

TAR CAMPANIA

14 NOVEMBRE 2022

N. 7003

PRESIDENTE: PAPPALARDO

ESTENSORE: PAPPALARDO

PARTI: LAMANNA

(avv. Gentilcore)

AGEA

(Avvocatura dello Stato)

Atto Amministrativo • Procedimento Amministrativo • Individuazione del responsabile del procedimento amministrativo • Decisione automatizzata • Trasparenza del procedimento decisorio • Esclusione • Ammullamento.

Il ricorso all'algoritmo, in funzione integrativa e servente della decisione umana, ovvero anche in funzione parzialmente decisionale nei procedimenti a basso tasso di discrezionalità, non può mai comportare un abbassamento del livello delle tutele garantite dalla legge sul procedimento amministrativo, ed in particolare di quelle sulla individuazione del responsabile del procedimento, sull'obbligo di motivazione, sulle garanzie partecipative e sulla non esclusività della decisione algoritmica.

L'atto amministrativo deve indicare specificamente il riferimento all'algoritmo utilizzato in obbedienza all'obbligo di indicare quale sia stato il meccanismo informatico di decisione impiegato (c.d. conoscibilità), quanto all'obbligo di spiegare il suo funzionamento in termini comprensibili per l'utente non dotato di competenze tecniche (c.d. comprensibilità). In mancanza di ciò si concretizzerebbe la frustrazione delle correlate garanzie processuali che declinano sul versante del diritto di azione e difesa in giudizio di cui all'art. 24 Cost., diritto che risulta compromesso tutte le volte in cui l'assenza della motivazione non permette inizialmente all'interessato e successivamente, su impulso di questi, al Giudice, di percepire l'iter logico-giuridico seguito dall'amministrazione per giungere di un determinato approdo provvedimento.

FATTO. — Con ricorso notificato all'AGEA — Agenzia per le erogazioni in agricoltura (d'ora innanzi Agea) e al Ministero delle politiche agricole, alimentari e forestali via PEC il 19 novembre 2021, successivamente depositato il 30 novembre 2021, Lamanna Aniello impugnava della nota prot. n. 2021.982730 e della nota prot. n. 2021.980431, entrambe adottate da Agea il 3 agosto 2021, ed ogni ulteriore atto che aveva condotto al ricalcolo dell'importo già versato al ricorrente a titolo di indennità compensativa per gli anni 2018-2019.

Il ricorrente deduceva di essere titolare dell'omonima Azienda Agricola, con sede in Pisciotta (SA) in Via Mazzini, esercente attività di coltivazione, apicoltura ed allevamento, e di essere proprietario di una vasta area agricola in zona classificata montana, nei Comuni di Pisciotta e di Cannalonga, in Provincia di Salerno.

Rappresentava di essere risultato beneficiario, per gli anni 2018 e 2019, dell'indennità compensativa per le aziende agricole localizzate in territori montani di cui alla Misura 13.1.1 "Pagamento compensativo per le zone 3 montane", varata nell'ambito del PSR Campania 2014-2020 al fine di compensare almeno parzialmente i costi aggiuntivi ed il mancato guadagno dovuti alla particolare ubicazione dei fondi agricoli. In particolare si trattava di indennità per compensare gli svantaggi derivanti dalla localizzazione delle aziende agricole (in attività) in territori classificati montani, a seguito dell'applicazione della Direttiva 75/268/CEE (art. 3 par. 3), con previsione di un pagamento annuale per ettaro di superficie agricola condotto nell'area eleggibile al sostegno, per compensare (in tutto

o in parte) i costi aggiuntivi ed il mancato guadagno dovuti ai vincoli cui è soggetta la produzione agricola nella zona interessata.

Esponenza, in particolare, che tale indennità veniva calcolata sulla base di due parametri, ovvero l'altitudine e la pendenza del terreno, così come stabilito dall'art. 6 dei bandi attuativi della predetta misura (cfr. doc. nn. 2 e 3 allegati al ricorso). In proposito l'art. 6 dei bandi attuativi della predetta Misura, per gli anni 2018 e 2019 (Doc. nn. 2 e 3), rubricato "Entità del premio", ha specificamente disciplinato la procedura di calcolo, con indicazione della formula matematica, ovvero dell'algoritmo adoperato per il computo della misura.

Proprio in base a tale metodo di calcolo, in relazione alla posizione del Lamanna, Agea aveva determinato un'indennità di importo pari, per l'anno 2018, ad € 23.729,84 e, per l'anno 2019, ad € 19.709,67, entrambe corrisposte rispettivamente il 24 giugno 2019 e il 30 giugno 2020.

Tuttavia, mediante i provvedimenti impugnati in questa sede e facendo applicazione di un nuovo algoritmo di calcolo degli importi delle riduzioni e delle sanzioni, Agea (richiamando solo genericamente indicazioni della Commissione Europea) aveva proceduto a rielaborare le domande del ricorrente, riscontrando importi versati in eccesso e quindi da recuperare pari a € 95,67 per l'anno 2018 (nota prot. n. 2021.980431 del 3.08.2021) ed € 4.734,97 per l'anno 2019 (nota prot. n. 2021.982730 del 3.08.2021), con conseguente iscrizione dei predetti importi nel Registro Debitori Agea ed oggetto di recupero ai sensi del Regolamento UE n. 809/2013.

La difesa del Lamanna, quindi, censurava i provvedimenti impugnati deducendone l'illegittimità perché viziati da:

— carenza di motivazione ex art. 3 l. n. 241/1990, dal momento che l'Amministrazione si è limitata ad esternare il risultato della procedura di ricalcolo senza menzionare quale fosse il nuovo algoritmo utilizzato, con il relativo funzionamento, né la fonte normativa che ne imporrebbe l'applicazione anche alle domande già definite e finanziate. Tanto più se si considera la sproporzione tra le due annualità nel rapporto tra le somme erogate e quelle considerate indebitamente percepite, e quindi l'irragionevolezza degli esiti dell'applicazione del nuovo sconosciuto algoritmo (per l'anno 2018 è stato accertato un debito di € 95,67 sull'importo percepito di € 23.729,84, mentre per l'anno 2019, è stato accertato un maggior debito pari a € 4.734,97 su un minor importo percepito pari a € 19.709,67);

— violazione delle norme sul procedimento (art. 7 l. 241/90), con ricadute sui provvedimenti finali, atteso che il ricorrente in sede di contraddittorio procedimentale avrebbe potuto fornire elementi utili per evitare il ricalcolo o quantomeno evitare le suddette anomalie tra gli importi ricevuti nel 2018 e quelli del 2019;

— violazione della *lex specialis*, in quanto la manovra di ricalcolo della indennità compensativa avrebbe comportato una modifica *ex post* delle regole contenute nell'art. 6 del bando attuativo, con conseguente violazione anche del principio di predeterminazione dei criteri di valutazione per i provvedimenti attributivi di vantaggi economici ex art. 12 comma 1 l. n. 241/1990;

— violazione dell'art. 21-*quinquies* l. 241/90, risolvendosi i provvedimenti impugnati in revoche implicite delle precedenti determinazioni e non rispettando questi ultimi i requisiti all'uopo richiesti dalla legge,

ovvero la manifestazione delle ragioni di inopportunità dell'atto da ritirare e la previsione dell'indennizzo per il destinatario;

— illegittime modalità di recupero del credito vantato, in quanto Agea, con le note impugnate, ha anche disposto che la stessa “provvederà in via prioritaria al recupero delle somme attraverso compensazione automatica, ai sensi dell'art. 28 R.Ce n. 908/2014, sino alla data dell'effettivo soddisfacimento del credito vantato, operando detto recupero sul primo pagamento a qualsiasi titolo effettuato da Agea. In caso di mancato recupero si procederà ad avviare le procedure coattive per la riscossione del credito”, così impattando sull'esercizio dell'attività di impresa del ricorrente, e ciò in violazione del principio per cui in caso di recupero nei confronti del percettore in buona fede, la ripetizione deve avvenire senza incidere significativamente sulle sue esigenze di vita.

Il 7 dicembre 2021 si costituiva in giudizio AGEA mediante memoria di stile.

Non si costituiva in giudizio la regione Campania.

Con ordinanza del 15 dicembre 2021, il Collegio, ritenendo la domanda cautelare supportata da adeguato *fumus boni juris* e *periculum in mora*, la accoglieva.

Infine, con memoria del 1 settembre 2022 il ricorrente insisteva nella domanda di annullamento ribadendo le censure contenute nel ricorso introduttivo.

Alla pubblica udienza del 11 ottobre 2022 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO. — Il ricorso è fondato e pertanto va accolto.

Va premesso che, come esposto in parte narrativa, il presente giudizio ha ad oggetto la domanda di annullamento di due provvedimenti adottati da AGEA mediante l'utilizzo di algoritmi, nel senso che alla formula matematica è stato demandato il computo di ricalcolo della misura spettante, pervenendosi agli atti di secondo grado attraverso l'applicazione di un diverso algoritmo rispetto a quello impostato per la concessione della misura, con una formula che è tuttavia rimasta ignota.

La ammissibilità ed i limiti del ricorso alla c.d. decisione algoritmica costituisce una tematica che già da alcuni anni viene affrontata dalla giurisprudenza amministrativa, in ragione del sempre più frequente ricorso allo strumento algoritmico all'interno dei procedimenti amministrativi, soprattutto se caratterizzati da procedure seriali o standardizzate dove occorre gestire un numero notevole di istanze, per la cui elaborazione l'impiego dello strumento algoritmico consente una maggiore velocità, efficienza ed in astratto di maggiore imparzialità.

Applicato alla scelta amministrativa, invero, l'algoritmo porta sempre ad un risultato imparziale, senza che alcun elemento soggettivo possa intervenire a alterare o mutare il risultato. Un pregio è dunque costituito dall'invariabilità dell'esito: i “termini” dell'algoritmo, combinati nel modo assunto dallo stesso, portano sempre e invariabilmente allo stesso risultato.

In questo senso la decisione “imposta” dall'algoritmo appare essere una decisione spogliata da ogni margine di soggettività.

L'algoritmo, sin dalla nozione desunta dai papiri di Ahmes del XVII secolo a.c., consiste in una sequenza finita e ordinata di operazioni ele-

mentari e chiare di calcolo che permettono di risolvere, in maniera determinata, un problema. Si tratta di una procedura di calcolo ben definita che consente, attraverso un insieme di operazioni effettuate in un determinato ordine, partendo da un insieme di dati (input), di ottenere un risultato atteso (output): lo stesso, applicato ad una decisione amministrativa, in via informatica è in grado di valutare e graduare una moltitudine di domande (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, sent. 2270/2019). La prospettiva, dunque, non è solo quella della semplificazione, ma anche quella della buona amministrazione; alle tecnologie si guarda non solo in vista del miglioramento del processo decisionale, ma anche della qualità della decisione.

È emersa tuttavia una opposta esigenza che controbilancia le spinte semplificatorie ed acceleratorie, ovvero quella di assicurare un controllo umano del procedimento, in funzione di garanzia (cd. *human in the loop*), in modo che il funzionario possa in qualsiasi momento intervenire per compiere interlocuzioni con il privato, per verificare a monte l'esattezza dei dati da elaborare, mantenendo il costante controllo del procedimento.

Come ha avuto modo di precisare il Consiglio di Stato nelle pronunce dedicate alla questione (cfr. CdS sez. VI, n. 2270 /2019 e le sentt. 8472, 8473, 8474 del 2019), il ricorso alla funzione algoritmica all'interno del procedimento amministrativo non è vietato di per sé, neppure in relazione ai procedimenti caratterizzati da discrezionalità, anche tecnica, a condizione che si rispettino determinati requisiti, derivanti sia dai principi di diritto interno che dalle norme del diritto europeo (cfr. Cons. Stato, sez. VI, sentt. 881/2020 e 1206/2021).

Il ricorso all'algoritmo, in funzione integrativa e servente della decisione umana, ovvero anche in funzione parzialmente decisionale nei procedimenti a basso tasso di discrezionalità, non può mai comportare un abbassamento del livello delle tutele garantite dalla legge sul procedimento amministrativo, ed in particolare di quelle sulla individuazione del responsabile del procedimento, sull'obbligo di motivazione, sulle garanzie partecipative, e sulla cd. non esclusività della decisione algoritmica.

Tra le indicate garanzie assume primaria importanza il rispetto del principio di trasparenza, che, com'è noto, trova un immediato corollario nell'obbligo di motivazione degli atti amministrativi ex art. 3 l. n. 241/90 e che non può essere soppresso né ridotto sol per la presenza di un algoritmo all'interno dell'iter procedimentale.

Invero, il fatto che il provvedimento venga emanato sulla scorta di una complessa operazione di calcolo produce l'opposto effetto di rafforzare, per certi versi, l'obbligo motivazionale in capo all'Amministrazione, la quale dovrà rendere la propria decisione finale non solo conoscibile, ma anche comprensibile.

Occorre spostare l'attenzione a monte, sulla costruzione dell'algoritmo; su come i parametri dell'algoritmo vengono scelti (operazione di per sé soggettiva), e come si combinano tra loro; e ancor prima su come i termini assunti quale parametro siano stati realizzati.

La questione dell'individuazione dei termini da assumersi per la costruzione dell'algoritmo indica il momento in cui si opera la scelta caratterizzata da discrezionalità, sì che a queste fasi preliminari alla nascita dell'algoritmo devono essere anticipate le garanzie che devono accompagnare ogni scelta dell'amministrazione.

Fondamentale è a tal fine la garanzia di trasparenza, volte ad assicurare la conoscibilità della costruzione dell'algoritmo, anche, eventualmente, in funzione del sindacato sull'atto adottato sulla base dello stesso: "la decisione amministrativa automatizzata impone al giudice di valutare in primo luogo la correttezza del processo informatico in tutte le sue componenti: dalla sua costruzione, all'inserimento dei dati, alla loro validità, alla loro gestione" (cfr. Cons. St., sez. VI, n. 2270/2019).

In caso di decisione fondata su algoritmo, si richiede pertanto che sia assicurata una "declinazione rafforzata del principio di trasparenza", intesa come "piena conoscibilità della regola espressa in un linguaggio differente da quello giuridico" (Cons. St., sez. VI, n. 2270/2019).

Più in particolare, si è osservato come il principio di conoscibilità comporta che ognuno ha diritto, sia a conoscere l'esistenza di processi decisionali automatizzati che lo riguardino, sia a ricevere informazioni significative sulla logica utilizzata, così come previsto dagli artt. 13 e 14 del GDPR (Regolamento 2016/679) che risultano formulati in maniera generale e, perciò, applicabili sia a decisioni prese da soggetti privati che da soggetti pubblici (cfr. Cons. St. s. 8472/2019).

Inoltre, trattandosi di una decisione presa da una Pubblica Amministrazione, viene in rilievo anche l'art. 41 della Carta di Nizza, ed il diritto ad una "good administration", laddove afferma che quando la Pubblica Amministrazione intende adottare una decisione che può avere effetti avversi su di una persona, essa ha l'obbligo di sentirla prima di agire, di consentirle l'accesso ai suoi archivi e documenti, nonché di "motivare le proprie decisioni".

Tale conoscibilità dell'algoritmo deve essere garantita in tutti gli aspetti: dai suoi autori al procedimento usato per la sua elaborazione, al meccanismo di decisione, comprensivo delle priorità assegnate nella procedura valutativa e decisionale e dei dati selezionati come rilevanti.

E tuttavia, la "caratterizzazione multidisciplinare" dell'algoritmo comporta che la sua comprensione non richieda solo competenze giuridiche, ma anche tecniche, informatiche, statistiche, amministrative, sicché non esime dalla necessità che la "formula tecnica", che di fatto rappresenta l'algoritmo, sia corredata da spiegazioni che la traducano nella "regola giuridica" ad essa sottesa e che la rendano leggibile e, quindi non solo "conoscibile", ma anche "comprensibile" (cfr. Cons. St. s. 2270/2019).

Dalle coordinate ermeneutiche poste dalle prime pronunce del Consiglio di Stato, emerge come il rispetto del principio di trasparenza imponga un indefettibile obbligo motivazione a carico della pubblica amministrazione, che si declina nella conoscibilità e nella comprensibilità del meccanismo algoritmico utilizzato. E ciò al fine di consentire, da un lato, il pieno esercizio del diritto di difesa da parte del soggetto inciso dal provvedimento, ai sensi degli artt. 24 e 113 Cost., dall'altro, il pieno sindacato di legittimità da parte del giudice amministrativo.

Altro principio affermato in sede europea è quello di non esclusività della decisione algoritmica (art. 22 GDPR), il quale attribuisce al destinatario degli effetti giuridici di una decisione automatizzata il diritto a che tale decisione non sia basata unicamente sul processo automatizzato, affidando al funzionario responsabile il compito di controllare, e quindi validare o, al contrario, smentire la decisione automatica.

Ne deriva che, come sopra rilevato, la decisione adottata con ricorso all'algoritmo vede sempre la necessità che sia l'amministrazione a compiere un ruolo *ex ante* di selezione e verifica, anche per mezzo di costanti test, aggiornamenti e modalità di perfezionamento dell'algoritmo. Ma soprattutto, in tali casi si deve contemplare la possibilità che sia il giudice a "dover svolgere, per la prima volta sul piano 'umano', valutazioni e accertamenti fatti direttamente in via automatica", con la conseguenza che la decisione robotizzata "impone al giudice di valutare la correttezza del processo automatizzato in tutte le sue componenti". (Cons. Stato, Sez. VI, sent. 2270/2019).

Colgono dunque nel segno le censure mosse dalla parte ricorrente, la quale denuncia proprio il vizio di violazione delle garanzie partecipative e il difetto di motivazione delle note di AGEA prot. n. 2021.982730 e prot. n. 2021.980431 emesse il 3 agosto 2021.

Queste ultime, infatti, hanno giustificato il ricalcolo degli importi dovuti al Lamanna con un generico e indeterminato riferimento alla "normativa vigente", alle "indicazioni della Commissione Europea" e all'utilizzo di "una differente modalità di calcolo degli importi delle riduzioni e delle sanzioni", che avrebbero condotto alla "applicazione del nuovo algoritmo".

In tal senso la carenza motivazionale è duplice, tenendo conto della peculiare natura del provvedimento in oggetto, che costituisce atto di secondo grado, andando ad incidere su una precedente decisione favorevole al privato.

La divisata carenza investe, infatti, da un lato, la fonte normativa richiamata per la legittimazione dell'esercizio di un potere con effetto retroattivo, ovvero il ricalcolo delle somme precedentemente già calcolate ed erogate: entrambi i provvedimenti non specificano quali siano le norme interne ovvero le indicazioni della Commissione Europea che avrebbero imposto una differente modalità di calcolo, in particolare per le domande già accolte e finanziate.

Inoltre, gli atti impugnati non contengono alcun tipo riferimento all'algoritmo utilizzato, che viene semplicemente menzionato come il "nuovo algoritmo", in questo modo venendo meno tanto all'obbligo di indicare quale sia stato il meccanismo informatico di decisione impiegato (c.d. conoscibilità), quanto all'obbligo di spiegare il suo funzionamento in termini comprensibili per l'utente non dotato di competenze tecniche (c.d. comprensibilità).

Tutto ciò con il risultato di una frustrazione anche delle correlate garanzie processuali che declinano sul versante del diritto di azione e difesa in giudizio di cui all'art. 24 Cost., diritto che risulta compromesso tutte le volte in cui l'assenza della motivazione non permette inizialmente all'interessato e successivamente, su impulso di questi, al Giudice, di percepire l'iter logico-giuridico seguito dall'amministrazione per giungere ad un determinato approdo provvedimentale.

Gli indicati vizi conducono all'annullamento dei provvedimenti impugnati per carenza dell'elemento motivazionale.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M. — Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe

proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla gli atti in epigrafe e condanna l'AGEA alla rifusione delle spese di lite in favore della parte ricorrente, liquidate in complessivi € 2000,00 (duemila/00), dichiarandole integralmente compensate nei confronti della Regione Campania.

**MAI ACCETTARE
CAMELLE NÉ ATTI
AMMINISTRATIVI DA
SCONOSCIUTI, ANCORCHÉ
ALGORITMI**

1. IL CASO E LE QUESTIONI.

La vicenda in oggetto della sentenza emanata dal TAR Campania concerne l'erogazione di un contributo economico a favore delle aziende agricole localizzate in certi territori montani ai sensi della "Misura 13.1.1. *Indennità compensativa zone montane*" del PSR Campania 2014-2020".

Secondo la narrativa il ricorrente aveva indebitamente percepito l'importo assegnatogli negli anni 2018-2019 finendo così per essere iscritto nel registro dei debitori dell'Agenzia per le Erogazioni in Agricoltura (AGEA) e soggetto ad un provvedimento di recupero delle somme ricevute.

Con l'impugnazione di tale provvedimento è emerso che il denaro che si supposeva essere indebito è stato erogato a seguito del calcolo effettuato da un algoritmo istruito sulla base dei parametri previsti dal bando attuativo della summenzionata "Misura 13.1.1". Essa disciplinava l'"(E)ntità del premio" con una procedura di calcolo indicando la formula matematica "dell'algoritmo adoperato per il computo della misura".

Gli importi dell'indennità calcolati secondo l'originaria versione dell'algoritmo erano di 23.729,84 € per il 2018 e di 19.709,67 € per l'anno 2019. Tuttavia, l'Ente erogatore ha annullato il precedente protocollo, emanandone uno nuovo, comprensivo di un "algoritmo sconosciuto", attraverso il quale è stato eseguito un ricalcolo *ex post* delle somme erogabili. Siffatto algoritmo ha prodotto un risultato differente relativo a un debito di 95,67 € sull'importo percepito per l'anno 2018, mentre per l'anno 2019, è stato accertato un debito di 4.734,97 € sulla somma ricevuta.

Le questioni decise dal TAR della Campania riguardano la violazione delle norme sul procedimento amministrativo ai sensi della legge 241/1990, con conseguenti ricadute sui provvedimenti finali, in particolare, per quel che concerne l'applicazione dell'algoritmo collegato al secondo atto amministrativo, del quale non erano stati appropriatamente specificati i parametri di calcolo.

Ivi risiede il punto critico della controversia, dato che il procedimento amministrativo può svolgersi attraverso l'ausilio di algoritmi, tuttavia questi ultimi obbediscono all'art. 3 l. 241/1990 sull'obbligo di motivazione degli atti amministrativi in ottemperanza al principio di trasparenza. A questo proposito, la giurisprudenza amministrativa ha già elaborato un autorevole orientamento secondo cui in caso di uso dei sistemi decisori automatizzati la caratterizzazione multidisciplinare degli algoritmi esige l'ausilio di competenze tanto giuridiche quanto tecniche come quelle informatiche, statistiche e amministrative. L'approccio multidisciplinare

consente alla formula tecnica espressa dagli algoritmi di venire spiegata, cosicché la regola giuridica ad essa sottesa sia resa intelleggibile e comprensibile dall'utenza ¹.

2. DI COSA PARLIAMO QUANDO PARLIAMO DI ALGORITMI.

La giurisprudenza amministrativa si è già occupata di algoritmi, a partire dal noto contenzioso originato dal piano straordinario di assunzioni predisposto dall'art. 1, co. 103, della l. n. 107/2015 (c.d. "Buona Scuola"). Tale procedura nazionale era stata compiuta con ordinanza ministeriale n. 241/2016, attraverso l'affidamento dei trasferimenti e delle assegnazioni di posti di ruolo dei docenti ad un algoritmo del tutto sconosciuto. I risultati di tale procedura decisoria automatizzata erano stati ritenuti dagli insegnanti ricorrenti come pregiudizievoli perché si vedevano trasferiti in province più lontane da quella di propria residenza o quella comunque scelta con priorità in sede di partecipazione alla procedura, benché in tali province di elezione esistessero numerosi altri posti vacanti disponibili ².

Da ciò è scaturita una vertenza che ha visto contrapposti il Ministero dell'Istruzione e i sindacati del personale docente che avevano stigmatizzato l'uso dello strumento decisorio automatico. Costoro affermavano che quest'ultimo non fosse coerente con la normativa in materia di procedimento amministrativo, dato che l'algoritmo avrebbe potuto effettuare (come in realtà accaduto) in via indipendente una serie di scelte non neutre attraverso l'adozione di modelli predittivi, selezionati inconsapevolmente ³, poiché legati a uno strumento impersonale ⁴.

In tale occasione il Consiglio di Stato ha stabilito che l'utilizzo nel procedimento amministrativo di una procedura informatica, attraverso la quale un algoritmo conduca direttamente alla decisione finale, deve ritenersi ammissibile, in via generale, anche nell'attività amministrativa connotata da ambiti di discrezionalità, a condizione che siano osservate i seguenti requisiti:

a) la piena conoscibilità della modalità di funzionamento del sistema decisorio automatizzato;

¹ Cons. Stato, Sez. VI, 04/02/2020, n. 881; Cons. Stato, Sez. VI, Sent., (data ud. 04/02/2021) 09/02/2021, n. 1206. In dottrina, E. Prosperetti, Accesso al software e al relativo algoritmo nei procedimenti amministrativi e giudiziali. Un'analisi a partire da due pronunce del TAR Lazio, questa Rivista, 2019, pp. 979 ss.; V. CANALINI, L'algoritmo come "atto amministrativo informatico" e il sindacato del giudice, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2019, pp. 366 ss.; S. VERNILE, Verso la decisione amministrativa algoritmica? in *MediaLaws*, 2020, pp. 136 ss.; F. BRAVO, Trasparenza del codice sorgente e decisioni automatizzate, in *Questa Rivista*, 2020, pp. 694 ss.; A. MASCOLO, Gli algoritmi amministrativi: la sfida della comprensibilità, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2020, pp. 366 ss.;

M. TIMO, Il procedimento di assunzione del personale scolastico al vaglio del Consiglio di Stato, in *Giur. It.*, 2020, pp. 1190 ss.; J. DELLA TORRE, Le decisioni algoritmiche all'esame del Consiglio di Stato, in *Rivista di diritto processuale*, 2021, pp. 710 ss. F. COSTANTINO, Algoritmi, intelligenza artificiale e giudice amministrativo, in *Giur. It.*, 2022, pp. 1507 ss.;

² D. DALFINO, Decisione amministrativa robotica ed effetto performativo. Un beffardo algoritmo per una "buona scuola", in *Questione Giustizia*, 13 gennaio 2020, disponibile su www.questionegiustizia.it; C. STRINATI, Algoritmi e decisioni amministrative, in *Foro amministrativo*, 2020, pp. 1571 ss.

³ D. DALFINO, Decisione amministrativa robotica cit.

⁴ C. STRINATI, *Algoritmi*, cit.

- b) l'imputabilità della decisione da questo prodotta all'organo titolare del potere, cui competono tutte le responsabilità correlate;
- c) il carattere non discriminatorio dell'algoritmo utilizzato ⁵.

A questo proposito occorre ricordare che il termine "algoritmo" sia riconducibile a una formula di calcolo matematico astratta e simbolica espressa attraverso operazioni logicamente predeterminate che consentono di giungere ad un certo risultato ⁶.

Secondo un'opinione diffusa, percepibile anche nella motivazione della sentenza in commento, parrebbe che gli algoritmi siano tutti uguali e non abbiano caratterizzazioni che li distinguano tanto sotto il profilo filosofico quanto sotto il profilo della loro applicabilità concreta. In realtà, così non è.

In relazione al primo profilo, il dibattito, prevalentemente filosofico ⁷, verte sulla loro relazione con l'intelligenza umana nel senso se possano avere o meno un comportamento intelligente, anche in un ambiente complesso ⁸, o se vi siano differenze sostanziali tra intelligenza umana e

⁵ Cons. Stato, sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472. In dottrina, M. MATTALIA, *Dall'amministrare in silenzio all'amministrare con gli algoritmi*, in *Diritto Amministrativo*, 2022, pp. 831 ss.; E. N. FRAGALE, *La cittadinanza amministrativa al tempo della digitalizzazione*, ibidem, 2022, pp. 471; S. CLARA, *Prospettive di regolazione della decisione amministrativa algoritmica: un'analisi comparata*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2022, pp. 265 ss.; A. DI MARTINO, *Il soccorso procedimentale nelle gare telematiche e l'amministrazione automatizzata*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2022, pp. 363 ss.; A. ASTONE, *Autodeterminazione nei dati e sistemi A.I.*, in *Contratto e impresa*, 2022, pp. 429 ss.; L. IEVA, *L'adeguamento ex lege della retribuzione dei magistrati - (Diritto sancito dalla legge e «rovescio» della sua applicazione pratica)*, in *Foro amministrativo*, 2021, pp. 1947 ss.; N. PAOLOANTONIO, *Il potere discrezionale della pubblica automazione. sconcerto e stilemi. (sul controllo giudiziario delle "decisioni algoritmiche")*, ibidem, 2021, pp. 813 ss.; P. PIRAS, *Il processo amministrativo e l'innovazione tecnologica. diritto al giusto processo versus intelligenza artificiale?*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2021, pp. 472 ss.; G. GARULLO, *Decisione amministrativa e intelligenza artificiale*, in *questa Rivista*, 2021, pp. 431 ss.; S. DEL GATTO, *Potere algoritmico, digital welfare state e garanzie per gli amministratori. I nodi ancora da sciogliere*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2020, pp. 829 ss.; A. G. OROFINO, G. GALLONE, *L'intelligenza artificiale al servizio delle funzioni amministrative: profili pro-*

blematici e spunti di riflessione, in *Giur. It.*, 2020, pp. 738 ss.; R. MATTERA, *Decisioni algoritmiche. Il Consiglio di Stato fissa i limiti*, in *NGCC*, 2020, p. 809 ss.

⁶ Se il TAR Campania fa risalire questo concetto a tempi antichi, addirittura ai "papiri di Ahmes del XVII secolo a. C." (TAR Campania, 14 novembre 2022, n. 7003, p. 6), si preferisce far riferimento a testi moderni che manifestino consapevolezza dell'uso dei simboli nel linguaggio matematico. Sul punto la letteratura è vastissima e si citano, oltre al noto e fondamentale A. TURING, *Computer Machinery and Intelligence*, in *Mind, New Series*, Vol. 59, No. 236 (Oct., 1950), pp. 433-460, a titolo esplicativo e di interesse: N. M. AL-SALAMI, *Evolutionary algorithm definition*, in *American J. of Engineering and Applied Sciences*, 2(4), 2009, pp. 789-795; N. S. YANOFSKY, *Towards a definition of an algorithm*, in *Journal of Logic and Computation*, 21(2), 2011, pp. 253-286; A. BLASS, Y. GUREVICH, *Algorithms: A quest for absolute definitions*, in *Current Trends in Theoretical Computer Science: The Challenge of the New Century Vol 1: Algorithms and Complexity Vol 2: Formal Models and Semantics*, 2004, pp. 283-311.

⁷ Per la ricostruzione del dibattito sul tema: S. BRINGSJORD, G. NAVEEN SUNDAR, *Artificial Intelligence*, in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2022 Edition), E. N. ZALTA, U. NODELMAN (eds.), URL: <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2022/entries/artificial-intelligence/>>.

⁸ I. RAIHWAN et al., *Machine Behaviour*, in *Nature*, 568 (2019), 7753. - S. 477-486 <https://dx.doi.org/10.1038/s41586-019-1138-y>.

artificiale⁹. In merito al secondo profilo ci si riferisce alla distinzione relativa alla loro applicazione in merito alla conoscibilità e trasparenza¹⁰ del loro procedimento decisorio¹¹.

Occorre inoltre distinguere i sistemi di “*narrow artificial intelligence*”¹², in grado di proporre soluzioni a problemi specifici, dalle reti neurali artificiali (*artificial neural networks*¹³, ANN) che si riferiscono alla “*general artificial intelligence*” (AGI)¹⁴.

Appartengono alla prima categoria algoritmi definiti di “*knowledge management*”¹⁵, anche conosciuti come “sistemi esperti”¹⁶, i quali sembrano essere stati utilizzati nel caso in esame, considerato che la fattispecie presenta che una operazione di calcolo la quale utilizza dati limitati per quel che concerne sia i parametri empirici (*ovvero le istruzioni utili al procedimento logico-matematico*), sia i soggetti coinvolti (*cioè gli operatori agricoli di una determinata zona della Campania*).

Afferiscono alla seconda categoria i programmi di *machine learning* la cui condotta è analoga a quella dell'intelligenza umana, poiché elaborano quantità massive di dati (c.d. “*big data*”) e autoapprendono imitando il comportamento delle sinapsi del cervello umano¹⁷.

Da tali circostanze si può dedurre che un procedimento algoritmico possa rimanere sempre sconosciuto al soggetto sul quale i risultati ottenuti manifestano i loro effetti, nonostante in via astratta, un sistema esperto, come quello utilizzato nella fattispecie che si analizza, possa presentare le caratteristiche di interpretabilità e conoscibilità, in quanto è sufficiente mantenere gli utenti all'oscuro delle caratteristiche dello specifico algo-

⁹ Per gli ultimi sviluppi della discussione relativa alla possibile distinzione tra l'elaborazione umana del pensiero e quella del chatbot ChatGPT, S. MITROVIĆ, D. ANDREOLETTI, O. AYOUN, *ChatGPT or Human? Detect and Explain. Explaining Decisions of Machine Learning Model for Detecting Short ChatGPT-generated Text*, 2023, disponibile su <https://arxiv.org/abs/2301.13852>.

¹⁰ V. CANALINI, *L'algoritmo come “atto amministrativo” e il sindacato del giudice*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2019, pp. 781 ss.

¹¹ E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, 2020, pp. 271 ss.; T. CHAKRABORTI e al., *Explicability? Legibility? Predictability? Transparency? Privacy? Security? The Emerging Landscape of Interpretable Agent Behavior*, in *Proceedings of the International Conference on Automated Planning and Scheduling*, 29(1), 2021, pp. 86-96. <https://doi.org/10.1609/icaps.v29i1.3463>

¹² J. PACK, M. BAIN, F. MUKHLISH, *The risks of low level narrow artificial intelligence*. In *2018 IEEE international conference on intelligence and safety for robotics (ISR)*, IEEE, 2018, pp. 1-6, doi <https://ieeexplore.ieee.org/document/8535903/>;

D. SCHLEGEL, Y. UENAL, *A Perceived Risk Perspective on Narrow Artificial Intelligence*, in *PACIS 2021*, pp. 44 ss.

¹³ S. CHUNG, L. F. ABBOTT, *Neural population geometry: An approach for understanding biological and artificial neural networks*, in *Current opinion in neurobiology*, 70, 2021, pp. 137-144.

¹⁴ R. FJELLAND, *Why general artificial intelligence will not be realized*, in *Nature, Humanit Soc Sci Commun* 7, 10 (2020). <https://doi.org/10.1057/s41599-020-0494-4>; V. C. MÜLLER, *Risks of general artificial intelligence in Journal of Experimental & Theoretical Artificial Intelligence*, 26(3), 2014, pp. 297-301.

¹⁵ M. H. JARRAHI, D. ASKAY, A. ESHRAHI, P. SMITH, *Artificial intelligence and knowledge management: A partnership between human and AI*, in *Business Horizons*, 2023, 66(1), pp. 87-99.

¹⁶ L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*. Trad. it. M. DURANTE, Milano, 2017, pp. 154 ss.

¹⁷ G. N. RREEKE, G. M. EDELMAN, *Real brains and artificial intelligence in Daedalus*, 1983, pp. 143-173; N. KRIEGESKORTE, T. GOLAN, *Neural network models and deep learning*, in *Current Biology*, 2019, 29(7), R231-R236;

ritmo decisorio. Tali sistemi sono utilizzati in ambiti settoriali nei quali si richiedono operazioni specifiche attraverso un modello di “*question/answer*” in grado di rispondere ad una precisa domanda secondo un paradigma ad albero, il quale consente di ricostruire il loro percorso logico anche a ritroso.

Nel caso in esame, il riscontro empirico concerne la circostanza che ad essere “sconosciuto” all’utenza è il solo algoritmo relativo al secondo protocollo adottato dall’AGEA, cioè quello che impone all’operatore agricolo di restituire i fondi ritenuti non dovuti. Sul punto, l’autorità amministrativa ha completamente occultato gli elementi necessari per la comprensione della logica decisoria e dei parametri algoritmici in modo trasparente e comprensibile.

Nel caso delle reti neurali, invece, la conoscibilità del procedimento è di difficile interpretazione per la modalità stessa del funzionamento. Infatti, una rete neurale gestisce i sentieri logici dei dati nella formazione del risultato in maniera non trasparente poiché tale percorso è composto da *input*, *hidden layers* e *output*: in tali casi si parla di *black box*¹⁸. Tuttavia, in specifici ambiti empirici sono applicati modelli di c.d. “*grey box*”, la cui interpretabilità è parziale poiché sussiste la combinazione tra passaggi noti e altri rimasti ignoti¹⁹. Ciò nonostante, anche in siffatti casi può sussistere una modalità di verifica trasparente della rete neurale, cioè attraverso la tracciabilità dell’informazione ovvero del dato con cui l’algoritmo viene nutrito dalla mano umana, cioè dal suo programmatore che decide, e quindi sceglie, a quali fonti informative consentirgli l’accesso.

Ciò posto, analizzando il ragionamento decisorio del giudice campano, non emerge perché il secondo algoritmo sia rimasto ignoto al soggetto sottoposto alla revisione della procedura di attribuzione dei fondi relativi

¹⁸ F. PASQUALE, *The Black Box Society. The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Cambridge, MA, 2015, *passim*.

¹⁹ Il modello grey-box combina l’uso di modelli white-box basati su principi e i modelli empirici black-box, offrendo particolari vantaggi quando: (a) è carente la teoria fondamentale per descrivere il sistema o il processo modellato; (b) vi è una scarsità di dati sperimentali adeguati per la convalida o (c) vi è la necessità di ridurre la complessità del modello. L’approccio grey-box è stato utilizzato, per esempio, per creare modelli matematici (S. ESTRADA-FLORES, I. MERTS, B. DE KETELAERE, J. LAMMERTYN, *Development and validation of “grey-box” models for refrigeration applications: A review of key concepts in International Journal of Refrigeration*, 2006, 29(6), 931-946; M. E. KHAN, F. KHAN, *A comparative study of white box, black box and grey box testing techniques*, in *International Journal of Advanced Computer Science and Applications*, 2012, 3(6). K. C. TAN, Y. LI, *Grey-box model identification via evolutionary computing in Control Engineering Practice*,

10(7), 2002, 673-684; M. BÜCH, W. WECK, *The Greybox Approach: When Blackbox Specification Hide too much*, 1999, Turku Centre for Computer Science.) Un siffatto modello può essere definito come un’astrazione concettuale, fisica o matematica di un oggetto, fenomeno, processo o sistema reale. I modelli matematici facilitano la comprensione di un processo o di un sistema, consentendo all’utente di prevederne il comportamento al variare del valore di una o più variabili influenti. L’obiettivo del modellatore può essere quello di stimare o prevedere il valore di una o più variabili che descrivono il comportamento o la proprietà di interesse (note anche come variabili dipendenti) in funzione di una o più variabili indipendenti che descrivono la natura intrinseca o le proprietà del sistema, il suo funzionamento o il suo ambiente esterno. Un modello può anche prevedere solo parti selezionate del comportamento di un sistema, aiutando a capire come funziona una sottosezione del sistema (S. ESTRADA-FLORES, I. MERTS, B. DE KETELAERE, J. LAMMERTYN, *Development and validation of “grey-box” models*, cit.).

all'indennità compensativa riservata agli operatori agricoli delle zone montane.

Da un lato si potrebbe ipotizzare che si tratti di una eccezione connessa alla tutela della proprietà intellettuale sul prodotto utilizzato, tuttavia l'ipotesi non è accettabile, né condivisibile. Seppure la proprietà intellettuale sia considerata un diritto fondamentale ai sensi dell'art. 17.2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea²⁰, nel bilanciamento tra diritti essa recede se contrapposta all'art. 41 della medesima Carta, relativa al riconoscimento del diritto ad una buona amministrazione. Infatti, per la pubblica amministrazione sussiste l'obbligo, e quindi il dovere, di motivare le proprie decisioni²¹, veppiù in presenza di un algoritmo che in quelle deliberazioni svolge una funzione decisiva a tal punto da poter essere ritenuto parte integrante del procedimento amministrativo stesso²².

Parimenti, il diritto all'accesso all'algoritmo e alla spiegazione della decisione da questo prodotto è riconosciuto in diverse statuizioni del Regolamento 679/2016, in primis dall'art. 22, il quale riconosce alla parte coinvolta in siffatto processo automatizzato il diritto a che la decisione non sia esclusivamente automatizzata, ma che l'amministrazione, con un esplicito contributo umano, controlli i passaggi decisionali, non convalidandoli in caso di violazione di diritti fondamentali, come nel caso in esame. Ulteriormente, l'inconoscibilità dell'algoritmo decisorio in questione ha comportato la violazione degli artt. 13 e 14 del medesimo Regolamento 679/2016 in relazione rispettivamente alla raccolta dei dati presso l'interessato e il controllo di tali dati dal medesimo interessato.

Infine, *last but not least*, tale ricostruzione è protetta anche da un punto di vista costituzionale sotto il profilo del buon andamento della Pubblica Amministrazione, dato che la successione di operazioni preliminarmente definite nell'algoritmo deve essere conforme ai canoni di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa ai sensi art. 1 della L. n. 241/90. Siffatti canoni, secondo il principio costituzionale di buon andamento dell'azione amministrativa, previsto dall'art. 97 Cost., impongono all'amministrazione il conseguimento dei propri fini con il minor dispendio di mezzi e risorse e attraverso lo snellimento e l'accelerazione dell'iter procedimentale²³.

²⁰ C. GEIGER, *Intellectual property shall be protected!? Article 17 (2) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union: a mysterious provision with an unclear scope*, in *EIPR*, 2009, 31(3), pp. 113-117; Id., *Building an ethical framework for intellectual property in the EU: time to revise the Charter of Fundamental Rights*, in *Reforming Intellectual Property*, Edward Elgar Publishing, 2022, pp. 77-91; P. OLLIVER, C. STOTHERS, *Intellectual property under the Charter: are the Court's scales properly calibrated?* in *Common Market Law Review*, 2017, 54(2).

²¹ P. CRAIG, *Article 41 - Right to Good Administration*, in *The EU Charter of Fundamental Rights*, Nomos Verlagsgesell-

schaft mbH & Co, 2014, pp. 1112-1141; I. RABINOVICI, *The right to be heard in the charter of fundamental rights of the European Union in European public law*, 2012, 18(1); D. U. GALETTA, *Il diritto ad una buona amministrazione nei procedimenti amministrativi oggi (anche alla luce delle discussioni sull'ambito di applicazione dell'art. 41 della Carta dei diritti UE)*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2019, pp. 165 ss.; L. PARONA, *L'influenza del diritto europeo sulla disciplina dei procedimenti amministrativi nazionali*, *ibidem*, 2021, pp. 491 ss.

²² Cons. Stato, Sez. VI, 08/04/2019, n. 2270.

²³ Cons. Stato, Sez. VI, 08/04/2019, n. 2270, cit.

3. IL RUOLO DEL RESPONSABILE UMANO DEL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO ALGORITMICO.

Come è noto, l'atto amministrativo può essere legalmente rappresentato attraverso una entità immateriale che è espressamente definita dal legislatore come "la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti" (art. 1, comma 1, lett. p), Codice dell'Amministrazione Digitale)²⁴. L'elemento caratterizzante di siffatta fattispecie concerne la circostanza, avente rilevanza giuridica, che gli elementi informativi contenuti nella rappresentazione informatica sono indipendenti dal supporto sul quale i segni rappresentativi del documento sono di volta in volta registrati²⁵.

Come evidenziato in precedenza, la giurisprudenza amministrativa di vertice ha già affrontato il tema dell'implementazione dei sistemi algoritmici in atti amministrativi che prevedano lo svolgimento di procedure seriali o standardizzate. Questo caso rientra nella fattispecie richiamata, dato che la decisione sull'*an* e sul *quantum* relativi all'erogazione del beneficio economico riguarda il fatto se il ricorrente avesse il diritto di ricevere tale indennizzo per ricoprire oggettivamente una condizione prevista dalla normativa erogatrice del medesimo.

Alla luce di quanto esposto, diventa palese come l'illegittimità del comportamento dell'autorità amministrativa convenuta sia molteplice e, prima che nel risultato operativo dell'algoritmo "sconosciuto", essa concerne l'azione del responsabile del procedimento amministrativo. Infatti è possibile individuare le seguenti criticità:

1. l'annullamento con effetto retroattivo, insieme al relativo algoritmo ad essa collegato, della nota protocollare, comprensiva dei parametri e delle operazioni di calcolo, con cui sono stati erogati i fondi al ricorrente;

2. la medesima autorità amministrativa ha ricalcolato gli importi sulla base della nuova formula della quale ha omesso di rendere noti tanto i parametri decisori quanto le operazioni di calcolo che avrebbero istruito il nuovo, sconosciuto, algoritmo. Siffatto risultato, viziato da carenza degli elementi motivazionali, ha comportato la richiesta esecutiva di restituzione di una significativa somma di denaro sulla base di generiche "indicazioni della Commissione Europea";

3. non ha convocato il beneficiario/ricorrente affinché egli potesse fornire informazioni o chiarimenti che avrebbero potuto impedire il ricalcolo e la relativa restituzione del denaro richiesto, ovvero l'ingiunzione del pagamento della somma calcolata con il programma ignoto, in violazione dei suoi diritti difensivi.

Tali problemi hanno correttamente condotto il Tribunale amministrativo campano ad annullare la seconda nota protocollare e i suoi effetti, realizzando un significativo effetto distorsivo: invece di contribuire all'ef-

²⁴ Istituito con il decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, è stato successivamente modificato e integrato prima con il decreto legislativo 22 agosto 2016 n. 179 e poi con il decreto legislativo 13 dicembre 2017 n. 217 (M. PROTTO, *Diritto amministrativo e nuove tecnologie*, in *Giur. It.*, 2022, pp. 1507 ss.; E. DE GIOVANNI, *Il codice dell'Amministrazione*

digitale: genesi, evoluzione, principi costituzionali e linee generali, in *Rassegna dell'Avvocatura dello Stato*, 2018, pp. 155 ss.

²⁵ I. FORCIONE, *Il caso dell'accesso al software MIUR per l'assegnazione dei docenti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2018, pp. 617 ss.

ficienza procedimentale, il *misuse* algoritmico ha prodotto esternalità negative sia sul procedimento in sé, sia sull'amministrazione giudiziaria amministrativa, alimentando il contenzioso.

Al contrario, almeno astrattamente, l'utilizzo di sistemi decisori automatizzati nel procedimento amministrativo dovrebbe apportare benefici in termini di maggiore velocità, efficienza e imparzialità. Tuttavia, gli orientamenti giurisprudenziali dimostrano come gli algoritmi possono diventare fautori di discriminazione, non tanto per la loro natura di procedimento decisionale automatizzato, quanto per l'uso che gli esseri umani fanno di tali strumenti applicati alla gestione della burocrazia amministrativa. Costoro sembrano attribuire agli algoritmi il ruolo di oracolo imperscrutabile sulla scena decisionale. Prendendo a prestito un racconto di Friedrich Dürrenmatt²⁶, si potrebbe pensare che all'algoritmo venga richiesto di vestire i panni della Pizia, la quale rispondeva alle domande dei suoi interlocutori intontendoli a tal punto da farli brancolare nel buio così tanto da essere indotti a credere di non avere alternative diverse ai suoi oracoli, ritenuti salvifici. Probabilmente, qualche burocrate potrebbe pensare di traslare i medesimi effetti sui risultati prodotti dal procedimento algoritmico automatizzato.

Invece, in quanto strumenti, gli algoritmi decisori sono a disposizione degli operatori "umani", in questo caso della pubblica amministrazione e del responsabile del procedimento amministrativo: ed è quest'ultimo soggetto a dover fare in modo che l'algoritmo sia predisposto (anzi "disegnato") in modo coerente con gli obiettivi del procedimento amministrativo che lo adopera. Tale coerenza consiste nella spiegazione chiara ed esplicita dei criteri e dei passaggi logici e di calcolo contenuti nell'algoritmo, in questo caso relativi all'erogazione di fondi a favore di richiedenti che ne avessero diritto.

In altri termini, è il responsabile del procedimento a dover adempiere all'obbligo di motivazione, ad assicurare le garanzie partecipative e di non discriminazione. Ed è ancora il responsabile "umano" del procedimento amministrativo coadiuvato dagli algoritmi che è tenuto a rendere intelligibile la formula tecnica, corredandola delle spiegazioni opportune e necessarie che la traducano nella regola giuridica, la quale sia intelligibile, conoscibile e comprensibile.

Sul punto certa dottrina ha evidenziato la possibilità di "esternalizzazione della funzione amministrativa"²⁷ presso terzi fornitori del programma informatico decisionale. Non di meno, attraverso l'incarico a terzi della codificazione delle regole informatiche, può sussistere il rischio che la discrezionalità propria dell'attività amministrativa venga effettivamente esercitata e gestita da soggetti estranei alle regole procedurali di equità, trasparenza e buona amministrazione. Pertanto, l'attività di codificazione dell'algoritmo deve essere completamente vincolata e la

²⁶ F. DÜRRENMATT, *La morte della Pizia*, trad. it. R. COLORNI, Adelphi, Milano, 1988.

²⁷ G. CARULLO, *Decisione amministrativa e intelligenza artificiale*, in *Questa Rivista*, 2021, pp. 440 ss.

discrezionalità in esso contenuta deve essere caratterizzata da valutazioni preventive e precise²⁸.

Ciò significa che la funzione amministrativa deve predeterminare e precedere le attività delegate all'algoritmo (e quindi al suo codificatore esterno) nei presupposti, nella forma e nei contenuti, affinché la responsabilità decisionale dell'atto sia attribuibile all'organo amministrativo competente per mezzo del funzionario responsabile del procedimento "in base alla legge attributiva del potere"²⁹.

In conclusione, per quel che concerne l'oggetto del contenzioso in esame, il procedimento amministrativo che si avvalga di algoritmi decisori deve presentare elementi imprescindibili riguardanti lo svolgimento di un ruolo da ciascuna parte coinvolta nell'interazione tra la PA e il pubblico degli utenti sia nella parte conoscitiva (cioè la raccolta dei dati), sia nella parte decisionale. Il soggetto sottoposto alla decisione deve conoscere tanto i dati inseriti che lo riguardano quanto la giustificazione del motivo secondo cui sono state compiute certune azioni, quali le ragioni per cui il primo calcolo algoritmico è stato abbandonato e si è pervenuti al secondo risultato e su questo punto esplicitare la modalità di decisione dell'erogazione delle somme contestate.

4. DE JURE CONDENDO: LE LACUNE DELL'ARTIFICIAL INTELLIGENCE ACT PROPOSAL.

Data la velocità dovuta all'implementazione dei procedimenti automatizzati e i vantaggi conseguibili a seguito di una maggiore efficienza nell'azione amministrativa, è facilmente presumibile che l'utilizzo di software decisori automatizzati aumenterà esponenzialmente, tuttavia occorre tenere presente le incognite dovute alla raccolta dei dati e al livello di rischio che il loro trattamento può configurare. A questo proposito occorre effettuare una breve riflessione sulle disposizioni dell'*Artificial Intelligence Act Proposal*³⁰ (d'ora in poi "AIA"), cioè il più concreto ed effettivo tentativo di regolare la materia.

La lunga fase preparatoria e di discussione dell'AIA dimostra quanto possano essere nefasti gli effetti delle due velocità con cui forma la materia da regolare, cioè lo sviluppo tecnologico, che per sua natura è sovrana-

²⁸ G. CARULLO, *Decisione amministrativa*, cit.

²⁹ G. CARULLO, op. cit. V. Cons. Stato, Sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472, 8473 e 8474.

³⁰ Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica alcuni atti legislativi dell'unione, Bruxelles, 21.4.2021, in corso di approvazione. In dottrina, D. CHIAPPINI, *Intelligenza Artificiale e responsabilità civile: nuovi orizzonti di regolamentazione alla luce dell'Artificial Intelligence Act dell'Unione europea* in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 2022, pp. 95 ss. S. ●RILANDO, *Regole di immissione sul mercato*

e "pratiche di intelligenza artificiale" vietate nella proposta di "Artificial Intelligence Act", in *Persona e Mercato*, 2022, pp. 346-367; M. VEALE, F. Z. BORGESUS, *Demythifying the Draft EU Artificial Intelligence Act — Analysing the good, the bad, and the unclear elements of the proposed approach* in *Computer Law Review International*, 22(4), 2021, pp. 97-112; B. C. STAHL, R. RODRIGUES, N. SANTIAGO, K. MACNISH, *A European Agency for Artificial Intelligence: Protecting fundamental rights and ethical values* in *Computer Law & Security Review*, 2022, 45, 105661; H. MOREIRA, *Governing knowledge and technology: European approach to artificial intelligence*, 2023, <https://osf.io/preprints/socarxiv/59fbk/>.

zionale e sfuggente alle definizioni di diritto positivo da un lato; e dall'altro la lentezza delle procedure di regolamentazione normativa. Al fine di limitare gli effetti deleteri di tale entropia, il titolo V dell'AIA prevede l'attivazione delle c.d. "sandboxes"³¹, cioè spazi operativi istituiti dagli Stati membri, aventi durata limitata di tempo, e sotto il controllo delle autorità nazionali, in cui è possibile sperimentare e testare sistemi di intelligenza artificiale innovativi in prospettiva di una loro immissione sul mercato³².

Tuttavia, ciò non pare sufficiente, sia per la limitata efficacia di tali strumenti, sia per il mutamento tecnologico, e quindi soprattutto concettuale, di tali programmi dovuto al loro evolversi.

Da un punto di vista amministrativo, l'AIA si occupa dei software decisori solo come strumenti di servizio, definendoli, in modo assai limitante, "software serventi l'attività amministrativa".

A questo proposito, il Considerando 40 dell'AIA fa riferimento alle attività "che non incidono sull'effettiva amministrazione della giustizia nei singoli casi, quali l'anonimizzazione o la pseudonimizzazione di decisioni, documenti o dati giudiziari, la comunicazione tra il personale, i compiti amministrativi o l'assegnazione delle risorse" e pertanto non è sembrato opportuno estendere la classificazione di sistema ad alto rischio ai sistemi di IA destinati ad attività amministrative puramente accessorie.

Siffatto punto non pare condivisibile, perché nell'assegnazione delle risorse può emergere un elemento discriminatorio collegato a caratteri-

³¹ M. TRAPANI, *L'utilizzo delle "sandboxes" normative: una ricognizione comparata delle principali esperienze di tecniche di produzione normativa sperimentali e il loro impatto sull'ordinamento*, in Osservatorio sulle fonti, 3/2022, pp. 215-245; M. BOLDINI, *La rivoluzione tecnologica nel settore dei servizi finanziari e il suo impatto sulle fonti del diritto* in Federalismi.it, 34/2022, pp. 18-37; G. LO SAPIO, *Il regolatore alle prese con le tecnologie emergenti. La "regulatory sandbox" tra principi dell'attività amministrativa e rischio di illusione normativa* ibidem, 30/2022, pp. 88-112.

³² Sul punto, il Considerando 72 del Proposal afferma che: Gli obiettivi degli spazi di sperimentazione normativa dovrebbero essere la promozione dell'innovazione in materia di IA, mediante la creazione di un ambiente controllato di sperimentazione e prova nella fase di sviluppo e pre-commercializzazione al fine di garantire la conformità dei sistemi di IA innovativi al presente regolamento e ad altre normative pertinenti dell'Unione e degli Stati membri, e il rafforzamento della certezza del diritto per gli innovatori e della sorveglianza e della comprensione da parte delle autorità competenti delle opportunità, dei rischi emergenti e degli impatti dell'uso dell'IA, nonché l'accelerazione dell'accesso ai mercati, anche mediante l'eliminazione degli ostacoli per le piccole e medie imprese (PMI)

e le start-up. Al fine di garantire un'attuazione uniforme in tutta l'Unione ed economie di scala, è opportuno stabilire regole comuni per l'attuazione degli spazi di sperimentazione normativa e un quadro per la cooperazione tra le autorità competenti coinvolte nel controllo degli spazi di sperimentazione. Il presente regolamento dovrebbe fornire la base giuridica per l'utilizzo dei dati personali raccolti per altre finalità ai fini dello sviluppo di determinati sistemi di IA di interesse pubblico nell'ambito dello spazio di sperimentazione normativa per l'IA, in linea con l'articolo 6, paragrafo 4, del regolamento (UE) 2016/679, e con l'articolo 6 del regolamento (UE) 2018/1725, e fatto salvo l'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva (UE) 2016/680. I partecipanti allo spazio di sperimentazione dovrebbero fornire garanzie adeguate e cooperare con le autorità competenti, anche seguendo i loro orientamenti e agendo rapidamente e in buona fede per attenuare eventuali rischi elevati per la sicurezza e i diritti fondamentali che possono emergere durante lo sviluppo e la sperimentazione nello spazio sopraindicato. È opportuno che le autorità competenti, nel decidere se infliggere una sanzione amministrativa pecuniaria a norma dell'articolo 83, paragrafo 2, del regolamento 2016/679 e dell'articolo 57 della direttiva 2016/680, tengano conto della condotta dei partecipanti allo spazio di sperimentazione.

stiche individuali del richiedente. La comparazione giuridica presenta già esperienze negative in materia, come nei contenziosi giudiziari riguardanti l'Universal Credit ³³ nel Regno Unito o SyRI ³⁴, in Olanda.

Il rischio paventato sul punto riguarda la circostanza che l'AIA è una normativa già invecchiata ancora prima di essere approvata, con il rischio che la regolamentazione giuridica rincorra il fatto compiuto. Infatti, il criterio di classificatorio degli algoritmi effettuato dall'AIA si basa sul rischio di violazione dei diritti umani e i risultati di siffatta operazione normativa appaiono non condivisibili, né congrui. Invero, l'AIA pone al vertice del rischio i programmi di riconoscimento facciale dal vivo come portatori di rischio massimo, quindi proibendoli in via generale, mentre gli algoritmi fondati su programmi di *risk assessment* aventi una funzione predittiva sono posti ad un livello inferiore, ma con previsione di rigida regolamentazione. Al contrario, i programmi "serventi" sono chiaramente sottostimati perché considerati di basso rischio.

Tuttavia, quanto affermato non significa che l'AI non debba essere disciplinata; al contrario, è necessario mutare l'approccio a questo problema. Infatti, una normativa estremamente precisa nelle definizioni e negli effetti come l'Artificial Intelligence Act Proposal presenta in fretta il rischio del suo superamento e quindi della sua inutilità, mentre siffatta area dell'evoluzione tecnologica deve essere normata per principi generali: la norma deve essere generale e astratta. Sul punto è possibile far riferimento a imprescindibili contributi letterari come la Prima Legge di Asimov secondo cui "Un robot non può recar danno a un essere umano né può permettere che, a causa del suo mancato intervento, un essere umano riceva danno".

ELENA FALLETTI

³³ Il programma "Universal Credit" è previsto dal Welfare Reform Act 2012 e consiste nel pagamento di una somma di denaro per sostenere i costi della vita di chi è disoccupato o recepisce un reddito basso (H. DEAN, *The Ethical Deficit of the United Kingdom's Proposed Universal Credit: Pimping the Precariat?*, in *The Political Quarterly*, 2012, pp. 353 ss. In giurisprudenza, Secretary of State for Work And Pensions v Johnson & Ors [2020] EWCA Civ 778 (22 June 2020). In senso contrario, Salvato, R (On the Application Of) v The Secretary of State for Work And Pensions [2021] EWCA Civ 1482 (13 October 2021).

³⁴ Rechtbank Deen Haag 05/02/2020, C-09-550982-HA 18-388 (<https://>

rechtspraak.nl). In dottrina, S. BEKKER, *Fundamental rights in digital welfare states: The case of SyRI in the Netherlands*, in *Netherlands Yearbook of International Law* 2019, The Hague, TMC Asser Press, 2021, pp. 289-307; M. VETZO, *The Netherlands-algorithmic fraud detection system violates human rights-the case of SyRI*, in *PUBLIC LAW*, 2021, pp. 650 ss.; S. DEL GATTO, *Potere algoritmico, "digital welfare state" e garanzie per gli amministratori. I nodi ancora da sciogliere*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 6/2020, pp. 329 ss.; G. AVANZINI, *Intelligenza artificiale e nuovi modelli di vigilanza pubblica in Francia e Olanda*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2022, pp. 316 ss.