disciplina già operante in materia.

In aggiunta, è bene precisare che larga parte della regolazione proposta mutua il

³⁴ K. STUURMAN, E. LACHAUD, *Regulating AI. A label to complete the proposed Act on Artificial Intelligence*, cit., p. 3, ove si legge: «The underlying definition of 'AI system' is intended to be technology neutral.¹⁶ Driven by the nature of AI systems this definition is relatively open and can be amended with a view to ongoing technological change (intended 'future proof'). Under Article 4 of the Act, the Commission is empowered to update the list of techniques and approaches listed in Annex I to market and technological developments.¹⁷ Furthermore, the Commission is under Article 7 of the Act empowered to adopt delegated acts to update Annex III by adding high-risk AI systems. The criterium is twofold: (a) the AI systems are intended to be used in any of the areas listed in points 1 to 8 of Annex III, and (b) the AI systems pose a risk of harm to the health and safety, or a risk of adverse impact on fundamental rights, that is, in respect of its severity and probability of occurrence, equivalent to or greater than the risk of harm or of adverse impact posed by the high-risk AI systems already referred to in Annex III.

As set out in the Explanatory Memorandum¹⁸, the classification 'high-risk' is based on the intended purpose of the AI system, in line with existing EU product safety legislation. This classification hence does not only depend on the function of the system, but also on the specific purpose and modalities for which it is being used.

Under the Act, systems considered 'high-risk' are permitted on the European market subject to compliance with mandatory requirements relating to¹⁹ data and data governance, documentation and recording keeping, transparency and provision of information to users, human oversight, robustness, accuracy and security, as well as ex-ante conformity assessments.

³⁵ Cfr. ancora C. CASONATO, B. MARCHETTI, *Prime osservazioni sulla proposta di Regolamento dell'Unione europea in materia di Intelligenza artificiale*, cit., pp. 430 ss.

³⁶ Per approfondire l'argomento si veda: il contributo del Consiglio dell'Unione europea, *Conclusioni sugli spazi di sperimentazione normativa e le clausole di sperimentazione come strumenti per un quadro normativo favorevole all'innovazione, adeguato alle esigenze future e resiliente che sia in grado di affrontare le sfide epocali nell'era digitale*, 2020/C 447/01; nonché R. PARENTI, *Regulatory Sandboxes and Innovation Hubs for Fin-Tech. Impact on innovation, financial stability and supervisory convergence – Study for the committee on Economic and Monetary Affairs, Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies*, Parlamento europeo, 24 settembre 2020.

suo contenuto dalla disciplina in tema di GDPR. Si pensi, per esempio, all'approccio regolatorio fondato sui fattori di rischio, ai doveri di trasparenza nei confronti degli utenti, alla determinazione della normativa applicabile in base al criterio della localizzazione del destinatario dell'offerta produttiva, alle certificazioni, nonché ai codici di condotta in funzione co-regolativa ed a molte altre ipotesi di contatto³⁷.

La Proposta, inoltre, risulta basata su alcuni punti, che riprendono, in parte, i principi elaborati dal Gruppo di esperti sull'IA affidabile³⁸. Si tratta, innanzitutto, dell'individuazione di una nozione di IA che sia neutra ed il più ampia possibile. Si prevede, inoltre, la regolazione dei soli casi di IA ad alto rischio, con la finalità di evitare fenomeni di elefantiasi normativa, ed in relazione a questi si individuano dei requisiti da rispettare ai fini del superamento di *test* di conformità propedeutici all'immissione nel mercato. Ancora, si è prevista l'introduzione di divieti, nei casi di alto rischio di lesione per i valori dell'Unione e le libertà fondamentali, nonché requisiti di trasparenza basilare in tutte le altre ipotesi.

Tutte queste novità non risultano però sufficienti a superare le molte perplessità espresse recentemente nella richiamata memoria del Garante per la protezione dei dati personali sulla Proposta di Regolamento europeo sull'Intelligenza artificiale.

Motivi di dubbio derivano, innanzitutto, dagli obblighi di conformità per l'IA ad alto rischio, i quali dovrebbero, da una parte, essere valutati da un soggetto terzo ed imparziale, dall'altra, tenere conto dell'intera normativa europea, nel suo complesso, compresa quella in tema di protezione dei dati personali (minimizzazione e *privacy by design*), punto di riferimento e confronto ineludibile.

Ancora, in materia, occorrerebbe un più puntuale coordinamento con il GDPR, coinvolgendo le relative Autorità nella redazione di norme di armonizzazione; si auspicherebbe, a tal fine, anche l'introduzione di una clausola di salvaguardia, in favore del GDPR, in caso di contrasto tra apparati normativi in sede applicativa.

In ultimo, qualche dubbio sorge anche in ordine al sistema di *governance* trattenuto e che sembra determinare un «*sostanziale affievolimento delle garanzie e dei diritti fondamentali e, in particolare, del diritto alla protezione dei dati personali*», posto che la tutela effettiva di questi ultimi, che, di regola, si basa sulla necessaria supervisione delle Autorità indipendenti, nel caso di specie, non individua queste quali unici soggetti supervisor³⁹.

³⁷ La similitudine di struttura e contenuti tra i due testi normativi è stata sottolineata nella *Memoria del Garante per la protezione dei dati personali - COM 2021(206) Proposta di Regolamento (UE) sull'Intelligenza artificiale*, cit.

³⁸ *Orientamenti etici per un'IA affidabile*, cit.

³⁹ Cfr. ancora la *Memoria del Garante per la protezione dei dati personali - COM 2021(206) Proposta di Regolamento (UE) sull'Intelligenza artificiale*, cit.

4. L'Autorità per l'Intelligenza artificiale: tra necessità regolatorie e contrasto alla proliferazione delle Autorità indipendenti

Al fine di sovrintendere e vigilare sulla corretta applicazione dell'*Artificial Intelligence Act* (AIA), così come già previsto in altre normative di derivazione europea, il legislatore istituisce diversi livelli di *governance*, sia a livello sovranazionale che nazionale.

Quanto al primo livello, viene individuato dall'art. 56 AIA il *Comitato europeo per l'Intelligenza artificiale* (il "Comitato"), costituito da rappresentanti delle omologhe Autorità nazionali e dalla Commissione, nonché dal Garante europeo per la protezione dei dati personali, a conferma del forte collegamento esistente tra le due materie. Tale Comitato ha il compito di facilitare un'attuazione agevole, efficace e armonizzata del Regolamento, contribuendo alla cooperazione tra le Autorità nazionali di controllo e la Commissione, nonché fornendo consulenza e competenze alla Commissione. Tuttavia, a potenziale scapito di questo compito, il funzionamento del Comitato non sembra essere completamente indipendente da qualsiasi influenza politica, nella misura in cui l'AIA ha assegnato un ruolo predominante alla Commissione europea, che non solo presiede il *Board*, ma possiede anche un diritto di veto per l'adozione del regolamento interno. Inoltre, il meccanismo di cooperazione tra le Autorità di vigilanza nazionali e i soggetti interessati dall'AIA o tra diverse Autorità di vigilanza nazionali, non risulta disciplinato dalla Proposta di Regolamento. Pertanto, è stata rilevata la necessità di rivedere le disposizioni dell'AIA, al fine di garantire una maggiore autonomia del Comitato, in funzione del più efficace svolgimento dei compiti che gli sono assegnati⁴⁰.

Quanto alle Autorità nazionali, alle quali il legislatore, all'art. 59 della Proposta di Regolamento, demanda un "ruolo chiave" nell'applicazione concreta della normativa, si rileva che ad oggi non risulta esserci alcuna precisa disposizione che ne individui criteri per l'individuazione, lasciando così agli Stati ampia discrezionalità, se non la sola previsione che tali Autorità dovranno essere organizzate e gestite in modo che sia salvaguardata «l'obiettività e l'imparzialità dei loro compiti e attività» e formate da soggetti che abbiano «competenze e conoscenze che comprendono una comprensione approfondita delle tecnologie, dei dati e del calcolo dei dati di Intelligenza artificiale, dei diritti fondamentali, dei rischi per la salute e la sicurezza e una conoscenza delle norme e dei requisiti giuridici esistenti». Nel silenzio del legislatore nazionale, tuttavia, l'indicazione è interessante sotto due profili: da un lato, perché mostra la crescente tendenza del diritto dell'Unione europea a conformare i sistemi amministrativi nazionali anche in relazione ai profili organizzativi e procedurali, che storicamente erano riser-

⁴⁰ Così MARTIN EBERS, VERONICA R. S. HOCH, FRANK ROSENKRANZ, HANNAH RUSCHEMEIER, BJÖRN STEINRÖTTER, *The European Commission's Proposal for an Artificial Intelligence Act – A Critical Assessment by Members of the Robotics and AI Law Society (RAILS)*, in *Multidisciplinary Scientific Journal*, n. 4, 2021.

vati all'autonomia degli Stati; e dall'altro, perché conferma la *necessità*, sempre più avvertita, di *competenze e abilità trasversali e interdisciplinari all'interno delle pubbliche amministrazioni* in ragione della complessità tecnica delle funzioni da esercitare⁴¹.

Si rileva, quindi, che *il problema dell'individuazione delle Autorità di controllo nazionali* apre alla duplice e discussa opzione di creazione *ex novo* oppure di individuazione di una Autorità già esistente. Da tale scelta, tuttavia, possono derivare importanti conseguenze, relative alla disomogeneità delle caratteristiche delle Autorità dei rispettivi Paesi, con importanti ripercussioni sulla attività rispettivamente svolte e sulla concreta applicazione della normativa.

Al riguardo, anche l'*European Data Protection Board* (EDPB) e l'*European Data Protection Supervisor* (EDPS), mediante parere congiunto, sottolineano che risultano poco chiare quelle disposizioni della Proposta che definiscono i compiti e i poteri delle differenti Autorità competenti a norma del Regolamento sull'IA, i loro rapporti reciproci, la loro natura e, soprattutto, la garanzia della loro indipendenza⁴². Inoltre, l'EDPB e l'EDPS rilevano che le Autorità nazionali per la protezione dei dati stanno già applicando il Regolamento UE 2016/679 (GDPR)⁴³, il Regolamento UE 2018/1725 (EUDPR)⁴⁴ e la Direttiva (UE) 2016/680 (LED)⁴⁵ per quanto riguarda i sistemi di IA che interessano i dati personali, cosicché le suddette Autorità per la protezione dei dati dispongono già, in una certa misura, di conoscenze in materia di tecnologie basate sull'IA e delle competenze nella valutazione dei rischi che le nuove tecnologie comportano, requisiti, tra i pochi, richiamati dalla normativa.

Pertanto, *«la designazione delle Autorità per la protezione dei dati come Autorità nazionali di controllo assicurerebbe un approccio normativo più armonizzato e contribuirebbe all'adozione*

⁴¹ C. CASONATO e B. MARCHETTI, *Prime osservazioni sulla proposta di Regolamento dell'Unione europea in materia di intelligenza artificiale*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, n. 3, 2021.

⁴² EDPB-GEPD, *Parere congiunto sulla proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'Intelligenza artificiale (legge sull'Intelligenza artificiale)*, pubblicato il 5/2021 e consultabile al seguente link EDPB-EDPS_Joint_opinion_202105_AI_Regulation_IT_fv.docx (europa.eu).

⁴³ Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (Regolamento generale sulla protezione dei dati).

⁴⁴ Regolamento (UE) 2018/1725 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2018, sulla tutela delle persone fisiche in relazione al trattamento dei dati personali da parte delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'Unione e sulla libera circolazione di tali dati, e che abroga il Regolamento (CE) n. 45/2001 e la decisione n. 1247/2002/CE.

⁴⁵ Direttiva (UE) 2016/680 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio.

di un'interpretazione coerente delle disposizioni in materia di trattamento dei dati, nonché ad evitare contraddizioni nella loro applicazione nei diversi Stati membri». Peraltro, «tutte le parti interessate della catena di valore dell'IA beneficerebbero dell'esistenza di un punto di contatto unico per tutte le operazioni di trattamento dei dati personali che rientrano nell'ambito di applicazione della Proposta, oltre che dalla limitazione delle interazioni tra due differenti organismi di regolamentazione dei trattamenti che sono sottoposti alla Proposta e al GDPR». Dunque, l'EDPB e l'EDPS «ritengono che le Autorità per la protezione dei dati dovrebbero essere designate come Autorità nazionali di controllo ai sensi dell'articolo 59 della Proposta»⁴⁶.

Sul tema è intervenuto anche il legislatore nazionale, il quale ha recentemente emesso parere favorevole alla Proposta di Regolamento⁴⁷, richiamando nuovamente l'attenzione sull'indispensabilità di dotare le Autorità nazionali di controllo delle risorse specialistiche necessarie, oltreché assicurarne la necessaria sfera di indipendenza, considerata la rilevanza dei diritti fondamentali, specie quelli individuali, che possono essere incisi da strumenti di IA non in linea con il Regolamento. Anche tale indirizzo, seppur non propendendo apertamente per alcuna opzione, sembra però essere più vicino alla possibilità di individuare l'Autorità di controllo in una Autorità già esistente, quale il Garante per la protezione dei dati personali.

Più apertamente, proprio quest'ultima Autorità, sentita in audizione di fronte la Camera dei Deputati lo scorso marzo⁴⁸, ha richiamato la centralità in materia della disciplina a tutela dei dati personali, ricordando come la prima e attualmente vigente disciplina relativa ai sistemi IA sia rinvenibile proprio nel corpo del GDPR, il cui art. 22 regola il trattamento mediante processi interamente automatizzati. Inoltre, nel GDPR sono rintracciabili ulteriori numerosi punti di contatto con l'AIA, quali gli obblighi di informativa, lo strumento delle autorizzazioni preventive, il sistema di certificazione, nonché un sistema di sanzioni amministrative simile sia per quanto riguarda la forbice edittale che per i criteri di quantificazione.

Infine, come rileva sempre il Garante per la protezione dei dati personali, sarebbe funzionale l'apertura di una riflessione circa l'opportunità di individuare nel Garante stesso l'Autorità nazionale competente in tema di AI, al fine di dare una risposta alle preoccupazioni ed incertezze sollevate dal Governo – nella Relazione trasmessa al Parlamento in attuazione della legge n. 234/2012 – «in ordine agli oneri, amministrativi e finanziari, connessi all'attuazione del regolamento, nonché ai tempi eccessivamente lunghi di attuazione, imputabili alla complessità del meccanismo di governance, che “sposterebbe sulle autorità nazionali una serie di responsabilità e competenze al momento difficilmente rilevabili negli Stati membri”»⁴⁹.

⁴⁶ Si fa riferimento al punto n. 48 del Parere dell'EDPB-GEPD, *Parere congiunto sulla proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'Intelligenza artificiale (legge sull'Intelligenza artificiale)*, cit.

⁴⁷ *Parere della Camera dei Deputati, Commissioni Riunite IX e X, doc. XVIII, n. 39*, approvato il 13 aprile 2022.

⁴⁸ *Memoria del Garante per la protezione dei dati personali - COM 2021(206) Proposta di Regolamento (UE) sull'Intelligenza artificiale*, cit.

⁴⁹ Così ancora la *Memoria del Garante per la protezione dei dati personali - COM 2021(206) Proposta di Rego-*

5. Decisioni del Garante Privacy in materia di processi automatizzati

Nelle loro diverse declinazioni i sistemi di Intelligenza artificiale si basano su processi automatizzati governati da appositi algoritmi alimentati da grandi quantità di dati; tra questi i più evoluti possono essere in grado anche di prendere decisioni autonomamente, *bypassando* il vaglio della mente umana, addirittura sostituendosi, con importanti ricadute sui diritti fondamentali su cui le decisioni vanno ad impattare.

Come anticipato, l'art. 22 del GDPR, quale normativa originaria e attualmente in vigore in materia di Intelligenza artificiale, pone il divieto – salvo eccezioni, che per la verità lasciano aperti amplissimi spazi di intervento – di sottoporre l'interessato ad un processo decisionale automatizzato, richiedendo, dunque, il necessario intervento dell'essere umano.

A testimonianza dell'importanza che i sistemi di IA rivestono nell'impianto normativo del GDPR, si fa riferimento ai numerosi interventi dei diversi soggetti che sovrintendono alla materia: al riguardo si vedano, *in primis*, le Linee Guida emanate dal WP 29⁵⁰, con le quali, da una parte, viene tracciata una linea sottile di confine con i fenomeni di profilazione, qualificando le decisioni automatizzate quali trattamenti ad alto rischio; ma, dall'altra parte, viene anche evidenziata l'importanza che l'Intelligenza artificiale può avere nell'ottica di miglioramento dell'efficienza e del risparmio di risorse.

L'Autorità Garante italiana è stata chiamata ad esprimersi molto spesso relativamente a trattamenti automatizzati inerenti all'ambito pubblico⁵¹, sia attraverso pareri preventivi che provvedimenti sanzionatori.

L'Autorità ha provveduto, infatti, ad inserire i trattamenti automatizzati finalizzati ad assumere decisioni che producono «effetti giuridici», oppure che incidono «*in modo analogo significativamente sull'interessato*» tra quei trattamenti che rientrano nell'applicazione del meccanismo di coerenza e preventiva valutazione di impatto previsto dal GDPR, riconoscendo, dunque, la necessità di analizzare preventivamente questi sistemi al fine di ridurre al minimo i rischi nei confronti degli interessati e, qualora ravvisata la necessità, vietarne l'uso⁵².

lamento (UE) sull'Intelligenza artificiale, cit., secondo cui «l'individuazione nel Garante dell'autorità di controllo ai fini del presente regolamento consentirebbe, infatti, un adeguamento quantomai tempestivo agli obblighi ivi previsti, anche in assenza di ingenti stanziamenti, potendo esso avvalersi dell'esperienza già maturata rispetto a quell'aspetto così dirimente dell'IA che è rappresentato dal processo decisionale automatizzato».

⁵⁰ *Linee guida sul processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche e sulla profilazione ai fini del Regolamento 2016/679*, adottate dal Gruppo di Lavoro art. 29 per la protezione dei dati il 3 ottobre 2017, ed emendate il 6 febbraio 2018.

⁵¹ V. PAGNANELLI, *Decisioni algoritmiche e tutela dei dati personali. Riflessioni intorno al ruolo del Garante*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2021, pp. 783 ss.

⁵² Si veda il provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali n. 467 dell'11 ottobre 2018, [doc. web n. 9058979], *Elenco delle tipologie di trattamenti soggetti al requisito di una valutazione*

Molteplici sono poi i provvedimenti con i quali il Garante si è pronunciato su differenti sistemi di IA adottati da soggetti pubblici o privati al fine di adempiere compiti di interesse pubblico o connessi all'esercizio di pubblici poteri.

Si ricordi la pronuncia concernente il c.d. *Redditometro*⁵³, adottato dall'Agenzia delle Entrate per selezionare i contribuenti da sottoporre ad accertamento e rideeterminazione del reddito. In quell'occasione il Garante ha richiamato l'Agenzia all'adozione di tutte le misure necessarie a tutelare i contribuenti rispetto al trattamento automatizzato o alla profilazione posta in essere.

Oppure al parere predisposto relativamente al c.d. sistema *SARI Real Time*⁵⁴, che, ove fosse stato utilizzato, avrebbe consentito di analizzare in tempo reale i volti ripresi da telecamere installate in aree geografiche predeterminate, confrontandoli con una banca dati predefinita, a disposizione delle forze di polizia. In merito, il parere negativo del Garante ha evidenziato come con il trattamento biometrico di tutte le persone che circolano in uno spazio pubblico, anche quelle non attenzionate, si determini «una evoluzione della natura stessa dell'attività di sorveglianza, passando dalla sorveglianza mirata di alcuni individui alla possibilità di sorveglianza universale allo scopo di identificare alcuni individui».

Il Garante ha avuto ancora occasione di esprimersi in occasione di un parere preventivo relativo all'utilizzo di un sistema decisionale automatizzato da parte della Provincia autonoma di Trento, impiegato nell'ambito dell'erogazione di interventi di sostegno economico-finanziario⁵⁵. Nell'occasione, l'Autorità, ha ricordato, quale principio di generale applicazione, la necessità di verificare periodicamente la logica algoritmica sottesa ai sistemi IA, garantire la trasparenza⁵⁶ dell'algoritmo e la possibilità di contestare le decisioni assunte sulla base dei medesimi, anche richiedendo l'intervento di un operatore umano, nonché consentire il facile accesso del cittadino alla possibilità di contestazione, anche attraverso un sistema parimenti automatizzato.

d'impatto sulla protezione dei dati ai sensi dell'art. 35, comma 4, del Regolamento (UE) n. 2016/679 - 11 ottobre 2018 e il relativo elenco contenuto nell'Allegato 1.

⁵³ Cfr. il provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali, *Redditometro: le garanzie dell'Autorità a seguito della verifica preliminare sul trattamento di dati personali effettuato dall'Agenzia delle entrate*, pubblicato il 21 novembre 2013 [doc. web n. 2765110].

⁵⁴ Cfr. il provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali, *Parere sul sistema Sari Real Time*, pubblicato il 25 marzo 2021 [doc. web n. 9575877].

⁵⁵ Si veda il provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali, *Parere favorevole sullo schema di norma predisposta dalla Provincia Autonoma di Trento in materia di trattamenti che implicano decisioni integralmente automatizzate*, pubblicato il 15 ottobre 2020 [doc. web n. 9480921].

⁵⁶ In proposito, si veda anche quanto stabilito nella recente sentenza della Corte di cassazione civile, 24 marzo 2021, n. 14381, con la quale è stata posta l'attenzione sulla necessità di garantire la trasparenza dell'algoritmo al fine di conoscerne il funzionamento e verificare l'impatto sul trattamento dei dati personali, quale diritto fondamentale. Con tale pronuncia la Corte ha poi previsto l'onere in carico a chi vuole fare uso di tecnologie algoritmiche di informare i soggetti interessati sulle modalità con cui i propri dati personali vengono trattati.

Più recente è la pronuncia emessa in merito a *Clearview AI*⁵⁷, società statunitense che fornisce un *software* finalizzato alla ricerca facciale e basato su un meccanismo di *machine learning*, che peraltro, a seguito dell'istruttoria, è stato riconosciuto non costituire processo decisionale automatizzato.

Da ultimo, il Garante – interpellato dalla Banca di Italia sullo schema di regolamento concernente il trattamento dei dati personali effettuato nell'ambito della gestione degli esposti⁵⁸ – ha dato parere favorevole allo schema di regolamento, in quanto conforme alla normativa e, nello specifico, poiché il sistema IA sotteso all'applicativo è risultato monitorato e controllato costantemente da parte di operatori umani, i quali possono intervenire anche a fini correttivi e di addestramento.

6. Considerazioni conclusive

In conclusione, è bene sottolineare il fatto che la digitalizzazione della Pubblica amministrazione è un presupposto necessario al fine di impiegare soluzioni di Intelligenza artificiale. Come già accennato in apertura, infatti, si tratta di due passaggi consequenziali: se l'Amministrazione non riesce a dotarsi delle necessarie infrastrutture digitali ed a gestire i dati in maniera efficiente, non è certo possibile compiere il passo successivo e procedere ad una progressiva automazione dell'attività amministrativa.

Occorre notare che, sebbene il processo di automazione della Pubblica Amministrazione sia stato definito come “ben avviato”⁵⁹, in realtà rispetto all'impiego di algoritmi e di soluzioni di IA bisogna tener presente che i ritardi sono ancora

⁵⁷ Si veda il provvedimento sanzionatorio del Garante per la protezione dei dati personali, *Ordinanza ingiunzione nei confronti di Clearview AI*, pubblicato il 10 febbraio 2022 [doc. web n. 9751362]. Più diffusamente su *Clearview*, cfr. G. MOBILIO, *Tecnologie di riconoscimento facciale. Rischi per i diritti fondamentali e sfide regolative*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, p. 178; I. NERONI REZENDE, *Facial recognition in police hands: Assessing the 'Clearview case' from a European perspective*, in *New Journal of European Criminal Law*, 3/2020, pp. 375 ss.; K. HILL, G.J.X. DANCE, *Clearview's Facial Recognition App is Identifying Child Victims of Abuse*, in *The New York Times*, 10 febbraio 2020 [nyti.ms/39Nilef].

⁵⁸ Cfr. il provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali, *Parere alla Banca d'Italia sullo schema di regolamento concernente il trattamento dei dati personali effettuato nell'ambito della gestione degli esposti*, pubblicato il 24 febbraio 2022 [doc. web n. 9751895].

⁵⁹ F. PATRONI GRIFFI, *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, in <https://www.giustizia-amministrativa.it/-/patroni-griffi-la-decisione-robotica-e-il-giudice-amministrativo-28-agosto-2018>, 2018, p. 8, che ritiene la decisione amministrativa robotizzata «indirizzata su un cammino che può essere ragionevolmente percorso in molti settori della vita quotidiana che richiedano l'intermediazione della pubblica amministrazione. È un percorso che impone cautele, che necessita di un adattamento del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti amministrativi e che probabilmente richiede regole europee comuni; ma è una strada senz'altro percorribile»; più scettico, invece, E. CARLONI, *Algoritmi su carta. Politiche di digitalizzazione e trasformazione digitale delle amministrazioni*, in *Diritto pubblico*, 2/2019, pp. 365 ss.

molti. Mi sia consentito fare rinvio allo studio realizzato dal CRISPEL insieme alla Fondazione per l'Innovazione COTEC, intitolato *Il futuro della Pubblica Amministrazione nell'era delle nuove tecnologie: le prospettive dell'Intelligenza Artificiale e l'impatto su cittadini ed imprese*, nell'ambito del quale è stato appurato come, soprattutto le Amministrazioni ministeriali, stiano avanzando a passo lento e faticoso verso tale meta⁶⁰.

Tuttavia, nonostante le difficoltà e le non brevi tempistiche di attuazione, la sistematica introduzione di algoritmi e Intelligenze artificiali nell'attività amministrativa rappresenta il futuro dell'Amministrazione. È necessario, così, interrogarsi rispetto a quale saranno le prospettive regolative di questo fenomeno.

Ebbene, come abbiamo visto, anche la normativa sulla regolazione dell'Intelligenza artificiale è in fase di elaborazione e sviluppo. Nonostante non vi siano speciali norme rivolte alla Pubblica Amministrazione, le regole dettate dalla Proposta valgono anche in ambito pubblico e, dunque, occorrerà fare i conti con l'applicazione di tale disciplina. L'Amministrazione si troverà così a dover fare i conti con un costante aggiornamento delle norme, con la necessità di dover testare le tecnologie in spazi regolativi chiusi e delimitati come le *sandboxes*, nonché con un sempre più necessario approccio *by design*, in grado di far interiorizzare alla tecnologia quei principi giuridici necessari a garantire la centralità dell'uomo e dei suoi diritti.

Se è vero, come giustamente affermato in dottrina, che una dialettica servo-padrone, di hegeliana memoria, intercorre tra decisioni umane e tecnologia, occorre evitare un inaccettabile rovesciamento di prospettiva, in cui la macchina asservisce il padrone, secondo una logica efficientista, che smarrisce il senso dell'impiego della tecnologia⁶¹. In quest'ottica, soltanto la regolazione del fenomeno e l'adozione di tutte le necessarie tutele a protezione dei diritti possono garantire la migliore forma di applicazione delle tecnologie. E ciò vale soprattutto in ambito pubblico.

⁶⁰ Report curato dalla Fondazione per l'Innovazione COTEC di concerto con il Centro di Ricerca Interdipartimentale per gli Studi Politico-costituzionali e di Legislazione comparata dell'Università degli Studi Roma Tre (CRISPEL), disponibile al link: https://cotec.it/it_IT/progetto-intelligenza-artificiale/. Dall'indagine condotta è emerso che «il processo di adozione di nuove tecnologie, ed in particolare di quelle di Intelligenza artificiale da parte delle Amministrazioni centrali, sebbene presenti un quadro fortemente disomogeneo, è complessivamente caratterizzato da una situazione di forte ritardo. Si riscontra, comunque, da parte di tutti i soggetti intervistati una chiara volontà di accelerare il processo e ciò è dimostrato anche da un numero crescente di iniziative in materia di nuove tecnologie e Intelligenza artificiale, avviate dalle varie Amministrazioni centrali. Tale processo può probabilmente essere agevolato da un previo sviluppo della digitalizzazione e di politiche mirate e lungimiranti sull'acquisizione dei dati (raccolta, archiviazione e consapevolezza), ed in tal senso i progetti e i fondi previsti dal PNRR potranno senz'altro contribuire a una significativa velocizzazione».

⁶¹ Così A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, cit., il quale ribadisce che sebbene «la tecnologia deve avere esclusivamente un valore "servente", in realtà non possiamo ignorare la sua travolgente "forza pratica", che tende a "rendere servo" il padrone».

INNOVAZIONE TECNOLOGICA E FONTI DEL DIRITTO

ELENA D'ORLANDO

1. Decisione politica e innovazione tecnologica

Il tema dei rapporti tra politica, tecnica e scienza nella produzione normativa non costituisce una novità nello studio delle fonti. Esso ha assunto però connotati di complessità forse non immaginabili in passato, risultando oggi caratterizzato, nell'esperienza concreta della normazione, da epifanie molteplici quanto a forme e contenuti, che investono, sul piano sistematico, differenti tipologie di fonti e, su quello materiale, i più disparati settori dell'ordinamento.

Più in generale, trattasi di un tema che, proprio in virtù dei descritti caratteri, ha ormai acquisito una dimensione che, se forse in origine apprezzabile perlopiù in riferimento alle dinamiche della forma di governo, ora le trascende. Essa investe anche, e inevitabilmente, alcuni capisaldi della forma di Stato di derivazione liberale, quali i principi che si coagulano nel *rule of law*, funzionale alla garanzia del rispetto della democrazia e dei diritti dell'uomo¹ e concorrente alla definizione dell'identità europea nel relativo spazio giuridico. Tale dimensione tende a ridisegnare le stesse geometrie del rapporto autorità-libertà, ovvero pubblico-privato, minando così alla base la legittimazione politica del diritto, tradizionalmente prevalente nello Stato democratico-pluralistico sebbene temperata dall'attenuazione della separazione tra Stato e società e tra politica ed economia rispetto a quanto accadeva nello Stato liberale. In altri termini, il peso sempre maggiore assunto dalla componente tecnico-scientifica rispetto a un diritto politico che mostra segni di debolezza crescenti e procedenti di pari passo con i noti fattori di crisi della stessa forma di Stato², non incide più solamente sui rapporti tra organi contitolari della

¹ Il riferimento è ai principi di legalità, certezza del diritto, divieto di arbitrarietà del potere esecutivo, indipendenza e imparzialità del giudice, controllo giurisdizionale effettivo, uguaglianza davanti alla legge: cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio dell'11 marzo 2014, *Un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto*, COM(2014) 158 final, 4; Consiglio d'Europa, Risoluzione 1594/2007 sul principio del *rule of law* e Risoluzioni 2040/2015 e 2188/2017, relative alle minacce al *rule of law* nell'ambito degli Stati membri del Consiglio d'Europa; Commissione di Venezia, *Report on the Rule of Law*, 25-26.3.2011, CDL-AD(2011)003rev. e Id., *Rule of Law Checklist*, 18.3.2016, CDL-AD(2016)007). Per una panoramica sul principio nelle sue varie declinazioni v., tra gli altri: L. Heuschling, *État de droit – Rechtsstaat – Rule of Law*, Paris, 2002; T. Bingham, *The Rule of Law*, London, 2010; M. Stolleis, *Rechtsstaat*, in A. Erlner, E. Kaufman (hrsg.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, vol. IV, Berlin, 1990, 367 ss.; G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, 97 ss.; A. Pin, *Il rule of law come problema*, Napoli, 2021.

² Ricontrabili sul piano economico-sociale, politico e giuridico-costituzionale: M. Volpi, *Libertà e autorità*, Torino, 2018, spec. 63 ss.

funzione di indirizzo politico³, ma sulla stessa configurazione e disciplina dei rapporti tra governanti e governati, tra Stato-apparato e Stato-comunità⁴.

Sul piano del sistema delle fonti, si osserva che in taluni casi la normazione viene attratta sempre più verso il basso, con l'effetto complessivo di configurare il sistema medesimo come una «piramide rovesciata»⁵, in cui una porzione consistente – per qualità e per quantità – della produzione normativa, anche se avente a oggetto beni di rilievo costituzionale, risulta da atti non considerati di rango primario o nemmeno contemplati nel sistema delle fonti (quali linee guida, direttive, circolari, ecc.⁶) – quantunque di straordinario rilievo nella pratica giuridica d'ogni giorno –, connotati da una significativa componente tecnico-scientifica. D'altro canto, le fonti teoricamente competenti perdono la natura e la funzione loro tipica e qualificante, recando prescrizioni fin troppo dettagliate – la cui posizione invece competerebbe ad atti inferiori – e parimenti con ampi richiami a discipline di matrice tecnico-scientifica estranee al circuito normativo politico⁷. In altri casi, invece, la normazione viene attratta verso orbite eccentriche rispetto ai tradizionali schemi di produzione, sino a giungere a veri e propri fenomeni di concorso di politica e scienza nella normazione o addirittura di riserva di competenza tecnico-scientifica, qualificati (e valorizzati) soprattutto dai c.d. *Science and Technology Studies*⁸ in termini di co-produzione⁹.

³ Come nella classica fattispecie della delegazione legislativa, ove esigenze tecniche (in senso stretto, ma anche più latamente di coerenza e di organicità) inducono uno spostamento della produzione normativa dal Legislativo all'Esecutivo, pur nella permanenza di una posizione più o meno baricentrica del primo: L. Pegoraro, A. Rinella, *Costituzioni e fonti del diritto*, Torino, 2018, 171 s.

⁴ A. Ruggeri, *Mutamenti del contesto politico-istituzionale, progresso scientifico e tecnologico, teoria della Costituzione (con specifico riguardo al punto di vista della Consulta)*, in A. Ruggeri, "Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti. XXIV. *Studi dell'anno 2020*, Torino, 2021, 185 ss.

⁵ A. Ruggeri, *Il disordine delle fonti e la piramide rovesciata al tempo del Covid-19*, in A. Ruggeri, "Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti. XXIV. *Studi dell'anno 2020*, cit., spec. 888 ss.

⁶ E. D'Orlando, F. Nassuato, *Linee guida e sistema delle fonti: un'ipotesi ricostruttiva*, in *Corti supreme e salute*, 1, 2021, 55 ss.

⁷ F. Salmoni, *Norme tecniche e dottrina giuspubblicistica*, in *Percorsi costituzionali*, 2/2017, 721 ss. e, *amplius*, Id., *Le norme tecniche*, Milano, 2001.

⁸ E.J. Hackett, O. Amsterdamska, M. Lynch, J. Wajcman (ed.), *Handbook of Science and Technology Studies*, Cambridge (Mass.), 2007; S. Beck, J. Niewöhner, E. Sorensen, *Science and Technology Studies. Eine sozialanthropologische Einführung*, Bielefeld, 2012. Trattasi di quel filone di analisi che compendia un insieme di visioni che considerano i fatti scientifici come il prodotto di ricerche anche socialmente condizionate, piuttosto che come oggettive rappresentazioni della natura. Per questo tale approccio consente di comprendere le sottili dinamiche tra scienza e diritto e di aprire, quindi, «allo sguardo delle società democratiche contemporanee le scatole nere di sapere/potere che la "grande divisione tra scienza e diritto" legittima in nome dell'oggettività della scienza»: M. Tallacchini, *Scienza e diritto. Prospettive di co-produzione*, in *Rivista di filosofia del diritto*, fasc. 2, dicembre 2012, 332.

⁹ «Co-production», con riferimento ai rapporti tra scienza e diritto, è un'espressione intesa come strumento interpretativo del reciproco generarsi del linguaggio della scienza e del diritto: S. Jasanoff, *The Fifth Branch. Science Advisors and Policymakers*, Cambridge (Mass.), 1990 e Id. (ed.), *States of Knowledge. The Co-Production of Science and Social Order*, London, 2004.

Quindi, non più solo fuga dalla legge e dal regolamento¹⁰, ma dal diritto politico *tout court*.

Tutto ciò determina una serie di ripercussioni che dal piano della normazione si traslano su quello dell'amministrazione, mutando l'intrinseca natura del parametro di legalità¹¹. In prospettiva diacronica, è noto il mutamento che tale parametro ha subito, passando dallo Stato liberale a quello sociale di diritto, in cui la legalità è progressivamente divenuta conformità non alla legge in senso stretto, ma a una regola di diritto che funge da parametro di valutazione e di verifica della conformità dell'atto allo scopo, esprimendo quindi un vincolo più limitato in raffronto alla concezione tradizionale ma, al tempo stesso, più ampio, in quanto coinvolgente parametri ulteriori rispetto a quello formalmente legislativo¹². Tuttavia, sino ad ora, la costante è rappresentata dal fatto che il parametro di legalità si è comunque perlopiù fondato su un diritto di natura politica, che costituisce tradizionalmente il risultato di un atto di volontà, promanante da un'autorità politica (generalmente uno o più organi di vertice dell'ordinamento), la quale, sulla base di valutazioni di merito, traduce in norme giuridiche l'indirizzo politico di governo, che a sua volta si fonda sul consenso (perlomeno maggioritario) dei consociati¹³. Quando oggi discorriamo di innovazione tecnologica e, in particolare, di intelligenza artificiale e, quindi, di legalità algoritmica¹⁴, ci troviamo di fronte a un nuovo salto di qualità del parametro di legalità e la domanda che allora sorge è come costruirlo, cioè come fare in modo che l'innovazione tecnologica possa essere integrata efficacemente all'interno del paradigma normativo che la pubblica amministrazione si trova di fronte quando deve orientare la sua azione e la sua organizzazione.

Interrogandosi sul perché di tali fenomeni sul piano teorico generale, il tema che viene in evidenza è quello dell'adeguatezza dei procedimenti di produzione normativa, considerati sotto i profili soggettivo e oggettivo, rispetto alle esigenze di normazione che provengono dalla realtà.

Come accennato, la questione non è nuova: è dall'avvento delle Costituzioni ri-

¹⁰ A. Ruggeri, *Ha ancora un futuro la legge quale strumento primario di normazione e di direzione politica?*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2021, 567 ss.; N. Lupo, *La normazione secondaria e il fenomeno della fuga dalla legge n. 400 del 1988 al vaglio del Comitato per la legislazione*, in *federalismi.it*, 3/2017; B. Tonoletti, *Fuga dal regolamento e confini della normatività nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2-3/2015, 371 ss.

¹¹ Le fonti normative svolgono, infatti, un ruolo centrale nella determinazione delle funzioni amministrative e delle forme di tutela nei confronti delle pubbliche amministrazioni, presentando peraltro, in questa branca del diritto, profili di specificità e di specialità riconducibili alla *ratio* di tutela dell'interesse pubblico: G. Rossi, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, 2010, 57; M.A. Sandulli, *Introduzione. La complessità delle fonti, le tendenze del sistema e il ruolo dei principi nel diritto amministrativo*, in M.A. Sandulli (cur.), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2020, 2.

¹² S. Cassese, *Le basi costituzionali*, in S. Cassese (cur.), *Trattato di diritto amministrativo*, I, *Diritto amministrativo generale*, Milano, 2003, 220 ss.

¹³ A. Pizzorusso, *Sistemi giuridici comparati*, Milano, 1998, 349 ss.

¹⁴ Su cui si rinvia a R. Cavallo Perin, *Il principio di legalità dell'amministrare per algoritmi*, in questo volume.

gide che gli ordinamenti giuridici hanno cominciato ad assumere connotati sempre più articolati al loro interno; la graduale erosione della sovranità statale da parte di soggetti sovra, inter- e transnazionali, pubblici e privati, si può dire proceda di pari passo con l'evoluzione dell'attuale fase del costituzionalismo, dal secondo dopoguerra in poi. Il risultato è che il sistema giuridico, in presenza di un ordine plurale, «non si presenta più come un fluire normativo uniforme da un unico centro di autorità, ma come il risultato dell'interrelazione instabile tra molteplici tipi di autorità, o pretese di autorità, situati in differenti luoghi o in differenti processi all'esterno e all'interno dello Stato stesso»¹⁵. Trattasi di una traiettoria evolutiva ben conosciuta e che attesta l'attenuazione della pratica funzionalità del «sistema Vestfalia»¹⁶.

È tuttavia indubitabile che il disallineamento, in termini di efficacia, tra forme tradizionali ed esigenze effettive della normazione, ha subito una forte accelerazione nel recente passato. Si potrebbe affermare che ciò richiama, sul terreno delle fonti, uno dei profili (e delle sfide) più affascinanti della teoria della complessità, applicabile a tutte le organizzazioni umane di cui si voglia orientare l'evoluzione: la necessità di passare da una visione programmatica a una visione strategica, ovvero che non miri a predeterminare le fasi del proprio sviluppo indipendentemente dalla molteplicità degli eventi e delle contingenze, ma che sia in grado di apprendere e di modificarsi proprio sulla base di questi¹⁷. In altri termini, ragionando sul piano delle fonti, la necessità di configurare sistemi di normazione flessibili nei contenuti e, per taluni aspetti, nella durata degli effetti¹⁸, nonché plurali nella legittimazione, tenendo presente che il pluralismo giuridico contemporaneo, a differenza di quello del primo Novecento – che teorizzava il rilievo delle associazioni, delle nuove forme di autonomia dei partiti, dei sindacati e, in generale, delle organizzazioni degli interessi, all'interno della sfera pubblica statale¹⁹ –, «si origina dalla crisi e dall'indebolimento del soggetto statale e dalla rottura dei confini che, definendo la forma spaziale del diritto, contenevano nel medesimo ambito territoriale diritto politica ed economia»²⁰.

¹⁵ F. Viola, *Rule of law. Il governo della legge ieri ed oggi*, Torino, 2011, 144.

¹⁶ Sistema che viene indicato come la scaturigine, sul piano storico e politico, dell'avvento del diritto politico da A. Pizzorusso, *Fonti del diritto*, in F. Galgano (cur.), *Commentario del Codice civile Branca-Scialoja*, Bologna-Roma, 2011, 146; Id., *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, *passim* e, spec., 16 ss. e 39; Id., *Sistemi giuridici comparati*, Milano, 1998, 90.

¹⁷ G. Bocchi, M. Ceruti, *La sfida della complessità nell'età globale*, in G. Bocchi, M. Ceruti (cur.), *La sfida della complessità*, Milano, 2007, XIV. Sul tema, più di recente, A.F. De Toni, G. De Zan, *Il dilemma della complessità*, Venezia, 2015, parte I e II. Per una interessante riflessione in chiave metodologica su scienza della complessità e diritto comparato, R. Scarciglia, *Scienza della complessità e comparazione giuridica nell'età dell'asimmetria*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. spec., 2019, 701 ss.

¹⁸ S. Ranchordás, *Constitutional Sunsets and Experimental Legislation. A Comparative Perspective*, Cheltenham-Northampton, 2014.

¹⁹ Per un affresco sulle trasformazioni del diritto pubblico contemporaneo, G. Volpe, *Il costituzionalismo del Novecento*, Roma-Bari, 2000.

²⁰ G. Zaccaria, *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, 2012, 51.

Quanto precede presuppone la disponibilità a riconsiderare alcuni punti di approdo di una teoria delle fonti di ispirazione formale-astratta, qual è quella in cui si è riconosciuta per lungo tempo la dottrina giuspubblicistica maggioritaria e che poggia sulla fiducia in un sistema il cui fulcro nevralgico era il diritto politico, ovvero il legislatore²¹.

Il terreno sul quale politica e innovazione tecnologica si confrontano oggi con maggiore evidenza senza le intermediazioni fornite dai tradizionali schemi di produzione normativa e in relazione al quale, quindi, va articolata la ricerca della legittimazione di un pluralismo normativo che, nei fatti, è sempre più diffuso e penetrante, è quello dell'intelligenza artificiale. Il diritto politico subisce in questi casi una concorrenza o, addirittura, una sostituzione, a opera di “formanti” normativi, che non sempre può o riesce a “governare”: la cifra, forse, del nuovo «costituzionalismo tecnologico»²² del XXI secolo.

2. Intelligenza artificiale e costruzione del paradigma normativo

Per quanto non vi sia una definizione universalmente condivisa del concetto all'interno della comunità scientifica – ed esso dipenda perlopiù dagli obiettivi che i ricercatori intendono raggiungere, dai metodi che vengono impiegati nella sua costruzione e dai risultati ottenuti grazie alla ricerca scientifica²³ – con una semplificazione inevitabile ma funzionale alla presente disamina è possibile definire l'IA come quella tecnologia mirata all'elaborazione di sistemi in grado di risolvere problemi o svolgere compiti e attività tipici della mente e dell'abilità umane. Più in particolare, mutuando la definizione datane dall'*High-Level Expert Group on Artificial Intelligence* costituito dalla Commissione europea con l'obiettivo di sostenere e incentivare l'attuazione di una strategia europea comune sullo sviluppo dell'IA²⁴,

²¹ Anche se, è opportuno sin d'ora rilevare, trattasi di una posizione che da tempo è messa in discussione, da diversi punti di vista. Per la prospettiva storica, P. Grossi, *Oltre la legalità*, Roma-Bari, 2020 e Id., *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001, spec. 58 ss.; per quella teorico-generale, G. Zaccaria, *La comprensione del diritto*, cit., spec. 29 ss. e Id., *Presentazione*, in G. Zaccaria (a cura di), *Diritto positivo e positività del diritto*, Torino, 1991, spec. XII; per quella costituzionale, G. Volpe, *Il costituzionalismo del Novecento*, cit., 238 ss.

²² E. Malfatti, *Scienza, tecnologia e forme di produzione giuridica. Qualche rilievo d'insieme*, in *DPCE Online*, 3/2020, 3270.

²³ M.U. Scherer, *Regulating Artificial Intelligence Systems: Risks, Challenges, Competencies, and Strategies*, in *Harvard Journal of Law & Technology*, vol. 29, n. 2, 2016, 359. Sulle diverse accezioni del concetto, nella loro evoluzione nel tempo, M.A. Boden, *Artificial Intelligence. A Very Short Introduction*, Oxford, 2018.

²⁴ Sulla quale v. Commissione europea, *Libro bianco sull'intelligenza artificiale. Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia*, Bruxelles, 19.2.2020, COM(2020) 65 final, nonché la Comunicazione della Commissione europea al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle Regioni, *Fostering a European approach to Artificial Intelligence*, Brussels, 21.4.2021,

«Artificial Intelligence (AI) systems are software (and possibly also hardware) systems designed by humans that given a complex goal, act in the physical or digital dimension by perceiving their environment through data acquisition, interpreting the collected structured and unstructured data, reasoning on the knowledge, or processing the information, derived from this data and deciding the best action(s) to take to achieve the given goal. AI systems can either use symbolic rules or learn a numeric model, and they can also adapt their behaviour by analysing how the environment is affected by their previous actions...»²⁵.

Ciò premesso, emergono in modo evidente le differenze ontologiche che caratterizzano i profili tecnologici da un lato e gli strumenti e le categorie appartenenti alla dimensione giuridica dall'altro. Le risultanze scientifiche sono infatti soggette a cambiamenti e aggiornamenti costanti e tale mutevolezza risulta problematica sotto il profilo giuridico, poiché contrasta con una delle caratteristiche salienti del diritto, il principio di certezza e i connessi principi di eguaglianza e non discriminazione. Inoltre, le scienze applicate hanno a oggetto una serie molto diversificata di materiali e di casi, per cui ogni minima differenza va tenuta in considerazione per evitare una regolamentazione giuridica indifferenziata e quindi irragionevole; circostanza che non si armonizza con l'idea del diritto come sistema codificato di principi generali. L'*iter* legislativo richiede tempi lunghi, sia per ragioni procedurali endogene sia perché, a volte, si tratta di temi sui quali possono palesarsi divergenze marcate all'interno dell'organo decisore; la conseguenza è che la legge rischia di essere spesso in ritardo rispetto alle concrete necessità di normazione. D'altro canto, la complessità scientifica richiede competenze tecniche qualificate, che normalmente non caratterizzano gli organi politici (né, sul versante del sindacato, quelli giurisdizionali), né sono sempre acquisibili da quelli (e da questi) in modo funzionale agli obiettivi perseguiti.

L'utilizzo dell'IA è studiato maggiormente nei settori della giustizia e/o dell'amministrazione²⁶. Meno esplorato risulta invece il campo relativo all'uso dell'IA nella produzione normativa, soprattutto perché l'attuale fase di sviluppo di questa tecnologia la configura perlopiù quale mezzo (tecnico) al servizio del fine (politico)²⁷. D'altro canto è intuibile che, ragionando diversamente, in questo con-

COM(2021) 205 final e la *Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (Legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione*, Bruxelles, 21.4.2021, COM(2021) 206 final, 2021/0106 (COD).

²⁵ *High-Level Expert Group on Artificial Intelligence, A Definition of AI: Main Capabilities and Scientific Disciplines*, Brussels, 2019, 6, in <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/definition-artificial-intelligence-main-capabilities-and-scientific-disciplines>.

²⁶ Paradigmatico è il caso dell'uso degli algoritmi predittivi nelle decisioni giudiziarie ed amministrative, sul quale si rinvia, tra gli altri, ad A. Simoncini, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1/2019, 71 ss.; G. Orsoni, E. D'Orlando, *Nuove prospettive dell'amministrazione digitale: open data e algoritmi*, in *Istituzioni del federalismo*, 3/2019, 593 ss.; R. Cavallo Perin, I. Alberti, *Atti e procedimenti amministrativi digitali*, in R. Cavallo Perin, D.U. Galletta (a cura di), *Il diritto all'amministrazione pubblica digitale*, Torino, 2020, 119 ss.

²⁷ A. Sciortino, *Il Governo tra tecnica e politica: le funzioni*, in G. Grasso (a cura di), *Il Governo tra tecnica e politica*, cit., 32 ss.

testo la questione assumerebbe connotati difficilmente riconducibili agli schemi tradizionali della produzione normativa: se la tecnologia non si configurasse come mero supporto informativo, interpretativo e applicativo (come oggi è la c.d. *Artificial Narrow Intelligence*), ma come meccanismo sostitutivo di valutazione politica e, quindi, valoriale, si metterebbe in discussione non solo il ruolo della politica rispetto alla tecnica, ma il ruolo dell'elemento umano *tout court*, proprio in quei processi decisionali che sono la sede naturale in cui prendono corpo le diverse manifestazioni della democrazia e lo strumento attraverso il quale si concretizzano i diritti dei cittadini.

Tuttavia la questione potrebbe porsi, in prospettiva. Si pensi, in questo senso, all'estrema evoluzione dell'IA rappresentata dallo sviluppo delle reti neurali artificiali (*Artificial Neural Networks*) e delle tecniche di *Deep Learning*²⁸, i cui progressi e le cui *performance* conducono in uno scenario molto diverso da quello dell'informatica tradizionale, in cui il contenuto del *software* si identifica totalmente nella volontà del programmatore: ora il calcolatore assume una sempre maggiore autonomia d'azione e genera *output* che vanno oltre i possibili risultati predetti da chi ha compilato il codice sorgente iniziale, lasciando così supporre che la creazione di una IA generale (*Artificial General Intelligence*), completamente indistinguibile dall'intelligenza umana, non sia in futuro un obiettivo così fantascientifico.

Ma anche senza indulgere a tali visioni futuribili, il punto è che già oggi la tecnologia intelligente è in grado di incidere significativamente all'interno di decisioni capaci di produrre effetti giuridici rilevanti sulle libertà e sui diritti, individuali e collettivi, uscendo dallo schema consolidato che vede nello strumento tecnologico un mezzo idoneo a consentire il raggiungimento di un dato obiettivo e assumendo, invece, un ruolo sempre più rilevante nel determinare il risultato del processo decisionale²⁹.

Questo aspetto costituisce uno degli effetti maggiormente dirompenti dell'attuale progresso tecnologico, dal momento che alcune tecnologie, grazie alle loro caratteristiche e capacità tecniche, possono attualmente offrire vere e proprie risposte normative, differenziandosi dai consueti paradigmi di regolazione (c.d. *Law 3.0*, quale esito della *technological disruption of law*³⁰).

²⁸ Che, a differenza del *Machine Learning*, consentono di apprendere, in modo non supervisionato, da dati non strutturati e non classificati, analizzando informazioni e creando tra esse schemi da utilizzare nel processo decisionale finale: G.F. Italiano, *Intelligenza Artificiale: passato, presente, futuro*, in F. Pizzetti (cur.), *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018, 216 ss.; K. Hartnett, *Per una teoria generale delle reti neurali*, in *I quaderni delle Scienze*, 4/2019, 3.

²⁹ Cosicché si dovrebbe, in realtà, solo attendere «il salto di qualità, o di specie» che dovrebbe portare l'IA a essere utilizzata non in sistemi decisionali circoscritti e settoriali, ma in quelli direttamente rientranti nel circuito della democrazia rappresentativa: E. Stradella, *AI, tecnologie innovative e produzione normativa: potenzialità e rischi*, in *DPCE Online*, 3/2020, 3345.

³⁰ *Law 3.0* è la suggestiva espressione coniata da R. Brownsword, *Law 3.0. Rules, Regulation, and Technology*, Abingdon-New York, 2021, per indicare un nuovo paradigma normativo, in cui il diritto e gli

Senza poter affrontare in questa sede, in modo compiuto, un argomento che rappresenta probabilmente una delle ultime frontiere della speculazione in materia di fonti di produzione del diritto, si formuleranno di seguito alcune riflessioni su come tentare di ricondurre a paradigmi compatibili con il primato della legittimazione democratica i rapporti tra IA e fonti del diritto.

Ciò posto, occorre innanzitutto chiedersi se e come gli strumenti giuridici tradizionali di produzione normativa possano effettivamente creare un insieme di regole adeguate a disciplinare puntualmente l'applicazione dell'IA, in generale e all'interno di specifici settori, prevedendo un bilanciamento ragionevole tra benefici e rischi. I primi sinteticamente riconducibili a un miglior soddisfacimento dei diritti e a una più rapida, efficace ed economica azione pubblica³¹. I secondi derivanti, da una parte, dall'inintelligibilità della tecnologia (c.d. *black box problem*)³² e da *dataset* che, qualora inidonei per quantità e/o qualità (*biased*), possono originare discriminazioni ed effetti pregiudizievoli³³; dall'altra, dalla dimensione perlopiù privata delle tecnologie intelligenti, che pone rilevanti questioni di tenuta degli attuali sistemi democratici fondati su un costituzionalismo liberale e sociale, rispetto al potere espresso negli ultimi anni dalle *big tech companies*³⁴; dall'altra ancora, dalla

strumenti giuridici tradizionali tendono a essere progressivamente sostituiti sulla base di un approccio tecnocratico, cioè che considera le soluzioni tecnologiche l'unico strumento di regolamentazione effettiva per i prodotti dell'innovazione (*ivi*, spec. 31 ss.). Sulla possibilità che la tecnologia si autodisciplini, sia una vera e propria fonte diretta di soluzioni e, in alcuni casi, di regolamentazione dei comportamenti umani, cfr. J. Danher, *The Ethics of Algorithmic Outsourcing in Everyday Life*, in K. Yeung, M. Lodge (ed.), *Algorithmic Regulation*, Oxford, 2019, 100. Nella letteratura italiana, cfr. A. Santosuosso, *Intelligenza artificiale e diritto. Perché le tecnologie di IA sono una grande opportunità per il diritto*, Milano, 2020.

³¹ A. Simoncini, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 4/2019, 1169 ss.; G. Orsoni, E. D'Orlando, *Nuove prospettive dell'amministrazione digitale: Open data e algoritmi*, cit., 600 ss.; J.B. Auby, *Il diritto amministrativo di fronte alle sfide digitali*, in *Istituzioni del Federalismo*, 3/2019, 619 ss.; D.U. Galetta, J.G. Corvalan, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *federalismi.it*, 3/2019; F. Patroni Griffi, *Intelligenza artificiale: amministrazione e giurisdizione*, in U. Ruffolo (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, 2020, 475 ss.

³² F. Pasquale, *The Black Box Society. The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Cambridge (Mass.)-Londra, 2015.

³³ Cfr. *European Union Agency for Fundamental Rights, Data quality and artificial intelligence – mitigating bias and error to protect fundamental rights*, 2019, in https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2019-data-quality-and-ai_en.pdf; *High-Level Expert Group on Artificial Intelligence, Ethics Guidelines for Trustworthy AI*, Bruxelles, 2019, in <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai>. In dottrina: G. D'Acquisto, *Qualità dei dati e Intelligenza Artificiale: intelligenza dai dati e intelligenza dei dati*, in F. Pizzetti (a cura di), *Intelligenza Artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, cit., 265 ss.; F. Zuiderveen Borgesius, *Discrimination, artificial intelligence, and algorithmic decision-making*, Strasbourg, 2018, in <https://rm.coe.int/discrimination-artificial-intelligence-and-algorithmic-decision-making/1680925d73>.

³⁴ Che comporta esclusione dai benefici dell'IA per chi economicamente non possa accedervi, mancanza di trasparenza nel loro utilizzo, potenziale condizionamento nei confronti degli utenti. Sul tema cfr. B. Caravita di Toritto, *Principi costituzionali e intelligenza artificiale*, in U. Ruffolo (a cura di),

possibilità che l'introduzione di una disciplina giuridica dell'IA si trasformi in una "gabbia" per il progresso e l'innovazione in questo settore³⁵.

In proposito vi è chi ha prospettato una dottrina della «precauzione costituzionale», in base alla quale, considerata la necessità di elaborare strategie difensive dei diritti individuali e collettivi in condizioni di incertezza conoscitiva riguardo ai possibili effetti negativi dell'impiego di una tecnologia, «deve esistere una regolazione effettiva, di livello sovra-nazionale e sovra-legislativo, riguardante le tecnologie, volta ad evitare il verificarsi di violazioni delle libertà fondamentali non più (o molto difficilmente) rimediabili una volta che esse sono state diffuse»³⁶. Da qui un diritto costituzionale «ibrido... che conosca e sappia esprimersi nel linguaggio della tecnologia»³⁷.

Sul punto è opportuno rilevare che, se non è pensabile, in generale, che la disciplina della scienza e della tecnica sia demandata esclusivamente all'autoregolamentazione, ciò appare più che mai evidente per la disciplina dell'IA, in ragione delle sue caratteristiche: la difficoltà di comprensione e la carenza di flessibilità interpretativa, la solo apparente neutralità, la presenza di interessi privati di natura economica e commerciale, la mancanza di legittimazione democratica dei soggetti regolatori, la natura volontaria delle norme così adottate e l'assenza di un consenso sociale sul contenuto delle stesse, sono tutti fattori che evidenziano la necessità di un intervento giuridico normativo³⁸. È altresì vero, però, che la componente tecnica va comunque valorizzata, poiché può consentire di superare le rigidità degli strumenti giuridici vincolanti e promuovere una disciplina coordinata e caratterizzata dall'interoperabilità necessaria alla dimensione transnazionale del fenomeno e agevolarne l'effettiva attuazione.

Da qui l'idea di un modello di normazione aperto alla partecipazione di comitati

Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica, cit., 459 ss. e, sulle conseguenze del fenomeno in prospettiva globale, S. Zuboff, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Roma, 2019.

³⁵ V. OECD, *Artificial Intelligence in Society*, Parigi, 2019, in <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/eedfee77-en.pdf?expires=1604342807&id=id&accname=ocid41019197&checksum=2439E5CD3924612388705D5E82104A91>. In dottrina, Y. Poulet, *La technologie et le droit: du défi à l'alliance*, in G. Comandè, G. Ponzanelli (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, cit., 240 ss.; G.N. Mandel, *Legal Evolution in Response to Technological Change*, in R. Brownsword, E. Scotford, K. Yeung (ed.), *The Oxford Handbook of Law, Regulation and Technology*, Oxford, 2017, 227 ss.

³⁶ A. Simoncini, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, cit., 87. In quest'ottica, appare interessante l'evoluzione della sensibilità politica e, in prospettiva, normativa, che sta maturando a livello europeo e che è stata richiamata sopra, nella nota n. 24.

³⁷ A. Simoncini, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, cit., 87 s. Di «hybrid knowledge» scrive altresì E. Palmerini, *The Interplay Between Law and Technology, or the RoboLaw Project in Context*, in E. Palmerini, E. Stradella (a cura di), *Law and Technology. The Challenge of Regulating Technological Development*, Pisa, 2013, 13.

³⁸ G. Mobilio, *L'intelligenza artificiale e i rischi di una "disruption" della regolamentazione giuridica*, in *Bio-Law Journal – Rivista di BioDiritto*, 2/2020, 407 ss.; G. Resta, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di eguaglianza*, in *Politica del diritto*, 2/2019, 199 ss.

di esperti; aggiornabile, con rinvii mobili ai risultati della scienza o con la tecnica delle c.d. *sunset clauses* o della *experimental legislation*³⁹; modulare, in cui la fonte competente a fissare i principi fondamentali è integrata e applicata attraverso altre “fonti” più focalizzate sui singoli casi concreti, in modo da garantire una *governance* complessiva della materia in cui etero- ed autoregolamentazione possano coesistere e trovare una composizione⁴⁰. Un modello, dunque, non più strutturato come un insieme di norme giuridiche rappresentanti, monoliticamente, il paradigma normativo, ma un insieme di strumenti eterogenei, impiegabili per le medesime finalità, alcuni dei quali – quelli giuridici – prescrivono cosa dovrebbe (o non dovrebbe) essere fatto, altri – quelli tecnici – che stabiliscono solo ciò che si può (o non si può) fare⁴¹, nel quale diritto e scienza trovano un’integrazione⁴².

Inoltre, su un altro piano, è intuibile che in questa materia, che travalica i confini dei singoli Stati e ha una portata globale, sarebbe auspicabile una disciplina normativa multilivello e integrata, con un carattere geograficamente circoscritto tale da garantire, a un tempo, un’adeguata efficacia precettiva e una regolamentazione sufficientemente dettagliata, circostanze che rendono l’UE una dimensione di riferimento naturale⁴³.

³⁹ Definibili come quegli strumenti normativi che «*ally[ing] prognostics with the real-world evidences*» e consentono di acquisire elementi che «*assist lawmakers in the process of learning about the effects of a new legal regime or innovation-oriented policy. This justify why these legislative instrument is valuable in a time of fast and technological changes*»: S. Ranchordás, *Constitutional Sunsets and Experimental Legislation. A Comparative Perspective*, Cheltenham-Northampton, 2014, 6.

⁴⁰ Sul paradigma normativo aperto, aggiornabile e modulare come modello per consentire al diritto politico di affrontare la sfida scientifica (specie nel campo del biodiritto), cfr. C. Casonato, *21 st Century BioLaw: a proposal*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 1, 2017, 81 e Id., *Le 3 A di un diritto sostenibile ed efficace*, in V. Barsotti (cur.), *Bioteologie e diritto*, Santarcangelo di Romagna, 2016, 29 ss.

⁴¹ R. Brownsword, *Law 3.0. Rules, Regulation, and Technology*, cit., 5.

⁴² Che non non dovrebbe escludere la possibilità di prevedere e di promuovere il ricorso anche a soluzioni di natura tecnologica, qualora queste si dimostrino essere le risposte più efficaci ed efficienti rispetto alle problematiche avanzate dall’IA, come si sostiene nella prospettiva del *Law 3.0* a proposito dell’incorporazione del dato giuridico nell’architettura tecnologica. Trattasi, peraltro, di una tendenza regolativa già in atto: si consideri, per esempio, il Regolamento 2016/679/UE a proposito dei meccanismi di c.d. *privacy by design*, ove si prevede che il rispetto di determinate regole e diritti venga implementato all’interno della tecnologia stessa sin dalla sua originaria configurazione (art. 25 – Protezione dei dati fin dalla progettazione e protezione per impostazione predefinita). Sul punto, G. Orsoni, E. D’Orlando, *Nuove prospettive dell’amministrazione digitale: Open data e algoritmi*, cit., 614.

⁴³ Il tema dell’IA è stato oggetto, infatti, anche di interventi di ampia portata sul piano internazionale come, per esempio, da parte dell’OCSE (<https://www.oecd.org/going-digital/ai/>) o da parte dell’UNESCO (*First Draft of the Recommendation on the Ethics of Artificial Intelligence*, predisposto dall’*Ad Hoc Expert Group*: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pj0000373434?posInSet=1&queryId=basket-anon%3A7a202f62-c919-4f67-bf67-96df8110e64>) o del Consiglio d’Europa (come la *European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and Their Environment*, elaborata ed adottata dalla *European Commission for the Efficiency of Justice* nel dicembre 2018: <https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699d>). Tuttavia trattasi spesso di atti privi di una diretta vincola-

Ciò premesso, in attesa che giunga a compimento la positivizzazione della strategia europea⁴⁴, analizzando il modo in cui la problematica è stata sinora affrontata dalle istituzioni democratiche-rappresentative nel panorama comparato, è possibile individuare distinti modelli di “governo” dell’IA da parte del diritto, ovvero diversi modi con cui i processi normativi possono variamente integrare il dato scientifico.

Così, la necessità di mantenere un paradigma normativo aperto, nonché flessibile e “modulabile”, è per esempio apprezzabile in quegli ordinamenti che prediligono il ricorso ad atti latamente riconducibili alla categoria del *soft law*⁴⁵, spesso formati con l’apporto di organi creati *ad hoc* o già operanti, con competenze specifiche, nel settore considerato. Si asseconda in questo modo l’esigenza di approntare discipline caratterizzate da una certa duttilità e interdisciplinarietà, che deriva dalla circostanza per cui, come già ricordato, la tecnologia richiede conoscenze complesse ed è in continua evoluzione, necessitando quindi di normative che siano attente ai suoi contenuti e al passo con i suoi tempi. Tale soluzione è frequente a livello internazionale⁴⁶, mentre nell’ordinamento dell’UE si registra l’utilizzo sia di strumenti non cogenti supportati dal lavoro di esperti⁴⁷, che di *hard law*⁴⁸. Con riferimento alle esperienze nazionali, come esempio paradigmatico della prevalenza del modello flessibile si può indicare il Regno Unito, dove per lungo tempo il

tività giuridica nei confronti dei destinatari e con un contenuto che, per sua stessa natura, deve essere molto generale, difettando così complessivamente di efficacia dal punto di vista precettivo. Sull’UE come livello ottimale di disciplina della materia, B. Caravita di Toritto, *Principi costituzionali e intelligenza artificiale*, cit., 457 ss.

⁴⁴ I cui tasselli sono stati ricordati *supra*, *sub* nota n. 24.

⁴⁵ Categoria che, nata nell’ambito delle relazioni internazionali, riassume in sé un’ampia varietà di atti e fenomeni dai contenuti piuttosto eterogenei, ma accomunati da alcuni elementi ricorrenti: la mancanza di efficacia precettiva immediatamente vincolante nei confronti dei destinatari, ovvero una forza giuridica estremamente ridotta, perlopiù limitata alla c.d. *moral suasion*; la non giustiziabilità e l’assenza di rimedi giuridici nelle ipotesi di inosservanza dei relativi atti, neppure nella prospettiva della tutela del legittimo affidamento dei soggetti interessati alla loro puntuale attuazione; la collocazione sul piano perlopiù politico, e non giuridico, della responsabilità per le ipotesi di violazione. Nell’ambito della vasta letteratura sul tema, cfr.: L. Senden, *Soft Law in European Community Law*, Oxford-Portland, 2004; E. Mostacci, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008; A. Somma (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, Giappichelli, 2009; G. Morbidelli, *Degli effetti giuridici della soft law*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, 2/2016, 1 ss. e B. Boschetti, *Soft law e normatività: un’analisi comparata*, *ivi*, 32 ss.

⁴⁶ Come nei casi dei documenti approvati dall’OCSE, dall’UNESCO o dal Consiglio d’Europa, ricordati nella nota n. 43.

⁴⁷ Trattasi, per esempio, dei documenti ricordati *supra*, *sub* nota n. 24, a cui si possono aggiungere le *Ethics Guidelines for Trustworthy AI*, elaborate nel 2019 dal già citato *High Level Expert Group on AI* (<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai>). Sulla pluralità che caratterizza l’approccio dell’UE al tema dell’IA, E. Chiti, B. Marchetti, *Divergenti? Le strategie di Unione europea e Stati Uniti in materia di intelligenza artificiale*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, 1/2020, 37.

⁴⁸ Come, per esempio, la *Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio*, destinata a divenire *Legge sull’intelligenza artificiale*, pure richiamata nella nota n. 24.

soft law ha in qualche modo sopperito alla carenza di una disciplina legislativa organica sull'organizzazione e il procedimento amministrativo, che ha incentivato forme di *self-regulation* in diversi settori, con significative ricadute anche in sede giudiziaria⁴⁹. Negli ultimi anni il Governo ha promosso diverse iniziative, affidate a comitati e gruppi di consulenti qualificati, poi concretizzatesi in documenti (*report*, raccomandazioni, linee guida, ecc.) che affrontano i problemi e le opportunità che l'IA dischiude, tanto sul piano generale che in specifici settori tra cui, in particolare, quello medico⁵⁰.

In generale, il modello in esame si caratterizza per una quantità significativa di interventi, di contenuto perlopiù generico, in cui si individuano principi e azioni generali che spetta poi ai destinatari attuare attraverso concreti atti di regolazione, ma che definiscono però, in modo chiaro, il quadro di riferimento, specie riguardo ai profili della tutela dei diritti e delle libertà fondamentali. Tale scelta presenta gli indubbi vantaggi, connessi alla natura tipica di questi strumenti, di consentire l'adattamento della disciplina alle diverse esigenze tecniche e ai costanti progressi tecnologici e di garantire un certo grado di effettività, che potrebbe indurre anche l'adozione generalizzata e uniforme di atti normativi vincolanti, quale attuazione dei principi e delle prospettive regolatorie in essi contenuti. Tuttavia, pensando alla costruzione di un modello efficace di disciplina dell'IA, non va trascurato il fatto che si tratta di atti privi di vincolatività e che non vi sono dunque mezzi per assicurarne l'attuazione.

D'altro canto, per ragioni uguali e contrarie, meno frequenti sono i casi in cui sinora si è fatto ricorso a fonti normative giuridicamente vincolanti, caratterizzate naturalmente da un certo grado di rigidità; vi sono tuttavia esempi rinvenibili tanto a livello europeo⁵¹, che nazionale. A quest'ultimo riguardo, in alcuni casi si trat-

⁴⁹ E. Mostacci, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, cit., 125 ss.

⁵⁰ Sono dedicati alle decisioni algoritmiche il *report Algorithms in Decision-Making*, elaborato nel maggio 2018 dall'*House of Commons Science and Technology Committee* (<https://publications.parliament.uk/pa/cm201719/cmselect/cmsctech/351/351.pdf>) e il *report Review into Bias in Algorithmic Decision-Making*, pubblicato nel novembre 2020 dal *Centre for Data Ethics and Innovation* (https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/939109/CDEI_review_into_bias_in_algorithmic_decision-making.pdf). Quanto al settore medico, si segnala l'approvazione del *report Artificial Intelligence in Healthcare*, predisposto nel gennaio 2019 dall'*Academy of Medical Royal Colleges* (https://www.aomrc.org.uk/wp-content/uploads/2019/01/Artificial_intelligence_in_healthcare_0119.pdf) e il *Code of Conduct for Data-Driven Health and Care Technology*, elaborato dal *National Health Service* del Regno Unito e aggiornato a luglio 2019 (<https://www.gov.uk/government/publications/code-of-conduct-for-data-driven-health-and-care-technology/initial-code-of-conduct-for-data-driven-health-and-care-technology>). Per una valutazione di tali interventi, J. Turner, *Robot Rules. Regulating Artificial Intelligence*, Cham, 2019, 225 ss.

⁵¹ La già ricordata *Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio*, destinata a divenire *Legge sull'intelligenza artificiale*; il Regolamento 2019/881/UE, rilevante per i profili relativi alle misure e agli standard di *cybersecurity* riguardanti i sistemi di IA; il Regolamento 2016/679/UE, il cui art. 22 rappresenta la principale fonte di regolamentazione dei processi decisionali automatizzati e, quindi, tecnologicamente determinati, nel panorama normativo europeo e dei singoli Stati membri. Si pensi

ta di progetti di legge non ancora divenuti diritto positivo, ma che rappresentano indici significativi di una certa sensibilità normativa in materia⁵²; in altri casi, si tratta di fonti già in vigore, di portata più o meno organica⁵³. Se la maggiore cautela nell'utilizzo dell'*hard law* è comprensibile e condivisibile – considerato che vi è in genere la consapevolezza che la rigidità mal si concilia con le continue innovazioni in questo ambito e può così potenzialmente limitare i benefici dell'IA per la collettività – non vanno tuttavia sottovalutati i vantaggi conseguibili con questo tipo di strumento normativo: stabilire dei limiti cogenti all'applicazione dell'IA; proporre soluzioni giuridiche ai principali problemi che essa solleva, con ciò contribuendo alla certezza del diritto⁵⁴; assicurare un maggior livello di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali che siano coinvolte dall'uso della tecnologia intelligente, prevedendo appositi strumenti e meccanismi di garanzia immediatamente azionabili⁵⁵.

Tuttavia, anche tra le esperienze nazionali che hanno utilizzato l'*hard law*, si rileva la diversità degli approcci seguiti, basata sull'intensità della tutela assicurata alla protezione delle situazioni giuridiche soggettive che si risolve, specularmente, nei limiti posti all'uso dell'IA. Così, da un lato, vi è un modello a tendenza più restrittiva, esemplificato dall'ordinamento francese, ove sono state introdotte limitazioni significative all'uso dell'IA, specie nei settori della

per esempio, a tale proposito, a quanto affermato dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 881 del 2020, dove il fondamento dei principi di non esclusività, di conoscibilità e di non discriminazione algoritmica, che dovrebbero regolare le decisioni adottate attraverso sistemi di IA, viene riconosciuto proprio in quanto affermato dall'art. 22 cit. Profili rilevanti per la disciplina dell'IA sono infine presenti nelle proposte relative al *Digital Services Act* e al *Digital Markets Act*, entrambe presentate il 15 dicembre 2020 al Parlamento europeo.

⁵² Come i tre disegni di legge depositati presso il Congresso degli Stati Uniti: l'*Algorithmic Accountability Act* del 2019; l'*AI in Government Act* del 2020; il *National Artificial Intelligence Initiative Act* del 2020. O la *Proposition de loi constitutionnelle n° 2585 relative à la Charte de l'intelligence artificielle et des algorithmes*, proposta di legge costituzionale che prevede di inserire all'interno del Preambolo della Costituzione francese la *Charte de l'intelligence artificielle et des algorithmes*.

⁵³ Di ampio respiro è la *Directive on Automated Decision-Making* (<https://www.tbs-sct.gc.ca/pol/doc-eng.aspx?id=32592>), elaborata dal *Treasury Board of Canada Secretariat* del Governo canadese, che disciplina l'uso dei sistemi decisionali di IA all'interno delle istituzioni federali canadesi e dell'amministrazione canadese. Più frammentaria, invece, la disciplina francese in materia, ricostruibile attraverso una pluralità di fonti, come la *Loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles* (<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000037085952/>) e la *Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice* (http://www.justice.gouv.fr/art_pix/joe_20190324_0071_0002.pdf), che recano alcune disposizioni orientate a dettare i primi profili normativi dell'IA applicata alla protezione dei dati e al settore della giustizia.

⁵⁴ Si pensi, per esempio, ai sistemi di valutazione dell'impatto prodotto dall'IA previsti dai ddl statunitensi e dalla disciplina canadese, oppure al meccanismo di attribuzione della nazionalità ai sistemi di IA stabilito dall'art. 4 della *Charte de l'intelligence artificielle et des algorithmes*.

⁵⁵ Emblematica è la previsione di inserire la *Charte de l'intelligence artificielle et des algorithmes* all'interno del Preambolo della Costituzione francese, incorporandola così nel *bloc de constitutionnalité*.

giustizia⁵⁶ e della medicina⁵⁷; dall'altro, un modello a tendenza più permissiva, come quello canadese, incline a promuovere l'uso dell'IA, consentendone generalmente l'applicazione a determinate condizioni e limitandone gradatamente l'uso a seconda dell'impatto prodotto sui diritti e sulle libertà fondamentali.

Volendo trarre qualche considerazione sul piano dei modelli di disciplina dell'IA, forse la disciplina canadese costituisce un esempio particolarmente efficace di realizzazione dell'equilibrio tra le diverse esigenze sottese al nuovo paradigma normativo integrato, in termini di rapporto tra costi e benefici. Essa prevede cinque requisiti, che devono essere rispettati dalle amministrazioni federali nell'impiego dell'IA: l'*Algorithmic Impact Assessment*, la cui predisposizione ha lo scopo di realizzare una valutazione sull'impatto che la decisione algoritmica potrà avere sui diritti e sugli interessi dei destinatari, al fine di stabilire un sistema di garanzie commisurate al livello dell'impatto stesso; il principio di trasparenza, inteso come obbligo di comunicazione dell'impiego dell'IA e di spiegazione comprensibile della decisione automatizzata, nonché come accessibilità del codice sorgente; la necessità di assicurare la qualità dell'IA, per evitare la presenza di *bias*; la garanzia di strumenti di ricorso avverso la decisione algoritmica; l'obbligo di revisione della disciplina ogni sei mesi, onde approntare un adeguato monitoraggio. In sintesi, quindi, un bilanciamento ragionevole tra la rigidità della fonte normativa giuridica (e le connesse garanzie che essa offre), da un lato; l'apertura, l'aggiornamento e la flessibilità della disciplina (che consentono di non ingabbiare il progresso e l'innovazione tecnologica), dall'altro.

3. Considerazioni di sintesi

Al termine della disamina condotta, ritornando alle riflessioni anticipate in premessa, si conferma l'assunto per cui l'evoluzione del rapporto tra politica e innovazione tecnologica nella normazione pone questioni che interessano la forma di

⁵⁶ Alcune di queste disposizioni (in particolare il divieto di fornire dati e informazioni che permettano di identificare i magistrati, per finalità di elaborazione di modelli predittivi) sono state oggetto di sindacato di costituzionalità, conclusosi con la *Décision n° 2019-778 DC du 21 mars 2019*, con cui il *Conseil Constitutionnel* ha affermato che il divieto previsto è legittimo e trova giustificazione nella volontà del legislatore di evitare che l'impiego di questi dati a scopo predittivo possa condurre a indebite pressioni o a strategie di c.d. *forum shopping*, che potrebbero alterare l'esercizio della funzione giurisdizionale e le relative garanzie.

⁵⁷ Il *Projet de loi relatif à la bioéthique* (<https://www.legifrance.gouv.fr/dossierlegislatif/JORFDOLE000038811571/#:~:text=Le%20projet%20de%20loi%20vise,femmes%20comme%20pour%20les%20hommes>) stabilisce soprattutto alcune significative limitazioni all'uso dell'IA all'interno della relazione di cura, vietando l'adozione di decisioni completamente ed esclusivamente determinate dall'IA, affidando al medico il compito di decidere se ricorrere o meno a tale tecnologia e conformandone comunque l'uso al principio del consenso informato.

governo ma impattano anche sulla forma di Stato, risultando peraltro a loro volta condizionate dalle vicende che interessano questa e quella.

Nella prospettiva del sistema delle fonti, le medesime questioni evidenziano la necessità di ridefinire lo stesso concetto stesso di fonte (e, va da sé, i relativi criteri ordinatori), al fine di adeguare i procedimenti di produzione normativa rispetto alle esigenze di normazione che provengono dalla realtà.

La risposta che pare più convincente è la costruzione di modelli di *evidence-based policy-making* e, quindi, di *evidence-based rule-making*⁵⁸. In questo contesto con tale locuzione si fa riferimento, in generale, a un tipo di processo decisionale – articolabile secondo molteplici varianti – che postula il superamento di una costruzione delle politiche pubbliche e, quindi, degli atti di normazione, fondata esclusivamente sulle opzioni ideologiche o sulle pressioni politiche contingenti, per privilegiare o, comunque, valorizzare, un approccio tecnico-scientifico alle scelte di legislazione (e di governo e di amministrazione), in grado di ricondurle ad una metodologia scientifica fondandole su dati misurabili e – per quanto possibile – verificabili, sia nella fase di elaborazione, sia nella fase di applicazione-attuazione, sia, e soprattutto, nella fase di costruzione del consenso⁵⁹.

Da qui la necessità di contemplare processi di normazione che, con varia intensità, integrino il parametro tecnico-scientifico: non solo inglobandolo nell'*iter* di formazione del diritto politico, come mero supporto conoscitivo e/o valutativo⁶⁰, ma anche strutturando il paradigma normativo in modo aperto, aggiornabile e modulare⁶¹.

Come si è visto, si tratta di processi che possono assumere connotati tra loro molto diversi e che presentano, a seconda degli ambiti materiali considerati, stadi di sviluppo piuttosto differenziati, rendendo evidente come sia estremamente difficile tirare le fila di un fenomeno dalle dimensioni globali, rispetto al quale è possibile individuare solo pochi denominatori comuni. Certo è che, come anticipato, si tratta di un approccio che implica un ripensamento e un adeguamento della visione del sistema delle fonti di tipo tradizionale, di ispirazione formale-astratta. E su questo terreno, in effetti, l'approccio culturale fa la differenza⁶².

⁵⁸ La locuzione trae origine, come noto, della *evidence-based practice*, che riguarda soprattutto le politiche sanitarie. Un classico riferimento della letteratura sull'argomento è l'opera collettanea di A.R. Roberts, K.R. Yaeger (ed.), *Evidence-Based Practice Manual: Research and Outcome Measures in Health and Human Services*, Oxford, 2004.

⁵⁹ È questo il significato, in chiave costruttiva, riconducibile all'apertura dei confini della politica alla c.d. sub-politica (ovvero allo sviluppo tecnico-economico), analizzata criticamente nell'affresco di U. Beck, *La società del rischio*, cit., 256 ss.

⁶⁰ Come tradizionalmente avviene allorché la tecnica viene utilizzata come uno strumento al servizio della politica, al fine di migliorare la qualità della normazione, nella forma e/o nel contenuto. È l'ipotesi dei vari organi che, con diverso titolo, ruolo e ampiezza di prerogative, intervengono nel corso del procedimento legislativo, senza mettere comunque in discussione il primato del diritto politico: E. D'Orlando, *Politica e tecnica nella produzione normativa*, in *DPCE Online*, vol. 50, n. spec. 2022, 354 ss.

⁶¹ Ipotesi sulla quale si è concentrata la disamina *sub* par. 2 e 3.

⁶² P. Carrozza, *Tecnica e politica: la necessaria complementarità*, in G. Grasso (a cura di), *Il Governo tra tecni-*

Tuttavia il dato ineludibile è che, specie di fronte al progresso scientifico e tecnologico, il ruolo del legislatore va ricalibrato (accanto a quello dell'amministrazione e della giurisdizione), salvaguardando comunque la funzione del diritto politico come espressione della democrazia. E i modelli di *evidence-based rule-making* consentono di ottenere risultati senz'altro positivi in questo senso: miglioramento della qualità della normazione; rigenerazione della rappresentanza politica attraverso l'innesto di nuovi apporti partecipativi; recupero della centralità del Parlamento negli equilibri della forma di governo. Quindi non tecnocrazia contro democrazia⁶³, ma integrazione di elementi epistocratici nei processi decisionali democratici⁶⁴.

Nell'introduzione si accennava infine al fatto che il ricordato problema del disallineamento tra forme tradizionali ed esigenze attuali della normazione – questione teorico-generale sottesa al rapporto tra politica, tecnica e scienza nella normazione – appare riconducibile a uno dei profili (e delle sfide) più accattivanti della teoria della complessità: approdare da una visione programmatica a una visione strategica, che sia in grado di apprendere e di modificarsi sulla base della molteplicità degli eventi e delle contingenze. Tale teoria è tradizionalmente strutturata su un dilemma⁶⁵, che si può riassumere nei seguenti termini: per fronteggiare la crescente complessità degli scenari globali, è necessario che le organizzazioni aumentino la loro complessità interna, come suggerisce la legge della varietà necessaria⁶⁶, o devono selezionare parte della complessità esterna per ridurla attraverso la differenziazione⁶⁷?

Ragionando in termini di fonti normative, ciò significa: proliferazione potenzialmente incontrollata di fonti sempre più specializzate, con rinuncia progressiva

ca e politica, cit., 97. Sul problematico rapporto “culturale” tra scienza e politica, cfr. K. Bogenschneider, T.J. Corbett, *Evidence-Based Policymaking. Insights from Policy-Minded Researchers and Research-Minded Policymakers*, New York, 2010.

⁶³ Secondo le critiche avanzate alla *evidence-based policy* da J. Muller, *The Tyranny of Metrics*, Princeton, 2017 o da P. Cairney, *The Politics of Policy-Making*, Palgrave, 2016.

⁶⁴ Sull'epistocrazia come componente non democratica dello Stato, comunque riconosciuta dalla Costituzione, S. Cassese, *La democrazia e i suoi limiti*, Milano, 2017, 36 s.

⁶⁵ A.F. De Toni, G. De Zan, *Il dilemma della complessità*, cit.

⁶⁶ V. W.R. Ashby, *Requisite Variety and Its Implications for the Control of Complex Systems*, in *Cybernetica*, vol. 1, n. 2, 1958, 83 ss., per il quale la complessità organizzativa interna di un sistema è la risposta adattiva alla complessità esterna ed è a essa direttamente proporzionale.

⁶⁷ N. Luhmann, *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1984, trad. it., *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*, Bologna, 1990. Più in particolare, secondo l'Autore l'ambiente è sempre più complesso della singola organizzazione, cosicché per questa è impossibile dotarsi di una varietà pari a quello, come invece sostenuto da Ashby. L'unica cosa da fare, allora, è che ogni organizzazione selezioni una quantità limitata di interazioni con il contesto globale, differenziandosi in ragione di esse dalle altre organizzazioni. Questa opera di selezione conduce a una riduzione della complessità, poiché ogni organizzazione si accolla parte della complessità globale e su di essa fonda la propria differenziazione dalle altre.

al paradigma normativo generale e astratto, oppure abdicazione da parte del legislatore dal perseguimento della generalità dei fini politici, limitandoli o selezionandoli? Così posta, la domanda non può avere risposte nette. Puntare solo sull'incremento della complessità interna significa inseguire la complessità aumentando in modo esponenziale attori e rapporti con altrettante leggi speciali, regolamentazioni, discipline *ad hoc*: così, nel tentativo di mantenere una parvenza di certezza dei rapporti giuridici, si condurrebbe l'ordinamento ad un'ipertrofia normativa (peraltro già tangibile) idonea a creare, al contrario, solo incertezza. D'altro canto, puntare solo sulla riduzione della complessità esterna tramite selezione e differenziazione, non è opzione del tutto conciliabile con il ruolo del legislatore e della legge, fonte a carattere libero e a competenza generale della quale non sempre il legislatore può disporre⁶⁸. In altri termini, è necessario trovare soluzioni intermedie, che sintetizzino, senza estremizzarle, le soluzioni prospettate dall'uno e dall'altro lemma.

Per concludere il ragionamento aperto in premessa, alla luce dell'analisi effettuata, si può allora affermare che l'*evidence-based rule-making*, in virtù delle caratteristiche sopra descritte e che compendiano elementi di entrambe le opzioni, è la forma che oggi sta assumendo, nella dimensione giuridica, la risposta al dilemma della complessità.

⁶⁸ Il riferimento è ai casi di riserva di legge, in cui la possibilità di demandare la disciplina ad altre fonti è (più o meno) limitata e alle altre riserve di competenza costituzionalmente previste, che precludono al legislatore l'intervento nelle materie che ne sono oggetto.

UN'AMMINISTRAZIONE PIÙ DIGITALE,
MA NON CON MENO DIRITTI, A COMINCIARE DALLA PRIVACY

GUIDO SCORZA

L'argomento oggetto della discussione odierna è di straordinaria attualità, soprattutto a valle di due anni di pandemia che hanno impresso un'accelerazione senza precedenti alla trasformazione digitale del Paese e naturalmente alla trasformazione digitale dell'amministrazione, anche se, come vedremo più avanti, lo hanno fatto, come spesso accade nei periodi di emergenza, prestando più attenzione al far presto che al far bene.

La straordinaria attualità del tema dipende anche dal fatto che siamo alla vigilia, o poco lontano dalla vigilia, dell'attuazione del più volte evocato PNRR, il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, del quale la trasformazione digitale del Paese e dell'amministrazione è un'indiscussa protagonista¹.

Prima di passare all'oggetto del mio intervento, alla luce dei moltissimi stimoli venuti dai precedenti relatori, lasciatemi spendere qualche parola sugli esercizi europei di *governance* del fenomeno che abbiamo davanti.

Qui la necessaria premessa è che quanto dirò è a titolo esclusivamente personale, essendo il Garante per la *privacy* un organo collegiale del quale io sono aritmeticamente solo un quarto.

Quello che sta accadendo a Bruxelles nella dimensione della *governance* del digitale inteso nella sua dimensione generale, nell'ambito della quale sicuramente l'intelligenza artificiale ha un ruolo molto importante, come già detto da altri prima di me, in particolare dalla professoressa De Minico, mi suscita talune perplessità.

In sintesi, non mi convince nel metodo, sotto più profili, e, in alcuni passaggi, mi lascia perplesso nel merito.

Non mi convince nel metodo innanzitutto per il tema, evocato anche dalla professoressa D'Orlando, dei tempi della regolamentazione convenzionale che, come dovremmo riconoscere tutti, sono semplicemente incompatibili con i tempi della trasformazione digitale.

¹ Si veda la Componente 1 della Missione 1, laddove si afferma che “Una PA efficace deve saper supportare cittadini, residenti e imprese con servizi sempre più performanti e universalmente accessibili, di cui il digitale è un presupposto essenziale. La digitalizzazione delle infrastrutture tecnologiche e dei servizi della PA è un impegno non più rimandabile per far diventare la PA un vero “alleato” del cittadino e dell’impresa, in quanto unica soluzione in grado di accorciare drasticamente le “distanze” tra enti e individui e ridurre radicalmente i tempi di attraversamento della burocrazia”. Il testo del PNRR è disponibile al link <https://www.governo.it/sites/governo.it/files/PNRR.pdf>.

Il regolamento sull'intelligenza artificiale che si sta scrivendo oggi² – ma il discorso non è molto diverso per il Digital Service Act³ – è un regolamento concepito nel 2021, che nella migliore delle ipotesi, leggendo semplicemente il draft di regolamento oggi disponibile, forse arriverà in porto a Bruxelles per la fine del 2023 e forse, in ragione della previsione per cui i Paesi avranno due anni per adeguarsi prima che diventi direttamente applicabile, governerà le questioni dell'intelligenza artificiale nel 2025.

30 anni di governo, o non governo, di Internet dovrebbero averci insegnato che il mercato non aspetta il regolatore.

Non è immaginabile che il mercato multimiliardario degli algoritmi, saldamente nelle mani di quattro o, al massimo, cinque super potenze tecnologiche, si fermi in attesa di capire se sulla base delle classificazioni individuate dal legislatore europeo una determinata cosa si possa fare, si possa fare con alcune limitazioni o viceversa non si possa fare per niente.

Il mercato imporrà le proprie scelte attraverso la forza della tecnologia.

Il famoso motto di Lessig “*code is law*”⁴ ormai da un po’ non è più soltanto uno spot nel diritto anglosassone e il codice, il software, è per definizione una forma di regolamentazione nell’ecosistema digitale⁵.

Il primo problema di metodo in questo ambito è, quindi, un problema legato ai tempi della regolamentazione incompatibili con quelli dello sviluppo tecnologico e dell’evoluzione dei mercati.

Sempre per stare al metodo, e qui Digital Service Act e il draft di regolamento sull’intelligenza artificiale hanno qualcosa in comune, lo anticipava prima il professor Colapietro, è ovvio che ci troviamo di fronte ad istanze fortemente accentriche della Commissione europea⁶.

Ciò, peraltro, nella dimensione che potremmo definire di geopolitica del governo dell’ecosistema digitale appare assai condivisibile, nel senso che ovviamente il singolo Paese non ha possibilità di incidere rispetto a un fenomeno che ha abbandonato ormai da tempo gli steccati e i confini nazionali e quindi la dimensione minima nel quale affrontare certi problemi è evidentemente quella europea⁷.

² Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull’intelligenza artificiale (legge sull’intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell’unione del 21 aprile 2021, disponibile al link <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021PC0206&from=IT>.

³ La Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un mercato unico dei servizi digitali (legge sui servizi digitali) e che modifica la direttiva 2000/31/CE del 15 dicembre 2020, sulla quale il Parlamento europeo e il Consiglio hanno raggiunto un accordo politico il 22 marzo 2022, è disponibile al seguente link <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020PC0825&from=en>.

⁴ L. Lessig, *Code and other laws of cyberspace*, New York, Basic Books, 1999.

⁵ L. Merla, *Big Data e diritto: una sfida all’effettività*, in *Media Laws*, 1, 2021, p. 221.

⁶ Al riguardo sia consentito rinviare a G. Scorza, “*Sulle regole AI l’Europa pone la prima pietra, ma sarà sfida enorme: ecco perché*”, su *Agenda Digitale*, 23 aprile 2021, disponibile al link <https://www.garantepriacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9579187>.

⁷ Non si dimentichi, peraltro, che la dimensione digitale è caratterizzata anche da una deterritorializ-

Ritengo, però, che se questo è condivisibile nella dimensione “alta” della regolamentazione, non lo è viceversa nella dimensione della *governance dell'enforcement*.

Ritengo, cioè, che la Commissione europea, dal punto di vista dell'*enforcement*, dell'applicazione delle regole che si stanno scrivendo, dovrebbe avere il coraggio di fare un passo indietro, perché se è così importante interrogarsi, come stiamo facendo oggi, sull'impatto della società degli algoritmi sulle persone e sui diritti, è perché molti di quei diritti che verranno in gioco domani sono diritti fondamentali⁸.

E al riguardo la scelta è stata presa con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: quando in gioco vengono dei diritti fondamentali, la politica deve fare un passo indietro, mentre i giudici e le autorità amministrative indipendenti devono fare un passo avanti. Dal mio punto di vista, l'applicazione delle regole del Digital Service Act e del regolamento sull'intelligenza artificiale che verrà approvato non può essere un tema che veda coinvolta in nessun modo la Commissione europea, che è comunque un soggetto politico nel senso più pieno del termine.

Per quanto riguarda il merito dell'intervento normativo “alto” che si sta elaborando a Bruxelles, come diceva in termini difficilmente superabili Giovanna De Minico nel suo intervento, credo che qui ci sia un enorme errore di prospettiva.

Stiamo infatti cedendo al principio per cui in ragione della velocità alla quale procede la tecnologia e in ragione della quantità dei contenuti condivisi nello spazio pubblico telematico, che è enorme per qualsiasi autorità di regolamentazione e per qualsiasi giudice, deleghiamo un potere, che in democrazia è e deve essere appannaggio esclusivo di un giudice o di un'autorità amministrativa indipendente, a dei soggetti privati.

E lo facciamo a valle di quel drammatico gennaio dello scorso anno in cui abbiamo assistito, a prescindere dal colore politico e dalla simpatia o antipatia del personaggio, ad un Presidente in carica degli Stati Uniti d'America, in carica per poco e sopra le righe quanto ci pare, che è stato sbattuto fuori dall'ecosistema digitale non per aver violato una regola di legge ma per aver violato i termini d'uso di una piattaforma o di più piattaforme, con una decisione di ostracismo digitale assunta non in nome del popolo ma in nome degli azionisti di queste piattaforme.

Quell'evento doveva suonare come un campanello d'allarme, del quale fare te-

zazione dei rapporti giuridici, sulla quale cfr. G. Pascuzzi (a cura di), *Il diritto dell'era digitale*, Il Mulino, Bologna, 2016, p. 324 ss. Su tali aspetti, si veda anche C. Bergonzini, “Prova a prendermi”. *Ecosistema digitale e consapevolezza degli utenti: uno spazio per la regolazione nazionale?*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2022, disponibile al link <http://www.osservatoriosullefonti.it>.

⁸ Si ricorda che già nel maggio 2019 il Commissariato per i diritti umani del Consiglio d'Europa ha rivolto alle autorità nazionali alcune raccomandazioni nell'ottica di massimizzare il potenziale dei sistemi di intelligenza artificiale e prevenire l'impatto negativo degli stessi sui diritti umani (Council of Europe, *Unboxing artificial intelligence: 10 steps to protect human rights*, 2019, disponibile al link <https://rm.coe.int/unboxing-artificial-intelligence-10-steps-to-protect-human-rights-reco/1680946e64>).

soro e in relazione al quale dire basta a forme di esproprio di poteri tipicamente democratici delegati a soggetti privati.

Nell'ambito delle questioni attinenti alla privacy c'è un precedente illustre che egualmente sembra averci insegnato poco: si tratta del famoso diritto all'oblio, che abbiamo delegato, anche in quel caso con una scelta teleologicamente condivisibile ma giuridicamente insostenibile, ai motori di ricerca⁹.

È ai motori di ricerca che oggi abbiamo affidato il compito di decidere cosa, passato un certo intervallo di tempo, debba appartenere alla storia del mondo e cosa, viceversa, debba ritornare nella profondità della rete Internet sostanzialmente irritrovabile e illeggibile per chiunque.

Come emerge da quanto detto sin qui, quindi, questo approccio europeo, da più parti esaltato, condivisibile nella dimensione politica di un'Europa che si rialza e impone a tutti il rispetto delle proprie regole, suscita diverse perplessità.

Passando allo specifico tema oggetto del mio intervento, ossia quello della trasformazione digitale dell'amministrazione, credo che ci siano un paio di punti fermi dai quali partire.

Il primo è che non esiste un bivio, nel senso che non esiste spazio dal punto di vista giuridico, per dire che nel 2022 la pubblica amministrazione non debba usare tutte le risorse anche digitali disponibili, ivi inclusi evidentemente gli algoritmi.

Credo sia di tutta evidenza che i principi di efficienza, buon andamento e imparzialità dell'amministrazione sanciti dall'art. 97 della Costituzione debbano essere interpretati al passo con i tempi e che quindi, tanto per fare un esempio, non sia né efficiente né imparziale un'amministrazione che utilizzasse la penna e l'inchiostro per far di conto nel 2022.

Dalla Costituzione alla legge 241/90, le amministrazioni pubbliche agiscono mediante strumenti informatici e telematici sia nei rapporti interni con altre amministrazioni sia nei rapporti con i privati.

Se pensiamo all'art. 12 del Codice dell'amministrazione digitale¹⁰, tuttavia, tro-

⁹ Cfr. G. Cintra Guimarães, *Global technology and legal theory. Transnational constitutionalism, Google and the European Union*, New York, Routledge, 2019, p. 158, secondo il quale, in ragione della sentenza Google Spain, Google assumeva il ruolo di un tribunale di primo grado; O. Pollicino, *Google rischia di "vestire" un ruolo para-costituzionale*, in *Il Sole 24 Ore*, 15 maggio 2014; G.M. Riccio, *Diritto all'oblio e responsabilità dei motori di ricerca*, in *Dir. inf.*, 4-5, 2014 pp. 753 ss.; F. Pizzetti, *Le Autorità Garanti per la Protezione dei Dati Personali e la sentenza della Corte di Giustizia sul caso Google Spain: è tempo di far cadere il "velo di Maya"*, in *Dir. inf.*, 4-5, 2014, pp. 805 ss.; A. Palmieri, R. Pardolesi, *Dal diritto all'oblio all'occultamento in rete: traversie dell'informazione ai tempi di Google*, in *Foro it.*, 1, 2014; G. Scorza, *Corte di giustizia e diritto all'oblio: una sentenza che non convince*, in *Corr. giur.*, 12, 2014, pp. 1473 ss.; G. Finocchiaro, *La giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di dati personali da Google Spain a Schrems*, in G. Resta, V. Zeno-Zencovich (a cura di), *La protezione transnazionale dei dati personali. Dai "safe harbour principles" al "privacy shield"*, Roma-Tre Press, Roma, 2016, pp. 134 ss.

¹⁰ Il Codice dell'Amministrazione Digitale (D.lgs. 82 del 7 marzo 2005), sin dalla sua introduzione, ha incentivato l'utilizzo di strumenti digitali nell'ambito dei rapporti con gli enti e le pubbliche amministrazioni, stabilendo che "le pubbliche amministrazioni nell'organizzare autonomamente la propria attività

viamo un esempio, che potremmo definire folgorante, di una norma incapace di governare la tecnologia: era il 2005 e noi invece continuiamo ad applicare una norma che evidentemente viene da lontano.

Possiamo dire, quindi, che un punto è chiaro, ossia che non c'è un bivio, la pubblica amministrazione oggi deve e non già semplicemente non può, utilizzare il digitale e gli algoritmi.

Ogni scelta diversa da questa sarebbe prima anacronistica e poi giuridicamente e forse anche costituzionalmente insostenibile.

Altro aspetto rilevante, che mi interessa più da vicino, riguarda il modo in cui si pone il diritto alla protezione dei dati rispetto alla trasformazione digitale di cui stiamo parlando.

Come spesso accade, esso si pone in maniera diametralmente opposta rispetto a quanto emerge dalla narrativa mediatica sul punto.

La privacy, cioè, non è, non può essere, non deve essere e non vuole essere un ostacolo al processo di trasformazione digitale del Paese e della amministrazione.

Una prima indicazione sufficientemente chiara, che vale la pena tenere sempre a mente, è già nel titolo del Regolamento generale sulla protezione dei dati, che, complice l'acronimo scelto a suo tempo (GDPR), tutti tronchiamo ferdandoci alla "protezione (...) dei dati personali", mentre in realtà il titolo della disciplina per eccellenza sulla privacy prosegue dicendo "nonché alla libera circolazione di tali dati"¹¹.

Nell'ambito della disciplina europea sulla protezione dei dati, quindi, che sta ispirando la regolamentazione in materia in diverse parti del mondo, a voler guardare con correttezza e onestà intellettuale, la libera circolazione dei dati è il fine e la creazione di una legge uniforme in materia di protezione dei dati è il mezzo e non viceversa.

Ritengo, quindi, che per definizione non possa esservi spazio alcuno per ritenere il diritto alla privacy un ostacolo alla trasformazione digitale.

utilizzano le tecnologie dell'informazione e della comunicazione per la realizzazione degli obiettivi di efficienza, efficacia, economicità, imparzialità, trasparenza, semplificazione e partecipazione nel rispetto dei principi di uguaglianza e di non discriminazione, nonché per l'effettivo riconoscimento dei diritti dei cittadini e delle imprese di cui al presente Codice in conformità agli obiettivi indicati nel Piano triennale per l'informatica nella pubblica amministrazione" (cfr. art. 12, d.lgs. 82/2005).

¹¹ Al riguardo, R. Panetta (a cura di), *Circolazione e protezione dei dati personali, tra libertà e regole del mercato, Commentario al Regolamento (UE) 2016/679 (GDPR) e al novellato d.lgs. n. 196/2003 (Codice Privacy)*, Giuffrè, Milano, 2019; F. Balducci Romano, *La protezione dei dati personali nell'Unione Europea tra libertà di circolazione e diritti fondamentali dell'uomo*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Comp.*, 6, 2016, pp. 1619 ss.; M. Bassini, *La svolta della privacy europea: il nuovo pacchetto sulla tutela dei dati personali*, in *Quad. cost.*, 3, 2016, pp. 587 ss.; L. Califano, *Principi e contenuti del regolamento UE 2016/679 in materia di protezione dei dati personali*, in L. Scaffardi (a cura di), *I "profili" del diritto. Regole, rischi e opportunità dell'era digitale*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 1 ss.; V. Cuffaro, *Il diritto europeo sul trattamento dei dati personali e la sua applicazione in Italia: elementi per un bilancio ventennale*, in V. Cuffaro, R. D'Orazio, V. Ricciuto (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 3 ss.; G. Liberati Buccianti, *Art. 1 – Oggetto e finalità*, in A. Barba, S. Paghiantini (a cura di), *Commentario del codice civile* - voce "Delle persone" Vol. II, Giuffrè, Milano, 2019.

I dati devono essere utilizzati. E devono essere utilizzati ovviamente anche dall'amministrazione.

Credo che un esempio straordinario sia stato rappresentato dall'amato/odiato "green pass" e dal fatto che l'Europa, in quindici giorni, si sia dotata di un passaporto sanitario.

Se non vi fosse stato un GDPR, una disciplina uniforme sulla protezione dei dati, in particolare quelli particolari, in ambito europeo, probabilmente la pandemia sarebbe finita, per lenta che fosse stata, senza che noi avessimo avuto il green pass.

Perché evidentemente non avremmo mai trovato in un intervallo di tempo così breve la possibilità di garantire che i dati personali, anzi personalissimi, dei cittadini europei fossero trattati allo stesso modo indipendentemente dal Paese nel quale essi si trovino o transitino.

Il GDPR è una risorsa non solo ed esclusivamente per la protezione del diritto fondamentale alla privacy, ma anche perché in una società che definiamo "società dei dati", il GDPR è diventata la *lex mercatoria* europea sui dati personali, quindi su ciò che in assoluto ha più valore in questo momento storico.

Altro elemento sul quale occorre riflettere, e uno tra i primi a farlo è stato il presidente Carbone, qui presente, in una famosa sentenza del Consiglio di Stato del 2019¹², riguarda i trattamenti automatizzati.

Il GDPR considera i trattamenti finalizzati all'assunzione di decisioni automatizzate in maniera estremamente negativa, prevedendo addirittura che gli stessi siano vietati.

Contestualmente, però, lo stesso GDPR apre un varco alla loro ammissibilità

¹² Consiglio di Stato, Sez. VI, Sent. 08-04-2019, n. 2270, sul ricorso di alcuni docenti della scuola secondaria che, nel settembre 2015, erano risultati destinatari di una proposta di assunzione a tempo indeterminato. Ai fini della selezione il Ministero dell'Istruzione si era servito di un sistema informatico basato sull'utilizzo di algoritmi, il cui funzionamento, tuttavia, era rimasto sconosciuto e gli appellanti lamentavano che nella selezione non si fosse tenuto conto delle preferenze da essi dichiarate nelle rispettive domande di trasferimento con la conseguente violazione del principio meritocratico nell'assegnazione degli incarichi e grave pregiudizio del principio di trasparenza. Il Consiglio di Stato al riguardo ha chiarito che gli algoritmi risultano particolarmente efficaci per le procedure seriali o standardizzate, o per quelle procedure implicanti l'elaborazione di ingenti quantità di istanze e caratterizzate dall'acquisizione di dati certi e comprovabili che non necessitano di apprezzamenti discrezionali. Per tali procedure l'utilizzo dell'automazione risulterebbe pienamente conforme ai canoni di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa, in ottemperanza all'art. 1 della l. 241/1990, in quanto l'adozione dei processi automatizzati consentirebbe all'amministrazione di conseguire, con il minor dispendio di mezzi e risorse possibile, i propri fini e snellire l'iter procedimentale delle pubbliche amministrazioni. L'introduzione di modelli decisionali e di forme gestionali innovative risponde dunque al principio costituzionale di buon andamento dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 Cost.; ne costituisce anzi una doverosa declinazione in coerenza con l'attuale evoluzione tecnologica. Senza, in ogni caso, divenire motivo di elusione dei principi posti alla base dello svolgimento dell'attività amministrativa, *in primis* quello di trasparenza.

laddove stabilisce che il divieto non sussiste e che quindi la decisione automatizzata è ammessa qualora “*sia autorizzata dal diritto dell’Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento, che precisa altresì misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell’interessato*” (art. 22, par. 1, lett. b)).

Che la pubblica amministrazione, anche nella logica della protezione dei dati personali possa, e anzi debba per quello che dicevo prima, utilizzare algoritmi anche laddove questi presuppongano il trattamento di dati personali, è circostanza della quale non possiamo dubitare.

Stiamo solo ed esclusivamente discutendo delle modalità con le quali quei dati devono essere trattati per raggiungere il risultato.

Al riguardo, ritengo che il GDPR dica la cosa più naturale del mondo e cioè che, dovendosi effettuare un bilanciamento tra l’efficienza dell’azione della pubblica amministrazione e la privacy del singolo, sia il decisore pubblico, attraverso la legge, il regolamento o addirittura, ora, un atto amministrativo generale, a decidere come e dove effettuare quel bilanciamento e, quindi, in che modo si trattano i dati coinvolti.

Per concludere allora, posto che, come si è detto, l’amministrazione in digitale deve funzionare per precetto costituzionale e ordinario e che il diritto alla privacy non è di ostacolo alla trasformazione digitale dell’amministrazione, occorre comprendere quale sia il problema, visto che è difficile negare che un problema sussista.

E il problema, secondo me, è che, spesso ci si dimentica che la trasformazione digitale dell’amministrazione non è un fine, non è un obiettivo ma un mezzo per rendere l’amministrazione più efficiente e migliorare la qualità della vita dei cittadini e la misura dell’effettività dei loro diritti e libertà.

Ritenere che si sia raggiunto un obiettivo del PNRR perché si è trasformato in digitale qualcosa che in digitale prima non poteva farsi penso che per un Paese democratico non significhi assolutamente nulla.

Il tema è piuttosto se attraverso quel processo di trasformazione digitale dell’amministrazione abbiamo inciso in maniera positiva sui diritti e sulle libertà dei cittadini, se la trasformazione digitale sia divenuto strumento di amplificazione dei diritti e delle libertà e del funzionamento dell’amministrazione.

Questo dovrebbe essere l’obiettivo e non digitalizzare tanto per digitalizzare, cosa che invece ritengo rappresenti un errore di prospettiva importante.

Riporto tre rapidi esempi in maniera tale da fugare il dubbio che queste siano considerazioni astratte o teoriche.

Un primo esempio si chiama green pass.

Il primo green pass che è stato presentato in questo Paese all’interno di un testo di legge era stato individuato proprio nella logica del “digitalizzare per digitalizzare” e prevedeva di inserire in un dispositivo come lo smartphone e in tal modo far circolare un certificato nel quale venivano riportate per esteso informazioni come l’avvenuta vaccinazione, la mancanza di vaccinazione, la data della vaccina-

zione, la tipologia del vaccino, l'eventuale presenza di una patologia per la quale non è stato possibile vaccinarsi.

È bastato un dialogo, forse un po' rumoroso, con il Governo, complici anche le indicazioni provenienti da Bruxelles, per giungere a una soluzione più rispettosa della privacy delle persone quale quella basata sull'uso del QR code, strumento oggi utilzzatissimo nei contesti più disparati¹³.

Altro esempio è quello dello SPID (Sistema pubblico di identità digitale) per i minori.

L'idea straordinaria dalla quale si è partiti è quella dell'identità digitale di Stato, uno degli obiettivi del PNRR e dell'Agenda digitale europea in generale, che ha portato a interrogarsi sulle modalità con le quali aumentare il numero delle identità digitali in uso nel Paese, nella convinzione che gli Stati con più identità digitali siano più "bravi" di quelli che ne hanno di meno.

Ma, nonostante anche in questo caso la trasformazione digitale non possa essere ridotta a un fatto puramente numerico, al fine di aumentare il numero delle identità digitali si è pensato di dare uno SPID anche ai neonati.

Il problema però è che un'identità digitale data ad un neonato, che naturalmente è privo di qualsiasi tipo di capacità di agire, mentre espone quel neonato a un elevato rischio di furto di identità e quindi di violazione della privacy, non aggiunge assolutamente nulla al funzionamento dell'amministrazione.

È ovvio che in quel caso la privacy sia diventata un ostacolo, ma lo ha fatto per ricordare al Governo che ha un senso dare un'identità digitale a un bambino che sia almeno in età scolare in modo che possa utilizzarla per accedere al registro scolastico, mentre prima di quel momento non serve a nulla¹⁴. In quel caso allora è meglio che l'obiettivo che si intendeva raggiungere venga messo da parte.

Ultimo esempio di come la privacy sia stata (mal)interpretata quale ostacolo alla trasformazione digitale è rappresentato dalla raccolta attraverso lo strumento digitale delle firme per i referendum.

Anche in questo caso non è stata la normativa in materia di privacy ad opporsi all'utilizzo del digitale per la raccolta delle firme. È stato sufficiente leggere la Co-

¹³ Per una rassegna degli interventi del Garante in materia di certificazioni verdi Covid si rinvia alla pagina tematica disponibile al seguente link <https://www.garanteprivacy.it/temi/coronavirus/green-pass>.

¹⁴ Si veda il Parere del Garante all'AgID sullo schema di Linee guida operative per la fruizione dei servizi SPID da parte dei minori del 2 febbraio 2022 disponibile al link <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9744322>, nel quale l'Autorità ha stabilito che "può essere ritenuta compatibile con la normativa in materia di protezione dei dati personali, limitatamente al predetto settore della scuola, l'introduzione, per un periodo sperimentale, fino al 30 giugno 2023, di SPID per i minori infraquattordicenni per l'utilizzo di servizi online esclusivamente forniti dalle scuole a cui gli stessi possono autonomamente accedere (a titolo esemplificativo, il registro elettronico) con, in ogni caso, l'esclusione del rilascio per la fascia d'età 0-4 anni, e avendo cura di non precludere tale accesso agli studenti che non siano ancora in possesso di Spid, eventualmente anche consentendo loro l'utilizzo delle credenziali già in uso".

stituzione italiana, dunque non una legge qualsiasi, per prendere atto della circostanza che quando c'è un referendum sono coinvolti essenzialmente tre soggetti, ossia la Cassazione, i promotori del referendum e il cittadino che firma. E invece all'interno di una legge sulla trasformazione digitale, quindi non di riforma della Costituzione, era stato previsto il coinvolgimento di un soggetto terzo, al quale veniva affidata la piattaforma digitale per la gestione del referendum, scelto dalla Presidenza del Consiglio dei ministri che non è tra i soggetti coinvolti nella gestione. Tale soggetto, peraltro, sulla base di regole che avrebbe individuato autonomamente quale soggetto privato fornitore del servizio di piattaforma, avrebbe di fatto deciso, con il famoso “code is law” di cui si è detto prima, in che modo si promuove e come si partecipa a un referendum in Italia¹⁵.

Probabilmente neanche questo è un esempio di trasformazione digitale virtuosa e, quindi, il fatto che la privacy abbia contribuito a impedire un processo non virtuoso di trasformazione digitale onestamente per me diventa solo ed esclusivamente ragione di vanto.

Grazie e congratulazioni agli organizzatori per questa splendida occasione di confronto.

¹⁵ Si veda il Parere del Garante sullo schema di decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, di concerto con il Ministro della giustizia, in tema di disciplina della piattaforma per la raccolta delle firme degli elettori necessarie per i referendum previsti dagli articoli 75 e 138 della Costituzione del 24 marzo 2022, disponibile al link <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9760791>. Al riguardo sia consentito rinviare a G. Scorza, *Referendum, perché il Garante della privacy ha detto No alla piattaforma per le firme digitali*, *Il Fatto Quotidiano*, 14 aprile 2022.

IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ NELL'AMMINISTRARE PUBBLICO PER ALGORITMI

ROBERTO CAVALLO PERIN

1. L'ipotesi

Nel trattare del principio di legalità pare importante ripartire dalla classificazione di Charles Eisenmann tra non difformità (la legge come limite), conformità formale (la legge come fondamento) e conformità sostanziale, quest'ultima nella versione che in Italia è stata ripresa e sviluppata da Lorenza Carlassare¹.

Credo – questa la tesi del mio intervento – che l'importanza di quest'ultima definizione del principio di legalità² trovi conferma nell'innovazione tecnologica che gli algoritmi possono portare all'attività della pubblica amministrazione italiana e europea, soprattutto ove il principio di legalità in senso sostanziale lo si correli alla diversa disciplina sulla validità dei provvedimenti amministrativi, secondo quell'elaborazione che nel diritto amministrativo indica, oltreché una diversa forma (legge oppure legge e regolamenti), anche una diversa natura delle norme (di relazione e di azione) che rispettivamente definiscono i vizi e nullità e di annullabilità dell'atto amministrativo³.

2. L'uso degli algoritmi nell'amministrare pubblico

Per quanto ho compreso dalle altre scienze, nella prima fase di Addestramento

¹ M. C. EISENMANN, *Le droit administratif et le principe de légalité*, in *Conseil d'Etat, Etudes et documents*, 1957; L. CARLASSARE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Cedam, Padova, 1966.

² A. TRAVI, *Relazione al Convegno Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, (Varenna, 20-22 settembre 2007), Giuffrè, Milano, 2008, pp. 21-31; per una ricostruzione del principio di legalità e delle riserve di legge nella definizione della disciplina dei poteri assegnati alla pubblica amministrazione si consenta il rinvio a: R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Giuffrè, Milano, 1990; ID., *Il diritto amministrativo e l'emergenza derivante da cause e fattori esterni all'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2005, pp. 777 ss., poi in *Annuario 2005 dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 31 ss.

³ L'origine della distinzione tra norme di azione e di relazione si deve a E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, III ed., Cedam, Padova, 1954; su cui poi F. VOLPE, *Norme di relazione, norme di azione e sistema italiano di giustizia amministrativa*, Cedam Padova, 2004; ma per la correlazione con il sistema delle fonti: ALB. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, Giuffrè, 1975; ID., voce *Autonomia nel diritto pubblico*, del *Digesto (disc. pubbl.)*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1987, p. 30 e s.; ID., *Fonti. Linee generali*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, ALB. ROMANO, F. ROVERSI MONACO, F. COCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, II ed., Monduzzi Editoriale, Bologna, 2005, pp. 34 ss.

o Training l'algoritmo può essere impegnato ad analizzare un insieme (*training set*) di casi, descritti dai dati che sono rappresentativi dei fatti giuridicamente rilevanti⁴, corredate dalle decisioni adottate sui medesimi, siano esse interpretazioni di norme, enunciazione di principi, o scelte discrezionali.

È perciò importante sottoporre all'algoritmo in fase d'allenamento un sufficiente (elevato) numero di casi che vanno a correlare molti fatti giuridicamente rilevanti con le relative decisioni (*input*), in una sequenza che identifica i parametri che definiscono il Modello Predittivo (*output*)⁵. Un software è così capace di affrontare casi mai conosciuti in precedenza dal Modello Predittivo, ma che si ritiene siano ricompresi⁶ nei dati somministrati come rappresentativi del settore d'azione amministrativa presa in considerazione.

L'algoritmo può essere così utilizzato su larga scala seppure in via sperimentale⁷: come predizione della decisione che verrà assunta dagli individui, oppure come proposta di decisione da sottoporre ad un contraddittorio che sarà ancora concluso da una necessaria intermediazione umana. In ogni caso va indicata la percentuale d'errore dell'algoritmo, a partire da quella inizialmente testata, o successivamente e progressivamente verificata nella fase di sperimentazione (Fase 3), o di sindacato giurisdizionale (Fase 4).

In altra occasione ho avanzato l'idea che la fase sperimentale (Fase 3) possa essere caratterizzata da una proposta di decisione da sottoporre a contraddittorio tra i partecipi al procedimento medesimo (art. 9, l. n. 241/1990), informando ciascuno sull'andamento del procedimento che progressivamente va a comporsi nel fascicolo informatico (art. 41, d.lgs. n. 82/2005; art. 8, co. II, lett. d), l. n. 241/1990), estendendo la portata normativa della comunicazione del possibile esito negativo del procedimento (art. 10 bis, l. n. 241/1990) a qualsiasi conclusione del procedimento, realizzando così una delle possibili soluzioni normative (intermediazione umana) richiesta dall'Ue (art. 22, Regolamento 2016/679/UE)⁸.

⁴ Nel lessico tecnico attributi o *feature*, su cui per tutti si veda: C. TASSO, *Attori, processi, meriti e responsabilità nell'utilizzo di algoritmi di Intelligenza Artificiale: il caso del Machine Learning*, in R. CAVALLO PERIN (a cura di), *L'amministrazione pubblica con i big data: da Torino un dibattito sull'intelligenza artificiale*, Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino, Torino, 2021, spec. p. 29.

⁵ Sempre in questa prima fase, una parte dei casi - dati rappresentativi del campione in input - è somministrato al Modello Predittivo per testarne il livello d'errore, in genere un campione del 10%, salvo ragioni particolari suggeriscano percentuali diverse e più appropriate.

⁶ Ricomprese in via diretta, in via analogica, per principi, oppure inquadrati tra i diversi tipi di decisioni discrezionali.

⁷ Gli algoritmi supervisionati sono quelli che richiedono di fornire alla fase di *training* i casi con le relative soluzioni. Altri algoritmi non supervisionati sono invece capaci di esaminare grandi masse di dati, riconoscendo raggruppamenti significativi, correlazioni fra gruppi di dati, similitudini, anomalie. Il ragionamento è qui condotto riferendosi espressamente ai soli algoritmi supervisionati.

⁸ R. CAVALLO PERIN, I. ALBERTI, *Atti e procedimenti amministrativi digitali*, in R. CAVALLO PERIN, D.U. GALETTA (a cura di), *Diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Giappichelli, Torino, 2020, spec. pp. 147 ss.

Si è detto che ciò vale sia per le soluzioni elaborate dal *machine learning* nel senso sopra descritto, sia per le Reti Neurali Artificiali che sono costituite da molti Neuroni Artificiali (NA), tra loro connessi e suddivisi in neuroni di *input*, di *output* o interni, quest'ultimi organizzati in strati, denominati "strati nascosti". Ciascun neurone riceve valori numerici prodotti dai neuroni che nella connessione lo precedono; assegna un peso numerico a ciascun neurone, aumentando o indebolendo l'impatto sul successivo che supera una certa soglia minima.

Nell'esempio di una classificazione di ordinanze di demolizione vi sono i neuroni di *input* che ricevono tutti i dati d'accertamento tecnico sulle differenti stabilità degli edifici, sulla prossimità e intensità di una viabilità pubblica, sulla successiva esecuzione dei lavori, e così via; infine vi è un neurone di *output* che rappresenta in valore binario (0 o 1) la migliore scelta tra coppie due possibili: demolire o non demolire, chiudere al traffico o non chiudere al traffico; puntellare o non puntellare, e così via.

Il *training* della Rete Neurale Artificiale è incrementale, con cicli ripetuti⁹ sino all'approssimazione desiderata e in tal senso si afferma che la RNA "impara" grazie alle ripetute correzioni dei valori dei pesi. Si è invece criticato delle reti neurali l'impossibilità di dare spiegazione di un certo risultato, oltre i dati numerici dei pesi assegnati¹⁰, confortando l'idea dei critici sull'opacità del funzionamento dell'algoritmo¹¹. Sennonché da tempo in diritto amministrativo i punti o i voti uti-

⁹ Cfr. C. TASSO, *Attori, processi, meriti e responsabilità nell'utilizzo di algoritmi di Intelligenza Artificiale: il caso del Machine Learning*, cit., spec. pp. 33 ss.: il training s'articola normalmente in tre fasi. a) Calcolo "in avanti" (feed-forward step), ove i pesi sono per lo più scelti a caso o in via indiziaria, così si vede come è propagato il risultato dai neuroni di input fino a quelli di output, ottenendo un risultato che perciò differirà dall'aspettativa di soluzione del problema. b) Calcolo dell'errore Δ , tra il risultato ottenuto e la soluzione che si aspettava nella descrizione del training set. c) Ritorno (back-propagation step). Si procede modificando progressivamente i valori dei pesi inizialmente utilizzati, al fine di fare coincidere il risultato ottenuto con l'aspettativa di soluzione precedentemente indicata (Δ tendente a 0). Il processo inizia dall'ultimo strato, i neuroni si modificano correggendo l'errore Δ dell'applicazione dei pesi con successive modificazioni a ritroso, ripetendolo molte volte sino a ridurre l'errore medio di tutti i casi di training set (nell'esempio in testo: demolizione, chiusura al traffico veicolare, o puntellamento, ecc.).

¹⁰ C. TASSO, op. cit., Mentre un KBS è in grado di spiegare il proprio comportamento ripercorrendo i ragionamenti fatti, una RNA «può, al massimo, mostrare i vari pesi numerici che sono stati prodotti progressivamente nel processo di training (nel passo di back-propagation), quindi di per sé non si riesce a trovare alcuna spiegazione intuitiva/qualitativa diversa dai pesi sul perché si è ottenuto un certo risultato (opacità delle reti neurali)».

¹¹ Sulle criticità da non intellegibilità dell'algoritmo: C. COGLIANESE, D. LEHR, *Regulating by Robot: Administrative decision making in The Machine Learning Era*, Institute for law and economics, University of Pennsylvania Law School, research paper, 8, 2017; per caso francese: G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici. Predeterminazione, analisi predittiva e nuove forme di intellegibilità*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, spec. pp. 117 ss. Regolamento 2016/679/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva

lizzati nelle procedure di gara, o nelle prove concorsuali, o d'esame, si ritiene possano consentire di motivare l'individuazione dell'aggiudicatario, del vincitore e degli idonei ad un concorso, o di chi abbia superato l'esame all'università o nelle scuole di ogni ordine e grado¹².

Machine learning e Reti Neurali (artificiali o profonde) sono state utilizzate per analizzare testi scritti in linguaggio naturale, in differenti lingue tra cui l'italiano, con capacità crescente di estrarre da un testo i concetti ritenuti più rilevanti e significativi, sino a porre le basi per una vera e propria motivazione della decisione algoritmica, corredata dai pesi assegnati ai precedenti giurisprudenziali posti nel *data lake*, dunque per la definizione della *ratio decidendi*, con possibilità di procedere a contestarne l'assimilazione-differenziazione rispetto ai precedenti.

Ciò che è interesse notare è che il miglioramento nella precisione delle decisioni si deve piuttosto all'aumento del numero degli strati nascosti e dei neuroni, cioè alla creazione di reti più complesse, dette Reti Profonde (o *deep learning*) perché capaci di un'utilizzazione esponenziale dei *big data*, sicché milioni di casi possono essere rappresentati grazie alla definizione di gerarchie in cui ogni concetto è definito in relazione ad altri.

Ciò che stupisce è la vicinanza culturale di tale logica formale con alcune essenziali abilità dei giuristi che da tempo sono capaci rivelare la *ratio decidendi* che – a prescindere dagli *obiter dicta* – fonda la relazione tra fatto e dispositivo. È una cultura comune ai giuristi che consente di comprendere il modo d'operare degli algoritmi (*machine learning*, delle RNA o di *deep learning*), con una avvertenza che è di rilievo: l'uso degli algoritmi si riferisce a un numero elevato di casi (*input*) conferiti all'algoritmo (*data lake*) che – con pesi diversi – portano a definire le decisioni sulla base delle preesistenti, con un effetto – per ora – che può dirsi con tendenza conservativa, o poco innovativo, di cui occorre tenere conto nella definizione di limiti o cautele¹³.

3. La legittimazione giuridica all'uso dell'intelligenza artificiale nell'amministrazione pubblica

Al di là dell'attenzione riservata ad aspetti particolari sull'uso dell'intelligenza ar-

95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati), artt. 13, par. 2, lett. f; 14, par. 2, lett. g; 15, par. 2, lett. h.

¹² Sui voti come motivazione si vedano: Cons. St. (sezione VI), sentenza dell'11 gennaio 2019, n. 56; Cons. St. (sezione V), sentenza del 23 marzo 2018, n. 1860; Cons. St. (sezione IV), sentenza del 17 gennaio 2018, n. 228; Cons. St. (sezione V), sentenza del 7 dicembre 2017, n. 5770; Cons. St. (Adunanza Plenaria), sentenza del 20 settembre 2017, n. 7; Cons. St. (sezione IV), sentenza del 27 settembre 2016, n. 3946.

¹³ Per tutti da ultimo L. R. PERFETTI, *Beyond the chinese room. Appunti per una riflessione su intelligenza artificiale e diritto pubblico*, in *PA Persona e Amministrazione*, 1, 2017, pp. 457 ss.

tificiale nell'emanazione degli atti amministrativi¹⁴ – come la natura giuridica del software come atto amministrativo (a rilevanza interna¹⁵, generale o normativo¹⁶), la generale sostituibilità¹⁷ dell'imputazione umana, seppur con garanzie e cautele¹⁸, sull'opacità dell'iter logico e sui pregiudizi delle decisioni automatizzate¹⁹ – può dirsi ormai acquisita la generale possibilità di sfruttamento dell'intelligenza artificiale nella formulazione di decisioni attribuite alla cura della pubblica amministrazione²⁰.

¹⁴ Cons. St. (sezione VI), sentenza del 8 aprile 2019, n. 2270 ove si afferma che ricorrere agli algoritmi predittivi è «conforme ai canoni di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa».

¹⁵ Cfr. Cons. St. (sezione VI), sentenza dell'8 aprile 2019, n. 2270, punto 8.2; per l'accesso al software: T.A.R. Lazio (sezione III-bis), sentenza del 14 febbraio 2017, n. 3769; A. G. OROFINO, *La patologia dell'atto amministrativo elettronico: sindacato giurisdizionale e strumenti di tutela*, in *Foro amministrativo CDS*, 9, 2002, pp. 2256 ss.; F. SAITTA, *Le patologie dell'atto amministrativo elettronico e il sindacato del giudice amministrativo*, in *Riv. dir. amm. electr.*, 2003, p. 26. Per la configurazione di atto interno o strumentale: A. USAI, *Le elaborazioni possibili delle informazioni. I limiti alle decisioni amministrative automatiche*, in G. DUNI (a cura di), *Dall'informatica amministrativa alla teleamministrazione*, Istituto Poligrafico dello Stato, Roma, 1992; ID., *Le prospettive di automazione delle decisioni amministrative in un sistema di teleamministrazione*, in *Dir. informazione e informatica*, 164, 1993, pp. 114 ss.; A. MASUCCI, *Atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, Jovene, Napoli, 1989, pp. 42-44; ID., op. cit., pp. 56 ss.; ID., *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie. Il procedimento amministrativo elettronico ad istanza di parte*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 82 ss.

¹⁶ U. FANTIGROSSI, *Automazione e pubblica amministrazione*, Il Mulino, Bologna, 1993, p. 55 ss.; qualifica come regola amministrativa generale: Cons. St. (sezione VI), sentenza del 8 aprile 2019, n. 2270, punto 8.2; G. FASANO, *Le decisioni automatizzate nella pubblica amministrazione: tra esigenze di semplificazione e trasparenza algoritmica*, in *MediaLaws*, 3, 2019, pp. 237 ss.; sulla qualificazione dell'atto amministrativo generale: Cons. St. (Adunanza Plenaria), sentenza del 4 maggio 2012, n. 9.

¹⁷ T.A.R. Lazio (sezione III-bis), sentenza del 10 settembre 2018, n. 9225; T.A.R. Puglia (sezione I), sentenza del 27 giugno 2016, n. 806. Per l'accesso all'algoritmo: T.A.R. Lazio (sezione III-bis), sentenza del 22 marzo 2017, n. 3769; R. FERRARA, *Il giudice amministrativo e gli algoritmi. Note estemporanee a margine di un recente dibattito giurisprudenziale*, in *Dir. amm.*, 4, 2019; I. M. DELGADO, *Automazione, intelligenza artificiale e pubblica amministrazione: vecchie categorie concettuali per nuovi problemi?*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2019, spec. pp. 651 ss.; A. G. OROFINO, *Forma elettronica e procedimenti amministrativi*, Caducchi Editore, Bari, 2008.

¹⁸ N. PAOLOANTONIO, *Il potere discrezionale della pubblica automazione. sconcerto e stilemi. (Sul controllo giudiziario delle "decisioni algoritmiche")*, in *Dir. amm.*, 4, 2021, pp. 813 ss.; E. CARLONI, *AI, algoritmi e pubblica amministrazione in Italia*, in *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política*, Marzo 2020, pp. 2 ss.; G. FASANO, *Le decisioni automatizzate nella pubblica amministrazione: tra esigenze di semplificazione e trasparenza algoritmica*, cit., pp. 234 ss.; R. FERRARA, *Il giudice amministrativo e gli algoritmi. Note estemporanee a margine di un recente dibattito giurisprudenziale*, in *Dir. amm.*, 4, 2019, pp. 773 ss.; D.U. GALETTA, J. G. CORVALÁN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0*, in *federalismi.it*, 3, 2019, pp. 2 ss.; G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici*, Edizioni scientifiche, Napoli, 2019.

¹⁹ Per tutti F. PASQUALE, *Black box society. The secret algorithms that control money and information*, Harvard University Press, 2015; sul superamento dell'oscurità dell'algoritmo attraverso il riconoscimento del software della qualificazione di atto amministrativo informatico: T.A.R. Lazio (sezione III-bis), sentenza del 22 marzo 2017, n. 3769.

²⁰ Cons. St. (sezione VI), sentenza 4 febbraio 2020, n. 881, spec. p.to 5.1, ove si apre alla possibilità che le pubbliche amministrazioni possano sfruttare le potenzialità conoscitive offerte dalle tecnologie dell'informazione e delle comunicazioni, nonché dagli algoritmi. Su cui di recente A. PAJNO, F.

L'attività amministrativa assolta dal sistema d'intelligenza artificiale è stata considerata "esercizio di attività amministrativa sostanziale" e come tale assoggettata al rispetto della relativa disciplina²¹, compresa la piena accessibilità al codice sorgente dell'algoritmo²² con l'ostensione del *data lake* (casistica selezionata) utilizzato dell'algoritmo (art. 15, Regolamento 2016/679/UE)²³.

Non si può negare che ciò porti a toccare questioni giuridiche di diritto pubblico di grande rilevanza²⁴, a cominciare dai limiti, dalle modalità e con quali cautele, nelle decisioni amministrative le persone fisiche possano essere sostituite dagli algoritmi, così avviene da anni per alcuni servizi pubblici²⁵ o per taluna attività di polizia amministrativa²⁶.

DONATI, A. PERRUCCI (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione? Amministrazione, responsabilità, giurisdizione*, Vol. II, Il Mulino, Bologna, 2022. Sulle criticità derivanti dalla non intellegibilità dell'algoritmo si vedano *supra* i riferimenti alla nota 10.

²¹ T.A.R. Puglia (sezione I), sentenza del 27 giugno 2016, n. 806.

²² T.A.R. Lazio (sezione III-bis), sentenza del 22 marzo 2017, n. 3769.

²³ Ostensione del *data lake* come una garanzia per i destinatari e controinteressati della decisione in sé considerata, ma anche per l'esercizio del diritto di cancellazione dei dati considerati non più attuali (art. 17, Regolamento 2016/679/UE), del diritto di rettifica (art. 16, Regolamento 2016/679/UE), con conseguente diritto all'integrazione della casistica con dati ulteriori e "significativi".

²⁴ Cfr. A. SIMONCINI, S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma nell'intelligenza artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale*, in *Riv. fil. dir.*, 1, 2019, pp. 87 ss.; C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2019, pp. 101 ss. Per il processo penale: S. QUATTROCOLO, *Equità del processo penale e automated-evidence alla luce della convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, 2, 2019, pp. 107 ss.

²⁵ Per una mappatura generale delle applicazioni AI nei servizi pubblici nell'UE, G. MISURACA, C. VAN NOORDT, *Overview of the use and impact of AI in public services in the EU*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2020. A titolo esemplificativo, per il settore socio-sanitario si vedano: in Belgio i metodi di *machine learning* (regressione logistica e XGBoost) usati per allenare un sistema predittivo che combina i dati storici dell'unità ispettiva e fornisce al personale raccomandazioni sulle tempistiche e il tipo di interventi necessari, G. MISURACA, C. VAN NOORDT, op. cit., p. 42; nella città di Tralleborg, Svezia, l'automazione dei processi per applicativi nella gestione di servizi di assistenza domestica ed erogazione di assegni di invalidità, disoccupazione, J. PELLEGRIN, L. COLNOT, L. DELPONTE, *Research for REGI Committee – Artificial Intelligence and Urban Development*, European Parliament, Policy Department for Structural and Cohesion Policies, Bruxelles, 2021, pp. 26 ss. Per il settore del trasporto pubblico si veda l'algoritmo di gestione del trasporto ferroviario metropolitano londinese (algoritmi machine learning di previsione su dati storici di afflusso utenti e rischio ritardi, apprendimento trend, soluzione real-time) e il modello di gestione dei controlli sulle officine autorizzate al rilascio dei certificati di circolazione per veicoli privati (algoritmi di clustering per la definizione dell'indice di rischio, segnalazione delle officine e indirizzamento dei controlli), Government Digital Service, Office for Artificial Intelligence, in collaborazione con Alan Turing Institute, in <https://www.gov.uk>, 10 giugno 2019.

²⁶ Sui semafori automatici e i rilevatori di velocità come provvedimenti amministrativi automatizzati: A. MASUCCI, *Atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, Jovene, Napoli, 1989, pp. 42-44; F. MOROLLO, *Documento elettronico fra e-government e artificial intelligence (AI)*, in *federalismi.it*, Focus TMT, 2, 2015, pp. 2 ss. Sul riconoscimento facciale: F. PAOLUCCI, *Il riconoscimento facciale: una sfida di policy per il futuro dei diritti fondamentali*, in A. LO CALZO, L. PACE, G. SERGES, C. SICCARDI, P.

Con riferimento all'emanazione di provvedimenti amministrativi la questione è preceduta da altra più radicale, che s'interroga sulla stessa legittimazione o base legale dell'uso dell'algoritmo²⁷. Il significato essenziale del principio di legalità²⁸, o nel lessico del diritto dell'Unione europea la base legale²⁹, impone che i poteri dell'autorità amministrativa trovino legittimazione in un atto legislativo variamente definito dai relativi ordinamenti (costituzione, legge, trattati, regolamenti, direttive) e ciò è considerato patrimonio della cultura costituzionale comune agli Stati membri, dunque principi generali dello stesso ordinamento dell'Unione europea³⁰.

Per legittimazione s'intende il fatto o atto giuridico in forza del quale un determinato potere amministrativo trovi fondamento nel diritto obiettivo, sia nei suoi elementi essenziali formali e sostanziali che lo definiscono (art. 21 *septies*, l. n. 241/1990), sia nelle sue modalità d'esercizio (art. 21 *octies*, l. n. 241/1990).

In via generale una legittimazione dell'atto amministrativo informatico³¹ o digitale³², è data direttamente dalla legge generale sull'attività e sul procedimento

VILLASCHI (a cura di), *Diritto e nuove tecnologie tra comparazione e interdisciplinarietà*, volume monografico de *La Rivista Gruppo di Pisa*, 3, 2021, pp. 561 ss.

²⁷ In dottrina da ultimo: S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Public administration algorithm decision making and the Rule of Law*, in *European Public Law*, 1, 2021, pp. 103 ss.; E. COCCHIARA, *Algoritmi amministrativi e principio di legalità: riflessioni interne e spunti di comparazione*, in A. LO CALZO, L. PACE, G. SERGES, C. SICCARDI, P. VILLASCHI (a cura di), *Diritto e nuove tecnologie tra comparazione e interdisciplinarietà*, cit., pp. 495 ss.; A. MASUCCI, *L'algoritmizzazione delle decisioni amministrative tra Regolamento Europeo e leggi degli stati membri*, in *Dir. pubbl.*, 3, 2020, pp. 943 ss. Si veda in oltre la giurisprudenza sulla base legale citata alla nota 29 *infra*.

²⁸ Sul principio da ultimo: S. CIVITARESE MATTEUCCI, «Umano troppo umano». *Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 2019, pp. 12 ss.; A. TRAVI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, in *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, (Varenna, 20-22 Settembre 2007), Giuffrè, Milano 2008, p. 21; R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Giuffrè, Milano, 1990; F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Cedam, Padova, 1969; ALB. ROMANO, *Il principio di legalità nella Costituzione italiana*, in *Principio di uguaglianza e principio di legalità nella pluralità degli ordinamenti giuridici*, Associazione dei costituzionalisti, Annuario 1998, Cedam, Padova, 1999, pp. 45 ss.

²⁹ Sul concetto di base legale in Ue: Corte giust., sentenza 6 settembre 2017, C-643/15 e C-647/15, *Rep. slovacca e Ungheria/Consiglio*, ECLI:EU:C:2017:631; Corte giust., 7 settembre 2016, C-113/14, *Germania/ Parlamento e Consiglio*, ECLI:EU:C:2016:635; Corte giust., 1 dicembre 2015, C-124/13 e 125/13, *Parlamento/Consiglio*, ECLI:EU:C:2015:790.

³⁰ Art. 6, TUE; tra le prime sentenze che indicano come principio generale dell'ordinamento europeo le tradizioni costituzionali comuni: Corte giust., sentenza 13 dicembre 1979, C-44/79, *Hauer/Land Rheinland-Pfalz*, ECLI:EU:C:1979:290; Corte giust., sentenza 6 dicembre 2001, C-353/99, *Consiglio/Hautala*, ECLI:EU:C:2001:661; cfr. R. CAVALLO PERIN, *Ordinamenti giuridici paralleli e necessità come fonte del diritto*, in R. CAVALLO PERIN, G. COLOMBINI, F. MERUSI, A. ROMANO (a cura di), *Attualità e necessità del pensiero di Santi Romano Pisa 14-15 giugno 2018*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, pp. 50 ss.

³¹ Art. 3, d.lgs n. 39/1993, emanato poco dopo il d.lgs. n. 29/1993, sulla privatizzazione del pubblico impiego e la disciplina dell'organizzazione delle pubbliche amministrazioni.

³² R. CAVALLO PERIN, I. ALBERTI, *Atti e procedimenti amministrativi digitali*, cit., spec. pp. 122-123 ove si

amministrativo ove chiarisce che per dare soddisfazione di una buona amministrazione³³, cioè per conseguire una maggiore efficienza, le pubbliche amministrazioni agiscono mediante strumenti telematici e informatici (art. 3 *bis*, l. n. 241 del 1990), secondo un testo che per taluni ha migliorato le precedenti definizioni (art. 3, d.lgs. n. 39/1993)³⁴, legittimando l'avvio di una sperimentazione nel senso sopra precisato che non esclude, come si è avuto modo di chiarire³⁵, l'intermediazione umana (art. 10 *bis*, l. n. 241/1990).

La questione assume un particolare rilievo invece proprio con riferimento alle decisioni del tutto automatizzate il cui divieto generale può essere superato – oltreché dal previo assenso dell'interessato³⁶ – con una disposizione dell'Unione europea o dello Stato membro (art. 22, § 2, lett. b, Regolamento 2016/679/UE)³⁷, la quale deve assicurare che non sia menomata la tutela «dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi» (art. 22, par. 2, lett. b, Regolamento 2016/679/UE).

La riflessione sul modo in cui operano gli algoritmi e l'uso che di essi che può essere effettuato nella pubblica amministrazione consente di reinterpretare la riserva di norma dell'Unione o dello Stato membro nel senso che la legittimazione posta dalla disciplina generale sul procedimento amministrativo vale soddisfazione del principio di legalità inteso come conformità formale³⁸, cioè legittimazione della pubblica amministrazione (*interpositio legis*) ad assolvere al proprio processo conoscitivo³⁹ e decisionale mediante sistemi automatizzati.

Diversa è l'osservanza del principio di legalità inteso come conformità sostanziale,

usa il termine atto amministrativo digitale per riferirsi a quell'atto amministrativo emanato con l'utilizzo di algoritmi.

³³ 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), *Diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, cit., pp. 85-117; D.U. GALETTA, J. G. CORVALÁN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0*, cit.

³⁴ M. TUCCI, *The Rational Expectation Hypothesis, Time-Varying Parameters and Adaptive Control. A Promising Combination?*, *Advances in Computational Economics*, Springer, 2004. Sulla mancanza nell'atto automatizzato della firma autografa, cfr. art. 3, co. 2°, d.lgs. n. 39/1993; art. 6- quater d.l. 15 marzo 1991, n. 63, conv. in l. n. 80/ 1991.

³⁵ R. CAVALLO PERIN, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, in *Dir. amm.*, 2, 2020, pp. 305 ss.

³⁶ In altra occasione R. CAVALLO PERIN, I. ALBERTI, *Atti e procedimenti amministrativi digitali*, cit., spec. pp. 147 ss., si è svolto l'altro corno dell'assenso dell'interessato (art. 22, par. 2, lett. a, c, Regolamento 2016/679/UE), che non vale acquiescenza alla decisione esclusivamente automatizzata, poiché l'interessato può sempre chiedere l'intervento umano (art. 22, par. 3, Regolamento 2016/679/UE), fare valere le proprie ragioni e contestare la decisione (art. 22, lett. b e c, Regolamento 2016/679/UE) oltre all'ipotesi in cui il trattamento automatizzato sia necessario per la conclusione o l'esecuzione di un contratto tra l'interessato e un titolare del trattamento (art. 22, lett. a, Regolamento 2016/679/UE).

³⁷ S. CIVITARESE MATTEUCCI, «Umano troppo umano», cit., pp. 24 ss., spec. pp. 36 ss.

³⁸ C. EISENMAN, *Le droit administratif et le principe de légalité*, cit.

³⁹ Sull'attività conoscitiva: F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Giappichelli, Torino, 1967.

in correlazione ai vincoli posti dalle riserve di legge assolute e relative che sono ad un tempo garanzia dei diritti e libertà costituzionali e dei pubblici poteri attribuiti alle articolazioni della Repubblica italiana (art. 118, co. 1°, Cost.).

Basti qui osservare che se l'operare dell'algoritmo non pare alterare sostanzialmente la definizione delle norme di legge sugli elementi essenziali dell'atto amministrativo (art. 21 *septies*, l. 241/1990), non si può pervenire alla stessa conclusione per le norme di azione⁴⁰ che disciplinano l'esercizio dei pubblici poteri e la cui inosservanza definisce i vizi di annullabilità dell'atto amministrativo (art. 21 *octies*, l. n. 241/1990, cit.)⁴¹. L'attribuzione per legge di un potere di espropriazione vale a legittimare il trasferimento di proprietà di un comune o di un ministero sia per intermediazione umana sia con l'atto automatico, essendo in sé rilevante l'efficacia normativa in deroga alla protezione legislativa del correlato diritto soggettivo sul bene. Non così per le norme di azione che disciplinano l'emanazione dell'atto poiché l'algoritmo definisce una modalità di produzione dell'atto che è diversa da quella tradizionale e che per ciò solo richiede nuove norme che lo disciplinano in ragione di un periodo di sperimentazione, monitoraggio e correzione dell'uso dell'algoritmo in un determinato procedimento⁴².

4. Il fondamento di una norma speciale e ragionevole per ciascun procedimento amministrativo

Una norma dell'Unione europea o dello Stato membro (art. 22, § 2, lett. b, Regolamento 2016/679/UE) appare indispensabile per ogni procedimento amministrativo, che non ha solo da essere speciale in senso formale, cioè di disciplina di ciascun tipo di procedimento amministrativo, ma che ha anche da essere ragionevole, nel senso di definita in ragione degli esiti della sperimentazione sopra indicata, che per ciascun procedimento ha tenuto conto del contraddittorio (art. 10 *bis*, l. n. 241/1990), delle correzioni dell'algoritmo e relativi standard d'errore, nonché dei casi in cui è preferibile mantenere l'intermediazione umana.

⁴⁰ Oltre alla precedente nota 3, si veda: ALB. ROMANO, *Il principio di legalità nella Costituzione italiana*, cit., pp. 45 ss; ID, *Il cittadino e la pubblica amministrazione*, in *Il diritto amministrativo degli anni '80, Atti del XXX° Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1987, pp. 215 ss.; ID., *Diritto soggettivo, interesse legittimo e assetto costituzionale*, in *Foro it.*, 1980, pt. V, p. 261.

⁴¹ Si consenta il rinvio a R. CAVALLO PERIN, *L'amministrazione pubblica italiana tra rivoluzione liberale, repubblicana e l'avvento dell'intelligenza artificiale*, in *L'amministrazione nell'assetto costituzionale dei poteri pubblici. Scritti per Vincenzo Cerulli Irelli*, Tomo I, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 13 ss.; ID., *La validità dell'atto amministrativo tra legge, principi e pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Dir. amm.*, 4., 2017, pp. 659 ss.

⁴² ALB. ROMANO, *Diritto soggettivo, interesse legittimo e assetto costituzionale*, cit.; R. CAVALLO PERIN, *L'amministrazione pubblica italiana tra rivoluzione liberale, repubblicana e l'avvento dell'intelligenza artificiale*, cit., pp. 12 ss.

Quanto alla forma vi è libertà sia per l'ordinamento europeo (legislativi, non legislativi; regolamenti, direttive, ecc.) sia in ambito nazionale (leggi, regolamenti, ecc.) se non per l'osservanza delle riserve (di legge o d'amministrazione⁴³), per specifici ambiti materiali (direttive o regolamenti Ue) o per l'attribuzione di competenza di ciascuna istituzione europea o dello Stato membro in ragione dei relativi principi che ne riguardano il riparto in ciascun ambito ordinamentale.

È noto, infatti, che nel nostro ordinamento le riserve di legge assolute o relative da tempo diversamente disciplinano il rapporto tra legge e regolamento, con s'aggiunge la rilevanza che assume per l'atto d'algoritmo il diverso spazio normativo assegnato alla tecnica o alla politica nella riserva relativa o nell'assoluta⁴⁴.

Da ciò l'idea che la legittimazione generale – che vale a dare fondamento alla fase di sperimentazione (art. 3 *bis* l. n. 241/1990) – possa essere stabilizzata con l'emanazione di norme speciali e grazie alla sperimentazione ragionevoli, cioè capaci d'indicare per ciascun tipo di procedimento l'algoritmo idoneo a tenere conto di quei presupposti, o cautele, procedurali definiti in ragione di migliaia di migliaia di casi che ne hanno preceduto l'elaborazione e la correzione sperimentale, selezionando i casi in cui permane comunque ancora necessaria l'intermediazione umana nell'emanazione di atti della pubblica amministrazione.

Definizione di norme d'azione che sono dunque ragionevoli perché redatte in ragione della sperimentazione sopra indicata, che rende possibile conoscere per ogni tipo di procedimento il margine d'errore statistico dell'algoritmo che si ritiene accettabile, che perciò – a ragion veduta – consente di affermare per quali casi sia ammissibile una legittimazione dell'intelligenza artificiale senza più alcuna intermediazione umana nell'agire dell'amministrazione pubblica, salvo ben inteso il sindacato offerto dalla giustizia amministrativa conseguente ai ricorsi amministrativi o giurisdizionali.

In ciò si ritrova una sorprendente e felice convergenza nei risultati cui è giunta la tecnologia con quelli ottenuti dalla teoria giuridica sui poteri che la legge ha assegnato alla pubblica amministrazione. Vi è conferma, a distanza di anni, della

⁴³ Sulla riserva d'amministrazione, da ultimo: Corte Cost., sent. 23 giugno 2020, n. 116; ma si vedano già Corte Cost., sent. 2 marzo 1962, n. 13; Corte Cost., sent. 21 marzo 1989, n. 143; Corte Cost., sent. 30 aprile 2015, n. 71; Corte Cost., sent. 18 gennaio 2018, n. 6; ALB. ROMANO, *Relazione*, in A. CARIOLA, G. D'ALLURA, F. FLORIO (a cura di), *Le nuove regole dell'azione amministrativa, Atti del convegno di Catania dei giorni 11 e 12 novembre 2005*, Pubblicazioni del Centro studi di diritto del lavoro Domenico Napoletano, Sezione di Catania e del Consiglio dell'ordine degli avvocati di Catania 3), Catania, 2006, pp. 20 ss.; ID, *Fonti. Linee generali*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, ALB. ROMANO, F. ROVERSI MONACO, F. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, II ed., Monduzzi Editoriale, Bologna, 2005, pp. 34 ss.; D. VAIANO, *La riserva di funzione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 1996.

⁴⁴ La questione è stata posta per le riserve assolute sin da Corte cost., sent. 8 luglio 1957, n. 122; Corte cost., sent. 18 gennaio 1958, n. 4; Corte Cost., sent. 12 marzo 1962, n. 15; Corte Cost., sent. 27 marzo 1962, n. 31; Corte cost., sent. 19 maggio 1964, n. 36; Corte Cost., sent. 26 novembre 1964, n. 96; da ultimo sul punto del rapporto tra tecnica e amministrazione: S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA, *La tecnificazione dell'amministrazione*, cit., pp. 23 ss.

correttezza cui era giunta l'analisi teorica sul principio di legalità, rimarcando l'importanza dell'accezione di una conformità sostanziale del principio di legalità, come disciplina dell'esercizio del potere che consente la "sindacabilità" non solo degli atti provvedimento ma delle stesse norme di legge (incostituzionalità) o di regolamento (art. 3 e 4, prel., c.c.) che ne disciplinano l'emanazione.

Ciò è possibile rimarcando, non solo la diversa forma giuridica delle norme di relazione rispetto alle norme di azione, ma anche segnalando la differente ragione e natura che le caratterizza⁴⁵, avendo ad oggetto le prime la definizione diritti soggettivi e poteri assegnati all'amministrazione pubblica con i relativi limiti e confini, mentre le seconde i principi d'azione oppure gli standard d'amministrazione⁴⁶ che definiscono rispettivamente in concreto o in astratto il corretto modo di perseguire il pubblico interesse.

⁴⁵ Ancora il riferimento è ALB. ROMANO, *Diritto soggettivo, interesse legittimo e assetto costituzionale*, cit., pp. 260 ss.

⁴⁶ Si consenta il rinvio a R. CAVALLO PERIN, voce *Violazione di legge*, in *Digesto (disc. pubbl.)*, agg., Utet, Torino, 2011; ALB. ROMANO, *La nullità del provvedimento amministrativo*, in ALB. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 796 ss.

L'ALGORITMO E IL SUO GIUDICE

LUIGI CARBONE

1. Il giudice dinanzi all' algoritmo. Tre esigenze di approccio: chiarezza, coerenza, tutela

Il titolo di questa relazione – «*L'algoritmo e il suo giudice*» – è stato scelto insieme con la infaticabile organizzatrice del Convegno (nonché mia storica compagna di studi qui alla Federico II), la prof. Giovanna De Minico, con un'intenzione precisa: provare a spiegare l'atteggiamento di una Corte suprema – il Consiglio di Stato – di fronte alla necessità di giudicare non atti o comportamenti umani, ma scelte definite da un algoritmo.

Quando ciò accade, il giudice si trova davanti a tre necessità: le prime due generali, la terza specifica per il caso in questione.

La prima: la chiarezza.

Se, come tutti convergono (anche in questo convegno), un algoritmo deve essere *explainable*, anche l'orientamento delle Corti (specie delle Corti supreme) deve essere intellegibile, comprensibile. Altrimenti, si rischia che le sentenze assomiglino anch'esse all'"algoritmo non spiegato", al responso di una *black box*.

La seconda: la coerenza.

Oltre che intellegibile, l'orientamento delle Corti deve essere coerente, deve fornire un indirizzo chiaro alle amministrazioni e ai privati che vi ricorrono. Deve individuare principi stabili, soprattutto su materie nuove, non ancora codificate. Perché il problema è proprio questo: in materie come l'intelligenza artificiale la norma arriva quasi sempre in ritardo rispetto all'insorgenza del fenomeno.

E qui si arriva alla terza necessità: la tutela, che potremmo definire "tutela di primo impatto" da parte del giudice, in assenza di un quadro legislativo definito.

Di fronte alla rapidità del progresso la normativa può farsi attendere, ma la tutela no, e il giudice si trova non di rado ad essere l'istituzione di prima linea che deve far fronte al problema, dovendo comunque fornire una risposta, una soluzione giuridica, alla richiesta di tutela. Richiesta che arriva inaspettatamente, senza annunci o definizioni, tramite l'impugnazione di un provvedimento interamente digitale, che va comunque esaminata, insieme a tutte le altre impugnazioni di provvedimenti umani.

Se la vita si evolve, l'amministrazione si evolve con essa e la digitalizzazione pervade entrambe. Progressivamente, irreversibilmente. Tutto ciò avviene con una velocità tale che non si fa in tempo a legiferare *ex ante*. E il primo a doversene occupare è il giudice.

In Italia, questo giudice è il giudice amministrativo (visto il titolo del convegno,

«L'amministrazione digitale», mi concentro solo sul giudice dell'amministrazione, anche se in realtà ci sono anche altre giurisdizioni coinvolte).

Proviamo quindi a spiegare qual è stato l'approccio scelto dal Consiglio di Stato e da tutta la giustizia amministrativa di fronte a un procedimento (incluso il provvedimento finale) interamente gestito da una macchina, senza alcun intervento dell'uomo.

Un approccio studiato (e apprezzato) anche in sede europea, considerato che proprio nell'evento clou sulla Giustizia, organizzato dalla presidenza francese dell'Unione Europea il 21 febbraio 2022 (presenti il Commissario UE, i presidenti di GCUE e CEDU, rappresentanze di tutte le Corti costituzionali, Corti di Cassazione e Consigli di Stato dell'UE) il caso italiano che stiamo per raccontare è stato indicato come caso emblematico, nella sessione «*Le juge e le temps, le juge et son temps*».

Siamo appena all'inizio, ma già si possono individuare tre fasi (molte altre, verosimilmente, ne verranno): un breve *prequel*, due pietre miliari, che costituiscono la vera "apertura di partita"; una terza fase che potremmo chiamare "il cantiere della giurisprudenza", per la costruzione della tutela.

2. Il *prequel* della storia: l'accessibilità dell'espressione algoritmica

La nostra storia ha un *prequel*, nel 2017: T.A.R. Lazio (sezione III *bis*), sentenza del 22 marzo 2017, n. 3769 che non verte sul sindacato, ma sull'accesso agli atti, e che già fornisce qualche prima indicazione significativa.

In questo *prequel*, il T.A.R. ammette per la prima volta l'accesso direttamente alla "espressione algoritmica", al "codice sorgente" che gestisce il *software* relativo ai trasferimenti provinciali del personale docente.

L'amministrazione intende consentire l'accesso soltanto alle istruzioni dell'algoritmo di calcolo; il T.A.R. del Lazio invece, con una sentenza passata in giudicato, ritiene:

- non dirimente che il *software* sia compilato mediante linguaggi di programmazione non immediatamente comprensibili, non solo per il funzionario che ne fa uso ma anche per il privato destinatario dell'atto;
- non dirimente che il *software* sia elaborato non dalla p.a., ma da un privato specificamente competente in materia;
- che il codice sorgente – appunto, l'algoritmo – «è un atto amministrativo», con «piena accessibilità» ai sensi della legge n. 241 del 1990, anche se la p.a. ha fornito le istruzioni espresse in lingua italiana, in quanto «la descrizione delle modalità di funzionamento dell'algoritmo assicura una conoscenza assolutamente non paragonabile a quella che deriverebbe dalla acquisizione del richiesto linguaggio sorgente» (in altri termini, la traduzione in italiano non è sufficiente per assicurare una piena tutela: va consentito direttamente l'accesso all'espressione algoritmica);

- che non rappresenta una causa di esclusione all'accesso la natura di «*opera dell'ingegno*» di quanto richiesto: non solo se si tratta di documenti, ma anche se si tratta di un algoritmo personalizzato appositamente commissionato dalla p.a.

Ed ecco che nel nostro *prequel*, per la prima volta, si “apre la porta” a un mondo nuovo.

Il giudice amministrativo avrebbe potuto tener fuori la regola matematica, considerandola estranea all'ambito delle regole dei giuristi. E invece, con una buona dose di umiltà e di curiosità, e con un encomiabile sforzo di multidisciplinarietà, il T.A.R. la fa entrare nel novero degli elementi del suo sindacato e così preconizza l'estensione della tutela a una nuova tipologia di atti/attività, secondo un paradigma ormai inevitabile.

3.L'apertura di partita-1. La sentenza n. 2270 del 2019: serenità, cittadinanza costituzionale, inquadramento giuridico.

Una volta aperta la porta, si può aprire anche la partita.

Ed ecco le due *milestone*, costituite da due pronunce ravvicinate della VI Sezione del Consiglio di Stato, entrambe del 2019 (due anni dopo il *prequel*): la sentenza dell'8 aprile, n. 2270 e la sentenza del 13 dicembre, n. 8472.

La sentenza n. 2270 – a nostra conoscenza – costituisce il primo caso italiano (e forse uno dei primi in Europa) di impugnazione di un «*atto amministrativo (interamente) informatico*».

La vicenda è nota: in conseguenza del piano straordinario nazionale di assunzione del Ministero dell'istruzione di cui alla l. n. 107/2015 (Riforma del sistema nazionale di istruzione e formazione e delega per il riordino delle disposizioni legislative vigenti), alcuni insegnanti si erano ritrovati destinatari di una nomina su classi di concorso e ordine di scuola in cui non avevano mai lavorato; inoltre, pur avendo espresso nella domanda di assunzione la preferenza per la scuola superiore di secondo grado, erano risultati destinatari di proposta di assunzione nella scuola superiore di primo grado; infine, tutti erano stati destinati in province lontane, rispetto a quella di provenienza. Tutto ciò per effetto di un meccanismo privo di ogni intervento umano, integralmente informatico (il cd. algoritmo) di cui non erano conoscibili le concrete modalità di funzionamento.

Il T.A.R. rigetta il ricorso degli insegnanti e la vicenda arriva in Consiglio di Stato, che coglie l'occasione per fornire una serie di indicazioni generali.

3.1. Il Consiglio di Stato, per prima cosa, rasserena

Conforta sull'utilità dell'algoritmo, sulla sua importanza.

Perché questo deve fare una Corte suprema, di fronte al progresso. Soprattutto quando in precedenti pronunce di primo grado si era giunti a citare George Or-

well, al fine di sostenere che mai si sarebbe potuto soppiantare l'attività cognitiva che «solo un'istruttoria affidata a un funzionario persona fisica è in grado di svolgere, ostando alla deleteria prospettiva orwelliana di dismissione delle reti della funzione istruttoria, di abdicazione di quella provvedimentale, il presidio costituito dal baluardo dei valori costituzionali "scolpiti" negli artt. 3, 24, 97 della Costituzione, oltre che nell'art. 6 della CEDU» (T.A.R. Lazio (sezione III bis), sentenza del 10 settembre 2018, n. 9224-9230).

Invece, il Consiglio di Stato afferma subito, in via di principio, che l'utilizzo di una procedura informatica che conduca direttamente alla decisione finale non deve essere stigmatizzata, ma anzi, in linea di massima, incoraggiata. Essa, infatti, comporta numerosi vantaggi, quali ad esempio la notevole riduzione della tempistica procedimentale per operazioni meramente ripetitive e prive di discrezionalità, l'esclusione di interferenze dovute a negligenza o – peggio – dolo del funzionario/essere umano, la conseguente maggior garanzia di imparzialità della decisione automatizzata. In sintesi, «non può essere messo in discussione che un più elevato livello di digitalizzazione dell'amministrazione pubblica sia fondamentale per migliorare la qualità dei servizi resi ai cittadini e agli utenti».

Insomma, "Keep calm and enjoy the algorithm".

3.2.

Dopo aver rasserenato, il Consiglio di Stato ricerca, e individua, un fondamento, una cittadinanza costituzionale per questo nuovo tipo di "attività digitale" della p.a., declinando in chiave moderna l'art. 97 della Costituzione (redatto prima che esistessero gli elaboratori elettronici e tuttavia concepito in modo aperto, flessibile e adattabile ai tempi): «l'assenza di intervento umano ... e l'affidamento di tale attività a un efficiente elaboratore elettronico appaiono come doverose declinazioni dell'art. 97, coerenti con l'attuale evoluzione tecnologica». «Doverose», dice la VI Sezione.

Di fronte all'evoluzione delle tecnologie e, in fondo, della vita quotidiana, evolvono anche le modalità di applicazione del principio di efficienza e di buon andamento. Pertanto l'art. 97 Cost., che ne costituisce la fonte "aperta", consente l'ingresso anche di procedure e metodologie che non erano concepibili all'epoca in cui la Costituzione è stata scritta. E dunque il Consiglio di Stato fa entrare nel mondo giuridico anche la formula matematica. Doverosamente.

Non si può scegliere se farlo o no, ma lo si deve fare necessariamente, perché se questo rappresenta un modo in cui l'amministrazione può agire meglio, può rendere servizi migliori, allora occorre dare ingresso anche ad atti concepiti non da giuristi, né da amministratori, ma da matematici o da informatici.

3.3.

Terza indicazione del Consiglio di Stato: una volta conferita cittadinanza all'espressione algoritmica, le si fornisce un inquadramento giuridico perché il

giudice possa adeguatamente “maneggiare” questa nuova situazione.

E allora si afferma che la regola tecnica che governa ciascun algoritmo resta pur sempre una regola amministrativa generale, costruita dall'uomo e non dalla macchina, per essere poi applicata (e talvolta anche sviluppata) da quest'ultima.

Insomma, si tratta comunque di un atto amministrativo: informatico, ma pur sempre soggetto alle regole del diritto pubblico.

Ciò ha due conseguenze fondamentali, due vere e proprie stelle polari per una disciplina ancora tutta da codificare. L'atto informatico, in quanto tale: i) deve essere conoscibile in ogni aspetto e ii) deve essere pienamente sindacabile da parte del giudice amministrativo.

3.3.1.

La conoscibilità, l'*explainability* più volte richiamata anche nel convegno, costituisce una declinazione rafforzata del principio di trasparenza che deve riguardare tutti gli aspetti del provvedimento informatico: gli autori del procedimento, il meccanismo di decisione, le priorità assegnate nella procedura valutativa e decisionale. C'è qui anche un accenno all'apprendimento progressivo e al *deep learning*, anche se non era materia della sentenza (perché questo scenario non poteva essere ignorato dal Consiglio di Stato): se proprio la tecnologia porta la macchina a evolvere autonomamente, se non tutto è conoscibile prima, occorre comunque che la p.a. abbia un ruolo *ex post*, con test frequenti, aggiornamenti e se del caso perfezionamenti dell'algoritmo a valle.

3.3.2.

Il Consiglio di Stato conclude affermando la sindacabilità piena di entrambi i profili del provvedimento informatico: in primo luogo, quello “procedimentale” della correttezza del processo di costruzione e gestione dell'algoritmo (come viene costruito, come vengono inseriti i dati, chi sceglie i dati), ma anche quello “intrinseco” del sindacato sulla logicità, sulla ragionevolezza della decisione. Perché la decisione algoritmica è comunque una regola, una prescrizione che avrebbe potuto essere dettata dall'uomo, anche quando prende la forma di un'espressione matematica. E quindi, come per tutte le prescrizioni di diritto amministrativo, se ne deve poter sindacare la ragionevolezza.

4.L'apertura di partita-2. La sentenza n. 8472 del 2019: apertura all'attività discrezionale e definizione del rapporto con la legge n. 241

La seconda *milestone* è costituita dalla sentenza del 13 dicembre 2019, n. 8472 su una vicenda analoga a quella precedente.

Con questa seconda decisione – oltre a ribadire gran parte delle affermazioni della prima sentenza e a confermare l'opera di rassicurazione contro i «*richiami letterari, pur noti ed apprezzabili, a scenari orwelliani (da considerarsi con cautela perché la materia merita un approccio non emotivo ma capace di delineare un nuovo equilibrio, nel lavoro, fra uomo e macchina differenziato per ogni campo di attività)*» – la VI Sezione aggiunge due statuizioni importanti.

4.1.

Innanzitutto, apre più esplicitamente all'attività discrezionale della p.a.

L'algoritmo non è solo utilissimo per l'attività vincolata, come ampiamente aveva dimostrato la prima sentenza, ma «*non vi è ragione di principio – dice la VI Sezione – per limitare l'utilizzo all'attività amministrativa vincolata piuttosto che discrezionale, entrambe espressione di attività autoritativa svolta nel perseguimento del pubblico interesse. In disparte la stessa sostenibilità a monte dell'attualità di una tale distinzione, atteso che ogni attività autoritativa comporta una fase quantomeno di accertamento e di verifica della scelta ai fini attribuiti dalla legge, se il ricorso agli strumenti informatici può apparire di più semplice utilizzo in relazione alla c.d. attività vincolata, nulla vieta che i medesimi fini predetti, perseguiti con il ricorso all'algoritmo informatico, possano perseguirsi anche in relazione ad attività connotata da ambiti di discrezionalità. Piuttosto, se nel caso dell'attività vincolata ben più rilevante, sia in termini quantitativi che qualitativi, potrà essere il ricorso a strumenti di automazione della raccolta e valutazione dei dati, anche l'esercizio di attività discrezionale, in specie tecnica, può in astratto beneficiare delle efficienze e, più in generale, dei vantaggi offerti dagli strumenti stessi.*

4.2.

Sotto un secondo profilo, la sentenza affronta il rapporto, ancora inesplorato, tra il procedimento regolato dall'algoritmo e i meccanismi della l. n. 241/1990 (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi). E compie un'affermazione importante, coraggiosa: «*non può ... ritenersi applicabile in modo indiscriminato, come si ritiene nella motivazione della sentenza di primo grado, all'attività amministrativa algoritmica, tutta la legge sul procedimento amministrativo, concepita in un'epoca nella quale l'amministrazione non era investita dalla rivoluzione tecnologica ...*».

Insomma, di fronte a un'amministrazione che si difendeva sostenendo di aver applicato scrupolosamente tutta la l. n. 241/1990 (comunicazione dell'avvio del procedimento, individuazione del responsabile procedimento, etc.), il Consiglio di Stato afferma che il tema dei pericoli connessi allo strumento algoritmico «*non è ovviato dalla rigida e meccanica applicazione di tutte le minute regole procedurali della legge 241*», dovendosi invece ritenere che la fondamentale esigenza di tutela sia la trasparenza, nei termini riconducibili al principio di motivazione e/o giustificazione della decisione.

E quindi di nuovo si ritorna alla tanto evocata *explainability*: perché non ci si difende applicando minuziosamente le regole, ma dimostrando e illustrando sul piano tecnico la coincidenza fra la legalità e le operazioni algoritmiche, «*chiarendo le istruzioni impartite e le modalità di funzionamento delle operazioni informatiche se ed in quanto ricostruibili sul piano effettuale perché dipendenti dalla preventiva, eventualmente contemporanea o successiva azione umana di impostazione e/ o controllo dello strumento*».

5. Il cantiere della giurisprudenza e la costruzione di una tutela. Verso i principi di diligenza, non pregiudizievolezza, affidamento digitale?

La terza puntata di questa piccola saga (che, come nelle migliori serie, è aperta alle stagioni che verranno) è costituita dal cantiere della giurisprudenza, dalla progressiva soluzione di casi e costruzione di regole da parte del giudice amministrativo.

Esaurito il *prequel* e fissate le due *milestone*, la giurisprudenza va avanti.

Perché la tutela, come detto, non ammette soste: in assenza di legislazione (europea e nazionale) i casi arrivano comunque e il giudice deve risolverli.

Fornisco solo quattro flash, su quattro recenti pronunce: tutte sono accomunate dalla capacità di individuare percorsi di tutela, costruendo soluzioni realistiche e innovative in considerazione di casi di specie del tutto peculiari che giungono sempre più di frequente di fronte al giudice amministrativo.

5.1. Cons. St. (sezione III), 28 dicembre 2020, n. 8435

La sentenza tratta il caso di un privato che era stato escluso da un piano di finanziamento perché la documentazione progettuale, tutta online, non era stata digitalmente firmata. Certo, la sottoscrizione è essenziale, ma il Consiglio di Stato osserva che la procedura telematica contemplava sicuri elementi da cui dedurre esattamente la riconducibilità all'autore anche in assenza della firma digitale, secondo «*una moderna forma di partecipazione al procedimento amministrativo telematico*». Difatti, rileva la sentenza, si poteva partecipare solo accedendo al sistema mediante la creazione di un apposito account identificativo, «*del resto assorbito, quanto a certezza sulla paternità della domanda e degli atti ad essa allegati, dalla provenienza telematica, e dunque non certamente anonima, degli atti trasmessi tramite upload*». Appare allora irrazionale accettare l'account identificativo e poi escludere per assenza della firma digitale, in presenza della «*sicura riconducibilità, per effetto del mezzo telematico, dell'attestazione pervenuta al soggetto autore della dichiarazione medesima*».

In questa sentenza il Consiglio di Stato sembra imporre all'amministrazione una forma di dovere di diligenza *ante litteram*, di soccorso istruttorio *sui generis*, rispetto alla rigorosa applicazione della procedura telematica.

5.2. T.A.R. Campania (sezione IV), sentenza del 26 luglio 2021, n. 5238

La ricorrente aveva partecipato da remoto a un procedimento per il quale si era verificato un *crash* di rete (non dipendente dalla volontà della ricorrente, la quale non aveva spento il computer). La candidata era risultata “non visibile” dal video ed era stata dichiarata non valutabile. Il T.A.R. ha affermato che le difficoltà telematiche che possono presentarsi nel corso di procedure concorsuali da remoto non possono compromettere irrimediabilmente la partecipazione a una procedura laddove esse possono ricondursi a un malfunzionamento della connessione internet, o comunque a ragioni tecniche, e non a negligenza o a malafede del partecipante.

In questa sentenza, il giudice amministrativo sembra porre le basi per un principio generale, secondo cui l'utilizzo delle tecnologie informatiche nella procedura amministrativa non può pregiudicare i partecipanti: è la p.a. che deve farsi carico di eventuali disfunzioni del sistema (ad esempio, l'amministrazione avrebbe potuto individuare una data per la ripetizione della prova).

5.3. T.A.R. Lombardia (sezione III), sentenza del 6 aprile 2022, n. 778

Si controverte della partecipazione a un concorso per titoli ed esami per un grande ospedale del nord. La concorrente aveva saltato un campo della domanda; la procedura, tuttavia, l'aveva accettata inviando pure, attraverso la piattaforma utilizzata, una mail di conferma con tanto di codice identificativo. Anche in questo caso, il T.A.R. ha annullato il provvedimento di esclusione.

Qui sembrano porsi le prime premesse per una sorta di “principio di affidamento digitale”: il sistema avrebbe potuto impedire la chiusura della procedura informatica in assenza di un elemento (come accade in molti casi), o avrebbe potuto ricorrere al soccorso istruttorio. Ma se il sistema informatico genera un affidamento circa la corretta conclusione della procedura, addirittura con l'invio di una mail di ricevuta e annesso codice, l'amministrazione non può poi escludere *tout court* la partecipante.

5.4. Cons. St. (sezione III), 25 novembre 2021, n. 7891

Ultimo caso, un po' più complesso ma particolarmente interessante perché qui l'algoritmo – anzi, l'intelligenza artificiale – è l'oggetto stesso del processo. Si trattava di una gara sanitaria per la realizzazione di *pacemakers*, che dovevano essere regolati – appunto – da algoritmi elettronici. La gara prevedeva l'assegnazione di punteggi diversi in caso di algoritmo funzionale alla sola prevenzione (o al solo il trattamento) o in caso di algoritmo in grado di cumulare sia la prevenzione che il trattamento, configurando dunque una macchina più intelligente, in grado sia di capire se il paziente si stava sentendo male, sia di intervenire subito. In quest'ultimo caso, la procedura assegnava più punti.

Ecco allora che la decisione sull'aggiudicazione dell'appalto sanitario diventa interessante perché consente al Consiglio di Stato di definire, con ampia e innovativa motivazione, una differenza tra "algoritmo semplice" e "intelligenza artificiale", che viene posta a base della stessa sentenza: l'algoritmo semplice si limitava a fare prevenzione; il concorrente che consentiva assieme prevenzione e trattamento offriva un prodotto basato su un sistema di vera e propria intelligenza artificiale (e per questo si è alla fine aggiudicato la gara).

6. Il giudice dell'algoritmo. Sfide per il futuro e spunti incoraggianti

Il quadro sembra alquanto chiaro, nella sua necessaria incompletezza.

Ed è anche un quadro incoraggiante.

Dinanzi alle questioni poste dall'amministrazione digitale il giudice amministrativo è chiamato a confrontarsi con strumenti e meccanismi nuovi, non consueti. Ma sembra in grado di affrontare la sfida.

Non sembra avere paura dell'innovazione, anzi cerca di stare al passo coi tempi (tutto sommato senza sfigurare anche a livello europeo).

Prova a rasserenare rispetto a scenari orwelliani, declina l'art. 97 della Costituzione secondo una visione moderna dell'attività amministrativa. Si impegna a tradurre e ad adattare la legge 241 a procedimenti per i quali non era stata pensata, senza limitarsi a farne un "copia e incolla". Si cimenta nella costruzione di nuove prospettazioni di principi classici (la diligenza, l'affidamento). Si sforza di individuare nuovi punti di riferimento per una navigazione senza altre coordinate, e li trova nella conoscibilità, nella trasparenza e nella sindacabilità.

Tutto ciò accade perché il giudice dell'algoritmo è consapevole del fatto che, in concreto, la tutela la deve assicurare lui, e per assicurarla i principi li deve ricavare autonomamente, in solitudine (e magari questi stessi principi potranno, un giorno, ispirare il legislatore, come già accaduto per la legge n. 241 o per il codice del processo amministrativo, i quali in buona parte hanno recepito i principi individuati pretoriamente dalla giurisprudenza). Perché il giudice amministrativo forse più di altri è abituato al fatto che, quando le strade non ci sono, se le deve costruire da solo, come Annibale.

A questa capacità di creare percorsi nuovi si affianca anche una sana dimestichezza con la gestione della multidisciplinarietà.

Nell'approccio all'algoritmo (e non solo), il giudice si pone in modo molto differente rispetto all'amministrazione: quest'ultima utilizza un algoritmo costruito da altri e quasi mai si pone il problema di "entrarci dentro"; il giudice invece deve necessariamente farlo, deve cercare di capire, per poter fornire una tutela efficace. Il giudice, dunque, è consapevole della necessità di maneggiare meccanismi anche di discipline diverse, se occorre disponendo un'istruttoria o un accertamento tecnico.

Insomma, il giudice amministrativo, quale giudice dell'algoritmo, appare impegnato a valutare con serietà e modernità i cambiamenti dell'amministrazione digitale e ad affrontare con serenità e lungimiranza le sfide, nuove e inesplorate, che si porranno per il diritto amministrativo.

Credo che questo accada perché il giudice amministrativo – in generale e non solo sull'algoritmo – è un giudice abituato a intervenire sui grandi problemi della società (si pensi ai temi dell'immigrazione, della sicurezza, dell'ambiente, della salute, dei mercati). Il suo lavoro lo pone spesso a confronto con l'evoluzione della realtà, che è sempre più veloce dell'ordinamento che la regola. E spesso, di fronte alle criticità e alle nuove esigenze di tutela,

la sua risposta viene a precedere quella di altre Istituzioni. Così, in qualche modo, il giudice amministrativo si trova spesso ad “accompagnare la modernità”.

In questo scenario, il giudice amministrativo cerca di tutelare e, se necessario, di prevenire anche dai rischi dell'algoritmo. Consapevole della necessità delle regole, ma anche della necessità di far ricorso ai principi, se queste mancano.

Perché comunque lui deve, lui vuole, fornire una tutela.

Perché a fronte di un mondo che corre, anche velocemente (verrebbe da dire ... alla velocità della luce), al centro c'è sempre l'Uomo. E le esigenze di tutela delle persone non corrono via, non se ne vanno, ma – finché non trovano risposta – restano ferme esattamente nello stesso posto.

LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE OGGI,
FRA INTELLIGENZA ARTIFICIALE E INTELLIGENZA UMANA

DIANA-URANIA GALETTA

1. Premessa introduttiva

Nel 1950, in un famoso saggio certamente noto a chi si interessa di queste tematiche, ALAN TURING aveva sottolineato come sarebbero stati necessari più di mille anni per arrivare ad una descrizione matematica completa del modo di funzionamento della mente¹. TURING rifletteva infatti sulla circostanza – che vale *a fortiori* nel caso di specie – che vi era una sola verità di cui si poteva essere certi come scienziati: e, cioè, che mai si sarebbe “ricercato” abbastanza².

In effetti, ancora oggi i neuroscienziati ritengono che sarebbe impossibile replicare davvero il cervello umano nelle macchine: data la sua incredibile complessità e la mancanza di dati affidabili per determinare con certezza il suo pieno funzionamento³.

Questa obiezione, per quanto certamente condivisibile, ignora però un fatto, che appare invece relevantissimo ai nostri fini: e, cioè, che l'intelligenza artificiale non ha bisogno di assomigliare al cervello umano per potere svolgere alcune attività che prima potevano essere di appannaggio esclusivo dell'intelligenza umana⁴.

Inoltre, è importante tenere a mente che lo sviluppo dell'intelligenza artificiale non riguarda – almeno non esclusivamente – l'imitazione o la copia del cervello umano. L'intelligenza artificiale utilizza una varietà di metodi per elaborare informazioni e risolvere problemi o prendere decisioni: allo stesso modo in cui gli ingegneri aeronautici non hanno imitato o copiato il metodo o le tecniche di apprendimento dagli uccelli per costruire aerei moderni⁵.

¹ Per TURING, la chiave per comprendere il cervello non stava infatti nel mappare la sua anatomia o misurare la sua densità, ma nel caratterizzare matematicamente il suo comportamento. V. A.M. TURING, *Computing Machinery and Intelligence*, in *Mind*, vol. 59, 1950, p. 433 ss., <https://www.csee.umbc.edu/courses/471/papers/turing.pdf>.

² “*We certainly know of no circumstances under which we could say, «We have searched enough»*”. A.M. TURING, *Computing Machinery and Intelligence* cit. par. 9.

³ Cfr. C. ELIASMITH, O. TRUJILLO, *The use and abuse of large-scale brain models*, in *Current Opinion in Neurobiology*, 2014/25, p. 1 ss., doi:10.1016/j.conb.2013.09.009. V. anche H. DE GARIS, C. SHUO, B. GOERTZEL, L. RUITING, *A world survey of artificial brain projects, Part I: Large-scale brain simulations*, in *Neurocomputing*, 2010/74, p. 3 ss., doi:10.1016/j.neucom.2010.08.004; D. Dalrymple, *Turing: Brain model still incomplete*, in *Nature* 483 (14.03.2012), p. 275 ss., <https://doi.org/10.1038/483275c>.

⁴ V. ad es. *Is the brain a good model for machine intelligence?*, in *Nature*, 482 (22.02.2012), p. 462 ss. <https://doi.org/10.1038/482462a>;

⁵ Sul punto si rinvia a D.U. GALETTA, J.G. CORVALÁN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Ammini-*

Questa è la premessa che è necessario fare rispetto alla domanda, se sia o meno concepibile “automatizzare l’attività amministrativa”.

A questo proposito vale peraltro la pena di ricordare che, in un paragrafo centrale del famoso “Rapporto Giannini” del 1979, già si sottolineava come «*Gli elaboratori elettronici, che erano all’inizio apparecchi di semplice registrazione di dati complessi, sono divenuti poi apparecchi di accertamento e verifica, di calcolo, di partecipazione a fasi procedurali di istruttoria, e infine di decisione*»⁶. Ma GIANNINI osservava anche, con la sua consueta lungimiranza, che «*Il cambiamento, unito all’impiego collegato di elaboratori di più amministrazioni, richiede disponibilità di competenze tecniche molto specializzate, che si sono potute formare solo in pochissime amministrazioni*»⁷.

Il che è, ahinoi, vero ancora oggi.

Sicché, pur tenendo bene a mente la/le difficoltà di cui sopra, la questione su cui intendo focalizzare brevemente l’attenzione è se e in che modo sia effettivamente possibile utilizzare sistemi di intelligenza artificiale per automatizzare l’attività amministrativa (o parte di essa)⁸; e come questa automazione dell’attività amministrativa possa impattare sull’esercizio del potere discrezionale e, forse, sulla sua stessa nozione.

Per fare ciò occorre partire da una (ovvia) constatazione: se i dati e le informazioni sono alla base di tutte le decisioni, lo sono soprattutto delle decisioni prese da parte di amministrazioni pubbliche. Non a caso, infatti, la legge 241/90 sul procedimento amministrativo descrive la fase istruttoria del procedimento come quella centrale, di formazione e preparazione della decisione finale.

Allo stesso tempo, è ormai di comune dominio l’affermazione che la *governance* dei dati sia l’ossigeno stesso dell’automazione e la base per l’applicazione di sistemi di intelligenza artificiale. Mettendo insieme questi due elementi, ne scaturisce che – almeno potenzialmente – potremmo essere in presenza di un passaggio cruciale (*einmalig*, come si direbbe in tedesco) nello sviluppo del settore pubblico: per la prima volta, si potrebbe infatti avviare un processo di gestione dei dati e dei documenti in possesso delle pubbliche amministrazioni con l’obiettivo di automatizzarne i processi decisionali, applicando l’intelligenza artificiale a vaste aree di attività di routine, ripetitive e standardizzate. Attività che, dopo tutto, di solito si traducono in un’attività amministrativa largamente standardizzata e priva di un vero spazio di manovra dal punto di vista della decisione amministrativa finale da adottare.

strazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto, in *Federalismi.it* (<http://www.federalismi.it>), Numero 3/2019, 6 febbraio 2019, p. 1 ss. e riferimenti ivi contenuti.

⁶ Si tratta del ben noto rapporto del Ministro per la funzione pubblica Giannini, trasmesso alle Camere il 16.11.1979: M.S. GIANNINI, *Rapporto sui principali problemi della amministrazione dello Stato*, Par. 3.7.

⁷ Op. loc. cit. nota precedente.

⁸ Per una ricognizione della letteratura in lingua inglese che si è occupata di questo argomento v. A. ZUIDERWIJK, Y.-C. CHEN, F. SALEM, *Implications of the use of artificial intelligence in public governance: A systematic literature review and a research agenda*, in *Government Information Quarterly*, 2021, p. 1 ss.

Pertanto, come è esplicitato chiaramente nel nostro Codice dell'Amministrazione Digitale, in questo contesto l'uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (ICT), e in particolare dell'intelligenza artificiale, potrebbe favorire una migliore performance della pubblica amministrazione: quella efficienza ed efficacia⁹ che certamente sono riconducibili al concetto di "buon andamento". Ma potrebbe anche favorire una maggiore imparzialità delle decisioni delle amministrazioni pubbliche, soddisfacendo così ambo le esigenze chiaramente espresse nell'art. 97 della nostra Costituzione¹⁰.

In definitiva, quindi, l'automazione della pubblica amministrazione potrebbe (e dovrebbe) diventare un elemento che garantisce l'efficacia dei diritti dei cittadini e delle imprese¹¹.

2. Lo stato dell'arte

È noto che in molti paesi le amministrazioni pubbliche hanno già da alcuni anni iniziato a utilizzare sistemi di intelligenza artificiale, soprattutto in relazione all'attività amministrativa cosiddetta "vincolata": cioè dove non vi sia (o così almeno si ritiene) margine di apprezzamento discrezionale nella decisione amministrativa.

Per quanto concerne l'Italia, gli esempi potrebbero essere molti: dalla erogazione di contributi sulla base di parametri prefissati¹², al calcolo di contributi dovuti sulla base di indici reddituali/patrimoniali (ad esempio per il pagamento di tasse universitarie, contributi a mense scolastiche etc.); dall'applicazione delle sanzioni amministrative elaborate in via automatizzata, alla verifica di infrazioni di altra na-

⁹ Cfr. gli artt. 12 c. 1 e 17 c. 1 CAD, in <https://www.agid.gov.it/it/agenzia/strategia-quadro-normativo/codice-amministrazione-digitale>.

¹⁰ Sul che si rinvia a quanto già osservato in 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 (Ed), *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, Torino, 2020, p. 85 ss.

¹¹ Si legge all'art. 12 del CAD, che "Le pubbliche amministrazioni nell'organizzare autonomamente la propria attività utilizzano le tecnologie dell'informazione e della comunicazione per la realizzazione degli obiettivi di efficienza, efficacia, economicità, imparzialità, trasparenza, semplificazione e partecipazione nel rispetto dei principi di uguaglianza e di non discriminazione, nonché per l'effettivo riconoscimento dei diritti dei cittadini e delle imprese di cui al presente Codice in conformità agli obiettivi indicati nel Piano triennale per l'informatica nella pubblica amministrazione di cui all'articolo 14-bis, comma 2, lettera b)". Ma v. anche il riferimento all'efficienza nell'art. 17, comma 1, CAD (consultabile in: <https://www.agid.gov.it/it/agenzia/strategia-quadro-normativo/codice-amministrazione-digitale>)

¹² Sul che si veda, ad es., la interessante pronuncia del T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 22 aprile 2022, n. 552. La controversia riguardava la mancata conoscenza del metodo di calcolo dei punteggi da parte dell'algoritmo utilizzato dall'amministrazione per attribuire misura agevolative ai richiedenti nel contesto delle azioni intese a promuovere investimenti a carattere non produttivo per interventi non comportanti aumenti di reddito ma finalizzati alla gestione forestale sostenibile e alla tutela della biodiversità forestale, nonché alla fruizione pubblica delle foreste.

tura attraverso sistemi di rilevazione automatica e relativo calcolo automatico dell'importo dovuto.

Per lo più si tratta di attività che rientrano nella nozione di “automazione all'interno del procedimento amministrativo” ma non rappresentano, in quanto tali, una decisione algoritmica in senso stretto.

Ciò nonostante, è ben nota la vicenda dell'algoritmo della c.d. buona scuola, che è stato fonte di un notevole contenzioso giurisdizionale ed ha fornito lo spunto per un primo inquadramento del fenomeno attraverso l'elaborazione, da parte del nostro giudice amministrativo, di importanti principi generali di riferimento in materia¹³.

Brevemente, per implementare la c.d. legge sulla “buona scuola”¹⁴, il Ministero dell'Istruzione aveva deciso di utilizzare un software per decidere delle assegnazioni delle sedi di servizio agli insegnanti vincitori di concorso o relativamente alle loro richieste di mobilità. Il software in questione era programmato in maniera tale che, una volta acquisiti i dati (norme in vigore, risultati dei concorsi, disponibilità delle sedi di servizio etc.), esso provvedeva in automatico a stilare le graduatorie per le assegnazioni o trasferimenti. Tuttavia, i risultati poco soddisfacenti prodotti da questa “elaborazione automatica” hanno dato vita ad un considerevole contenzioso che si è infine focalizzato su due specifiche problematiche: la necessità di avere accesso al codice sorgente del software; e la necessità di potere mettere in discussione le decisioni prodotte “in automatico” dall'algoritmo.

Il Consiglio di Stato, dal canto suo, da un lato ha affermato che, quando ci si trova di fronte a «*procedure seriali o standardizzate, implicanti l'elaborazione di ingenti quantità di istanze e caratterizzate dall'acquisizione di dati certi ed oggettivamente comprovabili e dall'assenza di ogni apprezzamento discrezionale (...) l'affidamento di tale attività a un efficiente elaboratore elettronico appaiono come doverose declinazioni dell'art. 97 Cost. coerenti con l'attuale evoluzione tecnologica*»¹⁵. Dall'altro, ha richiamato l'attenzione su un aspetto fondamentale: e, cioè, che «*l'utilizzo di procedure informatizzate non può essere motivo di elusione dei principi che conformano il nostro ordinamento e che regolano lo svolgersi dell'attività amministrativa*»¹⁶.

¹³ Oltre a D.U. GALETTA, *Algoritmi, procedimento amministrativo e garanzie: brevi riflessioni, anche alla luce degli ultimi arresti giurisprudenziali in materia*, in RIDPC, 2020/4, p. 501 ss., v. D. DALFINO, *Decisione amministrativa robotica ed effetto performativo. Un beffardo algoritmo per una “buona scuola”*, in *Questione Giustizia* (<https://www.questionegiustizia.it>), 13.01.2020.

¹⁴ Legge 13 luglio 2015, n. 107, Riforma del sistema nazionale di istruzione e formazione e delega per il riordino delle disposizioni legislative vigenti, in <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2015/07/15/15G00122/sg>.

¹⁵ Cons. St., sez. VI, sentenza 8 aprile 2019, n. 2270, in <https://www.giustizia-amministrativa.it>, punto 8.1.

¹⁶ Cons. St., sez. VI, sentenza 13 dicembre 2019 n. 8472, in <https://www.giustizia-amministrativa.it>; Id. Cons. St., sent. n. 2270/2019 cit., punto 8.2.

3. Il dove, il quando e il perché

Posto che al momento attuale, come si è detto, l'automazione riguarda essenzialmente taluni passaggi procedurali e/o la frase istruttoria del procedimento, personalmente non mi entusiasma affatto l'idea che l'obiettivo possa (o debba) essere quello di una "automazione totale dell'attività amministrativa": non mi pare che quest'ultimo sia un traguardo auspicabile, né giuridicamente possibile. Né trovo che sia particolarmente utile, a questo proposito, tentare di distinguere fra attività amministrativa genuinamente discrezionale e le varie forme di attività semi o totalmente vincolata. Non vi è infatti accordo in dottrina su queste nozioni, e la questione è e resta certamente di notevole complessità¹⁷.

Per quanto mi riguarda sono infatti a favore solo di ipotesi di "automazione procedimentale", quali quelle attualmente in fase di pieno sviluppo, ad esempio nell'attività delle autorità amministrative indipendenti¹⁸. Un'automazione, cioè, che si riferisca unicamente ad attività interne/preparatorie da parte delle Pubbliche Amministrazioni (il cosiddetto "back-office"). Non, invece, se e quando si dovesse trattare di automatizzare attività che escano dalla fase meramente istruttoria del procedimento e possano consistere nell'emanazione vera e propria di atti amministrativi a rilevanza esterna (quello che la dottrina italiana chiama, appunto, "provvedimento amministrativo").

In effetti, rifiuto totalmente l'idea di potere automatizzare la decisione amministrativa in quanto tale: sia essa discrezionale o meno. Tanto più che, così come sulla delimitazione chiara (giuridico-amministrativa) del concetto di attività discrezionale non c'è sicuramente accordo in dottrina (e ancora meno in giurisprudenza), al pari regna un gran confusione intorno al concetto (tecnico-giuridico) di automazione.

Quando si parla di automazione si dovrebbe cioè anzitutto specificare di che tipo di automazione si sta parlando.

Nel caso della piena automazione, ci troveremmo in uno scenario in cui gli algoritmi collegano automaticamente i dati e le informazioni ai documenti. Per fare questo, i sistemi di intelligenza artificiale basati su regole (meglio conosciuti come "sistemi esperti") dovrebbero essere utilizzati per produrre il documento finale che esprime la decisione amministrativa: questo sarebbe quindi generato senza intervento umano.

Questo è ovviamente il caso più controverso e problematico.

Il secondo scenario – teoricamente molto meno problematico – è quello

¹⁷ Da ultimo si vedano le (come sempre) acute riflessioni di A. ZITO, *Teoria della scelta razionale e teoria giuridica della discrezionalità amministrativa: prolegomeni per un inquadramento sistematico*, in *Nuove autonomie*, 2022/1.

¹⁸ E. CHITI, B. MARCHETTI, N. RANGONE, *Rapporto 1/2021 – L'impiego dell'intelligenza artificiale nell'attività di CONSOB, AGCOM e ARERA*, in *BioLaw Journal*, n. 4/2021, p. 211 ss.

dell'automazione con un intervento umano ridotto. In questo caso i funzionari amministrativi interagirebbero con un sistema automatizzato per “finalizzare” la decisione amministrativa: la decisione sarebbe poi generata dall'intervento umano.

Quando parlo di intervento umano, qui, non mi riferisco però al processo di progettazione e formazione del sistema automatizzato che è alla base della decisione, bensì a quell'intervento che è necessario per generare il documento (la decisione) una volta che il processo finalizzato a generarlo sia stato automatizzato. In questa ipotesi, come è stato precisato in una interessante pronuncia della sez. III bis del TAR Lazio dello scorso anno relativa all'utilizzo di algoritmi da parte del MUR, «l'algoritmo è diretta espressione dell'attività svolta dalla pubblica amministrazione che è indubbiamente attività di pubblico interesse in quanto interessante l'organizzazione del servizio pubblico rappresentato dalla pubblica istruzione e, infatti, il predetto algoritmo è entrato nella procedura quale elemento decisivo e lo stesso è, comunque, stabilmente detenuto dalla stessa amministrazione ministeriale che lo ha commissionato e, quindi, utilizzato per le proprie finalità»¹⁹.

Il terzo scenario è quello dell'automazione unita all'attività predittiva. L'apprendimento automatico è una tecnica di intelligenza artificiale che – in una spiegazione molto elementare e rudimentale – consiste in uno o più algoritmi che utilizzano una grande quantità di dati per stabilire dei modelli che si traducono in previsioni, sulla base di un qualche criterio statistico.

Questa tecnica, applicata al settore pubblico, potrebbe essere molto utile quando ci sono tendenze chiare, giurisprudenza o attività amministrativa passata relativamente stabile.

Secondo me è questa, in verità, l'ipotesi più interessante: anche perché non implica necessariamente una decisione automatica del primo tipo. L'automazione combinata con l'attività predittiva possono infatti venire utilizzate come mero (ma efficientissimo) strumento di supporto nella fase istruttoria del procedimento. Non a caso, ad esempio, la Consob ha sottolineato – nella relazione del marzo 2022 sulle attività svolte nel 2021 – l'importanza dell'utilizzo degli strumenti di AI nel contesto delle attività preparatorie rispetto alle proprie decisioni²⁰. Ma anche ARERA, l'Autorità di Regolamentazione per l'Energia, le Reti e l'Ambiente vi fa ormai ampio ricorso²¹.

4. Responsabilità, trasparenza e dovere di motivazione. Riflessioni conclusive

Concludendo, sono dunque senz'altro d'accordo sul fatto che «le procedure infor-

¹⁹ T.A.R. Lazio, Roma, sez. III bis, 30 giugno 2021, n. 7769.

²⁰ V. in <https://www.consob.it/documents/46180/46181/ra2021.pdf/5da5eda5-85a9-464b-8e08-944e462acc33>.

²¹ <https://www.arera.it/it/inglese/index.htm>.

matiche applicate ai procedimenti amministrativi devono collocarsi in una posizione necessariamente servente rispetto agli stessi, non essendo concepibile che, per problematiche di tipo tecnico, sia ostacolato l'ordinato svolgimento dei rapporti tra privato e Pubblica Amministrazione e fra Pubbliche Amministrazioni nei reciproci rapporti»²².

Ritengo infatti che debba essere fatta salva l'esigenza (psicologica oltre che giuridica) che l'uso di sistemi di intelligenza artificiale sia limitato alla sola fase preliminare ed istruttoria del procedimento amministrativo, senza potersi estendere alla fase di adozione della decisione finale: essendo noi esseri umani in carne d'ossa, fatti di emozioni ma soprattutto di percezioni, la fase decisoria deve infatti – secondo il mio convinto parere – necessariamente restare appannaggio del funzionario pubblico in carne ed ossa e, in particolare, del responsabile del procedimento.

Oltretutto, da una prospettiva squisitamente giuridica, i sistemi di intelligenza artificiale non possono certamente sostituire le competenze dell'organo. In ogni caso, è chiaro che l'imputabilità giuridica dell'errore (e della decisione stessa) debba sempre riferirsi all'essere umano che è il titolare dell'organo della pubblica amministrazione. E questo non solo e non soltanto per questioni legate al tema della “responsabilità” (sia intesa in senso lato, che giuridicamente declinata²³), ma anche di “accettabilità” della decisione finale assunta.

Come giustamente osservava Filippo Patroni Griffi pochi anni orsono in uno suo scritto, è infatti l'elemento di umanità²⁴ che, in fondo, è quello che rende l'esercizio dell'azione amministrativa, pur con tutti i suoi elementi di unilateralità e imperatività, accettabile ai suoi destinatari²⁵.

Tuttavia, anche con questa limitazione, esiste un problema: mentre molte delle attività di gestione delle informazioni e dei dati svolte dalle pubbliche amministrazioni nella fase preliminare del procedimento amministrativo possono essere facilmente standardizzate, alcune sono molto complesse.

La complessità di questa fase preliminare di “valutazione” rende molto difficile, se non impossibile, impostare un vero e proprio processo di automazione.

Ma, se l'automazione e l'innovazione basate sull'IA devono essere implementate, allora è essenziale sviluppare prima di tutto una corretta *governance dei dati*: facendo in modo che sia possibile dedurre come i dati si riferiscono a quei documenti che riflettono le decisioni umane.

²² Così T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 28 giugno 2022, n. 8808, punto 4. Nello stesso senso già T.A.R. Lazio, Roma, sez. III bis, 15 ottobre 2018, n. 9979; id., 8 agosto 2018, n. 8902 e 10 settembre 2018, n. 9230, confermata da Cons. St., sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472.

²³ Sul che v., più in generale, il volume di AA.VV., *Intelligenza artificiale e responsabilità*, a cura di U. RUFFOLO, Giuffrè, Milano, 2017.

²⁴ Cfr. F. PATRONI GRIFFI, *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, in <https://www.giustizia-amministrativa.it>. (28.08.2018).

²⁵ L'enorme contenzioso scatenato dalle sanzioni amministrative per eccesso di velocità irrogate a seguito delle rilevazioni automatiche di infrazioni da parte dell'Autovelox ne è a mio parere la prova.

E veniamo all'ultimo punto: quello del dovere di motivazione delle decisioni amministrative.

Diversamente dal funzionario amministrativo dotato di intelligenza naturale, un sistema di Intelligenza Artificiale potrebbe in taluni casi non essere in grado di fornire una spiegazione dettagliata di come arriva a un certo risultato; o di quali fattori abbiano maggiormente pesato per arrivare a un certo risultato.

Rispetto a taluni algoritmi di IA, per quelli di “deep learning” è infatti linea di principio impossibile stabilire come l'algoritmo valuta i dati e le informazioni che elabora

Il che porta al cosiddetto fenomeno della “scatola nera”²⁶.

Un sistema a “scatola nera” è uno strumento di calcolo in cui i dati di input e i risultati sono compresi, ma non lo è la procedura.

Il “codice” è impenetrabile poiché il programma “evolve” e gli esseri umani non possono capire il processo che la programmazione ha seguito per arrivare a una data soluzione.

Se questo è il caso, non credo che sia possibile permetterne il loro uso da parte delle amministrazioni pubbliche.

La ragione, la conosciamo bene: qualsiasi amministrazione pubblica deve essere in grado di giustificare e spiegare le ragioni delle sue decisioni.

In sintesi, dunque, l'uso di sistemi di Intelligenza Artificiale nel contesto della Pubblica Amministrazione non può che essere accettabile se inteso come strumento per “moltiplicare” l'intelligenza della decisione: e quindi per potenziare l'intelligenza (naturale) del funzionario pubblico.

È dunque necessario, prima di tutto, che la decisione sia sempre presa da una persona fisica: il funzionario pubblico responsabile del procedimento.

È anche necessario fare in modo che vi sia un lavoro dinamico e collaborativo di interazione del funzionario pubblico col sistema di Intelligenza Artificiale eventualmente messo a sua disposizione: dato che – come bene ha sottolineato il nostro giudice amministrativo – *«la circostanza che (...), l'algoritmo sia stato realizzato non direttamente (...) per mezzo dei propri funzionari o personale dipendente ma (...) commissionata da parte dell'amministrazione a seguito di aggiudicazione di procedura di appalto e che costituisca, quindi, l'oggetto di una contrattazione di tipo privatistico»* non muta nulla al fatto che, una volta deciso di farvi ricorso, *«l'algoritmo è entrato nella procedura quale elemento decisivo»* e diviene dunque *«diretta espressione dell'attività svolta dalla pubblica»*²⁷, con tutte le conseguenze del caso.

Se utilizzati nella consapevolezza di tutte le importanti questioni di cui sopra e

²⁶ J. BARRAT, *La nostra ultima invenzione*, Messico, Paidós, 2014, p. 92. Sul punto v. anche M. MARTINI, D. NINK, *Wenn Maschinen entscheiden*, in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2017, p. 682 ss.; S. WACHTER, B. MITTELSTADT, C. RUSSELL, *Counterfactual Explanations Without Opening the Black Box: Automated Decisions and the GDPR*, in *Harvard Journal of Law & Technology*, vol. 31, 2018.

²⁷ Così T.A.R. Lazio, Roma, sez. III bis, 30 giugno 2021, n. 7769 cit.

con le cautele di cui si è detto, ritengo tuttavia che i sistemi di Intelligenza Artificiale, ove applicati all'attività delle pubbliche amministrazioni, possano utilmente contribuire ad ottimizzarne l'attività ed il migliore perseguimento degli obiettivi di pubblico interesse, aumentando così la "intelligenza complessiva" del sistema.

LE PIATTAFORME DIGITALI PER I CONTRATTI PUBBLICI E LA QUALIFICAZIONE DEGLI OPERATORI ECONOMICI

GABRIELLA M. RACCA

1. L'interoperabilità *end-to-end* nelle piattaforme per l'affidamento e l'esecuzione dei contratti pubblici

La prossima disciplina dei contratti pubblici in attuazione della legge delega e degli obiettivi del Piano nazionale di ripresa e resilienza¹ richiede una piena digitalizzazione, secondo i principi che la Commissione europea ha già indicato in tema di piattaforme di *e-procurement*².

Secondo il principio *digital by default* le pubbliche amministrazioni dovrebbero erogare i servizi in primo luogo in formato digitale, comprese le informazioni leggibili dalle macchine. I servizi pubblici dovrebbero essere progettati per funzionare in tutto il mercato unico e tra i *silos* organizzativi. In altri termini si richiede alle pubbliche amministrazioni di rendere disponibili i servizi pubblici digitali pertinenti a livello transfrontaliero e prevenire un'ulteriore frammentazione, facilitando in tal modo la mobilità all'interno del mercato unico (*cross-border by default*).

Strettamente correlato è il principio del *once-only*, che impone alle pubbliche amministrazioni di garantire che cittadini e imprese forniscano documenti, dati e informazioni una sola volta³, o, meglio, l'acquisizione diretta mediante banche dati interoperabili, superando perciò il sistema delle autocertificazioni, con effettiva attuazione delle previsioni della legge generale sul procedimento amministrativo su acquisizioni e accertamenti (*interoperability by default*)⁴.

¹ G. M. RACCA, *Le innovazioni necessarie per la trasformazione digitale e sostenibile dei contratti pubblici*, in R. CAVALLO PERIN, M. LIPARI, G. M. RACCA (a cura di), *Contratti pubblici e innovazioni per l'attuazione della legge delega*, Jovene, Napoli, 2022, 9-44. Il volume raccoglie gli atti del Convegno "Contratti pubblici e innovazioni" con l'introduzione del Presidente Franco Frattini, svoltosi presso il Consiglio di Stato, Palazzo Spada, Roma, il 6 aprile 2022. L. n. 78/2022 (Delega al Governo in materia di contratti pubblici).

² EXEP Group, documento *Interoperability in end-to-end eProcurement* del 2019, in cui gli esperti della Commissione europea indicano le ragioni per cui l'interoperabilità tra i sistemi di *eProcurement* aumenta il rapporto qualità-prezzo negli appalti pubblici attraverso una maggiore concorrenza e consentendo decisioni basate sui dati (*data driven decisions*).

³ Principio già presente nella legge generale sul procedimento amministrativo sotto forma di obbligo di acquisizione d'ufficio di dati e documenti (art. 18, l. n. 241/1990). Cfr. F. GORGERINO, *Legal Basis and Regulatory Applications of the Once-Only Principle: The Italian Case*, in R. KRIMMER, A. PRENTZA, S. MAMROT (a cura di): *The Once-Only Principle. The TOOP Project*, Lecture Notes in Computer Science, n. 12621, Springer Nature, Cham (Switzerland), 2021, pp. 104 ss.

⁴ COMMISSIONE UE, *Interoperability in end-to-end eProcurement*, cit. ANAC, *Strategie e azioni per l'effettiva*

Secondo il criterio della *technological neutrality and data portability* le pubbliche amministrazioni dovrebbero concentrarsi sulle esigenze funzionali e rinviare le decisioni sulla tecnologia il più a lungo possibile al fine di ridurre al minimo le dipendenze tecnologiche, evitare di imporre specifiche implementazioni tecniche o prodotti ai loro componenti e potersi adattare all'ambiente tecnologico in rapida evoluzione.

In base alla *re-usability*, di fronte a un problema specifico si dovrebbe cercare di trarre vantaggio dal lavoro di altri esaminando ciò che è disponibile, valutandone l'utilità o la rilevanza per il problema in questione e, se del caso, adottare soluzioni che hanno dimostrato il loro valore altrove.

L'*user centricity* richiede che i bisogni e i requisiti degli utenti orientino la progettazione e lo sviluppo dei servizi pubblici, in conformità ad un approccio multinazionale di erogazione dei servizi, assicurando un unico punto di contatto, a prescindere dalle inevitabili complessità che necessariamente caratterizzano le organizzazioni complesse. La prospettiva evidenzia la centralità del *feedback* degli utenti che dovrebbe essere sistematicamente raccolto, valutato e utilizzato per progettare nuovi servizi pubblici e migliorare quelli esistenti.

Il base ai principi di *inclusiveness and accessibility* si richiede la progettazione di servizi pubblici digitali che siano inclusivi per impostazione predefinita e soddisfino esigenze diverse, mentre secondo l'*openness e transparency* le pubbliche amministrazioni dovrebbero condividere informazioni e dati tra loro, consentire l'accesso a cittadini e imprese per effettuare controlli ed eventuali correzioni dei propri dati, nonché, in una prospettiva più ampia, assicurare agli utenti di monitorare i processi amministrativi che li coinvolgono.

In ultimo, la *trustworthiness* e la *security* richiedono che tutte le iniziative vadano oltre il semplice rispetto del quadro giuridico in materia di protezione dei dati personali, *privacy* e sicurezza informatica, integrando tali elementi nella fase di progettazione.

La digitalizzazione deve riguardare tutte le fasi del contratto pubblico, a partire dalle indicazioni contenute nelle direttive⁵, tramite l'*e-notification*, cioè la pubblica-

semplificazione e trasparenza nei contratti pubblici attraverso la completa digitalizzazione: le proposte dell'Autorità, 27 maggio 2020, pp. 12 ss.; Audizione del Presidente ANAC G. Busia presso l'8^a Commissione della Camera dei Deputati, 2 febbraio 2021, sulla «Proposta di Piano nazionale di ripresa e resilienza – PNRR»; F. GORGERINO, *Legal Basis and Regulatory Applications of the Once-Only Principle: The Italian Case*, cit., pp. 104 ss.

⁵ In questo senso deve essere letto l'art. 1, comma 2, lett. m) della l. n. 78/2022: «riduzione e certezza dei tempi relativi alle procedure di gara, alla stipula dei contratti, anche attraverso contratti-tipo predisposti dall'Autorità nazionale anticorruzione, sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici relativamente ai contratti-tipo di lavori e servizi di ingegneria e architettura, e all'esecuzione degli appalti, anche attraverso la digitalizzazione e l'informatizzazione delle procedure, la piena attuazione della Banca dati nazionale dei contratti pubblici e del fascicolo virtuale dell'operatore economico, il superamento dell'Albo nazionale dei componenti delle commissioni giudicatrici, il rafforzamento della specializzazione professionale dei commissari all'interno di ciascuna amministrazione e la riduzione degli oneri documentali ed economici a carico dei soggetti partecipanti, nonché di quelli relativi al pagamento dei

zione elettronica dei bandi di gara che, dal 25 ottobre 2023 dovrà avvenire tramite gli *e-Forms*, formulari standard per raccogliere e pubblicare i dati sugli appalti che attuano quanto previsto dalle direttive⁶, al fine di rispettare il principio dell'invio unico del dato⁷; l'*e-access*, ossia l'accesso elettronico ai documenti di gara; l'*e-submission*, cioè la presentazione delle offerte in formato elettronico, con attribuzione dei codici identificativi personali necessari ad operare sulla relativa piattaforma telematica⁸; il sistema informatico *e-Certis* che consente di individuare i certificati e gli attestati più frequentemente richiesti nelle gare d'appalto; il ricorso al DGUE (documento di gara unico europeo), con verifica digitale della sussistenza dei requisiti.

Le disposizioni del Codice dei contratti pubblici del 2016⁹ sulla digitalizzazione delle procedure già considerano l'interoperabilità delle piattaforme, ma la riforma di prossima attuazione dovrà prevedere l'estensione della digitalizzazione a tutto il ciclo del contratto pubblico. Non solo le procedure di affidamento, ma anche l'esecuzione contrattuale e la certificazione delle piattaforme (pubbliche e private) che assicurino la interoperabilità con i servizi esposti dagli enti terzi e fra di loro, per permettere la confluenza delle informazioni in un portale unico (presso l'ANAC) che permetta facilmente di ritrovare tutte le gare aperte per settore (per tipologia, valore): per i contratti sotto-soglia un MePA dei MePA, per quelli sopra-soglia un sistema che consenta agli operatori economici di individuare tutti i bandi aperti e alle stazioni appaltanti tutti gli accordi quadro o altri sistemi selettivi messi a disposizione da centrali di committenza qualificate (in conformità alla giurisprudenza CGCE su ammontare massimo indicativo e indicazione dei possibili enti beneficiari).

Ai sensi del decreto ministeriale sulla digitalizzazione delle procedure di affidamento, emanato con alcuni anni di ritardo rispetto alla scadenza prevista¹⁰,

corrispettivi e degli acconti dovuti in favore degli operatori economici, in relazione all'adozione dello stato di avanzamento dei lavori e allo stato di svolgimento delle forniture e dei servizi».

⁶ Cfr. direttiva 2014/23/UE, art. 33; direttiva 2014/24/UE, art. 51; direttiva 2014/25/UE art. 71.

⁷ Regolamento di esecuzione UE n. 2019/1780 della Commissione.

⁸ Cfr. art. 58, c. 4, direttiva 2014/24/UE.

⁹ Art. 44. (Digitalizzazione delle procedure): «1. Entro un anno dalla data di entrata in vigore del presente codice, con decreto del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti e il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita l'Agenzia per l'Italia Digitale (AGID) nonché dell'Autorità garante della privacy per i profili di competenza, sono definite le modalità di digitalizzazione delle procedure di tutti i contratti pubblici, anche attraverso l'interconnessione per interoperabilità dei dati delle pubbliche amministrazioni. Sono, altresì, definite le migliori pratiche riguardanti metodologie organizzative e di lavoro, metodologie di programmazione e pianificazione, riferite anche all'individuazione dei dati rilevanti, alla loro raccolta, gestione ed elaborazione, soluzioni informatiche, telematiche e tecnologiche di supporto».

¹⁰ Art. 2, comma 2 del d.m. n. 178/2021: «Le regole tecniche per la definizione delle modalità di digitalizzazione di cui al comma 1, comprensive della descrizione dei flussi, degli schemi dei dati e degli standard europei di interoperabilità tra i sistemi telematici e tra i medesimi sistemi e gli organismi di vigilanza e controllo previsti dal codice, sono dettate dall'Agenzia per l'Italia digitale (AgID) con apposite linee guida, ai sensi dell'articolo 71 del CAD,

l'Agenzia per l'Italia Digitale è chiamata a definire, con l'emanazione di apposite Linee guida – ai sensi del Codice dell'Amministrazione Digitale¹¹ – le regole tecniche comprensive della descrizione dei flussi, degli schemi dei dati e degli standard europei di interoperabilità tra i sistemi telematici e tra i medesimi sistemi e gli organismi di vigilanza e controllo per la realizzazione – o l'adeguamento – delle piattaforme digitali in uso alle stazioni appaltanti per lo svolgimento delle attività connesse alle procedure di acquisto e di negoziazione dei contratti pubblici.

AGID sta pertanto elaborando delle linee guida che dovranno fornire attuazione alla delega, da sottoporre in contemporanea alla consultazione degli *stakeholders*.

2. Le piattaforme per l'e-procurement

Le esperienze europee di e-procurement sono numerose e promettenti¹² e gli

tenendo conto delle regole e dei principi di cui all'articolo 29 del codice».

¹¹ Art. 71, comma 1 del d.lgs. n. 82/2005: «L'AgID, previa consultazione pubblica da svolgersi entro il termine di trenta giorni, sentiti le amministrazioni competenti e il Garante per la protezione dei dati personali nelle materie di competenza, nonché acquisito il parere della Conferenza unificata, adotta Linee guida contenenti le regole tecniche e di indirizzo per l'attuazione del presente Codice. Le Linee guida divengono efficaci dopo la loro pubblicazione nell'apposita area del sito Internet istituzionale dell'AgID e di essa ne è data notizia nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana. Le Linee guida sono aggiornate o modificate con la procedura di cui al primo periodo».

¹² COMMISSIONE UE, *Support of the internal market policy for growth: Feasibility study concerning the actual implementation of a joint cross-border procurement procedure by public buyers from different Member States*, report realizzato da BBG e SKI, Brussels, dicembre 2016, cit.; COMMISSIONE UE, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni. Appalti pubblici efficaci in Europa e per l'Europa*, Strasburgo, 3/10/2017 COM(2017) 572 final, spec. 4, laddove si cita il progetto *Healthy Ageing in Public Procurement of Innovation* – HAPPI di cui è stata partner l'Università degli Studi di Torino, come *best practice* di acquisto transfrontaliero congiunto di soluzioni innovative. Il progetto HAPPI (in www.masterseiic.it/happi/), finanziato dalla Commissione europea (rif. Call «*Supporting Public Procurement of Innovative Solutions: Networking And Financing Procurement*» ENT/ CIP/11/C/N02C011), ha rappresentato, ancora prima del recepimento delle Direttive europee del 2014, una prima concreta esperienza di appalto pubblico congiunto innovativo nel settore dell'invecchiamento attivo e in buona salute, la cui elaborazione è stata sviluppata da un consorzio di partner europei composto da organizzazioni pubbliche di acquisto (centrali di committenza: Réseau des Acheteurs Hospitaliers d'Ile-de-France - Resah - IDF - Francia; MercurHosp - Mutualisation Hospitalière Belgio; Società di Committenza Regionale Piemonte - SCR Piemonte - Italia; Fédération des Hôpitaux Luxembourgeois - Lussemburgo; NHS Commercial Solutions - Regno Unito), esperti nel settore dell'innovazione e degli appalti pubblici (BPIFRANCE - Francia; BITECIC Ltd - Regno Unito; ICLEI - Germania) e istituzioni accademiche (*Ecole des Hautes Etudes en Santé Publique* - Francia; Università degli Studi di Torino - Italia). Si v.: G. M. RACCA, *Appalti transfrontalieri congiunti di soluzioni innovative nel settore dell'assistenza sanitaria. Da un'esperienza pionieristica alle innovazioni post pandemia per i contratti pubblici*, Progetto Happi, 2022, in corso di pubblicazione. Sull'evoluzione del progetto: S. PONZIO, *Joint Procurement and Innovation in the new EU Directive and in some EU-funded projects*, in *Ius Publicum Network Review*, n. 2/2014.

obiettivi, già posti nelle direttive europee del 2014 e precisati per la ripresa dall'emergenza sanitaria¹³, sembrano condurre ad un sistema integrato che potrà sviluppare e promuovere l'innovazione, senza la paura di perdere quote di mercato ma con la certezza, resa evidente dai dati, che gli operatori economici innovativi potranno diffondere, più facilmente, le innovazioni prodotte anche nel nostro Paese.

Innovazione significa digitalizzazione completa e nativa del ciclo dei contratti pubblici, con il superamento di quella che è stata una mera dematerializzazione attuata mediante il passaggio dalla carta al documento informatico, per attuare invece sistemi di *e-procurement* che evolvano nella piena transizione digitale e permettano di integrare i dati fra differenti piattaforme interoperabili¹⁴. L'Unione Europea impone l'adozione «nativa digitale» dei documenti di gara entro il 2023, con nuovi formulari digitali *standard* generati automaticamente, anche per la pubblicazione di bandi e avvisi sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione¹⁵.

La scelta della qualificazione delle stazioni appaltanti è fondamentale per il mantenimento di un sistema pubblico degli appalti in Italia.

Solamente l'adeguatezza e l'efficienza della funzione appalti possono evitare che

¹³ Conclusioni del 30 novembre 2020 (2020/C 412 I/01), *Investimenti pubblici mediante appalti pubblici: ripresa sostenibile e rilancio di un'economia dell'UE resiliente*. Si vedano già: Comunicazione della Commissione europea del 20 aprile 2012, COM(2012) 179, *Una strategia per gli appalti elettronici*; Comunicazione del 3 ottobre 2017, COM(2017) 572, *Appalti pubblici efficaci in Europa e per l'Europa*.

¹⁴ Superando la mera trasposizione della carta su supporto informatico: COMMISSIONE UE, Expert Group on eProcurement (EXEP), *Interoperability in end-to-end eProcurement*, Publications Office, Bruxelles, 2020. Sulla necessità di procedere in parallelo con la sperimentazione di piattaforme native digitali e le nuove norme che recepiranno le direttive si vedano: F. FRATTINI, introduzione a R. CAVALLO PERIN, M. LIPARI, G. M. RACCA (a cura di), *Contratti pubblici e innovazioni per l'attuazione della legge delega*, cit., pp. 1 ss. e G. M. RACCA, *La digitalizzazione dei contratti pubblici: adeguatezza delle pubbliche amministrazioni e qualificazione delle imprese*, in R. CAVALLO PERIN, D.-U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 321-341.

¹⁵ Imposta dall'Unione europea con il Regolamento di esecuzione (UE) 2019/1780 della Commissione del 23 settembre 2019 che stabilisce modelli di formulari per la pubblicazione di avvisi e bandi nel settore degli appalti pubblici e che abroga il regolamento di esecuzione (UE) 2015/1986 («formulari elettronici»). Di recente, l'ANAC ha preso parte ad un progetto europeo (ENEIDE - acronimo di *eNotification and ESPD Integration for Developing Eprocurement*, parte del progetto CEF - azione n. 2018-IT-IA-0170) fra i cui obiettivi rientra la semplificazione della pubblicazione dei bandi, delle rettifiche e degli esiti di gara a livello europeo, riconducendo ad un unico flusso l'invio dei dati alla Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici e la loro pubblicazione sul *Tender Electronic Daily* (TED); la predisposizione di un formato interoperabile per il Documento di gara unico europeo che sarà messo a disposizione delle piattaforme di acquisto e negoziazione, direttamente interconnesso con il nuovo fascicolo virtuale dell'operatore economico; la pubblicazione dei dati della Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici nel formato *Open Contracting Data Standard*. Si veda: R. CAVALLO PERIN, I. ALBERTI, *Atti e procedimenti nativi digitali*, in R. CAVALLO PERIN, D.-U. GALETTA (a cura di), cit., pp. 119-158.

operatori privati si pongano come alternativi alla funzione pubblica di acquisto e riducano le scelte pubbliche di politica industriale nel settore, come già in altri ordinamenti. Il riferimento è alle piattaforme private tipo «Amazon» (*Amazon, Fisher Scientific e Overstock Government*)¹⁶ che negli Stati Uniti stanno entrando sul mercato dei contratti pubblici di minor valore attraverso iniziative, come la nota ‘amazon.gov’, con il rischio di sostituzione alla funzione pubblica, con tutte le connesse implicazioni di violazione dei principi e di limite alle strategie e politica industriale¹⁷.

Un simile rischio è emerso anche in Italia, ed è evidente che per i piccolissimi Comuni la soluzione pubblica deve portare ad un sistema di «click and buy», che deve assicurare il rispetto dei principi, senza indurre le amministrazioni comunali

¹⁶ Sin dal 2018, è stata avviata dall’Amministrazione dei Servizi Generali (GSA) degli Stati Uniti un’iniziativa pilota per l’autorizzazione a «micro-acquisti» attraverso piattaforme elettroniche da parte degli enti pubblici, fino a \$ 10.000 (valore aumentato a \$ 20.000 a livello nazionale in tempi di emergenza dichiarata e \$ 30.000 all’estero), iniziativa da alcuni ridenominata come ‘amazon.gov’, resa possibile dall’attuazione del «*National Defense Authorization Act*» (NDAA) *Section 846, Procurement Through Commercial e-Commerce Portals*, ridenominato «*Amazon Amendments*», volto a permettere a 13 agenzie governative di acquistare prodotti commerciali attraverso portali online come Amazon. I primi contratti con le società di *e-commerce Amazon Business, Fisher Scientific e Overstock Government* sono stati stipulati nel giugno 2020 e il programma di acquisti avviato ad agosto 2020. Questi contratti di *e-marketplace* dovrebbero essere il primo passo nell’attuazione di una strategia più ampia di accesso al mercato commerciale di soluzioni di *e-commerce* che soddisfino le esigenze delle agenzie governative, come reso noto da GSA nel *Procurement Through Commercial E-Commerce Portals Phase II Report: Market Research & Consultation*, aprile 2019. Lo *United States Government Accountability Office – GAO* – ha elaborato raccomandazioni per GSA volte a stabilire un piano completo con obiettivi e tempi certi per misurare la realizzazione del programma anche al fine di sviluppare un piano di monitoraggio con azioni specifiche per garantire che i *platform providers* rispettino i vincoli in materia di protezione dei dati commerciali e sensibili: GAO, *Report to the Committee on Armed Services, House of Representatives, GSA ONLINE MARKETPLACES, Plans to Measure Progress and Monitor Data Protection Efforts Need Further Development*, settembre 2021. Sul tema v., ampiamente: C. R. YUKINS, A. SUNDSTRAND, M. BOWSHER, *Tale of Three Regulatory Regimes - Dynamic, Distracted and acted and Dysfunctional: Sweden, the United Kingdom and the United States*, in *GWU Law School Public Law*, Research Paper no. 2018-08; P. MCKEEN, *The Pursuit of Streamlined Purchasing: Commercial Items, E-Portals, and Amazon*, in G. M. RACCA, C. R. YUKINS (a cura di), *Joint Public Procurement and Innovation. Lessons Across Borders*, in *Droit Administratif / Administrative Law Collection* (Directed by J. B. Auby), Bruxelles, Bruylant, 2019, pp. 373-387; C. R. YUKINS, *United States procurement and the COVID-19 pandemic*, in *Public Procurement Law Review*, 4, 2020, pp. 220-231; G. M. RACCA, *La digitalizzazione necessaria dei contratti pubblici: per un’Amazon pubblica*, in *DPCE online*, 45, 4, 2021, pp. 4669-4706. V., anche, il report realizzato dalla WORLD BANK, *Guidebook for Setting-up and Operating Framework Agreements*, 2021, spec. 26.

¹⁷ Sulle questioni relative alla scelta (poi confermata dalla Corte giust., sentenza del 4 giugno 2020, C-3/19, *Asmel Soc. cons. a r.l. c. Autorità Nazionale Anticorruzione ed Associazione Nazionale Aziende Concessionarie Servizi Entrate*) di mantenere la funzione appalti in ambito pubblico: G. M. RACCA, *La Corte di Giustizia e le scelte nazionali per una efficiente e trasparente aggregazione dei contratti pubblici: una sfida per l’evoluzione digitale della «funzione appalti» nazionale, regionale e locale*, cit., 185 ss.; G. M. RACCA, S. PONZIO, *La scelta del contraente come funzione pubblica: in modelli organizzativi per l’aggregazione dei contratti pubblici*, in *Dir. Amm.*, 1, 2019, pp. 33-82.

a ricorrere a servizi privati di *e-commerce*, quali *Amazon Business*¹⁸, con limiti operativi e normativi che restano evidenti¹⁹.

L'algoritmo di Amazon e delle altre piattaforme private non è trasparente, sicché delegando a tali soggetti la scelta si consegnano la strategia di politica industriale e gli interessi connessi ad un privato, in violazione dei principi di imparzialità e trasparenza²⁰.

Per evitare ciò, occorre promuovere centrali di committenza pubbliche e specializzate, che assicurino un servizio efficiente, con la messa a disposizione di ac-

¹⁸ L'8 aprile 2021 l'on. Fabio Rampelli ha presentato un'interrogazione parlamentare (Camera dei deputati, Interrogazione a risposta scritta n. 4-08834) al Ministro per la Pubblica amministrazione sul caso del Comune di Borgofranco d'Ivrea che ha dichiarato che acquisterà dalla piattaforma Amazon grazie ad un accordo stipulato fra questa e l'Associazione per la sussidiarietà e la modernizzazione degli enti locali (ASMEL), alla quale aderisce altresì l'Associazione Nazionale Piccoli Comuni d'Italia (ANCPI): cfr. F.Q., *La «fronda» dei piccoli comuni, acquisti su Amazon senza passare da Consip. Interrogazione parlamentare e polemiche*, *Il Fatto Quotidiano*, 10 aprile 2021. Per quanto noto, è stato sottoscritto un accordo fra ASMEL CRAL (associazione dei dipendenti, collaboratori e amministratori degli enti associati ad Asmel Associazione: <https://cral.asmel.eu/pagina-di-esempio/>), e Amazon Business Prime: <https://cral.asmel.eu/wp-content/uploads/2021/02/CRAL-BUSINESS-PRIME.pdf>. Non è chiaro se siano destinatari dell'iniziativa i dipendenti comunali o i Comuni stessi, come invece è stato annunciato: *«ASMEL si è interposta tra AMAZON e suoi iscritti. Attraverso il MEPAL, il mercato elettronico della pubblica amministrazione locale, gestito da ASMEL, gli iscritti potranno acquistare su Amazon utilizzando delle credenziali fornite dall'Associazione» (ASMEL sfida il MEPA di CONSIP aprendo un canale Amazon, 22 marzo 2021, disponibile al link: <https://www.lavoripubblici.it/news/ASMEL-sfida-il-MEPA-di-CONSIP-aprendo-un-canale-Amazon-25538#>)*. Amazon Business è la piattaforma che consente agli utenti di acquistare prodotti per scopi commerciali per clienti business (società commerciali).

¹⁹ Le condizioni e termini di acquisto (<https://www.amazon.it/gp/help/customer/display.html?nodeId=202119380#:~:text=Per%20acquistare%20tramite%20Amazon%20Business,valido%20associato%20al%20tuo%20Account>) indicano che *«Creando un Account Business, dichiaro [...] di non essere un agente di Amazon e di non effettuare acquisti per conto di un ente pubblico (ivi inclusi enti pubblici centrali, locali e parastatali, istituzioni pubbliche come scuole e ospedali pubblici) o di un'organizzazione senza scopo di lucro in Italia; e di impegnarmi a rispettare le disposizioni delle leggi anticorruzione o anticorruzione a te applicabili»*. Amazon stessa quindi precisa che in Italia l'utente Business non può acquistare per una pubblica amministrazione. I limiti giuridici paiono risiedere nell'obbligo di acquisto sul mercato della pubblica amministrazione sopra i 5.000 euro (art. 1, c. 450 della legge n. 296 del 2006) oltre all'obbligo di saldo anticipato e di *split payment*, gravante sulle pubbliche amministrazioni che sono tenute a versare direttamente all'erario PIVA che è stata addebitata loro dai fornitori (art. 17-ter, d.p.r. n. 633 del 1972, introdotto dall'art. 1, c. 629, lett. b), l. 23 dicembre 2014, n. 190, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2015)*).

²⁰ Recentemente, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha irrogato una sanzione di oltre 1 miliardo di euro (1.128.596.156,33) alle società Amazon Europe Core S.à.r.l., Amazon Services Europe S.à.r.l., Amazon EU S.à.r.l., Amazon Italia Services S.r.l. e Amazon Italia Logistica S.r.l. per violazione dell'art. 102 del TFUE per abuso di posizione dominante nel mercato italiano dei servizi di intermediazione su *marketplace*, che le ha consentito di favorire il proprio servizio di logistica, denominato Logistica di Amazon (*Fulfillment by Amazon*, c.d. «FBA»), presso i venditori attivi sulla piattaforma *Amazon.it* ai danni degli operatori concorrenti in tale mercato e di rafforzare la propria posizione dominante.

cordi quadro, sistemi dinamici di acquisizione, cataloghi elettronici per tutte le amministrazioni che non dispongono delle capacità e che non potranno essere riqualficate per poter svolgere adeguatamente la funzione appalti²¹. Una qualificazione basata sulle nuove linee guida ANAC sull'accertamento dei requisiti obbligatori in capo a centrali di committenza e stazioni appaltanti per l'ammissione alla procedura di qualificazione e su livelli di qualificazione in ragione del raggiungimento di determinati punteggi²². Un sistema che consentirà alle stazioni appaltanti di procedere direttamente e autonomamente all'acquisizione di forniture, servizi e lavori di importo inferiore alle soglie previste per gli affidamenti diretti ovvero con l'effettuazione di ordini a valere su strumenti di acquisto messi a disposizione da centrali di committenza qualificate e dai soggetti aggregatori e che diverrà operativo con l'entrata in vigore della riforma del codice dei contratti pubblici con un obiettivo di riduzione delle stazioni appaltanti. La prospettiva non esclude, e anzi apre allo sviluppo di strategie di specializzazione e di cooperazione tra soggetti qualificati, anche superando i limiti territoriali, coprendo così più settori per lo sviluppo di politiche industriali per la crescita anche delle piccole e medie imprese. Gare elettroniche che mettano a disposizione delle amministrazioni aggiudicatrici i beni e servizi necessari, che possono essere scelti «a scaffale» poiché già sottoposti a confronto competitivo, «già garati» o su cui possa intervenire una «gara delle gare» come rilancio competitivo su differenti accordi quadro²³. Scelta che si basa sulla quantità e qualità più appropriate rispetto al bisogno con una semplificazione della modalità di adesione e acquisto (modello «Amazon»), senza eludere i principi e le garanzie dello svolgimento di una procedura di gara (pubblica).

L'obiettivo pare quello di un'efficienza «tipo Amazon», ma con un sistema di *e-procurement* fatto di centrali d'acquisto pubbliche con piattaforme che assicurino il pieno rispetto di tutti i principi nazionali ed europei sui contratti pubblici.

Le stazioni appaltanti dal 2018, per adempiere all'obbligo di comunicazioni digitali²⁴, svolgono la loro attività contrattuale secondo modalità differenti, anche in relazione al valore del contratto: mediante la piattaforma di Consip «Acquistinre-

²¹ G. M. RACCA, *La Corte di Giustizia e le scelte nazionali per una efficiente e trasparente aggregazione dei contratti pubblici: una sfida per l'evoluzione digitale della «funzione appalti» nazionale, regionale e locale*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2, 2021, pp. 185-215; A. GIACHI (a cura di), *Dalla centrale di committenza alla centrale di competenza: la fattibilità di un modello di qualificazione delle stazioni appaltanti basato sulle categorie di acquisto. Utopia o alternativa possibile per la gestione della spesa pubblica post Covid?*, Fondazione PromoP.A., in collaborazione con Jaggaer, 2021.

²² ANAC, *Delibera 28 settembre 2022, n. 441, Approvazione delle Linee guida recanti «attuazione – anche a fasi progressive – del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza da porre alla base del nuovo sistema di qualificazione che sarà reso operativo al momento della entrata in vigore della riforma della disciplina dei contratti pubblici».*

²³ G. M. RACCA, *La digitalizzazione necessaria dei contratti pubblici: per un'Amazon pubblica*, cit., pp. 4669-4706.

²⁴ *Ex art. 22 della direttiva 2014/24/UE; art. 40, comma 2 del d.lgs. n. 50/2016.*

tePA», MePa o altri mercati elettronici regionali; le piattaforme regionali «prese in riutilizzo», gratuitamente a costo contenuto (es. SINTEL della Regione Lombardia, SATER...); le piattaforme sul mercato, acquisite con contratti sottosoglia (spesso non completi di clausole sulla proprietà dei dati, sul *disaster recovery*...).

Si tratta di piattaforme che, nella maggior parte dei casi, già oggi consentono di gestire tutto il procedimento di affidamento dei contratti pubblici compresa, molto spesso, anche la rendicontazione della fase esecutiva e che potrebbero essere integrate e interoperabili facilmente con altre banche dati. Si riscontra tuttavia, anche presso stazioni appaltanti di medio-grandi dimensioni, uno sfruttamento delle funzionalità dei gestionali di molto inferiore rispetto alle concrete potenzialità attualmente offerte²⁵.

Dal *Cloud Marketplace* di AgID²⁶ si ricavano i principali servizi e le piattaforme di *e-procurement* presenti sul mercato con le relative schede tecniche presentate in sede di qualificazione.

3. Il fascicolo virtuale per la qualificazione degli operatori economici

L'introduzione del fascicolo virtuale dell'operatore economico può consentire alle stazioni appaltanti di superare il pesante e ripetitivo lavoro di verifica dei requisiti dell'operatore economico ed il notevole contenzioso, spesso collegato a errori formali²⁷. Sarà opportuno un chiarimento interpretativo delle direttive europee²⁸, anche per superare alcuni orientamenti della Corte di giustizia, in una prospettiva innovativa correlata oggi alla necessaria digitalizzazione²⁹. Fiducia e

²⁵ Fondazione PROMO P.A., in collaborazione con Jaggaer, *Analisi di mercato sulla domanda e l'offerta di soluzioni tecnologiche per la gestione integrata del ciclo dell'appalto*, 2020.

²⁶ La piattaforma che espone i servizi e le infrastrutture qualificate da AgID secondo quanto disposto dalle Circolari AgID n. 2 e n. 3 del 9 aprile 2018 (<https://catalogocloud.agid.gov.it/search>).

²⁷ Si veda: M. LIPARI, *Le innovazioni per l'effettività della tutela*, in R. CAVALLO PERIN, M. LIPARI, G. M. RACCA (a cura di), *Contratti pubblici e innovazioni per l'attuazione della legge delega*, cit., pp. 87-94.

²⁸ In particolare la portata dell'art. 57, par. 4 della direttiva 2014/24/EU, cit., che dispone: «(...) Le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere (...) oppure gli Stati membri possono chiedere alle amministrazioni aggiudicatrici di escludere dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni: (...) c) se l'amministrazione aggiudicatrice può dimostrare con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, il che rende dubbia la sua integrità».

²⁹ Nella sentenza della Corte giust. del 19 giugno 2019, C-41/18, *Meca Srl c. Comune di Napoli*, è stata ribadita la presenza di un ineliminabile potere di valutazione in capo all'amministrazione aggiudicatrice, non sostituibile da un giudice, in ordine agli atti che un operatore economico ha commesso o omesso di compiere prima o durante la procedura di aggiudicazione di appalto, al fine di verificare se questi possano effettivamente «rendere dubbia la sua integrità» e quindi determinarne l'esclusione. Nel caso di specie, è stato ritenuto contrastante con il diritto dell'UE il disposto originario dell'art. 80, c. 5, lett. c) del d.lgs. n. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici) che limitava la possibilità di esclusione dell'operatore economico per risoluzione anticipata di un precedente contratto qualora questa fosse oggetto di contestazione in giudizio. A seguito della modifica apportata dal d.l. n.

buona fede tra stazione appaltante e operatore economico devono permanere in tutto il rapporto di selezione ed esecuzione del contratto, evitando irrigidimenti normativi³⁰ ma occorre precisare che questa fiducia non può che basarsi su fatti, che possono essere acquisiti con qualunque mezzo, oggi digitale. Proprio nel fascicolo virtuale, l'operatore economico potrà riversare ogni elemento utile per dimostrare la propria qualificazione, come pure l'assenza di cause di esclusione per assicurare la correttezza e l'affidabilità³¹ e dimostrare eventualmente di aver

135/2018, convertito con l. n. 12/2019 (Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 14 dicembre 2018, n. 135, recante disposizioni urgenti in materia di sostegno e semplificazione per le imprese e per la pubblica amministrazione) il vigente art. 80, c. 5, lett. c-ter), dispone che la stazione appaltante esclude l'operatore economico che abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento ovvero la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili, motivando su tali circostanze anche con riferimento al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa, senza far più dipendere l'esclusione dall'esito di un giudizio.

³⁰ Secondo M. CLARICH, *Le innovazioni per la qualificazione dell'operatore economico*, in R. CAVALLO PERIN, M. LIPARI, G. M. RACCA (a cura di), *Contratti pubblici e innovazioni per l'attuazione della legge delega*, cit., pp. 79 ss. L'individuazione tassativa delle «fattispecie che configurano l'illecito professionale di cui all'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014» prevista dall'art. 1, comma 2, lett. n) della l. n. 78/2022 potrebbe porsi in contrasto con la normativa dell'Unione. Ciononostante, l'ANAC con l'atto di segnalazione n. 3 del 27 luglio 2022, *Concernente l'articolo 80, comma 5, lettere c, c-bis, c-ter e c-quater del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*, ne ha chiesto la piena attuazione con elencazione tassativa delle ipotesi di grave illecito, per fornire maggiore certezza ai rapporti fra stazioni appaltanti ed imprese.

³¹ La valutazione della stazione appaltante va effettuata nella piena conoscenza dei dati, riguardanti le vicende dell'impresa, caricati dalle altre amministrazioni e dall'impresa stessa nel costituendo Fascicolo virtuale dell'operatore economico, anche al fine di rendere effettive le possibilità di *self cleaning*. Tale istituto, come affermato dalla stessa Corte giust., sentenza *Meca Srl c. Comune di Napoli*, cit., tende a incoraggiare l'operatore economico a fornire prove del fatto che le misure adottate sono sufficienti a dimostrare l'affidabilità nonostante l'esistenza di un pertinente motivo facoltativo di esclusione. Se tali prove sono ritenute sufficienti, l'operatore economico in questione non deve essere escluso dalla procedura d'appalto. A tal fine, l'operatore economico deve dimostrare di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito, di aver chiarito i fatti e le circostanze in modo globale collaborando attivamente con le autorità investigative e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti. Pur essendo garantita la possibilità di un contraddittorio con l'interessato, la decisione della stazione appaltante deve fondarsi su dati certi e verificabili, come è previsto oggi in materia di adozione delle interdittive antimafia a seguito della modifica dell'art. 92, c. 2-bis, d.lgs. n. 159/2011, disposta dall'art. 49, c. 1, lett. a), l. n. 233/2021, (Conversione in legge, con modifiche del d.l. 6 novembre 2021, n. 152, recante disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per la prevenzione delle infiltrazioni mafiose). In base al sistema vigente quando il prefetto, sulla base degli esiti delle verifiche disposte mediante la consultazione della Banca dati nazionale unica antimafia (BDNA), ritenga sussistenti i presupposti per l'adozione dell'informazione antimafia interdittiva ovvero per procedere all'applicazione delle misure amministrative di prevenzione collaborativa, e non ricorrano particolari esigenze di celerità del procedimento, ne dà tempestiva comunicazione al soggetto interessato, indicando gli elementi sintomatici dei tentativi di infiltrazione mafiosa. Con questa comunicazione è assegnato un termine

attuato il *self cleaning*³². Si richiede dunque reciproca collaborazione e buona fede dell'operatore economico che voglia operare con la pubblica amministrazione e che non tradisca la fiducia che l'amministrazione gli assicurerà con l'aggiudicazione di un contratto e le correlate risorse pubbliche.

L'analisi dati con gli strumenti di intelligenza artificiale permette analisi di mercato che possono fondarsi sulla conoscenza più precisa degli operatori economici e di quanto hanno realizzato negli anni³³, con quali amministrazioni, con quale esito, per ripensare un sistema di qualificazione rapido e oggettivo, mediante accesso diretto a sistemi informativi e banche dati che superino il passaggio documentale. La stazione appaltante potrà motivare e scostarsi dalle evidenze digitali, ove ritenesse ancora dubbia l'integrità o la capacità dell'operatore economico, magari non collaborativo nella dimostrazione del superamento delle criticità (*self cleaning*)³⁴.

In una prima fase, l'ANAC dovrebbe assicurare innanzitutto il riuso (*Re-usability*

non superiore a venti giorni per presentare osservazioni scritte, eventualmente corredate da documenti, nonché per richiedere l'audizione. In ogni caso, non possono formare oggetto della comunicazione elementi informativi il cui disvelamento sia idoneo a pregiudicare procedimenti amministrativi o attività processuali in corso, ovvero l'esito di altri accertamenti finalizzati alla prevenzione delle infiltrazioni mafiose. Si v. gli interventi di G. VELTRI e S. PERONGINI nel convegno: *Questioni controverse di diritto amministrativo. Un dialogo tra Accademia e Giurisprudenza*, Roma, Consiglio di Stato, 1° aprile 2022. Strumenti applicativi tipo P.R.I.C.E. possono assicurare tempestività, completezza, e correttezza nell'accertamento di dati certi e verificabili, come già sperimentato in alcune prefetture del Veneto, v. *infra*.

³² Art. 57, par. 6, direttiva 2014/24/EU, cit. e art. 80, c. 7 e 8, d.lgs. n. 50/2016, cit. Si v. anche: A.N.AC., Linee Guida N°6 recanti «Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'articolo 80, comma 5, lettere c), c-bis), c-ter) e c-quater) del codice dei contratti pubblici», approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1293 del 16 novembre 2016.

³³ La Guardia di Finanza del Veneto, anche in collaborazione con le Università di Cà Foscari e di Torino, sta sviluppando algoritmi complessi per l'incrocio di dati di oltre 160 banche dati con un sistema applicativo, "P.R.I.C.E.", in grado di ricavare il rischio di operatori economici e amministratori. Per questo la Guardia di Finanza e il presidente della Regione Veneto hanno firmato un protocollo che regola la collaborazione per prevenire l'insinuarsi di elementi fraudolenti, delinquenti e mafiosi nei bandi del Piano nazionale di resistenza e resilienza: cfr. R. SANDRE, *Frodi e infiltrazioni, le Fiamme Gialle scovano i crimini con i big data*, in *Il Sole 24 Ore*, 22 ottobre 2021; M. ZAMBON, *Controlli sul Pnrr, la Regione Veneto si affida all'algoritmo inchioda «furbetti»*, in *Corriere del Veneto*, 8 febbraio 2022. Si veda: l'intervento di G. MAINOLFI nel convegno *Il comune nella finanza globale: i conti pubblici nel "front of- fice" dello Stato alla prova del NGUE*, sessione *Le basi informative e le metodologie di analisi quantitativa. La dimensione locale e l'attuazione del PNRR*, Venezia, 17 dicembre 2021.

³⁴ L'esclusione di un partecipante ad una gara da parte di una stazione appaltante per gravi carenze emerse nella esecuzione del pregresso rapporto o di serie carenze di professionalità emergenti dal passato aziendale è riconducibile alla erosione del rapporto fiduciario imputabile all'operatore economico, spettando, infatti «alla stazione appaltante la facoltà di determinare essa stessa il punto di rottura dell'affidamento nel contraente». Cass. civ., Sez. Un., 17 febbraio 2012, n. 2312. Si v. V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione e giurisdizione*, in *Giur. cost.*, n. 3, 2019, pp. 1825-1866.

*principle*³⁵) del Documento Unico di Gara Europeo (DGUE o, *European Single Procurement Document, ESPD*) e delle connesse verifiche³⁶. L'amministrazione aggiudicatrice non dovrebbe più chiedere quanto già accertato da un'altra stazione appaltante, grazie al ruolo di ANAC chiamata ad acquisire e mettere a disposizione «*gli elenchi di operatori economici già accertati e le modalità per l'utilizzo degli accertamenti per gare diverse*»³⁷.

Successivamente, il «fascicolo virtuale dell'operatore economico» dovrebbe consentire la piena interoperabilità fra le banche dati che contengono le informazioni necessarie alla verifica dell'assenza di cause di esclusione ed anche alla loro qualificazione³⁸.

Il Documento Unico di Gara Europeo (DUGE) è stato introdotto nelle Direttive come autocertificazione unica, per sostituire in tutti gli Stati membri le diverse autocertificazioni o i certificati che venivano ancora richiesti³⁹.

³⁵ «*Reuse means that public administrations confronted with a specific problem seek to benefit from the work of others by looking at what is available, assessing its usefulness or relevance to the problem at hand, and where appropriate, adopting solutions that have proven their value elsewhere. This requires the public administration to be open to sharing its interoperability solutions, concepts, frameworks, specifications, tools and components with others*»: COMMISSIONE UE, *European Interoperability Framework – Implementation Strategy*, Brussels, 23/3/2017, COM(2017) 134 final.

³⁶ Nell'ambito del citato progetto europeo ENEIDE, ANAC sta curando la predisposizione di un formato interoperabile di Documento di gara unico europeo che sarà messo a disposizione delle piattaforme di acquisto e negoziazione, direttamente interconnesso con il nuovo fascicolo virtuale dell'operatore economico. La prossima riforma sui contratti pubblici costituirà occasione di semplificazione di tale disciplina.

³⁷ Art. 81, c. 4-*bis*, d.lgs. n. 50/2016 cit., comma introdotto dall'art. 53, c. 5, lett. d), d.l. n. 108/2021, convertito con l. n. 108/2021, cit. Si v. in Francia l'Article R2143-4 del nuovo *Code de la commande publique* in vigore dal 1° aprile 2019, che consente all'operatore economico di presentare la propria candidatura tramite il *Document Unique De Marché Européen* (DUME) costituente uno scambio di dati strutturato, redatto secondo il modello di formulario per il documento di gara unico europeo. Il DUME, impostato in base ai requisiti inseriti nel sistema *e-Certis*, dovrebbe consentire di recuperare automaticamente alcuni dati già detenuti dalle amministrazioni (es. in materia fiscale). Gli operatori economici possono riutilizzare il documento unico di gara europeo già utilizzato in una precedente procedura, a condizione che confermino che le informazioni ivi contenute sono ancora valide. Le informazioni sono sul portale («CHORUS») per la redazione del DUME e la sua riutilizzazione (<https://dume.chorus-pro.gouv.fr/#/accueil>).

³⁸ Fra le banche dati e i certificati (ancora richiesti mediante PEC, in prospettiva da eliminare) attualmente rilevanti per la verifica dei requisiti di qualificazione dell'operatore economico si segnalano: il Sistema Informativo del Casellario (SIC) tenuto dal Ministero della Giustizia, contenente i dati del Casellario giudiziale e l'Anagrafe delle sanzioni amministrative; la Banca Dati Nazionale Antimafia del Ministero dell'Interno; il Certificato di regolarità fiscale rilasciato dall'Agenzia delle entrate tramite PEC; il Casellario informatico di ANAC; il Portale DURC Online dell'INPS, INAIL e i certificati di altri Enti previdenziali non integrati nel portale unico previdenziale (ad es. INARCASSA per liberi professionisti, CIPAG per geometri); la Visura camerale rilasciata da Unioncamere; la certificazione di ottemperanza alle norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili (ex art. 17 della legge n. 68 del 1999) da richiedersi via PEC alla Direzione Provinciale o Regionale del Lavoro presso la Provincia o Centro provinciale/regionale per l'impiego presso la Provincia dove ha sede legale l'operatore economico.

³⁹ Art. 59, par. 1, direttiva 2014/24/EU, cit.

Direttive che altresì affermano il «*winner only principle*», che comporta la possibilità per la stazione appaltante di richiedere i documenti a comprova dei requisiti oggetto di autodichiarazione soltanto all'operatore economico aggiudicatario e non a tutti i partecipanti⁴⁰.

Secondo la versione originaria del Codice, la verifica dei requisiti di partecipazione e dell'assenza di cause di esclusione è effettuata prima della valutazione delle offerte⁴¹. L'ANAC aveva già chiarito nel 2017 che, in assenza di specifiche indicazioni del Codice in ordine ai tempi e alle modalità delle verifiche sulle dichiarazioni sostitutive rese dai concorrenti sul possesso dei requisiti di partecipazione (mediante il DGUE), le stazioni appaltanti, nelle fasi che precedono l'aggiudicazione, potevano limitarsi a verificare il possesso dei requisiti sotto il profilo della completezza delle autodichiarazioni rese dalle imprese, essendo obbligatorio il controllo soltanto sul primo classificato da effettuarsi prima dell'aggiudicazione dell'appalto⁴².

Nelle procedure aperte bandite per i settori speciali era invece già espressamente prevista la possibilità, se specificamente prevista nel bando di gara, di effettuare l'inversione procedimentale, anticipando la valutazione delle offerte rispetto alla selezione degli offerenti, garantendo comunque che la verifica dell'assenza di motivi di esclusione assicuri imparzialità e trasparenza⁴³. In via temporanea, tale facoltà è stata estesa anche alle procedure aperte bandite per i settori ordinari fino al 30 giugno 2023⁴⁴. Anche con questa modalità semplificata si richiede all'operatore economico la consegna di documenti, pur per via informatica e la successiva verifica da parte della stazione appaltante⁴⁵.

⁴⁰ Art. 59, par. 4, direttiva 2014/24/EU, cit. Cfr. I. LOCATELLI, *Process Innovation Under the New Public Procurement Directives*, in G. M. RACCA, C. R. YUKINS (a cura di), *Joint Public Procurement and Innovation. Lessons Across Borders*, cit., pp. 56 ss.

⁴¹ Art. 94, c. 1, lett. b), d.lgs. n. 50/2016, cit.

⁴² Comunicato del Presidente ANAC dell'8 novembre 2017, *Indicazioni alle stazioni appaltanti e agli operatori economici sulla definizione dell'ambito soggettivo dell'art. 80 del d.lgs. 50/2016 e sullo svolgimento delle verifiche sulle dichiarazioni sostitutive rese dai concorrenti ai sensi del d.p.r. 445/2000 mediante utilizzo del modello di DGUE*.

⁴³ Art. 133, c. 8, d.lgs. n. 50/2016, cit.

⁴⁴ Art. 8, c. 7, l. n. 120/2020, cit., che mod. art. 1, c. 3, l. n. 55/2019, cit., termine differito dall'art. 53, c. 1, lett. a), l. n. 108/2021, cit.

⁴⁵ Nella prassi si riscontra come Consip si avvalga della facoltà dell'inversione procedimentale, prevedendola espressamente nel disciplinare di gara (cfr. T.A.R. Lazio (sez. II), sentenza del 30 marzo 2022, n. 3612). Si v. T.A.R. Lazio (sez. I), sentenza del 17 febbraio 2022, n. 1932, di rigetto del ricorso contro il provvedimento dell'ANAS di esclusione di un operatore dalla gara inerente l'affidamento di un accordo quadro per manutenzione di ponti, viadotti e gallerie, in cui era risultato primo in graduatoria con l'attribuzione del miglior punteggio tecnico e del miglior punteggio economico, comunicato verbalmente in sede della seduta pubblica, basato sul fatto che, successivamente alla definizione della graduatoria, il seggio di gara ha constatato, in sede di apertura della documentazione amministrativa, la presenza all'interno della «busta» di qualifica dell'esponente RTI del documento elettronico contenente l'offerta economica del concorrente. Il Tribunale ha ritenuto

L'innovazione potenzialmente *disruptive*, già presente nelle direttive, consisterà dunque nell'applicazione generalizzata del «*once-only principle*»⁴⁶ in base al quale agli operatori economici non sarà richiesto di autocertificare o presentare documenti poiché l'amministrazione aggiudicatrice avrà la possibilità di acquisire le informazioni necessarie direttamente accedendo a banche dati interoperabili⁴⁷, disponibili gratuitamente in ogni Stato membro, ovvero ad un fascicolo d'impresa virtuale (*Virtual Company Dossier*), secondo i requisiti e le prove documentali che andrebbero indicati dagli Stati membri nel registro europeo *eCertis*⁴⁸. Gli Stati membri sono infatti chiamati a predisporre banche dati contenenti informazioni pertinenti sugli operatori economici che possano essere consultate dalle rispettive amministrazioni e, alle medesime condizioni, anche dalle amministrazioni aggiudicatrici di altri Stati membri (*Cross-border by default principle*)⁴⁹. Agli operatori economici non sarebbe richiesto di presentare documenti complementari qualora

condivisibile la motivazione fornita dall'amministrazione per cui l'avvenuta presentazione di un'unica busta, contenente cumulativamente sia i «files» dell'offerta economica sia quelli della documentazione amministrativa, ha esposto la commissione giudicatrice ad un rischio di commistione e di condizionamento: infatti, la produzione dell'offerta economica unitamente alla documentazione amministrativa ha fatto sì che il ribasso offerto dalla ricorrente fosse astrattamente conoscibile da qualsiasi utente munito delle credenziali di autenticazione per operare sulla piattaforma ovvero da parte di chiunque avesse avuto accesso alla documentazione di gara sin dalla prima seduta pubblica. Pertanto secondo il T.A.R. l'impresa è incorsa in un errore che ne ha giustamente determinato l'esclusione, inserendo l'offerta economica nella busta amministrativa, disattendendo le modalità indicate – esclusivamente telematiche (mediante collegamento online al «Portale Acquisti ANAS» <https://acquisti.stradeanas.it>) – di presentazione delle offerte, che dovevano contenere tre «*buste virtuali*» distinte: busta a) documentazione amministrativa; busta b) - documentazione tecnica; busta c) - offerta economica. Avverso la sentenza è stato proposto appello. Le piattaforme native digitali dovranno evitare tali problematiche legate ad una prassi ancora pensata per la carta e le «*buste*».

⁴⁶ I. LOCATELLI, *Process Innovation Under the New Public Procurement Directives*, cit., pp. 58 ss.

⁴⁷ G. CARULLO, *Dati, banche dati, blockchain e interoperabilità dei sistemi informatici nel settore pubblico*, in R. CAVALLO PERIN, D.-U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, cit., pp. 191-221; ID., *Gestione, fruizione e diffusione dei dati dell'amministrazione digitale e funzione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2017; F. GORGERINO, *Legal Basis and Regulatory Applications of the Once-Only Principle: The Italian Case*, cit., pp. 110 ss.

⁴⁸ Il sistema *e-Certis* viene richiamato da: Cons. Stato (sez. V), 20 gennaio 2021, n. 623, in cui il Collegio ricostruisce dettagliatamente la «dematerializzazione» dei dati e lo scambio di informazioni «con mezzi elettronici» relativamente alla fase di pre-aggiudicazione: a) la c.d. *e-notification* (cioè la pubblicazione elettronica dei bandi di gara); b) il c.d. *e-access* (accesso elettronico ai documenti di gara); c) la c.d. *e-submission* (cioè la presentazione delle offerte in formato elettronico, con attribuzione dei codici identificativi personali necessari ad operare sulla relativa piattaforma telematica: cfr. art. 58, c. 4); d) il c.d. *e-Certis* (il sistema informatico che consente di individuare i certificati e gli attestati più frequentemente richiesti nelle gare d'appalto); e) il ricorso all'ESPD (documento europeo unico di gara).

⁴⁹ Art. 59, par. 5, direttiva 2014/24/EU, cit. Si v. COMMISSIONE UE, *Interoperability in end-to-end eProcurement*, cit.

l'amministrazione aggiudicatrice disponga già tali dati, in precedenza forniti ed aggiornati in tempo reale nelle varie banche dati e direttamente dagli operatori economici interessati.

L'obiettivo finale indicato dalla Commissione europea è quindi quello di integrare un Documento di Gara Unico Europeo, nativo digitale, con le banche dati e/o i sistemi di pre-qualificazione delle imprese⁵⁰, compreso il sistema *e-Certis*⁵¹. Questa integrazione potrà permettere una verifica automatica della conformità degli operatori economici rispetto ai requisiti di ordine morale e ai criteri di selezione speciale⁵², anche in un contesto transfrontaliero (mediante il *Single Digital Gateway*)⁵³.

⁵⁰ COMMISSIONE UE, Report on the ESPD survey, Bruxelles, 2019: il vero potenziale dei servizi digitali di compilazione dell'ESPD «*lies in its integration with other systems, including eCertis, registers (or databases) of certificates/evidences of each Member State and eProcurement platforms. The integration of these services and systems allows for the implementation of the Once Only Principle in eProcurements*»; Fit for Future Platform, gruppo di esperti della Commissione europea, *Adopted Opinion on eProcurement*, 10 dicembre 2021, reference n. 2021/SBGR1/05.

⁵¹ Ad oggi, il sistema *e-Certis* rappresenta un elenco dei requisiti degli operatori economici, delle prove documentali e degli enti certificanti ad essi relativi aggiornato e verificato su base volontaria dalle autorità nazionali (art. 59, par. 6 e art. 61 della direttiva 2014/24/EU, cit.). Tuttavia, il considerando n. 87 della direttiva prevede che «*l'obiettivo di e-Certis è agevolare lo scambio di certificati e altri documenti probatori*».

⁵² I. LOCATELLI, *Process Innovation Under the New Public Procurement Directives*, cit., pp. 58 ss. Nel 2017 la Commissione Europea ha pubblicato un Report sull'applicazione pratica dell'ESPD negli Stati membri, dal quale emerge come l'ESPD elettronico attualmente messo a disposizione dalla Commissione Europea è soltanto un modello transitorio «*poiché l'intero potenziale del DGUE dovrebbe essere sfruttato tramite l'integrazione di un DGUE «nazionale» con il sistema di appalti elettronici (e-procurement) e i registri o le banche dati dei certificati/delle prove di ogni Stato membro. Ciò permetterà di raggiungere tre diversi obiettivi: migliorare la personalizzazione e l'adattamento alle condizioni nazionali; promuovere la digitalizzazione della pubblica amministrazione; gettare le basi per la semplificazione delle procedure tramite l'applicazione del principio «once-only*».

⁵³ Il Regolamento 2018/1724 del 20 ottobre 2018 sullo sportello digitale unico per l'accesso a informazioni, procedure e servizi di assistenza e di risoluzione dei problemi, prevede l'istituzione di un sistema tecnico per lo scambio transfrontaliero automatizzato di prove in applicazione del principio *once-only* (art. 14), comprese le prove inerenti alla qualificazione delle imprese partecipanti alle procedure di affidamento di contratti pubblici (cfr. H. GRAUX, *The Single Digital Gateway Regulation as an Enabler and Constraint of Once-Only in Europe*, in R. KRIMMER, A. PRENTZA, S. MAMROT (a cura di), *The Once-Only Principle*, cit., pp. 83 ss.). Entro il 12 giugno 2021 era prevista l'emanazione di un regolamento di esecuzione per definirne le specifiche tecniche e operative. La stessa Commissione ha espresso l'auspicio che tale sistema tecnico sia integrato con *e-Certis* e con l'ESPD: COMMISSIONE UE, *Interoperability in end-to-end eProcurement*, cit., p. 16. Fit for Future Platform, *Adopted Opinion on eProcurement*, 10 dicembre 2021, cit. Peraltro, si ricordi come la direttiva 2014/24/EU ha affidato alla Commissione un potere di adottare atti delegati a norma dell'articolo 87 per garantire l'interoperabilità dei formati tecnici nonché degli *standard* di elaborazione dei dati e di messaggistica, in particolare in un contesto transfrontaliero, per stabilire l'uso obbligatorio di tali *standard* tecnici specifici, in particolare per quanto riguarda l'uso della presentazione per via elettronica, i cataloghi elettronici e le modalità di autenticazione elettronica (art. 22, par. 7).

La modifica del 2021 al Codice dei contratti pubblici⁵⁴ e il recente decreto ministeriale recante le modalità di digitalizzazione delle procedure dei contratti pubblici⁵⁵, hanno previsto che la documentazione comprovante il possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico-professionale ed economico e finanziario, per la partecipazione alle procedure di affidamento e per il controllo in fase di esecuzione del contratto della permanenza dei suddetti requisiti, sia acquisita esclusivamente attraverso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici dell'ANAC, presso la quale dovrà essere istituito il «fascicolo virtuale dell'operatore economico».

Superando il previgente sistema AVCPass⁵⁶, l'ANAC ha dunque il compito di sviluppare il fascicolo virtuale dell'operatore economico⁵⁷ nel quale dovranno essere inclusi tutti i dati per la verifica dell'assenza di motivi di esclusione, nonché i dati e documenti relativi ai criteri di selezione che l'operatore economico vi inserisce⁵⁸. L'interoperabilità tra le diverse banche dati gestite dagli enti certificanti coinvolte nel procedimento, nonché tra queste e le banche dati gestite dall'ANAC, dovrebbe essere assicurata secondo le modalità individuate dall'AgID con le Linee guida⁵⁹, ovviamente da coordinare con la prossima riforma. La legge delega sui contratti pubblici richiede infatti di attuare «la digitalizzazione e l'informatizzazione delle procedure, la piena attuazione della Banca dati nazionale dei contratti pubblici e del fascicolo virtuale dell'operatore economico»⁶⁰ e questo «anche attraverso l'utilizzo di banche dati a livello centrale che riducano le incertezze in sede di qualificazione degli operatori nelle singole procedure di gara»⁶¹.

⁵⁴ Art. 81, c. 1, d.lgs. n. 50/2016, cit., modificato dall'art. 53, c. 5, lett. d), l. n. 108/2021, cit.

⁵⁵ Art. 20 del decreto n.148/2021 del Ministro per la pubblica amministrazione, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili e il Ministro dell'economia e delle finanze, *Regolamento recante modalità di digitalizzazione delle procedure dei contratti pubblici*.

⁵⁶ Con deliberazione dell'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici del 24 dicembre 2012, in attuazione dell'art. 6-bis d.lgs. n. 163/2006, era stato previsto che dal 1° gennaio 2013, la documentazione comprovante il possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico-organizzativo ed economico-finanziario per la partecipazione alle procedure ivi disciplinate fosse acquisita presso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici, istituita presso la stessa Autorità. In attuazione di quella previsione fu introdotto il sistema «AVCPass». La versione originaria dell'art. 81 d.lgs. n. 50/2016, cit. aveva disposto invece che la documentazione comprovante il possesso dei requisiti di partecipazione fosse acquisita attraverso una Banca dati degli operatori economici da istituirsi presso il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti. La norma rimase inattuata, con conseguente permanenza in vigore (con parecchie criticità) del precedente sistema AVCPass: G. M. RACCA, *La digitalizzazione necessaria dei contratti pubblici: per un'Amazon pubblica*, cit., pp. 4677 ss.; F. GORGERINO, *Legal Basis and Regulatory Applications of the Once-Only Principle: The Italian Case*, cit., pp. 119 ss.

⁵⁷ Comunicato del Presidente ANAC del 29 novembre 2021, *Indicazioni in ordine all'avvio del fascicolo virtuale dell'operatore economico* e delibera ANAC n. 464 del 27 luglio 2022, pubblicata nella Gazzetta ufficiale del 24 ottobre 2022 n. 249, sulla prima attuazione del fascicolo virtuale.

⁵⁸ Art. 81, c. 1, d.lgs. n. 50/2016, cit.

⁵⁹ Art. 81, c. 2, d.lgs. n. 50/2016, cit.

⁶⁰ Art. 1, c. 2, lett. m), l. n. 78/2022, cit.

⁶¹ Art. 1, c. 2, lett. s), l. n. 78/2022, cit.

I dati e documenti contenuti nel fascicolo virtuale, nei termini di efficacia di ciascuno di essi, saranno costantemente aggiornati e permetteranno di verificarne il possesso secondo un modello di «semaforo verde» (o «*green pas*») dell'operatore economico), in relazione alle differenti tipologie di contratti, con evidente semplificazione e nel rispetto del principio del *once-only*⁶².

In tal modo, la trasparenza e la correttezza potrebbero assicurare una concorrenza leale fra gli operatori economici rivolta alla tempestiva e corretta esecuzione del contratto e non alla vittoria della gara per errore del concorrente nell'allegare un documento o della stazione appaltante nel verificarlo⁶³. L'eventuale contenzioso e le connesse responsabilità andrebbero accertate separatamente in relazione a quanto si ricava dall'interrogazione dei sistemi digitali, con evidente utilità per gli operatori economici che potrebbero conoscere in tempo reale la propria qualificazione, sempre nel rispetto del principio di collaborazione e buona fede reciproca con la stazione appaltante, anche in relazione all'attuazione del *self-cleaning*. La valutazione accentrata in un organo statale (ANAC) di tutte le cause di esclusione e dei requisiti di qualificazione e dell'attuazione delle eventuali misure di *self-cleaning*, sarebbe conforme alle direttive e supererebbe le criticità e il contenzioso diffuso che ricade sulle singole amministrazioni aggiudicatrici⁶⁴.

⁶² Art. 81, c. 4, d.lgs. n. 50/2016, cit.

⁶³ R. CAVALLO PERIN, G. M. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2, 2010, pp. 325-354, con prospettazione accolta da: Cons. Stato, Ad. Plen., sentenza del 2 aprile 2020, n. 10, con nota di: A. CORRADO, *L'accesso civico generalizzato, diritto fondamentale del cittadino, trova applicazione anche per i contratti pubblici: l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato pone fini ai dubbi interpretativi*, in *federalismi.it*, 16, 2020, pp. 48-78; F. GORGERINO, *L'accesso come diritto fondamentale e strumento di democrazia: prospettive per la riforma della trasparenza amministrativa*, in *federalismi.it*, 5, 2022, pp. 96-127; F. MANGANARO, *La funzione nomofilattica dell'Adunanza plenaria in materia di accesso agli atti amministrativi*, in *federalismi.it*, 20, 2021, pp. 159-173; A. MOLITERNI, *Pluralità di accessi, finalità della trasparenza e disciplina dei contratti pubblici*, in *Giornale diritto amministrativo*, 4, 2020, pp. 505 ss.

⁶⁴ Nel caso *Vert Marine* del 2020, in materia di concessioni la Corte giust., sentenza dell'11 giugno 2020, C-472/19, ha affermato che la normativa comunitaria osta a una normativa nazionale che non accorda a un operatore economico condannato definitivamente per uno dei reati di cui all'articolo 38, par. 4, della direttiva e soggetto, per tale ragione, a un divieto automatico di partecipare alle procedure di aggiudicazione dei contratti di concessione, la possibilità di fornire la prova di aver adottato misure correttive idonee a dimostrare il ripristino della sua affidabilità. La normativa comunitaria invece non osta a che l'esame dell'adeguatezza delle misure correttive adottate da un operatore economico sia affidato alle autorità giudiziarie, purché il regime nazionale istituito a tal fine rispetti tutti i requisiti posti dall'articolo 38, paragrafo 9, di tale direttiva e la procedura applicabile sia compatibile con i termini imposti dalla procedura di aggiudicazione dei contratti di concessione. Inoltre, l'articolo 38, par. 9, della direttiva 2014/23/EU deve essere interpretato nel senso che esso non osta a una normativa nazionale che consente alle autorità giudiziarie di non applicare a una persona un divieto automatico di partecipare alle procedure di aggiudicazione di contratti di concessione a seguito di una condanna penale, di revocare un siffatto divieto o di escludere qualsiasi menzione della condanna nel casellario giudiziario, purché tali procedure giudiziarie soddisfino effettivamente le condizioni poste e l'obiettivo perseguito da tale regime e, in particolare, consentano, qualora un operatore economico desideri partecipare a una procedura di aggiudicazione dei contratti di conces-

Una tale impostazione richiamerebbe l'esperienza da tempo consolidata nel sistema del *procurement* federale americano, nel quale è stato istituito un servizio apposito (il *Suspension and Debarment Office* - SDO) dotato delle competenze necessarie per svolgere l'intero procedimento di verifica dell'ammissione delle imprese in favore degli enti aggiudicatori federali⁶⁵.

sione, di revocare, in tempo utile, il divieto a cui è soggetto, basandosi soltanto sull'adeguatezza delle misure correttive invocate dal suddetto operatore e valutate dall'autorità giudiziaria competente conformemente ai requisiti previsti da tale disposizione, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare. Si ricordi il considerando n. 102 della direttiva 2014/24/EU, cit. Un sistema digitale accentrato (con articolazioni di analisi dati rimesse alle Prefetture competenti) pare opportuno in sede di riforma, v. *supra*, l'esperienza dell'applicativo P.R.I.C.E.

⁶⁵ C. R. YUKINS, M. KANIA, *Suspension and Debarment in the U.S. Government: Comparative Lessons for EU's Next Steps in Procurement*, in *Procurement Law Journal*, UrT, 2, 2019, pp. 65 ss.

CONTRATTI AMMINISTRATIVI E DATI PUBBLICI

PHILIPPE COSSALTER

1. Contesto e definizione di alcuni concetti specifici del diritto francese

La nozione di contratto amministrativo (*contrat administratif*) è stata costruita per consentire al giudice amministrativo francese di accompagnare la rivoluzione tecnologica, che ha ridisegnato lo spazio urbano a cavallo tra il XIX e il XX secolo. Infatti il contratto di diritto privato basato sull'equilibrio tra le parti, a causa della sua rigidità, non permetteva di adattare l'oggetto contrattuale alle rapide evoluzioni dello spazio urbano.

Mentre la dottrina e il giudice italiani preservavano la figura tradizionale della concessione-contratto, che era servita allo sviluppo dei servizi urbani nell'800, il Consiglio di Stato francese creava la nozione di contratto amministrativo, nel quale figurano clausole di carattere unilaterale.

La natura propriamente contrattuale dello strumento appare opinabile; non è questa la sede per discuterne, ma per molti aspetti la concessione tradizionale di lavori e servizi pubblici era più vicina a un atto di imperio che a un contratto¹.

Le cose cambiano. In primo luogo, le peculiarità del contratto amministrativo francese si attenuano. Classicamente il contratto amministrativo può essere unilateralmente modificato da parte dell'ente pubblico contraente. Questo è il suo tratto più caratteristico. Oggi il diritto dell'Unione europea impedisce le modifiche unilaterali al contratto amministrativo quando tale contratto, come spesso accade, disciplina un appalto pubblico o una concessione di lavori o di pubblici servizi, sottoposto al *Code de la commande publique* (CCP, che si potrebbe tradurre, seppur imperfettamente *Codice degli appalti pubblici e concessioni*). In secondo luogo, gli obblighi nazionali ed europei di pubblicità e di gara d'appalto hanno imposto la stesura di contratti dettagliati per le concessioni di servizi pubblici, mentre fino all'inizio degli anni '90 queste concessioni erano molto sommarie ed equivalevano a semplici autorizzazioni alla gestione di servizi pubblici. Lo sviluppo del contenuto contrattuale e la sua stabilità hanno avvicinato il regime dei contratti amministrativi a quello dei contratti di diritto privato, anche se naturalmente le differenze rimangono numerose.

Può il contratto amministrativo essere insensibile alla nuova rivoluzione tecnologica che sta ristrutturando lo spazio urbano? Il ruolo svolto dal contratto amministrativo nell'emersione dei nuovi servizi pubblici del XXI secolo è meno evi-

¹ Il regime giuridico del contratto di concessione in Francia ha, durante tutto il '900, mostrato pochissime caratteristiche in comune con il contratto di diritto privato e il richiamo alla disciplina civilistica è apparso a lungo superfluo.

dente rispetto a quello svolto dai primi contratti amministrativi del XIX secolo. Le ragioni sono molteplici. La prima è che la rivoluzione delle nuove tecnologie, pur investendo la città in senso lato, non è una rivoluzione prevalentemente urbana. Sebbene sia ormai consuetudine riferirsi alle aree in cui vengono sfruttati dati massivi come “città intelligenti”, questa visione non tiene conto della realtà fisica che non è sempre concentrata nello spazio urbano; è certamente nello spazio urbano che i dati possono essere sfruttati al meglio, ma il legame non è univoco. In secondo luogo, sebbene i dati massivi si basino su infrastrutture come cavi, fibre o antenne di collegamento, le nuove tecnologie dipendono poco dalla realtà fisica dello spazio pubblico, a differenza dei tradizionali servizi pubblici locali come il trasporto pubblico, l’illuminazione del gas, l’elettricità, la distribuzione dell’acqua e lo smaltimento delle acque reflue. Al contrario, è attraverso il controllo di questo spazio, mediante il dominio pubblico e le strade aperte al pubblico, che gli enti pubblici sono stati in grado di svolgere il ruolo strutturale che è loro, proprio dalla fine del XIX secolo. Nei prossimi anni, la diffusione di Internet via satellite e la produzione decentralizzata di energia elettrica allontaneranno ulteriormente la tecnologia dal processo decisionale pubblico. In terzo luogo, se i servizi pubblici urbani sono stati costruiti, a causa dell’intensità della domanda di capitale, su monopoli di fatto in mano pubblica, le nuove tecnologie sono offerte in concorrenza e non richiedono né un monopolio di diritto né uno di fatto.

Se il legame tra i contratti amministrativi e i servizi pubblici urbani è stretto, il legame tra i contratti pubblici, la *smart city* e i suoi dati massivi è più distante. Non è però inesistente.

I dati che possono riguardare gli appalti pubblici e le concessioni sono di tutti i tipi. I dati pubblici² o le “informazioni del settore pubblico”³ possono includere dati personali⁴. Possono anche includere insiemi di dati che non sono personali: come quelli geografici, geologici o topografici, ad esempio.

² I dati possono essere considerati pubblici, non appena si riferiscono a una missione di servizio pubblico, indipendentemente dalla natura giuridica dell’ente che li raccoglie, li registra, li conserva e li elabora. L’articolo L. 321-1 del Codice delle relazioni tra il pubblico e l’amministrazione (CRPA), relativo al riutilizzo delle informazioni pubbliche, fa riferimento alla definizione di documenti amministrativi contenuta nell’articolo L. 300-2, che si riferisce ai “documenti prodotti o ricevuti, nell’ambito della loro missione di servizio pubblico, dallo Stato, dagli enti locali e da altre persone di diritto pubblico o di diritto privato incaricate di tale missione”.

³ V. Direttiva 2019/1024/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, *relativa ai dati aperti e al riutilizzo dell’informazione del settore pubblico* che abroga e sostituisce la Direttiva 2003/98/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 novembre 2003, *relativa al riutilizzo dell’informazione del settore pubblico*, modificata dalla Direttiva 2013/37/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013.

⁴ I dati personali sono “qualsiasi informazione relativa a una persona fisica identificata o identificabile”. Regolamento 2016/679/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla *protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE* (General Data Protection Regulation - GDPR), art. 4.1.

Alcuni di questi dati pubblici possono essere rappresentati dai cosiddetti dati di interesse generale, prodotti nell'ambito di una concessione⁵ di servizi pubblici⁶.

I dati e i contratti amministrativi si trovano ancora nelle disposizioni del codice degli appalti pubblici e concessioni (CCP) sui dati essenziali, così come i dati relativi alle caratteristiche essenziali degli appalti⁷ e delle concessioni⁸. Infine, i dati personali possono costituire dati sensibili⁹. Tutte queste tipologie di dati saranno discusse qui.

Oltre ai contratti amministrativi sottoposti al CCP, ci si è occupati anche delle concessioni demaniali, il cui regime è molto simile in Francia e in Italia, anche se la sfera materiale di queste concessioni è più ridotta in Francia¹⁰.

La Commissione Nazionale Informatica e Libertà (CNIL, *Commission nationale informatique et libertés*), che dal 1978 è l'agenzia nazionale di tutela dei dati privati, ha avuto l'opportunità, prima del GDPR, di opporsi a un sistema di tracciamento dei pedoni che utilizzano un piazzale a sud di Parigi (il cosiddetto «parvis de la Défense» a Nanterre). Questo parere è interessante in quanto riguardava un sistema di tracciamento installato nell'arredo urbano¹¹, il cui impiego poteva basarsi su concessioni demaniali. Nell'ambito del progetto «Urban Agora», la ditta francese JCDecaux voleva identificare gli smartphone in base al loro indirizzo MAC,

⁵ In questo articolo impiegherò la nozione di «concessione di servizi pubblici», anche se per essere preciso dovrei fare riferimento alla diversa nozione in diritto francese di “delega di servizio pubblico” (*délégation de service public*).

⁶ La nozione di dati di interesse generale è stata introdotta dalla l. n. 2016-1321 del 7 ottobre 2016 per una *Repubblica digitale*. L'articolo 17 di questa legge aveva modificato l'articolo 53-1 dell'ordinanza n. 2016-65 del 29 gennaio 2016 *sui contratti di concessione*, prevedendo che i dati e le banche dati prodotti in relazione alla gestione del servizio pubblico oggetto del contratto, essenziali per la sua esecuzione, devono essere trasmessi all'autorità aggiudicatrice. La disposizione è contenuta nell'articolo L. 3131-2 del Codice dell'ordine pubblico.

⁷ Articolo L.2196-2 CCP: «*Alle condizioni e con le eccezioni previste dal regolamento, l'acquirente mette a disposizione in un formato aperto e liberamente riutilizzabile i dati essenziali del contratto, ad eccezione di quelli la cui divulgazione non rispetterebbe le disposizioni dell'articolo L. 2132-1 o sarebbe contraria all'ordine pubblico*».

⁸ Art. L. 3131-1 CCP: «*Alle condizioni stabilite dal regolamento, l'autorità concedente mette a disposizione, in un formato aperto e liberamente riutilizzabile, i dati essenziali del contratto di concessione, fatte salve le disposizioni dell'articolo L. 3122-3 e ad eccezione delle informazioni la cui divulgazione sarebbe contraria all'ordine pubblico*».

⁹ Questi dati sensibili non devono essere confusi con le “informazioni commerciali sensibili” del Codice dell'energia, che sono sensibili perché di “natura economica, commerciale, industriale, finanziaria o tecnica” e perché la loro “divulgazione potrebbe pregiudicare le regole della libera e leale concorrenza e della non discriminazione”, e quindi non si considerano sensibili perché di natura personale. Art. L111-72 del Codice dell'energia.

¹⁰ A causa dell'importanza della nozione di servizio pubblico nel diritto amministrativo francese, molti contratti che sarebbero qualificati come concessioni demaniali in Italia, sarebbero qualificati come concessioni di servizio pubblico in Francia. Questo è in particolare il caso delle concessioni di spiaggia.

¹¹ CNIL, deliberazione n. 2015-255 del 16 luglio 2015 che rifiuta l'attuazione da parte di JCDecaux di un trattamento automatizzato di dati personali al fine di testare una metodologia di stima quantitativa dei flussi pedonali sul piazzale de La Défense (richiesta di autorizzazione n. 1833589).

quando si avvicinavano a un terminale Wi-Fi installato sui piloni pubblicitari. Ai sensi dell'articolo L. 581-9 del Codice dell'ambiente, nella versione applicabile all'epoca «*Qualsiasi sistema di misurazione automatica dell'audience di un dispositivo pubblicitario o di analisi della tipologia o del comportamento delle persone che transitano in prossimità di un dispositivo pubblicitario è soggetto ad autorizzazione da parte della Commissione nazionale per l'informatica e le libertà civili*».

La CNIL si è opposta al sistema perché la pseudonimizzazione proposta da JCDecaux non era una vera anonimizzazione.

È probabile che il sistema previsto all'epoca sia incompatibile anche con il nuovo regime del RGPD, perché il trattamento non può avvenire senza il consenso della persona, in violazione dell'articolo 6 del regolamento.

Ma questo esempio ci insegna almeno tre cose. La prima è che i dati urbani provengono da un'ampia varietà di fonti. La seconda è che le modalità di raccolta dei dati possono basarsi su contratti amministrativi di natura molto diversa: appalti pubblici, concessioni di lavori, servizi pubblici e anche concessioni demaniali. La terza e più importante lezione è che i dati più rilevanti sono in possesso degli operatori telefonici e dei GAFAM, e che i servizi urbani (compresi quelli pubblici) nuotano solo sulla superficie di un oceano di dati che sfugge loro. Colpisce l'esempio del tracciamento pseudonimizzato dei pedoni sulla spianata della Défense, considerato alla stregua di un processo illegale, mentre Google conosce in un solo momento tutte le azioni, e persino i pensieri più intimi, della maggior parte dei suoi utenti.

La distanza del regime dei contratti amministrativi dai dati è ovviamente solo relativa. La pubblica amministrazione e il suo diritto non possono rimanere indifferenti di fronte a un fenomeno così importante come lo sviluppo di dati massivi e il loro utilizzo in tutti i settori dell'agire sociale¹². La questione del rapporto tra dati e contratti amministrativi non è trattata in modo uniforme. Non potrebbe essere altrimenti: il tema dei dati non è ancora centrale nel mondo degli appalti pubblici e delle concessioni, poiché sta emergendo ora soltanto¹³; viceversa, la comparsa dei dati massivi è avvenuta molto lontano dall'universo amministrativo. Gli appalti pubblici e le concessioni si concentrano ancora sulla distribuzione dell'acqua o dell'elettricità, sui trasporti urbani o sulla gestione di strutture per l'infanzia. Ma i dati non possono più essere ignorati, sia che si tratti di «beni di ritorno» di una concessione di servizio pubblico¹⁴, sia che si tratti di dati personali che i co-appaltatori dell'amministrazione devono sottoporre agli imperativi del RGPD.

¹² J.B. Auby, *Le droit administratif face aux défis du numérique*, in *Actualité juridique droit administratif AJDA*, 2018.

¹³ T. Bassi, *Les données collectées par le concessionnaire de service public*, in *Actualité juridique droit administratif AJDA*, 9, 2019.

¹⁴ J.D. Dreyfus, *L'obligation du concessionnaire quant aux données et bases de données collectées ou produites à l'occasion de l'exploitation du service public* in *Actualité juridique des collectivités territoriales*, 2017.

La panoramica che cercheremo di tracciare è solo uno schizzo. Per ordinare la nostra discussione, esamineremo i meccanismi con cui la questione dei dati viene trattata negli appalti pubblici e nelle concessioni (2) e, successivamente, gli appalti pubblici e delle concessioni aventi ad oggetto il trattamento dei dati (3).

2. Gestione dei dati negli appalti pubblici e nelle concessioni

I dati prodotti dai concessionari di servizio pubblico non sono di natura diversa da quelli prodotti nel contesto della gestione diretta del servizio pubblico da parte di un'azienda pubblica.

2.1. La deludente questione dei dati cosiddetti «essenziali»

Appalti pubblici e concessioni possono essere essi stessi sorgenti di dati: il numero, l'oggetto e gli importi degli appalti pubblici e delle concessioni sono i cosiddetti *dati essenziali* del diritto francese, che devono essere diffusi dalle amministrazioni aggiudicatrici¹⁵. Tuttavia, questo quadro dell'obbligo di diffusione dei dati essenziali degli appalti pubblici è molto impreciso¹⁶. Il contenuto dell'obbligo di pubblicazione dei dati essenziali dei contratti pubblici è ben noto. Ma è difficile capire il suo scopo. La scheda informativa della Direzione Affari Legali (DAJ) del Ministero dell'Economia e delle Finanze francese indica che la pubblicazione dei dati essenziali risponde a due obiettivi. Per l'acquirente, «la pubblicazione dei dati essenziali sugli appalti pubblici dovrebbe consentire di effettuare un monitoraggio sistematico e metodico dell'attuazione delle disposizioni relative all'aggiudicazione di questo tipo di appalti». Questo non è molto chiaro. Per le imprese e i cittadini, il diritto all'informazione «deve [...] consentire di accedere e ottenere informazioni sui contratti conclusi [...]»¹⁷. L'affermazione è più chiara ma, basandosi su una tautologia, non aiuta il lettore a cogliere la rilevanza dei dati essenziali. La pubblicazione sparsa dei dati sui contratti sul sito web di ciascuna autorità locale ha un valore pratico scarso o nullo.

Altrove, come in Spagna, la raccolta di dati sui contratti viene utilizzata per ricercare frodi nell'assegnazione di appalti pubblici¹⁸. In Italia, l'Autorità nazionale

¹⁵ Si veda l'art. L. 2196-2 e L3131-1, R. 2196-1 e R. 3131-1 e Allegato 15 del Codice degli appalti e concessioni (CCP).

¹⁶ Un'ordinanza del 14 aprile 2017 sui dati essenziali negli appalti pubblici (NOR: ECFM1637256A) è stata modificata da un'ordinanza del 27 luglio 2018, che modifica l'ordinanza del 14 aprile 2017 sui dati essenziali negli appalti pubblici (NOR: ECOM1817546A) e quindi è abrogata e sostituita dall'ordinanza del 22 marzo 2019 sui dati essenziali negli appalti pubblici (NOR: ECOM1831542A).

¹⁷ DAJ, scheda tecnica (fiche d'information) *La pubblicazione dei dati essenziali sugli appalti pubblici (La publication des données essentielles de la commande publique)*, aggiornata al 1/04/2019, p. 10.

¹⁸ JM Diaz, *Inteligencia artificial y contratación pública*, in I. Martín Delgado e J.A.M. Molina (a cura di), *Administración electrónica, transparencia y contratación pública*: iustel, 2020.

anticorruzione (ANAC) gestisce un database di tutti gli appalti pubblici¹⁹ sulla base di una legge del 6 novembre 2012 volta a prevenire la corruzione²⁰.

Quindi, se lasciamo da parte la deludente questione dei dati essenziali degli appalti pubblici e delle concessioni, possiamo concentrarci sulla gestione dei dati *negli* appalti pubblici e nelle concessioni.

2.2. Gli obblighi dei gestori del servizio pubblico

Creato dall'articolo 11 della l. n. 1321/2016 per una Repubblica digitale, l'articolo 321-3 del Codice dei rapporti tra il pubblico e l'amministrazione (CRPA) prevede che «fatti salvi i diritti di proprietà intellettuale detenuti da terzi, i diritti delle amministrazioni di cui al primo comma dell'articolo L. 300-2 del presente codice, ai sensi degli articoli L. 342-1 e L. 342-2 del codice della proprietà intellettuale, non possono impedire il riutilizzo del contenuto delle banche dati che queste amministrazioni pubblicano in applicazione del 3 comma dell'articolo L. 312-1-1 del presente codice».

Il primo comma del presente articolo non si applica alle banche dati prodotte o ricevute dalle amministrazioni, di cui al primo comma dell'articolo L. 300-2 nell'esercizio di una missione di servizio pubblico di natura industriale o commerciale soggetta a concorrenza.

La maggior parte dei servizi pubblici non è soggetta alla concorrenza a causa di un monopolio di fatto e di un monopolio di diritto. Ciò si verifica, ad esempio, nella distribuzione dell'acqua potabile, nel trattamento delle acque reflue urbane,

¹⁹ Ai sensi dell'articolo 1, comma 32, della l. n. 190/2012, e successive modificazioni: “32. [...] le amministrazioni aggiudicatrici sono tenute a pubblicare sul proprio sito istituzionale: la struttura di committenza; l'oggetto del bando; l'elenco degli operatori invitati a presentare un'offerta; l'aggiudicatario; l'importo dell'affidamento; il termine di esecuzione dei lavori, servizi o forniture; l'importo delle somme liquidate. Le amministrazioni aggiudicatrici sono inoltre tenute a trasmettere le informazioni di cui sopra al comitato di cui al paragrafo 2 ogni sei mesi. Entro il 31 gennaio di ogni anno, queste informazioni, relative all'anno precedente, saranno pubblicate sotto forma di tabelle riassuntive liberamente scaricabili in un formato digitale standard aperto che consenta l'analisi e la rielaborazione dei dati, anche a fini statistici. Le amministrazioni trasmettono queste informazioni in formato digitale all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, che le pubblica sul proprio sito web in una sezione liberamente consultabile da tutti i cittadini, catalogata per tipologia di amministrazione aggiudicatrice e per regione. L'Autorità individua con delibera le informazioni pertinenti e i relativi metodi di trasmissione. Entro il 30 aprile di ogni anno, l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture trasmette alla Corte dei conti l'elenco delle amministrazioni che non hanno trasmesso e pubblicato in tutto o in parte le informazioni di cui al presente paragrafo in un formato digitale standard aperto. Si applica l'articolo 6, comma 11, del Codice di cui al d.lgs. n. 163/2006.

²⁰ L. n. 190/2012, *Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*, art. 1 comma 32, come modificato dall'art. 8 comma 2 della l. n. 69/2015 (Disposizioni in materia di delitti contro la pubblica amministrazione, di associazioni di tipo mafioso e di falso in bilancio).

nella raccolta e nel trattamento dei rifiuti, nella distribuzione dell'elettricità e del gas e nel trasporto urbano e interurbano. Pochi servizi pubblici sono di per sé soggetti alla concorrenza. Possiamo annoverare il servizio esterno delle pompe funebri, ma a parte questo caso si tratta essenzialmente di una diversificazione competitiva degli enti pubblici dello Stato, come per esempio l'Istituto Geografico Nazionale (Institut géographique national, IGN).

L'articolo L. 321-3 CRPA fa riferimento all'articolo L. 312-1-1 3° CRPA che prevede che, quando i documenti sono disponibili in formato elettronico, le amministrazioni pubblichino le banche dati, aggiornate regolarmente, dei documenti prodotti o ricevuti, che non sarebbero altrimenti disponibili al pubblico.

I servizi pubblici non concorrenziali, che rappresentano i più numerosi, sono ora soggetti all'obbligo di rendere pubbliche e regolarmente aggiornate le loro banche dati. Quest'obbligo non riguarda le amministrazioni pubbliche più piccole²¹.

Va aggiunto che se i dati prodotti nel contesto dei servizi pubblici non concorrenziali devono essere resi disponibili al pubblico, *a fortiori* i dati dei servizi pubblici sono soggetti allo stesso obbligo.

Ma, come sappiamo, il diavolo si nasconde nei dettagli. In questo caso, tutti i termini della disposizione possono essere messi in discussione: se da un lato la legge prevede che le banche dati, aggiornate con regolarità, debbano essere diffuse, dall'altro lato non specifica quali siano le banche dati, le modalità di diffusione e la regolarità. E soprattutto, non è facile stabilire il legame tra l'obbligo legale di diffusione, gravante sull'amministrazione, e gli obblighi dei co-appaltatori dell'amministrazione, in particolare dei concessionari di servizio pubblico.

2.3. Gli obblighi generali dei concessionari di servizio pubblico

L'obbligo di diffondere le banche dati prodotte dai gestori di servizi pubblici si sovrappone alla questione delle banche dati prodotte dai concessionari di servizio pubblico, quando queste costituiscono beni restituiti dalla concessione: i cosiddetti «*biens de retour*». In diritto amministrativo francese esistono tre tipi di beni materiali e immateriali assegnati a una concessione. I beni di ritorno (*biens de retour*) sono di proprietà dell'autorità concedente *ab initio*, anche se creati dal concessionario e ritornano gratuitamente al patrimonio del concedente al termine del contratto; i beni di ripresa (*biens de reprise*) possono ritornare all'autorità concedente se questa decide di riscattarli; i beni propri (*biens propres*) sono e rimangono di proprietà del concessionario. In linea di principio, le banche dati saranno le stesse di cui all'articolo L. 321-3 del CRPA, anche se il campo di applicazione materiale delle disposizioni in questione non è necessariamente sovrapponibile: una banca dati può infatti essere prodotta nell'ambito della prestazione di un servizio pubblico

²¹ Si veda l'articolo L. 312-1-1 3° CRPA e l'articolo D. 312-1-4 secondo cui «La soglia prevista dall'articolo L. 312-1-3 è fissata a 50 agenti o dipendenti espressi in equivalenti a tempo pieno».

specifico senza costituire un elemento essenziale per la prestazione del servizio pubblico medesimo, come nel caso di una banca dati di immagini di opere pittoriche nel contesto della concessione di servizio pubblico di un museo. Nella maggior parte dei casi, tuttavia, le banche dati prodotte nel contesto di una concessione di servizio pubblico costituiranno un bene restituibile.

Riassumendo e chiarendo una giurisprudenza secolare, il Consiglio di Stato nella sua nota decisione *Commune de Douai*²² ha ricordato che i beni “necessari al funzionamento del servizio pubblico” costituiscono beni di ritorno. Non appena completati o acquisiti, questi beni sono di proprietà dell’ente pubblico concedente²³ e gli vengono restituiti gratuitamente²⁴. Questi principi sono stati ripresi in termini analoghi dal Codice degli appalti pubblici, i cui redattori hanno provato a codificare i principi e le regole stabilite dal Consiglio di Stato fin dall’inizio del XX secolo²⁵. Pertanto, ai sensi dell’articolo L. 3132-4 1° del Codice degli appalti pubblici e concessioni, i beni mobili derivanti dagli investimenti del concessionario e necessari alla gestione del servizio pubblico sono beni di ritorno. Non sembrano esserci grandi difficoltà a considerare le banche dati, che sono beni mobili immateriali da restituire, se sono utili per il funzionamento di un servizio pubblico. Thimothée Bassi sintetizza così: mentre i dati grezzi non sono suscettibili di appropriazione²⁶, le banche dati sono suscettibili di protezione ai sensi del diritto della proprietà intellettuale²⁷. Nel diritto civile, così come nel diritto amministrativo²⁸ e nel diritto europeo²⁹, un diritto può essere

²² CE, 21 dicembre 2012, *Commune de Douai*, n° 34278.

²³ «Considerando, in primo luogo, che nell’ambito di una delega di servizio pubblico o di una concessione di lavori in cui il coappaltatore è responsabile degli investimenti corrispondenti alla creazione o all’acquisizione dei beni necessari per il funzionamento del servizio pubblico, tutti questi beni, mobili o immobili, appartengono, in mancanza di qualsiasi accordo, non appena vengono creati o acquisiti, all’ente pubblico».

²⁴ «Considerando, in secondo luogo, che alla scadenza del contratto, i beni che, in applicazione dei principi sopra esposti, sono diventati di proprietà dell’ente pubblico e sono stati ammortizzati durante l’esecuzione del contratto, tornano necessariamente all’ente pubblico a titolo gratuito, fatte salve le clausole contrattuali che consentono all’ente pubblico, alle condizioni da esso stabilite, di far ritirare al suo co-appaltatore i beni non più necessari per il funzionamento del servizio pubblico; che il contratto che concede al delegato o al concessionario, per la durata dell’accordo, la proprietà dei beni necessari al servizio pubblico diversi dalle opere realizzate su proprietà di un soggetto pubblico, o alcuni diritti reali su tali beni, non può, con le stesse riserve, impedire la restituzione gratuita di tali beni al soggetto pubblico al termine della delega».

²⁵ Questa codificazione non è sempre molto coerente e, ovviamente, non si impone chiaramente al Consiglio di Stato che, fedele alle sue tradizioni, è sempre libero di giudicare *praeter legem* o addirittura *contra legem* nel campo del diritto contrattuale amministrativo.

²⁶ Cfr. per quanto riguarda i dati pubblici: CA Parigi, 18 marzo 1993, *Société du journal téléphonique*, *AJ-DA* 1993 p. 652. Si veda anche la circolare del 14 febbraio 1994 *sulla diffusione dei dati pubblici* (NOR: PRMG9400081C).

²⁷ Articolo L. 112-3 del Codice della proprietà intellettuale (CIP).

²⁸ C. Chamard, *La distinction des biens publics et des biens privés. Contribution à la définition de la notion de biens publics*, Dalloz, 346, 2004.

²⁹ Si veda l’articolo 1 del primo protocollo aggiuntivo alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo.

considerato una proprietà. Questi beni mobili sono quindi inclusi nella definizione materiale di beni di ritorno.

Oltre a questo regime giuridico che impone indirettamente la trasmissione delle banche dati all'autorità concessionaria, esiste un regime specifico per i dati di interesse generale. Come abbiamo visto, l'articolo L. 3131-2 del Codice degli Appalti Pubblici, nato dalla *Legge per la Repubblica Digitale*, stabilisce che in caso di concessione di un servizio pubblico, il concessionario deve fornire all'autorità concedente i dati e le banche dati raccolti o prodotti nel corso della gestione del servizio pubblico.

3. Gli obblighi di trasmissione e diffusione dei dati dagli appaltanti e dai concessionari

Sebbene la nozione di dati di interesse generale sia recente, le preoccupazioni che hanno portato alla sua nascita sono più antiche, come ci ricordano gli autori del Rapporto sui dati di interesse generale pubblicato nel 2015³⁰.

Ma la gestione dei dati settoriali può essere fatta solo su base settoriale.

Ad esempio, dall'entrata in vigore della l. n. 96-1236/1996 sull'aria e l'uso razionale dell'energia³¹, in applicazione dell'articolo L. 221-3 del Codice dell'Ambiente, i concessionari di servizi pubblici, le associazioni autorizzate per il monitoraggio della qualità dell'aria e le organizzazioni incaricate della gestione dei siti protetti sono obbligati a garantire l'accesso del pubblico alle informazioni, in applicazione delle disposizioni degli articoli L. 221-1 e seguenti.

Vanno citate altre iniziative *ad hoc* più recenti, anch'esse precedenti alla *Legge per la Repubblica Digitale*.

Innanzitutto, nel settore del trasporto ferroviario, la l. n. 2015-990/2015 per la crescita, l'attività e le pari opportunità economiche ha creato un articolo L. 1115-1 del Codice dei trasporti, che prevede che i dati sui servizi regolari di trasporto pubblico di passeggeri e sui servizi di mobilità siano diffusi liberamente, immediatamente e gratuitamente al fine di informare gli utenti e fornire il miglior servizio possibile. Tale obbligo incombe sugli operatori dei servizi di trasporto e di mobilità e, se del caso, sulle autorità organizzatrici dei trasporti. L'obiettivo è garantire che i servizi di mobilità e i mezzi di trasporto siano organizzati in modo ottimale.

L'articolo 28 della l. n. 992/2015 sulla transizione energetica per la crescita verde, che modifica l'articolo L. 341-4 del Codice dell'energia, consente al fornitore di energia elettrica di ricevere gratuitamente dagli operatori di rete i dati di misu-

³⁰ *Strategia digitale del governo* presentata dal Primo Ministro il 18 giugno 2015. https://www.entreprises.gouv.fr/files/files/directions_services/secteurs-professionnels/economie-numerique/Strategie-numerique-du-gouvernement.pdf [consultato il 27 marzo 2022].

³¹ GU 1° gennaio 1997.

razione, gli avvisi e gli elementi di confronto che devono essere forniti al consumatore.

Al di là delle considerazioni settoriali relative alla diffusione dei dati, è il RGPD ad aver avuto l'impatto più rilevante.

Il legislatore francese ha scelto di integrare le disposizioni del Regolamento con successiva normazione e di sfruttare alcuni margini di adattamento offerti dal testo.

Ai sensi dell'articolo 60, paragrafo 2, della legge n. 78-17/1978 «*sul trattamento dei dati, degli archivi e delle libertà, il trattamento effettuato da un incaricato è disciplinato da un contratto o da qualsiasi atto giuridico che vincoli l'incaricato del trattamento al responsabile del trattamento, in forma scritta, anche in formato elettronico, nel rispetto delle condizioni di cui all'articolo 28 del regolamento*».

L'articolo 28, paragrafo 3, del RGPD³² stabilisce che il trattamento dei dati da parte di un incaricato è disciplinato da un contratto che vincola l'incaricato al responsabile del trattamento e che definisce la finalità e la durata del trattamento, la natura e lo scopo dello stesso, il tipo di dati personali e le categorie di interessati, nonché gli obblighi e i diritti del responsabile del trattamento.

È quindi obbligatorio prevedere le condizioni di protezione dei dati personali nel contratto dell'incaricato del trattamento. Né il regolamento né la legge del 1978 specificano se il concessionario di servizio pubblico o il titolare di un contratto pubblico sia un responsabile o un incaricato al trattamento dei dati. A questo proposito, non esiste una chiara distinzione tra il regime delle concessioni di servizio pubblico e quello degli appalti pubblici.

3.1. Modelli contrattuali nel campo della concessione di servizio pubblico

Come abbiamo visto *supra*, non esiste un modello generale di concessione del servizio pubblico. Esistono invece modelli settoriali di maggiore diffusione rispetto ad altri.

L'apertura e la supervisione dell'uso dei dati prodotti dai concessionari trova la sua massima espressione nel modello FNCCR. La Federazione Nazionale delle Collettività Concedenti e Enti Locali (Fédération Nationale des Collectivités Concedantes et Régies, FNCCR) stabilisce il modello di contratto di concessione dell'energia elettrica. Nel 2017 è stato istituito un nuovo modello di contratto³³. L'importanza di questo modello deve essere misurata, da un lato, rispetto al numero di concessioni di distribuzione di energia elettrica che ha prodotto e,

³² Regolamento 2016/679/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la Direttiva 95/46/CE (Regolamento generale sulla protezione dei dati).

³³ Il suo nome completo è: «*Cahier des charges de concession pour le service public du développement et de l'exploitation du réseau public de distribution d'électricité et de la fourniture d'énergie électrique aux tarifs réglementés de vente*».

dall'altro, rispetto alle questioni cruciali di protezione dei dati personali che il settore rappresenta.

L'articolo 15 del modello FNCCR³⁴ concretizza l'obbligo di comunicare i dati alle autorità concedenti, in particolare ai fini dell'elaborazione dei piani regionali per il clima, l'aria e l'energia e dei piani clima-aria-energia.

Per la trasmissione di dati più precisi, il modello non prevede nulla, utilizzando una serie di formule generali di riferimento *«Il concessionario, in relazione all'uno o all'altro dei suoi compiti, fornirà all'autorità concedente e ai suddetti enti locali o strutture pubbliche, su loro richiesta, dati aggiuntivi o più dettagliati rispetto a quelli sopra menzionati, secondo termini e condizioni tecniche e finanziarie che saranno oggetto di un accordo preventivo tra le parti interessate»*.

Non specificando i compiti, i dati o le condizioni finanziarie per la trasmissione dei dati, l'articolo 15 del modello FNCCR spinge la questione al di fuori dell'ambito delle attuali concessioni di distribuzione di energia elettrica. Una volta firmate, è raro che queste concessioni siano soggette ad adattamenti delle loro specifiche, soprattutto perché queste ultime sono fondate su un modello.

L'articolo 16 B dello stesso contratto tipo ha una maggiore rilevanza pratica, in quanto prevede la disponibilità pubblica della capacità di rete, che facilita l'esame delle richieste di connessione degli impianti di produzione di energia elettrica³⁵.

³⁴ L'articolo 15 del contratto tipo della FNCCR recita come segue: «Il gestore della rete di distribuzione, alle condizioni definite dalla normativa vigente, comunica all'autorità concedente e agli enti locali o pubblici competenti il cui territorio ricade in tutto o in parte nel perimetro della concessione, i dati dei misuratori utili all'esercizio delle loro competenze, in particolare quelli che consentono di elaborare e valutare i piani regionali per il clima, l'aria e l'energia e i piani territoriali clima-aria-energia di cui all'articolo L. 222-1 a L. 222-3, L. 229-25 e L. 229-26 del Codice dell'Ambiente. L'autorità di rilascio delle licenze viene informata della trasmissione dei dati di cui sopra. Le informazioni di cui sopra sono comunicate in conformità alle disposizioni degli articoli L. 111-73 e D. 111-52 e seguenti del Codice dell'energia. L'articolo L. 2224-37-1 del codice generale degli enti locali consente all'autorità concedente di redigere il piano territoriale del clima, dell'aria e dell'energia su richiesta degli esercizi pubblici di cooperazione intercomunale con un proprio statuto fiscale presenti sul suo territorio. I dati in questione, come menzionati nei testi applicabili sopra citati, e i termini e le condizioni della loro comunicazione sono specificati all'articolo 13 dell'appendice 1 del presente capitolato. Il concessionario, nell'ambito dell'una o dell'altra missione, fornirà all'autorità concedente e ai suddetti enti locali o strutture pubbliche, su loro richiesta, dati aggiuntivi o più dettagliati rispetto a quelli sopra menzionati, secondo termini e condizioni tecniche e finanziarie che saranno oggetto di un accordo preventivo tra le parti interessate. I dati di cui ai paragrafi precedenti saranno trasmessi nel rispetto della legislazione e dei regolamenti relativi ai dati personali, da un lato, e alle informazioni di natura economica, commerciale, industriale, finanziaria o tecnica, la cui comunicazione potrebbe pregiudicare le regole di libera e leale concorrenza e di non discriminazione imposte dalla legge, dall'altro.

Si tratta, in particolare, della l. n. 78-17/1978 relativa all'informatica, ai file e alle libertà, e degli articoli R. 111-26 e seguenti del codice dell'energia, relativi alla riservatezza delle informazioni in possesso dei gestori delle reti pubbliche di trasmissione o distribuzione dell'energia elettrica, presi in considerazione per l'applicazione degli articoli L.111-72 e L. 111-73 di questo stesso codice».

³⁵ *«In collaborazione con il gestore della rete di trasmissione pubblica, il gestore della rete di distribuzione mette a disposizione del pubblico i dati relativi alla capacità delle reti a monte delle sottostazioni di origine e alla capacità di queste stesse sottostazioni»*. Questi dati sono pubblicati a scopo informativo.

Il modello FNCCR, invece, non sembra includere alcuna disposizione sulla protezione dei dati personali. Va notato che tale modello è stato adottato prima dell'entrata in vigore del RGPD e da allora non è stato aggiornato.

L'attuale assenza di simili disposizioni nel modello e nei contratti firmati non pone problemi, se il concessionario è titolare del trattamento ai sensi del RGPD. Questa assenza appare più problematica ove il concessionario sia anche responsabile del trattamento.

Le linee guida del Comitato europeo per la protezione dei dati³⁶ non affrontano in alcun modo la questione dei contratti o delle concessioni. La *Guida per i responsabili del trattamento (sous-traitants* in francese), pubblicata dalla CNIL nel settembre 2017, ritiene che i titolari di appalti pubblici possano essere responsabili del trattamento, ma non fa alcun riferimento al caso delle concessioni di servizio pubblico.

Un'attenta lettura delle linee guida dell'*European Data Protection Board (EDPB)*³⁷ lascia pochi dubbi sul fatto che i concessionari del servizio pubblico siano responsabili del trattamento.

In primo luogo, il trattamento dei dati personali per conto del responsabile richiede che un ente distinto tratti i dati personali a beneficio di questo responsabile (punto 79). Ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 2 GDPR, il trattamento comprende la raccolta, la conservazione, la consultazione, l'utilizzo, la diffusione e la distruzione dei dati.

In secondo luogo, il trattamento deve essere effettuato per conto del responsabile «*ma non agendo sotto la sua autorità o il suo controllo diretto*» (punto 80) e l'EDPB cita «la nozione giuridica di delega», ben nota in diritto francese nell'ambito delle concessioni.

(Alla data di sottoscrizione del presente contratto, le informazioni sono rese disponibili attraverso un sito internet dedicato alla capacità di generazione: www.capareseau.fr) Al fine di facilitare l'esame delle richieste di connessione di impianti di generazione di energia elettrica, il gestore del sistema di distribuzione mette a disposizione dei richiedenti un portale internet dedicato alla connessione di impianti di generazione di energia elettrica con potenza inferiore o uguale a 36 kVA.

(Alla data di sottoscrizione del presente contratto, il portale di cui sopra è all'indirizzo: www.perm.enedis.fr) Alle condizioni definite dai cataloghi relativi ai suoi servizi, approvati dalla Commissione per la Regolazione dell'Energia, il gestore del sistema di distribuzione, su richiesta del produttore la cui potenza richiesta è superiore a 36 kVA, effettua uno studio preliminare che gli consente di specificare il suo progetto e di chiarire le condizioni di connessione.

(Gli attuali cataloghi dei servizi sono quelli presenti sul sito web del gestore della rete di distribuzione www.enedis.fr)

Le condizioni di accesso alla rete e le modalità di fatturazione del collegamento sono definite agli articoli 6, 7, 28 e 30 del presente capitolato.

³⁶ Linee guida 07/2020 *sui concetti di responsabile del trattamento e incaricato del trattamento nel GDPR*, versione 2.0, adottate il 7 luglio 2021.

³⁷ Linee guida 07/2020 *sui concetti di responsabile del trattamento e incaricato del trattamento nel GDPR*, versione 2.0, adottate il 7 luglio 2021, sopra citate.

In terzo luogo, agire “per conto” significa che il responsabile non può effettuare il trattamento per i propri scopi (punto 81).

In base a questi tre criteri, i concessionari del servizio pubblico possono essere considerati responsabili del trattamento e i contratti di concessione devono contenere le disposizioni di cui all’articolo 28 del RGPD.

3.2. Modelli contrattuali negli appalti pubblici

Mentre non esistono modelli unificati per le concessioni di servizio pubblico e quindi, a parte gli obblighi specifici previsti per ogni settore tecnico, non esistono clausole standard per la gestione dei dati in questo tipo di contratto, la situazione è notevolmente diversa per quanto riguarda gli appalti pubblici.

La recente riforma delle clausole amministrative generali (*Cabiers des clauses administratives générales CCAG*) – che, va ricordato, non sono obbligatorie ma sono ampiamente utilizzate come modelli per tutti gli appalti pubblici e privati – ha fornito l’opportunità di integrare la questione dei dati nei contratti. Sei nuove CCAG sono state approvate con sei decreti del 30 marzo 2021 ed entrate in vigore il 1^{er} aprile 2021. Le sei CCAG riguardano i settori delle forniture e dei servizi correnti, dei servizi intellettuali, dei lavori, dei contratti industriali, delle TIC (tecnologie dell’informazione e della comunicazione) e della gestione dei progetti (*maîtrise d’œuvre*). Ognuna di queste sei aree ha le proprie peculiarità in materia di gestione dei dati.

Tuttavia, è possibile identificare una clausola standard. Si trova all’articolo 26 delle CCAG Prestazioni intellettuali (PI), Forniture e servizi correnti (FCS) e all’articolo 28 delle CCAG Tecnologie dell’informazione e della comunicazione (TIC).

L’articolo 26 GCC PI, FCS, 28 GCC TIC riguarda i dati essenziali per l’adempimento di una missione di servizio pubblico e prevede che quando l’oggetto del contratto pubblico è la gestione di un servizio pubblico, «*l’appaltatore fornisce all’appaltante in formato elettronico, in uno standard aperto che può essere liberamente riutilizzato e sfruttato da un sistema di elaborazione automatizzato e nel rispetto del segreto aziendale e dei diritti di proprietà intellettuale detenuti da terzi, i dati e le banche dati raccolti o prodotti durante la gestione del servizio pubblico oggetto dell’appalto e che sono essenziali per la sua esecuzione[...]*».

Nel caso di un contratto di fornitura di acqua pubblica, di trasporto pubblico o di un asilo nido, il titolare del contratto, anche se non è stato incaricato della gestione del servizio pubblico, dovrà rispettare gli obblighi di legge previsti dall’articolo 26 del CCAG.

Le CCAG trattano la protezione dei dati personali in altri articoli: 5.2.2. e 5.2.3. Essi sono comuni a tutte e sei le CCAG. Ma anche in questo caso la questione del trattamento dei dati viene affrontata solo in modo incompleto. Non potrebbe essere altrimenti.

L'articolo 5.2.2. CCAG afferma che il contratto deve essere conforme alla normativa sulla protezione dei dati personali, mediante la sottoscrizione di una clausola aggiuntiva e, in mancanza, mediante un'aggiunta unilaterale. L'articolo 5.2.3, che è il più interessante, prevede che quando l'appaltatore effettua un trattamento di dati personali per conto dell'appaltante, i documenti specifici del contratto devono indicare, in particolare, la finalità, la descrizione e la durata del trattamento, nonché i rispettivi obblighi dell'appaltante e del suo appaltatore. Questa traduzione degli obblighi di cui all'articolo 28, paragrafo 2 RGPD in modelli di appalti pubblici non può che riferirsi ai documenti specifici di ciascun appalto pubblico, cioè in linea di principio alle CCAP per le quali non esiste un modello ufficiale.

4. Gestione dei dati tramite contratti amministrativi

Se i dati sono ovunque *negli* appalti pubblici, la loro gestione tramite appalti pubblici e concessioni aventi ad oggetto specifico il governo dei dati è un fenomeno molto più specifico. Implica considerare i dati in sé, come una risorsa preziosa.

Anche se considerati come una risorsa, i dati sono sempre l'accessorio di un servizio pubblico. Questo vale in particolare per i servizi di mobilità urbana.

Garantire la condivisione dei dati tra i servizi pubblici richiede un cambiamento nell'approccio del diritto amministrativo francese alla gestione dei servizi pubblici urbani. A differenza della Germania o dell'Italia, ad esempio, in Francia i servizi pubblici urbani sono gestiti autonomamente e non sono messi in comune: il gestore del trasporto pubblico intraurbano non si occupa dell'illuminazione o della distribuzione dell'acqua.

Tuttavia, la gestione di dati massicci provenienti da fonti diverse (da diversi servizi pubblici) richiede il consolidamento della guida di diversi servizi pubblici nelle mani di un co-appaltatore, oppure la convergenza dei flussi di dati al fine di sfruttarli e ridistribuirli.

4.1. La gestione tramite il pooling di servizi

I contratti multiservizio non rientrano nella tradizione giuridica francese. La monoattività degli appalti pubblici, delle concessioni e, più in generale, dei servizi pubblici risulta da diverse ragioni³⁸. Quella principale è la difficoltà di giustificare ciò che può portare alla compensazione dei costi tra attività distinte, sotto forma della cosiddetta perequazione tra servizi. Prima della questione dei flussi di dati, essa riguardava i flussi finanziari (1). È stata l'innovazione del contratto globale del Grand Dijon a spingere il Consiglio di Stato ad aprire la possibilità di raggruppare la gestione di diversi servizi pubblici sotto un unico contratto (2).

³⁸ Si vedano gli sviluppi dedicati a questo tema nella nostra tesi: P. Cossalter, *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, LGDJ (coll. "Nouvelle bibliothèque des thèses"), 1159, 2006.

4.1.1. Lo stato di incertezza dei contratti di gestione globale dei servizi pubblici

Nonostante l'incertezza sulla possibilità di combinare più servizi pubblici in un unico contratto, tra la fine degli anni '90 e l'inizio degli anni 2000 sono stati stipulati "accordi globali" che affidavano, ad esempio, allo stesso concessionario la gestione di un parcheggio sotterraneo e di un parcheggio di superficie a pagamento³⁹. La giurisprudenza ci ha fornito alcuni esempi di questi accordi, che consistevano nel trasferire parte degli introiti generati dalle tariffe di parcheggio per coprire i costi di investimento dei parcheggi sotterranei⁴⁰. Il Consiglio di Stato pareva condannare questa pratica. In un parere del 16 settembre 1999, il Consiglio ha ritenuto che l'articolo 40 della legge del 29 gennaio 1993 *sulla prevenzione della corruzione e sulla trasparenza della vita economica e delle procedure pubbliche*, vietando a un concessionario di effettuare pagamenti non correlati al suo scopo, vieti di conseguenza il finanziamento di una struttura o di un servizio con i proventi di un'altra struttura o servizio⁴¹. Tuttavia, esiste una complementarità sufficiente tra tutti i tipi di parcheggio urbano per poter considerare che si tratta di un unico servizio, suscettibile di essere soggetto a "perequazione tariffaria interna". A parte il caso relativo ai parcheggi, nel diritto francese esistevano pochi esempi di questo tipo di contratto.

Le disposizioni che vietano la perequazione integrata compaiono ora nell'articolo L. 3114-1 del Codice degli appalti pubblici e concessioni (*Code de la commande publique - CCP*)⁴².

Il divieto di trasferimenti finanziari tra attività di servizio pubblico ha a lungo limitato lo sviluppo di contratti multiservizio, mentre altrove in Europa tali raggruppamenti contrattuali sono stati praticati: *bundeled PFI*, *contratti multiattività (MAC)* nel campo della difesa nel Regno Unito⁴³, *umbrella contracts* per i servizi urbani⁴⁴, ad esempio a *Brighton*.

³⁹ P. Terneyre, *Les conventions de délégation globale de stationnement payant* in *Bulletin juridique de la commande publique* BJCP, 5, 1999.

⁴⁰ CE, 8 febbraio 1999, *Ville de Montélimar*, *Bulletin juridique de la commande publique* BJCP, 4, 1999. Il 31 agosto 1991, la città di Montélimar ha stipulato una concessione con SETEX per la costruzione e la gestione di un parcheggio sotterraneo per un periodo di 45 anni e la gestione delegata dei parcheggi su strada per un periodo di 30 anni.

⁴¹ CE, parere dell'Assemblea generale, 16 settembre 1999, n. 362.908.BJCP, maggio 2000, n. 10, pag. 199, osserv. Rémy Schwartz.

⁴² Art. 31141 CCP: «Il contratto di concessione deve essere stipulato per iscritto. Non può contenere clausole in base alle quali il concessionario si assume la responsabilità dell'esecuzione di servizi, opere o pagamenti non correlati allo scopo della concessione».

⁴³ L'acronimo MAC sta per "Multi-Activity Contracts" (*contratti multiattività*) assegnati dal Ministero della Difesa britannico per la gestione delle proprie basi militari, che prevedono la gestione di un gran numero di attività, dai servizi idrici e igienico-sanitari "urbani" alla costruzione e gestione di edifici o alla fornitura di servizi accessori di ristorazione o lavanderia.

⁴⁴ Jean Bouinot propone di tradurre il termine come "contratti ombrello", ma la traduzione corretta

4.1.2. La rivoluzione del contratto globale

Il diritto francese ha subito un'importante evoluzione con l'adozione da parte del Consiglio di Stato della decisione *Communauté urbaine du Grand Dijon* del 21 settembre 2016⁴⁵. Si trattava di una procedura di pubblicità e di gara per l'assegnazione di una concessione di servizio pubblico relativa alla "gestione dei servizi di mobilità", compresi i servizi di trasporto urbano, di parcheggio e di sequestro di veicoli. Il Consiglio di Stato ritiene che «nessuna disposizione legislativa o principio generale impone a un'autorità pubblica che intenda affidare a un operatore economico la gestione di servizi di sua competenza di stipulare tante convenzioni quanti sono i servizi distinti» (punto 9). In linea di principio, limitano l'attribuzione di deleghe multiservizi gli imperativi di buona amministrazione e gli obblighi generali di concorrenza, che vietano di attribuire a una concessione una portata manifestamente eccessiva o di riunire nello stesso accordo servizi chiaramente non correlati (punto 9).

Mentre l'obiettivo della "buona amministrazione della giustizia" è abbastanza noto, il principio della "buona amministrazione" o di buon andamento è a quanto ci consta sconosciuto nel diritto amministrativo francese. Il suo utilizzo sporadico è piuttosto notevole.

Il contratto della *Communauté urbaine du Grand Dijon*, oltre alla mutualizzazione dei servizi, consente quella dei dati del servizio pubblico nelle mani dello stesso operatore.

L'evoluzione apportata da questo nuovo tipo di contratto globale è importante. Ma ha i suoi limiti. Il primo è relativo alla portata della concessione. Gli imperativi di una buona amministrazione e di una gara d'appalto competitiva vietano di collegare tra loro servizi pubblici non correlati. La mobilità è un caso naturale di mutualizzazione dei servizi pubblici per i quali la circolazione fluida dei dati è un imperativo: la sosta nei parcheggi periurbani, le navette degli autobus o dei tram, la fornitura di biciclette a pedalata assistita, sono tutti servizi pubblici complementari per i quali il collegamento dei dati comporta evidenti vantaggi in termini di efficienza. Ma sembra improbabile che gli imperativi della buona amministrazione o della concorrenza permettano la mutualizzazione di servizi pubblici così diversi come la distribuzione di gas ed elettricità, la distribuzione dell'acqua o lo smaltimento dei rifiuti. Ci si potrebbe anche chiedere quali vantaggi potrebbero derivare da tale collegamento, a parte la questione fondamentale della perequazione finanziaria.

La seconda limitazione riguarda la natura e la qualità dei dati prodotti. Ancora una volta, a parte la mobilità, molti dati del servizio pubblico non hanno un uso

sarebbe "contratto ombrello". J. Bouinot, *Le financement privé des infrastructures publiques: optimiser le modèle français de la concession pour les services publics locaux* in Caisse des Dépôts, *Partenariat public-privé et collectivités territoriales*, Paris, La Documentation française, 2002.

⁴⁵ CE, CHR, 21 settembre 2016, *Communauté urbaine du Grand Dijon*, n. 399656.

diretto per altri servizi pubblici, o sono già sistematicamente diffusi attraverso un vero e proprio servizio di dati pubblici di riferimento⁴⁶.

4.2. La gestione tramite condivisione dei dati

La mutualizzazione dei servizi pubblici ha il vantaggio di centralizzare e poi far circolare i dati senza problemi. Tuttavia, il raggruppamento dei servizi pubblici non può essere finalizzato solo alla mutualizzazione dei dati. Il futuro della gestione dei dati nello spazio urbano consiste probabilmente nel disarticolare la gestione del servizio dall'uso dei dati. La condivisione dei dati avviene attraverso specifici contratti di gestione dei dati urbani. Il contratto *OnDijon* è l'unico esempio significativo in Francia di contratto globale per la raccolta e la condivisione di dati urbani (1). Come contratto *ad hoc*, il contratto *OnDijon* consente al gruppo Bouygues di sperimentare nuovi strumenti, mentre gli specialisti della gestione dei dati, in particolare Cisco e Dassault Systems, vendono ora soluzioni chiave in mano alle autorità pubbliche (2).

4.2.1. Il contratto OnDijon

La sottoscrizione di contratti multi-oggetto non può essere una soluzione sostenibile se l'obiettivo principale dell'ente locale è la mutualizzazione dei flussi di dati. Dijon Métropole fornisce ancora una volta un esempio di adattamento contrattuale alle sfide della gestione dei dati attraverso un contratto, il cui scopo principale non è tanto quello di mettere in comune i servizi quanto i dati.

Nel 2017, la *Communauté urbaine du Grand Dijon* ha assegnato un contratto di progettazione, costruzione, gestione e manutenzione (*conception, réalisation, exploitation, maintenance CREM*) per la creazione di un centro di controllo unico per i servizi urbani della città.

L'oggetto del contratto è⁴⁷: la progettazione, la costruzione o la ristrutturazione, l'installazione, la manutenzione, la cura di un posto di comando e supervisione centralizzato (PCC) di tutti i suoi strumenti; l'utilizzo completo di tutti gli strumenti di supervisione del PCC (esclusi gli strumenti specifici di pubblica sicurezza videoprotezione urbana); la progettazione, l'implementazione e la manutenzione dei gateway informatici tra gli strumenti di supervisione del PCC e gli strumenti informatici esistenti del Grand Dijon; la progettazione, la produzione e la manutenzione di strumenti per rendere disponibili i dati raccolti; la progettazione, la ristrutturazione, la costruzione e la manutenzione dei sistemi di campo e delle apparecchiature collegate al PCC (compresa l'infrastruttura di comunicazione asso-

⁴⁶ L'elenco è stabilito dall'articolo R. 312-5 del Codice dei rapporti tra il pubblico e l'amministrazione.

⁴⁷ Ci basiamo sull'articolo 2.1 della bozza di contratto che abbiamo potuto consultare.

ciata): illuminazione pubblica, giunzioni semaforiche, videoprotezione, punti di accesso al centro città, sicurezza, protezione e allarmi tecnici degli edifici della comunità, rete a banda larga, comunicazione radio, geolocalizzazione.

Il contratto è stato assegnato per dodici anni. Per la popolazione, si concretizza attraverso l'applicazione mobile *OnDijon*.

Per quanto riguarda il prezzo, l'oggetto principale del contratto (al senso dell'articolo 3 della Direttiva 2014/24/UE) è la modifica dell'impianto di illuminazione pubblica. È l'incentivo a cambiare l'illuminazione stradale della metropoli che giustifica l'uso di un appalto a oggetto globale (CREM) e sono questi lavori pubblici la giustificazione principale del contratto.

La possibilità di aggiudicare contratti pubblici globali consente di progettare contratti con finalità multiple. In questo caso, la globalità dei compiti non risiede tanto nella diversità dei servizi pubblici interessati, quanto nella possibilità di combinare progettazione, realizzazione, lavori e gestione, remunerati da un corrispettivo. Inoltre, nessuno dei servizi legati ai sistemi e alle apparecchiature connesse potrebbe essere oggetto di una concessione di servizi, a causa dell'assenza di un servizio pubblico reso *uti singuli* alla popolazione e della possibilità di remunerare i risultati dell'operazione.

La natura altamente innovativa del CREM *OnDijon* non deve mascherare, ancora una volta, i suoi limiti. Questi sono dovuti al contesto urbano in cui i servizi in questione sono inseriti. La città di Digione e le città limitrofe che compongono la Metropoli condividono una storia antica e gloriosa, il cui corollario è l'esistenza di un tessuto urbano denso e vincolato. I dati, anche se gestiti nel modo più sofisticato, possono migliorare il flusso di traffico solo in misura limitata. L'idea di *città intelligente* cede alla realtà fisica in cui è inserita.

La consultazione e l'utilizzo dell'applicazione *OnDijon*, che è stata piuttosto deludente, illustra di per sé la difficoltà di innovare in un contesto urbano vincolato, almeno nel quadro dei servizi pubblici e dei contratti che ne sono lo strumento.

4.2.2. L'emergere di soluzioni «chiavi in mano»

Come nel periodo *PFI*, è nel Regno Unito che si stanno sviluppando le innovazioni più significative nei servizi pubblici urbani. Due esempi spiccano su tutti: i contratti di Hull e Sunderland.

Il Comune di Sunderland ha annunciato l'implementazione di una nuova Piattaforma Integrata Smart City (ISCP) per sviluppare una posizione di leadership nel mondo delle Smart Cities⁴⁸.

Il sistema di Sunderland è lo stesso di Hull: viene implementato uno "Smart City Operating System", una soluzione integrata proposta dalla società Connexin basata sulla piattaforma "Kinetic for Cities" di Cisco.

⁴⁸ Per una sintesi del progetto si veda: <https://www.sunderlandoursmartcity.com/news/connexin-data-platform/> (consultato il 6 marzo 2022).

La particolarità dei contratti di Hull e Sunderland è che si tratta di soluzioni integrate basate su piattaforme esistenti.

Leggendo la documentazione tecnica disponibile per il pubblico, è chiaro che gli obiettivi di Kinetic for Cities⁴⁹ sono simili a quelli perseguiti dal contratto *On-Dijon*: la raccolta di dati indipendentemente dal formato e dagli strumenti di raccolta, la messa in comune dei dati e l'attivazione di azioni specifiche sulla base di eventi predefiniti. La piattaforma Connexin sembra essere in grado di collegare dati relativi a illuminazione pubblica, parcheggi, videosorveglianza, mobilità urbana, ambiente (si presume la qualità dell'aria) e gestione dei rifiuti.

Dassault Systemes, nota nel mondo dell'architettura per aver sviluppato il software AutoCAD, sta sviluppando un modello basato sulla sua esperienza nell'ingegneria e nella progettazione 3D e 4D: il "gemello digitale". Il sistema 3DEXPERIENCity® è stato adottato dalla Metropoli di Rennes, secondo i termini presentati nei mezzi di comunicazione consultati come un "partenariato vanguardioso per tutti", che non ci informa sulla forma del contratto per quanto riguarda il codice sugli appalti pubblici e concessioni (CCP)⁵⁰. Va notato che la Metropoli di Rennes è impegnata almeno dal 2010 in un processo di diffusione dei propri dati e che dal 2018 esiste un "servizio pubblico di dati metropolitani" che diffonde numerosi set di dati online modellato sul servizio pubblico di dati (nazionale)⁵¹. Questo esempio è forse più riuscito di quello di Digione perché prevede l'estrazione e la diffusione di dati senza gestire il servizio pubblico, mentre il contratto OnDijon, che ha ricevuto molta attenzione da parte dei media per il suo aspetto *open data*, è fondamentalmente un contratto di lavori pubblici.

Per rendere giustizia all'approccio di Rennes Métropole, va notato che l'espressione "chiavi in mano" è riduttiva: l'approccio della metropoli è a lungo termine e non può consistere in una soluzione software approntata da un fornitore esterno di servizi.

È ora necessario che il giurista analizzi con maggiore attenzione e profondità ciascuno di questi esempi, così come molti altri che non abbiamo citato. In ogni caso, sembra che la pratica si adatti al quadro giuridico esistente del codice sugli appalti pubblici e concessioni (CCP), il che non costituirebbe un ostacolo, sia perché il codice è ben adattato, sia perché viene aggirato (legalmente) sotto forma di accordi che non rientrano nel suo ambito materiale.

⁴⁹V. <https://developer.cisco.com/docs/cisco-kinetic-for-cities/#!platform-architecture/platform-architecture> (pagina consultata il 17 settembre 2022).

⁵⁰ Per i dettagli dell'approccio di R. Métropole, *La ville intelligente racontée par ses chefs de projets*, in *Devenir urbains*, Presses des Mines, Parigi, 2014.

⁵¹ Per accedere ai dataset della Metropoli di Rennes: <https://data.rennesmetropole.fr/>. Consultato il 20 settembre 2022.

LE NUOVE TECNOLOGIE NELLA FASE ISTRUTTORIA DEL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO

ISABELLA ALBERTI

1. Introduzione

Si intende qui ricercare il fondamento normativo dell'utilizzo delle nuove tecnologie quali mezzi istruttori a supporto dell'attività conoscitiva dell'amministrazione pubblica.

L'informalità della fase istruttoria e l'ampio potere di iniziativa, tipici di un'impostazione della fase istruttoria orientata dal principio inquisitorio nel compimento degli atti istruttori, offrono la possibilità di far entrare nella fase istruttoria del procedimento amministrativo differenti declinazioni delle nuove tecnologie, da usarsi in ragione del fatto semplice o complesso da accertare.

Ciò trova il proprio fondamento nei compiti che la legge generale sul procedimento amministrativo (l. 7 agosto 1990, n. 241) attribuisce al responsabile del procedimento; in specie quando è affermato che deve «disporre il compimento degli atti all'uopo necessari e adottare misure per l'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria».

Le ispezioni, gli accertamenti tecnici e le esibizioni documentali, indicati nell'enunciato normativo che definisce i compiti del responsabile del procedimento (l. n. 241/1990, art. 6), sono solo alcuni dei mezzi istruttori utilizzabili dal responsabile del procedimento per acquisire le informazioni; questi sono indicati a titolo esemplificativo, perciò potendo aprire ad ulteriori mezzi comunque idonei a raccogliere informazioni, come dimostrano le discipline speciali che declinano i poteri istruttori, secondo le specificità richieste dall'attività conoscitiva oggetto dell'attività istruttoria di un determinato procedimento amministrativo (in materia edilizia, d.p.r. 6 giugno 2001, n. 380, per la previsione di controlli e di ispezioni sulle opere realizzate, art. 24, co. VII; legge 24 novembre 1981, n. 689, art. 13, per le modalità di accertamento degli illeciti amministrativi).

Si intende infine indagare il rapporto tra l'utilizzo delle nuove tecnologie e l'adeguatezza dell'istruttoria e cioè guardare agli effetti sulla validità degli atti amministrativi adottati con l'ausilio o in assenza delle nuove tecnologie¹.

¹ Si intende ricomprendere in questa categoria sia gli algoritmi, sia le applicazioni di intelligenza artificiale, nonostante la loro differenza strutturale e le differenti problematiche che pongono con riferimento alla conoscibilità del percorso logico con il quale giungono alla risultanza finale. Con il termine algoritmo ci si riferisce «a una sequenza finita di istruzioni, ben definite e non ambigue, così da poter essere eseguite meccanicamente e tali da produrre un determinato risultato», mentre con quel-

2. L'informalità della fase istruttoria come principio che apre alle nuove tecnologie

Si è ritenuta doverosa l'attività conoscitiva che precede l'emanazione del provvedimento². L'amministrazione procedente non è vincolata ai soli fatti dichiarati e allegati dalle parti, poiché la ricostruzione della situazione storica è integrata dall'amministrazione pubblica procedente, con l'acquisizione di elementi di fatto ulteriori.³

L'ampiezza dell'attività conoscitiva⁴ condotta dall'amministrazione pubblica non è solo possibile perché è attività assistita dal metodo inquisitorio, ma anche per i mezzi istruttori a cui l'amministrazione pubblica può ricorrere. Nel nostro ordinamento manca una tipicità dei mezzi istruttori⁵ di utilità per la decisione amministrativa che è scelta che si giustifica come preferenza per la completezza dell'istruttoria, che considera la predeterminazione di mezzi istruttori come limite nella ricerca degli elementi rilevanti.⁶

lo di intelligenza artificiale, ci si riferisce «allo studio di “agenti intelligenti”, vale a dire allo studio di sistemi che percepiscono ciò che li circonda e intraprendono azioni che massimizzano la probabilità di ottenere con successo gli obiettivi prefissati...sono tali, ad esempio, quelli che interagiscono con l'ambiente circostante o con le persone, che apprendono dall'esperienza (*machine learning*), che elaborano il linguaggio naturale oppure che riconoscono volti e movimenti», così Cons. St. (sezione III), sentenza del 25 novembre 2021, n. 7891.

² Sulla doverosità dell'attività conoscitiva in quanto doveroso è l'esercizio del potere pubblico, di cui l'attività conoscitiva è una fase essenziale, si veda F. Levi, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Giappichelli, Torino, 1967, spec. 363-364.

³ Si accede a una lettura sostanziale del potere inquisitorio tipico del metodo istruttorio del procedimento amministrativo, caratterizzato dall'assenza di limiti che l'amministrazione pubblica incontra nell'acquisizione di informazioni, non essendo vincolata alle allegazioni delle parti, così F. Levi, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, cit., pp. 371-372.

⁴ F. Levi, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, cit.; M.T. Serra, *Contributo ad uno studio sulla istruttoria nel procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1991; E. Cardì, *La manifestazione di interessi nei procedimenti amministrativi*, I, Università degli Studi, Perugia, 1983; R. Perez, *L'istruzione nel procedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 1966.

⁵ È assente ancora oggi nella legge sul procedimento amministrativo la disciplina dei poteri istruttori, lasciata a discipline speciali, come per i poteri istruttori attribuiti agli organi di polizia amministrativa per l'accertamento di sanzioni amministrative, tipizzati nell'assunzione di informazioni e nell'ispezione di cose e di luoghi diversi dalla privata dimora, nonché nei rilievi segnaletici, descrittivi e fotografici e ad ogni altra operazione tecnica e nel sequestro cautelare (l. n. 689/1981, art. 13), A. Travi, *Incertezza delle regole e sanzioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 4, 2014, p. 648.

⁶ Cons. St. (sezione VI), sentenza del 9 maggio 2022, n. 3572, individua i soli limiti della pertinenza e della credibilità dei mezzi istruttori adottati, così aprendo alla possibilità che possano essere introdotti in un procedimento amministrativo condotto dall'Antitrust, prove acquisite in un processo penale purché «*le prove siano state ritualmente acquisite in conformità con le regole di rito che presiedono alla loro acquisizione ed utilizzo; sia salvaguardato il diritto di difesa; il materiale probatorio formatosi aliunde sia stato oggetto di autonoma attività valutativa*»; anche Cons. St. (sezione VI), sentenza del 10 luglio 2018, n. 4211; Cons. St. (sezione VI), sentenza del 29 maggio 2018, n. 3197; M.T. Serra, *Contributo ad uno studio sulla istruttoria del procedimento amministrativo*, cit., spec. pp. 123 ss.

Il responsabile del procedimento deve disporre il compimento di tutti gli atti necessari per un celere e adeguato svolgimento dell'istruttoria, secondo un enunciato che consente di confermare l'atipicità dei mezzi istruttori, con apertura verso una libera ricerca degli elementi istruttori nei limiti dei diritti di libertà costituzionalmente garantiti (artt. 13, 14, 15 Cost.), dell'adeguatezza dell'istruttoria allo scopo e del suo sollecito svolgimento, la cui violazione è differentemente sanzionata dall'ordinamento (art. 1, co. II, art. 6, lett. b), art. 21-*octies*, l. n. 241/1990, cit.).

Ricerca degli elementi istruttori che talvolta è orientata dall'individuazione - tramite atto normativo - di momenti conoscitivi qualificati come rilevanti, cui consegue per l'amministrazione pubblica procedente la necessità di acquisire gli elementi conoscitivi attraverso mezzi tipizzati, con effetti sulla validità dell'atto adottato, in caso di mancata acquisizione⁷.

Ulteriore limite che è dato anche dal generale obbligo di motivazione, poiché della scelta di un mezzo istruttorio in luogo di un altro ne deve essere dato conto⁸, affinché si possano agevolmente individuare le ragioni di fatto e di diritto che hanno influito sulla decisione adottata e che restituiscono perciò l'adeguatezza dell'istruttoria compiuta⁹.

⁷ Si assiste in taluni casi all'individuazione di limiti assoluti alla libertà di ricerca degli elementi rilevanti per l'attività conoscitiva quando, per talune categorie di procedimenti amministrativi, sono individuati in atto normativo i momenti conoscitivi che son ritenuti doverosi, mentre il limite è relativo quando alcuni mezzi istruttori sono considerati rilevanti, al ricorrere di alcune risultanze istruttorie; individua questa differenziazione dei limiti, F. Levi, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, cit., pp. 376-378.

⁸ È garantito in tal modo il controllo giurisdizionale sul concreto esercizio del potere amministrativo, poiché è l'istruttoria procedimentale ad essere il cuore del procedimento amministrativo perché riguarda l'intero processo di formazione dell'atto finale, così M. Nigro, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (Il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *L'azione amministrativa tra garanzia ed efficienza*, Formez, Napoli, 1981, pp. 41 ss. Ne deriva una stretta connessione tra la motivazione e l'istruttoria ove la prima è il luogo di espressione del diritto e del fatto, ossia delle risultanze dell'istruttoria, si veda M. Ramajoli, *Lo statuto del provvedimento amministrativo a vent'anni dall'approvazione della legge n. 241/90, ovvero del nesso di strumentalità triangolare tra procedimento, atto e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2010, pp. 459 ss.

⁹ Cons. Stato (sezione V), sentenza del 4 aprile 2006, n. 1750, sulla motivazione come istituto che permette la verifica della correttezza del potere in concreto esercitato, resa possibile attraverso la ricostruzione dell'iter logico-giuridico in base al quale l'amministrazione è pervenuta all'adozione di tale atto, nonché le ragioni ad esso sottese. La legge 7 agosto 1990, n. 241 individua l'obbligo di indicare «i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria» (art. 3, co. I, l. n. 241/1990), la cui previsione è requisito di legittimità, coesenziale al provvedimento amministrativo poiché parte essenziale per l'esternazione del percorso giustificativo e dell'iter logico che ha determinato la decisione assunta, così rendendo strettamente connessi l'attività istruttoria compiuta e le ragioni che sottendono all'adozione dell'atto. Ciò determina «una primazia dell'istruttoria del procedimento» oltre a divenire parte coesenziale del provvedimento amministrativo, modo di essere di quest'ultimo, così M. De Benedetto, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXIII, 2004. Sul tema,

Si individua pertanto una stretta connessione tra le attività conoscitive dell'amministrazione pubblica e la funzione pubblica, sia quando la prima sia strumentale¹⁰ per l'adozione della decisione, perché di quella è il fondamento, sia quando rileva come conoscenza della realtà in sé.¹¹

Il principio dell'informalità dell'istruttoria risponde perciò alla necessità di garantire l'accertamento della corrispondenza al vero di quanto allegato dall'istante oppure di quanto già detenuto dall'amministrazione pubblica precedente o da altra: è proprio l'informalità dell'istruttoria che apre alla possibilità che l'amministrazione pubblica acquisisca qualsiasi elemento che renda verosimile un determinato assunto allegato o già detenuto dall'amministrazione pubblica, anche con gli strumenti tecnologici oggi disponibili.

È il fatto storico che deve essere accertato che richiede di volta in volta la pre-

si veda G. Corso, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, XXVII, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 774 ss., G. Bergonzini, *Difetto di motivazione del provvedimento amministrativo ed eccesso di potere (a dieci anni dalla legge n. 241 del 1990)*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, pp. 181 ss., A. Romano Tassone, *Motivazione nel diritto amministrativo*, in *Dig. pubb., Appendice*, XIII, UTET, Torino, 1997. Sul tema della definizione degli elementi che devono sussistere nell'ordinanza amministrativa di necessità e urgenza e cioè «di un presupposto vero e proprio e di un motivo d'esercizio del potere» si veda R. Cavallo Perin, *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, Giuffrè, Milano, 1990.

Prima della formalizzazione dell'obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi, la dottrina ha apportato il proprio contributo con riferimento all'individuazione delle parti della motivazione. In particolare sono stati individuati i presupposti e i motivi come parti costitutive della motivazione, intesa in senso ampio, parti strutturalmente differenti del provvedimento poiché i primi includono i fatti permissivi o costitutivi al cui verificarsi consegue l'adozione dell'atto, la *giustificazione* dell'adozione dell'atto e quindi le circostanze di fatto e di diritto; i motivi, invece, sarebbero gli interessi coinvolti nel procedimento e rappresenterebbero la motivazione in senso stretto (M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1970, pp. 559 ss.). Secondo altra dottrina, invece, non vi sarebbe distinzione tra i motivi e i presupposti, poiché questi ultimi rappresenterebbero i fatti giuridici ossia l'antecedente logico-giuridico e nondimeno i motivi da cui dipenderebbe la determinazione in concreto della volontà dell'ente pubblico, la cui volontà, a monte, dipende da una precisa scelta dell'ordinamento (A. De Valles, *La validità degli atti amministrativi*, Athenaeum, Roma, 1917, pp. 155 ss.). Ne deriva che l'assenza o il difetto dei presupposti incide sulla legalità formale dell'atto. Il tema della motivazione degli atti amministrativi è stato dapprima affrontato sotto il profilo della teoria volontaristica, con la conseguenza che in presenza di attività discrezionale, la rappresentazione dei motivi non era necessaria, su cui C.M. Iaccarino, *Studi sulla motivazione (con particolare riguardo agli atti amministrativi)*, Soc. editrice del Foro italiano, Roma, 1933; in generale per una lettura del tema, come derivato dall'interpretazione giurisprudenziale, precedentemente alla definizione dell'obbligo generale definito con la legge 7 agosto 1990, n. 241, si veda M.S. Giannini, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXVII, Giuffrè, Milano, 1977, pp. 257 ss., nonché per approfondimenti specifici G. Miele, *Il requisito della motivazione degli atti amministrativi*, in *Foro amm.*, I, 1942, pp. 126 ss.

¹⁰ M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1993, spec. pp. 35-36.

¹¹ Identifica una diversa rilevanza tra l'attività di conoscenza e la funzione dell'amministrazione pubblica, che si caratterizza per una strumentalità stretta e per una strumentalità larga, quest'ultima connessa a un generale dovere della Repubblica, di ricerca della verità, F. Merloni, *Le attività conoscitive e tecniche delle pubbliche amministrazioni. Profili organizzativi*, in *Dir. pubb.*, 2, 2013, pp. 481-518; E. Carloni, *Le verità amministrative. L'attività conoscitiva pubblica tra procedimento e processo*, Giuffrè, Milano, 2011.

ferenza per un mezzo istruttorio in luogo di un altro, poiché talvolta può essere sufficiente la mera esibizione di documenti ulteriori che l'amministrazione pubblica richiede esercitando il soccorso istruttorio, talaltra invece può essere necessario ordinare un'ispezione, con la conseguente acquisizione del verbale di ispezione al fascicolo istruttorio.

Il fatto storico può essere provato pertanto con ogni mezzo purché sia idoneo alla rappresentazione dei fatti, così l'istruttoria procedimentale può essere completata con l'utilizzo delle prove previste dal diritto comune, siano esse prove pre-costituite o prove costituende, con l'unico limite di soddisfare l'esigenza conoscitiva dell'amministrazione pubblica.

Attraverso il principio dell'informalità, che deve essere letto unitamente al principio di adeguatezza e di completezza dell'istruttoria procedimentale, nonché al generale obbligo di utilizzo delle nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione (art. 3-*bis*, l. n. 241/1990; art. 12, d.lgs. n. 82/2005) si vuole affermare la possibilità che l'amministrazione pubblica possa utilizzarle come mezzi istruttori, quando esistano.

3. Il responsabile del procedimento nella scelta dei mezzi istruttori più idonei come capacità dell'organizzazione amministrativa

La fase istruttoria è affidata di norma al responsabile del procedimento, salvo che si renda necessario delegare¹², alcuni compiti, o avvalersi¹³ di altro ufficio che

¹² Cass. civ., sez. lavoro, sentenza del 26 aprile 2016, n. 8245, ove è disposto che nei procedimenti disciplinari, la competenza ad adottare i provvedimenti avverso situazioni di gravità è dell'ufficio per i procedimenti disciplinari che ciascuna amministrazione individua nell'ambito della propria organizzazione, ma l'attività istruttoria può essere delegata ad altro dipendente, senza che ciò incida sulla legittimità dell'atto adottato, poiché, in tal caso trova applicazione la regola generale che prevede che la competenza dell'atto finale sia del dirigente dell'unità organizzativa (art. 5, l. n. 241/1990, cit.; art. 55-*bis*, co. VI, d.lgs. n. 165/2001), purché l'attività valutativa sugli atti istruttori raccolti venga compiuta dal dirigente, il quale è organo dotato del potere di emanare l'atto finale.

¹³ In materia di profilassi sanitaria, a esempio, quando sussiste un rapporto di gerarchia, la possibilità di valersi di uffici della stessa amministrazione è una facoltà che può essere esercitata «in qualunque tempo», salvo le limitazioni individuate dalle parti in apposite convenzioni, a cui può aggiungersi un corrispettivo per il servizio prestato: così il Ministero dell'interno può valersi dei laboratori provinciali e comunali per «esigenze dei servizi di profilassi generale e di sanità marittima» (R.D. 16 gennaio 1927, n. 155, art. 17). Il servizio di acquisizione di conoscenze in materia di profilassi sanitaria reso da un ufficio nei confronti di un altro si configura come un obbligo quando non esista un ufficio all'uopo predisposto nel territorio del Comune dove si renda necessario svolgere il servizio di profilassi sanitaria. Ne consegue che alla richiesta dell'ufficiale sanitario del capoluogo della provincia corrisponde l'obbligo dell'erogazione del servizio da parte dell'ufficio dotato di quelle competenze, potendo altresì mettere a disposizione dipendenti dotati di competenze specifiche ulteriori (come i vigili sanitari) qualora occorrono a soddisfare le esigenze locali, siano esse caratterizzate da urgenti necessità e speciali, sia quando ciò sia richiesto da bisogni contingenti (art. 18, R.D. n. 155/1927, cit.).

in ragione delle competenze tecniche¹⁴ si ritiene che possa raccogliere informazioni con un alto grado di precisione e di competenza.

Si tratta dunque di prendere in considerazione la capacità dell'organizzazione pubblica di dotarsi di persone, beni e mezzi per il perseguimento delle finalità che sono proprie dell'amministrazione pubblica¹⁵, che richiede anzitutto una capacità del responsabile del procedimento nel condurre un'istruttoria adeguata agli interessi da tutelare, anche tenuto conto dei nuovi strumenti delle nuove tecnologie¹⁶.

Prendere in considerazione la capacità del responsabile del procedimento di adottare i mezzi all'uopo necessari o, più in generale, i mezzi più idonei per l'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria richiede di valutarne il grado di formazione, anche con specifico riferimento alla conoscenza e all'uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (art. 13, d.lgs. n. 82/2005)¹⁷.

Se ne ricava che la scelta dei mezzi istruttori da parte del responsabile del procedimento varia in ragione del grado di adeguatezza e di completezza dell'istruttoria che occorre in uno specifico procedimento amministrativo: la scelta dei mezzi istruttori non necessita di una previa individuazione perché la pre-determinazione della scelta per un mezzo o un altro è recessiva rispetto alla prevalenza dell'attività conoscitiva che deve essere condotta e rispetto ai canoni di adeguatezza e non aggravamento dell'istruttoria che viceversa sono considerati prevalenti.

La scelta del mezzo istruttorio all'uopo necessario è possibile in ragione di una "libertà" istruttoria che l'amministrazione pubblica ha nella formazione del proprio convincimento e dell'adozione del provvedimento occorrente per il caso di specie.

Occorre dunque indagare quali mezzi istruttori generalmente il responsabile del procedimento utilizza per acquisire gli elementi conoscitivi utili ai fini della deci-

¹⁴ Sull'attività di acquisizione della conoscenza ad alto contenuto tecnico e sui suoi profili organizzativi, si veda F. Merloni, *Le attività conoscitive e tecniche delle pubbliche amministrazioni. Profili organizzativi*, cit., 482 e ss.

¹⁵ A ciò sono orientati gli atti di macro-organizzazione che, insieme a quelli di micro-organizzazione, seppur con differente natura giuridica, assicurano l'organizzazione dell'amministrazione pubblica, tenuto conto dei principi individuati dalla Costituzione e dal d.lgs. n. 165/2001. Con l'atto di macro-organizzazione, che è di natura pubblica, sono individuati gli uffici e l'assegnazione a ciascuno di essi della competenza compresa nell'attribuzione all'ente; con atto di micro-organizzazione, il dirigente titolare dell'ufficio organizza il lavoro dei dipendenti assegnati all'ufficio, anche tenendo conto di esigenze che via via possono mutare e che non assumono rilevanza verso l'esterno.

¹⁶ Sulle carenze organizzative e conoscitive in tema di amministrazione digitale, si veda F. Merloni, *Le attività conoscitive e tecniche delle pubbliche amministrazioni. Profili organizzativi*, cit., pp. 481-518.

¹⁷ Solleva la carenza di capacità tecnica informativa con evidenti effetti sulla capacità conoscitiva dei bisogni informatici dell'amministrazione pubblica e conseguentemente sulla capacità di gestire in modo diretto o di affidare servizi informatici, F. Merloni, *Data analysis e capacità conoscitive delle pubbliche amministrazioni*, in R. Cavallo Perin (a cura di), *L'amministrazione pubblica con i big data: da Torino un dibattito sull'intelligenza artificiale*, Torino, Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino, 2021, pp. 107-115.

sione e, in ottica comparativa, verificare se vi sono nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione che dovrebbero essere preferite per garantire la completezza della fase istruttoria e così l'adeguatezza della decisione amministrativa¹⁸.

Obbligo di utilizzo delle nuove tecnologie che è già stato definito per l'esercizio dell'attività amministrativa e che ora trova compiuta attuazione limitatamente a determinati fini¹⁹ o fasi procedimentali²⁰.

Per lo svolgimento della fase istruttoria, invece, l'utilizzo delle nuove tecnologie²¹ verso i terzi è limitato alla consultazione del fascicolo informatico (art. 41, d.lgs. n. 82/2005), come esercizio del diritto dei partecipi, le cui modalità sono rese note con la comunicazione di avvio del procedimento (art. 8, co. II, lett. d), l. n. 241/1990) oppure per l'invio dei documenti, anche successivo all'istanza e che l'amministrazione pubblica abbia ritenuto necessari, esercitando il potere di soccorso istruttorio poiché per essi è assicurato pari valore giuridico del documento originario (art. 45, d.lgs. n. 82/2005).

¹⁸ Cons. St. (sezione VI), sentenza del 20 maggio 2009, n. 3097, ove si afferma che la scelta dell'ordinamento di affidare al responsabile del procedimento l'individuazione dei mezzi istruttori più idonei per l'accertamento dei fatti non ha effetti in termini di insindacabilità dei mezzi utilizzati, ma rileva qualora la decisione si sia dimostrata scelta incongrua, con risultati aberranti o di travisamento dei fatti.

¹⁹ A fini informativi, come accesso ai servizi e ai siti delle pubbliche amministrazioni (artt. 7, 53, 54, 64-*bis*, d.lgs. n. 82/2005) e a fini comunicativi, con la previsione di modalità di comunicazione tramite il domicilio digitale (artt. 3, 6-*bis* e ss., d.lgs. n. 82/2005), e tra queste anche le notificazioni, che di recente sono possibili attraverso la Piattaforma per la notificazione degli atti della P.A (la cui disciplina è stata definita con decreto della Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per la trasformazione digitale, d.p.c.m. n. 58/2022, a seguito della sua istituzione con art. 1, comma 402, della legge 27 dicembre 2019, n. 160 e con l'art. 26, co. 15, d.l. 16 luglio 2020, n. 76, conv. con l. 11 settembre 2020, n. 120) oppure quando il decorso del termine procedimentale vale accoglimento dell'istanza e il privato ha richiesto all'amministrazione pubblica di rilasciarne attestazione (art. 20, co. II-*bis*, l. n. 241/1990), infine per il pagamento di contributi per le prestazioni pubbliche (art. 5, d.lgs. n. 82/2005).

²⁰ A esempio nella fase di avvio poiché l'individuo o la persona giuridica privata hanno il diritto (art. 3, d.lgs. n. 82/2005) di presentare l'istanza secondo modalità informatiche tutte parimenti dotate del medesimo valore giuridico (art. 65, d.lgs. n. 82/2005), che è considerata presentata al momento della ricezione informatica (così a esempio, per la Segnalazione certificata di inizio attività, ove la presentazione mediante posta raccomandata con avviso di ricevimento è considerata ipotesi di eccezione (art. 19, co. I, l. n. 241/1990), di cui l'amministrazione pubblica rilascia contestualmente una ricevuta che è equiparata alla comunicazione di avvio del procedimento, se è dotata di tutti gli elementi informativi per essa previsti (art. 18-*bis*, co. I e art. 8, l. n. 241/1990); si aggiunge ancora la possibilità di consultare e di scaricare i certificati con i dati anagrafici (art. 64, d.lgs. n. 82/2005) che possono così essere allegati come prova del fatto dichiarato.

²¹ A. Masucci, *L'istruttoria procedimentale per via telematica. Primi lineamenti*, in *Informatica e diritto*, vol. XVII, 1-2, 2008, pp. 407-422 ove già era valorizzata l'acquisizione in tempo reale di informazioni contenute in documenti in possesso di altre amministrazioni possibile per l'utilizzo delle nuove tecnologie.

Nei confronti delle altre amministrazioni pubbliche coinvolte nel procedimento amministrativo, invece, l'utilizzo delle nuove tecnologie è limitato a forme di comunicazione per lo scambio di documenti e di informazioni, quindi solo come applicazioni di informatizzazione.

Le nuove tecnologie sono infatti utilizzate nell'esercizio dell'attività consultiva, poiché il parere che è stato richiesto da un'amministrazione precedente a un'altra deve essere trasmesso con i mezzi telematici (art. 16, co. V, l. n. 241/1990), ma anche per lo scambio di documenti tra amministrazioni pubbliche quando è indetta una conferenza di servizi (art. 14-*bis*, co. II, lett. a), l. n. 241/1990) – perché dello scambio di documenti in modalità telematica ne è sempre assicurato il medesimo valore giuridico dell'originale (art. 47, d.lgs. n. 82/2005) – oppure come mezzo per prendere parte alla stessa quando è simultanea (art. 14-*ter*, co. I, l. n. 241/1990).

4. Annullabilità degli atti amministrativi per il mancato utilizzo di tecnologie idonee: stato dell'arte

L'incompletezza dell'istruttoria comporta l'annullabilità del provvedimento, in quanto figura sintomatica del vizio di eccesso di potere²², caratterizzata dalla incompiuta rappresentazione e assunzione dei fatti rilevanti per l'assunzione della decisione finale, e ciò come scelta dell'ordinamento che, ponendo le regole sull'acquisizione delle conoscenze, individua una garanzia del cittadino, poiché il sindacato giurisdizionale è la sede ove è valutata la correttezza dello svolgimento dell'azione amministrativa, sulla base di come sono state svolte le attività conoscitive e tecniche che hanno condotto all'emanazione della decisione amministrativa.

Una apertura alle nuove tecnologie considerate quali mezzi istruttori idonei a garantire la completezza dell'istruttoria si è avuta di recente, con l'annullamento del diniego di permesso di costruire in sanatoria e del conseguente ordine di demolizione per un tradizionale vizio qual è l'insufficiente istruttoria, tuttavia per ragioni che attengono al mancato utilizzo di nuove tecnologie nello svolgimento dell'istruttoria.

Nel caso di specie, lo svolgimento dell'istruttoria con mezzi istruttori tradizio-

²² Sul vizio di eccesso di potere che incide sulla validità dell'atto amministrativo si vedano almeno F. Benvenuti, *Eccesso di potere come vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubb.*, Napoli, 1950; P. Gasparri, voce *Eccesso di potere* (*Dir. amm.*), in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1965; A. Azzena, *Natura e limiti dell'eccesso di potere amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1968; F. Levi, voce *Legittimità (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXIV, Giuffrè, Milano, 1974; F. Modugno, M. Manetti, voce *Eccesso di potere amministrativo*, in *Enc. Giur. Treccani*, I, Roma, 1989; R. Cavallo Perin, *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, Giuffrè, Milano, 1990; M. Nigro, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, in F. Trimarchi (a cura di), *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1990; M.T. Serra, *Contributo ad uno studio sulla istruttoria del procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1991.

nali ha determinato una ricostruzione della realtà fattuale approssimativa, priva dei necessari elementi di precisione che avrebbero giustificato il dispositivo del provvedimento.

L'utilizzo postumo, in sede processuale da parte del verificatore, di Google Earth ha permesso di raccogliere le prove documentali fotografiche utili a provare il periodo di costruzione cui si riferivano gli interventi edilizi oggetto della richiesta di permesso di costruire in sanatoria e del successivo ordine di demolizione, in conseguenza del diniego opposto dal Comune.

Il mancato utilizzo in sede di istruttoria procedimentale di strumenti tecnologici avanzati ha determinato un'insufficienza dell'istruttoria anche con effetti discriminatori, in specie per l'ordine di demolizione che ha indiscriminatamente prescritto la demolizione di tutti i manufatti, ove invece un'istruttoria completa e adeguata avrebbe tenuto conto della differenziazione, prescrivendo la demolizione solo per quei manufatti privi del titolo abilitativo.²³

Altro annullamento di un atto amministrativo per carenza di istruttoria determinato dal mancato utilizzo di strumenti tecnologici idonei si è avuto per la determinazione del numero di abitanti che definiscono il bacino di utenza delle farmacie per il decentramento di tre sedi farmaceutiche nel territorio comunale.²⁴

In tal caso, l'utilizzo del metodo di rilevazione del numero di abitanti attraverso la combinazione di dati anagrafici con quelli toponimi è stato considerato non idoneo perché escludeva gli abitanti non facilmente censibili. L'inidoneità dell'istruttoria così condotta ha determinato un significativo errore nella determinazione del numero di abitanti con effetti distorsivi della decisione finale.

A contrario, l'utilizzo di tecniche avanzate da parte del verificatore come software dedicati per il trattamento dei dati in ambiente GIS (*Geographic Information System*) con applicazione di tecniche di statistica inferenziale e di geostatistica²⁵, oltre a Google Earth ha permesso di pervenire ad un risultato significativamente più accurato, poiché l'accertamento tecnico per il calcolo della popolazione è stato condotto utilizzando i migliori mezzi di cui disponeva.

L'utilizzo di strumenti tecnologici in luogo dei tradizionali mezzi istruttori ha mostrato di supplire alle carenze conoscitive dell'amministrazione pubblica poiché ha

²³ Cons. St. (sezione VI), sentenza del 23 agosto 2021, n. 5993 che ha annullato il provvedimento di diniego del rilascio del permesso di costruire in sanatoria per carenza di istruttoria perché il Comune non aveva adottato in sede procedimentale gli strumenti idonei al fine di accertare i presupposti di fatto a fondamento del proprio provvedimento di diniego del permesso di costruire in sanatoria. L'utilizzo di Google earth da parte del verificatore in sede processuale ha mostrato una realtà conoscitiva differente a quella precedentemente rappresentata in sede procedimentale, ove l'analiticità resa possibile ha permesso di operare distinguo con conseguenze significative sull'oggetto dell'ordine di demolizione.

²⁴ Cons. St. (sezione III), sentenza del 26 aprile 2021, n. 3359.

²⁵ M. Demichelis, *Gli strumenti digitali di coordinamento per la gestione del territorio*, in *Federalismi.it*, 27, 2022, pp. 212 ss., per le applicazioni del *Geographic Information System* (GIS) ai fini della gestione del territorio.

offerto una «estensione della conoscenza»²⁶, di utilità per la cura dell'interesse pubblico in concreto, in un contesto di crescente complessità della società²⁷.

5. Prospettive di utilizzo delle nuove tecnologie per l'adeguatezza e la completezza dell'istruttoria. Considerazioni conclusive

La preferenza mostrata per mezzi istruttori con un alto grado di tecnologia in luogo di quelli tradizionali apre alla possibilità di indagare in quali altri procedimenti amministrativi la fase istruttoria possa essere condotta ricorrendo a una sostituzione dei mezzi istruttori, alla luce delle tecnologie disponibili.

Se per gli atti valutativi che richiedono una comparazione dei profili dei candidati, a esempio, la completezza dell'istruttoria dipende dall'analitica attività di assunzione dei titoli dei candidati²⁸ condotta dal responsabile del procedimento si tratta di verificare se l'acquisizione delle prove dei fatti dichiarati (*rectius* dei titoli posseduti), a esempio mediante dichiarazione sostitutiva di certificati (art. 46, d.p.r. n. 445/2000), possa essere sostituita da strumenti informatici che garantiscono la medesima prova del fatto. Tra questi, viene in mente l'utilizzo di una tecnologia *blockchain*²⁹ che garantisca la creazione di un database personale (anche detto *wallet*) su cui ogni individuo – ma potrebbe estendersi anche ad una persona giuridica privata – può registrare i titoli posseduti, in genere, immutabili (titolo di studio, esperienze pregresse, il discorso potrebbe non essere vero per le competenze soggette a rivalutazione periodica, come a esempio le certificazioni linguistiche) e, in quanto qualità personali o fatti, possono essere certificate, con effetti *erga omnes* e con validità illimitata (com'è la disciplina dei certificati, art. 41, d.p.r. n. 445/2000)³⁰.

²⁶ R. Cavallo Perin, *La digitalizzazione e l'analisi dati*, in R. Cavallo Perin, M. Lipari, G. M. Racca (a cura di), *Contratti pubblici e innovazioni per l'attuazione della legge delega*, Jovene, Napoli, 2022, spec. p. 119.

²⁷ E. D'Orlando, *Algoritmi e organizzazione dell'amministrazione locale: come declinare il principio di adeguatezza affrontando la complessità*, in G.F. Ferrari (a cura di), *Smart city. L'evoluzione di un'idea*, Mimesis, Milano-Udine, 2020, anche in R. Cavallo Perin (a cura di), *L'amministrazione pubblica con i big data: da Torino un dibattito sull'intelligenza artificiale*, Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino, Torino, 2021 in specie nella parte in cui individua nelle ICTs lo strumento per attuare l'ente-sistema, ossia il modello organizzativo degli enti territoriali che privilegia la capacità di rispondere ai bisogni della società civile, superando i limiti posti dai confini territoriali e il riparto di competenze.

²⁸ Il provvedimento amministrativo con un giudizio attitudinale è oggetto di un sindacato estrinseco e sulla coerenza tra i presupposti e la decisione, e, per quanto qui rileva, sotto il profilo della completezza dell'istruttoria, così Cons. St. (sezione V), sentenza del 31 agosto 2021, n. 6125-6127.

²⁹ Per le applicazioni della tecnologia *blockchain* nel settore pubblico si veda L. Wiese, *The use of blockchain in public administration*, in *European Review of Digital Administration and Law*, Vol. 2, Issue 2, 2021, 31-36; M. Macchia, *Blockchain and public authorities: a field yet to be explored*, in *European Review of Digital Administration and Law*, Vol. 2, Issue 2, 2021, pp. 19-29.

³⁰ Il riferimento è al progetto “*Diplome*”, utilizzato dal Centro di Informazione sulla Mobilità e le

L'effetto di sistema³¹ sarebbe un'agevole e puntuale analitica raccolta delle informazioni rilevanti ai fini della valutazione dei profili dei candidati, poiché certi e raccolti in un unico luogo virtuale, che rappresenterebbe un quadro conoscitivo analitico di partenza per l'amministrazione pubblica.³²

Si tratta dunque di prendere in considerazione mezzi istruttori che si basino sulle nuove tecnologie per garantire che la verifica delle condizioni di ammissibilità, nonché dei requisiti di legittimazione e l'acquisizione dei presupposti rilevanti per l'emanazione del provvedimento sia condotta in modo completo, esaustivo e puntuale, poiché solo in questo modo il giudizio di prevalenza risulta fondato su un idoneo e adeguato supporto giustificativo³³, seppur reso anche in modo sintetico, nella motivazione.³⁴

In altra ipotesi, la incompletezza dell'istruttoria è vizio che comporta l'annullamento del provvedimento di rigetto del diniego dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività sanitaria e socio-sanitaria, quando il diniego sia conseguenza di un mancato aggiornamento della pianificazione dell'erogazione di alcune prestazioni sanitarie basata sulla valutazione del fabbisogno sanitario, poiché questo ha natura di atto presupposto programmatico della valutazione del fabbisogno sanitario.

La rilevazione del reale bacino d'utenza dei fruitori delle prestazioni sanitarie nell'ambito territoriale di riferimento³⁵ è operazione significativa per

Equivalenze Accademiche (CIMEA), che utilizza un registro personale basato su tecnologia blockchain privata che permette all'utente di registrare i propri titoli di studio, come le qualifiche professionali, con ciò consentendo di ridurre il rischio di falsificazione dei titoli conseguiti e parimenti di facilitare la portabilità degli stessi; queste sono esigenze emerse a livello europeo per la creazione Spazio europeo dell'istruzione superiore (Comunicato dei Ministri dello Spazio europeo dell'istruzione superiore, Parigi - 25 maggio 2018; poi esigenza confermata con la Raccomandazione europea sul riconoscimento automatico dei titoli resa nel novembre del 2018).

³¹ La raccolta di informazioni immutabili sull'individuo o persona giuridica in unico luogo virtuale permetterebbe altresì all'amministrazione pubblica di non chiedere dati che sono già in suo possesso o che vi possono entrare (art. 18-bis, l. n. 241/1990, che, a livello europeo, è stato cristallizzato come *once only principle*).

³² Cons. St. (sezione V), sentenza del 16 novembre 2020, n. 7098 che definisce la validità di un provvedimento amministrativo di comparazione se basato sull'analitica descrizione dei curriculum dei candidati e sulla completa rappresentazione e assunzione dei fatti poiché questi valgono quadro conoscitivo dell'amministrazione pubblica.

³³ Cons. St. (sezione V), sentenza del 31 agosto 2021, n. 6127-6125 che identificano le modalità istruttorie necessarie nei giudizi attitudinali, da estendersi a tutti gli atti valutativi ove solo la puntuale acquisizione di tutti gli elementi di fatto garantirebbe la razionalità dell'atto valutativo poiché sarebbero individuabili la coerenza tra gli elementi valutati e le conclusioni raggiunte, nonché la logicità della valutazione e infine la sufficienza della motivazione.

³⁴ Cons. St. (sezione V), sentenza del 28 ottobre 2016, n. 4592 che considera completa l'istruttoria di un procedimento amministrativo di valutazione dei candidati se è stata condotta una precisa ed esaustiva comparazione delle posizioni dei candidati.

³⁵ Cons. St. (sezione III), sentenza del 4 agosto 2021, n. 5756 ove si afferma che l'illegittimità del

l'individuazione del fabbisogno complessivo, idoneo ad incidere sulla localizzazione territoriale delle strutture sanitarie o socio-sanitarie che sono presenti nel territorio regionale, ove l'accoglimento o il rigetto dell'istanza di autorizzazione all'esercizio di attività socio-sanitaria ha ricadute sulla soddisfazione di un diritto fondamentale quale è il diritto alla salute, nonché sull'esercizio della libertà di iniziativa economica.

Si tratta perciò di prendere in considerazione le nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione, tra cui gli algoritmi, come mezzi istruttori il cui utilizzo garantisce la completezza e l'attualità dell'istruttoria, per le potenzialità conoscitive offerte, di utilità per il quadro conoscitivo entro cui l'amministrazione pubblica deve decidere.³⁶

A esempio, l'utilizzo di strumenti tecnologici per l'acquisizione di informazioni, come *l'Internet of Things (IoT)*, unitamente a studi nel campo della *network science* e della *big data analysis* rivelano comportamenti interni a gruppi e organizzazioni, oltre a mostrare una pluralità di ordinamenti giuridici, fra essi interconnessi che agiscono secondo comportamenti ripetuti e perciò prevedibili.³⁷

Quelle tecnologie si pongono così come mezzi istruttori idonei per effettuare una rilevazione capillare del fabbisogno di assistenza offrendo criteri oggettivi su cui fondare in modo oggettivo valutazioni sull'interesse pubblico da soddisfare³⁸, poiché offrono un'analisi accurata dei parametri che devono essere adeguati e proporzionati all'esigenza pubblica da tutelare; dette applicazioni tecnologiche inoltre garantiscono il costante aggiornamento della valutazione del fabbisogno,

provvedimento autorizzatorio può essere fatta valere in assenza di una mancata valutazione del fabbisogno che è analizzato tenuto conto del "reale bacino di utenza".

³⁶ Per l'utilizzo di tecniche di *big data analysis* per l'esercizio dell'attività amministrativa si veda R. Grimaldi, *Big data e processi decisionali nella pubblica amministrazione: il traffico monitorato sulla Piattaforma Yucca del CSI-Piemonte*, in R. Cavallo Perin (a cura di), *L'amministrazione pubblica con i big data: da Torino un dibattito sull'intelligenza artificiale*, Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino, Torino, 2021, pp. 73-103 per la gestione del traffico; R. Meo, M. Lai, P. Pasteris, *Machine learning per la pubblica amministrazione*, in R. Cavallo Perin (a cura di), *L'amministrazione pubblica con i big data: da Torino un dibattito sull'intelligenza artificiale*, cit., pp. 131-147 per applicazioni sulla banca dati dei contratti pubblici dell'Autorità Nazionale Anticorruzione; R. Cavallo Perin, I. Alberti, *Atti e procedimenti amministrativi digitali*, in R. Cavallo Perin e D.U. Galetta (a cura di), *Diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 119 ss., per possibili applicazioni nei procedimenti amministrativi; M. Falcone, *Le potenzialità conoscitive dei dati amministrativi nell'era della "rivoluzione dei dati": il caso delle politiche di eradicazione dell'epatite C*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2, 2017; Id., *Big data e pubbliche amministrazioni: nuove prospettive per la funzione conoscitiva pubblica*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 3, 2017, pp. 23 ss., per applicazioni nella gestione delle politiche sanitarie.

³⁷ Laszlo-Barabasi, *Lampi. La trama nascosta che guida la nostra vita*, Torino, 2011, 13, ma anche R. Cavallo Perin, *Beyond the municipality: the city, its rights and its rites*, in *Italian Journal of Public Law*, 2, 2013, pp. 307-315.

³⁸ Nel procedimento di autorizzazione, il Comune sottopone alla Regione il progetto del privato affinché ne verifichi la compatibilità, tenuto conto del fabbisogno complessivo e della localizzazione territoriale delle strutture già presenti in ambito regionale (art. 8-ter, co. III, d.lgs. n. 502/1992).

necessario fino all'emanazione del provvedimento di autorizzazione da parte del Comune (art. 8-ter, co. III, d.lgs. n. 502/1992)³⁹, poiché l'ordinamento sanziona l'atto di diniego adottato sulla base di una valutazione del fabbisogno sanitario non attuale in assoluto o in modo relativo e cioè elaborato in un momento precedente il parere dell'Azienda Sanitaria Locale.⁴⁰

L'aggiornamento dello strumento di pianificazione basato su criteri oggettivi, come si ritiene che siano i parametri individuati attraverso strumenti di rilevazione basate su tecnologie, inoltre è condizione di compatibilità con l'ordinamento dell'Unione europea, perché, viceversa, tale strumento sarebbe considerato come una restrizione della libertà di iniziativa economica.⁴¹ L'integrazione di differenti tecnologie per l'elaborazione della pianificazione basata su analisi continuative e aggiornate⁴² si pone come strumento idoneo a garantire la soddisfazione di un'esigenza di cura in concreto, che richiede lo svolgimento di un'idonea istruttoria sulla domanda sanitaria presente sul territorio e sull'offerta da parte delle strutture private, poiché solo una valutazione dinamica e periodicamente rinnovata evita blocchi in accesso e la creazione di situazioni di monopolio.⁴³

³⁹ Il procedimento di autorizzazione all'esercizio dell'attività sanitaria e socio-sanitaria prevede che l'impresa privata interessata presenti l'istanza al Comune del luogo dove intende insediare l'attività economica, il quale invia alla Regione la richiesta affinché questa possa verificare la compatibilità con il piano di programmazione che tiene conto del fabbisogno sanitario, su cui si esprime con parere l'Azienda Sanitaria Locale del luogo, infine il provvedimento di autorizzazione o di diniego è emanato dal Comune (art. 8-ter, d.lgs. n. 502/1992).

⁴⁰ Cons. St. (sezione III), sentenza del 13 aprile 2021, n. 3030 che ha affermato che il fabbisogno deve essere verificato in concreto perché il fabbisogno sanitario utilmente apprezzabile deve essere verificato fino alla conclusione del procedimento finale; è così affermata l'importanza di monitorare l'andamento del fabbisogno di domanda di prestazioni sanitarie perché questo può variare nel corso del tempo anche in considerazione del tempo che intercorre tra l'istanza di richiesta di autorizzazione e il provvedimento finale; il momento rilevante per la valutazione dell'istanza di autorizzazione è da individuarsi nel momento in cui è emanato il provvedimento del Comune, tenuto conto che nel corso dell'istruttoria del procedimento possono intervenire sopravvenienze fattuali o normative.

⁴¹ Corte giust., Grande Camera, sentenza 10 marzo 2009, C-167/07, su cui anche Cons. St. (sezione III), sentenza del 4 agosto 2021, n. 5756; Cons. St. (sezione III), sentenza del 5 marzo 2020, n. 1637; anche Cons. St. (sezione III), sentenza del 11 ottobre 2016, n. 4190 che sottolineano la compatibilità dello strumento di pianificazione con i principi e le regole dell'Unione europea perché è strumento che garantisce «la corretta distribuzione, sul territorio, delle apparecchiature in modo che siano adeguatamente servite tutte le zone, anche quelle a bassa redditività, che in mancanza di tale strumento non sarebbero coperte».

⁴² Cons. St. (sezione III), sentenza del 4 febbraio 2021, n. 1043 afferma la necessità di una visione dinamica, nonché di una valutazione periodicamente rinnovata così da assicurare l'accreditamento di nuovi operatori privati, evitando restrizioni indebite del numero degli operatori.

⁴³ Cons. St. (sezione III), sentenza del 21 giugno 2021, n. 4750 ove si afferma che la valutazione del fabbisogno richiede che sia basata su un'istruttoria che è idonea se fondata sull'esistenza di una determinata domanda sanitaria sul territorio e di una correlativa offerta da parte delle strutture sanitarie al fine di evitare che si verifichino illegittimi blocchi, a tempo indeterminato, di imprese private che vogliono insediarsi in un determinato territorio per l'esercizio della propria attività sanitaria.

Le potenzialità applicative delle nuove tecnologie richiedono che si sondi la possibilità di un loro ingresso nel procedimento amministrativo, in specie nella fase istruttoria, come mezzi istruttori di cui si è cercato di individuare il fondamento giuridico nei principi (informalità della fase istruttoria), nelle persone dell'amministrazione pubblica (il responsabile del procedimento) e nei compiti attribuiti (art. 6, l. n. 241/1990), ove l'obiettivo della completezza e dell'adeguatezza dell'istruttoria sembra possibile con il loro utilizzo.⁴⁴

L'informalità dell'esercizio dei poteri istruttori sembra aprire alla possibilità di far entrare nell'attività conoscitiva dell'amministrazione pubblica gli strumenti tecnologici disponibili nel nostro tempo, al fine di permettere all'amministrazione pubblica di svolgere le funzioni costituzionali che le sono proprie.

⁴⁴ Questa introduzione potrebbe aprire ad una retrocessione del sindacato sull'adeguatezza dell'istruttoria in favore di una attenzione maggiore alla ricostruzione della verità materiale, ove ciò che rileva è la maggiore attenzione all'individuazione degli elementi costitutivi la realtà materiale su cui l'amministrazione pubblica opera; V. Berlingò, *Obbligo di chiarificazione e sanzioni probatorie nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2021, pp. 50 ss.

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE DIGITALE E RACCOLTA DEI DATI
PER UNA POLITICA DI UGUAGLIANZA SOSTANZIALE

MARIA FRANCESCA DE TULLIO*

1. Introduzione

Il presente lavoro affronta uno specifico angolo visuale della scelta pubblica algoritmica, cioè la raccolta dei dati posti alla base della decisione.

La fase indicata ha una rilevanza costituzionale almeno pari a quelle successive, ampiamente discusse nelle pagine di questo Volume. Infatti, i processi predittivi basati sui *big data* dipendono naturalmente dalla quantità e qualità delle informazioni, in quanto consentono di processare enormi moli di dati senza la necessità di un previo campionamento, utilizzando tecniche probabilistiche che si basano sulla ricorrenza di alcune correlazioni, a prescindere dall'indagine dei nessi causali¹. Inoltre, è dimostrato che l'implementazione dell'algoritmo non dà la stessa resa dell'incremento della base di dati su cui è applicato².

Da tale premessa tecnica si muoverà per identificare dapprima i vincoli costituzionali rilevanti in materia, discutendo successivamente alcuni profili regolatori concernenti la quantità e qualità delle informazioni raccolte, soprattutto in relazione all'adempimento al principio di uguaglianza da parte della Pubblica amministrazione.

2. Il quadro costituzionale dei dati pubblici (*government data*)

Da tempo, il trattamento dei dati è concepito come parte essenziale di un complessivo diritto all'autodeterminazione informativa individuale e collettiva, ricondotta tradizionalmente agli artt. 2, 14 e 15 Cost. A può aggiungersi ormai, nell'era digitale, che la relativa disciplina attinge altresì a una dimensione eminentemente collettiva, quella dei diritti politici e del rapporto tra popolo e pubblica autorità: si pensi, ad esempio, a come Internet può influenzare i comportamenti di massa, attraverso la sorveglianza su vasta scala, l'uso dei dati nelle politiche pubbliche o, ancora, il trattamento delle informazioni per prioritizzare i contenuti sulle grandi piattaforme *online* private.

¹ V. Mayer-Schönberger, K. Cukier, *Big Data*, Houghton Mifflin Harcourt, Boston 2013, trad. it. *Big data. Una rivoluzione che trasformerà il nostro modo di vivere e già minaccia la nostra libertà*, Garzanti, Milano 2013, pp. 79-81.

² *Ibidem*, p. 56.

I dati sono utilizzati nelle decisioni pubbliche per rispondere a criteri di uguaglianza e ragionevolezza (art. 3 Cost.), in quanto consentono di basarsi quanto più possibile sui fatti, e quindi differenziare le situazioni in base a rilievi emergenti direttamente dalla realtà regolata. Inoltre, i canoni di *better regulation* impongono di intervenire con una nuova proposta normativa solo a valle di una valutazione della situazione presente e degli effetti prevedibili generati dalla modifica considerata.

Le medesime informazioni diventano così anche uno strumento di *accountability*, in quanto l'accesso ai dati consente ai regolati di verificare la base fattuale posta dal governante a fondamento della propria decisione. Di qui nasce il movimento dell'*open government data*, che richiede la pubblicazione dei dati 'grezzi' in possesso dell'autorità, in un formato leggibile alle macchine e senza licenze restrittive³, con la possibilità per chiunque di usarle, modificarle e condividerle per qualsiasi scopo⁴, anche in assenza di un 'interesse qualificato'.

La nozione in questione si articola altresì in alcuni requisiti tecnici che assicurano l'accessibilità e il riuso completi e non mediati sulle informazioni aperte. Queste specifiche sono meglio chiarite nei *Sebastopol Principles*, elaborati a partire al 2007⁵: i dati devono essere corretti e completi, pubblicati in modo non aggregato, aggiornati in modo tempestivo, visualizzabili anche senza registrazione o altre barriere, leggibili per le macchine, accessibili senza discriminazioni – e quindi anche su richiesta anonima – e non protetti da licenze che escludano il diritto di terzi a trattare le informazioni.

Da tempo la dottrina non manca di sottolineare che tali potenzialità tecnico-politiche rendono l'*open government data* una politica «costituzionalmente necessaria»⁶.

Tale regola è riconducibile innanzitutto all'articolo 97 della Costituzione che impone, tra gli altri, i principi di imparzialità e buon andamento dell'Amministrazione⁷. Infatti, tali valori presuppongono necessariamente la trasparenza, intesa come diritto di tutti/e a un'informazione il più possibile piena sull'operato dell'Amministrazione⁸.

D'altra parte, l'*open data* ha anche un valore in termini di apprendimento istituzionale, analogamente al *software* libero: i dati che sono aperti verso il pubblico so-

³ D. Bourcier, P. De Filippi, *La double face de l'Open data*, in *Les Petites Affiches*, 2013, consultato in versione *open access* in hal.archives-ouvertes.fr, pp. 2 ss.

⁴ *The Open Definition*, in <http://opendefinition.org/>. Cfr. S. Baack, *Datafication and empowerment: How the Open Data Movement Re-Articulates Notions of Democracy, Participation, and Journalism*, in *Big Data & Soc.*, July–December 2015, p. 4.

⁵ *The Annotated 8 Principles of Open Data*, in <https://opengovdata.org/>.

⁶ L'espressione si deve a: G. De Minico, *Gli open data: una politica "costituzionalmente necessaria"?*, in *Forum dei Quad. Cost.*, 12/6/2014.

⁷ *Ex multis*, cfr.: C. Pinelli, *Art. 97, comma 1, parte II*, in G. Branca, A. Pizzorusso (fondato e continuato da), *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli-Foro Italiano, Bologna-Roma, 1994.

⁸ G. De Minico, *Gli open data*, cit., pp. 3-4.

no più facilmente accessibili anche alle altre Amministrazioni, con un risparmio di attività istruttoria⁹.

Tali principi confermano che il paradigma *open*, dal punto di vista dell'uguaglianza che garantisce nel processo di conoscenza, è strumentale all'uguaglianza formale di tutte le persone e le formazioni sociali nell'accesso all'informazione. Per queste ragioni, può desumersi dal sistema costituzionale un *favor* per l'apertura dei dati pubblici, che di conseguenza può essere letta come regola generale dell'azione di governo. Ciò significa che la segretezza e la chiusura delle informazioni sono ammissibili solo come eccezioni previste dalla legge e puntualmente giustificate da valori costituzionali di uguale rilievo.

Nelle circostanze menzionate, i dati costituiscono una vera e propria risorsa, che l'intervento istituzionale può mettere a servizio dell'interesse generale. Viene dunque in rilievo l'art. 42 Cost., che subordina la proprietà pubblica e privata alla «funzione sociale», cioè alla realizzazione dei principi racchiusi negli artt. 2 e 3 della Costituzione. Del resto, ciò appare coerente con la premessa dell'azione amministrativa, secondo cui la raccolta di informazioni da parte del potere pubblico deve essere costitutivamente rivolta a fini di interesse generale, e dunque segue logiche diverse da quelle proprietarie; sicché, la politica di apertura non fa nient'altro che restituire alla comunità i dati che le appartengono, affinché possa essa stessa controllarli e trarne valore.

Infine, bisogna considerare che i medesimi dati – una volta aperti – sono strumentali all'autodeterminazione collettiva, in quanto possono essere riutilizzati da cittadini/e e abitanti per ragioni di interesse generale, ad esempio, per iniziative che sopperiscano alle mancanze del settore pubblico nella fornitura di beni o servizi a categorie svantaggiate¹⁰. Dunque, la risorsa informativa di proprietà pubblica chiama in causa altresì il principio di sussidiarietà orizzontale *ex* art. 118, comma 4, Cost., in un'accezione positiva che richiede allo Stato di «favorire» attivamente le iniziative di interesse generale che non hanno risorse sufficienti. Del resto, è proprio a queste categorie che serve l'apertura dei dati: i più forti tra gli attori privati hanno propri canali per accedere a informazioni che sono negate alla generalità dei consociati, e addirittura talvolta siedono a tavoli di negoziazione in condizioni di parità con gli enti pubblici.

3. Questioni aperte su *government data* e uguaglianza

Alla luce dell'analisi svolta, sembra evidente che il punto di vista costituzionali-

⁹ J. Berends, W. Carrara, W. Engbers, H. Vollers, *Re-using open data*, Studio svolto nell'ambito dello *European Data Portal project*, 2017, in www.europeandataportal.eu.

¹⁰ G. De Minico, *Gli open data*, cit., p. 4; M. Orefice, *Gli open data tra principio e azione: lo stato di avanzamento*, in *Forum di Quad. Cost.*, 25/5/2015, pp. 7-12.

stico imponga la massima apertura possibile dei dati in possesso dell'amministrazione, oltre che il loro trattamento conforme alla normativa esistente. Altrettanto chiaro, però, è che entrambi i requisiti rischiano di essere svuotati nella sostanza laddove vi siano carenze quantitative e qualitative nella raccolta, cioè a monte della decisione *data-driven*.

In questa sede si scelto di soffermarsi sull'uguaglianza, in quanto essa è un principio trasversale, fondante l'intera disciplina della *data protection* e della democrazia digitale. In particolare, si analizzerà dapprima l'aspetto qualitativo, evidenziando eventuali discriminazioni che possono esistere nel modo in cui le informazioni sono raccolte; in secondo luogo, ci si soffermerà sul dato quantitativo, legato al numero di informazioni che la pubblica amministrazione acquisisce – e potrebbe acquisire per realizzare i suindicati valori costituzionali.

3.1. *Data collection* e non discriminazione

Partendo dal dato qualitativo, è evidente che il modo in cui l'amministrazione sceglie di raccogliere i dati è frutto delle priorità stabilite dall'istituzione stessa, dunque dei temi e dai bisogni su cui essa decide di agire¹¹. L'esistenza di tale discrezionalità è in parte un riflesso fisiologico dell'indirizzo politico, in quanto l'azione istruttoria riflette logicamente le priorità del *policy-making* pubblico. In altra parte, però, in tali scelte sono riscontrabili delle patologie, laddove riflettano uno scollamento con i bisogni espressi dai governati o, a maggior ragione, presentino profili discriminatori.

In effetti, eventuali carenze o sproporzioni nella raccolta di dati possono essere l'esito di squilibri ben più strutturali, con conseguenze discriminatorie che arrivano a toccare il 'nucleo duro' del principio di uguaglianza.

È stato osservato che alcune condizioni personali comportano un insieme di vantaggi – come il livello di istruzione, la consapevolezza dei propri diritti, la disponibilità di tempo, etc. – che facilitano un contatto frequente ed efficace con le istituzioni; viceversa, all'estremo opposto, risiedono sul territorio persone che non sono affatto censite dalla p.a., come quelle migranti senza documenti o in condizione di estrema povertà. Ciò significa che le discriminazioni si intrecciano tra loro: la pubblica amministrazione ha a disposizione più dati sulle persone con cui più spesso entra in relazione, cioè quelle che risultano privilegiate anche in altri ambiti sociali.

I rischi sono ancora maggiori se si guarda a settori quali la prevenzione del crimine, dove avviene che – al contrario – si assumano più dati su alcune categorie già marginalizzate, che destano maggiori sospetti. Si pensi, ad esempio, al terrorismo degli anni Duemila, che ha dato il via a una raccolta in massa dei metadati

¹¹ J.A. Johnson, *From Open Data to Information Justice*, in *Ethics and Inf. Tech.*, n. 16/2014, pp. 264 ss.; S. Baack, *Datafication and Empowerment*, cit., p. 4.

sulle comunicazioni, spesso riguardante in modo particolare persone di provenienza araba e di religione islamica. In tal senso, il rischio è che i *bias* si autoavverino, in quanto un controllo più capillare di alcune fasce di popolazione fa necessariamente emergere – se non altro, per ragioni statistiche – un maggior numero di crimini in quel dato ambito; tuttavia, ciò non significa che la proporzione sia effettivamente maggiore, bensì che vi è una carenza informativa rispetto ad altre realtà¹². Da ultimo, il caso Compas ha fatto emergere il tema in modo ancora più evidente, in quanto il *software* – destinato a prevedere il rischio di recidiva nei reati – produceva punteggi discriminatori che penalizzavano le persone non bianche, in quanto addestrato in base a dati viziati essi stessi da *bias* razziali¹³.

A ciò si aggiunga un potenziale ‘conflitto di interessi’ che sussiste tra la cittadinanza, che ha bisogno di informazioni per controllare il potere, e il potere stesso, che proprio per queste ragioni non ha interesse a raccogliere e rendere visibili tali dati¹⁴.

Sembra, dunque, che possibili vie d’uscita possano essere cercate in dispositivi partecipativi capaci di articolare un approccio collaborativo tra Stato, soggetti privati e cittadini, che miri a rispondere con alcune direttrici regolative alle preoccupazioni costituzionali poste in apertura. Di seguito si riportano appena due esempi, che possono fungere da orientamento per nuove politiche di *data collection*.

Un primo caso è quella della *citizens science*¹⁵, che sempre più spesso cresce come modalità per dare voce a gruppi di persone associate per interessi collettivi: queste ultime – in partenariato con enti territoriali, di ricerca o altre istituzioni – possono volontariamente produrre dei propri dati, con il fine di contribuire a delle ricerche individuate dalla stessa collettività. Un secondo esempio sono le *data assemblies* realizzate nella città di New York¹⁶, le quali sul modello del dibattito pubblico consentono di elaborare collettivamente alcune proposte circa le domande che l’Amministrazione dovrebbe porsi come presupposto per raccogliere i dati per formulare le politiche. In questo caso, alla base della sperimentazione si sono posti valori dallo specifico contenuto inclusivo: l’accrescimento dell’alfabetizzazione informatica e sui dati, l’equità e l’*engagement*, inteso come possibilità che le persone possano avere un protagonismo nelle politiche pubbliche.

¹² A. Mantelero, *Personal data for decisional purposes in the age of analytics: From an individual to a collective dimension of data protection*, in *Computer Law & Sec. Rev.*, vol. 32, n. 2/2016, pp. 10-11.

¹³ J. Angwin et al., *Machine Bias: There’s Software Used Across the Country to Predict Future Criminals. And It’s Biased Against Blacks*, in *ProPublica*, 23/5/2016. Cfr. L. Grimaldi, *Costituzionalismo «post-umano» alla prova della decisione pubblica algoritmica*, in *Federalismi.it*, n. 34/2022, p. 91.

¹⁴ A. Swartz, *When Is Transparency Useful?*, in *Aaronsv.com*, 11/2/2010, anche in D. Lathrop, L. Ruma (a cura di), *Open Government. Collaboration, Transparency and Participation in Practice*, O’Reilly, Sebastopol, 2010.

¹⁵ B.J. Evans, *Barbarians at the Gate: Consumer-Driven Health Data Commons and the Transformation of Citizen Science*, consultato su *ssrn.com* nella bozza in corso di pubblicazione in *American Jour. of Law and Med.*, vol. 42, n. 4/2016, pp. 11-16, pp. 25-30.

¹⁶ <https://thedataassembly.org/>.

Sperimentazioni come queste, sebbene non possano sostituirsi alle politiche pubbliche, paiono un passo in più nella direzione costituzionale sopra descritta, soprattutto se completate da misure che incoraggino e sostengano l'autonoma iniziativa dei gruppi razzializzati o comunque discriminati.

La domanda, a questo punto, investe altresì il principio di uguaglianza sostanziale, laddove i dati si configurano come risorsa carente, che potrebbe essere fornita dall'Amministrazione. Infatti, la possibilità per ciascuna formazione sociale di condurre proprie iniziative di *data collection* è inevitabilmente influenzata dalle possibilità economico-sociali degli stessi. Tale circostanza sarà oggetto di ulteriore approfondimento di seguito, in quanto si tratterà delle inuguaglianze sociali nella produzione e soprattutto nella conservazione di dati.

3.2. I dati come risorsa pubblica e privata per l'interesse generale

La questione fin qui discussa chiama in causa anche il tema delle risorse che le istituzioni possono e devono investire per la *data collection*, incluse quelle necessarie per raccogliere le informazioni 'trascurate' e rimediare così agli squilibri evidenziati sopra. Il punto rappresenta un ulteriore limite alla scelta politica del regolatore in materia, che sta nel *trade off* tra alcune scelte politiche e i vincoli alla spesa pubblica, quali imposti in particolare dal diritto dell'Unione Europea e rafforzati dopo la crisi del 2008.

In questa sede non vi è la possibilità di tornare sulla lunga disputa che anima la dottrina, circa l'opportunità e la legittimità delle scelte austeritarie. Dunque, si assumeranno queste ultime come un dato regolativo, riflettendo sulle possibili forme di collaborazione con i soggetti privati che potrebbero aiutare il pubblico a colmare le proprie lacune.

Nell'attuale contesto storico, diverse informazioni – potenzialmente utili a orientare politiche di interesse generale – non necessitano di essere prodotte, in quanto esistono già e sono raccolte nei forzieri privati. Infatti, è ben noto che i giganti della rete fondano il proprio modello di *business* sui dati dei/delle naviganti, ceduti dai e dalle rispettive titolari in cambio di servizi *online* apparentemente gratuiti.

Evidente, dunque, è il collegamento con il principio di uguaglianza, in quanto tutti questi dati potrebbero colmare alcuni *gap* informativi del settore pubblico; così, i dati prodotti dalle singole persone con le loro attività digitali tornerebbero alle medesime persone, nella forma di risorsa restituita alla collettività. Di conseguenza, i tempi sono ormai maturi per immaginare *policy* di apertura dei dati privati¹⁷, a cominciare da quelli aventi pubblica utilità. Attualmente, infatti, esiste in tale

¹⁷ Tale principio è affermato oggi nel *Regulation (EU) 2022/868 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2022 on European data governance and amending Regulation (EU) 2018/1724 (Data Governance Act)*. In precedenza, esso era contenuto nella *Communication from the Commission to the Euro-*

ambito un'asimmetria nei rapporti pubblico-privato inversa rispetto a quella che tradizionalmente connota il diritto amministrativo: le imprese possono raccogliere informazioni senza l'obbligo di renderle visibili alla collettività, mentre il settore pubblico è indotto in via generale alla massima trasparenza, senza poter accedere di regola ai *database* privati.

In questo caso, diviene evidente perché l'imperativo della solidarietà sociale non possa gravare soltanto sullo Stato, ma debba coinvolgere anche la proprietà e l'iniziativa privata, in base agli articoli 2, 41 e 42 Cost. In particolare, con riferimento a quest'ultimo articolo, se la Costituzione considera possibile l'espropriazione di beni rivali, come gli immobili, a maggior ragione deve ritenere possibili – quanto meno alle condizioni previste dal terzo comma – la richiesta di apertura dei dati, che possono essere utilizzati da altri senza direttamente causare una perdita in capo al loro proprietario¹⁸. Ciò vale ancor più allorché i dati delle *big tech* sono prodotti dal lavoro della stessa comunità, in quanto derivano da una cattura delle informazioni sugli e sulle utenti durante le loro attività digitali¹⁹.

Lo scopo finale, dunque, dovrebbe essere quello di creare una 'condivisione', di dati tra pubblica Amministrazione e società civile²⁰, tale da non onerare solo l'istituzione, ma anche i soggetti privati di cui si è discusso fin qui. Tale direzione è riconosciuta oggi dalla stessa Unione Europea, che sta muovendo alcuni passi verso una 'rivoluzione copernicana' del riuso dei dati: non solo il pubblico deve aprire i propri dati per un possibile riuso privato, ma – a certe condizioni – anche i soggetti privati devono cedere alcune informazioni per un impellente interesse generale.

Il riferimento, in particolare, è alla proposta di *Data Act*²¹, che – oltre a un ampio quadro per la condivisione dei dati tra privati – prevede la possibilità per le istituzioni di chiedere dei dati agli attori privati. Ciò può avvenire, tuttavia soltanto qualora le entità in questione dimostrino «la necessità eccezionale di utilizzare i

pean Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions "Building a European Data Economy", {SWD(2017) 2 final}, COM(2017) 9 final, Brussels, 10/1/2017, § 3.5; *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the Mid-Term Review on the Implementation of the Digital Single Market Strategy "A Connected Digital Single Market for All"*, {SWD(2017) 155 final}, COM(2017) 228 final, Brussels, 10/5/2017, § 3.2.

¹⁸ K. Śledziwska, R. Wloch, *Should We Treat Big Data as a Public Good?*, in M. Taddeo, L. Floridi (a cura di), *The responsibilities of online service providers*, Springer, Cham ZG, 2017.

¹⁹ A. Casilli, *Digital labor: travail, technologies et conflictualités*, in D. Cardon, A. Casilli, *Qu'est-ce que le Digital labour?*, INA Editions, Bry-sur-Marne, 2015, pp. 12-13, pp. 32-33.

²⁰ L'espressione è ripresa da: D. Bourcier, P. De Filippi, *Vers un nouveau modèle de partage entre l'administration et les communautés numériques*, in N. Matyjasik, P. Mazuel (a cura di), *Génération Y et gestion publique: quels enjeux?*, Comité pour l'histoire économique et financière de la France, 2012.

²¹ *Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio riguardante norme armonizzate sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo (normativa sui dati)*, Bruxelles, 23.2.2022, COM(2022) 68 final, 2022/0047(COD), art. 15.

dati richiesti» per rispondere a un'emergenza pubblica o svolgere un compito specifico di interesse pubblico esplicitamente previsto dalla legge. Tale previsione rappresenta un passo nella direzione dell'uguaglianza, sebbene rappresenti più un'eccezione che una regola, laddove il regime prioritario resta quello dominicale del proprietario privato sui propri dati. Dunque, mentre il soggetto pubblico è tenuto ad aprire i propri dati al privato, salvo motivate eccezioni, l'opposto è vero per i grandi della rete, che conservano il proprio diritto proprietario, salvi casi specifici ed emergenziali.

4. Conclusioni

La riflessione presentata sulla raccolta dei dati per la decisione pubblica algoritmica apre una linea di ricerca che necessita senz'altro di approfondimenti ulteriori rispetto a quelli che è stato possibile sviluppare in questa sede. Infatti, emerge la necessità di un ripensamento complessivo sulla *governance* delle risorse informative collettive. Infatti, appaiono sempre più evidenti le disparità di un mondo dove la raccolta di dati rappresenta il nuovo 'petrolio' dell'industria digitale, ma anche una posta in gioco centrale per l'identificazione e soddisfazione dei bisogni e dei diritti fondamentali.

In tale ambito, resta da indagare la possibilità di una condivisione di informazioni capace di disegnare *policy* che siano coerenti con il dato regolato, proprio in quanto capaci di superare le asimmetrie sostanziali nella raccolta delle informazioni.

DECISIONI AUTOMATIZZATE E POTERE DI CONTROLLO

ALESSANDRO DI MARTINO

1. Il controllo delle decisioni algoritmiche nell'era della interdisciplinarietà dei saperi

L'effettivo esercizio del potere di controllo risulta essere uno degli aspetti maggiormente problematici nel complesso quadro dell'amministrazione per algoritmi, ma, al tempo stesso, uno di quelli meno approfonditi dalla dottrina e dalla giurisprudenza, che hanno concentrato le loro indagini sulla rispondenza delle decisioni amministrative automatizzate al principio di legalità, al principio di trasparenza in senso stretto, nonché alla giustiziabilità di tali provvedimenti manifestando l'esigenza di una giurisdizione piena del giudice amministrativo¹.

Per svolgere alcune considerazioni in ordine alla possibilità di garantire un controllo efficace da parte delle amministrazioni contemporanee sulle decisioni robotiche, è necessario un chiarimento di tipo prevalentemente metodologico che implica la consapevolezza per cui l'analisi di ogni aspetto relativo all'amministrazione per algoritmi debba tenere in conto che, ai giorni di oggi, il diritto amministrativo rientra in una dimensione di interdisciplinarietà, alla luce del costante utilizzo che le amministrazioni pubbliche fanno della tecnica e delle nuove tecnologie.

Lungi dal voler ripercorrere in questa sede le intrecciate relazioni tra tecnica e diritto, frutto di indagini che traggono – nell'ordinamento italiano – le loro origini agli inizi del Novecento² e che oggi continuano a ricoprire un ruolo centrale nelle riflessioni della dottrina³, per indagare adeguatamente le eventuali modalità di ingresso degli strumenti di intelligenza artificiale nel diritto amministrativo è necessario “adottare un approccio integrato, ovvero frutto di una sinergia interdisciplinare”⁴, che confermi come l'attività e l'organizzazione amministrativa non possano più prescindere né dalla presenza di Corpi tecnici – oggi in evidente declino

¹ Di recente, si veda il lavoro monografico di L. Previti, *La decisione amministrativa robotica*, Napoli, 2022.

² F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1914 (con ristampa a cura di G. Miele, 1960), pp. 195 ss.; per una ricognizione del pensiero di Cammeo sul tema della discrezionalità tecnica, cfr. l'approfondito studio di A. Andreani, *La valutazione del fatto nel giudizio amministrativo e gli apprezzamenti tecnici della pubblica amministrazione nel pensiero di F. Cammeo*, in *Quad. fior. st. pens. giur.*, 1993, pp. 475 ss.

³ A. Giusti, *Tramonto o attualità della discrezionalità tecnica? Riflessioni a margine di una recente “attenta ricostruzione giurisprudenziale”*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, p. 345.

⁴ E. D'Orlando, G. Orsoni, *Nuove prospettive dell'amministrazione digitale: open data e algoritmi*, in *Ist. Fed.*, 2019, p. 613.

nel nostro ordinamento – né tantomeno di personale amministrativo adeguato ad affrontare le sfide della tecnificazione oggi in atto⁵.

Negli ultimi anni, a partire dalla Legge Madia, ma soprattutto nel periodo dell'emergenza sanitaria, sono state presentate diverse proposte legislative e regolamentari che segnalano l'intenzione di porre al centro dell'agenda politica il tema della digitalizzazione delle amministrazioni e la sostanziale revisione del personale amministrativo in una prospettiva di modernizzazione. Basti pensare, a titolo di esempio, alla legge n. 56 del 2019, c.d. Legge sulla concretezza delle pubbliche amministrazioni, che impone a queste ultime di reclutare, in via prioritaria, figure con elevate competenze digitali.

La ragione di questa intensa stagione di riforme si deve anche ai risultati di alcuni indicatori che mostrano come, proprio sul versante del capitale umano, l'amministrazione italiana registri gravi carenze organizzative.

Sul punto, il Digital Economy and Society Index del 2021 colloca l'Italia al 25° posto – sui 27 Stati membri dell'Unione europea – con riferimento alla presenza di personale dotato delle abilità teorico-applicative necessarie per affrontare la transizione digitale in atto. Che la carenza di competenze digitali nei diversi ambiti, per cui l'Italia risulta tra i Paesi europei più in difficoltà, costituiscano uno dei principali limiti per lo sviluppo economico e sociale del paese è ormai questione nota: a tal proposito, nel 2020, l'Italia ha varato la sua prima Strategia nazionale per le competenze digitali, che esibisce un approccio trasversale rispetto allo sviluppo delle competenze tecnologiche per colmare il divario con gli altri paesi dell'Unione europea.

Le linee di azione della Strategia investono anzitutto l'ambito delle competenze digitali nel ciclo dell'istruzione e della formazione superiore, con lo scopo di creare nuovi 'nativi digitali', nonché, successivamente, il duplice versante dell'investimento in capitale umano con un know-how di tipo applicativo nel settore delle ICT e delle competenze digitali dei cittadini, con lo scopo di ridurre il c.d. digital divide cognitivo. In altre parole, come si ricava dalle conclusioni del Rapporto DESI, l'Italia deve far fronte a notevoli carenze sul piano del possesso di competenze digitali di base e avanzate, che rischiano di tradursi nell'esclusione digitale di una parte significativa della popolazione e di limitare la capacità di innovazione delle imprese. In tale prospettiva la Strategia Nazionale per le Competenze Digitali intende offrire delle indicazioni per avviare il percorso auspicabilmente destinato a colmare questo divario.

La considerazione del tentativo normativo, condotto al livello di fonti di rango primario e secondario, di stimolare le amministrazioni pubbliche verso una transizione digitale deve necessariamente essere integrata da una indagine delle prassi che si sono avvicinate negli ultimi anni, indagine che muove dal consolidamen-

⁵ Sul punto, sia consentito il rinvio a C. Acocella, A. Di Martino, *Il rinnovamento delle competenze nell'amministrazione digitale*, in *Dig. Pol.*, 2022, pp. 93 ss.

to, quantomeno sul piano delle dichiarazioni, dell'amministrazione digitale, che, come si è segnalato, impone un rafforzamento sul versante delle competenze informatiche dell'organico pubblico in ragione della centralità che vanno assumendo sempre più i dati come nuovo sapere tecnico delle amministrazioni pubbliche per finalità istruttorie. In particolare, le amministrazioni si stanno avvalendo sempre più dei c.d. esperti di data science⁶, che consiste in un processo analitico di dati, fondati sul metodo scientifico e su altre discipline (come la matematica, informatica, la statistica, ecc...) che consente di elaborare un enorme quantità di dati di cui il settore pubblico dispone per rendere maggiormente efficienti i servizi nei confronti della collettività.

In buona sostanza, l'amministrazione della complessità - che evidentemente è il risultato del nuovo modo di esercitare la funzione amministrativa ricorrendo sempre più spesso a dati, rendendo tanto complessa, quanto cruciale, l'attività conoscitiva - deve necessariamente essere sostenuta da una complessità dell'amministrazione sul versante delle risorse di personale di talché l'amministrazione non possa più fare a meno di accogliere il c.d. data scientist, o quantomeno figure affini in grado di governare il progresso delle nuove tecnologie nell'azione amministrativa. Sul punto è stato infatti sostenuto che il ritardo delle amministrazioni rispetto alle realtà private più attive nello scenario digitale sia legato ad un approccio al patrimonio conoscitivo, ai dati e alle informazioni detenute dalle pubbliche amministrazioni, "di tipo essenzialmente proprietario [...], il che contribuisce a rendere complesse le dinamiche di integrazione"⁷.

Lo sguardo alle riforme più recenti consente di tracciare un bilancio essenziale in ordine alla cultura amministrativa e di pervenire alla conclusione che, nonostante i numerosi interventi legislativi e le ripetute esortazioni provenienti dal dibattito scientifico ad intraprendere un processo di adeguamento dell'apparato amministrativo alle sfide che presenta il 'mondo digitale', si sia ancora lontani, come rimarcato dal Rapporto DESI del 2021, dal perseguimento dell'obiettivo.

Una delle principali ragioni che ha sensibilmente rallentato il processo di empowerment tecnico dell'organizzazione amministrativa consiste nell'aver accordato un favore nell'accesso ai ruoli, in continuità con il passato, a giuristi - o comunque a figure provenienti da una formazione umanistica - rispetto a soggetti con expertise tecnico-ingegneristiche.

È evidente, dunque, che il progresso tecnologico e l'avanzamento di una cultura amministrativa digitale impone una netta inversione di tendenza, che favorirebbe evidentemente anche un effettivo e pieno esercizio del potere di controllo da par-

⁶ Sul punto, sono molto interessanti le notazioni svolte da M. Falcone, *La data science come nuovo sapere dei funzionari pubblici*, in www.ajpda.it. Si veda, inoltre, il lavoro di P. Forte, *Diritto amministrativo e data science. Appunti di intelligenza amministrativa artificiale (AAI)*, in *Pers. amm.*, 2020, pp. 247 ss.

⁷ E. Carloni, *Algoritmi su carta. Politiche di digitalizzazione e trasformazione digitale delle amministrazioni*, in *Dir. pubbl.*, 2019, pp. 389-390.

te dei funzionari amministrativi deputati a maneggiare strumenti informatici tradizionali e di autoapprendimento.

2. Algoritmi ad automazione tradizionale, algoritmi ad automazione avanzata e potere di controllo

Nel corso di questi ultimi anni, e cioè a partire dal 2017 sino ad oggi, la giurisprudenza amministrativa ha catturato il centro della scena con diverse pronunce volte a creare uno statuto dell'amministrazione per algoritmi a legislazione invariata, occupandosi a più riprese della possibilità di utilizzare tali strumenti nei procedimenti discrezionali, ovvero solo in quelli vincolati, cercando di garantire la piena trasparenza del procedimento automatizzato.

Nondimeno, una recente pronuncia del Consiglio di Stato, la n. 7891 del 2021, ha analizzato il tema da una prospettiva radicalmente opposta rispetto a quella privilegiata sino a quel momento dalla precedente giurisprudenza amministrativa, valorizzando indirettamente la questione della indispensabile contaminazione dei saperi dei funzionari pubblici e cercando di delimitare sotto il profilo definitorio – con evidenti ricadute applicative – la nozione di algoritmo ed il rapporto tra quest'ultimo e la c.d. automazione amministrativa avanzata⁸.

La decisione del Supremo consesso amministrativo ora richiamata - che si incentra specificamente sulla perimetrazione della nozione di “algoritmo di trattamento” nell'ambito e nel contesto di una procedura di gara per la fornitura di dispositivi medici (*Pacemaker*) con elevato grado di automazione - pur discostandosi nell'esito conclusivo dal giudice di prime cure, accoglie l'interpretazione terminologica del T.A.R. Lombardia che, con la sentenza n. 843 del 2021⁹, la quale definisce l'algoritmo di trattamento “una sequenza finita di istruzioni, ben definite e non ambigue, così da poter essere eseguite meccanicamente e tali da produrre un determinato risultato”. Secondo il Consiglio di Stato, l'applicazione di tale nozione a sistemi tecnologici è ineludibilmente collegata al concetto di automazione, vale a dire sistemi di azione e controllo idonei a ridurre l'intervento umano, che è tenuto a graduare l'esercizio di poteri di amministrazione attiva in ragione della complessità e dall'accuratezza dell'algoritmo che la macchina è chiamata a processare¹⁰.

⁸ Cons. Stato, Sez. III, 25 novembre 2021, n. 7891, in *Dir. internet*, 2021, pp. 157 ss., con nota di G. Gallone, *Il Consiglio di Stato marca la distinzione tra algoritmo, automazione ed intelligenza artificiale*, pp. 161 ss. Per ulteriori commenti alla pronuncia, cfr. P. Clarizia, *La nozione di algoritmo “tecnologico” secondo una recente decisione del Consiglio di Stato*, in *Osservatorio sullo Stato Digitale*, 13 gennaio 2022, nonché, anche per uno sguardo esteso alla disciplina europea, F. Paolucci, *Algoritmi e intelligenza artificiale alla ricerca di una definizione: l'esegesi del Consiglio di Stato alla luce dell'AI Act*, in *Giustizia insieme*, 8 aprile 2022.

⁹ T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 31 marzo 2021, n. 843, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁰ Non condivide tale interpretazione P. Clarizia, *La nozione di “algoritmo tecnologico”*, cit., ove si ritenga

La logica seguita dall'algoritmo definito ad automazione tradizionale, così come correttamente richiamato dal Consiglio di Stato, è dunque quella “*if, then*”, nel senso che si inserisce nella sequenza procedimentale definendo in via preventiva gli interi passaggi che la macchina dovrà seguire e che condurrà ad una ed una sola decisione che sarà tenuta a prendere la pubblica amministrazione.

Diversamente, i sistemi di intelligenza artificiale contengono meccanismi di autoapprendimento (c.d. *machine learning*), in quanto, non eseguendo regole predefinite a monte, apprendono dalle operazioni in precedenza svolte, elaborano costantemente nuovi criteri di inferenza tra dati¹¹ ed assumono decisioni efficienti sulla base di tali elaborazioni, secondo un processo di apprendimento automatico¹².

La demarcazione terminologica fornita dalla giurisprudenza amministrativa dimostra come le pubbliche amministrazioni debbano necessariamente attrezzarsi, dal punto di vista delle nuove competenze informatiche, non solo nella prospettiva di poter esercitare il controllo successivo rispetto all'attività svolta dalla macchina in luogo del ‘funzionario persona fisica’ – aspetto sul quale si indugerà successivamente – ma anche per evitare, come è avvenuto nel caso di specie, di incorrere in errori (ovvero imprecisioni, appunto, terminologiche) nella redazione del bando di gara, non distinguendo gli algoritmi tradizionali da quelli “intelligenti” ed “avanzati”.

Nella decisione in analisi, infatti, la *lex specialis* si riferiva esclusivamente al concetto di algoritmo, ed il Consiglio di Stato, attraverso un procedimento di sussunzione secondo il quale, detto in altri termini, il più contiene in meno, ha ritenuto che l'intelligenza artificiale rientri nel novero degli algoritmi informatici, ed anzi sia maggiormente performante dell'algoritmo tradizionale, in quanto “le esigenze dell'amministrazione sono il *prius*, sia dal punto di vista funzionale che logico, dal quale il procedimento di gara si dipana, e non possono certamente essere pretermesse o prevaricate da interpretazioni che alla luce del principio di massima partecipazione finiscano per imporre all'amministrazione un bene che essa non vuole”¹³.

che “l'automatismo (inteso quale assenza d'intervento umano ai fini dell'attivazione del procedimento volto alla soluzione del problema) non appare una proprietà essenziale dell'algoritmo”.

¹¹ In passato, già D. Marongiu, *L'attività amministrativa automatizzata*, Rimini, 2005, p. 80, aveva affermato come i sistemi esperti fossero in grado di ricavare autonomamente i criteri guida per la scelta da dover compiere. Secondo P. Domingos, *L'algoritmo definitivo*, Torino, 2016, p. 15, il sistema di *machine learning* costituisce “qualcosa di completamente nuovo: una tecnologia che si costruisce da sé”.

¹² Si tratta di quelli che G. Gallone, *Il Consiglio di Stato marca la distinzione*, cit., pp. 166-167, definisce come “algoritmi ad automazione avanzata”, nella misura in cui “l'automazione non attiene più solo alla elaborazione dell'input ed al computo del relativo risultato, ma, più in profondità, al compimento di scelte intermedie che costituiscono, anch'esse, momenti di esercizio della capacità autoritativa dell'amministrazione”.

¹³ Cons. Stato, Sez. III, 25 novembre 2021, n. 7891, in www.giustizia-amministrativa.it, punto 8.1.

Quello che potrebbe sembrare un mero chiarimento terminologico svela, a ben vedere, delle rilevanti questioni applicative in grado di incidere, in un futuro non troppo lontano, sulla diffusione del modello dell'amministrazione per algoritmi: se è vero, infatti, che l'intelligenza artificiale rientra all'interno del novero degli algoritmi informatici¹⁴, è altrettanto importante sottolineare come un tale approdo della giurisprudenza amministrativa – discostandosi dall'interpretazione letterale della clausola del bando di gara – rischi di sacrificare la imprescindibile garanzia dell'apporto umano all'interno di un procedimento amministrativo sull'altare di una plausibile maggiore efficienza delle caratteristiche tecniche e funzionali dei beni da reperire sul mercato¹⁵.

In altre parole, basterebbe ogni volta, anche in sede procedimentale, ricorrere alla locuzione “algoritmo” e ritrovarsi invece con sistemi di *machine learning*, difficilmente controllabili ed in cui lo spazio per l'intervento del funzionario amministrativo è del tutto assente, compromettendo gravemente la tenuta dei diritti fondamentali dei cittadini¹⁶.

Dopo aver analizzato brevemente questa importante ed innovativa decisione del giudice amministrativo, sembra utile cercare di comprendere quali possano essere i limiti che riguardano l'esercizio del potere di controllo, per un verso, quando l'algoritmo utilizzato sia un algoritmo deterministico (ossia ad automazione tradizionale) e, per un altro verso, quando si ricorra a sistemi informatici di autoapprendimento.

In un primo caso, e cioè laddove l'algoritmo non presenti difficoltà di com-

¹⁴ Sul punto, si registrano opinioni discordanti da parte dei primi due commentatori della pronuncia. Nel senso di un rapporto genere a specie, cfr. G. Gallone, *Il Consiglio di Stato marca la distinzione*, cit., p. 163, sostiene che l'intelligenza artificiale rappresenta “una forma innovativa di automazione che, come tale, si fonda, al pari di quella tradizionale, su un algoritmo espresso in linguaggio informatico”. Diversamente, P. Clarizia, *La nozione di “algoritmo tecnologico”*, cit., secondo il quale “non appare condivisibile la sussunzione dell'intelligenza artificiale nella nozione di algoritmo [...] che presuppone il determinismo di ciascun passaggio, la finitezza dei dati utilizzati e l'univocità del risultato. Rispetto a tali proprietà, infatti, gli elementi che caratterizzano l'intelligenza artificiale (l'elaborazione continua di nuovi criteri e parametri decisionali, l'apprendimento continuo di ulteriori dati e regole nuove, l'imprevedibilità delle decisioni che possono essere assunte) si pongono in palese antitesi”. In continuità con tale interpretazione, D. Marongiu, *Algoritmo e procedimento amministrativo: una ricostruzione*, in *Giur. it.*, 2022, p. 1518, che rinvia due specifiche distinzioni tra algoritmi ‘tradizionali’ e sistemi di intelligenza artificiale: la prima riguarda la conoscibilità del processo decisionale (possibile negli algoritmi tradizionali, molto meno in quelli di intelligenza artificiale); la seconda, invece, che rappresenta un freno al loro uso nell'esercizio del potere amministrativo, attiene al profilo della responsabilità.

¹⁵ In questo senso, C. Coglianese, D. Lehr, *Transparency and Algorithmic Governance*, in *Adm. Law Rev.*, 2019, p. 8, sostiene espressamente come “with the advancement of machine-learning techniques and the proliferation of supporting back-end data infrastructures, the role for algorithms in government is likely to expand”.

¹⁶ Simili perplessità sono sollevate anche da F. Paolucci, *Algoritmi e intelligenza artificiale alla ricerca di una definizione*, cit.

preensione intrinseca, è la frattura conoscitiva che intercorre tra le spinte tecnologiche e le riserve giuridiche a costituire il principale ostacolo all'esercizio della funzione di controllo. Un funzionario carente delle competenze ingegneristiche necessarie non sarebbe in grado di verificare, ad esempio, il rispetto delle regole procedurali, la completezza dell'istruttoria e, dunque, la conformità al buon andamento durante il suo "farsi"¹⁷. La tipologia di algoritmo utilizzato assume, ad avviso di chi scrive, particolare importanza ove si consideri che negli algoritmi 'tradizionali' - non incomprensibili anche per i programmatori stessi - l'apporto umano, seppur esclusivamente in fase di programmazione, viene garantito e potrebbe riemergere all'atto dell'esercizio della funzione di controllo, ma solo allorché le strutture interne all'amministrazione si dirigano verso una riorganizzazione interna ispirata alla tecnificazione.

Il quadro appena delineato, dal quale si manifesta una potenziale (ma condizionata) apertura alla possibilità dell'amministrazione di esercitare il potere di controllo nell'ambito di un procedimento automatizzato, vacilla laddove i pubblici poteri facciano uso degli algoritmi di *machine learning*¹⁸.

In queste circostanze, invero, più che porsi il problema di una amministrazione inconsapevole, ritorna l'idea della decadenza dell'esercizio del controllo e, segnatamente, della funzione amministrativa. Ove, infatti, un algoritmo fornisca autonomamente un assetto di interessi da realizzare, compia una indagine istruttoria sino a giungere alla decisione senza apporto umano in fase di programmazione dello strumento informatico, non si comprende come possa essere garantita una parentesi procedimentale nella quale l'amministrazione svolgerebbe un controllo interno, funzionale, come si è detto, non solo a garantire il principio del buon andamento quanto, piuttosto, a divenire momento di legittimazione della decisione algoritmica¹⁹.

Possono essere recuperate, con l'intenzione di adeguarle al contesto attuale, le notazioni di chi, in passato, ha ritenuto che "non esiste programmazione se non

¹⁷ Si condividono le opinioni sul punto di B. Marchetti, *La garanzia dello human in the loop alla prova della decisione amministrativa algoritmica*, in *Biolaw Journal*, 2021, p. 381, per la quale l'introduzione di capacità informatiche e matematiche "adeguate nella forza lavoro della p.a. avrebbe l'effetto di rendere possibile, una volta sviluppato il sistema di intelligenza artificiale, un controllo effettivo sul suo funzionamento e sui suoi *output*".

¹⁸ B. Marchetti, *ult. op. cit.*, p. 372, che, riferendosi, a titolo esemplificativo, l'algoritmo che incrociando i dati personali del passeggero di un volo aereo con i dati degli strumenti social conduca l'agente di polizia ad effettuare ispezioni supplementari nei confronti di quella specifica persona, sostiene che "le possibilità che l'agente di polizia possa effettivamente controllare gli esiti del funzionamento dell'algoritmo ed eventualmente individuarne gli errori sono molto ridotte".

¹⁹ In una prospettiva volta a valorizzare il controllo in forma di legittimazione della decisione amministrativa, soprattutto attraverso la presenza di "una griglia di regole oggettive e predeterminate" (richiamando il lavoro monografico di A. Police, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, Napoli, 1997), si veda R. Lombardi, *Contributo allo studio della funzione di controllo*, Milano, 2003, spec. pp. 253 ss.

esiste controllo che consenta la comparazione tra ciò che è stato programmato e ciò che si è verificato; non esiste controllo senza programmazione, ovvero senza aver predeterminato obiettivi, programmi [...] che devono essere realizzati durante la gestione”²⁰. La realizzazione di tali obiettivi e programmi, seguendo quindi la logica efficientistica volta al perseguimento del risultato, non può tuttavia prescindere dal rispetto dei principi fondamentali dell’azione amministrativa e dall’osservanza delle regole procedurali che costituiscono presidi di garanzia per il cittadino che subisce la decisione. Tuttavia, dalla ricostruzione svolta soprattutto in ordine alla tenuta democratica dell’amministrazione per algoritmi, sembra evidente come la trasformazione delle regole predeterminate in operazioni algoritmiche non consenta una adeguata verifica comparativa sulla coerenza tra risultato raggiunto e dati immessi²¹.

Le considerazioni svolte sulla difficoltà delle attuali pubbliche amministrazioni circa lo svolgimento del potere di controllo sull’algoritmo elaborato da un soggetto privato, tuttavia, non sembrano a maggior ragione neppure colmabili attraverso un controllo diretto del cittadino sull’operato dei pubblici poteri, confermando così quello che Romano Tassone definiva “il crescente *deficit* di capacità decisionale della politica”²². La presunzione della c.d. opacità algoritmica, infatti, è tanto più evidente ove ci si allontani dallo spazio procedimentale all’interno del quale, come si è visto, la partecipazione e la trasparenza costituiscono momenti funzionali tutt’altro che garantiti²³.

Dunque, se è vero che, in una prospettiva generale, l’effettiva conoscenza delle regole predeterminate si muove nella prospettiva di aumentare l’*accountability* delle amministrazioni, nel caso dell’amministrazione per algoritmi è evidente come vi sia in atto un percorso diretto ad un sostanziale ridimensionamento della rilevanza, giuridica e fattuale, del controllo del cittadino, in quanto la comprensibilità delle regole algoritmiche è ragionevolmente al di fuori della portata del comune cittadino, il quale difficilmente riesce a risalire alle cognizioni ingegneristiche e matematiche necessarie per la leggibilità dell’algoritmo.

D’altronde, se è vero che il controllo democratico sull’attività contribuisce alla creazione del consenso nei processi decisionali della pubblica amministrazione²⁴,

²⁰ In questi termini, cfr. F. Pica, L. D’Alessio, N. Giudicepietro, *L’ordinamento contabile degli enti locali*, Torino, 1999, p. 195.

²¹ In termini generali, M. Cammelli, *Amministrazione e mondo nuovo: medici, cure, riforme*, in *Dir. amm.*, 2016, p. 21, sostiene che “La discrezionalità non esercitata e non verificata in modo appropriato apre un vuoto enorme e un trasferimento all’esterno [...] in chiave di supplenza di valutazioni e controlli non esercitati all’interno e non esercitabili da sedi non adeguatamente attrezzate”.

²² A. Romano Tassone, *Il controllo del cittadino sulla nuova amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2002, p. 269.

²³ Sulla circostanza per cui il controllo sociale costituisca uno dei quattro pilastri sul quale si poggia la costruzione di una attività amministrativa trasparente, cfr. G. Arena, *Trasparenza amministrativa* (voce), in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, pp. 5945 ss.

²⁴ In questo senso, cfr. R. Lombardi, *Contributo*, cit., p. 256.

è altrettanto vero come l'affermazione di una amministrazione di risultato comporta, dal punto di vista del cittadino, "la concreta impossibilità di esercitare il controllo se non su aspetti estremamente circoscritti e puntuali di un'azione amministrativa dai larghi orizzonti, della quale il cittadino stesso ignora (o non comprende) i risvolti operative e le finalità complessive"²⁵.

In conclusione, ciò determina il decadimento della qualità del controllo del cittadino e la sua trasformazione in una sorta di "interferenza fastidiosa ed inutile"²⁶, tanto più in una nuova logica di amministrare che intende fare a meno di qualsiasi apporto umano che, quand'anche se ne preveda uno spazio, assume certamente un ruolo recessivo rispetto a quello imposto dalla tecnica²⁷.

3. Controllo, responsabilità e crisi della legittimazione dell'amministrazione nell'era dell'intelligenza artificiale

I limiti emersi in punto di controllo amministrativo e sociale sulle decisioni amministrative automatizzate aprono, evidentemente, un ulteriore e consustanziale aspetto problematico, che riguarda l'individuazione di profili di responsabilità della pubblica amministrazione quante volte ci si affidi ad un algoritmo ovvero ad un sistema di intelligenza artificiale per condurre un procedimento amministrativo.

Per tentare di effettuare un collegamento tra l'effettività del potere di controllo e la responsabilità delle amministrazioni pubbliche è necessario recuperare gli approdi (non condivisibili) delle sentenze n. 8479 del 2019 e n. 881 del 2020 che, nell'ammettere l'utilizzo di tali strumenti informatici nei procedimenti discrezionali, poco dopo si avvedono dell'aspetto problematico relativo all'imputazione degli esiti del provvedimento amministrativo, affermando che "al fine di applicare le norme generali e tradizionali in tema di imputabilità e responsabilità, occorre garantire la riferibilità della decisione finale all'autorità ed all'organo competente in base alla legge attributiva del potere"²⁸.

Il rinvio del giudice amministrativo è funzionale a richiamare il noto principio di immedesimazione organica²⁹, criterio di imputazione dell'atto amministrativo

²⁵ L'efficace pensiero è di A. Romano Tassone, *Il controllo del cittadino*, cit.

²⁶ A. Romano Tassone, *Il controllo del cittadino*, cit.

²⁷ Aspetto recentemente sottolineato da M.R. Spasiano, *Il diritto amministrativo nell'era della transdisciplinarietà*, in *Dir. soc.*, 2021, p. 688, il quale afferma che "la migliore soluzione possibile, nella prospettiva del tecnologo, è ridurre l'impatto giuridico sulle soluzioni possibili e se proprio ciò non dovesse risultare possibile, adoperarne quanto basta, con scetticismo e cautela per non rimanere invischiati in inutili e defatiganti meccanismi".

²⁸ Cons. Stato, sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881, punto 10.6.

²⁹ Sul tema, da ultimo, M.C. Cavallaro, *Immedesimazione organica e criteri di imputazione della responsabilità*, in *Pers. amm.*, 2019, pp. 39 ss.

(tradizionale), che consente di attribuire direttamente alla persona giuridica gli atti ed i relativi effetti nonché, più in generale, l'attività dei suoi organi.

Prima di comprendere se sia possibile agganciare (vincolare) l'amministrazione per algoritmi ad un modello di responsabilità compatibile con quelli che fornisce l'ordinamento, sembra necessario comprendere in primo luogo se i pubblici poteri, laddove ricorrano all'utilizzo di strumenti informatici così pervasivi, esercitino o meno un potere. Nel caso di utilizzo di algoritmi deterministici e, cioè, ove si automatizzi un procedimento vincolato in quanto eterodiretto dalla legge, è opinione abbastanza consolidata che la pubblica amministrazione non eserciti un potere in senso sostanziale. L'unica prospettiva valida nel senso di una amministrazione responsabile in questo ambito potrebbe sembrare quella per cui il potere esercitato dai pubblici uffici si rinverrebbe nella scelta stessa di ricorrere ad un procedimento automatizzato e, inoltre, nei processi di 'educazione' dell'algoritmo.

Se, invece, le strutture organizzative dovessero avvalersi di algoritmi di autoapprendimento, in cui l'apporto umano viene del tutto *bypassato* anche nella fase di predeterminazione dell'algoritmo, neanche in questa circostanza potrebbe dirsi che il potere venga concretamente esercitato, in quanto il momento ponderativo degli interessi viene sostituito dall'attività della macchina, rendendo di fatto obsoleta la figura del responsabile del procedimento³⁰.

Nei procedimenti condotti sulla scorta di un algoritmo di autoapprendimento, infatti, non solo non sarebbe possibile cogliere quel ruolo che l'ordinamento gli attribuisce nel senso di essere "guida del procedimento, elemento di propulsione e coordinamento dell'istruttoria e, correlativamente, interlocutore unico, sicuro punto di riferimento, dei cittadini nei loro rapporti con l'amministrazione"³¹, ma non si potrebbe neppure immaginare il responsabile del procedimento con l'immagine in passato idealmente raffigurata da Frosini, in virtù del quale svolgerebbe compiti da "funzionario virtuale"³². In questi casi tale figura, infatti, allo stesso modo in cui si comporterebbe un funzionario "umano", sarebbe tenuta a predisporre una bozza di provvedimento da sottoporre al dirigente dell'unità organizzativa che, almeno in una prospettiva teorica, rimarrebbe il responsabile della decisione assunta³³.

La ricostruzione formulata dalla dottrina che si è occupata di tale aspetto po-

³⁰ In una prospettiva estremamente ottimistica, cfr. D-U. Galetta, *Digitalizzazione e diritto ad una buona amministrazione*, cit., p. 88, il quale vede nella figura del responsabile del procedimento il soggetto in grado di ridurre il *digital divide* che intercorre tra amministrazione e cittadini. Nello stesso senso, D. Donati, *Digital divide e promozione della diffusione delle ICT*, in F. Merloni (a cura di), *Introduzione all'e-government: pubbliche amministrazioni e società dell'informazione*, Torino, 2005, pp. 209 ss.

³¹ M. Immordino, M.C. Cavallaro, N. Gullo, *Il responsabile del procedimento*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., p. 550.

³² V. Frosini, *L'informatica e la pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1983, p. 484.

³³ In tal senso, A.G. Orofino, R.G. Orofino, *L'automazione amministrativa: imputazione e responsabilità*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, p. 1311, nonché M.C. Cavallaro, *Imputazione e responsabilità*, cit., p. 72.

trebbe reggere sul piano teorico ed essere funzionale ad ancorare le decisioni interamente automatizzate a profili di responsabilità³⁴, ma non può non sottolinearsi come la realtà rappresentata dall'impatto dell'intelligenza artificiale nei processi decisionali sembra prospettarci una strada completamente diversa, che trae spunto proprio dalla impossibilità – allo stato attuale – di controllare gli esiti degli strumenti informatici a causa sia della complessità di questi ultimi, sia del divario digitale che caratterizza l'attuale organizzazione del personale amministrativo.

Infatti, l'utilizzo del *machine learning* renderebbe del tutto inutile una figura così come quella delineata dagli articoli 5-6 della legge n. 241 del 1990, poiché non si comprenderebbe come il responsabile del procedimento sarebbe in grado, ad esempio, di accertare d'ufficio i fatti e adottare “ogni misura per l'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria”, in quanto il sollecito (e completo) svolgimento dell'istruttoria dovrebbe per definizione essere garantito dall'algoritmo.

Tuttavia, il principale nodo da sciogliere riguarda la possibilità, per l'organo competente per l'adozione del provvedimento finale, di discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria condotta dal *responsabile del procedimento virtuale* fornendone una adeguata motivazione.

In tale contesto emerge (o, meglio, riemerge) senza alcun dubbio una intensa relazione tra i principi di responsabilità e trasparenza e l'obbligo di motivazione al fine di adottare un provvedimento diverso non ritenendo valide le conclusioni raggiunte in sede istruttoria. Invero, anche sulla scorta di quanto già detto in precedenza, sarebbe estremamente complesso per un qualsiasi organo competente per l'adozione del provvedimento finale cogliere le dinamiche sottese all'algoritmo di autoapprendimento, laddove, proprio in queste circostanze, si è in presenza di strumenti informatici così “autonomi” che neppure i programmatori, talvolta, sono in grado di cogliere tutti i passaggi che la macchina ha fornito³⁵. Ancora una volta, la trasparenza potrebbe essere la chiave di risoluzione, poiché crea un collegamento con la responsabilità dell'amministrazione di dimostrare che l'*input* fornito ed il funzionamento dell'algoritmo siano conformi ai parametri imposti dall'ordinamento³⁶ in termini di ragionevolezza³⁷.

³⁴ Come viene sostenuto di recente da V. Neri, *Diritto amministrativo e intelligenza artificiale: un amore possibile*, in *Urb. app.*, 2021, p. 592; ma, in questi termini, già si era espressa M.C. Cavallaro, *Imputazione e responsabilità*, cit., pp. 72-73.

³⁵ Sul punto, in termini simili, si veda anche la condivisibile opinione di M. Interlandi, L. Tomassi, *La decisione amministrativa algoritmica*, in A. Contieri (a cura di), *Approfondimenti di diritto amministrativo*, Napoli, 2021, p. 454, ove le Autrici sostengono che se in linea teorica il funzionario dovrebbe potersi discostare dalle risultanze dell'algoritmo, fornendone una adeguata motivazione, in concreto “sembra difficile immaginare che il funzionario sia effettivamente in grado di “contestare” il processo algoritmico, rispetto al caso concreto, avventurandosi nella dinamica tecnologica che ha generato una determinata soluzione”.

³⁶ Ancora, sul punto, V. Brigante, *Evolving pathways of administrative decisions*, Napoli, 2019, p. 166.

³⁷ M.C. Cavallaro, *Imputazione e responsabilità*, cit., pp. 73-74, che rinviene nella ragionevolezza “il criterio di discernimento, attraverso cui l'amministrazione può valutare gli esiti della procedura auto-

Questa difficoltà intrinseca circa il ricorso a tali strumenti informatici rende evidente un altro profilo problematico, conseguente a quello della conoscenza piena delle dinamiche algoritmiche; si tratta di un aspetto già sottolineato ma che, tuttavia, merita di essere riproposto per esprimere un giudizio circa l'inapplicabilità delle regole procedurali dettate dall'articolo 6 della legge n. 241 del 1990. Sarebbe davvero ipotizzabile che l'organo competente all'adozione del provvedimento finale fornisca una adeguata motivazione sull'intenzione di non volersi adeguare alle risultanze dell'istruttoria automatizzata, laddove lo stesso non goda degli strumenti tecnici per poter comprendere le 'motivazioni della macchina'?

La risposta è certamente negativa e richiama il più generale ruolo delle nuove tecniche nei processi decisionali delle pubbliche amministrazioni ed al ruolo delle competenze degli apparati burocratici.

Infatti, solo laddove gli 'amministratori' saranno in grado di gestire l'evoluzione ed i progressi delle tecniche informatiche, l'utilizzo degli algoritmi nei processi decisionali costituirà un mezzo per il miglior perseguimento del pubblico interesse, rendendo così applicabili e nuovamente attuali (anche) regole come quelle di cui all'articolo 6 della legge generale sul procedimento amministrativo. In caso contrario, e cioè laddove si continui a non investire sull'incremento, quantitativo e qualitativo, della pianta organica dei pubblici funzionari, l'apporto intellettuale umano avrà un impatto sempre minore rispetto a quello della tecnica, che diventerà predominante in ogni fase del procedimento di formazione delle scelte amministrative e che non consentirà certamente alla tradizionale figura del responsabile del procedimento di apportare correttivi e miglioramenti rispetto all'istruttoria condotta dall'algoritmo e, conseguentemente, di effettuare un controllo pieno ed effettivo sulla correttezza dello strumento informatico, che potrà condurre a legittimare in concreto l'esercizio della funzione amministrativa in queste specifiche circostanze.

matizzata e provvedere di conseguenza, ovvero se discostarsene", in quanto "Il compito dell'amministrazione è dunque quello di accertare che la decisione finale, frutto di una procedura automatizzata, non sia in palese contraddizione rispetto alla finalità intrinseca, e cioè rispetto all'interesse pubblico, che l'amministrazione intende perseguire attraverso la decisione medesima".

LA SFIDA DELL'INTERVENTO UMANO NELL'ERA DELL'EFFICIENZA ALGORITMICA

LAURA GRIMALDI

1. Introduzione

Il ricorso alle nuove tecnologie predittive e ai processi decisionali automatizzati rappresenta una realtà sempre più consolidata all'interno dei procedimenti pubblici, sia politici che amministrativi¹. Sul versante della pubblica amministrazione, duole constatare l'assenza di una mappatura ufficiale sullo stato dell'arte relativo all'utilizzo attuale e potenziale di soluzioni di Intelligenza Artificiale (IA) da parte delle amministrazioni, sia centrali che locali.

Tuttavia, la tendenza generale è di accrescere gli impieghi di queste nuove tecnologie, come evidenziato dal Programma Strategico Intelligenza Artificiale 2022-2024². La Strategia italiana, infatti, esemplifica i settori e le attività amministrative in cui impiegare l'IA; tra questi spiccano la gestione di grandi flussi di dati e informazioni, la produzione di assistenti virtuali e chatbot, l'elaborazione di analisi predittive dei rischi di impresa e di supporto all'esame delle istanze di incentivi economici, ma anche la lotta all'evasione fiscale e la prevenzione di illeciti, le verifiche tributarie o la valutazione di politiche pubbliche in generale³.

La disamina del dato reale ci offre un quadro molto variegato, che alterna esempi poco virtuosi⁴ ad altri più pregevoli. Basti richiamare il sistema di classificazione e di smistamento automatico delle PEC adoperato dall'Istituto Nazionale di Previdenza Sociale (INPS), destinatario di un prestigioso premio internazionale. L'IRCAI, centro per l'Intelligenza Artificiale patrocinato dall'UNESCO, ha ri-

¹ *Ex multis*, A. Cardone, "Decisione algoritmica" vs decisione politica? *A.I. Legge Democrazia*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021.

² Governo italiano, *Programma Strategico Intelligenza Artificiale 2022-2024*, 24 novembre 2021, p. 18, disponibile al sito assets.innovazione.gov.it.

³ *Ibidem*, B. Marchetti, *La garanzia dello human in the loop alla prova della decisione amministrativa algoritmica*, in *BioLaw Journal*, 2, 2021 p. 369, l'A. evidenzia come nell'ambito delle PP.AA. italiane: «troviamo, infatti, l'impiego di algoritmi nel settore della sicurezza (algoritmi-poliziotto), in quello bancario (algoritmi che segnalano anomalie indicative di possibile riciclaggio), nell'amministrazione fiscale (algoritmi che segnalano possibili rischi di frodi fiscali), in ambito sanitario, in materia di contratti pubblici, nei servizi pubblici (ad esempio alcuni algoritmi sono adoperati per la determinazione delle tariffe di acqua ed energia), nell'impiego pubblico e perfino nella classificazione delle zone rosse, arancioni e gialle utilizzate dal governo per differenziare l'applicazione delle misure anti-Covid 19».

⁴ Celebre l'algoritmo di assegnazione automatizzata del personale docente utilizzato dal MIUR. Sulla vicenda "buona scuola" si v., *ex multis*, F. Laviola, *Algoritmico, troppo algoritmico: decisioni amministrative automatizzate, protezione dei dati personali e tutela delle libertà dei cittadini alla luce della più recente giurisprudenza amministrativa*, in *BioLaw Journal*, 3, 2020, pp. 389 e ss.

conosciuto la rilevanza del progetto qualificandolo come «eccezionale» e inserendolo tra i dieci sistemi più innovativi su scala mondiale⁵. In sintesi, l'algoritmo di *machine learning* adoperato dall'Istituto permette di indirizzare automaticamente ciascuna PEC ricevuta verso l'ufficio competente e più specializzato nella materia oggetto della comunicazione, "leggendone" il contenuto. In tal modo, la decisione algoritmica ha generato un vantaggio duplice, poiché, da un lato, ha ridotto notevolmente i tempi di risposta all'utente, di solito lunghi considerato che l'INPS riceve oltre 4 milioni di PEC all'anno; d'altro canto, la scelta di delegare l'attività di smistamento automatico alla macchina ha permesso ai funzionari di dedicarsi ad altre mansioni, migliorando la qualità complessiva della *performance*.

Le riflessioni svolte durante i lavori di questo convegno hanno opportunamente sottolineato come l'uso dell'IA consentirebbe, almeno in teoria, di incrementare l'efficienza e l'efficacia dell'azione pubblica, nonché di garantire una maggiore imparzialità dell'attività e delle procedure amministrative. Come chiarito dal Consiglio di Stato, l'impiego della tecnica automatizzata trova già un forte radicamento nei principi di buon andamento e imparzialità dell'amministrazione, rappresentando una «doverosa applicazione dell'art. 97 Cost.»⁶, specie quando l'algoritmo è adoperato per snellire quelle attività seriali, standardizzate e prive di discrezionalità per l'amministrazione. Inoltre, la diffusione di soluzioni di IA simili a quella descritta promette di migliorare l'intero rapporto tra cittadini e amministrazione, che ne potrebbe beneficiare in termini di maggiore accessibilità ai servizi, guadagnando nuove modalità interlocutorie semplificate con una PA realmente "amichevole".

D'altro canto, la casistica applicativa ha dimostrato come un uso non controllato dell'IA rappresenti una minaccia per i diritti fondamentali, a causa di *output* algoritmici *biased*, discriminatori e opachi⁷.

Nel *trade-off* tra potenzialità e rischi insiti nella rivoluzione artificiale, merita un interesse particolare il tema delle interazioni uomo-macchina e, più nel dettaglio, dell'intervento umano all'interno del processo decisionale pubblico. Difatti, il bilanciamento tra benefici e criticità dell'IA nel *public decision making* può essere garantito rintracciando una misura di equilibrio tra la componente umana e quella artificiale della decisione⁸.

⁵ Cfr. la comunicazione pubblicata sul sito dell'INPS relativa all'assegnazione del premio, *INPS nella Top 10 mondiale dell'Intelligenza Artificiale di IRCAI UNESCO*, 20 dicembre 2021, in <https://www.inps.it/news/inps-nella-top-10-mondiale-dellintelligenza-artificiale-di-ircai-unesco>.

⁶ Così Cons. St. (sezione VI), sentenza 8 aprile 2019, n. 2270, p.to 8.1. Sull'apertura della giurisprudenza amministrativa all'innovazione tecnologica i v. la relazione di L. Carbone, *L'algoritmo e il suo giudice*, in questo volume.

⁷ Tra tutti gli esempi basti richiamare il noto caso *Loomis*; cfr. A. Simoncini, S. Suweis, *Il cambio di paradigma nell'intelligenza artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 1, 2019, pp. 93 e ss.

⁸ *Ex multis*, G. Marchetti, *La garanzia dello human in the loop alla prova della decisione amministrativa algoritmica*, cit., pp. 367 e ss.

In questa sede se ne ragionerà in termini di sfida: saranno evidenziate infatti le principali criticità di natura tecnica e giuridica a un intervento umano significativo, prospettando possibili soluzioni.

2. La fallibilità dell'intervento umano tra limiti normativi e tecnici

Nell'ambito dei processi decisionali basati sugli algoritmi, l'intervento umano viene configurato dalla dottrina come nuovo diritto o come principio costituzionale emergente, consistente nella pretesa giuridicamente tutelata di essere destinatari di decisioni che siano il risultato di un processo in cui sia sempre presente la componente umana⁹. Difatti la *ratio* dell'intervento umano risiede nel rendere effettive le garanzie di trasparenza, *explainability* ed eguaglianza della decisione algoritmica, altrimenti delegate alla convinzione fideistica che la macchina opererà *ex se* in modo corretto sul piano tecnico e legittimo su quello giuridico. Pertanto, l'intervento umano è stato interpretato anzitutto come principio di non esclusività della decisione amministrativa algoritmica¹⁰, che impone la necessaria presenza umana, precedente, contestuale o successiva alla decisione finale.

Per quanto riguarda il diritto positivo, il *framework* normativo attualmente in vigore già riconosce un diritto alla componente umana nei processi decisionali algoritmici, in particolare nel Regolamento generale sulla protezione dei dati (GDPR)¹¹. Al considerando 71, infatti, il GDPR recita: «L'interessato dovrebbe avere il diritto di non essere sottoposto a una decisione, [...], che sia basata unicamente su un trattamento automatizzato e che produca effetti giuridici che lo riguardano o incida in modo analogo significativamente sulla sua persona senza interventi umani». Inoltre, l'art. 22, che differenzialmente dal considerando ha valore immediatamente precettivo e direttamente vincolante, reca il divieto di trattamenti esclusivamente algoritmici e riconosce «il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona»¹².

⁹ A. Simoncini, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal*, 1, 2019, pp. 79 e ss.; G. De Minico, *Towards an "Algorithm Constitutional by Design"*, in *BioLaw Journal*, 2, 2021, pp. 393 e ss.; C. Casonato, *Costituzione e intelligenza artificiale: un'agenda per il prossimo futuro*, in *BioLaw Journal, Special issue 2*, 2019, pp. 722 e ss.; M. Fasan, *I principi costituzionali nella disciplina dell'Intelligenza Artificiale. Nuove prospettive interpretative*, in *DPCE online*, 1, 2022, pp. 198 e ss.; L. Rinaldi, *Intelligenza artificiale, diritti e doveri nella Costituzione italiana*, in *DPCE online*, 1, 2022, pp. 213 e ss.; F. Donati, *Intelligenza artificiale e giustizia*, in *Rivista AIC*, 1, 2020, pp. 428 e ss.

¹⁰ Si v. il T.A.R. Lazio (sezione III *bis*), sentenza 10 settembre 2018, n. 9225, punto 5.1, sull'impiego solo strumentale dell'algoritmo e mai surrogatorio dell'attività umana, come imposto dagli artt. 3, 24, 97 della Costituzione oltre che all'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

¹¹ Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016. Cfr. A. Mobilio, *L'intelligenza artificiale e le regole giuridiche alla prova: il caso paradigmatico del GDPR*, in *Federalismi.it*, 16, 2020, pp. 266 e ss.

¹² Art. 22, par. 1, GDPR.

La norma è considerata il principale referente normativo in materia di decisioni automatizzate, pur senza specificare fino a che punto l'intervento umano sia idoneo a legittimare un trattamento esclusivamente automatizzato¹³. Sotto questo profilo risulta dirimente l'intervento del *Gruppo di Lavoro Articolo 29* – ora sostituito dal Comitato europeo per la protezione dei dati – poiché disegna in negativo le condizioni di un intervento solo simbolico, quindi non conforme all'art. 22, specificando che si esso si verifica quando «*qualcuno applica abitualmente profili generati automaticamente a persone fisiche senza avere alcuna influenza effettiva sul risultato*»¹⁴. In definitiva, l'art. 22 secondo l'interpretazione del Comitato individua i requisiti essenziali per scongiurare il rischio di un intervento cd. *rubber stamp*¹⁵, imponendo che esso sia significativo, poiché l'attività di controllo deve essere idonea a modificare la decisione¹⁶.

D'altro canto, la norma è soggetta a un numero considerevole di eccezioni che rischiano di alterare in maniera significativa la sua portata e di rendere ineffettiva l'applicabilità di tale garanzia¹⁷. Difatti, essa non opera quando il trattamento è necessario per la conclusione o l'esecuzione di un contratto¹⁸; se autorizzato dal diritto europeo o dello Stato membro¹⁹; infine, se vi è consenso esplicito dell'interessato²⁰.

I limiti della disposizione sono evidenti.

Si pensi anche solo all'istituto del consenso dell'interessato²¹, che il regolamento indica come base legittimante il trattamento automatizzato dei dati personali²² e

¹³ Come rilevato da F. Donati, *Intelligenza artificiale e giustizia*, cit., p. 429.

¹⁴ Gruppo di lavoro Articolo 29, ora European Data Protection Board (EDPB), nelle *Linee guida sul processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche e sulla profilazione ai fini del regolamento 2016/679*, WP 251 rev.01, versione emendata e adottata in data 6 febbraio 2018, pp. 23 e ss., dove sono riportati alcuni esempi di intervento umano non significativo.

¹⁵ G. Malgieri, C. Comandè, *Why a Right to Legibility of Automated Decision-Making Exists in the General Data Protection Regulation*, in *International Data Privacy Law*, 4, 2017, pp. 13 e ss. e M. E. Kaminski, *The Right to Explanation, Explained*, in *Berkley Technology Law Journal*, 1, 2019, pp. 200 e ss.

¹⁶ Gruppo di lavoro Articolo 29, *Linee guida sul processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche e sulla profilazione ai fini del regolamento 2016/679*, cit., Secondo G. De Minico, *Towards an "Algorithm constitutional by design"*, cit., p. 395 «*a person must be present, in order that the objections of the data subject may be listened to and taken into account, for the purpose of modifying the initial automated decision if it was unfair, biased or wrong. In other words, a decision-maker, either public or private, utilizing the algorithm does not satisfy this requirement by having a human rubber-stamp on algorithmic decisions*».

¹⁷ Così A. Simoncini, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, cit., p. 80.

¹⁸ Art. 22, par. 2, lett. a, GDPR.

¹⁹ Art. 22, par. 2, lett. b, GDPR.

²⁰ Art. 22, par. 2, lett. c, GDPR.

²¹ Evidenziano l'inadeguatezza di questa categoria giuridica a tutelare il diritto alla riservatezza G. De Minico, *Big data e la debole resistenza delle categorie giuridiche*, in *Diritto Pubblico*, 1, 2019, pp. 91 e ss.; C. Casonato, *Costituzione e intelligenza artificiale: un'agenda per il prossimo futuro*, cit., pp. 718 e ss.; A. Mobilio, *L'intelligenza artificiale e le regole giuridiche alla prova: il caso paradigmatico del GDPR*, cit. pp. 281 e ss.

²² Ai sensi dell'art. 4 GDPR il consenso informato è definito come «*qualsiasi manifestazione di volontà*

che secondo il considerando 32 GDPR dovrebbe esprimere «*l'intenzione libera, specifica, informata e inequivocabile di accettare il trattamento dei dati personali*».

Nella realtà dei fatti, il significato normativo del consenso è diventato altro dall'archetipo legale: un non-consenso²³ o un consenso cieco²⁴, prestato frettolosamente pur di usufruire del servizio richiesto. Pertanto, è ragionevole ipotizzare che anche nei casi di decisioni esclusivamente automatizzate i titolari dei dati si sottoporrono a trattamenti devoluti *in toto* alla macchina per beneficiare della prestazione algoritmica.

In ogni caso, ai sensi dell'art. 22, par. 3, quando la decisione esclusivamente algoritmica ricade nelle deroghe del consenso “esplicito” e del trattamento necessario alla conclusione di un contratto la normativa eurounitaria assicura all'interessato il diritto di ottenere l'intervento umano, seppur in una fase successiva alla formazione della decisione. Infatti, la componente umana, negata nel corso dell'attività decisionale, può essere recuperata *ex post*, ma sarà soggetta a una richiesta esplicita da parte del titolare dei dati, del tutto eventuale²⁵. Nemmeno questa precisazione pone al riparo da incertezze interpretative e metodologiche circa l'effettività della sorveglianza umana, come delineata nel diritto eurounitario vigente. Difatti, la garanzia di cui al par. 3 non trova applicazione quando la decisione esclusivamente algoritmica è prevista da una disposizione legislativa di uno Stato membro, rispetto al quale il regolamento si limita a stabilire che la legislazione statale dovrà includere misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi della persona.

In tal caso, è stato evidenziato che la disciplina domestica, come interpretata dal Consiglio di Stato, si presenta più garantista rispetto al GDPR, nella misura in cui radica il diritto all'intervento umano direttamente in Costituzione, oltre che nelle regole che disciplinano il procedimento amministrativo e le procedure pubbliche telematiche²⁶. Pertanto, una decisione amministrativa esclusivamente automatizzata sarebbe innanzitutto incostituzionale per violazione degli artt. 2, 3, 24, 97 Cost., oltre che contraria alla legge sul procedimento²⁷.

In definitiva, il *case law* di diritto interno sembra sanare le criticità rilevate nell'art. 22, offrendo una maggiore tutela soggettiva al destinatario della decisione algoritmica.

libera, specifica, informata e inequivocabile dell'interessato, con la quale lo stesso manifesta il proprio assenso, mediante dichiarazione o azione positiva inequivocabile, che i dati personali che lo riguardano siano oggetto di trattamento».

²³ G. De Minico, *Big data e la debole resistenza delle categorie giuridiche*, cit., p. 92 parla di consensi «*estorti con la coercizione psicologica di negare il servizio digitale a chi si fosse rifiutato di cedere i dati o li avesse ceduti senza cognizione di causa nell'ignoranza piena delle finalità del loro impiego*».

²⁴ C. Casonato, *AI and Constitutionalism: The Challenges Ahead*, in B. Braunschweig, M. Ghallab (a cura di), *Reflections on Artificial Intelligence for Humanity*, Springer, 2021, p. 129.

²⁵ A. Simoncini, *Amministrazione digitale algoritmica. Il quadro costituzionale*, in R. Cavallo Perin, D. U. Galetta (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 29.

²⁶ Ibidem.

²⁷ Ibidem.

Se in punto di diritto emerge una generale incertezza sulla configurazione normativa dello *human in the loop*, che ha richiesto uno sforzo interpretativo e multidisciplinare da parte dei giudici nazionali²⁸, sul piano tecnico si profila la spinosa questione su come conciliare l'intervento dell'uomo con i meccanismi decisionali tipici dei sistemi più evoluti di IA, che si basano sull'autoapprendimento automatico e sull'apprendimento profondo²⁹. Questi ultimi, come è noto, operano secondo logiche che restano opache e non prevedibili per gli stessi programmatori del *software*, ingenerando il cd. effetto *black box*³⁰. Difatti, l'impossibilità tecnica di ricostruire i passaggi da cui è scaturito l'*output* vanifica ogni forma di controllo umano significativo sulla macchina, proprio perché impedisce di comprendere il "ragionamento" alla base della decisione e, quindi, di motivarla. Di fronte a tale criticità si potrebbe ipotizzare di vietare l'utilizzo dei sistemi di *machine learning* a causa della loro incompatibilità con le garanzie procedurali e provvedimentali che presidono l'*agere* dell'amministrazione, tra tutti il diritto alla motivazione ex art. 3 l. 241/1990.

Nondimeno, la dottrina ha opportunamente rilevato che questa soluzione avrebbe un impatto negativo rispetto al complessivo *iter* di innovazione tecnologica del settore pubblico³¹, che dovrebbe privarsi proprio dei prodotti algoritmici più performanti.

In alternativa, una possibile soluzione al problema della non prevedibilità dell'IA è offerta da una parte della ricerca informatica che sta concentrando i propri sforzi sulla costruzione di modelli algoritmici *white box: explainable*, pur senza ridurre la qualità delle loro prestazioni³².

In attesa che il filone della Intelligenza Artificiale "spiegabile" produca i risultati auspicati, una parte della dottrina suggerisce di sottoporre i sistemi algoritmici a forme di valutazione di impatto prima che l'amministrazione se ne avvalga, in modo da verificarne la compatibilità con i requisiti previsti dal sistema costituzionale³³. È in questo scia che si colloca, peraltro, l'intero impianto della proposta di

²⁸ Come rimarcato da L. Carbone, *L'algoritmo e il suo giudice*, cit.

²⁹ Profilo dettagliatamente indagato da R. Cavallo Perin, *Il principio di legalità nell'amministrare pubblico per algoritmi*, in questo volume.

³⁰ Per tutti F. Pasquale, *The Black Box Society. The Secret Algorithms that Control Money and Information*, Cambridge, London, 2016.

³¹ G. Marchetti, *La garanzia dello human in the loop alla prova della decisione amministrativa algoritmica*, cit., p. 383.

³² Ci si riferisce alla eXplainable Artificial Intelligence (XAI): A. B. Arrieta et alii, *Explainable Artificial Intelligence (XAI): Concepts, Taxonomies, Opportunities and Challenges toward Responsible AI*, in *Information fusion*, 2020, pp. 82 e ss. Cfr. M. Palmirani, *Interpretabilità, conoscibilità, spiegabilità dei processi decisionali automatizzati*, in U. Ruffolo (a cura di), *XXVI lezioni di Diritto dell'Intelligenza Artificiale*, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 74 e ss.

³³ B. Marchetti, *La garanzia dello human in the loop alla prova della decisione amministrativa algoritmica*, cit., p. 384 anche per i riferimenti alla dottrina statunitense in tema di *Algorithmic impact assesment*.

Regolamento europeo sull'Intelligenza Artificiale, *Artificial Intelligence Act* (AIA)³⁴, che mira a costruire dei sistemi di IA che siano *trustworthy* e rispettosi di diritti fondamentali della persona. Più nel dettaglio, l'art. 14 della proposta prescrive una serie di requisiti sostanziali e procedurali, affinché la macchina sia progettata e sviluppata «anche con strumenti di interfaccia uomo-macchina adeguati, in modo tale da poter essere efficacemente supervisionati da persone fisiche durante il periodo in cui il sistema di IA è in uso»³⁵. La disposizione riconosce l'importanza della sorveglianza umana e, pertanto, ne esplicita la funzione garantista verso la prevenzione dei rischi per «la salute, la sicurezza o i diritti fondamentali» che possono dipendere da un uso proprio o improprio dell'IA³⁶. Affinché la garanzia della *human oversight* sia significativa, la norma stabilisce che il controllore umano dovrà essere consapevole dei limiti del sistema di IA e possedere strumenti adeguati a intercettare anomalie, disfunzioni e prestazioni inattese; dovrà, inoltre, avere la competenza di comprendere il risultato algoritmico e di decidere, eventualmente, di non seguire le sue previsioni³⁷. Infine, l'intervento del *lawmaker* europeo chiarisce che il supervisore umano deve «restare consapevole della possibile tendenza a fare automaticamente affidamento o a fare eccessivo affidamento sull'output prodotto da un sistema di IA ad alto rischio ("distorsione dell'automazione")»³⁸.

L'AIA pone opportunamente l'accento sul tema della distorsione dell'automazione³⁹ che fa riferimento alla tendenza pericolosa di riporre un eccessivo affidamento nell'infalibilità dell'algoritmo, spesso inconsapevole e ingiustificato, perché fondato sulla convinzione che la macchina sia più capace della mente umana⁴⁰. Secondo alcuni autori⁴¹, infatti, il processo decisionale algoritmico sa-

³⁴ Commissione Europea, COM(2021) 206 final, *Proposta di Regolamento del parlamento europeo e del consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'unione*, Bruxelles, 21 aprile 2021. Per approfondimenti sulla proposta di Regolamento si v. C. Casonato, B. Marchetti, *Prime osservazioni sulla proposta di regolamento dell'unione europea in materia di intelligenza Artificiale*, in *BioLaw Journal*, 3, 2021, pp. 415 e ss.; F. Donati, *Diritti fondamentali e algoritmi nella proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 3-4, 2021, pp. 460 e ss.; G. De Minico, *Autorità indipendenti e algoritmi: una famiglia disfunzionale*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2, 2021, pp. 981 e ss.; G. Colapietro, *La Proposta di Artificial Intelligence Act: quali prospettive per l'Amministrazione digitale?*, in questo volume.

³⁵ Art. 14, par. 1, AIA.

³⁶ Art. 14, par. 2, AIA.

³⁷ Art. 14, par. 4, AIA.

³⁸ Art. 14, par. 4, lett. b, AIA.

³⁹ L'aspetto della sorveglianza umana sotto la lente del regolamento europeo è approfondito da C. Casonato, B. Marchetti, *Prime osservazioni sulla proposta di regolamento dell'Unione Europea in materia di intelligenza artificiale*, cit., pp. 428 e ss.

⁴⁰ J. Zerilli, A. Knott, J. Maclaurin, C. Gavaghan, *Algorithmic Decision-Making and the Control Problem*, in *Minds & Machine*, 2019, pp. 555 e ss.

⁴¹ D. Kahneman, O. Sibony, C. R. Sunstein, *Rumore. Un difetto del ragionamento umano*, UTET, Torino, 2021. Cfr. anche C. Casonato, *Costituzione e intelligenza artificiale: un'agenda per il prossimo futuro*, cit., pp. 721 e ss. che sostiene l'uso solo sussidiario dell'IA rispetto all'attività decisionale umana per ogni

rebbe migliore di quello umano poiché non inquinato da pulsioni emotive, irrazionali o da semplici preferenze soggettive che ciascun essere umano trasfonde inevitabilmente nel proprio ragionamento, rendendolo, in definitiva, pregiudicato. A tale tesi è stato efficacemente replicato che l'algoritmo rappresenta pur sempre «un'opinione incorporata nel programma»⁴², e in quanto prodotto della mente umana, peraltro alimentato dai dati che potrebbero essere viziati, può replicare e amplificare i difetti tipici del ragionamento umano.

Al di là della pericolosa supposizione di una mente meccanica superiore a quella umana, va prestata attenzione alla cd. «forza pratica»⁴³ che l'algoritmo esercita sul decisore umano, la quale dipende per lo più da ragioni di mera convenienza, ancorché la macchina sia utilizzata solamente in funzione strumentale e non esclusiva. Invero, è stato argomentato che il ricorso all'algoritmo riuscirebbe ad esonerare l'autorità dal peso di valutare e motivare la propria decisione, alimentando il meccanismo della fuga di responsabilità⁴⁴, in base alla quale il soggetto decidente imputerebbe alla macchina il contenuto della decisione, giustificandone il merito solo alla luce della determinazione automatica⁴⁵. Si tratta del famoso «effetto gregge»⁴⁶ determinato dall'ingresso della macchina nella decisione, che svilisce il contributo umano a un simulacro vuoto e come tale non sorretto dalla necessaria *accountability*⁴⁷. A questo proposito, dunque, va accolta la tesi dell'insufficienza di una motivazione *per relationem* della decisione algoritmica, per la quale si rende ne-

«decisione pubblica o privata la cui rilevanza e le cui ricadute concrete sulle persone impongano l'opportunità di un vaglio dell'apparato motivazionale».

⁴² C. O'Neil, *Armi di distruzione Matematica. Come i big data aumentano la disuguaglianza e minacciano la democrazia*, Bompiani, Milano, 2017.

⁴³ Così definita da A. Simoncini, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, cit., p. 81.

⁴⁴ C. Casonato, *AI and Constitutionalism: The Challenges Ahead*, cit., p. 143. osserva, peraltro, come nel settore della decisione pubblica questa soluzione si scontra con l'art. 28 Cost. a mente del quale «funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti».

⁴⁵ Secondo B. Wagner et al., *Algorithms and human rights. Study on the human rights dimensions of automated data processing techniques and possible regulatory implications*, Studio del Consiglio d'Europa DGI(2017)12, Bruxelles, 2018, p. 24 «Human decision-makers may also try to minimise their own responsibility by following the computer's advice».

⁴⁶ Secondo A. Garapon, J. Lassègue, *Justice digitale. Révolution graphique et rupture anthropologique*, PUF, Parigi, 2018, pp. 239, ripreso da C. Casonato, *Intelligenza artificiale e giustizia: potenzialità e rischi*, in *DPCE online*, 3, 2020, p. 3388, l'«effett moutonnier de la justice predictive si realizza quando l'analisi predittiva degli algoritmi assume nei fatti un valore normativo per il giudice, che si confermerebbe acriticamente al risultato della macchina, producendo decisioni omologhe e standardizzate».

⁴⁷ Pericolo descritto da M. Luciani, *Relazione conclusiva*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, Convegno del Gruppo di Pisa il diritto costituzionale e le sfide dell'innovazione tecnologica università degli studi di Genova – 18-19 giugno 2021, 3, 2021, p. 6, «Se lo ius dicere è preceduto da un dictum macchinale, è evidente, il dire umano è largamente pre-giudicato, vuoi per ragioni psicologiche, vuoi per le difficoltà motivazionali che si connettono al discostamento dal dictum macchinale».

cessaria un'autorità decidente capace di spiegare la logica e le valutazioni compiute dalla macchina⁴⁸.

Pur riconoscendo esplicitamente il rischio di un affidamento inconsapevole alla macchina, la proposta della Commissione lascia aperto l'interrogativo sul soggetto al quale potrà rivolgersi il destinatario del provvedimento nell'esercizio del suo diritto alla sorveglianza umana. Nell'ambito dei processi decisionali pubblici è verosimile che tale compito ricadrà in capo all'autorità preposta alla singola decisione, che conseguentemente dovrà possedere abilità tecnico-matematiche non indifferenti o, in alternativa, dovrebbe potersi avvalere di esperti informatici nel corso dell'attività decisionale.

Diventa, dunque, fondamentale arricchire le competenze del personale in servizio presso la pubblica amministrazione per scongiurare la cattura dell'umano da parte della macchina nel corso del processo decisionale automatizzato⁴⁹. Invero, l'introduzione di abilità informatiche e matematiche adeguate nella forza-lavoro della p.a. avrebbe l'effetto di rendere possibile un controllo effettivo sul funzionamento dell'algoritmo e sui suoi *output*⁵⁰.

3. Dal diritto all'intervento umano al diritto a conoscere l'IA

Da quanto detto sui limiti tecnici e normativi all'intervento umano emerge che la concreta operatività di questa garanzia sarà condizionata dal livello di *expertise* dei soggetti chiamati ad assicurare che l'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale non violi i diritti della persona e i principi democratici⁵¹. Si impone così una riflessione sull'esigenza di implementare un piano di educazione in materia di IA, come specificazione del più generale processo di alfabetizzazione digitale⁵².

La rilevanza del tema è evidente anche alla luce della grave situazione italiana in tema di *digital skills* di base e avanzate, dimostrata da numerosi indicatori internazionali⁵³. Del resto, la necessità di diffondere competenze adeguate al contesto delle innovazioni tecnologiche e dunque anche dei sistemi algoritmici è rintracciabile già nel dettato costituzionale, come previsto dagli articoli 9, 34 e 35. Ne

⁴⁸ Cfr. G. De Minico, *Towards an "Algorithm Constitutional by Design"*, cit., p. 397.

⁴⁹ B. Marchetti, *La garanzia dello human in the loop alla prova della decisione amministrativa algoritmica*, cit., pp. 383 e ss.

⁵⁰ Sul punto si osservino le riflessioni svolte da A. Di Martino, *Decisioni automatizzate e potere di controllo*, in questo volume.

⁵¹ F. Donati, *Diritti fondamentali e algoritmi nella proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale*, cit., p. 464.

⁵² S. Quintarelli, *Forum AI and Law*, in *BioLaw Journal*, 1/2020, p. 494, sostiene l'importanza di incrementare un diritto/dovere «all'educazione al pensiero computazionale». Analogamente L. Rinaldi, *Intelligenza artificiale, diritti e doveri nella Costituzione italiana*, cit., p. 203.

⁵³ Tra tutti il *Digital Economy and Society Index* (DESI) richiamato anche nella relazione di F. Paorici in questo volume.

derivano, infatti, il diritto all'istruzione e quello alla formazione professionale in materia di IA⁵⁴ affinché la persona sviluppi un'adeguata familiarità e comprensione delle nuove tecnologie, acquisendo consapevolezza dell'intrinseca capacità di quest'ultime di permeare la realtà e di trasformare il mondo.

D'altro canto, il disegno costituzionale di apertura verso il progresso tecnologico richiede l'intervento proattivo del decisore politico, senza il quale esso è destinato a rimanere inattuato; a tali diritti, infatti, fa da contraltare lo speculare dovere per lo Stato di promuovere una formazione che vanti maggiori caratteri di multidisciplinarietà ed interdisciplinarietà, a cominciare dall'istruzione scolastica.

Pertanto, è da accogliere positivamente l'indirizzo programmatico consegnato nella Strategia italiana sull'IA, che riconosce l'importanza di «*formare i cittadini a questa tecnologia attraverso un nuovo piano di istruzione per comprendere, rafforzare, integrare e diffondere la tecnologia IA. L'intelligenza artificiale dovrebbe essere un argomento importante a tutti i livelli di istruzione. Allo stesso tempo, l'IA può costituire un potente strumento per trasformare il sistema educativo nazionale sviluppando piani di apprendimento personalizzati nei limiti dei principi di equità e affidabilità*»⁵⁵.

Un'ulteriore occasione verso l'alfabetizzazione in ambito di IA è data dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR). Il Piano italiano, infatti, oltre a includere la formazione informatica del personale della PA tra gli obiettivi strumentali all'attuazione della transizione digitale, cui è dedicata l'intera missione 1, può servire a finanziare idee e progetti che propongano una nuova educazione critica allo sviluppo e all'uso delle nuove tecnologie⁵⁶. Su questa scia paiono porsi gli interventi descritti nella missione 4 del Piano, in tema di Istruzione e Ricerca, che mira a potenziare le competenze STEM nell'educazione al digitale, quale oggetto della formazione didattica, a partire dalla scuola dell'obbligo, fino a nuovi percorsi di alta formazione previsti con i dottorati di ricerca.

In conclusione, la sempre maggiore diffusione delle nuove tecnologie conferma la necessità di un progetto politico sull'AI, che coinvolga l'intera società civile, al fine di vincere la sfida dell'intervento umano nelle decisioni algoritmiche e rendere l'essere umano il fine ultimo del processo di innovazione tecnologica. In caso contrario, questi è destinato a soccombere sotto la forza, potente e sconosciuta, della presunta efficienza meccanica.

⁵⁴ Come è sostenuto anche da C. Casonato, *Costituzione e intelligenza artificiale: un'agenda per il prossimo futuro*, cit. p. 716 e da C. Colapietro, A. Moretti, *L'Intelligenza Artificiale nel dettato costituzionale: opportunità, incertezze e tutela dei dati personali*, in *BioLaw Journal*, 2/2020, p. 369.

⁵⁵ Governo italiano, *Programma Strategico Intelligenza Artificiale 2022-2024*, cit., p. 17.

⁵⁶ C. Casonato, B. Marchetti, *Prime osservazioni sulla proposta di regolamento dell'UE in materia di AI*, cit., affermano l'importanza di attivare percorsi di sensibilizzazione e formazione in relazione ai vantaggi e ai rischi della IA, nella consapevolezza che i problemi insiti nell'uso degli algoritmi richiedono di costruire un nuovo modello di società preparata alle sfide dell'innovazione tecnologica.

LA DETERMINAZIONE DEL FABBISOGNO SANITARIO NAZIONALE
STANDARD E DEI SUOI CRITERI DI RIPARTO TRA REGIONI.
ARBITRIO, DISCREZIONALITÀ E DECISIONE POLITICA
ALLA PROVA DELL'INTELLIGENZA ARTIFICIALE

VINCENTE PIERLUIGI GROSSI

Nonostante il nostro Sistema Sanitario Nazionale (SSN), quanto agli esiti, venga collocato in cima alle classifiche OCSE¹, esso sconta due forti criticità, vale a dire il sistematico sottofinanziamento e le gravi diseguaglianze territoriali nell'erogazione dei livelli essenziali di assistenza (LEA), le quali, già a partire dai prossimi anni, potranno verosimilmente pregiudicarne non solo il primato, ma anche l'efficacia.

Per quanto riguarda l'aspetto dei finanziamenti, l'Italia paradossalmente è agli ultimi posti tra i Paesi OCSE, sia se ci si riferisce alla spesa sanitaria pro-capite, sia se si guarda al dato in termini relativi, cioè al rapporto tra spesa sanitaria e Pil. Si è passati nel corso degli anni da una fase fortemente espansiva della spesa pubblica sanitaria a una di eccessiva restrizione, la quale si è poi ulteriormente aggravata con l'emergere della crisi finanziaria del 2009. Tale propensione non ha subito un'inversione nemmeno con l'esperienza della pandemia, dato che – nonostante gli investimenti del PNRR – le previsioni tendenziali contenute nella NADEF del 2022 prospettano per il 2025 un rapporto spesa/Pil pari al 6,1 per cento², vale a dire una stima persino inferiore ai livelli pre-pandemici. Dunque, non soltanto la spesa sanitaria italiana è tra le più basse, ma è anche in via di progressiva riduzione. In questo stesso senso, di recente anche la Corte dei Conti ha espresso perplessità per la tenuta finanziaria del sistema, stante l'aumento dei costi dell'energia, dell'inflazione e degli investimenti in spesa capitale del PNRR, che richiederebbero conseguenzialmente anche un maggior sforzo in termini di spesa corrente³.

Invero, l'attuale quadro normativo non lascia al Governo l'assoluta discrezionalità quanto alla determinazione del fabbisogno sanitario nazionale standard, il quale costituisce il principale blocco di risorse che lo Stato destina alla sanità (*ex* fondo sanitario nazionale, ai sensi dell'art. 51 della l. n. 833/1978). Infatti, l'Esecutivo

¹ Cfr. OCSE, *OECD Reviews of Health Care Quality: Italy 2014*, 2014, al link: <https://www.oecd.org/els/oecd-reviews-of-health-care-quality-italy-2014-9789264225428-en.htm>.

² Nota di Aggiornamento al Documento di Economia e Finanze, 2022, in particolare, p. 60, al link https://www.dt.mef.gov.it/export/sites/sitodt/modules/documenti_it/analisi_programmazione/documenti_programmatici/nadef_2022/NADEF-2022.pdf.

³ Corte dei Conti, *Memoria della Corte dei conti sulla Nota di Aggiornamento del DEF 2022*, novembre 2022, p. 29.

è vincolato dalla procedura descritta dall'art. 26 del d.lgs. n. 68/2011, il quale stabilisce che il decisore politico debba rispettare il principio della «doppia coerenza». In forza di esso, il fabbisogno sanitario nazionale standard deve essere determinato sia in coerenza «con il quadro macroeconomico complessivo e nel rispetto dei vincoli di finanza pubblica e degli obblighi assunti dall'Italia in sede comunitaria», sia in coerenza «con il fabbisogno derivante dalla determinazione dei livelli essenziali di assistenza (LEA) erogati in condizioni di efficienza ed appropriatezza». Tale procedura obbliga quindi il Governo a perseguire due obiettivi, che almeno nel breve periodo sono ontologicamente antitetici, quali il contenimento della spesa pubblica e le esigenze finanziarie connesse alla garanzia del diritto alla salute. Il risultato di tale improbo compito è che la procedura rimane comunque salva se uno dei due valori venisse meno per garantire l'altro, con l'alta probabilità che in tale confronto sia il diritto alla salute a dover fare dei passi indietro⁴. Difatti, questo modello normativo ha consentito che la salvaguardia del vincolo di bilancio avvenisse attraverso una sistematica sottostima dei livelli essenziali di assistenza. D'altro canto, la scissione tra momento della decisione sulla determinazione del fabbisogno e quello della spesa - favorita dalla riforma del Titolo V - ha consentito al Governo di scaricare la responsabilità politica dell'insufficienza di finanziamento sulle Regioni, specie quelle dotate di minore capacità fiscale, vista anche la perdurante inoperatività degli (inefficaci) istituti perequativi predisposti dalla l. n. 42/2009. In realtà, questo scenario era ampiamente prevedibile fin dall'emanazione del decreto n. 68, se si considera che nelle sue prime bozze la necessità della garanzia dei LEA non era nemmeno citata: essa è stata aggiunta in un secondo momento, in tutta probabilità come mera clausola di stile.

La precarizzazione del diritto alla salute, determinata dal quadro normativo qui brevemente richiamato, ha rischiato di aggravarsi ulteriormente nel 2012, quando, a seguito della crisi economico-finanziaria, è stata approvata a larghissima maggioranza parlamentare la riforma dell'art. 81 della Costituzione (l. cost. n. 1/2012). In buona sostanza, quel vincolo di bilancio, che in qualche misura era già presente nella legislazione sanitaria *ex art.* 26 del d.lgs. n. 68, non soltanto è stato rafforzato per via del suo inserimento a livello costituzionale, ma è stato anche contestualmente esteso a tutti i settori di intervento della spesa pubblica. In questo modo si è corsi il rischio di operare un rovesciamento della gerarchia dei valori costituzionali, poiché l'economia non era più considerabile esclusivamente come un «mezzo» per la garanzia dei diritti. Essa diventava piuttosto un «fine» al quale tutto l'ordinamento doveva tendere, anche a costo del sacrificio dei diritti, specie quelli più costosi, come la salute: non è un caso che autorevole dottrina costituzionali-

⁴ P. Liberati, *Audizione sullo stato di attuazione e sulle prospettive del federalismo fiscale, anche con riferimento ai relativi contenuti del Piano nazionale di ripresa e resilienza*, in *Resoconto Stenografico*, Commissione bicamerale per l'attuazione del federalismo fiscale, 10 novembre 2021, p. 6.

stica aveva prospettato l'illegittimità della riforma⁵, che per altro avrebbe potuto essere efficacemente realizzata anche mediante una semplice revisione dei regolamenti parlamentari, con una procedura quindi più agevole e con minori implicazioni di sistema di una riforma costituzionale⁶.

In ogni caso, la l. n. 243/2012, che ha attuato la revisione dell'art. 81 Cost., nonché in qualche misura la stessa giurisprudenza costituzionale, hanno in parte smussato la rigidità del principio di equilibrio di bilancio. Infatti, la l. n. 243, al netto delle modifiche di cui alla l. n. 164/2016⁷, prevede in primo luogo che il vincolo finanziario debba intendersi come un obiettivo di «medio periodo» (art. 3 co. 2), e in secondo luogo, sia pure con molte precisazioni, stabilisce che lo Stato deve comunque concorrere alla garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni, anche nelle fasi avverse del ciclo economico (art. 11).

Dunque, definito tale quadro normativo, dal punto di vista giuridico-costituzionale non dovrebbero rinvenirsi ostacoli insuperabili per il finanziamento della sanità; e nemmeno tali vincoli potrebbero essere efficacemente ricercati nel diritto dell'Unione Europea, posto che la situazione di sottofinanziamento del Sistema Sanitario italiano si evidenzia proprio in relazione a quella degli altri Stati europei. Pertanto, il sottofinanziamento deve essere considerato precipuamente un problema di ordine politico, determinato probabilmente dal fatto che gli investimenti in sanità hanno dimostrato di avere uno scarso rendimento in termini elettorali. Anzi, paradossalmente, proprio attraverso i disinvestimenti in sanità si è cercato talvolta di aggregare consenso elettorale. Ne fornisce un esempio la campagna elettorale del 2018, la quale era stata organizzata dal centro-sinistra intorno alla proposta dell'abolizione generalizzata del cd. Superticket⁸, poi realizzata con la legge di bilancio per il 2020. Potevano invece essere perseguite delle soluzioni diverse, più ponderate, offerte peraltro dalle stesse esperienze regionali. Infatti, mentre alcune Regioni - specie quelle del Mezzogiorno - per via della scarsità di fondi in nessun caso avevano avuto la possibilità di ammortizzare i flussi di risorse provenienti dal Superticket, e pertanto avevano dovuto mantenerlo in vigore, altre Regioni più ricche, come la Lombardia, lo avevano invece completamente

⁵ G. De Minico, *Diritti Regole Internet*, in *Libertà in Rete. Libertà dalla Rete*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 44 e ss.

⁶ M. Villone, *Il Tempo della Costituzione*, Aracne, Roma, 2014, pp. 297 e ss.

⁷ Tale legge ha abrogato il fondo di garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni di cui all'art. 11 della l. n. 243/2012.

⁸ In sostanza si trattava di una tassa, cioè di una compartecipazione alla spesa sanitaria, che gli utenti dovevano pagare per poter ricevere alcune prestazioni relative a visite mediche specialistiche ed esami di laboratorio. Esso ammontava a circa 10 euro, anche se il suo importo poteva salire fino a 36,50 euro, e aveva soprattutto un ruolo cd. moderatore, in quanto era inteso a scoraggiare la richiesta di prestazioni improprie. Invero, le ricadute dell'abolizione del *superticket* non sono solo economiche, ma comportano anche una diminuzione dell'efficienza complessiva del SSN, determinata dall'allungarsi delle liste d'attesa. Per altri dettagli utili, si veda: Ufficio Parlamentare di Bilancio, *L'emendamento per la riduzione del superticket*, Flash n. 8/28 dicembre 2017.

eliminato⁹; mentre altre ancora, come la Toscana, avevano individuato una soluzione mediana, eliminando il contributo soltanto per le fasce di reddito inferiori a 100mila euro¹⁰.

Tali considerazioni ci introducono nel vivo della seconda tematica, vale a dire quella dei forti divari territoriali che affliggono il nostro Sistema Sanitario Nazionale. Quest'ultimo, infatti, ha ormai dismesso la sua funzione di garanzia dell'eguaglianza dei cittadini, diventando piuttosto uno dei motori che concorrono alla spaccatura del Paese. Il problema qui richiamato è sicuramente molto complesso, e non può essere sbrigativamente liquidato facendo riferimento a delle generiche inefficienze organizzative, o alla scarsa capacità di resistenza di alcune amministrazioni regionali alle logiche clientelari¹¹. Anche considerando che talvolta lo stesso Stato non riesce a superare le lamentate inefficienze quando esercita i poteri sostitutivi¹², nonostante le forti guarentigie poste dalla giurisprudenza costituzionale a tutela dell'azione risanatoria del commissario *ad acta*. Questa situazione ha quindi necessariamente a che fare pure con le modalità con le quali i singoli Sistemi Sanitari Regionali vengono finanziati dallo Stato, vale a dire attraverso un sistema sostanzialmente di finanza derivata, sicuramente in antitesi con i principi del federalismo fiscale¹³, garantendo peraltro al Governo centrale una sorta di «responsabilità limitata» per le sue scelte.

Nella specie, l'attribuzione delle risorse nel comparto sanitario è avvenuta fino al 1984 sulla base della spesa storica. Questo parametro era stato inizialmente elaborato dagli economisti come un mero dato ricognitivo, atto a misurare la quantità di risorse utilizzate da un qualsiasi ente in un determinato arco temporale. Successivamente, esso è stato impiegato dal legislatore anche come criterio per la distribuzione dei fondi tra amministrazioni decentrate. Invero, in ambito sanitario - come pure negli altri settori - il risultato di questa scelta politica è stato quello di privilegiare le Regioni dotate storicamente di maggiore offerta di servizi, a discapito delle altre. Inoltre, tale sistema non valorizzava nemmeno il principio di efficienza, posto che la copertura dei disavanzi sarebbe comunque spettata in ultima istanza allo Stato. Di conseguenza, dal punto di vista più strettamente giuridico, i

⁹ Si veda a tal proposito l'articolo *Abolizione del Superticket*, 2020, sul sito ufficiale della Regione Lombardia, Lombardia, infatti al link: <https://www.lombardiainfatti.regione.lombardia.it/2021/08/31/abolizione-del-superticket/>.

¹⁰ Ufficio Parlamentare di Bilancio, *L'emendamento per la riduzione del superticket*, cit., in particolare, p. 3.

¹¹ E. Marzano, F. Pasero, *Federalismo e regionalismo differenziato in sanità ed effetti sul funzionamento del sistema sanitario. Il ruolo della Corte dei Conti in una prospettiva di orientamento di comportamenti virtuosi*, in *Rivista della Corte dei Conti*, n. 2/2020.

¹² Ci si riferisce al caso della Calabria, dove, nonostante il commissariamento decennale della sanità, non si sono avuti risultati significativi, né in ordine alla garanzia dei LEA né per quanto riguarda il contenimento del debito sanitario. Cfr. C. Cost. sent. 24 giugno 2021, n. 168.

¹³ G. Pisauro, *Federalismo, I fabbisogni standard nel settore sanitario. Commento allo schema di decreto legislativo*, 8 ottobre 2010, nel sito: www.nens.it, in particolare p. 8.

meccanismi della spesa storica venivano a confliggere con i principi di eguaglianza, universalità ed equità (anche territoriale) di cui alla l. n. 833/1978, istitutiva del Sistema Sanitario Nazionale. In particolare, l'eguaglianza su base territoriale non è considerabile un semplice aggettivo del Servizio sanitario. Essa piuttosto ne rappresenta un elemento costitutivo: basti considerare che lo stesso concetto normativo di «livello essenziale delle prestazioni», oggi dotato di portata generale *ex* art. 117, co. 2, lett. m), Cost., in Italia nasce proprio in ambito sanitario, peraltro con una evoluzione molto interessante, in quanto inizialmente il legislatore ha parlato di livelli «uniformi» delle prestazioni da garantire su tutto il territorio nazionale¹⁴, poi di livelli «minimi»¹⁵, e infine ha cercato di mediare facendo riferimenti ai livelli «essenziali»¹⁶.

Attualmente, il criterio della spesa storica è stato però superato dal sistema dei «fabbisogni regionali standard». In forza di questi ultimi, le risorse non dovrebbero più essere distribuite in base a quanto storicamente erogato dallo Stato centrale alle singole amministrazioni periferiche, bensì in ragione delle loro astratte necessità finanziarie, in condizioni di efficacia e di appropriatezza della macchina amministrativa. Nello specifico, la procedura di computo del fabbisogno, ai sensi dell'art. 27 del d.lgs. n. 68/2011, si articola sostanzialmente in due fasi. Nella prima, il Governo calcola il costo standard delle funzioni in forma aggregata, individuando quindi il costo «ideale» di gruppi di funzioni. A tal fine, ci si potrebbe aspettare che il Governo promuova delle minuziose indagini di mercato per verificare, per esempio, la capacità di approvvigionamento delle singole Regioni, se non delle varie ASL di riferimento, o comunque dei centri di acquisto. In realtà la procedura è molto più sbrigativa e sommaria, in quanto l'Esecutivo, con l'ausilio (marginale) della Conferenza Stato-Regioni, individua le tre Regioni *benchmark*, ovvero quelle che si ritiene abbiano saputo meglio garantire i LEA - cioè gli obiettivi quantitativi (non qualitativi!) di erogazione - in condizione di efficienza e adeguatezza, con le risorse precedentemente messe a disposizione dal Governo stesso in un esercizio finanziario precedente. Una volta calcolato il costo standard previa individuazione delle *benchmark*, si passa alla «seconda fase», nella quale tale costo viene «proiettato» sulle altre realtà regionali, tramite l'impiego di una procedura algoritmica. Invero, ai fini della proiezione, l'algoritmo tiene in considerazione due soli valori: la popolazione regionale e l'età anagrafica dei residenti. Per esemplificarne il funzionamento: se il Veneto venisse individuato come Regione

¹⁴ Art. 1, d.lgs. n. 502/1992.

¹⁵ Art. 59, lett. c), Progetto di legge costituzionale Revisione della parte seconda della Costituzione, XIII Leg., AC n. 3931-A; AS n. 2583-A, Testo trasmesso alla Presidenza della Camera dei Deputati e alla Presidenza del Senato della Repubblica il 4 novembre 1997.

¹⁶ Art. 3, l. cost. n. 3/2001. Sotto tali aspetti, significativa è la proposta di legge costituzionale «Vilone» (2022), la quale modifica, tra le altre cose, la lett. m) dell'art. 117 Cost., sostituendo il concetto di «essenzialità» con quello di «uniformità», purtuttavia non toccando l'art. 119 Cost., e in particolare la riferibilità territoriale del gettito di cui al co. 2.

benchmark ed esso sostenesse un costo di 5 per una data funzione, la Liguria non avrebbe come costo standard 5 al pari del Veneto, bensì 7, perché ha una popolazione più anziana. D'altro canto, la Campania avrebbe diritto per quella stessa funzione a 3, cioè meno del Veneto e della Liguria, in quanto ha una popolazione più giovane. In questo caso però l'algoritmo non considera altri fattori che sono parimenti rilevanti, come per esempio il fatto che la Campania ha un tasso di mortalità della sua popolazione molto più alto, dovuto proprio alle carenze del Sistema Sanitario Regionale¹⁷; e nemmeno viene considerata la sempre maggiore diffusione di patologie che colpiscono le fasce della popolazione indipendentemente dall'età, compresa quella infantile¹⁸.

Si tratta cioè di un *bias* per omissione, posto che non vengono presi in considerazione fattori che invece andavano rilevati; oppure, vengono sovrastimati alcuni indici a discapito di altri più rilevanti. Tale tipo di discriminazione avviene quindi nel "momento genetico" dell'operazione algoritmica, ovvero nella fase di raccolta dei dati¹⁹.

Tuttavia, lo stesso d.lgs. n. 68/2011, *ex art.* 27 co. 7, stabiliva che tale sistema di riparto dovesse essere soltanto provvisorio, in via di prima applicazione. A partire dal 2015, l'indicatore dell'età anagrafica avrebbe dovuto essere integrato anche da altri criteri, quali i tassi di mortalità della popolazione, e più in generale «indicatori relativi a particolari situazioni territoriali ritenuti utili al fine di definire i bisogni sanitari delle regioni ed indicatori epidemiologici territoriali»²⁰. Invero, la ripartizione basata sui criteri provvisori è divenuta poi di fatto definitiva, ed è sfociata di recente in un contenzioso avviato dalla Regione Campania davanti al TAR²¹. Da ultimo, il Ministero della Salute ha predisposto una proposta di accordo politico²² al fine di smuovere tale situazione, la quale prevede che una quota limitata di risorse – che va dall'1,5 iniziale, fino ad arrivare al 3,5 per cento a regi-

¹⁷ Demoskopika, *Report. La performance sanitaria. Indice di misurazione e valutazione dei sistemi regionali italiani*, 2020, pp. 10 e ss., al link: <https://www.tpi.it/app/uploads/2021/01/IPS-Report-2020.pdf>.

¹⁸ Cfr. Ministero della Salute, Direzione generale per la Prevenzione Sanitaria, Ufficio 8, *Relazione al Parlamento 2021 sullo stato delle conoscenze e delle nuove acquisizioni in tema di diabete mellito - Legge 16 marzo 1987, n. 115, recante Disposizioni per la prevenzione e la cura del diabete mellito*, in particolare la Figura n. 7 a p. 8, al link: https://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_3229_allegato.pdf. Ansa, *Campania, sos per aumento bimbi affetti da diabete 1. Appello operatrice per carenza medici alla Federico II*, 27 luglio 2022, al link: https://www.ansa.it/canale_saluteebenessere/notizie/salute_bambini/medicina/2021/11/15/campania-sos-per-aumento-bimbi-affetti-da-diabete-1_58e954ff-467c-4777-81a8-08efadaec90.html.

¹⁹ Più diffusamente sul punto: G. De Minico, *Towards an "Algorithm Constitutional by Design"*, in *Bio-Law Journal*, n. 1/2021; M. Hamilton, *The biased algorithm evidence of disparate impact of Hispanics*, in *American Criminal Law Review*, n. 4/2019.

²⁰ Art. 1, co. 34, l. n. 662/1996.

²¹ Per il testo del ricorso, si vada al link: <https://www.quotidianosanita.it/allegati/allegato1655128120.pdf>.

²² Proposta di Accordo Politico complessivo sul riparto dei fondi 2022, Commissione Salute e Commissione Affari finanziari, 29 novembre 2022, al link: <https://www.quotidianosanita.it/allegati/allegato1669747567.pdf>.

me – venga ripartita in base ad alcuni indicatori che misurano la deprivazione sociale, quali il tasso di mortalità e le condizioni socioeconomiche della popolazione residente (disoccupazione, tasso di scolarizzazione, povertà individuale). Tuttavia, il documento ministeriale non ha ancora avuto l'avallo della Conferenza Stato-Regioni, d'un lato, per via dell'opposizione della Campania, che contesta l'esiguità del peso che verrebbe attribuito ai nuovi indicatori e, dall'altro lato, per il «mancato assenso» della Lombardia, la quale non riterrebbe di poter aderire a modifiche sostanziali dei criteri di riparto, ancorché esigue, in prossimità della scadenza della sua consiliatura regionale.

Sta di fatto che a oggi, tra il parametro del costo standard della Regione *benchmark* e l'età anagrafica, quello che rileva è soltanto il secondo. Infatti, il coefficiente del costo standard delle *benchmark* viene collocato sia al numeratore che al denominatore della funzione utilizzata dall'algoritmo per il riparto del fabbisogno sanitario nazionale standard e quindi viene eliso dalla procedura aritmetica²³. In realtà, dietro questa procedura, apparentemente neutrale, ridondante e cavillosa, si cela una precisa strategia politica, in quanto tramite l'individuazione del costo standard delle *benchmark* il Governo intende implicitamente dimostrare che l'inefficienza dei Sistemi Sanitari Regionali non è imputabile alla carenza di finanziamento - e quindi alla criticità citata in apertura - bensì alla incapacità organizzativa delle amministrazioni decentrate, poiché, se alcune Regioni sono in pareggio, orientativamente dovrebbero esserlo pure le altre. Tuttavia, la stessa individuazione delle «Regioni modello» è fortemente condizionata dal riparto delle risorse, con la conseguenza che se fosse adottato un criterio diverso dall'età anagrafica, le stesse *benchmark* cambierebbero²⁴. Inoltre, in qualche misura, riferirsi a esercizi passati per stabilire le spese future può rievocare le antiche distorsioni della spesa storica.

Queste criticità di sistema vengono poi acuite dal fenomeno della mobilità sanitaria, la quale, in un'ottica di regionalismo competitivo, non solidaristico, sposta le risorse dai territori sottofinanziati a quelli più ricchi, creando una spirale che aumenta le diseguaglianze. I dati pre-pandemia riportano che tale fenomeno vale più di un miliardo di euro, dei quali circa la metà sono attratti dalla sola Lombardia²⁵. L'effetto paradossale è che ogni anno i cittadini calabresi pagano circa 160 euro pro-capite per finanziare gli altri Sistemi Sanitari Regionali, mentre quelli lombardi ricevono 45 euro in più rispetto a quanto già loro normalmente attribuito²⁶, in base a una ripartizione delle risorse che certamente non li sfavorisce, vista l'assenza

²³ C. Abbaffati, F. Spadonaro, *Costi standard e finanziamento del Servizio sanitario nazionale*, in *Politiche Sanitarie*, n. 2/2011, pp. 48 e ss.

²⁴ Id., *Ibidem*, p. 49.

²⁵ Cfr. Demoskopika, *Report. La performance sanitaria. Indice di misurazione e valutazione dei sistemi regionali italiani*, p. 19.

²⁶ G. Fattore, *La mobilità sanitaria: un quadro preoccupante*, Position paper, forum 10 luglio 2014, Roma, p. 4.

del parametro della deprivazione sociale. In questo contesto, anche il bilancio sull'istituto dei livelli essenziali di assistenza, a trent'anni dalla loro introduzione, deve essere nettamente negativo, in quanto non hanno concorso a superare nessuna delle menzionate criticità del Sistema Sanitario Nazionale.

In ragione di ciò, pure l'attuale sistema di finanziamento è stato ampiamente criticato. Nello specifico, in relazione alla «prima fase», cioè quella relativa all'individuazione delle Regioni *benchmark*, in dottrina si è censurata la presenza di un controllo da parte delle amministrazioni centrali parziale ed esclusivamente documentale: «Non abbiamo dati comparabili sulle prestazioni sanitarie, non si sa quanti muoiono dove e perché, e ci arrovelliamo sul costo delle siringhe, come se questo ci potesse dire qualcosa di veramente significativo: se nel mio ospedale le siringhe costano il doppio che nel tuo, ma i decessi per infezioni ospedaliere sono la metà, che conclusioni si devono trarre?»²⁷. Altrettanto forti sono state le critiche degli economisti relative alla «seconda fase», cioè quella riguardante il criterio dell'età anagrafica: già nel 2011, in occasione dell'emanazione del decreto legislativo n. 68, in dottrina si è rilevato come tale criterio fosse in «contraddizione con ogni evidenza scientifica»²⁸, poiché inidoneo a determinare il costo del funzionamento complessivo di un Sistema Sanitario Regionale - tant'è che la sua inadeguatezza diviene incontestabile se si tiene conto del dato sulle diverse aspettative di vita nelle varie Regioni. In questo stesso senso, è stato rilevato che il fabbisogno standard, calcolato in questi termini, è incapace di rappresentare le effettive esigenze finanziarie dei Sistemi Sanitari Regionali²⁹.

Tuttavia, in via generale, delle efficaci soluzioni potrebbero derivare dall'impiego dell'intelligenza artificiale. In particolare, dal 2018 la Direzione generale per la programmazione sanitaria del Ministero della Salute, in collaborazione con undici Regioni, nell'ambito del progetto denominato «Analisi dei fattori di produzione per resilienza e sviluppo del SSN»³⁰, sta cercando di mettere a punto un modello predittivo che, attraverso l'utilizzo dei dati nella disponibilità delle pubbliche amministrazioni, prima, e dei *big data*, poi, sia capace di innovare il sistema qui descritto, implementando un meccanismo di pianificazione delle spese e di alloca-

²⁷ R. Bin, *Le materie nel dettato dell'art. 116 Cost.*, Testo della lezione svolta al Seminario di Studi e Ricerche parlamentari «Silvano Tosi» - Corso di Diritto Regionale, il 6 marzo 2019, la citazione è a p. 7, il testo della lezione è reperibile al link: <http://www.robertobin.it/ARTICOLI/LezioneFirenze19.pdf>.

²⁸ C. Abbaffati, F. Spadonaro, *Costi standard e finanziamento del Servizio sanitario nazionale*, cit., p. 51.

²⁹ P. Liberati, *Audizione sullo stato di attuazione e sulle prospettive del federalismo fiscale, anche con riferimento ai relativi contenuti del Piano nazionale di ripresa e resilienza*, cit., pp. 6 e ss.

³⁰ Per tutti i dettagli, si veda il documento della Commissione Europea: «Analisi dei fattori di produzione per resilienza e sviluppo del servizio sanitario nazionale. Caso studio di un progetto italiano FSE nell'ambito dello studio *Valutazione dell'avanzamento del sostegno FSE alla pubblica amministrazione (PAPA)*», ottobre 2019, reperibile sul sito della Commissione: <https://ec.europa.eu>. Inoltre, sul sito del Ministero della Salute, *Analisi dei fattori di produzione per resilienza e sviluppo del servizio sanitario nazionale*, al link: https://www.salute.gov.it/portale/temi/p2_6.jsp?lingua=italiano&id=5600&area=programmazioneSanitariaLea&menu=progetti.

zione delle risorse che superi gli attuali criteri del costo standard, basati sull'età e su una riedizione delle «spesa storica 2.0», dovuta all'individuazione delle *benchmark*. Invece, il nuovo sistema si basa sullo studio delle caratteristiche proprie della domanda sanitaria (sociale, epidemiologica, ecc.), spostando la pianificazione della spesa pubblica da una logica verticale – finanziamenti basati sul tipo di servizio erogato quali assistenza ospedaliera, ambulatoriale o farmaceutica – a una logica orizzontale, basata sulle patologie, attraverso la profilazione dei singoli utenti del SSN.

In definitiva, tale progetto potrà raggiungere due obiettivi, uno nel medio periodo e un altro nel medio-lungo periodo. Nel medio periodo, cioè fin quando il sistema algoritmico continuerà ad utilizzare soltanto i flussi di dati provenienti dalle Regioni (attualmente otto, quasi tutte del centro-nord, salvo la Puglia), potrà fornire delle stime molto attendibili sull'andamento della spesa sanitaria, simulando tra l'altro gli effetti delle manovre economiche. Ciò consentirà di individuare con maggiore precisione le esigenze effettive di finanziamento del Sistema Sanitario Nazionale, facendo valere quindi la responsabilità politica del Governo, qualora prevedesse di destinare alla sanità delle risorse inferiori a quelle che sarebbero necessarie.

Ma ancora più importanti saranno gli obiettivi perseguibili dall'algoritmo nel medio-lungo periodo, cioè quando, invece che utilizzare soltanto i dati provenienti dalle otto Regioni, potrà utilizzare l'afflusso di dati provenienti dai *big data*. In questo caso, il modello algoritmico potrà computare con molta precisione il bisogno di salute di ogni singolo cittadino, tenendo conto del suo stile di vita, delle patologie dei suoi familiari, del suo lavoro, delle sue abitudini alimentari e così via: ne deriverebbe pertanto una raffigurazione molto dettagliata del suo bisogno di prestazioni sanitarie. Ciò avrà delle dirette conseguenze in tema di allocazione delle risorse sul territorio nazionale, in quanto la discrezionalità del decisore politico nazionale sarà certamente limitata, forse fino ad annullarsi completamente. Infatti, mentre per quanto attiene alla determinazione del *quantum* del fabbisogno nazionale standard il Governo potrà legittimamente preferire di concentrare le risorse in altri settori, sulla base di una valutazione politica tendenzialmente insindacabile, nel caso della ripartizione delle risorse tra Regioni non potranno più essere utilizzati indicatori grezzi, quale la computazione dell'età anagrafica, posto che il legislatore avrebbe a sua disposizione dati molto più accurati circa la collocazione territoriale della domanda di prestazioni sanitarie. Pertanto, in questo secondo caso, la deliberata non considerazione delle risultanze algoritmiche potrà trasformarsi in un vizio di ragionevolezza della normativa statale, eventualmente anche censurabile dalla Corte costituzionale.

Invero, a prescindere dal buon esito di questo progetto, quanto detto dovrebbe spingere a riflettere sull'opportunità di attuare il progetto di autonomia differenziata *ex art.* 116 co. 3 Cost. in materie quali la sanità e l'innovazione tecnologica, come risulta dalle ultime bozze di accordo disponibili con il Veneto, la Lombardia e l'Emilia-Romagna.

Infatti, è evidente che tali trasformazioni normative comporterebbero una riallocazione delle risorse sul territorio nazionale ed è pertanto possibile che non tutte le Regioni abbiano pari interesse a modificare gli attuali criteri di riparto, pur considerando che la spesa sanitaria assorbe mediamente l'80 per cento dei bilanci regionali. E quindi, una attuazione irragionevole del regionalismo differenziato potrebbe contribuire a blindare eventuali posizioni di ingiustificato vantaggio delle Regioni differenziate.

In conclusione, la digitalizzazione dei processi decisionali non innova le caratteristiche fondamentali dell'azione pubblica, in quanto le Istituzioni rimangono vincolate a ogni livello al rispetto dei principi costituzionali. Tuttavia, ciò non vale a svilire l'incidenza che le nuove tecnologie hanno e avranno sempre di più sulla sfera della decisione politica e discrezionalità amministrativa, non solo relativamente al momento dell'erogazione dei servizi, ma anche e soprattutto in riferimento al momento della formulazione delle politiche pubbliche. Con specifico riferimento al settore sanitario, percorsi di questo genere richiedono la presenza di uno Stato forte, capace di saper regolare equamente i vari interessi regionali potenzialmente in conflitto. Pertanto, rispetto a questi ultimi, non bisognerebbe cadere nell'equivoco di ritenere il Governo centrale *ex se* garante degli interessi unitari e dell'equilibrio di sistema, in quanto l'apparente dualità costituzionale tende a confondersi fino a dissolversi nell'identità dei soggetti che compongono le maggioranze politiche nei vari livelli di governo. Relativamente a questi aspetti, l'intelligenza artificiale potrebbe contribuire al raggiungimento di un sano equilibrio nel settore sanitario, in maniera magari più efficace di quanto non abbiano fatto gli stessi istituti previsti dalla riforma del Titolo V, quali i livelli essenziali di assistenza. In questo modo, forse si potrebbero porre le premesse affinché al Sistema Sanitario Nazionale sia restituito il ruolo che gli è proprio, di attore dell'unità del Paese, piuttosto che di motore della sua disgregazione.

TENTATIVI DI REGOLAZIONE DELL'INTELLIGENZA ARTIFICIALE
E AUTOMAZIONE NEI PROCEDIMENTI AMMINISTRATIVI:
ALCUNI PROFILI CRITICI

ARIANNA MORESCHINI

1. Introduzione

Le applicazioni di IA si muovono in un quadro normativo che, inevitabilmente, non può essere solo interno in quanto risente, anche, dell'influenza e della disciplina sovranazionale. Si darà, pertanto, attenzione alla proposta di Regolamento della Commissione europea. Si metteranno in luce alcune perplessità sorte nella procedura in corso di approvazione del Regolamento e gli emendamenti suggeriti dalle istituzioni coinvolte. In particolare, saranno presi in considerazione i suggerimenti proposti dalla Banca centrale europea e dal Comitato delle regioni. Si darà in seguito conto delle criticità emerse nell'impiego dell'Intelligenza artificiale nell'ambito dell'attività amministrativa, con particolare riferimento ai procedimenti interamente automatizzati. Non sarà questa la sede per trattare *tutti* gli aspetti critici dell'utilizzo delle applicazioni di IA e si esamineranno, pertanto, le questioni più rilevanti sollevate dalla dottrina, dalla giurisprudenza e da alcune Istituzioni: la loro legittimità e la necessità di trasparenza, il controllo umano dei sistemi e i loro esiti.

2. Gli orientamenti dell'Unione europea

L'Unione europea viene sviluppando, soprattutto su iniziativa della Commissione, una propria strategia in materia di intelligenza artificiale che utilizza una pluralità di strumenti qualitativamente diversi e funzionalmente complementari. Si tratta di una strategia che combina interventi che implicano strumenti finanziari, in particolare stanziamenti di spesa¹, interventi normativi², azioni di *rule-making*

¹ Si pensi ai finanziamenti erogati nell'ambito del programma Horizon 2020, con il quale la Commissione ha portato investimenti nell'intelligenza artificiale a 1,5 miliardi di euro per il triennio 2018-2020, mentre i programmi nazionali hanno beneficiato del sostegno dei fondi strutturali e di investimento europei in funzione dello sviluppo delle competenze https://ec.europa.eu/info/research-and-innovation/funding/funding-opportunities/funding-programmes-and-open-calls/horizon-2020_en. Nel prossimo futuro, i fondi pubblici saranno disponibili, tra l'altro, grazie a un nuovo programma per la ricerca e lo sviluppo proposto dalla Commissione per il periodo 2021-2027 e dovranno essere utilizzati in modo da incentivare gli investimenti privati, che restano, al momento, troppo limitati COM (2018) 237, p. 4. Il punto è ripreso dal già richiamato libro bianco pubblicato nel febbraio 2020, COM (2020) 65, p. 8.

² Si pensi al Regolamento generale sulla protezione dei dati (GDPR) entrato in vigore nel maggio

amministrativo, come quelle prefigurate in vari rapporti prodotti da organismi che assistono la Commissione, nonché interventi espressamente qualificati come “etici”.

La Commissione europea si è rivolta al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale dapprima, nel 2018, con la Comunicazione sull’intelligenza artificiale e l’Europa ³ e poi, nel 2019, con quella sulla creazione della fiducia nell’intelligenza artificiale antropocentrica ⁴ ove si è espressa la necessità di elaborare orientamenti etici rivolti agli sviluppatori, ai fornitori e agli utenti dell’IA nel mercato interno. Proprio a tale scopo, la Commissione ha istituito un “Gruppo di esperti ad alto livello sull’IA” (HLEG) ⁵ e l’Alleanza europea per l’IA⁶. Nel febbraio del 2020 la Commissione ha poi pubblicato il Libro bianco sull’intelligenza artificiale – Un approccio all’eccellenza e alla fiducia ⁷ – fino alla recentissima proposta di Regolamento sull’intelligenza artificiale del 2021 ⁸ che costituisce il primo tentativo di regolare in termini generali l’IA, all’esito di anni di lavoro preparatorio, derivato anche dagli orientamenti etici del Gruppo di esperti ad alto livello sull’intelligenza artificiale, oltre ad essere coerente con altre raccomandazioni e altri principi internazionali.

Nell’ambito dei due mandati, il Gruppo dapprima ha enucleato sette requisiti chiave che i sistemi di IA dovrebbero soddisfare per essere qualificati come affidabili⁹, allo scopo di fornire una guida operativa su come attuare tali principi nei sistemi di IA.

2018 e al Regolamento sulla cybersecurity adottato nel 2019 Regolamento (UE) 2019 /881 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 17 aprile 2019.

³ Comunicazione della Commissione, “*L’intelligenza artificiale per l’Europa*”, 25 aprile 2018, COM (2018) 237 final.

⁴ Comunicazione della Commissione, “*Creare fiducia nell’intelligenza artificiale antropocentrica*”, 8 aprile 2019, (COM 2019) 168 final.

⁵ Il HLEG è formato da 52 esperti nel campo di ricerca ed è stato istituito nel 2018. Gli orientamenti elaborati dal Gruppo di esperti ad alto livello sull’IA a cui la Commissione fa riferimento nei suoi documenti si basano in particolare sul lavoro svolto dal Gruppo europeo sull’etica nelle scienze e nelle nuove tecnologie (GEE) e dall’Agenzia dell’Unione europea per i diritti fondamentali (FRA). *L’European Group on Ethics in Science and New Technologies*, un organismo di consulenza indipendente del Presidente della Commissione UE, ha prodotto una relazione nel marzo 2018 dall’ che propone una griglia di nove “prequisiti democratici e principi etici” che dovrebbero informare l’utilizzo dell’IA, disponibile a https://ec.europa.eu/research/egp/pdf/egp_ai_statement_2018.pdf.

⁶ Piattaforma multilaterale aperta con oltre 2.700 membri, per fornire un contributo più vasto ai lavori del gruppo di esperti ad alto livello sull’IA. <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/european-ai-alliance>.

⁷ Libro bianco sull’intelligenza artificiale- Un approccio europeo all’eccellenza e alla fiducia, 19 febbraio, 2020, COM (2020) 65 final; https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_it.pdf.

⁸ Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull’intelligenza artificiale, 21 aprile 2021, COM (2021) 206 final.

⁹ High-Level Expert Group on Artificial Intelligence, “Ethics Guidelines for Trustworthy AI” (April 2019). Durante il primo anno del suo mandato, il HLEG ha lavorato principalmente a due

Tra i requisiti essenziali individuati che devono guidare lo sviluppo dell'intelligenza artificiale emergono: l'intervento e la sorveglianza dell'uomo, la robustezza tecnica e la sicurezza, la riservatezza e la *governance* dei dati, la trasparenza, la tutela della diversità, della non discriminazione e dell'equità, il benessere sociale e ambientale, nonché l'*accountability*.

Sulla base degli orientamenti elaborati dal Gruppo, la Commissione ha indicato tre livelli di garanzia minimi di trasparenza¹⁰: la tracciabilità, intesa come la documentazione e registrazione delle decisioni adottate dai sistemi di intelligenza artificiale e dell'intero processo di elaborazione della decisione; la spiegabilità “per quanto possibile” del processo decisionale degli algoritmi, adattata alle persone coinvolte; la comunicazione, adeguata al caso concreto, delle capacità e dei limiti del sistema di IA, al fine di garantire la consapevolezza da parte degli utenti che essi stanno interagendo con un sistema di IA.

Il Gruppo ha inoltre presentato una lista di valutazione definitiva per un'intelligenza artificiale “degnata di fiducia” (ALTAI)¹¹. In altre parole, uno strumento pratico che traduce le Linee guida delineate in una lista di controllo di autovalutazione accessibile e utilizzabile da sviluppatori di IA che vogliono assicurare lo sviluppo di sistemi provvisti dei requisiti chiave.

In questo contesto la posizione della Commissione può essere riassunta nella formula secondo la quale occorre garantire un quadro giuridico allo stesso tempo stabile e orientato all'innovazione. La Commissione, infatti, da un lato, pone al centro della sua riflessione la certezza del diritto, un'esigenza imprescindibile di qualunque ordinamento politico contemporaneo che conferisce stabilità ai comportamenti dei consociati, dall'altro, tiene saldo il principio giuridico, per quanto implicito, di innovazione nell'ordinamento europeo. Tale principio «*can be deduced*

obiettivi: le Linee guida (<https://wayback.archive-it.org/12090/20210728013426/https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/ethics-guidelines-trustworthy-ai>) e le Raccomandazioni su politiche e investimenti in materia di AI (<https://futurium.ec.europa.eu/en/european-ai-alliance/document/ai-hleg-sectoral-considerations-policy-and-investment-recommendations-trustworthy-ai>).

Le prime propongono un approccio umano-centrico ed elencano sette requisiti chiave che i sistemi di IA dovrebbero soddisfare per essere affidabili, fornendo una guida operativa su come attuarli. Le raccomandazioni, invece, guidano l'IA verso la sostenibilità, la crescita, la competitività e l'inclusione, fornendo, allo stesso tempo, benefici e assicurando protezione ai cittadini europei.

¹⁰ Comunicazione della Commissione, “*Creare fiducia nell'intelligenza artificiale antropocentrica*”, 8 aprile 2019, (COM 2019) 168 final.

¹¹ <https://wayback.archive-it.org/12090/20210728013335/https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/assessment-list-trustworthy-artificial-intelligence-altai-self-assessment>. Il secondo mandato del HLEG si è concluso nel 2020 con la presentazione di altri due documenti. Il primo consistente in una lista di valutazione per un'intelligenza artificiale degna di fiducia (ALTAI) il secondo documento esplora, invece, le raccomandazioni, precedentemente pubblicate dal Gruppo, in tre specifiche aree di applicazione: il settore pubblico, la sanità e la produzione e il c.d. “Internet delle cose”, cfr. <https://wayback.archive-it.org/12090/20210728103937/https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/policy-and-investment-recommendations-trustworthy-artificial-intelligence>.

from the Treaties by systemic and teleological interpretation»¹² e impone di «*optimising the legal framework for innovation*», ovvero di costruire una regolazione funzionale all'innovazione¹³.

La Commissione dell'Unione europea, da ultimo per mezzo dello proposta di Regolamento, avanza, pertanto, un modello di equilibrio affatto semplice da raggiungere sia a livello nazionale sia a livello europeo¹⁴.

Una disciplina che si proponga di regolare con efficacia e realismo il fenomeno dell'IA, infatti, deve essere in grado di bilanciare accuratamente diversi interessi e concezioni: essa non deve inibire la ricerca e lo sviluppo dell'IA ma allo stesso tempo deve rispettare i principi della *rule of law* ed essere in grado di adeguarsi ai rapidi sviluppi che caratterizzano la tecnologia.

La logica complessiva della strategia europea, infatti, si muove su un “binario”¹⁵ teso, da un lato, a recuperare terreno rispetto al *gap* che ancora separa l'Europa da Stati Uniti e Cina, specie in termini di investimenti pubblici nella ricerca, dall'altro, a proiettare tale sviluppo nell'alveo dei valori e diritti fondamentali dell'ordinamento giuridico europeo, perseguendo l'obiettivo di incentivare una “*intelligenza artificiale antropocentrica*”, creata dall'uomo, per l'uomo e destinata a restare, per essere “sostenibile”, sotto la sua sorveglianza¹⁶.

Un ulteriore aspetto rilevante da notare è l'atteggiamento con cui si affronta il

¹² Ad esempio, l'art. 3 del Trattato sull'Unione europea dispone che l'Unione «promuove il progresso scientifico e tecnologico».

¹³ Si veda, in particolare, il documento prodotto dallo *European Political Strategy Centre* (EPSC), il *think tank* della Commissione europea, dal titolo *Towards an Innovation Principle Endorsed by Better Regulation*, pubblicato nella serie EPSC Strategic Notes, n. 14, giugno 2016; i passaggi riportati nel testo sono, rispettivamente, a p. 2 e a p. 3.

¹⁴ Sulla proposta di Regolamento si veda C. Casonato, B. Marchetti, *Prime osservazioni sulla proposta di Regolamento dell'Unione Europea in materia di intelligenza artificiale*, in *Biolaw Journal*, 3, 2021; G. Marchianò, *Proposta di Regolamento della commissione europea del 21 aprile 2021 sull'intelligenza artificiale con particolare riferimento alle ia ad alto rischi*, in *AmbienteDiritto.it*, 2, 2021; F. Costantino, *La proposta dell'Unione Europea sull'intelligenza artificiale e il rasoio di Occam*, in *Note e Contributi Astrid*, 27 maggio 2021; A. Pajno, *Introduzione allo studio della proposta della Commissione europea di Regolamento sull'Intelligenza Artificiale*, *Introduzione al seminario Astrid-LED su Proposta della Commissione europea di Regolamento sull'Intelligenza Artificiale* – Roma, 7 giugno 2021.

¹⁵ A. Adinolfi, *L'Unione europea dinnanzi allo sviluppo dell'intelligenza artificiale: la costruzione di uno schema di regolamentazione europeo tra mercato unico digitale e tutela dei diritti fondamentali*, in S. Dorigo (a cura di), *Il ragionamento giuridico nell'era dell'intelligenza artificiale*, Pisa, Pacini Giuridica, 2020, 17.

¹⁶ L'obiettivo di una Intelligenza artificiale giuridico-sostenibile emerge fin dai primi documenti elaborati in materia dalle Istituzioni europee: è indicato nella comunicazione del 25 aprile 2018 “*Strategia per l'IA*” COM(2018) 237 final con cui si avvia il percorso che, attraverso l'elaborazione delle Linee Guida Etiche – predisposte dall'*High Level Expert Group on Artificiale Intelligence* e confluite nella Comunicazione “*Creare fiducia nell'intelligenza artificiale antropocentrica*” dell'8 aprile 2019 (COM(2019) 168 final) – ha portato, dapprima al *Libro bianco sull'intelligenza artificiale Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia* (19 febbraio 2020 COM(2020)65 e, da ultimo, alla proposta presentata al Parlamento e al Consiglio europeo il 21 marzo 2021 *Laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain union legislative acts* (COM(2021) 206 final), già citata.

tema dell'intelligenza artificiale. L'inserimento dell'intelligenza artificiale è descritto come una "crisi", un evento straordinario per affrontare il quale mancano gli strumenti istituzionali e politici necessari e le cui conseguenze sono in buona parte imprevedibili¹⁷. La Commissione sembra aver individuato nell'intelligenza artificiale una nuova dimensione della crisi europea, che si aggiunge a quelle già esistenti; in altri termini una crisi multi dimensione, finanziaria, economica politica e costituzionale¹⁸.

La rappresentazione del tema come crisi evidentemente influisce anche sui i rimedi e le relative finalità che l'Europa si propone di mettere in campo per gestirla. Quattro sono le principali direzioni verso le quali si dirigerebbe il disegno complessivo europeo¹⁹ che tenta di sostenere lo sviluppo dell'IA, proteggendo le dimensioni fondamentali della società europea: la regolazione sociale, lo sviluppo dell'IA, il *welfare* e, infine, l'etica. Di primaria importanza per l'Unione è garantire le esigenze sociali su cui incide fortemente l'utilizzo dell'intelligenza artificiale. Si pensi in primo luogo alla tutela dei dati personali, ma anche alla tutela del consumatore così come la questione relativa all'energia necessaria per alimentare l'uso dell'IA. Complementare alla gestione dei rischi della qualità di vita dei cittadini è l'azione, nell'ambito della più generale politica industriale europea, volta a sostenere, paradossalmente, lo sviluppo dell'IA. L'Unione si impegna, inoltre, nell'ambito delle politiche sociali, nella formazione e protezione dei lavoratori che nell'ambito di questa transizione sociale potrebbero subire un danno occupazionale, estendono così, il suo intervento oltre la qualità di vita dei cittadini. L'ultima finalità del disegno europeo è quella di garantire un utilizzo "etico" dell'intelligenza artificiale.

3. Alcune osservazioni alla luce della Proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale

In linea generale la strategia europea sembra aver delineato una disciplina che tiene conto dei caratteri specifici dell'oggetto da regolare.

La disciplina proposta dispone strumenti caratterizzati da flessibilità e adattabili-

¹⁷ Si veda il documento *Artificial Intelligence. A European Perspective*, pubblicato dal Joint Research Centre della Commissione europea nel 2018, disponibile alla pagina <https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/bitstream/JRC113826/ai-flagship-report-online.pdf>.

¹⁸ La letteratura sulla crisi multidimensionale sull'Europa è ormai molto abbondante. Si veda – no, a titolo esemplificativo, E. Chiti, A.J. Menéndez, P.G. Teixeira (a cura di), *The European Rescue of the European Union? The Existential Crisis of the European Political Project*, Arena Report, 3, 2012, e Recon Report, 19, 2012; J.H.H. Weiler, *Europe in Crisis – On 'Political Messianism', 'Legitimacy' and the 'Rule of Law'*, in *Singapore Journal of Legal Studies*, 2012, 248 ss.; G. Majone, *The Deeper Euro-Crisis or: The Collapse of the EU Political Culture of Total Optimism*, *EUI Working Paper LAW*, 10, 2015.

¹⁹ E. Chiti, B. Marchetti, "Divergenti? Le strategie di Unione europea e Stati Uniti in materia di intelligenza artificiale", in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 1, 2020, 29 ss.

tà e, in ragione di una tutela effettiva, si rivolge ad una platea soggettiva particolarmente ampia.

La proposta di Regolamento prende in considerazione il carattere plurale e diversificato dell'IA. Per ciascun sistema di IA le possibilità concrete di controllo umano sono assai differenti. A un estremo si pongono i sistemi che potrebbero svolgere le proprie funzioni in completa autonomia (*Human out of the loop*), all'altro quelli che sono governati interamente dall'umano (*Human in command*), passando attraverso una serie di posizioni intermedie in cui la dimensione umana gioca un ruolo crescente (*Human post the loop*, *Human on the loop* e *Human in the loop*).

Questo dato emerge, oltre che dalla classificazione dei sistemi di IA, dall'approccio basato sul rischio²⁰, dai requisiti minimi proposti in ordine ai sistemi di IA ad alto rischio, così come quelli relativi alla qualità e rappresentatività dei dati in relazione al rischio riscontrato di errore e di discriminazione nell'impegno di dati non accurati nelle fasi addestramento del sistema²¹.

Per i sistemi ad alto rischio è previsto il necessario rispetto di alcuni requisiti quale condizione per l'immissione in commercio: tale rispondenza richiede un procedimento di verifica della conformità, il quale tuttavia è per lo più svolto dal

²⁰ In particolare, la complessità e la pluralità della tecnologia impiegata hanno suggerito un approccio basato sui rischi, distinguendo tra categorie di AI diverse e sottoposte a diversi regimi regolatori: i sistemi a rischio inaccettabile, per i quali è previsto un regime di divieto salvo deroghe espresse; i sistemi ad alto rischio, cui è dedicata la gran parte della disciplina; i sistemi a basso e minimo rischio, che, sostanzialmente liberi, sono soggetti a soli oneri di informazione.

Anzitutto la proposta considera alcune applicazioni dell'IA a rischio inaccettabile: tra queste, alcune vengono però vietate in assoluto, mentre altre sono vietate in linea di principio, ma sono ammesse eccezioni. Sono vietati in termini assoluti i sistemi che mirano a manipolare in base a tecniche subliminali la condotta delle persone oppure fanno leva sulle vulnerabilità di alcuni soggetti (a causa della loro età o disabilità, ad esempio) al fine di condizionarne la condotta. In entrambi i casi, peraltro, il divieto scatta quando il dispositivo possa determinare danni fisici o psicologici all'utente o ad altra persona. Sono invece vietati solo in linea di principio i sistemi di IA utilizzati da autorità pubbliche per stabilire l'affidabilità delle persone (in termini di *trustworthiness* e di *social scoring*) in base alla loro condotta sociale o alle caratteristiche personali. In particolare, tali applicazioni sono proibite solo se determinano un trattamento pregiudizievole (*detrimental or unfavourable*) in un contesto scollegato a quello in cui i dati sono stati generati, oppure ad un trattamento parimenti pregiudizievole che sia ingiustificato o sproporzionato rispetto alla condotta sociale e alla sua gravità. La stessa norma vieta altresì l'uso di sistemi di identificazione biometrica *real time* in spazi aperti al pubblico per finalità di polizia (*law enforcement*), a meno che non siano strettamente necessari per la ricerca mirata di potenziali vittime di azioni criminose, come bambini scomparsi, per la prevenzione di un pericolo specifico, sostanziale e imminente alla vita o alla sicurezza di una persona o di un attacco terroristico o, infine, per la individuazione, localizzazione o incriminazione di un soggetto sospetto di alcuni reati.

²¹ È a questo che si ricollegano il principio di "non discriminazione algoritmica" e il problema della fallibilità del *software*, al quale ci si affida sul presupposto che esso sia in grado di offrire una soluzione efficiente. Il principio di non discriminazione algoritmica implica che la progettazione di algoritmi intelligenti deve essere fatta in maniera tale da prevenire il rischio che i sistemi di Intelligenza Artificiale elaborino informazioni o dati in modo distorto o condizionato.

provider stesso e, solo in casi eccezionali, da soggetti terzi. Una volta stabilita la conformità del sistema di IA ad alto rischio, può essere rilasciata la dichiarazione di conformità²² ed è apposto il marchio europeo²³ che consente la circolazione nel mercato. I sistemi ad alto rischio conformi al diritto dell'Unione sono poi registrati in una banca dati, accessibile al pubblico, posta sotto il controllo della Commissione²⁴. Una volta immesso nel mercato, il sistema di IA ad alto rischio viene sottoposto ad una vigilanza *post-market*, volta a verificare che, per tutto il suo ciclo di vita, esso resti rispettoso delle condizioni stabilite dal Regolamento.

La proposta, tuttavia, lascia non poche perplessità.

In primo luogo, si riscontra il rischio di frammentazione interpretativa e di applicazione nonché di difficile coordinamento con altre discipline settoriali. Ci si riferisce ai casi di rinvio agli Stati membri per specifici interventi o all'interpretazione della definizione di sistema di intelligenza artificiale.

Per quanto attiene al primo aspetto, occorre notare che la proposta lascia una notevole libertà per quello che concerne le direzioni di mercato degli Stati membri. Il rischio avvertito da alcuni commentatori è quello di una frammentazione del mercato unico dell'UE in contrasto con l'obiettivo della proposta che si propone di far rispettare le regole orizzontali prima che gli Stati membri individualmente pongano una disciplina²⁵. In particolare, pur comprendendo la *ratio* specificata dal Considerando 68, ossia che «*per motivi eccezionali di pubblica sicurezza o di tutela della vita e della salute delle persone fisiche nonché della proprietà industriale e commerciale, gli Stati membri possano autorizzare l'immissione sul mercato o la messa in servizio di sistemi di Intelligenza artificiale che non sono stati sottoposti a una valutazione della conformità*» essa fa sorgere almeno due tipi di problemi: la conformità con il Regolamento e la conseguente frammentazione del mercato.

A tal riguardo, il Comitato europeo delle regioni (COR), con riferimento ai sistemi di IA ad alto rischio, ribadisce che gli Stati membri dovrebbero poter mantenere il diritto di regolamentarli qualora siano in gioco interessi di sicurezza pubblica e nazionale, e propone l'inserimento di un nuovo paragrafo (un sesto paragrafo all'art. 29) che faccia espresso riferimento alla necessità di una valutazione etica preventiva alla messa in servizio²⁶. Inoltre, in merito al ruolo chiave che gli

²² Cfr. art. 48 Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale, 21 aprile 2021, COM (2021) 206 final.

²³ Cfr. art. 49 Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale, 21 aprile 2021, COM (2021) 206 final.

²⁴ Cfr. art. 60 Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale, 21 aprile 2021, COM (2021) 206 final.

²⁵ G. Finocchiaro, L. Floridi, O. Pollicino, *Sull'intelligenza artificiale. Un'indecisa tra armonizzazione e margini di libertà eccessivi*, in <https://www.ilsole24ore.com/art/sull-intelligenza-artificiale-ue-indecisa-armonizzazione-e-margini-liberta-eccessivi-AEOLm5GB>.

²⁶ Emendamento 24 del CRO: «Gli utenti di sistemi di IA ad alto rischio hanno l'obbligo di effettuare una valutazione etica prima che il sistema di IA ad alto rischio sia messo in servizio. Essi devono

Stati membri svolgono nell'applicazione del Regolamento, il COR suggerisce che ad essi dovrebbe essere consentito affidare, ove necessario e ove possibile, agli enti locali e regionali il compito di svolgere funzioni di vigilanza o di *enforcement*²⁷.

Il Considerando 68 sembra rischiare di rendere inutile lo sforzo di armonizzazione. Questo perché i rinvii messi in rilievo necessitano di una serie di interventi in capo agli Stati membri, i quali, per garantire un'applicazione razionale delle norme, ed evitare interpretazioni creative e incoerenti, dovranno sviluppare le competenze necessarie in materia di IA e allocare sufficienti risorse umane e finanziarie, sviluppando approcci locali legislativi e quindi diversificando i tipi di *compliance*.

Circa i problemi di coordinamento con le discipline di settore, con riferimento ai sistemi di IA ad alto rischio forniti o utilizzati dagli enti creditizi, il 29 dicembre 2021 si è espressa la Banca Centrale europea (BCE)²⁸, evidenziando come la proposta di Regolamento integri taluni obblighi già previsti nelle procedure di cui alla Direttiva 2013/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio (*Capital Requirements Directive*, di seguito la «CRD»).

In particolare, la proposta di Regolamento mira a migliorare la coerenza con la CRD, integrando nel sistema di *governance* interna degli enti creditizi alcuni obblighi di gestione del rischio e di *governance* di fornitori e utenti. Tuttavia, secondo la BCE, la proposta dovrebbe lasciare impregiudicati gli obblighi specifici, per certi aspetti più rigorosi, degli enti creditizi stabiliti dalla disciplina di settore e dagli orientamenti della stessa BCE. Quest'ultima si riferisce, in particolare, agli obblighi di *governance* interna degli enti con particolare riferimento agli accordi di esternalizzazione di sistemi di IA.

La proposta di Regolamento, invero, a differenza degli orientamenti dell'Autorità bancaria europea (ABE), attribuisce obblighi diversi ai fornitori e agli utenti di sistemi di IA ad alto rischio. Il carattere innovativo, la complessità dell'IA nonché i requisiti richiesti dalla proposta di Regolamento, rendono, pertanto, necessarie ulteriori indicazioni per chiarire le aspettative di vigilanza in relazione ai nuovi obblighi.

essere in grado di spiegare quale potrebbe essere l'impatto derivante dall'installazione di tale tecnologia sugli individui e sulla società. Precisano per quali finalità viene installato il sistema di IA in questione, quali sono i valori fondamentali e in che modo sono stati determinati nonché se il sistema tiene conto o meno di tali valori. Essi valutano l'impatto reale del sistema di IA sugli individui e sulla società per l'intera durata del ciclo di vita del sistema stesso». Il CRO ritiene, infatti, che esistono molti modi di praticare l'etica nel settore della tecnologia, sia in termini di giustificazioni teoriche che di metodologie, strumenti e valori di progettazione concreti. I valori sono elementi che talune persone o gruppi di persone ritengono importanti, e possono essere preferibilmente concreti o, invece, più concettuali. È importante salvaguardare lo spettro dei valori morali che possono essere attuati e realizzare una valutazione permanente del ciclo di vita del sistema di IA in questione.

²⁷ COR 2021/02682 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021AR2682&from=EN>.

²⁸ CON/2021/40, 29 December 2021, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021AB0040&from=EN>.

I rischi di frammentazione della disciplina proposta riemergono anche nella definizione molto ampia di “sistemi di Intelligenza artificiale” dell’art. 3 della proposta²⁹. Come si rileva dalla relazione introduttiva della proposta, una definizione “aperta” se, da un lato, garantirebbe la massima conformità ai valori europei, dall’altro, anche generare una varietà d’interpretazioni nazionali che potrebbero essere fonte di incoerenza e frammentazione³⁰. Leggendo l’art. 3 in combinato disposto con l’allegato I, si evince che il termine “Intelligenza artificiale” comprende praticamente qualsiasi programma di computer, definendo in modo troppo ampio e discrezionale che cosa possa essere ricompreso al suo interno. In altri termini, ai sensi del Regolamento costituisce un sistema di IA ogni *software* sviluppato per generare *output* (contenuti, previsioni, raccomandazioni o decisioni), utilizzando approcci statistici, di apprendimento automatico, nonché metodi di ricerca e ottimizzazione.

A tal proposito, il Consiglio dell’UE³¹, il Comitato economico e sociale europeo (CESE)³², il Comitato europeo delle regioni (COR)³³ e la BCE, sollevano alcuni dubbi circa la classificazione e definizione dei sistemi di IA. In particolare, secondo quest’ultima, nel sostenere un approccio neutrale dal punto di vista tecnologico nella vigilanza degli enti creditizi, solleva la preoccupazione che la definizione del Regolamento comprenderebbe una serie di attività svolte abitualmente dagli enti creditizi, in particolare quelle volte a stabilire il merito di credito delle persone fisiche. In altri termini, la maggior parte delle attività di *credit scoring* che utiliz-

²⁹ Art. 3 della proposta: «*Software sviluppato con una o più delle tecniche e degli approcci elencati nell’allegato I, che può, per una determinata serie di obiettivi definiti dall’uomo, generare output quali contenuti, previsioni, raccomandazioni o decisioni che influenzano gli ambienti con cui interagiscono.*».

³⁰ G. Finocchiaro, L. Floridi, O. Pollicino, *Sull’intelligenza artificiale. Un’ipotesi indecisa tra armonizzazione e margini di libertà eccessivi*, cit.

³¹ In particolare, i Ministri delle telecomunicazioni dell’UE hanno tenuto un primo dibattito politico approfondito sulla proposta, accogliendo con favore l’approccio della proposta basata sul rischio, ma anche sottolineando la necessità di discutere, tra l’altro, l’ambito di applicazione della legge e la definizione dei termini chiave.

³² Il 22 settembre 2021 il Comitato economico e sociale europeo (CESE) ha adottato un parere nel quale, pur valutando positivamente che il nuovo regime ponga al centro la salute, la sicurezza dei diritti fondamentali e che abbia una portata generale, individua alcune aree di miglioramento e formula alcune raccomandazioni tra le quali: l’ambito, la definizione e la chiarezza delle pratiche di AI vietate; le implicazioni delle scelte delle categorie effettuate in relazione alla “piramide del rischio”; l’effetto di attenuazione del rischio dei requisiti per l’AI ad alto rischio; e il rapporto con la normativa esistente e le altre recenti proposte normative.

³³ Il COR propone invero la seguente definizione di AI per l’art. 3: «un software sviluppato con una o più delle tecniche e degli approcci elencati in modo non esaustivo nell’allegato I, collegato a pratiche sociali, all’identità e alla cultura, e che può, per una determinata serie di obiettivi definiti dall’uomo, sulla base della percezione del suo ambiente attraverso la raccolta di dati, l’interpretazione dei dati raccolti (siano essi strutturati oppure no), la gestione delle conoscenze o il trattamento delle informazioni risultanti da detti dati, generare output quali contenuti, previsioni, raccomandazioni o decisioni che influenzano gli ambienti con cui interagiscono».

zano sistemi di IA sarebbe automaticamente soggetta ai requisiti minimi imposti ai sistemi di IA ad alto rischio. Inoltre, la BCE evidenzia come, paradossalmente, la proposta non designi come ad alto rischio altri sistemi che, invece, potrebbero essere messi in servizio specificamente dagli enti creditizi. In particolare, questi ultimi stanno sviluppando la modellizzazione dei dati che collegano vendite, transazioni e dati sulle prestazioni per garantire una chiara panoramica del rischio di condotta in un determinato settore. Lo stesso vale per i sistemi di IA che potrebbero essere utilizzati nel monitoraggio in tempo reale dei pagamenti, o nella profilazione dei clienti o delle operazioni, a fini di lotta al riciclaggio di denaro e al finanziamento del terrorismo. La BCE propone, pertanto, un minore impatto sugli enti, non classificando tali attività ³⁴ come sistemi di IA ad alto rischio, e definizioni più specifiche e comuni in materia ³⁵.

Se, dunque, una definizione ampia di sistemi IA può essere giustificata alla luce delle pratiche vietate nell'uso dell'IA delineate nell'art. 5 del Regolamento, per compensare le minacce poste da diversi tipi di *software* ai diritti fondamentali, il discrimine potrebbe essere fondato non tanto sul fatto che tali pratiche vietate siano o meno abilitate dall'apprendimento automatico o logico, ma sul reale pericolo che esse pongono ai diritti dei cittadini interessati. I requisiti obbligatori previsti per questi sistemi nel titolo III, capitolo 2, del Regolamento si basano sull'osservazione che alcuni diritti fondamentali sono influenzati negativamente, in particolare, dalle caratteristiche speciali del *machine learning*, come l'opacità, la complessità, e la dipendenza dai dati. Poiché queste caratteristiche non sono presenti, o lo sono solo in parte, in molti algoritmi non basati sul *machine learning* l'ampia definizione di IA potrebbe portare potenzialmente a una regolamentazione eccessiva.

Appare, dunque, importante il contro-bilanciamento offerto dall'istituzione di uno *European Ai Board*³⁶: una nuova autorità che, assieme alla Commissione europea, e in collaborazione con l'industria tecnologica, dovrà coordinare e consigliare gli Stati membri ³⁷.

³⁴ Sistemi di IA destinati a essere utilizzati per valutare l'affidabilità creditizia delle persone fisiche o stabilire il loro merito di credito e che fungano da leva sull'uso autonomo di regressioni lineari o logistiche o di alberi decisionali sotto la supervisione umana.

³⁵ In particolare, tali indicazioni dovrebbero sia precisare le condizioni alle quali i sistemi di IA ad alto rischio si presumono conformi ai requisiti applicabili, sia definire quando i sistemi di IA sono considerati come «messi in servizio da fornitori di piccole dimensioni per uso proprio» e rientrare, pertanto, nell'ambito di applicazione dell'eccezione alla qualifica di sistema di IA ad alto rischio. In questo contesto, la BCE dovrebbe essere inclusa nell'elenco degli organismi consultati prima dell'adozione di tali specifiche, qualora esse riguardino sistemi di IA destinati a essere utilizzati per valutare l'affidabilità creditizia delle persone fisiche o per stabilire il loro merito di credito.

³⁶ Sull'istituzione del Comitato europeo per l'intelligenza artificiale si veda il Titolo VI "Governance", Capo 1, artt. 56-57-58 della Proposta.

³⁷ *Ibidem*.

3.1. La Proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale e i procedimenti amministrativi automatizzati

Si vuole ora dar conto, infine, di alcune criticità emerse circa l'impiego dell'IA nell'ambito dell'attività amministrativa, con particolare riferimento ai procedimenti interamente automatizzati.

Per quanto riguarda la prima questione relativa alla legittimità dell'uso delle nuove tecnologie informatiche, le richieste unanimesi degli studiosi sono state, almeno in parte, esaudite. Dal punto di vista della dottrina italiana il problema si è posto in quanto dalla ricostruzione del quadro normativo è emerso che, a differenza di altri ordinamenti³⁸, nonostante numerose disposizioni prevedano la digitalizzazione dei procedimenti amministrativi, non esiste attualmente una norma espressamente permissiva della decisione amministrativa automatizzata né una norma generale che ammetta, precisandone le modalità, l'impiego di sistemi di AI nell'adozione di atti amministrativi. La maggior parte dei commentatori, a differenza di quelli che ritengono sufficiente l'inquadramento dei sistemi informatici automatizzati in un modulo organizzato e procedimentale³⁹, sostiene, invero, che non si possa desumere da norme di carattere eminentemente programmatico (art. 3 *bis* l. n. 241 del 1990; artt. 12, 15, e 41 CAD), che paiono riferite in generale all'attività amministrativa e al procedimento, il fondamento giuridico delle decisioni o degli atti amministrativi automatizzati⁴⁰.

La proposta una volta approvata, fornirebbe una base giuridica per l'utilizzo di sistemi di IA da parte di tutte le autorità pubbliche che sono, invero, espressamente ricomprese nell'ambito di applicazione della proposta, sia in qualità di fornitore che di utente nell'art. 3, nn. 2) e 4), della proposta. Ciò implica che

³⁸ Circoscrivendo un'esemplificazione agli ordinamenti europei, in Francia, in Spagna in Austria e in Germania sono, invece, presenti disposizioni che forniscono una base legale all'impiego dell'AI da parte delle amministrazioni.

³⁹ Per tutti, A. Masucci, *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, Napoli, Jovene, 1993, 53 ss.

⁴⁰ C. Napoli, *Algoritmi, intelligenza artificiale e formazione della volontà pubblica: la decisione amministrativa e quella giudiziaria*, in *la rivista AIC*, 3, 2020, 318 ss.; S.C. Matteucci *Umano troppo umano. Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in *Diritto pubblico*, 1, 2019, 5 ss.; A. Simoncini, *Profili costituzionali dell'amministrazione algoritmica*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 4, 2019, 1149 ss.; E. Carloni, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, 2, 2020, 271 ss. Una dottrina che potremmo definire intermedia dà una lettura combinata dell'art. 3-*bis* della l. n. 241/1990 e della previsione dell'art. 41, comma 1 (alinea 1) del CAD. Tale interpretazione sarebbe idonea a fare acquistare una valenza precettiva all'obbligo meramente programmatico previsto all'art. 3-*bis* della legge generale sul procedimento. In ogni caso anche tale orientamento rileva i limiti oggi esistenti dati dalla rimessione alla volontà di attuarle da parte delle singole amministrazioni (D.U. Galetta, *Algoritmi, procedimento amministrativo e garanzie: brevi riflessioni, anche alla luce degli ultimi arresti giurisprudenziali in materia*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 3, 2020, 501).

l'amministrazione che si troverà ad utilizzare un sistema di IA dovrà, garantire tutti i requisiti e obblighi posti dal Regolamento in relazione, principalmente, al livello di rischio del sistema utilizzato sotto la vigilanza dell'Autorità nazionale specificatamente preposta alla sorveglianza *post-market* del sistema e all'imposizione di sanzioni in caso di difformità dello stesso ai requisiti fissati. I sistemi sarebbero utilizzabili, a queste condizioni, in una fase iniziale del procedimento o nella fase istruttoria dello stesso, offrendo la possibilità di "oggettivizzazione" dell'attività conoscitiva⁴¹ e la valorizzazione della dimensione istruttoria⁴² rispetto a quella della composizione degli interessi (decisoria).

Tuttavia, la proposta non sembra prendere espressamente in considerazione il tema della decisione interamente automatizzata, per la quale anche si è richiesta un'esplicita legittimazione. Ciò emergerebbe, leggendo alcuni articoli della proposta (13 e 14) in cui si allude ad un utilizzo in una funzione di supporto all'amministrazione.

L'art. 13 della proposta dispone che i sistemi di IA ad alto rischio sono progettati e sviluppati in modo tale da garantire che il loro funzionamento sia sufficientemente trasparente da consentire agli utenti – tra cui anche le autorità pubbliche – non solo di *interpretare l'output* del sistema ma anche di *utilizzarlo adeguatamente*. Se caliamo le indicazioni della proposta nell'ambito di un procedimento amministrativo, al funzionario che utilizza un sistema che soddisfi i requisiti posti dalla proposta di Regolamento, è lasciato spazio in ordine alla scelta di utilizzare l'esito del sistema in relazione alla sua adeguatezza rispetto agli obiettivi posti. Le indicazioni più specifiche, a livello europeo, rimarrebbero, pertanto, quelle – inadeguate allo scopo – del GDPR. La proposta d'altra parte, nella relazione introduttiva, prevede che, in coerenza con le disposizioni vigenti nel settore normativo interessato, essa non pregiudica il Regolamento generale sulla protezione dei dati. Come interpretare allora la mancanza di questo specifico aspetto? Non sembra una non curanza del legislatore europeo, quanto piuttosto un aspetto che esula dagli specifici obiettivi che la proposta si pone – maggiormente orientati ad assicurare il buon funzionamento del mercato interno per i sistemi di IA nel rispetto della normativa vigente in materia di diritti fondamentali e i valori dell'Unione – e una

⁴¹ In questo senso, E. Carloni, *Le verità amministrative. L'attività conoscitiva tra procedimento e processo*, Milano, Giuffrè, 2011, 107 ss. L'attività delle amministrazioni pubbliche si può definire un'attività essenzialmente razionale nell'ambito della quale si deve tenere un approccio cognitivo oggettivo che si sviluppa sulla base di un fatto di realtà che l'amministrazione deve ricostruire ed inquadrare nella fattispecie astratta, la quale legittima l'attivazione del potere amministrativo, così F. Levi, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 1967; M. Weber, *Economia e società*, trad. it., Milano, Giuffrè, 1961, II, 289. M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit., Vol. II; A.M. Sandulli, *Il procedimento amministrativo*, cit.; F. Benvenuti, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1952, 118 ss.

⁴² Ad esempio, i sistemi di AI consentirebbero di ridurre i tempi e gli errori della fase istruttoria e di aumentare esponenzialmente la base di conoscenza a partire dalla quale potere prendere decisioni.

conferma indiretta della necessità di alcune garanzie imprescindibili poste a fronteggiare gli aspetti critici dei sistemi di IA espressamente riscontrati nella proposta.

Sotto il profilo del controllo umano, l'art. 14 della proposta prevede che per i sistemi ad alto rischio è necessaria la supervisione umana ed essa deve essere assicurata da misure idonee a mettere concretamente il supervisore umano nella condizione di non utilizzare il sistema o quella di non considerare o rovesciare i risultati. Tale disposizione sembra raccogliere le preoccupazioni espresse dalla dottrina circa il rischio della possibile "cattura" della decisione da parte dei sistemi di IA in assenza di idonee misure volte ad evitarlo⁴³. D'altra parte, il profilo del controllo umano si lega inscindibilmente anche a quello della responsabilità: l'intelligenza artificiale non può sostituire la responsabilità del funzionario amministrativo persona fisica e, dunque, l'imputabilità giuridica dell'errore (e della decisione stessa) dovrà sempre riferirsi all'essere umano titolare dell'organo competente. Posta l'ottica di supporto, ci si chiede quali misure attuative sarebbero idonee a scongiurare tali rischi. Una risposta può trovarsi nella motivazione del provvedimento finale, da cui non si può prescindere⁴⁴: la motivazione, lungi dall'essere un mero requisito di forma del provvedimento, dove invece essere considerata quale elemento essenziale dello stesso che non soccombe nemmeno al progresso tecnologico più marcato⁴⁵.

Un ulteriore profilo rilevante nell'ambito dell'attività amministrativa è quello della necessità di trasparenza dei sistemi di IA⁴⁶. L'opacità caratterizza, in forme e gradi diversi, tutti i modelli algoritmici, anche quelli deterministici (non di IA) e, pertanto, fa emergere per tutti la questione della compatibilità del sistema con la doverosa trasparenza dell'azione amministrativa e l'esplicabilità delle determinazioni finali, specie se adottate nell'esercizio di poteri autoritativi⁴⁷. La proposta

⁴³ A. Simoncini, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, in *Rivista trimestrale di Diritto pubblico*, 4, 2019, 1149 ss.

⁴⁴ Diverso è connesso tema è la necessità di distinguere tra l'effettivo contenuto della motivazione e il processo decisionale concreto, dal momento che anche nei procedimenti cognitivi umani, rimangono oscuri processi logici, al pari di una "scatola nera" senza influire sulla legittimità della determinazione dal punto di vista della trasparenza. Cfr. G. Iozzia, *Trasparenza degli algoritmi. L'intelligenza artificiale deve essere spiegabile, ecco i progetti e le tecniche*, in <https://www.agendadigitale.eu/cultura-digitale/lintelligenza-artificiale-deve-essere-spiegabile-ecco-i-progetti-e-le-tecniche/>.

⁴⁵ Cfr. D.U. Galetta, *Algoritmi, procedimento amministrativo e garanzie- brevi riflessioni, anche alla luce degli ultimi arresti giurisprudenziali in materia*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 3, 2020, 501 ss.

⁴⁶ La trasparenza algoritmica viene sempre più letta come un elemento essenziale della legittimazione dell'agire amministrativo e di una società aperta, cfr. C. Coglianese, D. Lehr, *Transparency and Algorithmic Governance*, in *Administrative Law Review*, 2019, 18 ss. Essa si ricollega, infatti, non solo ai principi dello Stato di diritto, ma anche e soprattutto alla dignità della persona, cfr. A. Masucci, *L'algoritmizzazione delle decisioni amministrative tra Regolamento europeo e leggi degli Stati membri*, in *Diritto pubblico*, 3, 2020, 951.

⁴⁷ J. Burrell, *How the machine "thinks": understanding opacity in machine learning algorithms*, in *Big Data and*

impone, in effetti, obblighi di trasparenza ai fornitori ed agli utenti (tra cui anche le autorità pubbliche all'art. 3, definite al n. 4). Tuttavia, deve notarsi che essi sono richiesti solo per i sistemi ad alto rischio, e solo eventualmente per quelli a basso medio rischio. Inoltre, ciò che maggiormente importa è che la proposta si rivela debole nell'affrontare l'opacità dei sistemi, laddove richiede genericamente «*a certain degree of transparency*». Proprio a tal proposito, infatti, il Comitato europeo delle regioni ha suggerito un emendamento della proposta richiedendo che, con specifico riferimento alle autorità pubbliche, dovrebbe essere richiesto «*a high level of transparency*» dei sistemi di IA⁴⁸. Così declinato il requisito sulla trasparenza dei sistemi di IA rischia di non soddisfare il principio di trasparenza algoritmica richiesto per un “giusto procedimento tecnologico”⁴⁹ secondo cui è consentito l'uso dell'intelligenza stessa nella misura in cui l'amministrazione possa rendere comprensibile al pubblico la regola algoritmica e di conseguenza vi sia la possibilità per i giudici di sindacarla.

4. Conclusioni

La regolazione attuale appare, dunque, oggi insufficiente e poco chiara a regolare quegli aspetti specifici che connotano la pubblica amministrazione.

Occorre forse portare a termine un'opera che il legislatore, insieme alla dottrina e alla giurisprudenza, hanno iniziato, ovvero quella di enucleare i principi che devono necessariamente governare l'amministrazione digitale. La transizione digitale, invero, non deve essere un obiettivo in sé dell'amministrazione, ma un mezzo attraverso il quale si può accrescere la tutela dei diritti e delle libertà degli individui nonché migliorare l'organizzazione e il funzionamento dell'amministrazione.

Society, 3, 1, 2016. Sull'opacità algoritmica v. anche M. Ananny e K. Crawford, *Seeing without knowing: Limitations of transparency ideal and its application to algorithmic accountability*, in *New Media and Society*, 20, 3, 2018 ; F. Pasquale, *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Cambridge-London, Harvard University Press, 2015.

⁴⁸ COR 2021/02682 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021AR2682&from=EN>.

⁴⁹ D.K. Citron, *Technological Due Process*, in *Washington University Law Review*, 85, 6, 2008, 1249; D.K. Citron e F. Pasquale, *The Scored Society: Due Process for Automated Predictions*, in *Washington University Law Review*, 89, 1, 2014; K. Crawford e J. Schultz, *Big Data and Due Process: Toward a Framework to Redress Predictive Privacy Harms*, in *Boston College Law Review*, 55, 1, 2014, 93.

TRANSIZIONE DIGITALE E ADEGUATEZZA DELLA FUNZIONE
DI *PROCUREMENT*: PER UNA SPECIALIZZAZIONE
DELLE STAZIONI APPALTANTI

PIER MARCO ROSA SALVA

1. Innovazione dell'azione pubblica e adeguatezza della funzione di *procurement*

La transizione digitale della pubblica amministrazione richiede la creazione di infrastrutture digitali, l'acquisto di nuovi strumenti hardware e software e, più in generale, lo sviluppo di soluzioni innovative e intelligenti, in grado di combinare l'uso di dati, intelligenza artificiale, *blockchain* e altre tecnologie per fornire servizi capaci di migliorare la qualità della vita quotidiana dei cittadini.

I contratti pubblici sono il mezzo più frequente con cui l'amministrazione persegue questi obiettivi. Tuttavia, la progettazione delle soluzioni digitali, l'aggiudicazione dei contratti e la verifica della loro esecuzione non sono compiti facili, richiedono competenze tecniche specifiche e la capacità di ricorrere a procedure e schemi contrattuali complessi.

Per farvi fronte le amministrazioni devono dunque necessariamente disporre di competenze adeguate, suscettibili di assicurare il pieno estrinsecarsi dei processi di innovazione, grazie anche al potenziale dei contratti pubblici¹.

Nel contesto dell'innovazione pubblica, d'altra parte, la questione dell'organizzazione amministrativa, come componente fondamentale della sua attività², appare uno degli elementi chiave, e questo anche in relazione alla funzione di *public procurement*, che necessita di essere riorganizzata in modo da poter affrontare e gestire efficacemente, con competenza e nel rispetto delle esigenze di *cybersecurity*, le commesse pubbliche della transizione digitale.

La rilevanza della funzione di *procurement* per la transizione digitale della pubblica amministrazione e per lo stimolo all'innovazione appare ormai un dato assodato: l'acquisto di prodotti e servizi innovativi svolge un ruolo chiave per implementare l'efficienza e la qualità dei servizi pubblici, consentendo di affrontare al contempo le principali sfide della società contemporanea, sempre più aperta e digitale³.

¹ Si v. la comunicazione della Commissione europea del 3 ottobre 2017, COM (2017) 572 «*Appalti pubblici efficaci in Europa e per l'Europa*». Si v. inoltre, le comunicazioni del 18 giugno 2021, C (2021) 4320, «*Orientamenti in materia di appalti per l'innovazione*», e del 15 maggio 2018, COM (2018) 306, «*Una nuova agenda europea per la ricerca e l'innovazione – l'opportunità per l'Europa di plasmare il proprio futuro*».

² Si v. G. Berti, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, CEDAM, Padova, 1968.

³ Sulla rilevanza della funzione di *procurement* per la transizione digitale e come stimolo all'innovazione si v. le comunicazioni della Commissione del 19 febbraio 2020, COM (2020) 67, «*Plasmare il futuro digitale dell'Europa*», e del 9 marzo 2021, COM (2021) 118, «*Bussola per il digitale 2030*».

Contestualmente, l'innovazione della funzione pubblica non può più trascurare le esigenze di *cybersecurity*, intesa come l'insieme delle attività necessarie a proteggere le infrastrutture e i sistemi digitali nazionali dalle minacce informatiche⁴: la creazione di servizi basati su dati e flussi dinamici di informazioni può essere ostacolata in assenza di forme di protezione adeguate⁵, in particolare nei settori più delicati, al pari della fiducia dei cittadini e dell'impresa.

La piena digitalizzazione dell'azione amministrativa richiede, quindi, sia innovazione che *cybersecurity*, obiettivi verso cui devono tendere i processi di acquisto verso l'esterno tramite i contratti pubblici⁶.

A tal fine le pubbliche amministrazioni devono chiaramente disporre di una struttura organizzativa e di funzionari in grado di consentire un uso non ostacolato, ma efficiente ed efficace, degli strumenti contrattuali per l'innovazione: l'*administrative capacity* (nota anche come *procurement capacity*, quando si riferisce specificamente alla capacità di aggiudicare contratti pubblici) diventa una questione fondamentale a questo proposito.

Si tratta di una sfida certamente non nuova, ma che concorre a porre, anche sotto una rinnovata prospettiva, il persistente tema del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti, finalizzato appunto a certificare che una pubblica amministrazione abbia la capacità organizzativa e professionale necessaria per aggiudicare contratti pubblici, anche in forma aggregata come centrale di committenza⁷. Si tratta, d'altra parte, di un tema che risponde alla necessità, ribadita a livello europeo, di assicurare la professionalizzazione e la cooperazione tra le amministrazioni, quali strumenti⁸ volti a stimolare l'acquisizione delle capacità necessarie a estendere l'utilizzo di contratti innovativi e garantire il rispetto degli standard di sicurezza richiesti nel settore delle ICT⁹.

il modello europeo per il decennio digitale. Si v. altresì la precedente comunicazione del 3 marzo 2010, COM (2010) 2020 sulla Strategia europea 2020.

⁴ Sulla nozione di cybersicurezza si v. Part. 1, d.l. n. 82/2021, convertito in l. n. 109/2021.

⁵ Si v. la comunicazione della Commissione europea del 6 dicembre 2020, JOIN (2020) 18, «*Strategia dell'UE in materia di cibersecurity per il decennio digitale*».

⁶ Sui contratti innovativi si v. G.M. Racca, C.R. Yukins, *Introduction. The Promise and Perils of Innovation in Cross-Border Procurement*, in G.M. Racca, C.R. Yukins, *Joint Public Procurement and Innovation. Lessons Across Borders*, Bruylant, Bruxelles, 2019, p. 2; M.E. Comba, *La domanda pubblica come leva per l'innovazione: le potenzialità degli appalti innovativi per le Anchor Institutions*, in *federalismi.it*, 4, 2019; L. Butler, *L'innovazione negli appalti pubblici: Towards the 'Innovation Union'*, in F. Lichère, R. Caranta, S. Treumer, *Modernising Public Procurement: The New Directive*, DJØF Publishing, Copenhagen, 2014, p. 337; M. Pignatti, *Le strategie europee per l'innovazione nei contratti pubblici*, in *DPCE Online*, 2, 2021, p. 1747.

⁷ Cfr. G.M. Racca, *Le innovazioni necessarie per la trasformazione digitale e sostenibile dei contratti pubblici*, in R. Cavallo Perin, M. Lipari, G.M. Racca, *Contratti pubblici e innovazioni. Per l'attuazione della legge delega*, Jovene, Napoli, 2022, p. 9.

⁸ Si v. la raccomandazione della Commissione europea del 3 ottobre 2017, (UE) 2017/1805, relativa alla «*professionalizzazione degli appalti pubblici - Costruire un'architettura per la professionalizzazione degli appalti pubblici*».

⁹ Cfr. la comunicazione della Commissione europea del 6 luglio 2021, 2021/C 267/01, «*Orientamenti in materia di appalti per l'innovazione*».

2. Sviluppo ed acquisto di ICT e correlate esigenze di sicurezza.

La necessità di disporre di uffici di acquisto adeguati e specializzati rappresenta una questione centrale ai fini dell'attuazione effettiva della transizione digitale della pubblica amministrazione, in conformità con le esigenze di sicurezza informatica.

L'acquisto di hardware o software si basa, infatti, non solo sull'applicazione della normativa sui contratti pubblici, ma anche su previsioni specifiche in materia di digitalizzazione e *cybersecurity*, delineate tra l'altro per mezzo di linee guida emanate dall'Agenzia per l'Italia Digitale (AGID) e dall'Agenzia per la Cybersecurity Nazionale (ACN)¹⁰.

I contratti ICT sono specificamente considerati dal d.lgs. n. 82/2005, che fin dalla sua introduzione ha delineato una serie di disposizioni, implementate nel tempo, volte a disciplinare lo sviluppo, l'acquisto e il riuso di sistemi informatici da parte della pubblica amministrazione, la quale non è sempre libera nella scelta, ma piuttosto tenuta ad effettuare una serie di valutazioni in funzione delle sue esigenze. Occorre quindi distinguere a seconda che l'amministrazione abbia la necessità di acquisire soluzioni software, strumenti hardware o servizi, ovvero sviluppare congiuntamente soluzioni complesse.

L'acquisto di sole soluzioni software è soggetto a una disciplina speciale ai sensi del Capo VI del d.lgs. n. 82/2005, da applicare in coordinamento con le Linee guida sull'acquisizione di software adottate da AGID il 9 maggio 2019¹¹. Si tratta di un insieme di disposizioni volte a promuovere prima di tutto il riuso dei software, già sviluppati ed a disposizione dell'amministrazione in *open source*, in contesti diversi da quelli per cui sono stati originariamente realizzati, senza la necessità di sottoscrivere alcun accordo, ma solo sottoponendosi ai termini della licenza stessa e con l'obbligo di rendere disponibile, in caso di adattamenti e modifiche, il nuovo codice sorgente della soluzione implementata, che potrà essere nuovamente oggetto di riuso. In questo senso si pongono, in particolare, l'art. 68 del d.lgs. n. 82/2005, laddove prevede che l'acquisizione di programmi informatici avvenga (i) nel rispetto dei principi di economicità ed efficienza, tutela degli investimenti, riuso e neutralità tecnologica e (ii) solo a seguito di una valutazione comparativa di natura tecnica ed economica tra diverse soluzioni disponibili, e l'art. 69, laddove impone all'amministrazione di rendere disponibile il codice sorgente delle proprie

¹⁰ A riguardo si rinvia a F. Serini, *La nuova architettura di cybersecurity nazionale: note a prima lettura del decreto legge n. 82 del 2001*, in *Federalismi.it*, n. 12, 2022, 241 ss.; S. Miele, *Il Perimetro di Sicurezza Nazionale Cibernetica e il nuovo "golden power". Dalla compliance delle aziende e della pubblica amministrazione alla sicurezza nazionale*, in G. Cassano, S. Previti, *Il diritto di Internet nell'era digitale*, Giuffrè, Milano, 2020, p. 186.

¹¹ Sulle linee guida dell'AGID si veda P. Falletta, *Le linee guida dell'Agenzia per l'Italia digitale*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2, 2021, p. 163; F. Notari, *Il percorso della digitalizzazione delle amministrazioni pubbliche: ambiti normativi mobili e nuovi modelli di governance*, in *Giorn. dir. amm.*, 1, 2020, p. 21.

soluzioni, salvo giustificati motivi di ordine e sicurezza pubblica, difesa nazionale e consultazioni elettorali.

Questo processo di valutazione, acquisto e sviluppo, già complesso di per sé, deve poi oggi saldarsi altresì con la necessità di considerare la sicurezza informatica¹², ormai fondamentale sin dalla fase di progettazione del sistema e degli strumenti informatici dei quali l'amministrazione intende disporre.

Non è un caso che la stessa nuova Strategia europea sulla *cybersecurity* sia finalizzata a promuoverla «lungo la catena di approvvigionamento digitale (compresi i dati e il cloud, le tecnologie di processori di nuova generazione, la connettività ultra-sicura e le reti 6G)»¹³ e che essa sia destinata ad essere sempre più sviluppata, ora anche nell'ambito della recente direttiva sulla *cybersecurity* 2022/2555/UE del 14 dicembre 2022 (c.d. direttiva NIS2 - *Network and Information Systems*).

Nella stessa prospettiva la Strategia Nazionale di Cybersecurity 2022-2026 ha come prima priorità la transizione digitale cyber resiliente della pubblica amministrazione, da fondarsi su elevati standard di *cybersecurity* e raggiungersi attraverso l'utilizzo di tutte le tecnologie necessarie, come la crittografia e la realizzazione di prodotti e servizi ad alta affidabilità. Lo stesso Piano di attuazione della Strategia prevede (Misura n. 6) la futura introduzione di norme giuridiche che rafforzino l'inclusione di elementi di *cybersecurity* nelle attività di approvvigionamento di ICT della pubblica amministrazione, con l'obiettivo di fornire indicazioni sia a quest'ultima che agli operatori di mercato, per garantire che i beni e i servizi IT, acquistati da enti pubblici nell'ambito di gare d'appalto o di specifici accordi quadro, soddisfino adeguati livelli di sicurezza.

Tutte esigenze che hanno assunto un carattere ancor più urgente a seguito della guerra in Ucraina, portando il Governo a imporre attraverso l'art. 29 del d.l. n. 21/2022, convertito in l. n. 51/2022, alle pubbliche amministrazioni di diversificare immediatamente i prodotti in uso, per prevenire pregiudizi alla sicurezza delle reti, dei sistemi informativi e dei servizi informatici derivanti dal rischio che le aziende produttrici di prodotti e servizi tecnologici per la sicurezza informatica, legate alla Federazione Russa, non siano in grado di fornire servizi e aggiornamenti ai loro prodotti¹⁴.

¹² Sulla *cybersecurity* si v. R. Brighi, P.G. Chiara, *La cybersecurity come bene pubblico: alcune riflessioni normative a partire dai recenti sviluppi nel diritto dell'Unione Europea*, in *federalismi.it*, 21, 2021; I. Macrì, *Cybersecurity per la Pubblica Amministrazione*, in *Azienditalia*, 12, 2021, p. 1996; B. Bruno, *Cybersecurity tra legislazione, interessi nazionali e mercato: il complesso equilibrio tra velocità, competitività e diritti individuali*, in *federalismi.it*, 14, 2020; M. Nicles, K.L. Dempsey, V.Y. Pillitteri, *An Introduction to Information Security*, in *NIST Special publication 800-12*, Rev. 1, 2017; A. Colella, *Analisi comparata delle architetture decisionali di cybersecurity dei Paesi euro-occidentali*, in A. Torre, *Costituzioni e sicurezza dello Stato*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2013; S. Miele, *I principi strategici delle politiche di cybersecurity*, 2013, in *sicurezza nazionale.gov.it*.

¹³ Si veda la comunicazione della Commissione del 6 dicembre 2020, cit., punto 1.7, sulla presenza della cibersicurezza nella catena di approvvigionamento tecnologico.

¹⁴ L'ACN ha quindi adottato la circolare del 21 aprile 2022 contenente raccomandazioni procedurali

Di conseguenza, la pubblica amministrazione deve garantire che la progettazione e la fornitura di servizi e prodotti ICT avvengano secondo la logica della *cybersecurity by design*, in linea con quanto previsto dalla stessa AGID con le Linee guida sulla sicurezza negli acquisti ICT¹⁵.

3.1 principi di adeguatezza e buon andamento applicati alla funzione di *procurement* ICT

La complessità del processo di acquisto e sviluppo di servizi e soluzioni ICT pone dunque la questione di assicurare che all'esercizio delle funzioni di progettazione, affidamento e verifica dell'esecuzione delle commesse pubbliche provvedano strutture dotate di una adeguata professionalizzazione e specializzazione. Ne consegue la necessità di individuare preventivamente i soggetti con le competenze e le esperienze per provvedervi¹⁶. D'altra parte, è sulla capacità amministrativa di un'autorità che si misura la sua legittimità a rispondere a determinati bisogni attraverso la titolarità di una specifica funzione¹⁷.

A riguardo vengono in considerazione i principi¹⁸ che regolano l'organizzazione dell'amministrazione nonché la ripartizione e l'esercizio delle competenze, in particolare il principio di adeguatezza, che richiede che l'attribuzione della funzione si basi sull'esistenza di una struttura organizzativa idonea e capace, che ne garantisca l'efficienza e l'efficacia, come si evince anche dall'articolo 4, comma 3, lettera g), della l. n. 59/1997, laddove ne lega l'esercizio «*all'idoneità organizzativa dell'amministrazione ricevente*».

Come sottolineato dalla dottrina, la scelta del legislatore di enfatizzare in modo

per la diversificazione dei prodotti in uso. L'art. 29 del d.l. n. 51/2022 ha poi previsto, tra l'altro, l'obbligo anche per le centrali di committenza di aggiornare le proprie offerte inserendo ulteriori prodotti idonei a migliorare la *cybersecurity* e a differenziare i prodotti in uso.

¹⁵ Si v. altresì le Linee guida per la sicurezza nello sviluppo delle applicazioni, volte a garantire che la struttura organizzativa e tecnica della pubblica amministrazione sia in grado di guidare e monitorare lo sviluppo dei servizi erogati e che il ciclo di sviluppo del software sia incentrato proprio sul principio della *security by design* (o *by default*).

¹⁶ Cfr. R. Cavallo Perin, *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni e l'integrazione europea*, in L. Ferrara, D. Sorace, *A 150 dall'unificazione amministrativa italiana*, Vol. I, Firenze University Press, Firenze, 2016, p. 10.

¹⁷ Cfr. E. Carloni, F. Cortese, *Diritto delle autonomie territoriali*, Wolters Kluwer, Milano, 2020, p. 85. Cfr. anche R. Cavallo Perin, G.M. Racca, *La cooperazione amministrativa europea nei contratti e servizi pubblici*, in *Riv. it. dir. publ. com.*, 6, 2016, p. 1457; R. Cavallo Perin, *Relazione conclusiva*, cit.; G.M. Racca, S. Ponzio, *La scelta del contraente come funzione pubblica: i modelli organizzativi per l'aggregazione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 1, 2019, p. 38.

¹⁸ Sui principi si veda, tra i numerosi contributi, M.A. Sandulli, *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2020; E. D'Orlando, *Lo statuto costituzionale della pubblica amministrazione*, CEDAM, Padova, 2013; M. Renna, F. Saitta, *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012.

autonomo il principio di adeguatezza va letta nel senso di rafforzare l'attenzione sulla capacità di svolgere effettivamente le funzioni con la conseguenza, derivante dai principi di sussidiarietà e differenziazione, della possibilità di non conferire le stesse funzioni a tutti gli enti dello stesso tipo e livello e di definire sottocriteri, come le soglie dimensionali, quali presupposti per la loro attribuzione¹⁹.

Adeguatezza e differenziazione sono rilevanti, poi, anche al di là della distribuzione verticale tra enti territoriali²⁰. Il principio di buon andamento²¹ implica, infatti, la necessità che l'azione amministrativa si svolga nel modo più congruo e conveniente possibile, nel rispetto dei criteri di efficienza, efficacia ed economicità stabiliti dalla l. n. 241/1990, che impongono l'appropriatezza e la correttezza sostanziale dell'azione al fine di garantirne la massima qualità. Nelle interpretazioni più recenti, in particolare, il buon andamento comprende la capacità dell'amministrazione di raggiungere il risultato, la possibilità *ex ante* di soddisfare i bisogni in vista della cui tutela è stata istituita²².

Come principi generali, l'adeguatezza e il buon andamento regolano inoltre anche l'esercizio delle funzioni di progettazione, aggiudicazione ed esecuzione dei contratti di appalto di servizi e forniture nonché dei contratti di partenariato pubblico-privato, come può ricavarsi anche dall'art. 30 del D.Lgs. n. 50/2016²³.

Ciò si traduce nella necessità di avere stazioni appaltanti in grado di compiere atti idonei e congrui rispetto al fine che devono perseguire²⁴, in una prospettiva *ex ante* di idoneità dell'organizzazione a soddisfare gli interessi affidati alla sua cura: ci si riferisce non solo alla capacità di raggiungere i risultati prefissati, come

¹⁹ Cfr. E. Carloni, F. Cortese, *Op. cit.*, p. 89.

²⁰ In tal senso anche E. Casetta (a cura di F. Fracchia), *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2020, p. 83.

²¹ Sul principio del buon andamento si veda, tra i vari contributi, M.R. Spasiano, *Il principio di buon andamento*, in M.A. Sandulli, *Op. cit.*, p. 63; M. R. Spasiano, *Il principio di buon andamento*, in M. Renna, F. Saitta, *Op. cit.*, 2012, p. 117; A. Saitta, *Il principio di buon andamento della pubblica amministrazione nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. e soc.*, 1, 1988, p. 53; A. Andreani, *Il principio di buon andamento della pubblica amministrazione*, CEDAM, Padova, 1979.

²² M.R. Spasiano, *Il principio di buon andamento*, in M.A. Sandulli, *Op. cit.*, p. 75.

²³ Sui principi in materia di appalti pubblici si veda P. Scarale, *Art. 30*, in A. Carullo, G. Iudica, *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, Wolters Kluwer – CEDAM, Milano-Padova, 2018; S. Dettori, *Art. 30*, in L.R. Perfetti, *Codice dei contratti pubblici commentato*, Wolters Kluwer, Milano, 2017; R. Cavallo Perin, M. Racca, *Art. 2 Principi*, in L.R. Perfetti, *Codice dei contratti pubblici commentato*, Wolters Kluwer, Milano, 2013; M. Chiti, *I principi*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli, *Trattato sui contratti pubblici, I, I principi generali. I contratti pubblici. I soggetti*, Giuffrè, Milano, 2008.

²⁴ Si vedano a questo proposito, oltre a S. Dettori, *Art. 30*, cit., p. 288, e P. Scarale, *Art. 30*, cit., p. 391; S. Dettori, *Il ruolo dei principi nella disciplina dei contratti pubblici*, in *Nuove autonomie*, 2, 2012; A. Zito, *Il Codice dei contratti pubblici: i soggetti ed i principi*, in *Guida pratica per i contratti pubblici di servizi e forniture. Vol. 1 - Il mercato degli appalti*, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per l'Informazione e l'Editoria, Roma, 2010, p. 10.

l'acquisizione di servizi e forniture ICT innovativi e sicuri²⁵, ma anche, più ampiamente, alla capacità di ridefinire la domanda pubblica²⁶, in una logica di stimolo della stessa iniziativa privata verso la realizzazione di nuove soluzioni da utilizzare nell'azione amministrativa.

Nella prospettiva di assicurare che la funzione di *procurement*, nel campo della transizione digitale, sia esercitata in aderenza ai predetti principi, da pubbliche amministrazioni dotate di adeguate strutture e competenze, viene dunque in considerazione il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti²⁷.

4.L'implementazione del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti

Come noto, nonostante il legislatore avesse previsto, attraverso gli artt. 37 e 38 del d.lgs. n. 50/2016, la costituzione di un sistema di aggregazione incentrato sulla qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza, esso non è mai divenuto operativo e risulta tuttora sospeso sino al 30 giugno 2023, ormai nell'attesa della imminente riforma del codice.

Se, proprio nella prospettiva della riforma, un processo di revisione del sistema di qualificazione è stato portato avanti dal Governo e dall'ANAC, non pare che in tale contesto siano stati presi in specifica considerazione settori di intervento caratterizzati da particolare complessità e tecnicità, come quello dell'ICT, ma così anche della sanità, del trattamento dei rifiuti e dei sistemi energetici complessi.

Con particolare riferimento al profilo della specializzazione si consideri che se l'art. 38, comma 1, d.lgs. n. 50/2016, nella versione originaria, prevedeva che la qualificazione fosse ottenuta «*in relazione agli ambiti di attività, ai bacini territoriali, alla tipologia e alla complessità del contratto e per fasce di importo*», il termine «*ambiti di attività*» fu tuttavia inizialmente riferito alle sole fasi della procedura di acquisto (quali la progettazione, l'affidamento e l'esecuzione), e non ai settori merceologici, per essere successivamente eliminato dall'art. 8 del d.l. n. 76/2020, convertito nella l. n. 120/2020.

D'altra parte, nell'ambito delle figure aggregative della domanda, come le centrali di committenza e i soggetti aggregatori, alcuni dei quali qualificati *ex lege*, parimenti non è prevista la specializzazione in base al settore merceologico di inter-

²⁵ Cfr. S. Ponzio, *La valutazione della qualità delle amministrazioni pubbliche*, Nel Diritto, Roma, 2012, p. 16.

²⁶ Cfr. G.M. Racca, S. Ponzio, *op. cit.*, p. 36-37. Cfr. anche R. Cavallo Perin, *Relazione finale al Convegno Appalti pubblici: Innovazione e razionalizzazione. Le strategie di aggregazione e cooperazione europea nelle nuove direttive*, Consiglio di Stato, Roma, 14 maggio 2014, pp. 6-42.

²⁷ Si v. M. Chiti, *Le innovazioni sulla qualificazione delle amministrazioni aggiudicatrici*, cit.; C. Panetta, *La qualificazione delle stazioni appaltanti*, in *Giustamm*, 7, 2016; G.M. Racca, *Le centrali di committenza nelle nuove strategie di aggregazione dei contratti pubblici*, in *Semplificazione è possibile: come le pubbliche amministrazioni potrebbero fare pace con le imprese*, Italiadecide Rapporto 2015, Varenna, su www.giustizia-amministrativa.it.

vento, anche se è evidente come la centralizzazione della funzione favorisca l'acquisizione di elevate competenze generali che possono essere messe a frutto in settori merceologici più specifici.

Tutto questo nonostante lo stesso Consiglio di Stato avesse rilevato come «*le nuove procedure e i criteri di affidamento, particolarmente innovativi [...] richiedono stazioni appaltanti competenti e specializzate, che padroneggino gli strumenti e siano in grado di governare le procedure*»²⁸.

Non solo competenza, appunto, ma anche specializzazione, cioè preparazione specifica in un determinato settore di attività.

Ora, nell'ambito del processo di attuazione del PNRR, l'ANAC, sulla base del protocollo di collaborazione concluso con la Presidenza del Consiglio dei Ministri il 17 dicembre 2021²⁹, all'esito di una fase di consultazione che ha coinvolto anche stakeholder e altre amministrazioni pubbliche, il 28 settembre 2022 ha adottato le Linee guida del sistema di qualificazione, che dovrebbe essere reso operativo – pur con un adeguato regime transitorio – al momento dell'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici. L'ANAC ha peraltro da subito dichiarato la disponibilità a partecipare a un apposito tavolo tecnico, finalizzato sia al monitoraggio che al miglioramento e adeguamento delle Linee guida, e ad apportare eventuali modifiche o integrazioni, considerato tra l'altro che deve ancora essere reso il parere da parte della Conferenza unificata³⁰.

Parallelamente, la l. n. 78/2022, nel delegare il Governo all'adozione del nuovo codice dei contratti pubblici, ha previsto tra i criteri direttivi anche la ridefinizione e il rafforzamento della disciplina sulla qualificazione delle stazioni appaltanti, tra l'altro al fine di valorizzare la formazione e specializzazione del personale³¹.

E, da quanto emerge dalla bozza del decreto attuativo, elaborata dal Consiglio di Stato e oggi al vaglio delle Commissioni parlamentari in vista della definitiva adozione da parte del Governo, il nuovo sistema di qualificazione dovrebbe essere delineato dall'art. 63 del nuovo codice, dall'Allegato II.4 nonché dalle citate Linee guida ANAC, cui quest'ultimo Allegato espressamente intenderebbe rinviare. In particolare, dalla bozza emerge come la qualificazione, articolata per le fasi di

²⁸ Cons. St., Comm. spec., parere del 1° aprile 2016, n. 855.

²⁹ Il protocollo avviava una collaborazione volta a dare finalmente avvio a un sistema di qualificazione conforme ai criteri di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 50/2016, «*nelle more dell'adozione della legge delega e del relativo decreto legislativo*» di riforma del codice dei contratti pubblici, delineandone le caratteristiche di base e rimandando appunto all'ANAC - ma sempre d'intesa con la Presidenza - l'individuazione delle opportune modalità operative attraverso specifiche linee guida.

³⁰ Infatti, la Conferenza unificata, nella seduta del 28 settembre 2022, ha rinviato l'espressione del proprio parere, non ritenendo possibile valutare le linee guida in considerazione dell'imminente riforma del d.lgs. n. 50/2016, e quindi del quadro legislativo di riferimento, domandando al contempo la costituzione di un apposito tavolo tecnico per monitorare l'applicazione del testo e individuare i miglioramenti e gli adeguamenti necessari.

³¹ Per una prima interpretazione della delega si veda R. Cavallo Perin, M. Lipari, G.M. Racca, *Op. cit.*

progettazione e affidamento in tre fasce di importo³², si dovrebbe incentrare su requisiti che attengano: (a) all'organizzazione della funzione di spesa e ai processi; (b) alla consistenza, esperienza e competenza delle risorse umane, ivi incluso il sistema di reclutamento e la adeguata formazione del personale; (c) all'esperienza maturata nell'attività di progettazione, affidamento ed esecuzione di contratti, ivi compreso l'eventuale utilizzo di metodi e strumenti di gestione informativa delle costruzioni.

Per la concreta delineazione di siffatti requisiti la bozza dell'Allegato II.4 – che disciplina invece autonomamente i requisiti di qualificazione per l'esecuzione – rinvia direttamente alle citate Linee guida ANAC, cui è altresì rimessa la possibilità di disciplinare specifici requisiti di qualificazione per i contratti di partenariato pubblico-privato.

Le Linee guida, tuttavia, vengono a concentrarsi su una forma di qualificazione avente per oggetto l'insieme delle attività che caratterizzano il processo di acquisizione di beni, servizi o lavori, senza che si ravvisi un'articolazione del sistema anche rispetto ai settori di intervento della stazione appaltante.

Se questo è certamente comprensibile e condivisibile nell'intento di non restringere eccessivamente le maglie della qualificazione, può trattarsi di circostanza che non assicura il possesso di adeguate competenze nei settori specialistici, come appunto quello delle ICT. Lo stesso riferimento alla presenza del solo ufficio gare può apparire, in questo senso, in alcuni casi insufficiente, dal momento che nel caso dei contratti più complessi ciascuna delle fasi della procedura, a partire dalla sua progettazione, richiede un approccio coordinato di più uffici diversi, ciascuno con le proprie competenze (ad esempio l'ufficio digitalizzazione o ICT, ma anche l'ufficio ambiente, l'ufficio gestione rifiuti e altri uffici tecnici a seconda dei casi).

La mancanza della considerazione della specializzazione settoriale rischia, in questo modo, di spingere l'amministrazione all'esternalizzazione, verso gli operatori privati, della progettazione e gestione – in particolare tramite le consulenze – delle commesse più complesse, aprendo il problema della natura pubblica o privata della funzione. Si tratta di un punto che, come già evidenziato dalla dottrina³³, non viene risolto dalla delega di cui alla l. n. 78/2022, che sembra lasciare al Governo la possibilità di aumentare lo spazio per l'apporto dei privati in una visione più flessibile della funzione di *procurement*, ma con i rischi connessi.

³² Le tre fasce, previste per le fasi di progettazione e l'affidamento, sono: a) qualificazione base o di primo livello, per servizi e forniture fino alla soglia di 750.000,00 euro e per lavori fino a 1 milione di euro; b) qualificazione intermedia o di secondo livello, per servizi e forniture fino a cinque milioni di euro e per lavori fino alla soglia di cui all'articolo 14; c) qualificazione avanzata o di terzo livello, senza limiti di importo.

³³ Cfr. M.P. Chiti, *Le innovazioni sulla qualificazione delle amministrazioni aggiudicatrici*, cit., p. 70 e p. 76. Sulla preferenza del legislatore per un modello pubblicistico si veda anche G.M. Racca, *La Corte di Giustizia e le scelte nazionali per una efficiente e trasparente aggregazione dei contratti pubblici: una sfida per l'evoluzione digitale della "funzione appalti" nazionale, regionale e locale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2, 2021, p. 220.

A sua volta, la flessibilità appare destinata ad essere rafforzata, nella misura in cui i criteri direttivi della delega mirano a favorire l'aggregazione delle attività di acquisto, ma secondo logiche variabili, che andrebbero valorizzate anche nell'ottica di garantire il *benchmarking* e di evitare forme di aggregazione troppo ampie e rigide, e comunque senza escludere la considerazione di un'estensione a prospettive di aggregazione transnazionali³⁴.

5. Per una migliore articolazione dei principi di adeguatezza e buon andamento nella funzione di *procurement* ICT

Se lo sviluppo del sistema di qualificazione rappresenta certamente un importante e fondamentale passo avanti nella prospettiva di garantire la corretta attuazione dei principi di adeguatezza e buon andamento, ulteriori riflessioni appaiono possibili, nella prospettiva di garantire lo sviluppo di innovazione tecnologica e digitalizzazione dell'azione pubblica, al contempo assicurando altresì i più elevati standard di sicurezza informatica.

Da un primo punto di vista, adeguatezza e buon andamento sembrerebbero suggerire (e consentire) una maggiore articolazione degli ambiti di qualificazione, in un'ottica funzionale di specializzazione focalizzata anche sui settori di intervento, con riferimento soprattutto a forniture e servizi, quantomeno negli ambiti più complessi e tecnici, anziché solo per valori e tipologie contrattuali. Si tratterebbe di un'implementazione da non sottovalutare in una fase storica in cui, per l'ICT, i requisiti di *cybersecurity* diventano inevitabili e devono essere sviluppati fin dalla fase di progettazione della soluzione da acquisire.

Solo la specializzazione per settore o per tipologia merceologica consente, infatti, di effettuare adeguate analisi di mercato per settori e territori, eventualmente in coordinamento con organismi specializzati di altre aree, per prendere decisioni consapevoli, verificarne l'attuazione e garantire controlli adeguati³⁵

La specializzazione, unita all'esperienza che deriva dall'operare in un determinato settore, porta alla formazione di un bagaglio di determinate competenze, che consentirebbe alla stazione appaltante qualificata di assistere le altre amministrazioni fin dalla fase di progettazione, per comprendere le possibili soluzioni da ricercare, ma soprattutto per scegliere, tra le procedure e le tipologie contrattuali

³⁴ Come sottolineato da G.M. Racca, *Le innovazioni necessarie per la trasformazione digitale*, cit, p. 15 e G.M. Racca, *Principles of joint cross-border public contracts and transnational effects*, cit.; R. Cavallo Perin, G.M. Racca, *European Joint Cross-border Procurement and Innovation*, in G.M. Racca, C.R. Yukins, *Op. cit.*, p. 124; R. Cavallo Perin, G.M. Racca, *Administrative Cooperation in the Public Contracts and Service Sector for the progress of European Integration*, in F. Merloni, A. Pioggia, *European democratic institutions and administrations: cohesion and innovation in times of economic crisis*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 265. Si veda anche ancora M.P. Chiti, *Op. cit.*, p. 74.

³⁵ Si v. in questo senso anche G. M. Racca, S. Ponzio, *Op. cit.*, p. 39.

disponibili, quelle più appropriate e successivamente gestire le fasi di aggiudicazione e conseguente realizzazione, controllando il rispetto anche degli standard di sicurezza informatica.

Inoltre, la specializzazione settoriale potrebbe consentire alla stazione appaltante di affiancare le altre amministrazioni nel rispetto del principio di leale collaborazione anche nelle fasi preliminari dell'istruttoria, dove devono avvenire tutte le analisi di mercato e le valutazioni tra riuso e acquisizione di nuove soluzioni previste dalle Linee Guida ANAC.

La professionalizzazione della *procurement capacity* presuppone una specializzazione anche per tipologia di prodotto, tale da consentire analisi di mercato settoriali e sviluppare un coordinamento territoriale con altri enti locali, regionali, nazionali o europei³⁶. Volendo ipotizzare una soluzione diversa, la qualificazione potrebbe essere perlomeno legata, come già accennato, alla presenza all'interno dell'ente qualificato non solo dell'ufficio gare ma anche di altri uffici specializzati, che potrebbero supportare il primo nelle attività di committenza in alcuni settori, come l'ICT ma anche l'ecologia, l'energia, la salute, la mobilità sostenibile e interattiva: la qualificazione potrebbe, quindi, essere riconosciuta in questi settori più particolari solo agli enti che possiedono i relativi uffici.

Come già sottolineato dalla dottrina, questa specializzazione potrebbe essere attuata in particolare attraverso lo sviluppo di centrali di committenza specializzate, la cui attività potrebbe consistere anche nella stipula di accordi quadro per i servizi ICT a cui potrebbero aderire anche altre amministrazioni.

Pur nella bontà della riforma in atto, alla luce dei principi di adeguatezza e buon andamento, sembrerebbe quindi possibile un ulteriore miglioramento del sistema, in una prospettiva reticolare e flessibile ove ogni stazione appaltante qualificata possa essere presa in considerazione, di volta in volta, rispetto al proprio contesto operativo e al proprio settore³⁷.

Non a caso in altri ordinamenti europei i modelli organizzativi delle centrali di committenza si differenziano per settore di interesse o area territoriale, favorendo collaborazioni più complesse, anche transfrontaliere e transnazionali, basate anche sul *benchmarking* e sul *Building Information Modeling* (BIM).

Nel processo di qualificazione potrebbero poi essere valutati altri aspetti, come la capacità di mettere a sistema gli acquisti attraverso banche dati, la capacità di utilizzare il BIM o gli *smart contract*, ma solo laddove esista già una specifica capacità di base di coniugare innovazione e sicurezza nell'attuazione della transizione digitale dei territori, per creare *smart cities* e *smart lands*.

Il ricorso alla *blockchain*, agli *smart contract*, ai *big data*, e più in generale a tutti gli

³⁶ G.M. Racca, *La contrattazione pubblica come strumento di politica industriale*, in C. Marzoli, S. Torricelli, *La dimensione sociale della contrattazione pubblica: disciplina dei contratti ed esternalizzazioni sostenibili*, Editoriale scientifica, Napoli, 2017.

³⁷ Si v. ancora G.M. Racca, *Le innovazioni necessarie per la trasformazione digitale*, cit., p. 20-23.

strumenti innovativi richiede evidentemente stazioni appaltanti adeguate e specializzate, in grado di garantire *ex ante* il buon svolgimento di una funzione, come quella di committenza, che ha un ruolo fondamentale nell'attuazione delle strategie odierne per il futuro, in ambito digitale in molti altri, che deve essere garantito innanzitutto attraverso l'avanzamento dei meccanismi di acquisto³⁸.

³⁸ Si veda J.B. Auby, *Conclusioni*, in R. Cavallo Perin, M. Lipari, G.M. Racca, *Op. cit.*, p. 136.

PUBLIC ADMINISTRATION OF DATA AT LOCAL LEVEL

LASZLO VAN DAAL

In today's context, in France, local public service of data is of a particular importance for regional and local government.

To explore this further, we need to focus on the "local ecosystem of data", and in turn the data economy at sub-national level.

The top level in any local data ecosystem is communal, or municipal – especially in smart cities. Local authorities have large amounts of interdependent data, which is particularly accurate in relation to the smallest administrative divisions.

But it is not only at the most local (commune, district or town level) that this applies. The availability of resources, skills and the varying sizes of each locality mean that there is a regional dimension to the development and management of local service data.

Management of public administration of data at local level is required because of its ability to manage large scale projects and to acquire resources in proportion. Moreover, the region can satisfy the need for co-ordination across all local sources of data, as well as providing necessary and suitably robust governance.

Public local service of data should be considered as the "single administrative point of contact (one stop shop)" of the smart city. This would normally be an open data portal available to all users and local authority alike. In essence, this portal will gather together all the data of each authority or brought by other private players so that other public or private bodies may use them. Furthermore, public administration of data "front office" is almost always an open data portal, yet the legal principles that underpin it currently operate within many different frameworks of organisation and management.

Local authorities take two objectives into account when making choices in this matter. First they seek to influence the re-use of their data to promote effective local public policies. Second, they seek to promote sharing of public and private data in order to boost the market. In order to meet these objectives local authorities must use all legal means available to them to extract maximum value from the data they hold.

We shall study closely three types of organisation of public administration of data at local level: Charter, licenses and ad-hoc structures.

1. Charters

A Charter constituted one of the these legal tools. The clearest instance in

France is Nantes Metropole, which draw up a document setting out their data policy back in 2019: the Nantes Metropolitan Data Charter. It serves two purposes: to protect citizen data, and to govern the usage of data across its area.

The Charter incorporates a series of commitments divided into principles:

First commitment aims: *«To guarantee the sovereignty on public service data»*¹. Amongst the principles related to this commitment, some can be highlighted as they set out their ambition to be *«more ambitious than the law»*². But, actually, they runs counter to the positive law and reveal the difficulties that the French legal system has placed on authorities regarding to open data.

The most obvious example of this is about ownership of public data. Nantes' Charter of Metropolitan Data says that *«public data belong to the local administration which is responsible for its usage and therefore it must define usage rights that can be granted to third parties»*. However since many years, French legal doctrine questions the mere existence of an ownership and property right on their data by local authorities. The most developed opinion about this is probably Professeur Tarlet's³ from the university of Montpellier who admits existence of an ownership right, but considers this right to be also restricted because of it may be considered as *«an action which over-enables the availability of public data»*⁴.

About "Metropolitan Interest Data", the Charter states that *«When it is of interest for all that data to be shared with public bodies because they can usefully contribute to a better knowledge of the dynamics of the territory and implementation of public policies, the Authority provides a framework for exchanging informations with identified players so as to provide access to the data in accordance with everyone's rights. Then those data are considered as 'metropolitan'»* This provision shows that local authorities need to be able to rely on private local players in order to achieve an effective local service of data and as a consequence enable the local service of data to work well. French law does not mention this point. However the European Data Governance Act may offer a solution with the European Consent Form for data altruism.

Considering the current state of the law we can question the *«more ambitious»* aspect of this project: it is the case that local authorities are not at ease with this topic and they sometimes work on the edge of legal systems in order to establish an optimal local service of data.

This can be explained because opening of data *«by default»*⁵ requires the local authorities to invest massively without having any guarantee of any direct return on

¹ The Nantes Metropolitan Data Charter, 2019.

² *Ibid.*

³ F. Tarlet, *Les biens publics mobiliers*, Caudal Sylvie (dir.), Thèse, Droit public, Université de Lyon 3, 2015, p. 567.

⁴ This French doctrine deemed that the relevant counterparties for re-use of public authorities data are too insufficient.

⁵ "Open data by default" is the new doctrine in French open data policy with was introduced by the *«Law for a digital Republic»* in 2016.

investment. There is practically no fee for using it in a difficult economic situation (particularly because of the current context of reduced state funding to local collectivities). This also comes about due to the lack of legal means for accessing private data (especially the companies' own) which does not let them establish a territorial economy of data as they would wish to.

The framework for a dialog offered to economic players in order to collect Metropolitan Interest Data may be relevant. If the consent of a private player is absolutely required before any reuse of their data as Metropolitan Interest Data, the following model could work: economic players, always seeking a good image for their area should find it worthwhile to participate. To date, the dialog has not yet occurred, merely because of the COVID crisis that has delayed the objectives⁶.

In the Charter's first full year of existence, a conclusion has been drawn where there is no longer any mention of the Nantes Metropole's desire to regain ownership of public data. What is even more astonishing still, is that the Metropole states in the conclusion that public data *«are a legacy which is a commons good»*. This opinion is clearly the opposite of the original one. However, this new positioning appears to be more in line with current thinking in France.

2. Licenses

2.1. Legal framework

Public data licenses have to define relationship between the public authorities who produce data and users of this data. Specifically, it defines the use and circulation conditions of public data. The article L. 323-1 of Public-Administration Relationship Code defines that *«Reuse of public data can lead to a licensing procedure. A license is mandatory when reuse of data involves the payment of a fee»*.

There are two types of licenses: Licenses applicable to public data: «Etalab» open license and Open database license (OdbL); and Special Homologated Licenses that are limited in time and scope.

A license to use public data can be optional. When it is not required, the article L.322-1 of the Public-Administration Relationship Code⁷ is applicable to outlawed data alteration and misrepresentation⁸. But usage license is mandatory when access to data involves the payment of a license fee.

Article D323-1-2 of the Public-Administration Relationship Code describes the

⁶ Nantes Metropole website, *«Metropolitan Data Charter: a year of actions»*, as of 8th March 2022: <https://metropole.nantes.fr/files/pdf/numerique-innovation/Bilan2020-charte-donnee.pdf>.

⁷ Article L.322-1 of CRPA: *«unless otherwise stated by the administration, reuse of public information is subject to the condition that it is not altered, that their meaning is not changed and that their origin and last update date should be mentioned»*.

⁸ This legal provision is used to prevent discrimination based on public data.

licenses that are applicable to public data: Open usage of public data (Open Etalab Licence) and *Open Database License* (ODbL Licence). Those licences promote a much greater openness of public data, *de facto*, public authorities felt uneasy using them for the creation of a platform for local service of data.

However the Public-Administration Relationship Code has defined another possibility: the Special Homologated Licenses. Special Homologated Licenses apply to specific data. These licenses are limited in time and scope, they are applicable for sectoral open data.

In this context, it is difficult to find the optimal legal rule or convenient legal set-up when anyone seeks to accommodate substantive law with local authorities ambitions. Therefore a sectoral approach makes a lot more sense.

2.2. Use Case

Grand Lyon Metropole has based its open data policy on Etalab Open Licence and OdbL License, but they also have a General Interest Data Usage License which is limited to Lyon Metropole mobility and transportation data, approved under a Special Homologated License.

The purpose was to get back control of public data and yet foster the development of projects that help achieve the public policy objectives of Lyon Metropole. Furthermore, it is meant to restrain any project that would not match the metropole's objectives. As an example, promoted services related to diverting additional traffic due to congestion in controlled areas such as schools or hospitals. Services that would be restrained from using data would be those not compatible with the general interest, for example disclosing the location of traffic wardens in the transport network in order to avoid payment of fines.

Similarly, when using transportation data, both the UTP (Union des Transports Publics et Ferroviaires – *Committee of Public and Rail Transport System*), and the GART (Groupement des autorités responsables de transport *Group of Authorities Responsible for Transportation*) have created the “Mobility License”⁹. The goal of this licence is that the *«public transport authorities lay down a usage framework to any other body using the data»*. There are three attributes that set the Mobility License apart from other type of licenses: It doesn't allow identification of data users; it allows for the payment of a fee for using the data; it ensures the compliance of data usage with the transportation strategy of the local organisation.

A sectoral approach to data licensing is useful in the context of creating focused public administration of data at local level. It addresses the concerns of local authorities which were not at ease with a “open data by default” policy. On the other hand, it fragments data law and thereby adds another layer to the complexity the rules.

⁹ A. Léchenet, *Une licence pour garder le contrôle sur les données*, in *La Gazette des communes*, 11th March 2021.

3. Structure-based models or the *ad hoc* structure model

The French legal arsenal provides many structural models that can support Public Service of Data at local level (association; semi-public company; Public Interest Group; Public Interest Coops ...). Some of those models have proved useful but other approaches needed to be explored.

Project “Occitanie Data” from Region Occitanie is a good example. It was launched back in 2019 as an association which objective was «*to allow all players to share and match their data while still preserving the interests of their owners and all individuals*»¹⁰. It was initially dedicated to creating a favorable framework for sharing data between public and private players in the Region Occitane area in order to stimulate the local economy. The initiative proved fruitful and the association was later transformed into a Public Interest Group in order to strengthen the development of data economy within and outside the Occitanie Region. This change is important as it enables the structure to offer new paid services to public and private organisations.

Following on this approach, let us examine Collective Interest Cooperatives (known as SCIC in French, for Société Coopérative d’Intérêt Collectif), which has the favor of more and more local organisations¹¹.

Those Collective Interest Cooperatives purposes are «*to produce or offer collective interest goods or services that are socially useful*». They are interesting in that they do not apply a capitalist principle of governance as traditional companies do. Rather, they apply a democratic governance. Decision power does not depend on the number of shares held by members: rather, each individual or legal entity has one vote that can be used when taking decisions. Participation of public authorities in a Collective Interest Cooperative is limited to 50% as the structure is meant to host both private and public entities.

A Collective Interest Cooperative enables the creation of a well balanced ecosystem between all players inside a given area in order to promote the value of data. If the Collective Interest Cooperative has its origin in a public entity, it will be able to benefit from the adaptability of private companies’ governance and so it will better match its public policy objectives. The idea behind this presents a Collective Interest Cooperative as an alternative mode of operation for a public authority. If the public authority establishes a proper governance system, it will act as an arbitrator rather than as a governing body. This model could well be the

¹⁰ «Occitanie Data» Association’s Launching press release, Montpellier, the 18th April 2019.

¹¹ Inspection générale des finances et inspection générales des affaires sociales (French Government audit, evaluation and inspection office for financial policies and French Government audit, evaluation and inspection office for health, social security, social cohesion, employment and labour policies). (May 2021). *Les sociétés coopératives d’intérêt collectif (SCIC) et les coopératives d’activité et d’emploi (CAE)*.

root of a local system of data that would generate virtuous emulation between all players and as a consequence it could become the single administrative point of contact for the public service of data at local level.

The organisation which originated the Collective Interest Cooperative may be seen as a trusted third party in the ecosystem that has been created. In the future, one of the purposes of the Collective Interest Cooperative would be to sell services based on the data. This would match the objectives of the public organisation which does not wish to let go of its data ownership and it would enable private players to use public data in the best possible conditions.

INTELLIGENZA ARTIFICIALE E *SMART CITY*.
LA TRANSIZIONE DIGITALE DEL COMUNE DI NAPOLI
ALLA PROVA DEL PNRR

GAETANO MANFREDI

Intelligenza artificiale, nuovi algoritmi, innovazioni tecnologiche e *smart city* si fondono con le fonti del diritto, il potere pubblico e il “fare” buona amministrazione, cercando di dare chiare istruzioni al legislatore che si ritrova a fronteggiare tali tematiche, affinché si possa creare un nuovo modello normativo basato sull'utilizzo delle nuove tecnologie.

Il Comune di Napoli si pone in ottica propositiva e innovativa in merito a tali tematiche anche e soprattutto per aderire minuziosamente al PNRR, programma di investimenti messo in atto dall'Italia per accedere alle risorse europee stanziare del Next Generation EU che prevede quote d'investimento per i progetti *green* (37%) e digitali (20%).

Tanti sono i provvedimenti e le misure che in questi mesi stanno portando ad una progressiva digitalizzazione non solo degli archivi pubblici, ma anche del vasto patrimonio culturale di cui questo territorio dispone, o che stanno portando alla nascita di piattaforme, facilmente accessibili, che possano ridurre le distanze tra la pubblica istituzione e il cittadino.

È importante sicuramente, sottolineare anche l'adesione del comune di Napoli al bando del Servizio Civile Digitale (con scadenza 30 settembre 2022), finanziato dal suddetto PNRR.

Con la partecipazione a questo bando, «l'Amministrazione ha inteso dare un'opportunità ai ragazzi e alle ragazze della nostra città e allo stesso tempo contribuire a superare l'attuale gap sulle competenze digitali come previsto dal PNRR», ha dichiarato l'assessore ai giovani e al Lavoro Chiara Marciani.

La partecipazione ai progetti del Servizio Civile Digitale (*Digital Assist* con 11 volontari e Cittadini Digitali con 4 volontari) consentirà ai più giovani di avere accesso a percorsi di formazione mirati a migliorare le competenze digitali. La formazione sui temi del digitale e il servizio di facilitazione digitale consentiranno agli operatori volontari di sviluppare la professionalità di “facilitatore digitale”: compito di tali facilitatori sarà rendere i cittadini competenti e autonomi nell'utilizzo di internet e dei servizi digitali, abilitando un uso consapevole della rete, andando a ridurre, come detto in precedenza, le distanze tra l'ente e il cittadino.

La trasformazione digitale, l'applicazione del digitale alla pubblica amministrazione, la sperimentazione di nuove norme e una giusta e consapevole distribuzione delle risorse socio-economiche, sono solo alcuni dei motivi che spingono il

comune di Napoli all'adozione di nuove pratiche affinché ci sia un aumento sia della sostenibilità-*green* che dell'efficienza amministrativa.

LE PROSPETTIVE DELLA *DIGITAL TRANSFORMATION* TRA POLITICA, AMMINISTRAZIONE E ALGORITMI

CLAUDIO PALOMBA

1. Lo stato attuale della digitalizzazione

La trasformazione digitale è un processo che attualmente coinvolge la maggior parte della popolazione mondiale, con preponderante impatto nei Paesi industrializzati.

Essa comporta la sostituzione delle modalità e degli strumenti tradizionali di fare *business* o di erogare servizi con alternative digitali e, per questo, sia che avvenga in un'azienda privata, che in un'Amministrazione pubblica, coinvolge tutti gli aspetti dell'organizzazione e non solo quelli tecnologici.

Pertanto, affinché tale transizione si compia, non è sufficiente collezionare dati ed introdurre mezzi *hi-tech*, ma occorre una vera e propria rimodulazione strutturale delle realtà produttive, con una modifica dei modelli organizzativi ed un cambio della mentalità di imprenditori, *leader* e dipendenti, che non può prescindere da un'educazione digitale e, dunque, dalla progettazione e dall'attuazione di adeguati percorsi formativi.

Purtroppo l'Italia si dimostra ancora arretrata rispetto agli altri Paesi europei quanto al livello di digitalizzazione, secondo il *Digital Economy and Society Index* (cd. DESI), che misura ed esprime il grado di informatizzazione dei Paesi sulla base di quattro principali indicatori, quali il capitale umano, la connettività, l'integrazione delle tecnologie digitali ed i servizi pubblici digitali.

Secondo l'ultimo rapporto DESI, su ventisette Paesi membri dell'Unione Europea, l'Italia è al ventesimo posto per livello di digitalizzazione complessiva, con una posizione in meno rispetto all'anno precedente e molto lontana da Paesi con simili dimensioni e caratteristiche socio-economiche, come la Spagna, la Francia e la Germania.

In particolare, l'indicatore italiano con il peggior risultato è il capitale umano: l'Italia è al terzultimo posto in Europa per popolazione con competenze digitali di base, 42%, a fronte di una media europea del 56%, al quartultimo posto per competenze digitali avanzate, 22%, contro una media europea del 31%, ed all'ultimo posto per quota di laureati in ambito ICT sul totale della popolazione con una laurea, 1,3% rispetto ad un valore UE del 3,9%; la quota di imprese che ha offerto formazione in ambito ICT ai propri dipendenti è pari al 16%, a fronte di una media europea del 20%.

Anche l'indicatore della connettività presenta un risultato basso rispetto alla media dei migliori Paesi europei: l'Italia è al venticinquesimo posto per l'utilizzo

complessivo della banda larga fissa ed all'ultimo posto per l'utilizzo della banda larga mobile.

Tale esito in materia di connettività e banda larga è dovuto principalmente alle diseguaglianze interne alla popolazione nella qualità della connessione adottata, poiché ancora poche famiglie sfruttano i benefici della banda larga, anche se queste hanno una connessione relativamente migliore rispetto alle famiglie di Paesi comparabili.

In tale quadro, spiccano, invece, per merito le imprese italiane, che secondo l'ultimo indice DESI hanno guadagnato ben nove posizioni nel *ranking* dedicato, attestandosi al decimo posto in Europa.

Tale virtuoso risultato è il frutto della combinazione di tre fattori positivi: la quota di imprese che utilizzano la fatturazione elettronica, per cui l'Italia è prima nel continente; il livello di adozione dei servizi in *Cloud* di medio-alta sofisticazione (38% a fronte della media UE del 26%); la quota di piccole-medie imprese che hanno un livello di intensità digitale almeno di base.

Resta stazionaria al diciottesimo posto complessivo la dimensione dei servizi pubblici digitali, guidata dalla contrapposizione di due *trend*: da un lato, la disponibilità e la completezza dei servizi pubblici verso i cittadini e le imprese è comparabile alle medie europee; dall'altro lato, l'Italia è al terzultimo posto per quota degli utenti che interagiscono *online* con la P.A.

Nel corso dell'ultimo decennio, come tutte le Amministrazioni pubbliche, anche il Ministero dell'Interno è stato protagonista di una vera e propria rivoluzione digitale, con la complicità della nuova visione dei rapporti tra Amministrazione e amministrati, non più basata su una relazione autoritaria della P.A. nei confronti del privato, bensì su un rapporto di tipo collaborativo e partecipativo, con la conseguenza che la digitalizzazione o, meglio, l'informatizzazione di numerosi procedimenti risponde a questa primaria esigenza, cioè quella di rendere snelle, veloci e dirette le interlocuzioni tra il cittadino e l'Amministrazione.

Ed è in questo senso che trovano ragione le numerose novità che hanno riguardato diversi procedimenti incardinati presso l'Amministrazione dell'Interno e segnatamente presso le Prefetture.

Emblematica è la materia dell'Antimafia, nella quale l'istituzione della Banca Dati Nazionale Unica Antimafia, attiva dal 7 gennaio 2016, e la sua completa digitalizzazione hanno reso disponibile l'accesso ai dati contenuti da qualsiasi ufficio nazionale, oltre che da remoto per i lavoratori in *smart working*, permettendo in questo modo la rapida visualizzazione e consultazione dei dati in essa contenuti.

Conseguentemente, le stazioni appaltanti, prima di autorizzare o approvare contratti, possono avere accesso direttamente alla Banca dati, attraverso apposita procedura di accreditamento, in maniera tale da poter verificare istantaneamente che le imprese coinvolte non siano investite da cause di divieto, decadenza o sospensione previste dal Codice Antimafia, con l'effetto di coniugare l'esigenza di celerità del procedimento con quella della piena legalità della procedura.

Una spinta nel senso della digitalizzazione dei procedimenti antimafia – con conseguente semplificazione del relativo regime – si è avuta anche con la previsione delle *white list* che costituiscono dei veri e propri elenchi dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa.

Ulteriore settore in cui è particolarmente evidente l'attenzione, per il Legislatore a monte e per l'Amministrazione dell'Interno a valle, ai fini della semplificazione del procedimento in una visione digitalizzata, è quello dello Sportello Unico Immigrazione, cd. SUI.

Il SUI è rimasto attivo presso la Prefettura, ma i suoi servizi sono stati in gran parte informatizzati e resi accessibili direttamente ai cittadini dalla loro abitazione, con una serie di vantaggi: digitalizzando il procedimento è stato possibile prevedere all'interno dell'apposito sportello *online* delle descrizioni semplificate e tradotte delle varie procedure, nonché l'elenco della documentazione necessaria in relazione alle diverse istanze.

Anche per quanto concerne la procedura di emersione di rapporti di lavoro, disciplinata dall'art. 103 d.l. n. 34/2020 (Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19), conv., con modifiche, nella l. n. 77/2020, l'istanza del singolo è presentata telematicamente.

Inoltre, il processo di digitalizzazione nell'Amministrazione dell'Interno ha riguardato non solo il rapporto tra P.A. e cittadino, ma anche i rapporti interni all'Amministrazione e quelli con le altre Istituzioni pubbliche.

Infatti, in materia di procedimenti per la concessione di onorificenze pubbliche, il Ministero dell'Interno consente a ciascuna Prefettura di accedere ai casellari giudiziari dei diversi candidati, al fine di velocizzare l'iter procedimentale e limitare le richieste agli organi inquirenti per l'acquisizione di detti documenti.

In materia elettorale, da alcuni anni, il Dipartimento per gli Affari Interni e Territoriali del Ministero dell'Interno, con la collaborazione delle Prefetture e dei Comuni, sta incentivando il progressivo superamento della tenuta cartacea delle liste elettorali e la loro contestuale sostituzione con liste in formato elettronico non modificabile.

La gestione dematerializzata delle liste elettorali consente, oltre ad un risparmio sul materiale di stampa, lo snellimento delle operazioni di cancellazione e iscrizione degli elettori, nonché la semplificazione dell'attività degli Uffici elettorali comunali e delle Commissioni e Sottocommissioni elettorali circondariali, rendendo, al contempo, più agevole anche l'aggiornamento corretto delle liste.

A tutte queste innovazioni si aggiunge il costante lavoro di aggiornamento dello SDI (banca dati interforze) ad opera delle Forze dell'ordine e la digitalizzazione di altri servizi, come il Commissariato di P.S. *online*, per poter porre domande o capire se si è vittime di reati informatici, o la Corrispondenza del Viminale, per ricercare atti giudiziari o raccomandate che sono state indirizzate al Ministero, o la possibilità di controllare l'avanzamento delle pratiche riguardanti la richiesta di

cittadinanza, il permesso di soggiorno, o, infine, la possibilità di essere in contatto col corpo dei Vigili del Fuoco per quanto riguarda le relazioni tecniche antincendio e la prevenzione incendi.

Inoltre, l'emergenza COVID-19 ha fatto emergere con dirompenza la necessità di mutare le interlocuzioni tra la Prefettura e il cittadino, favorendo le comunicazioni a distanza attraverso i mezzi telematici. Nel corso della pandemia è stato dato forte impulso a tale tipo di attività che tuttora prosegue in maniera efficiente e continuativa, al fine di fornire un servizio qualitativamente elevato ai cittadini che richiedono informazioni per i diversi procedimenti di competenza della Prefettura.

2. Il futuro del processo di digitalizzazione della pubblica Amministrazione e/o delle Imprese in una prospettiva nazionale ed europea

Anche sul piano più generale la pandemia ha contribuito ad accelerare il processo di digitalizzazione che era già in atto e che nel prossimo futuro rappresenterà sempre di più un impegno inderogabile per tutte le organizzazioni pubbliche e private, soprattutto in virtù delle ingenti risorse a ciò destinate dai Piani europei.

Tale impegno interesserà massicciamente l'Italia, che è uno dei Paesi a cui sono stati destinati i maggiori finanziamenti.

In particolare, sia in ambito europeo che nazionale, massima priorità è data alla digitalizzazione della P.A., come emerge nel documento «*Europa 2020*», che contiene la strategia dell'Unione Europea in merito alla ripresa economica.

Infatti, il PNRR, finanziato da *Next Generation EU*, il *Recovery Fund*, prevede lo stanziamento di ingenti risorse per favorire il processo di digitalizzazione della P.A. sotto diversi profili ed attraverso una pluralità di progetti.

Basti considerare che la «*Digitalizzazione*» costituisce il primo punto della prima Missione del PNRR, cui il Piano destina il 27% dei fondi a disposizione, e che la «*Digitalizzazione della P.A.*» rappresenta il primo Componente di tale Missione.

In particolare, per il raggiungimento dell'annunciato obiettivo di informatizzazione dell'Amministrazione pubblica, il PNRR dispone misure di rafforzamento delle infrastrutture digitali della pubblica Amministrazione, l'adozione del sistema PagoPA nelle Amministrazioni locali per gestire i pagamenti tra la P.A., i cittadini e le imprese, la digitalizzazione delle procedure e dei servizi grazie alla Piattaforma Nazionale Dati, il miglioramento della sicurezza digitale per prevenire ed investigare sulle minacce informatiche attraverso l'ampliamento del personale e delle risorse dedicate.

Inoltre, sono previsti la promozione e l'uso di strumenti e modelli che realizzino i principi della cittadinanza digitale e dell'*open government*, nonché l'aumento della trasparenza delle P.P.AA., in modo da garantirne una maggiore responsabilizzazione e sensibilizzazione rispetto ai bisogni dei cittadini, al fine di perseguire il miglioramento continuo del servizio offerto.

Emerge, in particolare, la necessità di diffondere ancora di più nel contesto del personale pubblico la cultura del digitale e il suo valore, da un lato, per rafforzare il rapporto di fiducia con i cittadini e, dall'altro lato, per rendere efficiente l'azione amministrativa, secondo quel canone del buon andamento costituzionalmente sancito dall'art. 97 Cost.

Un simile processo di innovazione tecnologica non può prescindere dal coinvolgimento dei giovani, che sono i nativi digitali.

La P.A. italiana ha purtroppo un ristretto numero di giovani tra i propri dipendenti, solo il 4,2% circa è under 30, ma soltanto tramite un processo di ricambio generazionale dei funzionari pubblici si riuscirà a portare l'offerta dei servizi pubblici a livello superiore, sia per il miglioramento delle tecnologie impiegate che per il miglioramento delle capacità dei loro utilizzatori.

Inoltre, è necessario puntare anche sulla digitalizzazione aziendale, che rappresenta una sfida obbligatoria per le imprese che intendano rimanere competitive in un mercato in costante evoluzione, sfruttando le opportunità offerte dalle nuove tecnologie, al fine di automatizzare le attività, snellendo e velocizzando i processi produttivi al fine dell'ottimizzazione del *business*.

Si consideri che, secondo una ricerca condotta da SVIMEZ, il 15% delle imprese italiane rischia di essere estromesso dal mercato, a causa del basso livello di innovazione, della mancata transizione digitale e della scarsa attività di *export*.

L'innovazione digitale in azienda implica forme nuove di partecipazione di dipendenti, collaboratori esterni, fornitori e clienti, che si realizzano attraverso spazi di lavoro aperti e condivisi, anche a distanza.

Per questo l'informatizzazione delle imprese è una scelta che offre numerosi vantaggi, tra cui sostenibilità, efficienza, sicurezza, collaborazione e comunicazione efficace.

Anche a livello di Sistema Paese, è necessario garantire una rete infrastrutturale adeguata e pervasiva su tutto il territorio nazionale, una P.A. agile e digitale, che abiliti ecosistemi innovativi, un sistema del credito efficiente e funzionale alle esigenze delle imprese.

Servono politiche e investimenti industriali concreti e lungimiranti, che coinvolgano interi ecosistemi, ovvero le nostre più importanti filiere conosciute in tutto il mondo per l'eccellenza dei loro prodotti, frutto non solo di creatività ma anche di capacità produttiva, flessibilità distributiva, qualità della produzione, affidabilità della fornitura grazie all'uso di strumenti e tecnologie innovative, Intelligenza Artificiale e manutenzione predittiva di macchine e impianti.

Si deve investire in modo convinto sulla formazione di specialisti, ma anche di figure manageriali capaci di gestire e guidare la nuova rotta digitale delle imprese italiane.

3. Il rapporto tra politica e tecnica: è ancora possibile per il decisore politico orientare l'innovazione tecnologica? E fino a che punto?

Occorre considerare la *digital transformation* come un percorso orientato al cambiamento continuo, nell'ottica di una cultura della flessibilità, della dinamicità e dell'adattamento.

Il digitale è un nuovo modo di lavorare, fare impresa ed essere cittadini: la condizione abilitante di un nuovo diritto di cittadinanza, nella pubblica Amministrazione come nelle scuole, nella giustizia come nella sanità, nella capacità competitiva come nella sicurezza.

La transizione digitale deve essere concepita come una strategia industriale, geostrategica e competitiva, in un'ottica europea e atlantica.

La politica e le Istituzioni sono chiamate ad un impegno senza precedenti nella storia dell'umanità, dal momento in cui si trovano ad affrontare le grandi sfide a livello globale: l'impatto del cambiamento climatico, la necessità di nuovi modelli di *business* sostenibili e digitali, l'inclusione sociale e la creazione di benessere condiviso.

Per quanto riguarda la sfida della *digital transformation*, emerge il bisogno di politiche di regolamentazione, incentivi e cambiamenti di prospettiva, in modo da utilizzare la digitalizzazione per costruire il futuro.

Tuttavia, non sarà il decisore politico ad orientare l'innovazione tecnologica; la politica, infatti, potrà fissare delle linee guida ed avrà il compito di porre argini alle possibilità di sviluppo nel campo, all'esito del bilanciamento dei diversi interessi coinvolti. La normazione, dunque, potrà incidere sulle modalità di utilizzo delle nuove tecnologie, ma non sul loro sviluppo.

Politica e tecnologia si adatteranno reciprocamente alle loro esigenze: i nuovi mezzi dovranno conformarsi alle leggi per evitare multe e sanzioni, mentre la politica dovrà perseguire l'obiettivo dell'adeguamento del sistema ordinamentale rispetto ai cambiamenti del mondo tecnologico per poter sfruttarne appieno le innovazioni.

In conclusione può dirsi che politica e progresso tecnologico vivono in simbiosi, in particolare in una condizione di mutualismo, in cui nessuno dei due prevale, ma si influenzano a vicenda, convivono nello stesso ambiente ed ognuno si evolve in relazione all'altro.

OLTRE L'ORIENTAMENTO DELL'ALGORITMO AL GIUDICE

MARILENA RIZZO

Buongiorno a tutti, vi ringrazio davvero per l'invito.

Vorrei partire proprio dalla domanda ricorrente in questo Convegno ovvero la situazione della digitalizzazione negli uffici giudiziari. Nel nostro settore, in realtà, il digitale è presente da molto tempo poiché tutti i registri dell'ufficio giudiziario – sia civili sia penali – sono informatizzati: i registri cartacei sono stati aboliti già dal 2009, banditi dagli uffici giudiziari. Naturalmente, i software che gestiscono i registri contengono anche elementi relativi ai singoli procedimenti.

Nel 2014 c'è stata una innovazione particolarmente significativa: il processo civile telematico ha preso via via piede in tutta Italia e ormai si può dire che il 99,9% degli atti sia fruibile in forma digitale; gli avvocati, i magistrati e i cancellieri (per la parte amministrativa) portano avanti le parti del procedimento di loro competenza esclusivamente in modalità digitale.

Nel settore penale, invece, il processo telematico è in via di implementazione e possiamo utilizzare dei programmi che consentono la gestione di alcune fasi del procedimento; ma siamo un pochino più indietro, anche per la sua complessità rispetto al processo civile. Il processo penale, infatti, coinvolge una pluralità di soggetti diversi: dalla polizia giudiziaria al pubblico ministero, dalla procura al tribunale, nei settori GIP/GUP e dibattimento.

In questo ambito esiste ed è attivo il portale delle notizie di reato, per quanto riguarda la polizia giudiziaria, ma è implementato in misura non particolarmente significativa (il 30% a livello nazionale). Da pochi mesi – in coincidenza con la pandemia – è stato inaugurato anche un portale dove il pubblico ministero è tenuto a caricare i propri atti; è previsto che si possa interagire con questo portale anche dal tribunale, anche se siamo ancora in fase di costruzione del processo penale telematico: questo comporta che gli atti digitali rintracciabili all'interno dei sistemi costituiscano una copia degli originali – che rimangono ancora cartacei –, al contrario di ciò che avviene nel settore civile, dove l'originale degli atti è in formato digitale ed è la loro stampa ad essere una copia. In questo il settore giustizia è un passo avanti rispetto ad altre pubbliche amministrazioni.

Nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) è previsto che gli uffici giudiziari diminuiscano l'arretrato in maniera significativa nel settore civile (in misura del 65% al 31 dicembre 2024 e del 90% al 30 giugno 2026) e riducano i tempi di giudizio, rispettivamente, del 40% nel settore civile e del 25% nel settore penale.

Per raggiungere questi risultati, l'amministrazione ha creato lo strumento degli uffici per il processo: si tratta di strutture sostanzialmente di staff, dove giovani

laureati (nelle intenzioni del legislatore, nella pratica abbiamo anche laureati stagionati) dovrebbero affiancare il giudice, agevolandolo in attività serventi rispetto alla decisione: ricerche di giurisprudenza, riordino dei fascicoli, magari anche predisposizione di bozze di provvedimenti semplici. La finalità è quella di incrementare la produttività degli uffici giudiziari e, per svolgere questo tipo di attività, sarà fondamentale potersi avvalere di strumenti digitali. Proprio in questi giorni sta per essere costituito un nuovo Dipartimento per la transizione digitale e statistica all'interno del Ministero della Giustizia, che si aggiungerà ai dipartimenti già esistenti; l'obiettivo è quello di procedere, attraverso strumenti digitali, a un monitoraggio del lavoro degli uffici in tutta Italia e, in qualche modo, di supportare un aumento della produttività anche attraverso le analisi svolte a livello centrale.

Ma l'intelligenza artificiale può aiutare la definizione dei processi pure mediante la creazione di banche dati sulla giurisprudenza di merito, tra l'altro uno degli obiettivi del PNRR.

La giurisprudenza della Cassazione è già fruibile attraverso la banca dati attiva in Corte di Cassazione: l'obiettivo del PNRR è quello di creare presso ogni ufficio giudiziario delle banche dati dei provvedimenti emessi in tutti i settori, sia civili che penali, fornendo così agli utenti, in maniera gratuita, uno scenario completo della giurisprudenza sulle diverse questioni di diritto; l'intento è quello di fornire un orientamento al cittadino o al legale che si approciano ad una causa, ma anche rendere consapevoli i magistrati dei diversi uffici di eventuali posizioni dissenzienti sulle stesse questioni di diritto. Questo è importante perché una giurisprudenza costante su determinate questioni ha un effetto deflattivo mentre, al contrario, laddove una questione risulta controversa, l'incertezza spinge inevitabilmente il cittadino a fare causa.

Questo è lo scenario generale, che viene declinato localmente in maniera molto randomica, su iniziativa dei capi dei singoli uffici, per coadiuvare l'attività dei magistrati e rendere il "servizio giustizia" più celere e di qualità. Ed è anche il motivo per il quale Giovanna De Minico ed io ci siamo conosciute.

La professoressa ha realizzato un progetto per la creazione di un algoritmo utile a fornire indicazioni con riferimento ad alcuni settori del civile: ad esempio, la determinazione dell'assegno di mantenimento nelle cause familiari.

Tale progetto abbisogna di un bacino di utenza su cui basare la sua creazione e sperimentazione e, con grande piacere, ho messo a disposizione il mio Ufficio, poiché sono estremamente convinta che questi strumenti possano rivelarsi utilissimi.

Nel Tribunale di Firenze è già in atto un progetto di intelligenza artificiale, nato da un paio di anni e affiancatosi ad un altro sulla mediazione civile e commerciale. Tale progetto punta ad incentivare la mediazione civile demandata cioè quella mediazione non obbligatoriamente prevista dalla legge ma che rientra nelle facoltà del giudice adottare, allorché si renda conto che esistono degli elementi nella causa che fanno pensare ad una risoluzione più veloce ed adeguata della controversia se si utilizza uno strumento alternativo.

Questo istituto, pur previsto dalla normativa, era completamente desueto ovvero ne mancavano applicazioni concrete. In collaborazione con l'Università di Firenze abbiamo pensato di dare una spinta a questa norma, attraverso la formazione di giovani borsisti che hanno affiancato i magistrati del settore del Tribunale di Firenze che si occupa delle controversie contrattuali; lo scopo era quello di filtrare tutto il contenzioso sulla base di criteri stabiliti da una cabina di regia, della quale facevano parte tutti i partner del progetto: principalmente il Tribunale – sia i magistrati sia il personale amministrativo –, poi gli avvocati, l'università e i nostri finanziatori (la Camera di Commercio e la Fondazione Cassa di risparmio). Dopo aver selezionato i procedimenti, è stata creata una scheda del processo per ognuno di essi e sono state sottoposte ai giudici delle ipotesi di provvedimento, con delle proposte di invio in mediazione; i magistrati si sono dimostrati molto prudenti, accogliendo tali proposte in misura esigua (pari a circa il 30%). Questo ci fa capire come non sia vero che il giudice è così felice di spogliarsi della controversia anzi, è molto geloso della sua funzione, delle sue prerogative. Ma nei casi in cui il giudice ha accettato l'invio in mediazione – sulla base della proposta dei borsisti, appositamente formati – le controversie hanno avuto una altissima percentuale di esito positivo. Si pensi che, in una sezione del Tribunale che aveva circa 7000 procedimenti pendenti, nell'arco di un anno di durata del progetto, ne sono stati definiti 500 attraverso questi sistemi alternativi, oltre naturalmente alle altre sentenze con rito “ordinario”. Un grandissimo successo quantitativo ma, direi, anche qualitativo perché abbiamo educato il foro, inizialmente contrario, in quanto spaventato dall'idea che la causa potesse venire “scippata” e affidata alle cure di un mediatore. Gli avvocati si sono resi conto che, in realtà, questo era un percorso di qualità e si riuscivano a definire i procedimenti in maniera molto più veloce, con soddisfazione dei loro clienti.

Un ulteriore effetto positivo dell'opera dell'organismo di mediazione, attivo all'interno del Palazzo di Giustizia (e nato dell'accordo stipulato fra Ordine degli Avvocati, Ordine dei Dottori Commercialisti e Ordine dei Notai) si è avuto con l'aumento in maniera esponenziale delle richieste di mediazione volontaria proposte dalle parti prima dell'introduzione della lite. Questo progetto l'abbiamo poi associato a uno studio, sempre in tandem con l'università, sulla possibile creazione di un algoritmo in grado di prevedere la possibilità di successo di definizione della lite in mediazione o, comunque, di una conciliazione delle parti della controversia. Tutto il materiale, visionato e processato dai borsisti e dai giudici, è stato passato agli ingegneri informatici i quali, in accordo coi partner della cabina di regia, hanno stabilito i criteri in base ai quali procedere all'elaborazione dei dati e ora, grazie ai fondi del PNRR, speriamo di portare a termine il progetto.

Un'altra iniziativa (purtroppo non è andata a buon fine ma voglio segnalarla perché fa comunque comprendere come l'intelligenza artificiale possa essere uno strumento – e non un fine – dell'attività del magistrato) è quella afferente a un

progetto che avevamo ideato nel settore della protezione internazionale, in relazione al quale era assolutamente necessaria la condivisione fattiva da parte del Ministero.

Le migrazioni rappresentano un fenomeno estremamente importante, che condiziona tanti aspetti della nostra società civile.

Dal 2016 abbiamo assistito a un aumento vertiginoso delle richieste di protezione internazionale e gli uffici giudiziari delle città capoluogo di regione, in tutta Italia, sono state subissate da richieste di procedimenti di questo tipo. Secondo il legislatore, tali richieste dovevano essere definite nell'arco di sei mesi ma la norma è stata modificata nel 2017, abbassando il termine a soli quattro mesi; di fatto, però, questi procedimenti durano anni creando situazioni che si ripercuotono sulla società, con i migranti in attesa, senza la possibilità di sapere se possano o meno costruirsi un futuro in Italia, con ricadute anche in materia di sicurezza sociale e, diciamo, di "insofferenza sociale". La celerità nel definire questo tipo di procedimenti è, quindi, particolarmente importante.

Ricordo che, nel solo 2016, sono pervenute al nostro Tribunale circa 3600 domande – senza considerare che all'epoca non c'era la norma che prevedeva l'istituzione della sezione della protezione internazionale, intervenuta nel 2017–. È stato necessario interrogarsi su come fornire una risposta in tempi più rapidi di quelli adottati fino a quel momento.

Abbiamo fatto uno studio del "processo produttivo" (scusate il brutto termine associato alla Giustizia) e ci siamo resi conto che i giudici impegnavano una grande parte del loro tempo nello studio della situazione dei Paesi di origine da cui i soggetti migranti provenivano; questo studio, per legge, deve essere diacronico ovvero va fatta una valutazione della situazione politica, con riferimento al motivo di persecuzione che il migrante rappresenta nella sua richiesta, sia al momento in cui egli ha lasciato il proprio Paese di origine sia nel momento in cui il giudice decide. Fra questi due momenti, purtroppo, intercorrono anni quindi questo studio diventa particolarmente impegnativo, anche perché non riguarda solo il Paese di origine nella sua totalità ma anche la singola città o la singola regione di provenienza.

Abbiamo capito che l'applicazione del software di Watson – un prodotto della IBM, ma ce ne sono tanti simili in circolazione – avrebbe consentito quel tipo di ricerca molto più precisamente e velocemente rispetto a quello che un giudice può fare consultando le COI, le informazioni ufficiali sui vari Paesi del mondo. A quel punto sarebbe servita un'autorizzazione per poter accedere al sistema di intelligenza artificiale con la banca dati che è pubblica ma non visibile a tutti. Il Ministero aveva sposato l'idea con entusiasmo, dato che avevamo calcolato un 40% di risparmio di tempo, ma poi tutto è rimasto fermo. Anche questo, però, è uno spunto che aiuta a comprendere come la tecnologia può rivelarsi estremamente utile all'attività degli uffici giudiziari.

Grazie.

DIGITALIZZAZIONE, ALL'ITALIA SERVONO POLITICHE INDUSTRIALI CONCRETE E LUNGIMIRANTI

VITO GRASSI

Prima di capire a che punto siamo nel nostro Paese sul fronte della digitalizzazione, è necessario definire cosa intendiamo quando si parla di trasformazione digitale: è un processo di sostituzione delle modalità e degli strumenti tradizionali di fare *business* o erogare servizi con alternative digitali. Ora, sia che avvenga in un'azienda privata o in un'amministrazione pubblica, tale trasformazione coinvolge tutti gli aspetti dell'organizzazione e non solo quelli tecnologici. Dunque, affinché la trasformazione digitale avvenga pienamente non è sufficiente collezionare dati e introdurre mezzi *hi-tech*: occorre ripensare la struttura e il funzionamento stesso della propria organizzazione.

Puntare solo sulla tecnologia rischia di essere un grave errore. È essenziale modificare anche i modelli organizzativi, nonché la mentalità di imprenditori, *leader* e dipendenti mettendo in atto una vera e propria educazione digitale.

Ma qual è lo stato di digitalizzazione dell'Italia? E, soprattutto, qual è il *gap* che ci separa dagli altri Paesi europei?

A fornirci una risposta è il *Digital Economy and Society Index*, un indice usato per valutare e confrontare il livello di digitalizzazione dell'Unione Europea che è la sintesi di 4 principali indicatori: Capitale umano, Connettività, Integrazione delle tecnologie digitali, Servizi pubblici digitali.

Stando all'ultimo rapporto DESI, l'Italia occupa la parte bassa del *ranking*, lontana dai Paesi simili per caratteristiche dimensionali e socio-economiche (come Spagna, Francia e Germania). Sui 27 Paesi membri dell'Unione Europea siamo quindi 20esimi per livello di digitalizzazione complessiva, una posizione in meno rispetto all'anno precedente.

In particolare, il capitale umano rappresenta il nostro vero tallone d'Achille: siamo terzultimi in Europa per popolazione con competenze digitali almeno di base (42%), contro una media UE del 56%, e quartultimi invece per competenze digitali avanzate (22%), contro una media UE del 31%. Inoltre, la quota di imprese

che ha offerto formazione in ambito ICT ai propri dipendenti si ferma al 16%, contro una media europea del 20%. Siamo ultimi nel continente anche per la quota di laureati in ambito ICT sul totale della popolazione con una laurea (1,3% rispetto a un valore UE del 3,9%).

Anche sul fronte della "Connettività" l'Italia presenta diverse lacune, che la allontanano dalla media dei migliori Paesi europei. Due dati su tutti: 25esimo posto per l'utilizzo complessivo della banda larga fissa; ultimo posto per l'utilizzo della banda larga mobile.

In un quadro tutt'altro che incoraggiante in materia di competenze e connettività, ben figurano, invece, le imprese italiane che nell'ultimo indice DESI hanno guadagnato ben 9 posizioni nel *ranking* dedicato, attestandosi addirittura al decimo posto in Europa.

Che cosa dobbiamo aspettarci per il futuro? La trasformazione digitale rappresenta una delle sfide più difficili e importanti dei nostri tempi. Secondo una ricerca condotta da SVIMEZ il 15% delle imprese italiane rischia di essere estromessa dal mercato. I motivi sono da ricercarsi principalmente nella poca innovazione, nella mancata transizione digitale e nella scarsa attività di export.

L'evento pandemico ha contribuito ad accelerare il processo di digitalizzazione che era già in atto e che nel prossimo futuro rappresenterà sempre di più un impegno inderogabile per tutte le organizzazioni pubbliche e private, anche in virtù delle ingenti risorse previste nei piani europei.

La digitalizzazione aziendale rappresenta una sfida che le imprese sono chiamate ad affrontare se vogliono rimanere competitive in un mercato in costante evoluzione, sfruttando le opportunità offerte dalle nuove tecnologie al fine di automatizzare le attività rendendo i processi aziendali più snelli e veloci, puntando a obiettivi e risultati chiave che ottimizzino il *business*. Si tratta di una scelta necessaria che offre numerosi vantaggi: sostenibilità, efficienza, sicurezza, collaborazione e comunicazione efficace.

Il digitale è, inoltre, un nuovo modo di lavorare, fare impresa ed essere cittadini: la condizione abilitante di un nuovo diritto di cittadinanza, nella pubblica amministrazione come nelle scuole, nella giustizia come nella sanità, nella capacità competitiva come nella sicurezza.

La Politica e le Istituzioni sono chiamate ad un impegno senza precedenti nella storia dell'umanità nel momento in cui si trovano ad affrontare le grandi sfide a livello globale: dall'impatto del cambiamento climatico, passando dalla necessità di nuovi modelli di *business* sostenibili e digitali fino ai temi dell'inclusione sociale e della creazione di benessere condiviso.

Per quanto riguarda la sfida della *Digital Transformation*, quello che emerge è il bisogno di politiche di regolamentazione, incentivi e cambiamenti di prospettiva, in modo da utilizzare la digitalizzazione per costruire il futuro.

L'Italia insieme all'Europa ha intrapreso un percorso di sviluppo che unisce la transizione digitale a quella "green". E a conferma di ciò ricordiamo il PNRR - Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza - che destina il 37% dei fondi alla transizione verde e il 20% alla digitalizzazione ed i fondi *EU Next Generation*, il dispositivo di risposta alla crisi volto al ridisegno strategico dell'UE all'insegna proprio di transizione verde, digitalizzazione e inclusione.

Ma molto c'è da fare anche a livello di Sistema Paese, che deve garantire una rete infrastrutturale adeguata e pervasiva su tutto il territorio nazionale, una PA agile e digitale, che abiliti ecosistemi innovativi, un sistema del credito efficiente e funzionale alle esigenze delle imprese.

Servono politiche e investimenti industriali concreti e lungimiranti, che coinvolgano interi ecosistemi, ovvero le nostre più importanti filiere conosciute in tutto il mondo per l'eccellenza dei loro prodotti, frutto non solo di creatività ma anche di capacità produttiva, flessibilità distributiva, qualità della produzione, affidabilità della fornitura grazie all'uso di strumenti e tecnologie innovative, Intelligenza Artificiale e manutenzione predittiva di macchine e impianti.

Si deve investire in modo convinto sulla formazione di specialisti, ma anche di figure manageriali capaci di gestire e guidare la nuova rotta digitale delle imprese italiane.

Il momento è quello giusto a patto che si riescano a cogliere le opportunità, come le risorse straordinarie previste dal PNRR, che devono essere distribuite secondo una logica di filiera, con l'obiettivo principale di abbattere ogni forma di divario in piena coerenza e sintonia con quanto disposto dalla Comunità Europea.

Biografia

Vicepresidente di Confindustria e Presidente del Consiglio delle Rappresentanze Regionali e per le Politiche di Coesione Territoriale.

Classe '58, nato a Napoli, una laurea in Ingegneria Civile Idraulica, Vito Grassi è numero uno del Consiglio delle Rappresentanze regionali di Confindustria (nonché di diritto vicepresidente nazionale) dal 28 aprile 2020, dopo aver guidato per due anni l'Unione Industriali di Napoli e Confindustria Campania.

Imprenditore di seconda generazione, Grassi è a capo del Gruppo Graded, una Energy Saving Company (ESCo) fondata Napoli nel 1958 e attiva sia sul mercato nazionale che internazionale (Usa, Gran Bretagna, Emirati Arabi, Germania, Portogallo, Spagna, Romania). La società è specializzata in progettazione, installazione, monitoraggio, gestione e manutenzione di impianti ad alta efficienza ed applica le più moderne tecnologie ai processi di riconversione delle fonti fossili e di quelle rinnovabili.

Dal 2020, Grassi è anche AD e socio di riferimento di BF Energy srl, una Newco nata attraverso la partnership con un'azienda leader nella filiera agrifood.

NUOVI MODELLI DI RELAZIONE TRA PUBBLICO E PRIVATO

ANNA FINOCCHIARO

Diceva Giovanna De Minico che il digitale non è la rivoluzione. Di certo cambia molti dei paradigmi con cui pensiamo, studiamo, lavoriamo, produciamo, entriamo in relazione.

Cambierà, e profondamente, l'organizzazione dell'amministrazione, che sarà nettamente ridefinita dalla digitalizzazione e cambierà la responsabilità del pubblico funzionario, anche solo perché si apriranno spazi di delicatissima gestione dei dati digitalmente in possesso della P.A. destinati a fondare la decisione pubblica, si pensi soltanto ai dati relativi alla salute.

Saranno necessarie nuove competenze e sarà nuova anche la relazione tra pubblico e privato, che vogliamo pensare più "fluida" e partecipata, interlocutiva piuttosto che sordamente autoritativa, segnata dal principio di trasparenza, oltre che dal rispetto dei diritti, dalla parità di trattamento, dal buon andamento e dall'imparzialità dell'agire pubblico.

Tendiamo a pensare, correttamente, che l'avvento della digitalizzazione sia finalizzata a sovvenire a inefficienza, criticità nella relazione con i cittadini, disparità di trattamento, ma non riflettiamo abbastanza sul fatto che sia suscettibile di creare nuove disparità. Dovremmo invece fare i conti con i dati che ci dicono dell'invecchiamento della popolazione e del fatto che anche nella fascia di età tra i 17 ed i 40 anni il nostro livello di conoscenza digitale è inferiore alla media europea. Pensiamo a cosa significhi per un anziano, nell'oggi e negli anni a venire, misurarsi con una pubblica amministrazione che dialoga esclusivamente in via digitale per erogazione di servizi, assunzione di informazioni, soddisfazione di diritti.

Se è dunque importante una campagna di formazione che riguardi i pubblici dipendenti e l'immissione di molti giovani nell'amministrazione pubblica, un analogo impegno andrebbe svolto, nelle diverse forme opportune, anche con riguardo agli utenti.

Essere in grado di assecondare il passaggio dei cittadini all'era della P.A. digitale è essenziale per rifondare su nuove basi di fiducia il rapporto tra pubblico e privato, sconfiggendo il rischio che una amministrazione che si mostra solo digitalmente venga avvertita come lontana, inaccessibile, incomprensibile, ostile da chi, per condizione personale, di età, formazione, difficoltà non ne comprenda codici e linguaggi. Insomma, per non fallire l'occasione su un crinale decisivo per lo sviluppo del Paese, che è appunto quello di una nuova relazione, fiduciaria e collaborativa, tra pubblico e privato.

Questo fine conduce a rivalutare forme e strumenti per garantire il principio di trasparenza dell'agire pubblico, evitando ossequi formalistici, ma scendendo invece all'essenziale fine.

In questo senso, giovandosi della digitalizzazione, non sarà solo utile poter disporre della pubblicazione di intere procedure e dei molteplici atti che le compongono, quanto mettere il cittadino utente nelle condizioni di comprendere il “senso” di quella procedura che lo riguarda, dandogli la possibilità di formulare un giudizio, anche critico, sul metodo adoperato per la raccolta e l’offerta dei dati, collaborando alla definizione di un servizio che esaudisca il proprio e l’altrui diritto a conoscere e a capire. Questo significa, tra l’altro, molta attenzione nella creazione degli algoritmi destinati alla elaborazione dei dati in possesso della P.A.

Essenziale per dare nuovo impulso alla crescita del Paese sarà poi la capacità di saldare una piena coerenza tra esigenza di semplificazione e innovazione digitale nel settore dei contratti pubblici. L’occasione è data dalla prossima entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti, che richiederà la predisposizione di procedure già all’origine “pensate” in digitale ed una inedita capacità di cooperazione tra le Amministrazioni coinvolte. In questo senso, non basterà limitarsi alla interoperabilità delle banche dati, ad esempio, che pure costituisce ad oggi ancora un traguardo ambizioso. Bisognerà, in coerenza con l’impostazione della legge delega, orientare la prospettiva e liberare, nella legalità, la capacità di sviluppo del sistema economico, con un atteggiamento dell’amministrazione in grado di assecondare e controllare il raggiungimento degli obiettivi del singolo contratto sollevando le imprese, grazie al digitale, di troppe incombenze formali (si pensi alla attuale defatigante, nonché gravida di rischi di errori, produzione documentale alla singola amministrazione da parte di ciascuna impresa in occasione della richiesta di partecipazione ad ogni singola gara). Il valore della semplificazione può dunque trovare nello strumento digitale un suo essenziale alleato per riqualificare il rapporto tra PP.AA. e imprese.

Insomma, il “nuovo” che la digitalizzazione introduce nel “vecchio mondo” non va misurato solo in termini di efficienza e tempestività dell’agire pubblico, ma anche nella sua capacità di segnare positivamente il rapporto tra amministratori ed amministrati.

Non possiamo nasconderci che si tratti di un compito tanto appassionante quanto difficile: la pubblica amministrazione italiana è un sistema assai complesso. Il Ministro Brunetta ricordava poco tempo addietro che essa è composta da trentaduemila amministrazioni (centrali, regionali, periferiche) che ad oggi spesso operano in termini di regolazione diversa, linguaggi diversi, approcci e filosofie diverse. Metterle coerentemente in relazione è il fine, sapendo che occorrerà uno sforzo straordinario di cambiamento che non riguarderà solo risorse fisiche e strumentali, ma la ridefinizione di una missione condivisa per tutte le amministrazioni pubbliche, assistita da nuove capacità di collaborazione e cooperazione.

Un compito affascinante è quello che abbiamo descritto. Ci vorranno intelligenze e competenze, e, come dicevo, abilità non solo tecniche ma piuttosto sostenute dall’idea di partecipare ad una missione pubblica. Forse è fuori luogo, ma io parlerei di sensibilità civile, in qualche misura capace di misurarsi empaticamente con il ruolo di edificazione del nuovo.

Assumere cinquecentomila giovani, tecnici e non, nella P.A. funzionerà, porteranno nuove competenze e nuova vitale freschezza nell'agire pubblico. Ma a tutto questo aggiungerei che sarà necessario dare ai nuovi assunti il senso pieno del fatto che ciascuno di loro, qualunque funzione svolgerà, rappresenterà lo Stato e per conto dello Stato lavorerà, essendo parte di una missione collettiva per il progresso del Paese in piena coerenza con il progetto di società e pubblica amministrazione immaginato dai Costituenti.

Anna Finocchiaro

Presidente *italiadecide* – Associazione per la qualità delle politiche pubbliche, Parlamentare dal 1987 al 2018, Ministro per i rapporti con il Parlamento, Presidente della Commissione Affari Costituzionali del Senato, Presidente di Gruppo parlamentare al Senato, Presidente della Commissione Giustizia della Camera, Ministro per le pari opportunità.

INTERAZIONI FRA PUBBLICO E PRIVATO NELLA TRANSIZIONE DIGITALE

ANDREA MARINI

1.

Nell'analisi di un fenomeno articolato quale è quello di digitalizzazione (della società e) delle pubbliche amministrazioni, può tornare utile guardare a questo dalla prospettiva di un'azienda privata: prospettiva non solo utile ma necessaria, se si considera il ruolo delle amministrazioni, a servizio di cittadini ed imprese. Utile, anche se lo sguardo coglie frammenti di tale processo, come è il caso del gruppo Experian: realtà multinazionale tradizionalmente attiva in una nicchia di mercato – quella delle valutazioni creditizie, a supporto del mondo bancario e finanziario – è oggi impegnata, come molti attori del mondo imprenditoriale, ad accompagnare, appunto, aziende e consumatori nella traiettoria dello sviluppo in senso digitale dei servizi e dei processi, estendendo il suo raggio di azione “tipico”, sia perché stanno cambiando tecniche e tecnologie che innovano il modo di fare il proprio *core business* (ad. es. l'intelligenza artificiale e *big data* nell'ambito del c.d. *credit scoring*), sia perché i cambiamenti introdotti dal digitale determinano nuove opportunità di servizi, in aggiunta ed a complemento di quelli tradizionali.

A partire da questo particolare e limitato osservatorio, si propongono in questa occasione 3 spunti di riflessione frutto di considerazioni tratti dalla realtà di un'impresa come Experian, che possono contribuire a cogliere alcuni fenomeni tendenziali e, forse, ad aumentare la fiducia nella capacità di trasformare il Paese, in meglio, anche grazie al digitale.

2.

La prima osservazione riguarda l'evoluzione in senso digitale del settore bancario e finanziario dalla prospettiva, appunto, di un fornitore di alcuni servizi coesenziali a questo *business* “antico”. Si tratta, come noto, di un settore caratterizzato da una notevole intensità regolatoria – praticamente per ogni fase del servizio – a tutela della trasparenza e della stabilità finanziaria.

C'è da credere che, anche in virtù della severità e moltitudine di regole, il settore in questione non è mai stato percepito molto incline a radicali pressioni competitive, al cambiamento, all'innovazione, e, in questo contesto, non particolarmente e visibilmente esposto al processo di digitalizzazione.

Negli ultimi anni, si assiste invece ad una notevole spinta in senso digitale dei

processi di credito, nelle diverse fasi e per i diversi prodotti e servizi, a cominciare dalle modalità di apertura di un conto sino alle modalità e velocità di erogazione di un credito: tale spinta, anche grazie ad alcune innovazioni nel panorama regolatorio dei soggetti attivi nel mercato, determina la nascita nuovi player, soggetti, c.d. fintech, che si specializzano sempre più su segmenti di clientela o su determinati prodotti e servizi, senza che tale fermento tenga fuori i grandi operatori del mercato.

Questa osservazione esperienziale mette in evidenza che, se il ricorso al digitale permea, nell'ambito delle imprese private, anche territori meno toccati da questa rivoluzione, generando una notevole discontinuità rispetto al passato che si traduce in un nuovi e più moderni prodotti e servizi messi a disposizione della clientela, e più in generale in una più vivace dinamica competitiva, si può ragionevolmente immaginare che l'aspettativa e l'esperienza di servizi digitali (in sé innovativi) abbracci ormai a tutto tondo i diversi *business*. Ed una delle conseguenze derivanti da un mondo di servizi forniti ai clienti sempre più *digital* è certamente una sempre maggiore "aspettativa digitale" da parte dei cittadini-consumatori-utenti, indipendentemente dal fatto che di fronte si abbia il proprio operatore di telecomunicazioni, una banca o lo sportello di una pubblica amministrazione. Una pressione per così dire sociale, dunque, sempre più forte nel senso della digitalizzazione che si traduce spesso anche in una semplificazione dei servizi resi, non importa, appunto, se pubblici o privati.

Ed effettivamente, al di là di una generale lentezza dei processi di innovazione della p.a., sono ormai tangibili tante buone pratiche digitali anche nel settore pubblico, che talvolta colgono di sorpresa il cittadino (si pensi all'ottenimento in pochi secondi di certificati da parte di un Comune, oppure alla forte diffusione dell'identità digitale attraverso il cosiddetto Spid, anche in virtù dell'accelerazione impressa dalla pandemia, ed alle stesse modalità individuate dalle Regioni per la prenotazione dei vaccini).

Molto è ancora da fare, quindi, ma quello che si vuol cercare di ipotizzare è che, a tendere, una estesa diffusione di servizi digitali nei servizi privati determina una spinta innovativa anche in contesti di pubbliche amministrazioni meno inclini alla trasformazione.

3.

Una seconda questione che, in questo contesto, vale la pena di accennare pur se sinteticamente, riguarda l'importanza dell'assetto regolamentare da costruire in relazione a fenomeni e tecniche nuovi e cruciali, in questo caso legati alla digitalizzazione. L'esempio che si prende in considerazione, in questo contesto, è la bozza di regolamento europeo sull'intelligenza artificiale (Proposta di regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate

sull'intelligenza artificiale (Legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione), poiché lo si ritiene paradigmatico di possibili approcci regolatori da parte del legislatore, che finiscono per avere grande incidenza sullo sviluppo futuro di un comparto, anche in rapporto ad altri sistemi giuridici ed economici (in questo caso, Europa in rapporto a Stati Uniti, Cina, ecc.).

È positivo, oltre ad essere coerente con la tradizione europea di protezione del consumatore, che si sia isolato per la prima volta il tema dell'intelligenza artificiale per fissare principi-guida e strumenti di regolazione *ad hoc*, prevenendo possibili distorsioni, a garanzia della sostenibilità nell'uso di queste tecniche negli anni a venire.

Eppure è necessario considerare, per un verso, gli effetti macro di una regolamentazione eccessivamente severa: la concreta conseguenza di un approccio sbilanciato sui rischi e sulla loro prevenzione, è quello di ridurre significativamente la spinta innovativa e l'interesse delle imprese ad investire sul settore stesso, o perché troppo alti sono i costi di utilizzo delle tecniche in discorso (si pensi, ad esempio, agli obblighi di certificazione imposti ai soggetti che mettono in opera sistemi di intelligenza artificiale ad alto rischio), oppure perché troppo incerti appaiono i margini interpretativi rispetto agli scopi perseguiti, tali da scoraggiare aziende meno propense al rischio.

Da un altro punto di vista, occorre riflettere su una questione rilevante soprattutto per aziende operanti su più mercati nazionali, nel contesto quindi di un sempre auspicato mercato unico e dello sviluppo scalare del mercato, che consente per definizione maggiori investimenti e massa critica per competere globalmente: tale questione è riferibile al coordinamento dell'*enforcement* nei diversi contesti nazionali. Il GDPR costituisce allo stesso tempo un esempio buono e cattivo. Buono, perché nello stesso regolamento vi sono strumenti volti alla coerenza nell'applicazione dei principi, negativo perché nella pratica si è molto lontani da un'applicazione realmente uniforme nel territorio europeo. Se è vero quindi che il regolamento sull'AI, così come il GDPR nel campo della circolazione dei dati, punta alle migliori condizioni per lo sviluppo delle relative applicazioni, l'elemento imprescindibile della coerente applicazione resta reale e fondamentale, e va garantito attraverso opportuni presidi istituzionali e regolamentari.

Concludendo, mentre appare in generale positiva l'iniziativa europea volta a dettare principi e regole per il futuro sviluppo dell'intelligenza artificiale, molta attenzione va posta sulla fissazione di regole eccessive e troppo severe, che, pensate per prevenire rischi, finiscono per bloccare investimenti ed innovazione, lasciando la *leadership* in materia ad altri ordinamenti.

4.

La terza ed ultima osservazione muove invece da un'iniziativa tutta italiana che ha preso le mosse, si direbbe nel silenzio, più di un decennio fa ed è operativa da

alcuni anni, il Sistema pubblico di prevenzione dei fenomeni fraudolenti legati al furto d'identità, cosiddetto SCIPAFI (d.lgs. n. 141/2010, che ha istituito il Sistema pubblico di prevenzione delle frodi nel settore del credito al consumo con specifico riferimento al furto d'identità). Si tratta di un sistema di banche di dati pubblici messo a disposizione di una molteplicità di operatori economici privati, appunto al fine di fornire uno strumento affidabile per prevenire furti d'identità in ambiti diversi, dai servizi finanziari, alle telecomunicazioni, ai fornitori di energia e gas ed alle assicurazioni. Tale sistema, costruito faticosamente con la progressiva estensione alle diverse basi dati (quella dei codici fiscali, dell'INPS, ecc.) e implementato con il fondamentale contributo di soggetti che traggono indicazioni sintetiche dalla molteplicità di informazioni rese disponibili, è oggi un pilastro importante ed irrinunciabile delle politiche di prevenzione frodi delle aziende, ed è da considerare, ad opinione di chi scrive, un vero e proprio modello di lavoro. Costituisce inoltre un esempio concreto delle tanto politiche sul riutilizzo dei dati delle pubbliche amministrazioni, oggi parte della strategia digitale dell'Unione, e un ottimo esempio di collaborazione pubblico-privato per il perseguimento di un interesse insieme pubblico e privato. Eppure, stenta a crescere con la rapidità che ci si aspetterebbe alla luce dell'utilità, e non è abbastanza valorizzato ed ampliato come si potrebbe e dovrebbe.

5.

In conclusione, nel più ampio contesto della digitalizzazione delle pubbliche amministrazioni, si è tentato in primo luogo di mettere in evidenza come la digitalizzazione dei servizi privati può costituire indirettamente una efficace leva per la digitalizzazione (e la modernizzazione dei servizi) della pubblica amministrazione.

Si è poi posto in evidenza il fondamentale ruolo di legislatori e regolatori, che, in particolare nell'approcciare fenomeni nuovi, dovrebbero costruire cornici regolamentari in grado di bilanciare l'interesse alla tutela dei cittadini-consumatori con l'interesse a promuovere l'innovazione e l'investimento, che rappresentano essenziali presupposti per costruire un'industria *leader* nel panorama globale, e la necessità di un quadro armonico e coerente anche nell'applicazione delle regole nei diversi contesti nazionali per favorire il mercato unico ed economie di scala.

Infine, si è posto l'accento sulla valorizzazione di alcune esperienze di positiva collaborazione e *data sharing* pubblico-privato, che dovrebbero costituire un modello di lavoro anche alla luce delle linee strategiche dell'Unione in materia di sviluppo digitale.

AGID E INNOVAZIONE.
SFIDE DA VINCERE PER UNA PA PIÙ DIGITALE

FRANCESCO PAORICI

AgID è l'agenzia tecnica della Presidenza del Consiglio dei Ministri che ha il compito di facilitare la diffusione della digitalizzazione primariamente nella pubblica amministrazione, *target* principale di AgID, ma non solo, perché le azioni che realizziamo hanno un riflesso anche sul settore privato, soprattutto su alcuni settori privati di cui AgID ha la competenza in termini di vigilanza.

Questo compito viene svolto attraverso alcuni strumenti normativi, come per esempio la definizione di linee guida e regole tecniche o l'adozione del Piano Triennale per l'informatica nella Pubblica amministrazione, e altri strumenti utilizzati di concerto con il Ministro dell'innovazione e con il Dipartimento di trasformazione digitale.

La domanda che mi è stata posta riguarda lo stato della digitalizzazione in Italia.

Come punto di partenza possiamo prendere in considerazione l'indice DESI, *The Digital Economy Society Index*, che viene pubblicato ogni anno e dal quale emerge che l'Italia ha senza dubbio margini di miglioramento: nel 2021 occupavamo la posizione numero 20 (su 27), l'anno prima eravamo più indietro.

È chiaro che, come ogni classifica basata su indicatori, anche il DESI non rappresenta fedelmente la realtà, ma fornisce comunque uno spaccato concreto della nostra situazione rispetto agli altri Paesi.

Le ragioni per cui partiamo da una posizione più bassa rispetto agli altri Stati membri possono essere ricondotte a tre fattori principali.

Il primo riguarda le competenze digitali: su questo fronte l'Italia è molto indietro sia a livello generale della popolazione, che non ha ancora le competenze digitali minime di base, sia a livello dei professionisti dell'ICT.

Il secondo fattore riguarda la connettività, con connessioni ad internet veloci che ancora non sono così diffuse, almeno confrontando i nostri dati con la media europea.

Infine, il terzo fattore riguarda il fatto che c'è una parte della popolazione che non accede a internet, non lo usa e questo chiaramente ci posiziona tra i gradini più bassi dell'indice.

Però ci sono anche degli elementi positivi: ad esempio nella digitalizzazione della Pubblica amministrazione non siamo messi affatto male, anzi, siamo abbastanza in linea con la media europea.

Dal mio punto di vista, l'Italia ha raggiunto un buon livello sui servizi base, abilitanti la digitalizzazione delle Pubbliche amministrazioni e i processi. Di questo

dobbiamo essere orgogliosi: sebbene io lavori nel pubblico solo da due anni, servire lo Stato e contribuire a questo storico processo di trasformazione digitale lo vivo come una missione e un onore. Per questo voglio rinnovare un appello a tutti i giovani che si stanno affacciando al mondo del lavoro: lavorare nel pubblico impiego, proprio adesso che c'è l'opportunità del PNRR, se si ha una mente fresca, se si portano idee e si è utenti attenti alla digitalizzazione, può portare a un grande valore all'interno della Pa ma anche ad una crescita personale e professionale.

Come dicevo, quindi, ci sono alcuni servizi base che effettivamente sono, negli ultimi due anni, cresciuti molto in termini di penetrazione e di utilizzo. E questo è avvenuto indipendentemente dai fondi del PNRR che hanno iniziato ad arrivare.

Ne cito alcuni partendo da SPID, l'identità digitale. Pochi giorni fa abbiamo raggiunto i 30 milioni di identità digitali rilasciate, ma non solo: se si guardano i dati, solo nel 2021 SPID è stato utilizzato come sistema di autenticazione e di accesso ai servizi pubblici per più di mezzo miliardo di volte. E se vediamo i dati dei primi quattro mesi del 2022 abbiamo una crescita del 225%. Diciamo che ci si aspetta che a fine 2022 SPID verrà utilizzato per accedere ai servizi della PA per più di un miliardo di volte.

Questi sono numeri importanti: due anni fa si partiva da una base di 5 milioni di utenti e la crescita è stata talmente sostenuta che alcuni Stati membri dell'UE ci hanno chiesto come siamo riusciti a diffondere l'identità digitale così rapidamente, Paesi che comunque occupano posizioni molto alte nelle classifiche della digitalizzazione.

Quindi questo, secondo me, è un elemento che ci deve infondere ottimismo per la sfida della digitalizzazione della Pubblica amministrazione.

Un altro servizio è quello relativo ai pagamenti digitali della piattaforma abilitante Pago PA, che serve per effettuare pagamenti verso lo Stato da parte di cittadini e imprese: un altro elemento importante dei processi digitali, perché molti dei procedimenti amministrativi sono legati ai pagamenti e se si guarda la situazione dei primi quattro mesi di quest'anno ci si rende conto che si sono superati i 100 milioni di transazioni di pagamento per un valore, solo ad aprile, superiore ai 5 miliardi di euro.

Questo per dare un minimo la dimensione dell'utilizzo dei servizi principali del digitale.

Ma si possono fare anche altri esempi. La firma digitale remota, che è alla base della gestione digitale dei documenti, insieme ai processi di conservazione a norma: l'anno scorso solo le firme remote (quindi non le card fisiche che utilizziamo per firmare i documenti, perché quelle non si riescono a tracciare così bene), sono state utilizzate quasi 5 miliardi di volte, il 40% in più rispetto all'anno prima. E il trend è in crescita.

O ancora la diffusione dell'app IO, che ormai ha raggiunto 29 milioni di cittadini: tutti numeri che crescono a ritmi superiori al 100%.

E questo è accaduto senza ancora l'utilizzo dei fondi del PNRR. Per questo, come dicevo prima, bisogna essere ottimisti: certo, è vero che ci sono purtroppo ancora fasce di cittadini sui quali bisogna lavorare, che sono indietro e rischiano di restare indietro se non ci saranno azioni di compensazione, ma gli italiani usano le tecnologie e stanno crescendo sempre di più le interazioni digitali con la Pubblica amministrazione.

Chiaramente adesso c'è il PNRR, che sta mettendo sul piatto molti fondi, producendo investimenti importanti anche nelle Pubbliche amministrazioni e, in particolare, nel digitale e se da un lato questo presenta chiaramente dei rischi, dall'altro rappresenta una grande opportunità: se guardiamo alle misure su cui stiamo investendo esse vanno nella direzione di una Pubblica amministrazione moderna, digitale, perché va a toccare tanti ambiti.

Circa 600 milioni di euro di investimento sono destinati soprattutto alle PAL, le Pubbliche amministrazioni locali, per migliorare l'usabilità dei servizi, perché è giusto che i servizi pubblici siano al pari, se non migliori, di quelli che possono essere offerti, in termini di standard, dai privati.

Circa 80 milioni di euro – tra l'altro AgID è il soggetto attuatore del progetto – sono destinati all'accessibilità dei servizi digitali, perché l'usabilità e l'esperienza dei servizi devono andare di pari passo con la possibilità delle persone con abilità diverse di poter accedere ai servizi digitali senza barriere.

Ma non solo: c'è un finanziamento importante per diffondere in modo ancora più capillare le piattaforme abilitanti citate prima, quindi pagamenti digitali, identità digitali, SPID ma anche CIE e l'app IO, che permette a tutti i servizi della Pubblica amministrazione di essere fruiti fondamentalmente da mobile.

Questo chiaramente non basta, per cui sono previsti anche investimenti sulla parte che è più legata all'interoperabilità, perché per fare servizi semplici ed efficienti bisogna che le PA comunichino tra di loro. Con il PNRR cercheremo di soddisfare un principio che è dato da un regolamento europeo, quello del *once-only*, il cui obiettivo è quello di chiedere ai cittadini italiani ed europei i dati una volta sola: un principio facile, intuitivo, ma dal punto di vista della sfida della trasformazione digitale praticamente enorme, perché le PA hanno lavorato fino adesso a silos.

L'anno scorso abbiamo investito molto tempo nella definizione delle basi normative e delle regole tecniche del modello di interoperabilità, in modo tale che tutte le Pubbliche amministrazioni potessero avere delle regole chiare per esporre i dati in modo *standard*, regole che costituiscono la base per abilitare l'interoperabilità. Adesso ci sono i finanziamenti per far sì che le PA possano in qualche modo lavorare sui processi e su quello che si chiama, in gergo più tecnico, il *back end* dei loro sistemi per rendere i dati accessibili, secondo un modello di interoperabilità standard che è quello legato alla costituzione della piattaforma digitale nazionale dati.

C'è anche lo sportello unico digitale, che è un altro progetto europeo che do-

vremmo realizzare entro fine 2023 e che individua circa 600 procedimenti amministrativi che devono essere trasformati digitalmente e semplificati.

Sono stati citati anche gli investimenti sulle infrastrutture, perché chiaramente poi questi servizi devono essere messi su infrastrutture digitali in cloud o PSN idonei. Ci sono gli investimenti in *cyber security*, con altri 600 milioni di euro gestiti come soggetto attuatore dalla nuova *Agenzia per la Cyber Security*.

Ecco, se si riuscisse a fare tutto questo durante il periodo PNRR, effettivamente ci ritroveremmo con un'amministrazione pubblica molto ma molto più efficiente.

Per concludere, il PNRR rappresenta una grande opportunità. L'orizzonte temporale che ci dà l'Europa è quello dei 4 anni, con tanti target intermedi da rispettare, per cui tutti noi, e questo mi sento di darlo come messaggio, dobbiamo essere stimolati a fare del nostro meglio facendo convergere i nostri sforzi verso un obiettivo comune. Non è semplice e i motivi sono stati ampiamente sviscerati oggi, primo tra tutti il problema delle competenze, delle *skills*, che – attenzione – non mancano solo nella PA, ma anche nel privato: gli stessi fornitori che stanno vincendo o hanno vinto le gare delle stazioni appaltanti di Consip e che aiuteranno le PA nel processo di digitalizzazione sono i primi ad avere il problema. Questo purtroppo potrebbe diventare un grande limite in grado di rallentare la velocità di realizzazione della prossima nazione digitale e in qualche modo dovremo cercare di risolverlo.

Chiaro, le università hanno anche loro una sfida da cogliere e da vincere per dare al mercato persone competenti e formate, e anche la PA deve diventare più attrattiva per accogliere sempre più giovani che possano aiutare in questo processo.

LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE NEL MONDO VIRTUALE,
OGGI E DOMANI

MASSIMO VILLONE

Ringrazio tutti gli organizzatori, e in particolare la prof. De Minico, per l'invito a partecipare a questo incontro che è stato veramente molto denso di contenuti. Voglio complimentarmi con i relatori della mattina e del pomeriggio, che ci hanno offerto una panoramica complessa e interessante, approfondita anche nel dettaglio di una tematica che, tra l'altro, vede il nostro Paese muoversi coerentemente con gli altri rispetto ai problemi qui sollevati. Pertanto, anche l'analisi in una prospettiva comparata è stata particolarmente interessante.

La sensazione che ho ricavato da questa giornata è che in realtà noi siamo tra due fasi del nostro rapporto con il mondo virtuale.

La "prima fase" ha visto al centro la persona, in una prospettiva essenzialmente individualistica: il consumatore, il produttore, il venditore, il titolare di libertà come la manifestazione del pensiero, e così via. In sostanza, questa prospettiva riguarda il rapporto che corre tra l'individuo e chi detiene il potere variamente definito, cioè chi decide effettivamente sulle questioni che si pongono di volta in volta. È in questo contesto che sono emerse le categorie giuridiche oggi ampiamente citate: la privacy, la trasparenza, la conoscibilità dell'algoritmo, il potere del giudice e così via; vale a dire situazioni giuridiche viste nel rapporto tra l'individuo e la Pubblica Amministrazione come fornitrice di servizi.

In questa prima fase ci si è sforzati dunque di estendere a questo mondo "nuovo" le regole del mondo di prima, e tutto sommato ci siamo riusciti abbastanza bene, anche se talvolta le nostre categorie sono entrate un po' in tensione. Poiché, in fondo, quando si parla di «amministrazione digitale» stiamo parlando di una amministrazione che continua a fare quello che ha sempre fatto: magari lo fa un po' più in fretta, in misura quantitativamente più significativa e con qualche problema in più (come abbiamo sentito per il pagamento dell'Iva in Spagna), però nell'insieme è sempre la stessa amministrazione che fa le stesse cose.

Questa prima fase io penso stia giungendo a una sua maturità. Ovviamente ciò non implica che tutti i problemi siano risolti: in alcuni punti permangono delle criticità; ma nell'insieme sembra che l'assetto messo in campo si sia sostanzialmente consolidato, includendo anche le prospettive più avanzate, quali *machine learning*, intelligenza artificiale, reti neurali e via discorrendo. È ovvio che possono esserci dei problemi, anche seri, nell'amministrazione erogatrice di servizi, dei *bias* e quindi delle distorsioni. Negli interventi ne abbiamo sentita una notevolissima sulla ripartizione delle risorse in sanità, in ragione della quale la Campania riceve meno risorse perché ha una popolazione più giovane. Ma ovviamente bisogna ca-

pire perché è tra le Regioni più giovani, e se lo è perché la sua mortalità è più alta, paradossalmente riceve meno risorse perché si muore prima. Per assurdo, se domani venisse una pandemia e morissero tutti i cittadini campani sopra i 50 anni, me incluso, si ridurrebbe drasticamente il finanziamento della sanità regionale. Ciò perché l'algoritmo in questione utilizza il parametro della popolazione con il solo correttivo dell'età dei residenti.

Ovviamente, questo non avviene per caso o per la distrazione di qualcuno. E questo va tenuto ben presente, perché ci introduce nella "fase due", dove la digitalizzazione e l'intelligenza artificiale vengono utilizzate per la formulazione delle politiche pubbliche e quindi non solo per l'erogazione dei servizi, dove sono sufficienti le tradizionali categorie ampiamente richiamate (conoscibilità, trasparenza, ecc.). In questa seconda fase una piena maturità non c'è ancora.

Facciamo un esempio. Un amministratore locale, un sindaco, ha un mandato di cinque anni e pensa a una strategia per la rielezione. A tal fine, mette in campo una politica di riqualificazione delle periferie degradate. L'intelligenza artificiale può aiutarlo in questo, perché gli consente di elaborare un progetto che riqualifica il territorio nell'arco di quattro anni. Dunque, attraverso questi meccanismi viene elaborato un pacchetto di misure, il quale prevede che nei primi 12 mesi deve essere sistemata la mobilità (strade, trasporto su ferro, ecc.); nei secondi 12 mesi si devono aprire dei supermercati e magari un centro fitness; nei terzi 12 mesi deve essere aperta una scuola, un asilo nido; nei quarti 12 mesi ci si deve occupare del tempo libero, benessere dei cittadini fuori dai tempi di lavoro e così via.

C'è però una domanda che non viene posta, un *bias* per omissione (perché il *bias* non è solo quello che si scrive nell'algoritmo ma anche quello che non si scrive). L'amministratore non chiede a chi scrive l'algoritmo di indicare anche quanti residenti saranno espulsi dalla rigenerazione urbana. L'effetto sarà inevitabile, perché qualunque processo di rigenerazione urbana espelle residenti: i proprietari di case aumentano i canoni, il supermercato fa chiudere la bottega di quartiere dove al pensionato al minimo era possibile avere credito qualche giorno prima di ritirare l'assegno alle Poste, e così via. La domanda non viene posta perché ovviamente non è un argomento da campagna elettorale. Questo può essere considerato come un vizio di legittimità? Impedisce la trasparenza? Si chiede l'intervento del giudice? E cosa potrebbe dire?

L'esempio ora posto sfugge ai canoni che abbiamo visto oggi e inerte tutto direttamente nel sistema politico. Ma in quale modo? Come si fa a imporre che sia considerata l'espulsione dei residenti, ad esempio se il sindaco sostiene di aver perseguito gli interessi dell'amministrazione comunale, diminuendo il carico sui servizi assistenziali (avendo espulso i residenti meno abbienti) e migliorato l'equilibrio di bilancio? Si attacca l'algoritmo, o l'indirizzo politico del sindaco? Davanti al giudice, o in consiglio comunale? E se la maggioranza sostiene la politica del sindaco?

Il mio non è un esempio astratto. La *gentrification* funziona proprio nei termini

descritti. Noi siamo abituati a città che cambiano poco nel tempo, spesso per la presenza di centri storici plurisecolari. Ma in paesi più giovani e meno carichi di storia accade che le città cambino volto anche nel giro di pochi anni. Così è, ad esempio, negli Stati Uniti. Come vengono collocati questi fenomeni negli schemi che abbiamo descritto oggi? Come si può assicurare effettivamente la responsabilità del sistema politico? Con una partecipazione dal basso? Con la costituzione di forme associative dei residenti *espellendi*? Non sembra utile attaccare l'algoritmo in sede giudiziaria.

La "seconda fase" del nostro rapporto con il mondo virtuale ci chiede di capire come il sistema politico affronta la formulazione delle politiche pubbliche con l'intelligenza artificiale da parte delle amministrazioni. Mentre vedo relativamente matura la "prima fase", perché abbiamo un'elaborazione certamente mai sufficiente, ma comunque ampia di categorie e di concetti, troviamo qui un problema che cominciamo a vedere solo adesso. Ancora siamo lontani dal risolverlo, e forse non abbiamo nemmeno costruito tutti gli strumenti necessari per risolverlo.

E non parlo poi di settori di cui apprendiamo ora l'esistenza, come l'applicazione dell'intelligenza artificiale alle armi. Lo stiamo scoprendo in Ucraina, dove non ci sono solo i droni guidati dai *tablet* e dagli *smartphone* (miniaerei guidati a distanza), ma perfino i droni guidati dall'intelligenza artificiale di bordo. Recano a bordo un carico di alto esplosivo e individuano la propria destinazione in autonomia lanciandosi contro l'obiettivo. La scelta umana è del tutto assente. Come cambia il quadro delle responsabilità?

Abbiamo dunque una "seconda fase", in cui la riflessione va approfondita. Ma voglio prospettare anche una "terza fase", la quale ha a che fare con il titolo del nostro convegno: «L'amministrazione *digitale*».

Il termine «digitale» viene da *digit*, che in inglese significa numero, cifra. È digitale è perché il linguaggio del computer di oggi è un linguaggio digitale, binario, il quale si basa su due stadi: acceso e spento, uno e zero. Qualunque cosa si scriva in un computer, la macchina la traduce in una lunga serie di numeri, uno e zero. Tra l'altro è la lunghezza di questa serie che ci dà le password e i sistemi per la sicurezza, anche in un contesto che vede una elevatissima capacità di calcolo. In principio, qualunque password può essere "craccata". Ma in tempi tanto lunghi da scoraggiare l'hacker di turno.

Ricordo che negli anni '80 facevo parte del Centro di calcolo di questa Università. IBM, che allora gestiva le nostre macchine, ci portò con grande pompa il primo microprocessore, che era l'equivalente di 130mila *transistor*, cioè 130mila elementi ciascuno dei quali poteva essere "acceso" o "spento". Oggi, nel mio computer personale c'è una scheda video che contiene l'equivalente di 28miliardi di *transistor*. Questo mostra l'enorme evoluzione della capacità di calcolo, la quale ci consente di fare oggi infinite cose che non erano possibili 40 anni fa.

Tuttavia, dobbiamo sapere che l'architettura dei computer di 40 anni fa è sostanzialmente la stessa di quello che abbiamo oggi sul nostro tavolo. L'aumento

nel tempo della capacità di calcolo è stato dato dalla miniaturizzazione, per cui quei 28miliardi di *transistor* sono possibili perché i circuiti stampati sono giunti a spessori di pochi nanometri. Ma è una evoluzione che sta arrivando al capolinea, perché una ulteriore significativa miniaturizzazione non è possibile con i materiali in uso. Quello che accadrà, anzi sta già accadendo, è il passaggio a un computer che non usa il linguaggio digitale.

Mi riferisco al computer quantistico. A quanto si sa, IBM e Google hanno già degli esemplari, sia pure sperimentali. Il computer quantistico molto probabilmente non arriverà alla sua maturità tra sei mesi o un anno, ma fra cinque o dieci? Quel che conta è sapere che tutto quello che abbiamo detto finora diventerà istantaneamente obsoleto. A partire dalla sicurezza basata su password.

E la Pubblica Amministrazione? Non si parlerà più di «amministrazione *digitale*», ma di «amministrazione *quantistica*? E cosa è l'intelligenza artificiale applicata al computer quantistico? Non credo lo sappia nessuno al mondo in questo momento, anche se ci sono già dei corsi di computazione quantistica. Anche nel PNRR figurano un paio di corpose attribuzioni di fondi alla computazione quantistica.

Questa sarà la “terza fase”. Certo, possiamo dire che il computer quantistico non è tema di cui il giurista debba occuparsi. Ed è ovvio che non gli spetta approfondire i profili tecnici. Ma certamente riguarda il giurista la domanda su come cambierà il mondo del diritto all'ingresso del computer quantistico. E dal momento che la cosa può considerarsi certa nell'*an*, incerta nel *quando* ma nemmeno troppo, sarà bene che avvii una riflessione quanto prima.

Chiudo con alcuni consigli. Ai miei colleghi ordinari, di età non più giovane, direi continuate a pensare e scrivere come avete sempre fatto, perché tanto il cambiamento non vi toccherà. Verranno cose nuove, ma non in tempi tali da procurarvi problemi. Ai giovani ricercatori e ricercatrici che oggi hanno dato così brillante prova di sé, e che mi fanno sperare nel futuro, direi aprite gli occhi e le orecchie perché il diluvio vi coglierà di sicuro: non vi potrete sottrarre, e arriverà il momento in cui ve ne dovrete occupare. Quanto agli associati, hanno un problema, perché stanno nella terra di mezzo. Non so dare un consiglio. Sugerirei comunque di porre attenzione perché magari la prossima monografia per diventare ordinari qualche cenno sarà bene che lo si faccia. Purtroppo, e mi dispiace, cosa sia l'amministrazione quantistica proprio non lo so dire.

CONCLUSIONI

JEAN-BERNARD AUBY

La riflessione sulle conseguenze giuridiche della digitalizzazione dell'azione pubblica procede lenta ma inesorabile. Lo vediamo negli incontri periodici della nostra "Venice Network on Smart Cities & Digital Administration" ed è stato confermato durante il bellissimo evento organizzato a Napoli, il 9-10 maggio 2022, dalla nostra amica Giovanna De Minico.

Vorrei fare dei rapidissimi cenni alle principali questioni che sono attualmente sul tavolo delle nostre discussioni e che meriterebbero di essere oggetto di ulteriori approfondimenti anche nell'immediato futuro.

1°. In via generale, appare evidente in tutto il libro una tendenza alla digitalizzazione dell'azione pubblica: ci limitiamo qui a fare riferimento al contributo di Francesco Paorici, il quale sintetizza le politiche adottate dal Governo in materia, e a quello di Vito Grassi, che si riferisce agli aspetti dello sviluppo industriale.

In buona sostanza, possiamo ritenere che il movimento verso la digitalizzazione dell'azione pubblica segue tre distinte linee di evoluzione, le quali tuttavia risultano in parte correlate.

Nello specifico, la prima linea evolutiva concerne la digitalizzazione delle procedure amministrative. La seconda linea è relativa all'accumulo e all'uso sempre più abbondante di dati per alimentare le decisioni pubbliche. Mentre, la terza linea riguarda l'uso degli algoritmi e dell'intelligenza artificiale, cioè di metodi logici che permettono di risolvere problemi complessi basandosi proprio su flussi di dati. Come ha rilevato Guido Carlino, questo terzo aspetto è quello che pone maggiori problemi: in particolare ci si riferisce ai casi legati all'utilizzo delle tecniche di "machine learning" o di "deep learning" e a quelli in cui le decisioni verrebbero prese dall'algoritmo "in via automatica", vale a dire senza l'intervento umano.

Infine, da queste tre linee di sviluppo, stanno da ultimo emergendo fenomeni più globali, come quello delle "smart cities", richiamate da Gaetano Manfredi.

In tutte queste direzioni, sorgono problemi giuridici che già oggi alimentano la nostra riflessione o che comunque saranno oggetto di approfondimento. Ne elenchiamo alcuni.

2°. Colpisce innanzitutto il fatto che nei nostri sistemi giuridici la normativa applicabile alla digitalizzazione dell'azione pubblica sia ancora molto incompleta. Come sappiamo, la legislazione europea è ben sviluppata nel settore della protezione dei dati personali, ma essa fatica ad affrontare altri problemi, nonostante vi siano progetti come il Regolamento sull'Intelligenza artificiale, di cui tratta il contributo di Carlo Colapietro.

Dal punto di vista del diritto interno, le Costituzioni sono generalmente mute,

mentre, allo stesso tempo, le legislazioni nazionali si limitano a regolare solo alcuni problemi, anche quando esistono dei “codici dell’amministrazione digitale”, come in Italia.

Una questione fondamentale riguarda le soluzioni che possono essere offerte dalla giurisprudenza, come sottolineato da Luigi Carbone. Tuttavia, le speranze che si possono riporre in essa sono necessariamente limitate perché, tra i problemi che sono emersi, ve ne sono molti che toccano i diritti fondamentali e che quindi possono essere affrontati solo facendo riferimento a una fonte del diritto in senso tecnico.

3°. La rassegna della letteratura sul tema della digitalizzazione amministrativa dimostra i progressi costanti che la dottrina ha fatto nell’analisi delle relative conseguenze giuridiche.

Tali progressi riguardano, ad esempio, sia gli aspetti giuridici della digitalizzazione delle procedure contrattuali pubbliche, come dimostrano i contributi di Gabriella Racca, Philippe Cossalter e Pier Marco Rosa Salva, sia quelli relativi al procedimento giudiziario, di cui ha trattato Marilena Rizzo.

Tuttavia, dovranno essere aperte molte altre aree di analisi, specie per quanto riguarda le piattaforme pubbliche, i *cloud* pubblici, le *blockchain* pubbliche, le varie trasformazioni causate dalla digitalizzazione nell’organizzazione giuridica degli spazi pubblici, ecc.

4°. In quest’ottica, come ha rilevato Jacques Ziller, sorge l’esigenza di conoscere quali categorie del diritto pubblico – in senso formale – debbano essere utilizzate per riflettere sulla digitalizzazione.

Le più evidenti riguardano il campo del diritto amministrativo, il quale viene direttamente attraversato dagli effetti giuridici della digitalizzazione: dal procedimento amministrativo al contenzioso – specie quello relativo agli atti amministrativi basati su algoritmi –, nonché dai contratti pubblici al diritto degli spazi pubblici.

Ma la riflessione deve necessariamente coinvolgere anche il diritto costituzionale, se non altro perché la digitalizzazione chiama in causa i diritti fondamentali, come la tutela della privacy e della dignità umana, valori che si intrecciano anche sul terreno della tutela, come affermato da Giovanna De Minico.

Infine, non vanno trascurati gli effetti sul diritto finanziario, in particolare nel settore tributario, anch’esso fortemente digitalizzato.

5°. Un lavoro di fondamentale importanza, che la dottrina ha già intrapreso ma che deve proseguire con determinazione, consiste nell’individuare i principi che devono governare i vari aspetti della digitalizzazione dell’azione pubblica.

Ovviamente, è necessario garantire che l’amministrazione digitale rispetti il principio di legalità, come spiega Roberto Cavallo Perin. Tuttavia, ciò non può avvenire prescindendo dalla trasparenza: conosciamo tutte le difficoltà che l’applicazione di questo principio pone in relazione agli algoritmi.

È chiaro che esistono forti questioni anche sul versante dell’imparzialità ammi-

nistrativa. Viene qui in rilievo il tema dei pregiudizi che i dati e gli algoritmi possono nascondere.

Ancora, a livello pratico, ci si interroga se i cittadini possano essere obbligati a comunicare con l'amministrazione per via telematica e, quindi, se tale obbligo venisse imposto, ci si chiede come la pubblica amministrazione si dovrebbe organizzare per aiutare chi non è in grado di utilizzare i computer; e più in generale, come orientare la pubblica amministrazione verso una "digitalizzazione utile", come ha ricordato Daniele Riccio.

Nuovi principi saranno sicuramente aggiunti in futuro.

6°. Altri interrogativi emergono in relazione agli effetti della digitalizzazione sui meccanismi decisionali all'interno dell'amministrazione, già richiamati da Giorgio Orsoni.

Come sottolineato da Isabella Alberti, in via principale la "funzione istruttoria" sta subendo una trasformazione. In particolare, tale trasformazione si sta determinando per via del fatto che le scelte della pubblica amministrazione devono essere "evidence-based", come ha affermato Elena d'Orlando: l'utilizzazione di masse di dati da parte degli algoritmi può potenzialmente modificare il rapporto delle persone con il processo decisionale amministrativo.

Naturalmente, come spiega Guido Scorza, i processi decisionali pubblici devono ora rispettare le regole poste a tutela della privacy che derivano in particolare dal Regolamento Europeo del 2016.

Inoltre, viene in rilievo l'esigenza di proseguire la riflessione sulle decisioni "automatiche", affrontata nei contributi di Alessandro Di Martino e di Diana-Urania Galetta, la quale sostiene che la tecnica debba restare "serva", posto che in ogni caso va garantita la possibilità dell'intervento umano, specie nel caso in cui la decisione amministrativa interferisca con i diritti del cittadino.

7°. È evidente che la digitalizzazione dell'azione pubblica introduce diverse trasformazioni nel rapporto tra amministrazione e privati, come viene rilevato nei contributi di Anna Finocchiaro ed Andrea Marini.

Tali trasformazioni non riguardano solo i meccanismi interni della decisione pubblica, se si considera che, a volte, il digitale modifica anche la distribuzione dei ruoli tra attori pubblici e privati.

Ad esempio, ciò avviene quando l'utilizzo degli "open data" da parte dei privati consente loro di realizzare dei servizi di interesse collettivo che, tradizionalmente, sarebbero spettati all'amministrazione: si pensi all'assistenza stradale ai conducenti per la gestione del traffico.

8°. È inoltre evidente che la digitalizzazione ha e avrà effetti significativi anche sull'organizzazione amministrativa, come ha rilevato Claudio Palomba.

In primo luogo, l'adeguamento delle varie amministrazioni alla digitalizzazione costringe queste ultime a stabilire quale posto assegnare agli esperti – "data-scientists" – nei processi decisionali.

In questo senso, viene inoltre in rilievo la questione della condivisione dei dati

tra le amministrazioni, la quale si pone ora in modo acuto. Tale questione ha almeno due dimensioni: quella dell'interoperabilità dei dati, della quale si occupa attualmente il diritto europeo a livello dell'Unione, e quella della loro protezione nell'ambito della loro interconnessione.

Come ci ha ricordato Massimo Villone nelle sue conclusioni, su questi temi rimane ancora un considerevole lavoro da fare. Ed è urgente progredire, perché la digitalizzazione sta gradualmente invadendo tutti gli ambiti della società e in particolare quelli dell'azione pubblica. In questo senso, le difficoltà che emergono nel regolare l'attività delle "GAFAM" ci dimostrano che è necessario porre in essere discipline, formulare principi, organizzare ricorsi.

Da qui, il ruolo centrale per il diritto pubblico.

Alcune referenze per conoscere lo stato della riflessione sui problemi giuridici sollevati dalla digitalizzazione dell'azione pubblica

Jean-Bernard Auby, *Il diritto amministrativo di fronte alle sfide digitali*, in *Istituzioni del federalismo*, n. 3/2019, p. 619.

Jean-Bernard Auby e al., *Juris-Classeur Administratif*, in *LexisNexis*, fasc. 109-20 e seg., aggiornamento permanente.

Alexandra Bensamoun e Grégoire Loiseau (a cura di), *Droit de l'intelligence artificielle*, *Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence*, 2022.

Marina Caporale et al., *Smart Cities e amministrazioni intelligenti*, in *Istituzioni del federalismo*, ott.-dic., 2018.

Gherardo Carullo, *Gestione, fruizione e diffusione dei dati dell'amministrazione digitale e funzione amministrativa*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2017.

Roberto Cavallo Perin et Diana-Urania Galetta (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2020.

Lucie Cluzel-Métayer, Catherine Prebissy-Schnall ed Arnaud Sée (a cura di), *La transformation numérique du service public: une nouvelle crise?*, Mare & Martin, 2021.

Conseil d'Etat, *Intelligence artificielle et action publique: construire la confiance, servir la performance*, in *La Documentation Française*, 2022.

Giovanna De Minico, *The Challenge of the Virtual World for Independent Authorities*, in *European Public Law*, in corso di pubblicazione, 2023, già in https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4274809, 8 dicembre 2022.

Isaac Martin Delgado (a cura di), *El procedimiento administrativo y el régimen jurídico de la administración pública desde la perspectiva de la innovación tecnológica*, Iustel, 2020.

Olivia Tambou, *Manuel de droit européen de la protection des données à caractère personnel*, Bruylant, coll. Droit administratif/ Administrative Law, 2020.

Karen Yeung e Martin Lodge (a cura di), *Algorithmic Regulation*, Oxford, University Press, 2019.

NOTIZIE SUGLI AUTORI

ISABELLA ALBERTI

Assegnista di ricerca di Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Torino

JEAN-BERNARD AUBY

Professore Emerito di Diritto Pubblico, Sciences Po, Parigi

LUIGI CARBONE

Presidente di Sezione del Consiglio di Stato

GUIDO CARLINO

Presidente della Corte dei Conti

ROBERTO CAVALLO PERIN

Professore ordinario di Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Torino

CARLO COLAPIETRO

Professore ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico, Università degli Studi Roma Tre

PHILIPPE COSSALTER

Professore di Diritto Pubblico Francese, Universität des Saarlandes

GIOVANNA DE MINICO

Professoressa ordinaria di diritto costituzionale, Università degli Studi di Napoli Federico II

MARIA FRANCESCA DE TULLIO

Ricercatrice di Diritto Costituzionale, Università degli Studi di Napoli Federico II

ALESSANDRO DI MARTINO

Dottore di ricerca in Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Napoli Federico II

ELENA D'ORLANDO

Professoressa ordinaria di Diritto Pubblico Comparato, Università degli Studi di Udine

ANNA FINOCCHIARO

Presidente della Fondazione Italia Decide

DIANA-URANIA GALETTA

Professoressa ordinaria di Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Milano

VITO GRASSI

Vice-Presidente di Confindustria

LAURA GRIMALDI

Dottoranda di ricerca in Diritto Costituzionale, Università degli Studi di Napoli Federico II

VINCENTE PIERLUIGI GROSSI

Dottorando di Diritto Costituzionale, Università degli Studi di Napoli Federico II

GAETANO MANFREDI

Sindaco di Napoli

ANDREA MARINI

Head of Legal and Corporate Affairs of Experian - Italy, France, Turkey and Middle East

ARIANNA MORESCHINI

Dottoranda di Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Roma La Sapienza

GIORGIO ORSONI

Professore ordinario in quiescenza di Diritto Amministrativo, Università Ca' Foscari di Venezia

CLAUDIO PALOMBA

Prefetto di Napoli

FRANCESCO PAORICI

Responsabile del transformation office, Dipartimento per la trasformazione digitale

GABRIELLA M. RACCA

Professoressa ordinaria di Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Torino

MARILENA RIZZO

Presidente del Tribunale di Firenze

PIER MARCO ROSA SALVA

Assegnista di ricerca di Diritto Amministrativo, Università degli Studi Udine

GUIDO SCORZA

Commissario Garante per la Protezione dei Dati Personali

LASZLO VAN DAAL

Doctorant de Droit Public de l'Économie, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

MASSIMO VILLONE

Professore Emerito di Diritto Costituzionale, Università degli Studi di Napoli Federico II

Collana *CERIDAP*

1. G. CARULLO, P. PROVENZANO (a cura di), *Le Regioni alla prova della pandemia da COVID-19*, 2020
2. M. GIAVAZZI, *Anatomia del processo amministrativo*, 2021
3. G. CARULLO, *L'amministrazione quale piattaforma di servizi digitali*, 2022
4. M. GIAVAZZI, *La giustizia proattiva*, 2023

Finito di stampare nel mese di aprile 2023
presso la *Grafica Elettronica* - Napoli