

Percorsi e strategie di istituzionalizzazione dei poteri nella società digitale

Institutionalization Paths and Strategies of Power in the Digital Society

MONICA RAITERI¹

Sommario

Il saggio esamina i mutamenti che la digitalizzazione implica per le relazioni sociali entro il quadro dell'implementazione delle politiche pubbliche. In particolare, il saggio si interroga sulla possibilità che gli automatismi introdotti, che presuppongono una costruzione procedimentale delle decisioni, incrementi il tasso di "democraticità" delle istituzioni correggendo le asimmetrie di potere che hanno fin qui contrassegnato i processi decisionali delle amministrazioni.

Il saggio si conclude con una comparazione tra i caratteri che la costruzione procedimentale delle decisioni ha assunto nel sistema italiano e nel sistema statunitense, diretta a far emergere le principali differenze tra i processi di istituzionalizzazione della partecipazione al procedimento amministrativo.

Parole chiave: decisioni amministrative, discrezionalità amministrativa, transizione digitale, proceduralizzazione, interpretazione adeguatrice delle norme

Abstract

The essay analyses the transformations that digitalization brings to social relationships within the framework of public policies implementation. Specifically, it explores the likelihood for the implemented operations, which assume a procedural construction of decisions, to enhance the democratic nature of institutions by addressing the power asymmetries that have so far characterized administrative decision-making processes.

The essay concludes with a comparative analysis of the procedural construction of decisions in the Italian and US systems, highlighting the key differences in the institutionalization processes of participation in administrative procedures.

¹ Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Macerata – Sezione di scienze giuridiche, economiche e sociali. monica.raiteri@unimc.it

Keywords: administrative decision-making, administrative discretion, digital transition, proceduralization, expansive interpretation of rules

1. Tratteggiare uno scenario

Dal punto di vista sociologico il concetto di *società digitale* integra un osimoro: significa che si è già compiuta una transizione, ossia che il modello e le dinamiche della società che conoscevamo si sono *già* trasformate. Viceversa, i nostri oggetti di osservazione sono i mutamenti che la digitalizzazione implica per la società, per le relazioni sociali e per gli ambiti di implementazione delle politiche pubbliche (Faraci 2021, Otranto 2018)², oltre che per i metodi consolidati della ricerca sociale. Il concetto di istituzionalizzazione e le analisi dei relativi processi (Pennisi 1998, Raiteri 2004, Pennisi 2024) costituiscono la chiave di lettura che ci consente di affrontare in modo critico alcune narrazioni, tanto più diffuse quanto meno appaiono sostenute da riscontri empirici.

Al di là del fatto che siano processi *in divenire* (Cavallo Perin 2020) e che, per esempio in tema di salute e *welfare*, alcuni nodi non siano ancora stati risolti (Del Gatto 2020), si tratta di processi che non sono osservabili esclusivamente dal punto di vista tecnologico, ma richiedono di essere connessi ad una serie di variabili: le capacità organizzative; la rigidità/flessibilità dei ruoli all'interno delle amministrazioni che costituiscono l'ambito di implementazione delle politiche; i modi in cui all'interno delle amministrazioni i poteri si configurano e riconfigurano, secondo un obiettivo sancito dalla stessa normativa in tema di digitalizzazione della pubblica amministrazione (Ziccardi 2022); infine, il ruolo del diritto e le trasformazioni prodotte negli ambiti individuati.

Inoltre non è possibile dare per scontato che la trasformazione delle *informazioni in dati* (Tresca 2021), a seconda dei punti di vista *presupposta* o *realizzata* dalla società digitale, determini l'incremento del tasso di democraticità delle istituzioni, dei loro processi decisionali e del loro funzionamento, secondo un automatismo causale, né che realizzi compiutamente il "sogno" della cosiddetta *cittadinanza amministrativa* (Fragale 2022) o digitale e della costituzione delle relative "arene". Poiché la diffusione delle tecnologie digitali non trova meccanicamente corrispondenza nell'effettiva accessibilità dei dati prodotti, né attiva (almeno, non in modo automatico) un processo di *pubblicizzazione*, assegnando a quegli stessi dati un carattere pubblico e condiviso che li trasformerebbe in una sorta di beni comuni, si pongono questioni etiche di notevole rilievo.

² Per esempio, nelle politiche del lavoro, perché anche rapporti di lavoro subordinato sono gestiti mediante piattaforme all'interno delle aziende: cfr. Cass. 1663/2020.

2. La proceduralizzazione dei processi decisionali sullo sfondo della transizione digitale

Dopo avere tratteggiato alcune questioni di fondo, a cui sono sottesi il cambiamento dell'agire amministrativo (M. Simoncini 2021) e la spersonalizzazione delle funzioni dei decisori, proviamo a sondare una prima questione: la digitalizzazione può comportare trasformazioni degli apparati concettuali e, soprattutto, delle dinamiche che caratterizzano la società contemporanea?

Per riflettere sul tema occorre innanzitutto stipulare un'accezione condivisa della locuzione «transizione digitale».

Il punto di vista sociologico consente di individuare almeno due significati: *a)* un processo di semplificazione delle pratiche della vita quotidiana, tema non particolarmente innovativo, anche se dagli esiti incerti e controversi; *b)* la proceduralizzazione dei processi decisionali, finalizzata ad espungere le influenze e i possibili *bias* che la discrezionalità del decisore, e quindi il potere che questi esercita, sono in grado di introdurre nell'esito del procedimento (Benvenuti 1952). In tal modo si definisce l'ambito di osservazione di queste dinamiche, anche in rapporto al ruolo delle amministrazioni come infrastrutture del processo di *State building* (e delle relative trasformazioni) che rende osservabili le condizioni dei processi di istituzionalizzazione dei poteri:

In molti campi gli algoritmi promettono di diventare lo strumento attraverso il quale correggere le storture e le imperfezioni che caratterizzano tipicamente i processi cognitivi e le scelte compiute dagli esseri umani, messi in luce soprattutto negli ultimi anni da un'imponente letteratura di economia comportamentale e psicologia cognitiva. In tale contesto, le decisioni prese dall'algoritmo assumono così un'aura di *neutralità, frutto di asettici calcoli razionali basati su dati*³.

Entrambi i significati sopra delineati diventano osservabili, nei loro risvolti empirici, nel rapporto dei cittadini con le amministrazioni, benché la spersonalizzazione delle relazioni sociali come conseguenza di *nuovi* processi per l'indagine sociologica non costituisca un tema nuovo, avendo già indagato le conseguenze sociali dell'introduzione delle *nuove* tecnologie nei processi produttivi all'epoca della rivoluzione industriale.

In questa sede ci concentreremo sull'analisi del secondo significato, valutando l'ipotesi secondo cui nel procedimento di formazione della decisione amministrativa, affidato ad una applicazione informatica che processa serie di dati, le principali criticità nella trasposizione in procedure auto-

³ Consiglio di Stato VI sez. giurisdizionale sentenza n. 8474/2019. Corsivo dell'autrice.

matizzate riguardano l'*agire* amministrativo e la *discrezionalità* dei decisori (Coglianese, Lai 2022).

2.1. Il contributo umano alla decisione automatizzata vs. la strumentalizzazione del dispositivo tecnologico

Come osserva il Consiglio di Stato la pretesa *neutralità, frutto di asettici calcoli razionali basati su dati* associata alle decisioni *tech* è, in realtà, un mito:

l'impiego di tali strumenti comporta in realtà una serie di scelte e di assunzioni tutt'altro che neutre: l'adozione di modelli predittivi e di criteri in base ai quali i dati sono raccolti, selezionati, sistematizzati, ordinati e messi insieme, la loro interpretazione e la conseguente formulazione di giudizi sono tutte operazioni frutto di precise scelte e di valori, consapevoli o inconsapevoli; da ciò ne consegue che tali strumenti sono chiamati ad operare una serie di scelte, le quali dipendono in gran parte dai criteri utilizzati e dai dati di riferimento utilizzati, in merito ai quali è apparso spesso difficile ottenere la necessaria trasparenza⁴.

Il ragionamento presuppone la distinzione tra il prodotto dell'algoritmo – la decisione automatizzata – e l'esercizio del potere a cui la decisione dovrà risultare imputabile, riconducibile ad un organo (quindi ad un soggetto fisico, individuale o collettivo) al quale spetta il compito di verificare la logicità e la legittimità della decisione prodotta dall'algoritmo e dei suoi esiti, assumendosene contestualmente la responsabilità in quanto titolare del potere autoritativo.

Il Consiglio di Stato sottolinea che l'articolo 22 paragrafo 1 del Regolamento europeo 2016/679

riconosce alla persona il diritto di non essere sottoposta a decisioni automatizzate prive di un coinvolgimento umano e che, allo stesso tempo, producano effetti giuridici o incidano in modo analogo sull'individuo. Quindi occorre sempre l'individuazione di un centro di imputazione e di responsabilità che sia in grado di verificare la legittimità e logicità della decisione dettata dall'algoritmo⁵.

Pertanto, nel processo decisionale “deve comunque esistere un *contributo umano* capace di controllare, validare ovvero smentire la decisione automati-

4 Consiglio di Stato, sentenza n. 8474/2019, cit.

5 Consiglio di Stato, sentenza n. 8474/2019, cit.

ca [...] per produrre il suo risultato è necessario che la macchina interagisca con l'essere umano”⁶ (A. Simoncini 2020, Ubertis 2020).

Si tratta di uno scenario che, da un lato, appare confortante, soprattutto se osservato dal punto di vista delle garanzie che costellano l'impianto giuridico occidentale contemporaneo, ma che, dall'altro lato, richiede di interrogarsi sulla ragione per cui la (transizione alla) società digitale è diventata un tema del dibattito pubblico.

Una prima spiegazione risiede nel fatto che, consentendo di incorporare in modo automatico i saperi esperti nei processi decisionali, la digitalizzazione appare funzionale alle dinamiche “classiche” del potere e della sorveglianza e delle nuove forme di sorveglianza che sono state definite “tecnologicamente mediate” (Avanzini 2022). In realtà l'automazione delle decisioni sembra esautorare questi saperi del potere che è stato tradizionalmente gestito dalle categorie professionali attraverso le rispettive culture giuridiche (Rebuffa 1985). In altri termini all'automazione delle decisioni consegue lo smantellamento di quello che Garapon e Lassègue hanno definito “il monopolio della mediazione” (2018): un monopolio che passa anche (ma non solo) attraverso un processo di de-simbolizzazione, su cui rifletteva già Pascal nella seconda metà del Seicento, e il cui effetto ultimo è la perdita di centralità delle garanzie procedurali tradizionalmente associate ai processi decisionali degli operatori del diritto. Il riferimento è a processi – non ancora tecnologizzati – nell'ambito dei quali tali garanzie rappresentavano il cardine ineludibile della legittimazione delle decisioni stesse (Pinotti 2021, Galetta 2020). Pertanto si tratta di indagare i modi in cui tali saperi si riconfigurano – e *se* si riconfigurano – attraverso i processi di istituzionalizzazione oggetto delle nostre analisi.

3. È possibile un trattamento automatizzato della discrezionalità del decisore?

La risposta a questo interrogativo pone un problema di individuazione, attribuzione e gestione del potere decisionale (Resta 2019, Carullo 2021) chiaramente delineato dal Consiglio di Stato: “la regola tecnica che governa ciascun algoritmo resta pur sempre una regola amministrativa generale, costruita dall'uomo e non dalla macchina, per essere poi (solo) applicata da quest'ultima”⁷.

6 Consiglio di Stato, sentenza n. 8474/2019, cit. Corsivo dell'autrice. Ubertis (2020) utilizza l'espressione “contributo umano significativo” e ne precisa i requisiti.

7 Consiglio di Stato VI sez. giurisdizionale sentenza n. 2270/2019. Il caso: nell'ambito della procedura nazionale di mobilità su posti di potenziamento, di sostegno o su posto comune nella scuola secondaria di primo grado attuata con ordinanza ministeriale n. 241/2016 in attuazione dell'art. 1, co. 108 della L. n. 107/2015 il piano assunzionale non è

Il tema dell'esercizio e dell'istituzionalizzazione del potere intercetta principalmente la questione della discrezionalità del decisore, anche alla luce dell'analogia, tratteggiata da Mattalia (2022), fra il funzionamento dell'algoritmo e la celeberrima categoria del silenzio-assenso dell'amministrazione: da un lato non possono esservi "spazi applicativi discrezionali", che non potrebbero evidentemente essere gestiti dall'applicazione; dall'altro lato l'impianto *tech* della decisione è in parte diverso dal funzionamento e dalle modalità applicative di altre regole amministrative. Occorre infatti "prevedere con ragionevolezza una soluzione definita per tutti i casi possibili, anche i più improbabili"⁸. La discrezionalità non può essere demandata allo strumento tecnologico, ma gli operatori dell'amministrazione la esercitano *ex ante* nella fase di elaborazione dell'infrastruttura tecnologica della decisione, trasponendo in algoritmi le modalità di mediazione e composizione di interessi che presiederanno al processo decisionale dell'amministrazione (Bianchini, Lucatuorto 2009). Questo quadro, già sufficientemente complesso, non tiene però conto del fatto che il modello matematico può contenere errori, o *bias*. L'applicazione di un modello a processi decisionali tipici di altri ambienti (per esempio scienze sociali e giurisprudenza) rischia di propagare tali errori, che difficilmente potrebbero essere individuati (Andreatta 2021). Un caso tipico di *bias* è, per esempio, segnalato sia da Numerico (2019) che da Crawford (2021), e riguarda la rappresentazione stereotipata e pregiudiziale di categorie sociali, di genere o etniche dipendente dalla modalità di "addestramento" degli algoritmi, e in particolare dalle basi dati testuali utilizzate per la profilazione delle persone, delle loro preferenze, dell'appartenenza a gruppi, ecc.

Sarà poi il giudice a dover svolgere, per la prima volta sul piano 'umano', valutazioni e accertamenti fatti direttamente in via automatica. A questo riguardo l'algoritmo integra una regola, espressa in un linguaggio differente da quello giuridico, che deve essere altrettanto *conoscibile* nei suoi diversi profili: autori, procedimento utilizzato per l'elaborazione, priorità assegnate nella procedura valutativa, dati selezionati come rilevanti. In altri termini si deve consentire la ricostruzione della regola giuridica sottesa alla decisione finalizzata ad individuare le modalità – automatizzate – che hanno presieduto alla sua elaborazione e a consentire di valutarne la legittimità, ossia di verificare *ex post* il modo in cui il potere è stato concretamente esercitato, in analogia con l'impianto della revisione delle decisioni tradizionalmente operata dai giudici delle impugnazioni (Lorusso 2023, Falletti 2020).

Almeno fino ad oggi sono state pronunciate poche decisioni di questo tenore, tutte inquadrare nel filone del diritto antidiscriminatorio (Vantin

stato corredato da alcuna attività amministrativa ma è stato demandato ad un algoritmo che non ha correttamente funzionato e che ha disposto i trasferimenti senza tener conto delle preferenze espresse, pur in presenza di posti disponibili nelle province indicate.

8 Consiglio di Stato, sentenza n. 2270/2019, cit.

2021, pp. 91 ss.): riguardano aziende private o multinazionali e hanno ad oggetto l'attualizzazione in chiave *tech* della categoria giuridica della condotta antisindacale⁹. Si può intuire che i profili problematici della questione emergeranno interamente non appena i giudici saranno chiamati a correggere le asimmetrie di potere delle decisioni *tech* adottate dalle amministrazioni pubbliche.

La ricostruzione proposta contiene infatti un elemento di ambiguità, individuabile nella discrezionalità attribuita ai decisori al momento della predisposizione dell'infrastruttura tecnologica della decisione. Si tratta di una discrezionalità che appare completamente svincolata dall'interazione e dal confronto con gli attori coinvolti nel procedimento, e in particolare con i futuri destinatari della decisione.

Riprendendo il quesito di fondo su cui ci siamo interrogati è possibile ritenere che la (transizione alla) società digitale sia diventata un tema di discussione e di dibattito pubblico perché può essere interpretata come la “paura” di un ritorno all'antico, ad una sorta di weberiana giustizia di cadì? Le garanzie permeano la cultura giuridica occidentale; ma è anche vero – come ricorda Alessandro Barbero (2015) sulla scorta di un rilievo di Francesco Guicciardini – che l'assenza di garanzie processuali e procedurali può presentare dei vantaggi.

Secondo Garapon e Lassègue non sembrerebbe questo il quadro che si sta delineando. Viceversa, in filigrana si può leggere un'apertura all'istituzionalizzazione di una asimmetria di potere tra decisore e destinatario della decisione che però entra in conflitto con uno dei principi-cardine del nostro ordinamento giuridico, l'art. 24 Cost., che prevede per qualsiasi tipo di decisione – e quindi anche per la decisione *tech* – il diritto ad ottenerne la revisione (Kaminski, Urban 2021; Bayamlioglu 2022).

Pur senza richiamare l'art. 24 Cost. una questione analoga è stata per esempio affrontata dal Garante per la protezione dei dati personali nelle ordinanze ingiunzioni emesse nei confronti di *Foodinbo s.r.l.* (10 giugno 2021) e di *Deliveroo Italy s.r.l.* (22 luglio 2021). A seguito delle problematiche emerse nel funzionamento degli algoritmi il Garante ingiunge alle società di conformare i rispettivi Regolamenti con riferimento alla “individuazione di misure appropriate per tutelare i diritti, le libertà e i legittimi interessi dell'interessato, almeno il diritto di ottenere l'intervento umano da parte del titolare del trattamento, di *esprimere la propria opinione* e di *contestare la decisione*, in relazione ai trattamenti automatizzati, compresa la profilazione, effettuati mediante la piattaforma”¹⁰.

Evidentemente l'art. 24 Cost. non avrebbe potuto preconizzare la revisione “umana” di una decisione automatizzata, ma il principio garantistico ri-

9 Tribunale Palermo Sezione Lavoro 31/3/2023 e 20/06/2023.

10 Corsivo dell'autrice.

chiede di essere adattato alle nuove tecnologie (Carinci, Giudici, Perri 2023; A. Simoncini 2023) perché, come sosteneva già Roscoe Pound, il diritto deve essere *stabile*, ma non *immobile*.

A questo proposito si fronteggiano due posizioni apparentemente inconciliabili: i protagonisti di questo “conflitto”, sia pure indiretto e a distanza, sono il Consiglio di Stato e la Corte costituzionale, i due attori centrali nel processo di istituzionalizzazione dei poteri.

In una delle decisioni già richiamate il Consiglio di Stato osserva:

Non può...ritenersi applicabile in modo indiscriminato...all'attività amministrativa algoritmica, tutta la legge sul procedimento amministrativo, *concepita in un'epoca nella quale l'amministrazione non era investita dalla rivoluzione tecnologica*, né sono condivisibili richiami letterari, pur noti ed apprezzabili, a scenari orwelliani [...]. Il tema dei pericoli connessi allo strumento non è ovviato dalla rigida e meccanica applicazione di tutte le minute regole procedurali della legge n. 241 del 1990 [...] dovendosi invece ritenere che la fondamentale esigenza di tutela posta dall'utilizzazione dello strumento informatico c.d. algoritmico sia la trasparenza nei termini...ricongiungibili al principio di motivazione e/o giustificazione della decisione¹¹.

In sintesi, i giudici amministrativi prefigurano una sostanziale incapacità di adattamento dei segmenti procedurali della legge sul procedimento alle innovazioni *tech* introdotte mediante gli strumenti algoritmici.

Viceversa, nella decisione n. 170/2023 la Corte costituzionale sostiene una interpretazione adeguatrice del diritto alle innovazioni tecnologiche, intesa come lo strumento che consente di adattare i principi costituzionali e le norme giuridiche ai mutamenti intervenuti. Il caso sottoposto alla Corte riguarda una questione all'apparenza più semplice dell'uso degli algoritmi: la tutela della segretezza e l'inviolabilità della corrispondenza, diritto enunciato nell'art. 15 Cost. La Corte si chiede se, in ossequio alla logica del Consiglio di Stato, questo diritto di libertà abbia ad oggetto soltanto la corrispondenza cartacea e telegrafica, ossia le due forme di corrispondenza esistenti al momento dell'entrata in vigore del documento costituzionale; o, se, invece, possa essere utilmente applicato anche alla corrispondenza informatica e telematica, ossia ad “ogni forma di comunicazione divenuta praticabile *a seguito dell'evoluzione tecnologica*”¹²: “[L]a Costituzione non poteva occuparsi della corrispondenza informatica e telematica solo per ragioni di carattere storico, e non certo di differenziazione di disciplina”. Per questa ragione, una prospettiva interpretativa che intendesse “circoscrivere la garanzia... alla sola corrispondenza cartacea... non solo non risulterebbe suffragata da alcun argomento letterale, logico-sistematico o teleologico, ma avrebbe esiti del

11 Consiglio di Stato, sentenza n. 8474/2019, cit.

12 Corsivo dell'autrice.

tutto irrazionali”: a maggior ragione “[N]ell’attuale momento storico, che vede lo strumento postale novecentesco del tutto recessivo”. Si tratta, insomma, di includere nella tutela costituzionale tutte le “versioni contemporanee” della corrispondenza epistolare e telegrafica, “in un momento storico nel quale la corrispondenza cartacea, trasmessa tramite il servizio postale e telegrafico, è ormai relegata, nel complesso, a un ruolo di secondo piano” e in cui la “busta chiusa” è sostituita da procedure che prevedono codici personali di accesso, credenziali, o altri meccanismi di identificazione:

[q]uesta Corte ha ripetutamente affermato che la tutela accordata dall’art. 15 Cost. – che assicura a tutti i consociati la libertà e la segretezza «della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione», consentendone la limitazione «soltanto per atto motivato dell’autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge» – prescinde dalle caratteristiche del mezzo tecnico utilizzato ai fini della trasmissione del pensiero, «aprendo così il testo costituzionale alla possibile emersione di nuovi mezzi e forme della comunicazione riservata» (sentenza n. 2 del 2023). La garanzia si estende, quindi, ad ogni strumento che l’evoluzione tecnologica mette a disposizione a fini comunicativi, compresi quelli elettronici e informatici, ignoti al momento del varo della Carta costituzionale.

La posizione “conservatrice” del Consiglio di Stato, che non intravede possibilità di adeguamento delle norme alle innovazioni *tech* sopravvenute dal momento della produzione delle norme stesse, e quella “innovatrice” della Corte costituzionale, che invece considera le norme – in particolare se di rango costituzionale – come testi sempre suscettibili di una interpretazione tale da consentirne un costante adeguamento, non mostrano punti di contatto. Questo è il nodo che presenta le maggiori criticità e che richiede di essere sciolto rapidamente perché il prevalere di una posizione rispetto all’altra rischia di istituzionalizzare il potere dell’organo che l’ha espressa riguardo al tema del rapporto tra le innovazioni tecnologiche e il diritto, inteso come capacità di adattamento delle norme ai mutamenti intervenuti, di cui le decisioni *tech* elaborate mediante algoritmi rappresentano solo una specie.

4. Ruolo e responsabilità del diritto: alcuni quesiti per orientare una riflessione

Per indagare le modalità che hanno condotto a questa *empasse* occorre riflettere sul ruolo del diritto nella costruzione dello scenario fin qui tratteggiato e sulle possibili trasformazioni indotte dalla mobilità della cosiddetta “frontiera” della tecnologia. Tale riflessione può essere articolata in almeno cinque questioni, beninteso suscettibili di ulteriori specificazioni.

La prima questione riguarda la proceduralizzazione del diritto (Lenoble 2002-2003, Loy 2015, Santoro 2014, Somma 2005), che si è sostanzialmente affermata come funzione di controllo reciproco della discrezionalità degli attori coinvolti nei processi decisionali, e quindi come forma di garanzia nei confronti dei destinatari delle decisioni, per lo più amministrative, ma non solo (cfr. *infra*, punto *d*). Come è noto, si tratta di un tema che impegna la sociologia del diritto e i suoi antesignani, in particolare il realismo giuridico americano, da lungo tempo: già Llewellyn tratteggiava le principali differenze tra le decisioni giuridiche, individuando il diritto principalmente nell'azione amministrativa *in action*, osservata nel contesto della macchina organizzativa delle amministrazioni, e nelle sue intersezioni con l'azione dei giudici:

In primo luogo, concentrarsi sulla contiguità tra il comportamento giudiziario e il comportamento dei “governati” significa sottolinearne le interazioni. In secondo luogo, per quanto l'azione dei giudici sia centrale nelle controversie, esiste un vasto corpo di funzionari le cui azioni non sono di minore importanza; anzi, da un punto di vista quantitativo le loro azioni assumono una rilevanza certamente maggiore, anche se il giudice, per la sua posizione, può essere dotato di uno specifico potere [...]. Le azioni di questi funzionari hanno una maggiore capacità di influenzare le persone non esperte rispetto a quelle dei giudici; e lo fanno in modo via via crescente, man mano che la macchina amministrativa amplia le sue funzioni e si rafforza. Il più delle volte, l'azione amministrativa è, per i non esperti, l'espressione definitiva del diritto sul caso in questione. In questa situazione penso che sia molto utile considerarla come il diritto del caso (Llewellyn 1930)¹³.

La proceduralizzazione del diritto è propedeutica alla segmentazione dei processi decisionali, tipica delle programmazioni condizionali che si sono sostituite al modello della sussunzione. Occorre allora chiedersi in quale misura la proceduralizzazione *favorisc* appaia *funzionale* ai risultati *compatibile con*, modalità decisionali *tech* che si risolvono in una standardizzazione dei procedimenti tesa a realizzare “l'interoperabilità e la cooperazione applicativa del Sistema Pubblico di Connettività (SPC), che lo stesso Codice dell'Amministrazione Digitale, come riformato dal d.lgs. n. 179/2016, prevede all'art. 1, lett. dd) ed ee)” nel quadro di una conciliazione dei tempi, dei modi e, in definitiva, della “realtà” dell'agire amministrativo con l'interfaccia informatica dei processi decisionali denominata *e-government*: termine che indica “*l'uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione nelle pubbliche amministrazioni, coniugato a modifiche organizzative ed all'acquisizione*

13 Traduzione dell'autrice.

*di nuove competenze al fine di migliorare i servizi pubblici ed i processi democratici e di rafforzare il sostegno alle politiche pubbliche*¹⁴.

La seconda questione ci interroga sulla possibilità che la proceduralizzazione del diritto incida sull'asimmetria di potere prima descritta e sulle progressive modificazioni di questo disequilibrio, ed eventualmente con quali modalità.

La terza questione riguarda le (eventuali) conseguenze della proceduralizzazione del diritto sulla produzione, e soprattutto sull'implementazione, delle politiche.

La quarta questione riguarda le modalità con cui la transizione digitale può favorire in modo innovativo l'accesso alla giustizia (Morrison 2020; Bello 2023): un tema da considerare ormai un classico della sociologia giuridica, per avere anche in questo caso impegnato gli antesignani della disciplina almeno a partire dalla metà degli anni Settanta del Novecento (Maretti, Gallizia 1977).

L'ultima questione riguarda le modalità con cui la transizione digitale può favorire un processo di democratizzazione del diritto: un tema che si connette strettamente a quello del monopolio della mediazione (Gallino 2007).

Le questioni elencate non sono esaustive, ma intendono improntare un dibattito teso ad incanalare le riflessioni delle studiose e degli studiosi su temi trasversali alla nostra disciplina, anche nella prospettiva di una comparazione tra i diversi caratteri che la costruzione procedimentale delle decisioni ha assunto nel sistema italiano e in altri sistemi giuridici (Suksi 2021).

4.1. Tempi e tecniche dei processi di istituzionalizzazione della partecipazione al procedimento

Negli Stati Uniti al diritto amministrativo non è mai stata assegnata la collocazione privilegiata tipica dei sistemi giuridici dell'Europa continentale: né nell'ambito del processo di *State building*, né entro il sistema giurisdizionale. A differenza del contesto europeo continentale, tradizionalmente connotato da una netta separazione tra giustizia ordinaria e giustizia amministrativa, la Corte Suprema accentra infatti le due "anime" della giurisdizione e le *administrative agencies* assumono il ruolo di organi indipendenti, non potendo quindi essere assimilate alle nostre amministrazioni. Nonostante queste (principali) differenze strutturali la questione dell'asimmetria di potere nei processi decisionali è emersa anche nel contesto statunitense, ed è stata sottoposta all'attenzione della Corte Suprema già negli anni Settanta del Novecento. Da allora "la possibilità di raccontare la propria versione

14 Comunicazione della Commissione Europea del 26 settembre 2003 «*Il ruolo dell'e-governement per il futuro dell'Europa*». Corsivi dell'autrice.

della storia” (Kirp 1976) nell’ambito di procedimenti il cui esito avrebbe influenzato la situazione giuridica dei destinatari, ovvero la loro partecipazione al procedimento, è stata istituzionalizzata attraverso la *due process clause* e quindi “costruita” come garanzia costituzionale. Un esempio è il caso *Goss v. Lopez*, deciso dalla Corte Suprema nel 1975: un procedimento disciplinare dell’amministrazione scolastica, conclusosi con un provvedimento di sospensione di alcuni studenti, non aveva previsto un’*udienza* per consentirne la partecipazione, in modo da dare loro la possibilità di raccontare la loro versione dei fatti (Morano 2003, Medd 2019, Wright 2021, Kiristi 2022). Per inciso va osservato che noi non utilizzeremmo il termine *udienza*, ma quello di *audizione*, riproducendo la stessa differenza che separa *hearing* e *listening* (McWey 2021): una differenza lessicale significativa, ed esplicativa di un atteggiamento nei confronti dell’amministrazione caratterizzato da una configurazione dei poteri del tutto coerente con un retroterra storico-culturale che, in definitiva, tollera rapporti asimmetrici di potere tra cittadino e amministrazione come caratterizzanti una realtà a cui il principio del *procedural due process* è di fatto estraneo.

A distanza di molti anni il caso *Mahanoy Area School District v. B.L.*, deciso dalla Corte Suprema nel 2021 su un analogo procedimento disciplinare in ambito scolastico, ha riproposto un impianto argomentativo del tutto analogo (Abby 2023).

Il sistema giuridico italiano evidenzia una significativa discrepanza riguardo al livello di istituzionalizzazione della partecipazione al procedimento amministrativo, come mostrano due casi, trattati nel 2023 da TAR Lombardia-Sezione di Milano e nel 2024 da TAR Campania, tra i finora pochissimi che nella giurisprudenza amministrativa italiana utilizzano la mancata partecipazione del destinatario della decisione al procedimento come motivo di ricorso *autonomo*. Si tratta anche qui di procedimenti disciplinari in ambito scolastico conclusi con la sospensione degli studenti. La sentenza del TAR Lombardia annulla il provvedimento di sospensione “*atteso che non è stata garantita la partecipazione della parte al procedimento amministrativo sanzionatorio*”⁵, ma non motiva ulteriormente, trattando la questione della partecipazione al procedimento alla stregua di un (in)adempimento processuale: in particolare, *non* inquadra la mancata partecipazione (dello studente, dei genitori, di eventuali professionisti che lo seguono... nel contraddittorio con l’organismo disciplinare) tra le garanzie costituzionali.

Più strutturata dal punto di vista della motivazione è invece la sentenza del TAR Campania, che, da un lato, richiama la necessità dell’azione amministrativa di conformarsi al principio del contraddittorio – “specie se incidente su situazioni soggettive fondamentali come quelle su cui impatta un provvedimento scolastico sanzionatorio” – e, dall’altro lato, pone la

15 Corsivo dell’autrice.

questione delle “garanzie partecipative”, il cui *vulnus* non può essere sanato dal “dialogo con la famiglia e con lo stesso studente, risalente ad un periodo precedente dell’anno scolastico”. La partecipazione diretta dell’interessato avrebbe consentito “un’interlocuzione rilevante ai fini dell’art. 4 del d.P.R. 249/1990 e della possibilità per lo studente di convertire la misura dell’allontanamento (che ne impediva la partecipazione alla gita scolastica di fine anno) in attività da svolgere in favore della comunità scolastica”¹⁶.

La differenza sostanziale tra le due decisioni risiede nel fatto che in Italia l’esigenza di garantire la partecipazione dei futuri destinatari ai procedimenti decisionali automatizzati sta lentamente iniziando ad emergere, come testimoniano le già richiamate ordinanze-ingiunzioni del Garante per la protezione dei dati personali. Viceversa, la dottrina statunitense sta cercando di riorientare il dibattito sul *procedural due process* in direzione di una preservazione del principio attraverso la ricerca delle modalità di implementazione delle procedure decisionali automatizzate (Citron, Pasquale 2014; Chambers Goodman 2022, Kamber 2022, Subham 2022). Il rischio è che il quadro italiano, contrassegnato dalle discordanti posizioni del Consiglio di Stato e della Corte costituzionale sul punto dell’influenza delle innovazioni tecnologiche sul mutamento normativo, sia destinato a complicarsi ulteriormente se, e quando, i giudici ordinari inizieranno a intervenire sulle *pretese* indotte dalle decisioni algoritmiche delle amministrazioni pubbliche.

5. Osservazioni conclusive

Questo lavoro è nato con l’intento di avviare una discussione diretta ad intercettare gli interessi di ricerca delle nuove generazioni di studiose e studiosi.

Per tirare provvisoriamente le fila delle considerazioni fin qui svolte concentrerò quindi i diversi piani di analisi affrontati in due quesiti ad ampio raggio. Il primo: abbiamo reso la proceduralizzazione del diritto empiricamente osservabile attraverso i procedimenti amministrativi e le modalità di scomposizione di questi ultimi (Pennisi *et al.* 2001); ma, al contempo, abbiamo acriticamente inteso, dandola per scontata, la proceduralizzazione come una (ulteriore) forma di garanzia nei confronti dei destinatari delle decisioni. Adesso è il caso di chiedersi se, in realtà, la proceduralizzazione non abbia inciso *negativamente* sull’asimmetria di potere tra cittadini e amministrazioni, ampliandola in favore di queste ultime, anziché riequilibrandola, com’era nelle intenzioni iniziali e nella visione degli studiosi che se ne sono occupati, in conseguenza di un nuovo accentramento dei processi decisiona-

16 TAR Campania Sez. IV, sentenza n. 3601 del 05/6/2024.

li delle amministrazioni, che le decisioni *tech* inevitabilmente comportano e amplificano.

Il secondo quesito: la proceduralizzazione prima, e la digitalizzazione poi (come è stato osservato), hanno inevitabilmente comportato il venir meno di possibilità interpretative che prima erano nella disponibilità dei decisori e, conseguentemente, una compromissione della loro discrezionalità, amministrativa e, almeno in parte, anche tecnica. Vale quindi la pena chiedersi se tale limitazione – che inevitabilmente si riflette sulla capacità di adattamento delle decisioni agli oggetti dei procedimenti e agli interessi dei destinatari – abbia sollecitato una trasformazione nelle modalità di formulazione delle pretese e nell'individuazione di nuovi piani istituzionali alla ricerca delle loro tutele. In sintesi, le pretese, inizialmente rigettate in sede amministrativa, divengono successivamente oggetto di elaborazione di “nuovi” diritti da parte delle Corti (Groppi 2023). Si spiegherebbe in questo modo l'insolita proliferazione di diritti “all'autodeterminazione” ricavati per via interpretativa dai principi costituzionali che caratterizza la giurisprudenza contemporanea, anche se per convalidare l'ipotesi sarà necessario il supporto di una imponente ricerca empirica: un importante contributo che affidiamo alle nuove leve di studiosi e studiosi della disciplina.

Bibliografia

- Abby, E., (2023), How SCOTUS's Recent Decision on the Cheerleader Case Impacts Public School Students' Due Process Rights for Their off-Campus Conduct, *St. Mary's Law Journal*, 54, 1, pp. 233-263.
- Andreatta, M., (2021), *Archimede, l'arte della misura*, Bologna, Il Mulino.
- Avanzini G., (2019), *Decisioni amministrative e algoritmi informatici. Predeterminazione analisi predittiva e nuove forme di intelligibilità*, Napoli, Editoriale Scientifica.
- Bayamlioglu, E., (2022), The Right to Contest Automated Decisions under the General Data Protection Regulation: Beyond the So-Called “Right to Explanation”, *Regulation & Governance*, 16, 4, pp. 1058-1078.
- Barbero, A., (2015), *Il divano di Istanbul*, Palermo, Sellerio.
- Bello, B.G., (2023), *(In)Giustizie digitali. Un itinerario su tecnologie e diritti*, Pisa, Pacini Editore.
- Benvenuti, F., (1952), Funzione amministrativa, procedimento e processo, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1; ora in *Diritto & Conti*, n. 1/2021, pp. 244-258.
- Bianchini, S., Lucatuorto P.L.M., (2009), Discrezionalità e temperamento degli interessi nei processi decisionali dall'amministrazione digitale, *Cyberspazio e diritto*, 1, pp. 41-58.

- Carinci, M.T., Giudici, S., Perri, P., (2023), Obblighi di informazione e sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati (art. 1-bis “Decreto Trasparenza”): quali forme di controllo per i poteri datoriali algoritmici?, *Il lavoro nel diritto*, 1, pp. 7-40.
- Carullo, G., (2021), Decisione amministrativa e intelligenza artificiale, *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 3, pp. 431-461.
- Cavallo Perin, R., (2020), Ragionando come se la digitalizzazione fosse data, *Diritto Amministrativo*, 2, pp. 305-328.
- Chambers Goodman, C., (2022), AI, Can You Hear Me? Promoting Procedural Due Process in Government Use of Artificial Intelligence Technologies, *Richmond Journal of Law & Technology*, 28, 4, pp. 700-744.
- Citron, D.K., Pasquale, F., (2014), The Scored Society: Due Process for Automated Predictions, *Washington Law Review*, 89, 1, pp. 1-34.
- Coglianesi, C., Lai, A., (2022), Algorithm vs. Algorithm. Automating the Administrative State, *Duke Law Journal*, 71, 6, pp. 1281-1340.
- Crawford, K., (2021), *Né intelligente né artificiale. Il lato oscuro dell'IA*, Bologna, Il Mulino.
- Del Gatto, S., (2020), Potere algoritmico, *Digital Welfare State e garanzie per gli amministrati. I nodi ancora da sciogliere*, *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 6, pp. 829-855.
- Falletti, E., (2020), Decisioni automatizzate e diritto alla spiegazione: alcune riflessioni comparatistiche, *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 36, 2, pp. 169-206.
- Faraci, S., (2021), Pubblica Amministrazione 2.0: i nuovi processi di digitalizzazione, *Diritto.it*, <https://www.diritto.it/pubblica-amministrazione-2-0-i-nuovi-processi-di-digitalizzazione/>.
- Fragale, E.N., (2022), La cittadinanza amministrativa al tempo della digitalizzazione, *Diritto Amministrativo*, 2, pp. 471-512.
- Galetta, D.U., (2020), Algoritmi, procedimento amministrativo e garanzie: brevi riflessioni, anche alla luce degli ultimi arresti giurisprudenziali in materia, in AA.VV., *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, Napoli, Editoriale Scientifica, vol. 3, pp. 2205-2220.
- Gallino, L., (2007), *Tecnologia e democrazia. Conoscenze tecniche e scientifiche come beni pubblici*, Torino, Einaudi.
- Garapon, A., Lassègue, J., (2021), *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, Bologna, Il Mulino.
- Groppi, T., (2023), Giurisdizioni costituzionali e opinione pubblica nella rivoluzione digitale. Dalla comunicazione delle decisioni alla promozione della cultura costituzionale, *Quaderni costituzionali*, 43, 1, pp. 73-100.
- Kamber, K., (2022), The Right to a Fair Online Hearing, *Human Rights Law Review*, 22, 2, ngac006.
- Kaminski, M.E., Urban, J.M., (2021), The Right to Contest AI, *Columbia Law Review*, 121, 7, pp. 1957-2048.

- Kiristi, P., (2022), A Higher Education Due Process Primer: Resolving Procedural Due Process Inconsistencies in Favor of Greater Procedural Protections, *Journal of College and University Law*, 47, 1, pp. 141-178.
- Kirp, D.L. (1976), Proceduralism and Bureaucracy: Due Process in the School Setting, *Stanford Law Review*, 28, 5, pp. 841-876.
- Lenoble, J., (2002-2003), L'efficiencia de la gobernanza par le droit. Pour une proceduralisation contextuelle du droit, *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke*, 33, pp. 13-68.
- Llewellyn, K., (1930), A Realistic Jurisprudence-The Next Step, *Columbia Law Review*, 30, 4, pp. 431-465.
- Lorusso, A., (2023), Algoritmo, provvedimento amministrativo e autotutela, *MediaLaws*, pp. 326-341.
- Loy, G., (2015), Diritto del lavoro e nozioni a contenuto variabile, *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 145, 1, pp. 3-44.
- Maretti, E., Gallizia, A., (1977), Un algoritmo di valutazione per insiemi di proposizioni inanalizzate, *Informatica e Diritto*, 2, pp. 281-336; ora in http://www.ittig.cnr.it/EditoriaServizi/AttivitaEditoriale/InformaticaEDiritto/1977_02_281-336_Maretti.pdf.
- Mattalia, M., (2022), Dall'amministrare con il silenzio all'amministrare con gli algoritmi, *Diritto Amministrativo*, 3, pp. 831-865.
- McWey, E., (2021), From "Hearing" to Listening: Access to Justice and Indirect Displacement, *Georgetown Law Journal*, 110, 1, pp. 151-203.
- Medd, T.C., (2019), Due Process Roulette: Why Public University Students Are Not Guaranteed Procedural Due Process When Facing Suspension or Dismissal, *Creighton Law Review*, 52, 3, pp. 375-399.
- Morano, J.R., (2003), Procedural Basics of Special Education Hearings, *New Jersey Lawyer*, 3, pp. 11-16.
- Morrison, A., (2020), Artificial Intelligence in the Courtroom: Increasing or Decreasing Access to Justice?, *International Journal of Online Dispute Resolution*, 7, 1, pp. 76-93.
- Numerico, T., (2019), *Social Network* e algoritmi di *machine learning*: problemi cognitivi e propagazione di pregiudizi, *Sistemi intelligenti*, 31, 3, pp. 469-493.
- Otranto, P., (2018), Decisione amministrativa e digitalizzazione della p.a., *Federalismi.it*.
- Pennisi, C., (1998), *Istituzioni e cultura giuridica. I procedimenti come strutture di comunicazione*, Torino, Giappichelli.
- Pennisi, C., Agodi, M.C., Consoli, M.T., Scudieri, M., (2001), *Il diritto delle burocrazie. Il welfare di cui non si parla*, Milano, Giuffrè.
- Pennisi, C. (2024), *Il diritto come rappresentazione del sistema giuridico. Spunti di sociologia del diritto*, Sant'Arcangelo di Romagna, Maggioli Editore.

- Pinotti, G., (2021), Amministrazione digitale algoritmica e garanzie procedurali, *Labour & Law Issues*, 7, 1, pp. 1-77.
- Raiteri, M., (2004), *Diritto, regolazione, controllo*, Giuffrè, Milano.
- Rebuffa, G., (1985), Trasformazioni delle funzioni dell'amministrazione e cultura dei giuristi, *ISAP-Archivio*, II, pp. 1101-1170.
- Resta, G., (2019), Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza, *Politica del diritto*, 50, 2, pp. 199-236.
- Silvano, C., (2022), Prospettive di regolazione della decisione amministrativa algoritmica: un'analisi comparata, *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2-3, pp. 255-292.
- Santoro, E., (2014), «Una beffa alla sua miseria»: precondizioni dell'effettività del diritto ad avere diritti, *Ragion pratica*, 2, pp. 435-454.
- Simoncini, A., (2020), Amministrazione digitale algoritmica. Il quadro costituzionale, in Cavallo Perin, R., Galletta, D.U., a cura di, *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Torino, Giappichelli, pp. 1-42.
- Simoncini, A., (2023), Il linguaggio dell'intelligenza artificiale e la tutela costituzionale dei diritti, *Rivista AIC – Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2, pp. 1-39.
- Simoncini, M., (2021), Lo «Stato digitale», l'agire provvedimentoale dell'amministrazione e le sfide dell'innovazione tecnologica, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2, pp. 529-543.
- Somma, A., (2005), Tanto per cambiare...Mutazione del diritto e mondializzazione nella riflessione comparatistica, *Politica del diritto*, 36, 1, pp. 105-134.
- Subham, C., (2022), Virtual Hearing Platform: The Use of Technology to Ensure Access to Justice, *International Journal of Law Management & Humanities*, 5, 5, pp. 503-513.
- Suksi, M., (2021), Administrative Due Process When Using Automated Decision-Making in Public Administration: Some Notes from a Finnish Perspective, *Artificial Intelligence and Law*, 29, 1, pp. 87-110.
- Tresca, M., (2021), Lo «Stato digitale». *Big data, Open data* e algoritmi: i dati al servizio della Pubblica Amministrazione, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2, pp. 545-557.
- Ubertis, G., (2020), Intelligenza artificiale, giustizia penale, controllo umano significativo, *Diritto penale contemporaneo*, 4, pp. 75-88.
- Vantin, S., (2021), *Il diritto antidiscriminatorio nell'era digitale. Potenzialità e rischi per le persone, la Pubblica Amministrazione, le imprese*, Padova, Wolters Kluwer – CEDAM.
- Wright, R.G., (2021), Due Process on Campus: Where Do Procedural Rights Come from, and What Do They Require?, *Nevada Law Journal* 22, 1, pp. 281-302.

Ziccardi., G., (2022), *Diritti digitali. Informatica giuridica per le nuove professioni*, Milano, Raffaello Cortina Editore.

Decisioni della Corte costituzionale

Corte costituzionale sentenza n. 170/2023 (richiama Corte Cost. n.1030/1988; n. 81/1993 e n. 20/2017)

Decisioni dei giudici amministrativi

Consiglio di Stato Sez. VI giurisdizionale sentenza 2270 del 8/4/2019

Consiglio di Stato Sez. VI giurisdizionale sentenza 8474 del 13/12/2019

Tribunale Amministrativo Regionale della Campania Sez. IV, sentenza n.3601 del 05/6/2024

Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia Sez. III, sentenza n.458 del 20/4/2023

Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio Sez. I *bis*, sentenza n.15275 del 5/7/2023

Tribunale Amministrativo Regionale della Campania – Napoli Sez. III, sentenza n.7003 del 14/11/2022

Pareri del Garante per la protezione dei dati personali

Ordinanza ingiunzione nei confronti di Foodinho s.r.l. - 10 giugno 2021 [9675440]

Ordinanza ingiunzione nei confronti di Deliveroo Italy s.r.l. - 22 luglio 2021 [9685994]

Sentenze della Corte Suprema degli Stati Uniti

Goss v. Lopez: 419 U.S. 565 (1975)

Mahanoy Area School District v. B.L.: 594 U.S. (2021)