

DOSSIER

I processi di digitalizzazione
tra regolazione e istituzionalizzazione:
proiezioni sulle decisioni pubbliche

Digitalization Between Regulation
and Institutionalization:
Impact on Public Decision-Making

a cura del Consiglio scientifico della Sezione AIS
di Sociologia del diritto e della devianza

edited by the Scientific Council of the AIS Section
of Sociology of Law and Deviance

Introduzione

Introduction

CONSIGLIO SCIENTIFICO DELLA SEZIONE AIS
DI SOCIOLOGIA DEL DIRITTO E DELLA DEVIANZA¹

Il *dossier* ha l'ambizione di condividere lo stato degli studi e delle riflessioni sui processi di istituzionalizzazione giuridica della normatività e della performatività intrinseche alla diffusione delle tecnologie digitali. In quest'ambito si interroga sulle capacità del potere politico di fronteggiare i poteri sociali che emergono dal possesso e dal controllo di tali risorse, che per il momento sono ancora circoscritte ad ambiti privati, sebbene stiano investendo anche le pubbliche amministrazioni. Il tema è stato affrontato nel corso della tavola rotonda su "Le istituzionalizzazioni dei poteri nella società digitale" organizzata dalle Sezioni di *Sociologia del diritto* e di *Sociologia politica* nell'ambito del Congresso annuale della Associazione italiana di Sociologia su "I dilemmi della società digitale", svoltosi presso l'Università di Milano Bicocca dal 13 al 15 dicembre 2023. L'incontro è stato animato da quattro relazioni presentate dalle prof.sse Maria Mirabelli (Università della Calabria) e Monica Raiteri (Università di Macerata) e i proff.ri Sergio Marotta (Università Suor Orsola Benincasa Napoli) e Giovanni Moro (Università di Roma La Sapienza). Hanno coordinato i lavori i responsabili dei Consigli scientifici delle due Sezioni, i proff.ri Lorenzo Viviani (Università di Pisa) e Carlo Pennisi (Università di Catania).

I contributi qui presentati costituiscono la revisione delle relazioni presentate da Monica Raiteri e Sergio Marotta, in rappresentanza della Sezione di *Sociologia del diritto*, e degli interventi programmati presentati dai e dalle *discussants*. L'obiettivo comune dei lavori è stato quello di inscrivere il problema generale su cui verteva il convegno nel percorso che la comunità di sociologi che fa riferimento alla Sezione sta compiendo da qualche anno. Questo percorso mira a sintonizzare la disciplina con i profondi cambiamenti sociali e culturali che hanno investito, per un verso, il sistema giuridico e, per un altro, l'Università, gli Atenei, e le condizioni in cui si realizza l'attività didattica e di ricerca della disciplina.

1 diritto@ais-sociologia.it

Da questa prospettiva la riflessione condotta da Monica Raiteri si propone di inquadrare alcune questioni che la digitalizzazione pone nei confronti dei processi di proceduralizzazione delle decisioni pubbliche e dell'esercizio della discrezionalità amministrativa. Per un verso, infatti, invita a riconsiderare i termini con cui tradizionalmente la disciplina si è occupata di procedimentalizzazione e di discrezionalità amministrativa, per esempio approfondendo i cambiamenti che si stanno realizzando tra l'amministrare e la giurisdizione. Per un altro verso, le soluzioni sin qui percorse dal Consiglio di Stato e dalla Corte Costituzionale, indicano sia la possibile insorgenza di conflitti tra poteri, in relazione al governo della regolazione delle questioni sollevate dal contenzioso sugli usi della digitalizzazione, sia la necessità di approfondire la specificità della differenza tra le scelte compiute dalle soluzioni algoritmiche e quelle che, imputabili ad autorità "fisiche", possono essere validamente riconosciute come decisioni.

Del resto, come mostra la relazione di Sergio Marotta, per la sociologia del diritto la rilevanza dei fenomeni connessi alla digitalizzazione non può essere precisata se non attraverso una opportuna loro collocazione entro i processi che, nel sistema giuridico, hanno condotto alla prevalenza di logiche e di criteri di decisione fortemente privatistici. Processi che hanno permesso alla politica la subordinazione di interessi collettivi – come quelli relativi ai servizi pubblici locali – a criteri di mera efficienza economica, la cui effettività risulta peraltro ancora da dimostrare. Le dimensioni di potere implicate dal governo e dalla regolazione dei processi di digitalizzazione – "transizione" verso cosa? – assumono, sotto questo aspetto, una rilevanza capillare nella vita collettiva. Le scelte compiute sui servizi idrici, investendo relazioni essenziali della vita quotidiana, proprio quelle dalle quali le tecnologie digitali stanno estraendo le proprie risorse attraverso i vari tipi di piattaforme, indicano la sostanziale impossibilità di isolare il problema della regolazione della digitalizzazione dal modo in cui, nel sistema sociale, l'uso di talune risorse viene culturalmente e normativamente qualificato per resistere a, o assecondare la, delega della loro gestione al mercato.

È con riferimento a questa capillarità e all'attuale pervasività del digitale nelle relazioni sociali, apparentemente non governata, che l'attenzione ai problemi posti dalla sua regolazione trova utilissimi strumenti nella tradizione della disciplina che si è occupata dei processi di istituzionalizzazione. Come mostra Mariavittoria Catanzariti, le alternative regolative che, in questo momento, gli ordinamenti nazionali e l'Unione Europea fronteggiano provengono e danno luogo a processi di istituzionalizzazione che travalicano la dimensione regolativa e giuridica e che, quando si traducono in strumenti regolatori, non raggiungono, né necessariamente esauriscono, la capacità istituzionale, pur incidendo in modo significativo sulla dinamica locale/globale.

Se inquadrato dalla prospettiva dei processi di istituzionalizzazione, il piano di questioni relative alla digitalizzazione trattato nei contributi qui pubblicati eccede quello della regolazione giuridica, anche quando è direttamente riferito ad un ambito tradizionalmente specifico del sistema giuridico, come quello dell'archiviazione delle decisioni giudiziarie e degli usi delle nuove basi di dati che la tecnologia rende disponibili: eccede perché evidenza immediatamente, come sottolineato da Stefania Adriana Bevilacqua, quanto la digitalizzazione investa dimensioni cognitive, prima ancora che normative o regolative, sia sul piano del trattamento dei testi, sia sul piano delle soluzioni organizzative prefigurabili a sostegno di strutture decisionali in grado di affrontare le sfide poste dall'offerta tecnologica. Tutto ciò che si potrà intendere per *AI* o *Generative AI* avrà sempre dietro la "trasduzione" di dati testuali o osservativi in una codifica binaria. Questa consapevolezza è sottesa anche al contributo di Luigi Cominelli che, in dialogo con Raiteri sui temi della discrezionalità e della decisione, si propone, da un lato, di ridimensionare talune preoccupazioni comunemente associate all'uso delle tecnologie in ambito giuridico e, da un altro lato, ribadisce l'impossibilità di proporre soluzioni operative che prescindano dal contributo delle discipline che, ormai da anni, stanno riflettendo sulle conseguenze sociali della tecnologia.

Muovendo da queste prospettive diviene rilevante interrogarsi sia sulle dimensioni che stanno istituzionalizzando i diversi poteri sociali sorti dalla rivoluzione tecnologica sia sulle categorie per la concettualizzazione del potere consegnatoci dalla tradizione socio-politologica: ed è questo l'oggetto delle riflessioni di Angelo Zotti. Il ventaglio di problemi prospettati da una riformulazione dei concetti legati a quello di potere non è soltanto un esercizio astratto. Come mostra, infine, il contributo di Patrizia Santoro, cogliere il mutamento nei processi di istituzionalizzazione dei poteri sociali corrisponde a questioni di immediata rilevanza, proprio in riferimento ai poteri pubblici. La rimodulazione dei poteri pubblici assume effettività attraverso un diverso modo di amministrare, reso possibile da apparati e da organizzazioni che riescono a trovare nella digitalizzazione non tanto una sorta di compromesso con cui dare credibilità alle formule dell'*open government* e dell'*eGovernment*, quanto, piuttosto, un'occasione per ridefinire i modi con cui le scelte delle politiche pubbliche si compiono, si controllano e si valutano.

Come emergerà dalla lettura, si è trattato di un confronto utile a mostrare la specifica rilevanza per il sistema giuridico delle questioni poste in tema di digitalizzazione, ma anche la peculiare prospettiva attraverso cui la sociologia del diritto riesce a collegare tali conseguenze alle più ampie, e problematiche, dimensioni culturali e normative che sottendono i processi di istituzionalizzazione - di categorie, di risorse, di poteri, di valori e di pratiche - sottese a quanto "genericamente" indicato come transizione digitale.

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'invulnerabilità 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 Foodinbo 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)

La gestione del servizio idrico integrato e nuove dimensioni della normatività

Integrated Water Service Management and New Dimensions of Normativity

SERGIO MAROTTA¹

Sommario

L'articolo si propone di analizzare le ragioni per le quali le regole del mercato e della concorrenza continuano ad essere considerate, nel contesto italiano, le più idonee a garantire la gestione efficiente di una risorsa essenziale come l'acqua e di tutti i servizi connessi al suo accesso e al suo utilizzo da parte della collettività.

Il lavoro prende in esame la legislazione italiana degli ultimi trent'anni in tema di servizio idrico integrato evidenziando come essa sia stata costantemente influenzata prevalentemente da fattori economici.

La prospettiva sociologico-giuridica, considerando specificamente la genesi sociale dell'idea di normatività, può essere determinante per pensare a forme di organizzazione sociale e di istituzionalizzazione giuridica relative alla gestione di una risorsa collettiva come l'acqua che tenga conto della presenza di istanze sociali diverse da quelle economiche.

Parole chiave: Acqua, servizio idrico integrato, mercato, risorse collettive, normatività.

Abstract

The article aims to analyze why market and competition rules continue to be regarded, within the Italian context, as the most suitable for ensuring the efficient management of an essential resource like water and all related services for its access and use by the community.

The study examines Italian legislation over the past thirty years concerning integrated water service management, highlighting how it has been steadily influenced by economic factors.

From a sociological-legal perspective, particularly considering the social origins of the concept of normativity, it is possible to envision forms of social

¹ Dipartimento di Scienze Formative, Psicologiche e della Comunicazione
Università degli Studi Suor Orsola Benincasa. sergio.marotta@unisob.na.it.

organization and legal institutionalization for managing a collective resource like water that account for social instances beyond economic ones.

Keywords: Water, Integrated Water Service, market, collective resources, normativity.

1. Premessa²

In questo articolo si intende affrontare, in una prospettiva sociologico-giuridica, il tema della progressiva introduzione di criteri privatistici e di logiche utilitaristiche e di mercato all'interno di un sistema di attività a carattere industriale diretto a garantire un diritto fondamentale di ogni cittadino come quello all'accesso e all'uso dell'acqua.

Trattando il problema teorico dei rapporti tra economia e diritto, il lavoro può inserirsi nell'ambito del tema più ampio dei processi di istituzionalizzazione dei poteri, in questo caso del potere economico.

Quello che è avvenuto in Italia nell'ambito della gestione dei servizi idrici negli ultimi trentacinque anni, più che con i termini di liberalizzazione e privatizzazione con i quali viene generalmente descritto, potrebbe essere meglio riassunto con il concetto di depubblicizzazione, "un esito di fatto più che un modello in sé, che ricalca solo in parte il modello ideale (...) della privatizzazione" (Citroni, Giannelli, Lippi 2008, p. 63). La gestione dei servizi idrici è, infatti, ancora per lo più controllata dalla mano pubblica prevalentemente a livello locale mediante consorzi obbligatori tra Comuni anche se non più esercitato attraverso aziende municipalizzate, ma utilizzando lo strumento giuridico della società commerciale a capitale totalmente pubblico o misto.

A proposito del rapporto tra diritto ed economia si può preliminarmente osservare che per quasi un secolo, a partire dall'inizio del Novecento e fino agli anni Novanta del secolo scorso, il settore idrico è stato caratterizzato da una forma di de-economizzazione, consistente nella sostanziale sottrazione di tale settore al libero mercato e ad una razionalità meramente economica per privilegiare la natura propria del servizio pubblico consistente nell'assicurare la fornitura di servizi ai cittadini rispettando l'autonomia delle scelte delle comunità territoriali e garantendo il diritto di accesso a tali servizi.

2 Questo articolo è la rielaborazione della relazione tenuta in occasione della tavola rotonda sul tema "Le istituzionalizzazioni dei poteri nella società digitale" che si è svolta a Milano il 14 dicembre 2023 presso l'Università di Milano Bicocca durante il Convegno Internazionale AIS "I dilemmi della società digitale. Riflessioni epistemologiche e metodologiche sull'uso e sulle conseguenze sociali delle tecnologie". L'articolo è il risultato di una ricerca svolta nell'ambito del PRIN 2022 "Cultural Background, Social and Political Identity of Individuals and Groups, their Dynamics and the Role of Policies" (prot. P2022YY9P2_002).

Nella riorganizzazione dell'intero comparto dei servizi pubblici a livello locale, iniziata, per la parte che riguarda l'organizzazione istituzionale pubblica, con la riforma dell'ordinamento degli enti locali del 1990, la principale caratteristica è stata quella di una decisa influenza esercitata dal sistema economico sulle riforme del diritto vigente e sui conseguenti processi di riorganizzazione condizionati dalle teorie economiche dominanti.

Così, all'interno del più ampio comparto dei servizi pubblici locali, il servizio idrico è rientrato a pieno titolo tra i settori considerati dal legislatore italiano come settori a rilevanza economica e, dal legislatore europeo, come un servizio di interesse economico generale (SIEG), intendendosi con tale definizione quei servizi di interesse generale che vengono forniti a pagamento e sono soggetti alle norme europee e nazionali in materia di concorrenza.

2. Cenni sull'evoluzione del diritto dei servizi idrici

Il settore dei servizi idrici è stato investito negli ultimi anni da una numerosa serie di riforme. La direzione univoca e costante di questi interventi legislativi è stata quella volta a trasformare l'intero settore in un mercato competitivo costruito artificialmente e regolato dalla mano pubblica.

Dal momento che la prospettiva socio-giuridica che caratterizza la nostra ricerca non può prescindere dalla conoscenza del diritto positivo e della sua evoluzione, si è scelto di iniziare l'analisi, per non andare troppo indietro nel tempo, dalla legge Galli, L. 5 gennaio 1994, n. 36, che ha introdotto in Italia un nuovo servizio pubblico complesso: il servizio idrico integrato.

La riforma disegnata dalla legge Galli, in pieno periodo di liberalizzazioni e privatizzazioni su scala globale, costituisce, in realtà, l'introduzione in Italia dei punti principali della riforma voluta in Inghilterra dal governo di Margaret Thatcher che, nel 1989, aveva deciso la totale privatizzazione sia della proprietà delle infrastrutture idriche che della gestione dei relativi servizi ai cittadini (Marotta, Spina 2020).

Si tratta di quella che è stata considerata, in un primo momento, una razionalizzazione del settore perché il nuovo servizio idrico integrato metteva insieme i servizi pubblici di captazione, adduzione e distribuzione di acqua ad usi civili, di fognatura e di depurazione delle acque reflue unificando l'organizzazione della gestione dell'intero ciclo delle acque in un unico servizio complesso.

Vengono, dunque, integrati tra loro diversi servizi essenziali, che erano stati gestiti per circa un secolo da aziende pubbliche diverse, in un unico servizio con le caratteristiche di un'organizzazione industriale diretta a realizzare una maggiore efficacia, efficienza ed economicità dei servizi in una prospettiva esclusivamente economica.

Parallelamente alle riforme specifiche del settore dell'acqua e dei relativi servizi vengono approvate una serie di riforme della Pubblica Amministrazione – le più importanti sono state le cosiddette leggi Bassanini – che avviavano un processo di graduale riorganizzazione complessiva della P.A. disarticolando le gestioni pubbliche esistenti dall'interno della P.A. e predisponendo la progressiva esternalizzazione di tutti i servizi locali con l'obiettivo finale di 'costringere' le amministrazioni locali a rivolgersi unicamente al mercato per soddisfare le esigenze dei cittadini (Marotta 2011, 2017; De Vidovich et al. 2022).

La legge Galli introduceva una forma di organizzazione del servizio idrico suddiviso in ambiti territoriali ottimali (Ato) comprendenti diversi Comuni, da disegnare sulla base della configurazione dei bacini idrografici, e disciplinava l'integrazione verticale tra i gestori esistenti mediante fusioni, in modo da poter realizzare economie di scala riducendo fortemente il loro numero.

Da allora il legislatore italiano ha emanato una miriade di norme dirette a riformare, in generale, tutto il settore dei servizi pubblici locali e, in particolare, decine di norme specificamente rivolte al settore dei servizi idrici.

Tutti i provvedimenti messi in campo nel periodo del cosiddetto "riformismo" che ha caratterizzato gli ultimi quarant'anni si richiamano ai principi di efficienza nella gestione ed efficacia nella soddisfazione dei bisogni dei cittadini. I concetti di "efficienza" ed "efficacia", accompagnati da quello di "economicità", hanno segnato in profondità il complesso percorso che ha portato anche il settore dell'acqua ad aprirsi alle regole della concorrenza e del mercato.

Il termine "riformismo" che per buona parte del secondo dopoguerra era stato utilizzato per descrivere la necessità di nuove leggi volte a migliorare progressivamente le condizioni delle famiglie, dei lavoratori e delle imprese, dagli anni Novanta del secolo scorso diventa sinonimo di "riforme strutturali" tendenti a far ritornare logiche competitive anche nei servizi essenziali a livello locale (Iannello 2020, Marotta 2021, Mattei 2013).

L'obiettivo bipartisan di tutte le forze politiche e di tutti i governi di centro-sinistra e di centro-destra, come dichiara espressamente – proprio nell'anno dei referendum sull'acqua pubblica – uno dei principali ispiratori delle riforme della Pubblica Amministrazione della fine del secolo scorso, Franco Bassanini, era fondato sulla persistente convinzione che la

apertura alla competizione e al mercato, nel quadro di una regolamentazione ben temperata e sotto la vigilanza di autorità di regolazione e controllo realmente indipendenti e competenti, avrebbe assicurato [...] servizi pubblici di migliore qualità a costi più sostenibili per la collettività e per gli utenti, attraverso la selezione competitiva del gestore (pubblico o privato) più efficiente (Bassanini 2011, p. 2).

Così anche il settore dell'acqua, che è un ambito di attività con evidenti caratteristiche di monopolio naturale – costituite, in primo luogo, dall'unicità della risorsa e dalla difficoltà all'ingresso dato l'alto costo delle infrastrutture necessarie per il suo utilizzo –, dovette subire l'apertura alla competizione e al mercato.

La legge Galli è una riforma che, come quelle che seguiranno, mette al centro dei suoi obiettivi gli effetti positivi della concorrenza senza discuterne in nessun modo le fondamenta teoriche e l'utilità della sua applicazione anche al settore della gestione dell'acqua.

Tornando al tema dell'acqua come risorsa collettiva, è evidente che, in Italia, siamo ancora di fronte alla tradizionale dicotomia Stato/mercato che prevede una scelta tra forme diverse di organizzazione del servizio rappresentate, da un lato, dalle imprese che agiscono sul mercato in forme organizzative spontanee di tipo privatistico e, dall'altro, da forme organizzative di tipo pubblicistico che dipendono dalle scelte del sistema politico che devono tener conto della classica interazione tra decisioni di governo e opinione pubblica.

Gli incessanti interventi di riforma, alcuni rimasti nella fase embrionale di elaborazione di disegni di legge e di decreti legislativi, altri arrivati effettivamente in porto, si sono interrotti soltanto per un breve periodo successivo ai cosiddetti referendum sull'acqua pubblica del 12 e 13 giugno 2011 e dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 199 del 2012 che aveva bocciato l'ennesima riforma dei servizi pubblici locali proprio perché contraria agli esiti referendari.

Gli ultimi tasselli di questo lungo e macchinoso percorso legislativo diretto a realizzare il passaggio al mercato dell'intero settore del servizio idrico integrato sono stati, dapprima, la legge sulla concorrenza del governo Draghi (n. 118 del 2022), che contiene, all'art. 8, la delega al Governo in materia di servizi pubblici locali, e, poi, il conseguente D.Lgs. 23.12.2022, n. 201 di "Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica".

Quest'ultimo decreto costituisce la normativa attualmente applicabile al servizio idrico integrato e chiarisce sin dall'art. 1, comma 3, che "Il presente decreto assicura, nel rispetto del diritto dell'Unione europea e ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione, la tutela e la promozione della concorrenza, la libertà di stabilimento e la libertà di prestazione dei servizi per gli operatori economici interessati alla gestione di servizi di interesse economico generale di livello locale".

Come si è cercato sommariamente di descrivere, nei quasi trent'anni trascorsi dalla legge Galli all'ultimo intervento legislativo del dicembre 2022 nulla è cambiato nella direzione di fondo delle trasformazioni del diritto dei servizi pubblici locali, e non hanno inciso su questo percorso né fenomeni globali, come la crisi finanziaria del 2007-2008 o la pandemia da Covid-19 che pure aveva messo chiaramente in luce la carenza negli investimenti pub-

blici nel settore dei servizi ai cittadini, né fenomeni locali quali la resistenza dei numerosi movimenti sociali e comitati civici in difesa della gestione pubblica dell'acqua. Nessuna crisi è riuscita finora a scardinare l'idea della centralità del mercato nella definizione delle scelte pubbliche anche in settori nevralgici per la qualità della vita dei cittadini come quello dei servizi essenziali (Crouch 2012).

3. Istituzionalizzazione della concorrenza e del mercato nel settore del servizio idrico integrato

In una prospettiva socio-giuridica, un'analisi delle norme giuridiche che sia utile per le scienze sociali dovrebbe essere tesa a individuare le istanze sociali che generano l'esigenza di una regolazione di determinati settori di attività. Abbiamo, infatti, generalmente un'ampia conoscenza dei modi per costruire e applicare il diritto, ma una scarsa conoscenza delle cause e delle conseguenze della sua concreta applicazione (Hyden 2022).

Le istanze normative che hanno influito negli ultimi quarant'anni e influiscono ancor oggi sulla giuridificazione dell'attività di gestione del settore dell'acqua si basano essenzialmente sulla competenza tecnica e giuridica dei proponenti e sono costantemente ispirate alla convinzione che per restituire efficienza a un settore come quello idrico sia necessario, in primo luogo, introdurre le regole della concorrenza. Da dove derivi questa semplicistica convinzione e perché continui a sussistere immutata nonostante la profonda e rapida trasformazione delle condizioni ambientali e sociali è difficile dire.

Per quanto riguarda i grandi servizi pubblici nazionali, si può leggere quanto scrive Giuliano Amato nel suo volume *Bentornato Stato, ma*

Allora [l'Autore si riferisce all'Italia dei primi anni Novanta del secolo scorso, ndr] dovevamo uscire da quella che, non solo in Italia, era stata definita la crisi fiscale dello Stato, segnata da eccessi di debito pubblico, di burocrazia, di infiltrazioni politiche nei gangli delle tante imprese in proprietà pubblica e nei rapporti tra apparati pubblici e imprese private (Amato 2022, p. 29).

La considerazione dell'inefficienza economica provocata dalla inefficienza e dalla corruzione diffusa nelle gestioni pubbliche è stata, senza dubbio, la leva principale che ha indotto il legislatore ad adottare come rimedio prioritario quello dell'introduzione delle regole della concorrenza e del mercato che avrebbero dovuto garantire una maggiore trasparenza e una migliore efficacia nella gestione dei servizi. È probabile che l'idea di un abuso da parte dei poteri pubblici caratterizzi alcuni periodi storici, per cui in tali periodi si tende a limitare le attività svolte direttamente dal pubblico, mentre vi sono altri periodi in cui si teme di più l'abuso privato e si cerca una possibile

tutela nell'azione dello Stato e degli enti pubblici e quindi si tende ad ampliare il settore pubblico. Tale dinamica assume un andamento ciclico che assomiglia a quello di un pendolo (De Grauwe 2018).

Mark Granovetter ha chiarito che quando c'è un'interazione tra attività economiche e attività non economiche, le attività non economiche influiscono sui costi e sulle tecniche dell'attività economica definendo questo fenomeno come "radicamento sociale" dell'attività economica. Tale radicamento sociale può essere determinato dalla politica, dall'azione delle reti sociali, dalla cultura o dalla religione. Tra i costi determinati dal radicamento sociale descrive anche quelli causati dalla corruzione:

One common example is that a culture of corruption may impose high economic costs and require many off-the-books transactions to carry on normal production of goods and services. Such negative aspects of social embeddedness receive the lion's share of attention, especially when characterized pejoratively as "rent seeking." Less often noted, but probably more important, are savings achieved when actors pursue economic goals through non-economic institutions and practices to whose costs they made little or no contribution (Granovetter 2005, p. 35).

In situazioni di crisi o di particolare emergenza, si pensi alla recente crisi finanziaria globale del 2007/2008 o all'epidemia da Covid-19, si tende generalmente a preferire – e finanche a tollerare – possibili abusi da parte del potere pubblico pur di ottenere un potenziale vantaggio a favore dei singoli individui privati.

Dal punto di vista teorico, un passaggio decisivo che contribuisce ad accentuare la critica verso l'inefficienza delle gestioni pubbliche si è realizzato con l'introduzione della teoria dei costi di transazione di Williamson e con il neoistituzionalismo di Douglas North anche nell'analisi delle amministrazioni pubbliche. Si è incominciato, infatti, a pensare che anche queste ultime dovessero essere valutate alla luce del criterio economico dell'azzerramento dei costi di transazione, cioè dei costi legati all'organizzazione delle attività che gli operatori non sono in grado di sostenere da soli e che implicano la necessità di rivolgersi all'esterno dell'organizzazione stessa. Così si è finiti per considerare inefficienti tutte le istituzioni che, assumendo come finalità quelle di orientare e promuovere scelte diverse da quelle compiute dal mercato, contribuiscono a consumare ricchezza attraverso un aumento dei costi di transazione (Amato 2022).

In sintesi, anche le istituzioni pubbliche e, nel settore dei servizi, le forme organizzative utilizzate dal potere pubblico, rispondono al mercato in quanto la loro efficienza non è più identificata nella misura della conformità all'insieme delle norme che ne determinano la nascita e ne regolano il funzionamento, ma esclusivamente in termini di efficienza del risultato economico prodotto.

Ciò è avvenuto nonostante l'analisi socio-giuridica abbia evidenziato il pericolo costituito dal fatto che i principi e il tipo di razionalità che caratterizzano la scienza economica concorrano in modo determinante – o addirittura esclusivo – a definire i criteri di elaborazione delle norme giuridiche. In particolare, secondo Gunther Teubner, negli ultimi anni le teorie dei costi di transazione, dei diritti di proprietà, della public choice e l'analisi economica del diritto avrebbero sostituito nel sistema giuridico “l'asfittico concetto della giustizia con l'ideale dell'efficienza” (Teubner 2015, p. 18).

Teubner ha criticato con insistenza il concetto di riduzionismo economico-politico che ha caratterizzato i processi di globalizzazione degli ultimi trent'anni cercando di contrastare la visione monistica del processo economico come unica dimensione della normatività. Per Teubner “Lo sviluppo delle sfere civili diverrà possibile solo se e quando si riuscirà a stabilire un regime autonomo di decisioni organizzate e di processi di controllo spontanei; un regime diverso sia da un mercato controllato dal profitto sia da processi politici controllati mediante il potere” (Teubner 2005, p. 77).

Ma nonostante tali avvertimenti il diritto, soprattutto in una prospettiva socio-giuridica di tipo funzionalista, è risultato facilmente permeabile alla razionalità economica. E questo proprio perché una delle funzioni principali del diritto è appunto quella allocativa dal momento che ogni norma giuridica ha anche un significato economico come sottolineava già Lawrence Friedman quasi cinquant'anni fa (Friedman 1975).

Oggi è ancora Mark Granovetter ad analizzare approfonditamente questo fenomeno dalla prospettiva della sociologia economica:

Le spiegazioni di carattere funzionalista spesso godono di una certa verosimiglianza perché fra istituzioni economiche e ambiente economico di riferimento vi è una corrispondenza apparentemente perfetta. Ciò può dipendere, in realtà, dalla possibilità che siano state le istituzioni a modificare il proprio ambiente in modo da creare una maggiore compatibilità. [...] Se è vero che un particolare ambiente economico tende a caratterizzare un particolare tipo di configurazione istituzionale, è anche vero che tale caratterizzazione può avvenire in base a una gamma di opzioni assai più ampia di quanto non possiamo immaginare e comprendere quindi una certa molteplicità di equilibri istituzionali stabili. La traiettoria storica del sistema può determinare quale di questi equilibri istituzionali si verificherà, rendendo indispensabile lo studio della loro dinamica» (Granovetter 2017, p. 10).

Tornando a un'analisi interna alla scienza giuridica, vi sono alcuni giuristi come la comparatista tedesca che insegna negli Stati Uniti, Katharina Pistor, che ha sviluppato una teoria del diritto come vero e proprio “codice del capitale”, secondo la quale il diritto costituirebbe lo strumento principale utilizzato dal potere economico per strutturarsi e stabilizzarsi:

La codifica giuridica del capitale è un processo ingegnoso senza il quale il mondo non sarebbe mai arrivato ai livelli di ricchezza attuali, eppure il processo in sé è stato in genere celato. In questo libro intendo fare luce su come la legge contribuisca a creare sia la ricchezza sia la disegualianza (Pistor 2021, p. 15).

La sociologia del diritto, dal canto suo, ha cercato di evidenziare e di analizzare criticamente alcune forme di ingiustizia specie nei settori della tutela dell'ambiente e del territorio, della realizzazione delle grandi infrastrutture strategiche, spesso identificando istanze sociali alternative a quelle della concorrenza e del mercato.

Quanto al servizio idrico integrato e alla sua gestione, non è superfluo sottolineare come esso sia caratterizzato da fenomeni sociali complessi che riguardano non solo un generico richiamo alla giustizia sociale e alla qualità della vita dei cittadini, ma hanno a che fare con il *climate change*, con la disponibilità effettiva della risorsa idrica e con la sostenibilità complessiva del suo utilizzo da parte dell'uomo. Cioè con fenomeni sociali che, in genere, trascendono la scienza economica e che sono considerati da quest'ultima come semplici esternalità. Se volessimo ragionare in termini socio-economici, la considerazione di fenomeni sociali che condizionasse la produzione di un bene o di un servizio contribuirebbe a generare costi di transazione che trovano origine nelle decisioni della politica o nelle azioni delle reti sociali ma che non sono efficienti se vengono considerati nella prospettiva della scienza economica.

Nonostante ciò, nel settore del servizio idrico integrato, dalla legge Galli del 1994 fino al 2011, anno dei referendum per l'acqua pubblica, si è assistito a un costante processo di riorganizzazione e di costruzione artificiale delle condizioni di mercato con una riduzione e concentrazione del numero dei gestori mediante fusione tra quelli esistenti (economie di scala) e alla sostanziale eliminazione di quasi tutti i soggetti imprenditoriali di diritto pubblico (aziende municipalizzate, aziende speciali, gestioni in economia).

I referendum del 2011 hanno segnato, dunque, soltanto una breve parentesi nel processo di liberalizzazione – inteso come realizzazione delle condizioni strutturali perché un mercato possa realmente operare – del settore dell'acqua che viene completato, nonostante i referendum, con l'attribuzione delle funzioni di controllo e vigilanza sul settore idrico a un'autorità indipendente a partire dal 1° gennaio 2012, nella totale disattenzione dell'opinione pubblica. Quell'Autorità che allora si chiamava Aeegi - Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico è la stessa che oggi si chiama Arera - Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente e sta via via crescendo per dimensioni e per competenze richiamandosi, anche per il settore idrico, alla sua natura costitutiva segnata dalla legge istitutiva del 1995 che aveva la

precisa finalità di garantire la promozione della concorrenza e dell'efficienza nei settori già liberalizzati e privatizzati dell'energia elettrica e del gas.

Le leggi successive ai referendum del 2011 continuano, dunque, sulla medesima strada del completamento della liberalizzazione, delle esternalizzazioni e degli affidamenti mediante gara pubblica fino alla legge sulla concorrenza del governo Draghi n. 118 del 2022 che stabilisce i principi cui deve attenersi la riforma dei servizi pubblici locali varata con il Decreto legislativo n. 201 del 23.12.2022 e che costituisce, tra l'altro, una delle condizioni per l'accesso ai prestiti elargiti dall'Unione europea per il Piano nazionale di ripresa e resilienza.

4. Istanze sociali alternative al mercato e alla concorrenza

Parallelamente ai processi di riforma varati a partire dalla legge Galli del 1994, si sono sviluppate all'interno della società italiana istanze sociali di diversa natura rispetto a quella esclusivamente economica. Tali istanze sono state ispirate dalla necessità di inserire logiche alternative a quelle di mercato nel settore della gestione dell'acqua e di mantenere una gestione pubblica in grado di garantire l'accesso alle risorse idriche e la loro tutela per le future generazioni. Tali istanze si sono ulteriormente sviluppate anche relativamente alle ultime problematiche ambientali legate alla siccità e alle alluvioni e, in sostanza, alla necessità di dover affrontare il problema di eventi climatici estremi dovuti al cambiamento climatico che interessa anche – e soprattutto – la gestione del ciclo delle acque superficiali.

Peraltro, la presenza di istanze alternative a quelle del mercato non è stata soltanto una caratteristica del contesto sociale e politico italiano come testimoniano alcune importanti ricerche a livello non soltanto europeo (Lobina, Hall 2000; Bieler 2021; Muehlebach 2023).

Nel corso degli anni della riorganizzazione, della liberalizzazione e della privatizzazione del settore idrico sono nati numerosissimi Comitati spontanei per l'acqua pubblica che, nel 2006, convergono nel «Forum italiano dei movimenti per l'acqua». Quest'ultimo, nel 2007, si fa promotore di una Legge di iniziativa popolare con 450.000 firme raccolte a fronte delle 50.000 richieste dall'art. 71 della Costituzione. Tale legge rubricata in Parlamento sotto il titolo «Disposizioni in materia di gestione pubblica e partecipativa del ciclo integrale delle acque» si muoveva in una direzione alternativa a quella del mercato e della concorrenza e proponeva il ritorno a forme di gestione a carattere pubblico che vedessero la partecipazione attiva della cittadinanza alle decisioni sull'utilizzo e sulla gestione delle risorse idriche. La legge di iniziativa popolare, benché ripresentata nelle diverse legislature successive, è stata parzialmente discussa nelle Commissioni parlamentari ma non è mai arrivata al voto nell'Aula di Montecitorio.

Nel 2011, il Forum dei movimenti per l'acqua diventa il motore principale della raccolta di quasi 1.500.000 firme (contro le 500.000 necessarie) per la promozione dei due referendum popolari celebrati il 12 e 13 giugno 2011 che segnano l'abrogazione della disciplina allora vigente sulla gestione dei servizi pubblici locali e la vittoria, almeno temporanea, dei sostenitori della gestione pubblica e partecipata delle risorse idriche (Marotta 2019, De Vidovich et al. 2022).

L'unica amministrazione locale che sulla scorta dei risultati del referendum è tornata a una gestione del servizio idrico integrato con strumenti di diritto pubblico è stata il Comune di Napoli che, nel 2012, ha trasformato la propria società per azioni a capitale interamente pubblico per la gestione del servizio idrico integrato in un'azienda speciale di diritto pubblico denominata ABC - Acqua Bene Comune (Marotta 2015; Geagea, De Tullio 2024).

Nonostante la presenza di istanze sociali che proponevano soluzioni alternative al mercato e alla concorrenza, ben conosciute nei luoghi istituzionali della rappresentanza politica, le lunghe e complesse vicende di questi anni hanno portato alla trasformazione della gestione dell'acqua, che era un bene de-economizzato in quanto sottratto al mercato e affidato alla gestione pubblica garantita dai Comuni attraverso proprie aziende municipalizzate, in un bene economico da gestire con criteri di mercato.

La gestione municipalizzata è stata costantemente nel mirino di coloro che la consideravano una gestione di tipo clientelare e per questo inefficiente ed è stata attaccata in tutti i modi possibili per convincere l'opinione pubblica, a livello nazionale e a livello locale, a preferire i criteri di efficienza assicurati dalla concorrenza e dal mercato.

La privatizzazione delle partecipate locali è diventata, così, uno dei principali obiettivi della *spending review* degli anni dell'austerità come testimonia il *Programma di razionalizzazione delle partecipate locali* redatto, nell'agosto del 2014, dalla struttura della presidenza del Consiglio guidata allora dal prof. Carlo Cottarelli (Marotta 2014).

La cultura del mercato ha continuato a spingere costantemente sul sistema politico italiano affinché tutti i settori prima gestiti direttamente dalla Pubblica Amministrazione mediante strumenti di diritto pubblico, compreso quello della gestione dell'acqua, diventassero settori di mercato con una netta inversione di tendenza anche rispetto ai criteri fissati nella Costituzione del 1948.

5. Cosa ha a che fare tutto questo con la sociologia del diritto?

Come si può evincere anche dalla nuova declaratoria disciplinare, la sociologia del diritto si occupa, in generale, di studi e ricerche specificamente volti

a comprendere e spiegare i processi di istituzionalizzazione delle dimensioni normative delle società e della loro specificità rispetto a forme diverse di istituzionalizzazione. In particolare la prospettiva socio-giuridica intende analizzare le modalità con le quali le condizioni culturali, politiche e tecniche definiscono i contenuti e la specifica selettività delle norme nell'ambito dell'agire sociale.

In questo senso, può essere utile richiamare le parole di papa Francesco il quale, nel capoverso 179 della sua Enciclica *Laudato si'* del 2015, così scrive: "La società, attraverso organismi non governativi e associazioni intermedie, deve obbligare i governi a sviluppare normative, procedure e controlli più rigorosi". E più avanti "Se i cittadini non controllano il potere politico – nazionale, regionale e municipale – neppure è possibile un contrasto dei danni ambientali". Questi punti sono stati recentemente ribaditi dalla Esortazione Apostolica *Laudate deum* che sviluppa alcuni dei concetti già espressi nel 2015. Certo si potrebbe dire che un Pontefice è una suprema autorità religiosa che esprime, nel caso di Francesco, un fortissimo potere carismatico, ma che difficilmente possa essere 'arruolato' nel settore della sociologia del diritto.

Si potrebbe chiamare in causa il pensiero di Elinor Ostrom sulla gestione delle risorse collettive di cui l'acqua certamente fa parte. Il premio Nobel per l'economia per il 2009 le è stato conferito per i suoi studi pluridecennali sulle forme di *governance* alternative a quelle dello Stato e del mercato:

Le istituzioni sono raramente interamente private o interamente pubbliche, 'il mercato' o 'lo stato'. Molte delle istituzioni (che operano in contesti in cui vengono utilizzate risorse collettive) che hanno avuto successo sono articolate combinazioni di istituzioni "di natura privata" e "di natura pubblica" che non possono essere classificate in una sterile dicotomia (Ostrom 2006, p. 29).

D'altra parte se la Ostrom deve considerarsi un'economista e non certo una sociologa del diritto, le conclusioni delle sue ricerche portano alla luce le "analogie tra istituzioni autogovernate e durature nell'uso di risorse collettive" riscontrate nei vari luoghi del mondo dove si sono sviluppate esperienze ottimali di gestione di risorse collettive caratterizzate da alcune regole comuni. In particolare tra queste regole di base la Ostrom elenca le seguenti: 1. chiara definizione dei confini; 2. congruenza tra le regole di appropriazione, fornitura e le condizioni locali; 3. metodi di decisione collettiva; 4. controllo sulle condizioni d'uso della risorsa; 5. sanzioni progressive; 6. meccanismi di risoluzione dei conflitti; 7. un minimo livello di riconoscimento dei diritti di organizzarsi; 8. organizzazione articolate su più livelli (Ostrom 2006, pp. 134 s.). Insomma anche Elinor Ostrom riconosce nell'esigenza di un sistema di regole condivise e nella loro progressiva istituzionalizzazione l'elemento decisivo per una gestione efficiente delle risorse collettive e, soprat-

tutto, per evitare di ricadere in quella che definisce la “trappola intrinseca” e cioè quella della loro distruzione (Ostrom 2006, p. 37).

Dopo un Pontefice e un premio Nobel per l'economia, è necessario citare un sociologo del diritto. In questo caso la scelta è ricaduta su Håkan Hydén che si pone da diversi anni il problema di definire il concetto di norma giuridica in una prospettiva specificamente socio-giuridica. Per il sociologo svedese le norme giuridiche non sono altro che le regole sociali adottate dall'ordinamento giuridico. Ma, si chiede Hydén, quali regole e in che modo riescono ad assumere le caratteristiche che le rendono riconoscibili come norme giuridiche oltre che dalla società anche dalla scienza giuridica? (Hydén 2022).

Finora nel campo del servizio idrico integrato sono le regole del mercato ad avere permeato di sé il diritto positivo vigente riuscendo a imporsi su tutte le istanze sociali ‘concorrenti’, ma ci sono i presupposti perché si possa realizzare nel campo della gestione dell'acqua e, in generale, delle risorse collettive, una ricerca sociologico-giuridica sui modelli di gestione ottimali che tenga conto anche delle esternalità che il mercato non è in grado di considerare e dell'impatto sociale delle riforme sulla vita dei cittadini.

La domanda di fondo per una ricerca socio-giuridica potrebbe essere la seguente: visto che i problemi della gestione delle risorse idriche riguardano l'organizzazione di servizi complessi per i cittadini quali la fornitura di acqua per usi civili, il suo trattamento e la sua depurazione in funzione della sua restituzione al ciclo naturale, visto che i nodi da sciogliere riguardano anche gli effetti del mutamento climatico e delle sue conseguenze per l'uomo e le generazioni future, nonché la necessità di preservare una risorsa che appariva infinita e sta diventando sempre più scarsa, ha ancora senso una specifica selettività delle norme che tenga conto esclusivamente delle istanze provenienti dal potere economico privato per collocarsi nella sfera pubblica con le caratteristiche proprie della normatività giuridica?

Una prospettiva interessante per una ricerca sociologico-giuridica potrebbe essere quella di guardare a tutte le possibilità a nostra disposizione (che è poi il ruolo che spetta al sociologo del diritto secondo alcune impostazioni classiche); di aggiornare il quadro generale su cui le riforme tendono ad incidere; verificare l'impatto sociale che l'inserimento delle regole della concorrenza in settori di monopolio naturale come l'acqua può produrre.

6. A mo' di conclusione

La sociologia del diritto si è consolidata, in uno dei suoi filoni più rilevanti, all'inizio del Novecento come un'alternativa al formalismo dominante nella scienza giuridica. Il formalismo si riduceva a una neutralità tecnica della norma giuridica che, pur inseguendo l'obiettivo di una generalità e astrat-

tezza ispirate a un astratto ideale di giustizia, raramente riusciva effettivamente a rispecchiare un corretto equilibrio tra le diverse istanze provenienti dalla società.

Ma la neutralità della forma diritto è diventata, nell'attuale contingenza storica, un generico "salvagente" (Irti 2007), ossia una semplice impalcatura esterna totalmente indifferente ai contenuti per poi trasformarsi, nel corso del tempo, nel principale strumento della "globale immensità dell'economia" (Irti 2004, p. 28).

Anche un autorevole filosofo come Emanuele Severino si era convinto, negli ultimi anni, di una irreversibile crisi della politica che "Da tempo ha ceduto all'economia la guida della società. Nelle società capitalistiche la politica (oramai anche quella di sinistra) mira a garantire il miglior funzionamento dell'economia di mercato. Di fatto, lo Stato non è più Stato politico, ma economico" (Severino 2017, p. 39).

Il prevalere della sfera economica nella determinazione degli equilibri politici e delle decisioni collettive ha rotto il rapporto privilegiato costruito nel corso dell'età moderna tra politica e diritto, trasformando il diritto da principale strumento per combattere le disuguaglianze esistenti nella società, in un complesso e raffinato strumento tecnico di giustificazione e riproduzione della disuguaglianza sociale (Iannello 2025).

Del resto, la rappresentazione dell'economia come attività fondamentale dell'uomo, in quanto legata alle ragioni della sopravvivenza materiale e della sua riproduzione biologica, ha trovato la sua definitiva consacrazione nel corso della seconda metà dell'Ottocento in Marx. Nella prefazione al suo scritto intitolato: "Per la critica dell'economia politica", il filosofo tedesco ha potuto affermare che l'anatomia della società civile si trova nelle leggi dell'economia politica (Marx 1974). Il marxismo, quindi, considera le relazioni economiche come caratterizzate da una sorta di primato sulle altre relazioni sociali in quanto intimamente radicate nella struttura soggiacente dell'organizzazione sociale costituita dalla sua struttura economica, mentre il diritto sarebbe "ridotto" al semplice ruolo di sovrastruttura.

Il crescente isolamento della scienza economica dal contesto sociale, fenomeno che Karl Polanyi (2010, 2019) aveva già affrontato nel secolo scorso e che Thomas Piketty (2014) e Mark Granovetter (2017) hanno rivisitato oggi, e l'ostinazione contemporanea delle classi politiche a non affrontare la questione delle conseguenze negative sulle relazioni sociali e sull'ambiente derivanti dall'applicazione di alcune teorie economiche dominanti, finisce per ridare centralità al concetto di "cultura del diritto".

Del resto non è un caso che dopo anni di intensi studi dedicati all'emersione della *lex mercatoria*, con intere biblioteche destinate al tema, stia emergendo oggi la questione della istituzionalizzazione dei nuovi poteri economici privati che si vanno definendo all'interno dei processi sociali.

Quello a cui stiamo assistendo è un vero e proprio cambio di paradigma in cui il potere di prendere decisioni su temi e problemi che riguardano la collettività nel suo insieme sta passando da mani pubbliche – almeno formalmente trasparenti – a mani private. Queste ultime si sono, dapprima, semplicemente insinuate nelle pieghe del potere politico per poi iniziare gradualmente a sostituirsi ai poteri pubblici – favorite anche dagli spazi offerti dalle nuove tecnologie – tentando, nel contempo, di sottrarsi alle responsabilità che ne conseguirebbero.

Da qui la caratteristica di opacità dei nuovi poteri che costituisce l'esatto contraltare del tentativo di piena trasparenza che ha caratterizzato la costruzione del potere politico tradizionale attraverso un sistema complesso di procedure potenzialmente accessibili a tutti.

Secondo Maria Rosaria Ferrarese l'elemento fondamentale per l'affermazione dei nuovi poteri è costituito dal passaggio dal *government* alla *governance*, cioè da un sistema rigidamente gerarchico a un sistema di partecipazione e condivisione orizzontale dei luoghi della decisione politica. Tale passaggio, salutato inizialmente come una positiva apertura alla partecipazione di tutti i soggetti coinvolti alla decisione politica, si è rivelato, col passare del tempo, una modalità di gestione del potere attraverso la quale i soggetti più forti con le loro modalità di azione lobbistiche riescono ad ottenere decisioni in linea con i loro interessi di parte. E questi interessi sono in primo luogo quelli economici dal momento che la *governance* stessa

è pervasa da un intento di efficienza e di effettività: due termini che corrispondono a uno sguardo economico sul diritto, e che implicano che le regole siano confezionate in modo da raggiungere i risultati perseguiti, e che lo facciano con il minor dispendio di energie, siano esse energie economiche, misurabili in denaro, o energie politiche, misurabili in consenso, prestigio, credibilità, indipendentemente dal criterio con cui tali accreditamenti avvengono. Anche i caratteri di inclusività, di partecipazione, di co-decisione, ecc. sono funzionali a un' "economia del potere" che mira a "risparmiare" risorse ed energie (Ferrarese 2022, pp. 45-46).

A ciò si aggiunga che, soprattutto a causa della grande trasformazione tecnologica degli ultimi anni, è il sistema economico, più di quello politico, a disporre delle informazioni ovvero dei dati che servono a esercitare un vero e proprio controllo sulle vite delle persone. Sono, infatti, le grandi imprese come Google, Amazon, Facebook, Apple e Microsoft a disporre dei cosiddetti *big data* cioè di un complesso di miliardi di informazioni dettagliatissime sul modo di pensare, sui comportamenti di consumo, sugli spostamenti, sulle abitudini e, addirittura, sulla salute dei loro utenti.

Su questo tema sono di grande importanza le ricerche di Shoshana Zuboff sul cosiddetto "capitalismo della sorveglianza" che ha trasformato i *big data*

in un'inesauribile miniera di profitti per chi è in grado di utilizzarli al meglio senza alcun rispetto per la privacy degli utenti (Zuboff 2019).

I nuovi poteri, oltre ad essere caratterizzati dall'uso delle grandi piattaforme digitali, provengono direttamente dal sistema economico e, attraverso lo strumento giuridico delle grandi società per azioni, vanno sostituendosi ai vecchi Stati nella gestione del potere.

Come era stato sostenuto da due studiosi americani, Berle e Means, negli anni Trenta del secolo scorso, in ogni epoca storica, i diversi poteri si sono concentrati fondamentalmente in relazione all'interesse dominante dell'epoca stessa. Ed oggi la concentrazione del potere economico che permette alle grandi società di capitali e ai fondi finanziari transnazionali di competere direttamente con gli Stati sembra realizzare quella che allora sembrò una 'profetica' previsione:

È possibile che il futuro abbia a mostrarci gli organismi economici, che oggi sono rappresentati dalle società per azioni, non solo su base di parità con lo Stato, ma forse anche al suo posto, come forze dominanti dell'organizzazione sociale. Di conseguenza il diritto delle società potrebbe essere considerato come il potenziale diritto costituzionale del nuovo Stato economico, mentre l'attività di impresa sta sempre più assumendo l'aspetto di attività politica economica (Berle, Means 1932, p. 336).

D'altra parte che il potere economico abbia ormai in mano anche le redini della decisione politica appare un dato evidente tanto che si inizia a parlare di un capitalismo *woke* cioè di un capitalismo consapevole del fatto che, se vuole continuare a sopravvivere, deve occuparsi necessariamente anche delle decisioni politiche impegnandosi nelle battaglie per i diritti civili e perseguendo il cosiddetto *politically correct*, pur senza cambiare la propria natura di fondo

il potere enorme e sempre più crescente delle imprese, con la loro influenza sulla politica contemporanea, rappresenta semmai la regressione a un neo feudalesimo, in cui l'autorità politica spetta a chi è economicamente potente piuttosto che alla volontà del popolo (Rhodes 2023, p. 20).

In questo quadro, dunque, la dimensione normativa e la sua genesi all'interno della società va ripensata profondamente, tenendo conto della crisi generalizzata della normatività, superando le logiche del formalismo giuridico e tornando a considerare l'interazione del diritto con ambiti di attività sociale diversi dall'economia. In tal modo sarà anche possibile riportare in primo piano le ragioni della giustizia sociale affinché prevalgano su quelle della giustizia artificiosamente create dal mercato (Streeck 2013).

Bibliografia

- Amato, G., (2022), *Bentornato Stato, ma*, Bologna, Il Mulino.
- Bassanini, F., (2011), I Servizi Pubblici Locali tra Riforma e Referendum, in De Vincenti, C., Vigneri, A., a cura di, *I Servizi Pubblici Locali tra Riforma e Referendum*, Sant'Arcangelo di Romagna, Maggioli.
- Berle, A.A. Jr., Means, G.C., (1932), *The Modern Corporation and Private Property*, New York, The Macmillan Company (trad. it. (1966) *Società per Azioni e Proprietà Privata*, Introduzione di G. A. Brioschi, Traduzione di G. M. Ughi, Torino, Einaudi).
- Bielor, A., (2021), *Fighting for Water: Resisting Privatization in Europe*, London, Zed Books and Bloomsbury.
- Citroni, G., Giannelli, N. e Lippi, A., (2008), *Chi Governa l'Acqua? Studio sulla Governance Locale*, pref. di R. Bin, Soveria Mannelli, Rubbettino.
- Crouch, C., (2012), *Il Potere dei Giganti. Perché la Crisi non ha Sconfitto il Neoliberalismo*, Roma-Bari, Laterza.
- De Grauwe, P., (2018), *I Limiti del Mercato. Da che Parte Oscilla il Pendolo dell'Economia?*, Bologna, Il Mulino.
- De Vidovich, L., Esposito, E., Farinella, D., Marotta, S., Minervini, D., Mostaccio, F., Podda, A., Spina, F. e Zurru, M., (2022), Acqua. Dalla Gestione Pubblica al Mercato Regolato, in Dagnes, J., Salento, A., a cura di, *Prima i Fondamentali. L'Economia della Vita Quotidiana tra Profitto e Benessere*, Milano, Fondazione Giangiacomo Feltrinelli, pp. 231-267.
- Ferrarese, M.R., (2022), *Poteri Nuovi. Privati, Penetranti, Opachi*, Bologna, Il Mulino.
- Francesco, (2015), *Laudato si'*. Lettera Enciclica sulla cura della casa comune (Consultabile all'indirizzo https://www.vatican.va/content/francesco/it/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.html (Data di accesso: 27 luglio 2024).
- Francesco, (2023), Esortazione Apostolica *Laudate deum*. (Consultabile https://www.vatican.va/content/francesco/it/apost_exhortations/documents/20231004-laudate-deum.html (Data di accesso: 27 luglio 2024).
- Geagea, D., De Tullio M.F., (2024), Commons-Oriented, but Embodied Enough? De-Constructing Knowledge, Experiences, and Institutions in Naples' Water Commons Project, *International Journal of the Commons*, 18, 1, pp. 188–202.
- Granovetter, M., (2005), The Impact of Social Structure on Economic Outcomes, *Journal of Economic Perspectives*, 19, 1, pp. 33-50.
- Granovetter, M., (2017), *Società ed Economia. Modelli e Principi*, Milano, EGEA Università Bocconi Editore.
- Hydén, H., (2022), *Sociology of Law as the Science of Norms*, London and New York, Routledge Taylor&Francis Group.

- Iannello, C., (2025), *Lo Stato del potere. Politica e diritto ai tempi della post-libertà*, Milano, Meltemi.
- Irti, N., (2004), *Nichilismo Giuridico*, Roma-Bari, Laterza.
- Irti, N., (2007), *Il Salvagente della Forma*, Roma-Bari, Laterza.
- Lobina, E., Hall, D., (2000), Public Sector Alternatives to Water Supply and Sewerage Privatization: Case Studies, *International Journal of Water Resources Development*, 16, 1, pp. 35–55.
- Marotta, S., (2011), La Depubblicizzazione dei Servizi Idrici. Dalla Municipalizzazione all’obbligo di Esternalizzazione, *Munus. Rivista Giuridica dei Servizi Pubblici*, 1, 1, pp. 177-198.
- Marotta, S., (2014), La Spending Review nei Servizi Pubblici Locali: Necessità di Razionalizzare, Volontà di Privatizzare, *Munus. Rivista Giuridica dei Servizi Pubblici*, 4, 2, pp. 261-268.
- Marotta, S., (2017), Dall’«Adeguatezza della Remunerazione del Capitale Investito» al «Full Cost Recovery»: il Settore dell’Acqua Diventa un Mercato Regolato, *Munus. Rivista Giuridica dei Servizi Pubblici*, 7, 3, pp. 751-762.
- Marotta, S., (2019), *Le Forme dell’Acqua. Economia e Politiche del Diritto nella Gestione delle Risorse Idriche*, Napoli, Editoriale Scientifica.
- Marotta, S., Spina, F., (2020), Civil Society and the Movement for Public Water. Water Management and its Transformation in England and Italy, in Rees Jones I., Barbera F., eds., *The Foundational Economy and Citizenship Comparative Perspectives on Civil Repair*, Bristol, Bristol University Press.
- Marx, K., (1974), *Per la Critica dell’Economia Politica*, Roma, Editori Riuniti.
- Mattei, U., (2013), *Contro Riforme*, Torino, Einaudi.
- Muehlebach, A., (2023), *A Vital Frontier. Water Insurgencies in Europe*, Durham, Duke University Press.
- Ostrom, E., (2006), *Governare i Beni Collettivi*, Venezia, Marsilio.
- Piketty, T., (2014), *Capitale nel XXI Secolo*. Cambridge, MA: The Belknap Press della Harvard University Press.
- Polanyi, K., (2010), *La Grande Trasformazione. Le Origini Economiche e Politiche della nostra Epoca*, Torino, Einaudi.
- Polanyi, K., (2019), *L’Obsoleta Mentalità di Mercato. Scritti 1922-1957*, Cangiani, M., a cura di, Trieste, Asterios Editore.
- Rhodes, C., (2023), *Capitalismo Woke. Come la Moralità Aziendale Minaccia la Democrazia*, Roma, Fazi Editore.
- Sapelli, G., (26 luglio, 2024), L’Autonomismo Vive nelle Subculture del Nord. Le Regioni Vanno Abolite, *Quotidiano del Sud*.
- Severino, E., (2017), *Il Tramonto della Politica. Considerazioni sul Futuro del Mondo*, Milano, Rizzoli.
- Streeck, W., (2013), *Tempo Guadagnato. La Crisi Rinviata del Capitalismo Democratico*, Milano, Feltrinelli.

- Teubner, G., (2005), *La Cultura del Diritto nell'Epoca della Globalizzazione. L'Emergere delle Costituzioni Civili*, Traduzione e cura di R. Prandini, Roma, Armando Editore.
- Teubner, G., (2016), I Rapporti Precari tra Diritto e Teoria Sociale, in *Annali dell'Istituto Italiano per gli Studi Storici*, 28, 2014/2015, pp. 11-43.
- Zuboff, S., (2019), *Il Capitalismo della Sorveglianza. Il Futuro dell'Umanità nell'Era dei Nuovi Poteri*, Roma, Luiss University Press.

Le istituzioni digitali *made in EU* e il Paradosso di un anti-normativismo regolatorio

Digital Institutions *Made in EU* and the Paradox of a Regulatory Anti-Normativism

MARIAVITTORIA CATANZARITI¹

Sommario

Il contributo analizza il fenomeno della regolazione digitale europea ponendolo al centro di un più ampio processo, quello dell'istituzionalismo digitale, nel quale l'uso dei dati, la loro regolamentazione, nonché la gestione e la proprietà delle infrastrutture digitali producono effetti sociali, politici e giuridici. Interrogandosi sulla plausibilità di tale processo come inedito istituzionale, il contributo ne evidenzia alcune caratteristiche peculiari rispetto all'istituzionalismo classico. L'istituzionalismo digitale è emerso infatti in riferimento alla Strategia Europea dei Dati, identificando pratiche e processi scaturiti da fenomeni regolatori che rendono la tecnologia sia motore istituzionale sia limite alla capacità regolatoria delle istituzioni esistenti.

Il contributo indaga, nella prospettiva della sociologia giuridica, il posizionamento dell'istituzionalismo digitale nel processo di integrazione europea, quanto ciò implichi l'adesione a modelli, regole formali e informali, procedure e prassi che stabilizzano tendenze all'interno di più ampie trasformazioni sociali. Esso si interroga essenzialmente su tre questioni: a) la plausibilità dell'ipotesi di un istituzionalismo digitale alla luce dei modelli di data governance; b) i suoi presupposti di applicabilità; c) i vantaggi nell'uso di tale nozione per comprendere la posizione.

Parole chiave: istituzioni digitali; dati; diritto; integrazione europea; mercato unico; mercato globale.

Abstract

This article explores the phenomenon of European digital regulation by placing it at the centre of a broader process, that of digital institutionalism, in which the use of data, their regulation, and the management and ownership of digital infrastructures produce social, political and legal effects. By que-

¹ Dipartimento di Scienze politiche, giuridiche e studi internazionali, Università degli Studi di Padova. mariavittoria.catanzariti@unipd.it.

stioning the plausibility of this process as unprecedented, this contribution highlights some of its peculiar features in comparison to classical institutionalism. Digital institutionalism emerged with reference to the European Data Strategy, identifying practices and processes triggered by regulatory phenomena that make technology both an institutional driver and a limit to the regulatory capacity of existing institutions. From the perspective of legal sociology, this contribution investigates the positioning of digital institutionalism in the process of European integration, examining how much this implies adherence to models, formal and informal rules, procedures, and practices that stabilize trends within broader social transformations. It essentially questions three issues: a) the plausibility of the hypothesis of digital institutionalism in light of data governance models; b) its assumptions of applicability; and c) the advantages of using this notion to understand the position.

Keywords: digital institutions; data; law; European integration; single market; global market.

1. Regolazione digitale europea tra norme, principi e istituzioni

I dati rappresentano un potente veicolo di trasformazione sociale che viene spesso percepito attraverso l'uso delle tecnologie in maniera autoevidente, cionondimeno enigmatica. Neutralità tecnologica da un lato e procedure giuridiche dall'altro filtrano le innumerevoli capacità rappresentative dei dati e i significati via via attribuiti ad essi e stratificati nel senso comune attraverso un "velo di ignoranza". Come coglie correttamente Raiteri, tuttavia, l'istituzionalizzazione del potere non può mai essere neutrale sia per le scelte a monte che precedono l'utilizzo di alcuni dati sia in relazione ai modelli giuridici che sono alla base di alcune scelte regolatorie, sia infine per gli effetti giuridici che non sono né completamente prevedibili né uguali per tutti (Maroni 2021, p. 517).

Una prima tendenza, propria delle politiche europee sul digitale, è quella di ritenere che il massimo grado di istituzionalizzazione coincida con la regolazione. Ciò ha un risvolto sia temporale sia qualitativo. Sotto il primo profilo, riduce il momento istituzionale a una mera adozione di atti legislativi unitamente all'attività giurisdizionale delle corti europee; sotto il secondo, sostanza soltanto dal punto di vista della regolazione le dimensioni istituzionali della trasformazione digitale.

Una seconda tendenza è quella di considerare i dati come oggetto di regolazione e di altri processi istituzionali quasi fossero un materiale inerte, scandagliandone tutti i possibili utilizzi rilevanti, non tenendo conto invece

che molti processi *data-driven* sono istituzionali essi stessi pur in assenza di regolazione, oltre che in costante mutamento. Si pensi alla cosiddetta *societal platformization*, ai dati generati da forme di sorveglianza istituzionalizzata che alimentano naturalmente il modello capitalistico (Pistor 2019, p. 205; Zuboff 2023), al mutamento dell'idea di partecipazione politica (Sgueo 2023, p. 69; Rouet-Côme 2023).

Una terza tendenza, infine, è quella di applicare il modello regolatorio europeo come un *passé-partout* culturale globale adottando alcuni standard nelle relazioni esterne e trascurando le contropunte istituzionali che emergono a vari livelli - locale, settoriale, globale, trasversale.

Queste tendenze, seppur molto diverse fra loro, condividono un punto di partenza che non è affatto scontato: che siano cioè le regole a forgiare fenomeni obiettivi come le istituzioni.

Secondo tale ottica, dunque, le istituzioni non precedono le regole, sono al contrario il frutto delle stesse, in netto contrasto con la tradizione europea istituzionalista esemplificata dalle posizioni dei suoi più noti esponenti come Maurice Hauriou e Santi Romano (Hauriou 1967, pp. 10, 13, 14; Romano 1951, p. 51). Viceversa, nel paradigma dell'istituzionalismo digitale europeo, le istituzioni digitali sono fondate da regole che definiscono veri e propri modelli indipendentemente dalle pratiche e dalle infrastrutture digitali - spesso regolano le infrastrutture digitali mentre le creano, o meglio le determinano normativamente - con il solo obiettivo di imporsi sul mercato come modelli culturali, facendo leva sul carattere reputazionale del rispetto dei diritti da parte delle imprese, e ponendo la conformità ai modelli regolatori sui dati e sulle infrastrutture digitali come requisito di accesso al mercato interno.

Attraverso la regolazione di tutti gli aspetti relativi ai dati, l'UE realizza la formalizzazione e la stabilizzazione delle procedure, il coordinamento istituzionale, unitamente alla capacità dei singoli attori di influenzare lo sviluppo istituzionale (Fahey 2022, p. 6). Ciò che colpisce immediatamente in tale processo è la geometria variabile che non dipende direttamente dai regimi giuridici coinvolti, come ad esempio la tutela dei dati personali, la regolazione dei contenuti online, la tutela della proprietà intellettuale, l'antitrust, bensì dalla forza istituzionalizzante dei flussi di dati stessi che opera spesso anche indipendentemente dalla regolazione giuridica. Come osserva giustamente Pennisi «la reiterazione del modello istituzionale non avviene per una qualche particolare “forza normativa” di cui esso sia “ontologicamente” dotato, ma perché concorre alle definizioni della situazione di chi deve agire in risposta o in conseguenza di azioni ad esso orientate» (Pennisi 2024, p. 61).

Se la finalità istituzionalizzatrice della regolazione digitale europea è precipuamente quella di porre un limite alle pratiche distorsive del mercato europeo regolandone il funzionamento nella cornice legittimante del rispetto

della rule of law e dei diritti fondamentali, nel caso dei dati, ancor più che in altri ambiti, la sua realizzazione si rileva molto incerta.

Da un lato, infatti, si registra una ineffettività diffusa di molti limiti giuridici nei confronti dell'uso pervasivo di dati – basti pensare all'oscura versione finale del regolamento AI che declama un modello regolatorio fondato sul carattere antropocentrico dei processi decisionali lasciando in ombra molti risvolti pratici e applicativi di tale carattere nell'uso dei dati mediante algoritmi (si pensi all'uso del riconoscimento facciale nel controllo dei flussi migratori o ai sistemi predittivi di supporto all'attività dei giudici) - dall'altro la conformità dei privati alla regolazione europea come condizione per l'accesso al mercato digitale europeo crea dinamiche competitive tra mercati e ordinamenti giuridici che alterano i risultati finali dei processi regolatori perdendo spesso di vista l'idea di società che sta alla base di alcune scelte di sistema. Come a dire che le istituzioni, rispetto ai soggetti, sono tutt'altra cosa².

I flussi di dati sono certamente dirompenti per la loro capacità creativa di modelli sociali, percezioni diffuse, informazioni, risultati applicativi e dunque certamente più pervasivi della regolazione nel loro carattere disciplinante ancor prima che sanzionatorio. I dati sono in grado di creare istituzioni grazie al potere di trasformare ingenti quantità di informazioni in contesti tangibili ed esperienze riprodotte collettivamente che rendono semplice e immediata l'identificazione con modelli e tendenze, ingenerando prassi ripetute nell'amministrazione, dipendenza della sfera individuale dall'uso dei dispositivi, trasformando il lavoro, determinando effetti rilevanti sulle persone e sulla società. La più evidente forma di istituzionalizzazione operata dalla interconnessione dei dati mediante strumenti algoritmici consiste nella convinzione che non esista alternativa possibile ad essi e dunque che tale processo istituzionale sia del tutto necessario (Tarantino 1976, p. 66; Olgiati 2013, pp. 185- 241). Va da sé quindi che la regolazione digitale può rappresentare soltanto un aspetto di un fenomeno macroscopico, che riguarda la maniera in cui persone e gruppi organizzano la loro azione e raggiungono i loro obiettivi. La regolazione è dunque solo un'ipotesi meramente parziale rispetto a una realtà che si autoproduce mediante i suoi codici e le sue regole, e che determina i suoi effetti spesso indipendentemente da essa. Può dunque la regolazione digitale mai esaurire tutte le possibilità istituzionali dei dati?

2 Sul punto ricorda ancora una volta Pennisi, C. 2024: «Occorre fare i conti col fatto che il tessuto di relazioni dentro cui si realizza il riferimento ad una norma è una realtà sociale in senso proprio e che, come tale, continua a variare, sia dal punto di vista delle ragioni e dei fini posti, sia in relazione alla variabilità del quadro normativo che ha configurato specificamente quel problema su cui si è normato, sia infine rispetto agli stili di condotta dei destinatari delle decisioni degli apparati», in *Il diritto come rappresentazione del sistema giuridico. Spunti di sociologia del diritto*, Rimini, Maggioli, p. 29.

La capacità dei dati, insieme allo sviluppo delle tecnologie informatiche in rete, di realizzare di per sé forme istituzionali, come le piattaforme ad esempio, viene assorbita dall'UE attraverso la capacità riflessiva di modelli normativi che certamente non esauriscono le possibilità istituzionali digitali ma che tendono a celare dal punto di vista regolatorio la forza normativa stessa dei dati.

Generalmente, i fenomeni digitali sono stati parcellizzati dai settori regolatori ma uno sguardo d'insieme del processo trasformativo manca. Ciò genera una sorta di frustrazione metodologica: da un lato, la tendenza a esaurire il fenomeno istituzionale nella risposta regolatoria in relazione a oggetti specifici; dall'altro, la tendenza a escludere la rilevanza del giuridico al di fuori dell'ipotesi regolatoria. Tale riduzione di prospettiva rispetto alla nota tradizione dell'istituzionalismo (Hauriou 1967; Santi Romano 1951; Bourdieu 1994; De Leonardis 2001; Schmitt 2022; Croce 2023, p. 255) induce anche a chiedersi se il *made in Europe* sia uno stile tipico all'interno della più ampia storia dell'integrazione europea oppure se nel campo del digitale si giochi una partita diversa. È evidente, infatti, che in assenza di infrastrutture tecnologiche l'oggetto della regolazione europea – dati, piattaforme e uso di tecnologie IA – non possa essere del tutto determinato, in quanto si compone di elementi sui quali essa non esercita una capacità trasformativa completa.

I processi di istituzionalizzazione giuridica trasformano le regole informali che governano i dati in pratiche stabili per garantire la certezza delle relazioni sociali, le quali si compongono di «norme, procedure, sanzioni, unite ai saperi ad esse relativi» (Croce 2023, p. 261). Queste regole trovano la loro giustificazione nelle ragioni materiali per cui le formazioni sociali sono state istituite. L'istituzionalizzazione mantiene sempre aperta la comunicazione tra il diritto e le sue radici sociali. Perfino nella prospettiva di Santi Romano, fondatore di quell'istituzionalismo giuridico che ravvisa assoluta coincidenza tra istituzione e ordinamento giuridico, le istituzioni sono tutte le organizzazioni del potere sociale che imprimono una struttura stabile e permanente al gruppo sociale e il diritto è un'entità sociale in cui le regole sono solo un aspetto di un insieme organizzato. Non vi può essere in tale prospettiva organizzazione senza un riferimento diretto a ciò che viene organizzato. Ciò che impone una separazione necessaria tra diritto e giuridico spiega come il fenomeno istituzionale sia molto più ampio di quello strettamente giuridico e il riferimento del diritto alla società umana gli conferisca un carattere istituzionale³. L'eccedenza della istituzione rispetto al diritto persino nella prospettiva di Santi Romano evidenzia il carattere irriducibile della istituzione stessa al diritto, in quanto le norme sono soltanto dei mezzi

3 Romano, S. 2018. *L'ordinamento giuridico* (a cura di Croce, M.), Quodlibet, Macerata.

con i quali si adempie alla funzione del diritto che è dunque eminentemente anti-normativistica (Romano 1951, p. 85). La funzione del diritto è la persistenza al di là delle norme. Neanche la prima posizione del diritto è data dalle norme: «il diritto è, anzi tutto, posizione, organizzazione di un ente sociale» (Santi Romano 1951, p. 51). Ciò sul quale si consuma invece, invece, l'equivoco di fondo del modello europeo di regolamentazione dei dati che necessita di essere ripensato specie alla luce delle sfide globali. L'eccedenza delle capacità istituzionali rispetto al diritto si misura infatti in termini di effetti diffusi, ma non in termini di preclusione di scelte (Deleuze 2014, p. 129; Searle 2010, p. 90)⁴.

Su questi due aspetti si ragionerà nel prossimo paragrafo.

2. L'Unione Europea come standard-setter digitale globale

Per comprendere la valenza dell'istituzionalismo digitale europeo, Anu Bradford ha scelto l'angolazione del cosiddetto Bruxelles Effect, termine coniato nel 2012 (Bradford 2012, p. 1) e ripreso nel corso degli anni (Bradford 2020, 2023), verificando il posizionamento dell'Unione Europea (UE) in un contesto globale come regolatore globale e interlocutore internazionale. Questo fenomeno si riferisce in generale alle modalità attraverso le quali l'UE riesce a influenzare la legislazione di altri Paesi o ad attrarre imprese straniere nel proprio mercato, imponendo loro di conformarsi al diritto dell'UE. Ciò ha a che fare con una concezione diffusa che presume una migliore protezione dei dati e di riflesso dei diritti degli individui e delle imprese da parte del legislatore europeo cui bisogna uniformarsi anche in termini di costi quando ci si rivolge al mercato europeo.

Tuttavia, bisogna considerare che la dimensione esterna dell'Unione Europea è parte integrante del processo di integrazione che si compone essenzialmente di commercio, attività legislativa, contenzioso e lobbying. Gli obiettivi principali di questa composizione sono: l'aumento delle transazioni economiche, la costruzione dell'effetto Bruxelles (che verrà esaminato nello specifico), la capacità delle autorità sovranazionali di produrre legislazione; il funzionamento del sistema regolatorio della Commissione europea; l'istaurazione di una complessa serie di anelli burocratici di collegamento che determinano e rafforzano ampiamente il corso dell'integrazione (Newell 2022, p. 59; Graziano e Vink 2013, pp. 31, 32; Fligstein 2000, pp. 25-27).

⁴ In Deleuze appare convincente il concetto di fatto istituzionale come interpretazione di un evento da parte di una comunità che è parte integrante del suo significato. Un fatto istituzionale qualifica simbolicamente atti o fatti della vita sociale, cfr Searle, J. 2010. «A general theory of institutions and institutional facts: language and social reality», in *Making the social world: the structure of human civilization*, OUP, 2010, 90-122.

Un concetto che sembra essere centrale nella comprensione di questo fenomeno complesso è l'estensione unilaterale del diritto e del potere normativo dell'UE al fine di imprimere un modello culturale sui mercati globali, quello appunto della protezione dei diritti e del mercato regolato. Per Bradford, la globalizzazione normativa unilaterale si verifica quando un singolo Stato è in grado di esternalizzare le proprie leggi e i propri regolamenti al di fuori dei propri confini attraverso meccanismi di mercato, con conseguente globalizzazione degli standard. Questo processo può essere distinto dalla globalizzazione politica degli standard normativi, in cui la convergenza normativa deriva da standard negoziati, oggetto di trattati internazionali o di accordi tra Stati o autorità di regolamentazione. Esso si distingue anche dalla coercizione unilaterale, in cui una giurisdizione impone le proprie regole alle altre attraverso minacce o sanzioni. La globalizzazione normativa unilaterale è invece il processo mediante il quale una normativa di una determinata giurisdizione migra in un'altra in assenza di una sua imposizione attiva o di una sua adozione volontaria (Bradford 2012, pp. 3-4).

In proposito, l'autrice distingue molto efficacemente il *de facto* e il *de jure* Bruxelles effect: mentre l'UE regolerebbe soltanto il suo mercato interno, le multinazionali sarebbero spesso incentivate a standardizzare la loro produzione a livello globale e ad aderire a un'unica regola. Questo approccio converte la regola dell'UE in una regola globale: il cosiddetto "de facto Bruxelles effect". Infine, dopo che queste imprese orientate all'esportazione hanno adattato le loro pratiche commerciali per soddisfare i rigorosi standard dell'UE, spesso sono incentivate a fare pressioni sui loro governi nazionali affinché adottino questi stessi standard, nel tentativo di livellare le condizioni di concorrenza rispetto ai propri concorrenti domestici riluttanti nei confronti dell'esportazione: il cosiddetto "de iure Bruxelles effect" (Bradford 2012, p. 6). Sostanzialmente si tratta dapprima di una conformità fuori casa e in seguito di una conformità in casa, in quanto è utile sostanzialmente un framework regolatorio compatto.

Sebbene con il Bruxelles Effect Bradford si riferisca chiaramente a istituzioni normative in grado di stabilire standard in materia di politica della concorrenza, tutela ambientale, sicurezza alimentare, protezione dei dati e della privacy o moderazione dei contenuti nei social media attraverso le sole forze del mercato, bisogna considerare che l'esternalizzazione normativa nella sua versione formale o informale sia necessaria ma non sufficiente per creare istituzioni. L'UE è consapevole che il processo di istituzionalizzazione di un fenomeno emergente non possa esaurirsi nell'istituzionalismo normativo – al contrario di quanto afferma la versione dell'istituzionalismo di Hauriou secondo la quale «le istituzioni nascono, vivono e muoiono giuridicamente» (Hauriou 1967, p. 13) in quanto funzione precipua delle istituzioni sarebbe quella di riprodurre l'ordine (Salvatore 2021, p. 157). Ciò risulta evidente se si osserva la funzione di modello culturale prima ancora che prettamente

giuridico che il diritto europeo mira a esercitare a livello globale che, tuttavia, a ben guardare, non è dissimile negli effetti dal modello di Hauriou: sono gli atti giuridici che creano i fatti giuridici e non viceversa. Tuttavia l'EU preferisce giocare la carta del proprio primato regolatorio non potendo invece competere dal punto di vista tecnologico e della concentrazione dei capitali, in quanto il carattere interazionale del diritto riesce a determinare un vantaggio. L'UE risolve infatti riflessivamente il problema della impossibilità di segmentazione del mercato digitale attraverso la riproduzione della regolazione, producendo cioè regolazione sulla regolazione e sfilacciando il mercato digitale in diversi spazi normativi, i cosiddetti European Data Spaces. Gli European Data Spaces sono di fatto *infrastrutture di dati e quadri di governance*, che facilitano l'aggregazione, l'accesso e la condivisione dei dati in diversi settori regolatori come agricoltura, patrimonio culturale, energia, finanza, industria, lingua, media, trasporti e pubblica amministrazione⁵. Il primo spazio dei dati messo a punto con il Regolamento (EU) 327/2025 di recente adozione sullo spazio europeo dei dati sanitari, prevede regole settoriali di accesso e uso dei dati elettronici sanitari. In questo modo l'Unione Europea razionalizza l'impossibilità di un mercato unico dei dati attraverso ecosistemi di dati che funzionano *ratione materiae*. Infatti, beneficiando della sua rinomata esperienza di interlocutore globale e del suo attuale e promettente ruolo di innovatore giuridico, l'UE ha prima inteso costruire un atto legislativo di grande successo, il GDPR, dotandolo di ampia portata extraterritoriale, per poi plasmare la regolamentazione dei dati attraverso la Strategia UE sui dati in modo composito ed eterogeneo, sulla base di quello che Fahey chiama il vantaggio del "first mover" (cioè del GDPR).

Indubbiamente il fattore di forza è rappresentato dalla capacità mimetica dell'UE, che si sostanzia nella produzione di regole capaci di azionare la reazione di altri Paesi nell'utilizzare strumenti di cooperazione per influenzare i mercati finanziari e i mercati di esportazione. In fin dei conti, con Hauriou, questo meccanismo è istituzionale perché interazionale (Salvatore 2021, pp. 171-174). Nel contesto del commercio digitale l'approccio europeo risulta paradossale: l'UE adotta infatti un approccio protezionistico rispetto ai dati personali per limitare i flussi di dati transfrontalieri ma opera una frammentazione del commercio attraverso la regolamentazione settoriale dei flussi di dati stessi. In questo scenario la cooperazione normativa, come esemplificata negli accordi commerciali preferenziali, comprende l'istituzione di gruppi di lavoro o comitati, il coordinamento dello scambio di informazioni, la conclusione di accordi e gli accordi di mutuo riconoscimento. In pratica, il multilateralismo è spesso sostituito dal bilateralismo nelle relazioni esterne,

5 Second staff working document on data spaces, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/second-staff-working-document-data-spaces>.

attraverso il quale l'Europa aggiusta e mette a punto il focus delle sue politiche, le politiche di “carve-out” per l'appunto, come sostiene Fahey. Se da un lato questa constatazione conferma le carenze del diritto come chiave di volta culturale per uniformare il mercato⁶, dall'altro rivela una tensione tra il tentativo di trovare una risposta al ruolo dei costrutti giuridici e la forza istituzionale propria dei dati, che non si sovrappone strettamente alla regolazione giuridica ma la orienta verso i suoi effetti.

3. Quale forma di istituzionalizzazione per i dati nel contesto globale?

Il motore dell'istituzionalizzazione marchiato UE si traduce sovente nella capacità creativa di standard internazionali nella regolamentazione dei flussi di dati e in particolare nei trasferimenti di dati all'estero.

Tuttavia, il modo in cui Cina e Stati Uniti considerano gli standard europei porta a chiare differenze nei processi istituzionali. A seconda che la “mimesi”, per usare l'espressione di Papakonstantinou e De-Hert (Papakonstantinou e De Hert 2022, p. 52), sia spessa o sottile, i processi alla base della condivisione dei dati e, più in generale, della regolazione dei flussi di dati possono essere di *hard law* o di *soft law*, generalmente legati alla cooperazione normativa e al commercio internazionale (Miadzvetskaya 2023, p. 13). Peraltro in molti altri ambiti la europeizzazione produce un effetto quasi moralizzante, vale a dire di adesione a un sistema di valori, che consiste nell'innovare, regolare ed esternalizzare attraverso e per mezzo delle istituzioni che assicurano il rispetto dei diritti e dei principi democratici. Ciò è più evidente se si guarda al ruolo delle corti europee nell'impostare le controversie politiche dell'UE, e ha anche la sua rilevanza nell'azione esterna, considerando la competenza della Corte di Giustizia nell'esprimere pareri sulla compatibilità degli accordi internazionali con i Trattati Europei.

Oltre alla forza normativa della cooperazione, la capacità istituzionale dell'UE in relazione ai dati deve essere letta anche nel contesto delle battaglie orizzontali che nella ricostruzione di Bradford l'UE sta combattendo con i suoi concorrenti: contro la Cina e contro gli USA. L'istituzionalizzazione dei dati mette alla prova il ruolo dell'UE come principale legislatore mondiale e interlocutore globale nelle politiche digitali. Ciò significa infatti che i dati stessi diventano oggetto di regolazione e basi di scambio per le pratiche sociali. Tuttavia, ciò implica il rischio che anche le norme giuridiche possano essere considerate come dati o indicatori, nel senso che possono essere

6 Rifacendosi a teorizzazioni classiche come quella di Keohane sugli effetti istituzionali che scaturiscono dai poteri piuttosto che dai regimi consolidati, cfr R Keohane 2002. *Ironies of Sovereignty: The European Union and the United States*, 42 *Journal of Common Market Studies* 743.

meramente descrittive di contenuti normativi in modo decontestualizzato, appunto, come “dati”. Un grande storico del diritto, Yan Thomas, studioso delle istituzioni mette tuttavia in guardia sul punto: “Nel mondo delle istituzioni niente può avere lo statuto di dato” (Thomas 2022, p. 71). In tal senso, cioè nell’ottica antinormativistica, ha ragione Fahey quando osserva che i Big Data hanno probabilmente effetti infrastrutturali, portando alla trasformazione delle basi istituzionali che i regimi normativi esistenti tendono a trascurare (Fahey 2022, p. 19). In tal senso, dunque, probabilmente l’istituzionalismo digitale europeo è più vicino al modello di Hauriou rispetto a quello di Santi Romano, perché sono le regole a creare istituzioni, che però costituiscono «la chiave di accesso alla comprensione del diritto» (Salvatore 2021, p. 156).

La cooperazione normativa è proprio l’ambito in cui i partner negoziali possono adottare volontariamente alcuni standard, evitando allo stesso tempo di conformarsi al diritto dell’UE nei casi in cui potrebbe risultare scomodo. Un esempio di tale tendenza è la cooperazione transatlantica, che concilia costantemente dialoghi informali (tra regolatori e stakeholder) con processi legislativi formali (accordo PNR, TFTP, Umbrella Agreements, negoziati sulle e-Evidence, Safe Harbour e Privacy Shield sul trasferimento dei dati all’estero) tentando di contrastare la forza economica delle big tech. Nella dialettica transatlantica, una delle battaglie descritte da Bradford e combattute dall’UE è infatti proprio quella verticale contro i giganti digitali. Il suo esito binario consiste nella prevalenza o nel fallimento dell’UE di fronte al resto del mondo. La convergenza transatlantica sugli standard normativi, dal diritto della concorrenza alla privacy e alla libertà di espressione, può avere una forza istituzionale talvolta insufficiente a creare incentivi significativi per nuovi attori che si affacciano sul mercato europeo. Per la Cina rileva spesso la funzione contenziosa svolta l’UE davanti al WTO, che consiste nel sostenere le distorsioni del capitalismo sulla base di procedure e usi commerciali istituzionalizzati. Dal canto suo, l’UE svolge un ruolo difensivo attraverso la legislazione degli Stati membri volta a limitare la leadership globale della Cina nelle telecomunicazioni e a contrastare l’emblematica architettura cinese del Golden Shield Project volta al controllo serrato dei dati in entrata e in uscita, ma anche nel campo della sicurezza per promuovere i propri valori (EU Cybersecurity Strategy). In questo caso, lo sfasamento tra capacità istituzionale dei flussi di dati e regolazione è confermato positivamente dal fatto che la conformità della Cina al modello normativo europeo può avvenire, ed effettivamente avviene, sulla carta (convergenza inversa), mentre quello che Fahey chiama “effetto Bruxelles inverso” o altri autori “effetto Pechino” consiste nel fornire infrastrutture digitali, incluse le componenti materiali, ai Paesi emergenti, coprendo sostanzialmente le esigenze infrastrutturali dentro e fuori i confini e discostandosi completamente nella sostanza dai valori e dai diritti fondamentali dell’UE.

4. L'effetto istituzionale della localizzazione dei dati

Nonostante i diversi concetti di istituzionalismo nelle relazioni esterne come mimetico (mera trasposizione di standard normativi), conflittuale (creazione di standard opposti per contrastare l'approccio dell'UE) o complementare (uso sostanziale e formale nonché personalizzato degli standard), la localizzazione dei dati rappresenta un punto di convergenza del processo di istituzionalizzazione regolatorio e tecnologico. L'obbligo per le aziende di conservare i dati in loco è testualmente previsto dalla Cybersecurity Law cinese; in Europa, invece, è l'effetto prodotto dalla disciplina restrittiva e disincentivante in materia di trasferimenti dei dati, personali e non personali, all'estero.

Nelle relazioni esterne, infatti, è interessante notare come la cooperazione normativa possa anche fare a meno dell'enfasi regolatoria, in quanto si possono realizzare effetti simili anche con tecniche emulative. Tuttavia, se la tendenza europea alla localizzazione dei dati rappresenta davvero l'orizzonte di una nuova forma istituzionale stabile, non più apparentemente basata sulla fiducia nel rispetto di standard concordati, allora il senso della cooperazione internazionale rimane spesso soltanto sulla carta. Se in nome della competizione tra sistemi si deve sacrificare il principio della libera circolazione dei dati, non siamo più sicuri che i valori distintivi dell'Europa siano poi così distinti (Kuner 2013, p. 186; Kuner 2019, p. 135). La soluzione della localizzazione dei dati, soprattutto in relazione ai trasferimenti di dati e alle possibili architetture di sovranità digitale, garantirebbe in maniera più agevole l'applicabilità territoriale del diritto dell'UE senza dover ricorrere all'extraterritorialità. In questo senso vanno lette le aperture apparentemente contraddittorie della Corte di Giustizia riguardo alle ingiunzioni di rimozione dei contenuti digitali illegittimi a livello globale (alla luce della natura globale del commercio elettronico)⁷ e, al contrario, la chiusura nei confronti del diritto all'oblio, che non comporta obblighi globali di deresponsabilizzazione ai sensi del diritto dell'UE⁸. Persino l'attivismo della Corte di Giustizia può plausibilmente intendersi nella sua essenza istituzionalistica. Infatti, nell'ambito della cybersecurity, dove l'approccio cinese e quello europeo sembrano più divergenti, essendo il primo stato-centrico e volto a realizzare la cybersovereignty e il secondo difensivo e garantista, parrebbe invece che dopo il caso Schrems II vi sia stata invece una tendenza convergente, rappresentata dall'obiettivo della localizzazione dei dati. E infatti in questo caso la Corte di Giustizia per la seconda volta in pochi anni ha dichiarato non conforme al diritto europeo le condizioni di trasferimento

⁷ Caso C-18/18, *Eva Glawischnig-Piesczek v Facebook Ireland Limited*, EU:C:2019:821.

⁸ Caso C-507/17, *Google LLC v Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)*, EU:C:2019:772.

dei dati personali in USA in quanto non aventi un livello sufficientemente adeguato di protezione individuale. La localizzazione dei dati quale forma di istituzionalismo digitale è effettivamente interessante perché contraddice esattamente il principio di libera circolazione dei beni e delle persone, la prima delle quattro libertà fondamentali del mercato interno.

Da questo punto di vista quindi, se l'UE ammettesse il proprio tentativo di aggirare un principio giuridico cardine di tutta una fase di istituzionalizzazione, quello della libera circolazione dei dati, affievolirebbe il carattere distintivo della istituzionalizzazione europea che è eminentemente regolatoria al di là dei principi.

5. I vantaggi dell'istituzionalismo digitale

Tradizionalmente, le istituzioni vanno di pari passo con il ruolo del pubblico, ma se accettiamo la plausibilità di un concetto come l'istituzionalismo digitale, allora dovremmo essere disposti ad accettare forme ibride. Inoltre, pur potendo analizzare diversi aspetti legati ai processi istituzionali, questi possono essere valutati solo come processi complessivi.

L'elemento di consuetudine deriva dal fatto che l'istituzionalismo, digitale o meno, possa essere inteso come un insieme di processi profondamente legati alla storicità dei fenomeni e fortemente condizionati dai processi sociali in cui essi si collocano; questi processi non si esauriscono in un elemento decisionale e autoritativo comune al diritto statale, con buona pace di Santi Romano e di Hauriou (non di Schmitt). In breve, l'istituzionalizzazione in questo senso è facilmente riconoscibile come un processo di co-produzione e non come un processo di posizionamento (Caporaso e Stone Sweet 2001, pp. 221-236). Tuttavia, l'istituzionalismo digitale è irriducibile a un unico soggetto, l'ordinamento giuridico nella versione di Santi Romano o le istituzioni-cose in quella di Hauriou, perché implica una creatività generata da diversi attori – primi fra tutti, esecutivi nazionali, agenzie e stakeholders - nonostante sia veicolata dalla macchina artificiale delle istituzioni europee, che è essenzialmente normativa e regolatoria, anche se composita (Hofmann, Rowe, Türk 2011; Curtin 2009). Si tratta di un modello di istituzionalismo che non è guidato dalla pratica sociale o dalle infrastrutture tecnologiche o dalla partecipazione politica al processo decisionale; pretende di preesistere rispetto ai fatti legati al suo ambito di applicazione. La preesistenza della regolamentazione digitale rispetto alle pratiche digitali o alle stesse infrastrutture tecnologiche – secondo la quale è necessario dapprima cristallizzare i significati degli oggetti regolatori in regole e poi associarli a una realtà sociale e empirica - introduce tuttavia una componente decisionale a monte che viene resa operativa nel mercato unico digitale con meccanismi di valutazione giuridica *ex post*. L'istituzionalismo

digitale europeo supera concetti quali impatto sociale, legittimità democratica, libera circolazione di beni e persone. In questo modo, l'UE assume le vesti dell'innovatore, in quanto mero creatore di un modello normativo tecnologico che persegue l'uniformità tra gli Stati membri e nelle relazioni esterne, e dell'interlocutore globale, come tale incline alla deferenza rispetto ai processi tecnocratici che spesso sono alla base dell'accordo sugli standard internazionali (Infantino 2019, p. 221).

Se questo può apparire relativamente rassicurante in termini di capacità interlocutoria sul mercato, diventa complicato se considerato nell'ambito delle relazioni internazionali che compongono un ordine geopolitico, dove spesso si verificano azioni e reazioni. L'attuale processo istituzionale della politica digitale europea potrebbe infatti dissolversi nell'obiettivo di impedire alle informazioni di viaggiare al di fuori dell'Europa. La regolamentazione del trasferimento dei dati e i progetti di cloud computing che mirano sostanzialmente a incoraggiare individui e imprese a conservare i dati all'interno dell'UE per proteggerli al meglio possono porsi in contrasto con l'obiettivo originario della regolamentazione della protezione dei dati, cioè la libera circolazione dei dati, non invece una forma riflessiva di protezionismo digitale.

Mi riferisco al divario tra regolamentazione europea dei segmenti del mercato digitale e reale potere economico e decisionale delle Big Tech, che può aprirsi a mercati più disinibiti in termini di logiche neoliberiste e imporre le proprie condizioni economiche anche al mercato europeo attraverso ritorsioni e rapporti di forza.

Un modello basato sulla logica dell'imperialismo giuridico (Schmidhauser 1997, p. 337; Headrick 2018), seppur ispirato ai diritti fondamentali, rischia quindi di essere efficacemente contrastato dall'imperialismo tecnologico ed economico (Capri 2024; Hedley 1998, p. 198), poiché è inverosimile che le imprese extraeuropee siano realmente sensibili ai moniti della Corte di Giustizia, che continua a dichiarare gli accordi bilaterali di scambio di dati contrari al diritto europeo. Inoltre, la questione di fondo si riduce spesso alla logica sostanziale della proprietà dei dati, seppur in senso giuridicamente atecnico, cioè non in relazione a un titolo di proprietà: la questione attiene al potere di decidere su chi ha accesso ai dati e chi non lo ha. In effetti, le pratiche istituzionali sono incorniciate nella logica del rifiuto europeo di qualsiasi obbligo di consentire flussi transfrontalieri di dati. In questo modo, incoraggiare le imprese a conservare i dati in Europa richiede innanzitutto il necessario massiccio investimento in infrastrutture per l'archiviazione dei dati, la cui mancanza non fa che limitare gli scambi commerciali e impedire alle imprese di affacciarsi serenamente sul mercato Europeo. Da un lato, infatti, l'UE pretende di imporre un'ipoteca sullo sviluppo delle tecnologie che consentono flussi transfrontalieri di informazioni e sugli attori che vi hanno accesso; dall'altro, non permette ovviamente che

leggi straniere, per quanto meno rigide in termini di garanzie individuali, si impongano sugli operatori europei.

6. Conclusioni: un'ipotesi ricostruttiva

L'ipotesi del superamento della versione di istituzionalismo digitale meramente regolatoria confida nella configurabilità di processi istituzionali digitali ulteriori rispetto a quelli scaturenti dal diritto; ciò non significa affatto rinunciare a incorporare le innovazioni in processi istituzionali. Al contrario, vuol dire monitorare attraverso un sistema di pratiche pubbliche e ripetute i fatti sociali emergenti e fornire risposte non preconfezionate rispetto a principi che poi rischiano di essere disattesi dall'esito dei triloghi. Bisogna però prestare attenzione al fatto che le istituzioni non risolvono problemi distributivi in cui alcuni soggetti vincono e altri perdono, in cui alcuni poteri istituzionalizzano e altri sono istituzionalizzati, ma rappresentano un'arena comune in cui bisogni e soluzioni coesistono e trovano un *modus*, in cui "la vita umana è sempre, positivamente o negativamente, comune", il cui carattere istituyente e istituito è contestuale (Esposito 2023, p. 66), ben lungi da un'idea di società digitale ricomposta. Nelle pratiche istituzionalizzate è impossibile isolare i vari elementi che compongono il puzzle, poiché ogni soggetto alimenta l'altro e nessuno di essi ha una rilevanza redistributiva dell'intero quadro. La logica dell'istituzionalismo è aggregativa e si compone di elementi eterogenei: regole formali e non formali, attori istituzionali e non istituzionali, lawmaking e policymaking, relazioni internazionali, diplomazia e retroscena politici, cultura giuridica e politica. Con questa consapevolezza, l'istituzionalizzazione europea può sì coincidere con una qualche forma di istituzionalismo digitale, purché si riconosca la complessità del processo attraverso il quale si è evoluto lo spazio politico europeo - arene politiche sovranazionali o luoghi di governance, strutturati dalle regole, dalle procedure e dalle attività delle organizzazioni dell'UE (Stone Sweet, Sandholtz, Fligstein 2001). I modelli di istituzionalismo digitale alternativi all'istituzionalismo regolatorio possono essere almeno tre. Il primo si riferisce alle metriche tecnologiche che accompagnano la circolazione dei dati. Esso si basa cioè su pratiche organizzative che mettono insieme conoscenze e competenze esperte, come la conoscenza del software e le capacità ingegneristiche; norme e convinzioni manageriali, come i modelli di business o le narrazioni della digitalizzazione; artefatti materiali e infrastrutture istituzionali, come le metriche tecniche, il cloud computing e gli strumenti di apprendimento automatico; prodotti e servizi digitali, come i servizi digitali e le piattaforme di consumo. Questo conglomerato descrive l'ambiente in cui emergono le forme istituzionali. Il secondo, invece, nasce dalla tensione tra la duplicazione dei contesti e l'adattamento di un nuovo contesto a uno

esistente. È il caso, ad esempio, della contrapposizione tra posizioni come l'eccezionalismo dei dati prospettata da Clopton, che guarda ai dati come nuovi oggetti normativi in senso lato, e la normalizzazione anche nota come *data institutionalism* avanzata da Woods, che invece considera i dati come oggetti compatibili con le categorie esistenti che possono essere al più riconducibili a conflitti giurisdizionali nelle controversie transfrontaliere. Il problema sta nelle soluzioni, che spesso sono insoddisfacenti da un lato e sollevano nuovi problemi di interpretazione dall'altro (Woods 2016, p. 729; Clopton 2016, p. 9). Il terzo è ciò che Adam Hodgkin riferisce alla capacità dei dati di innescare un modo di esprimere la realtà e di mantenerla in modo continuo e ricorsivo, ad esempio attraverso i tweet. Queste forme di espressione sono chiamate "istituzioni di funzione di status" e ruotano attorno alla famosa teoria degli speech acts proposta da John Searle. Egli sostiene che tutti i fatti istituzionali sono creati da speech acts che sono enunciati che servono una o più funzioni nella comunicazione. In questo senso, le dichiarazioni di funzioni di status sono elementi costitutivi delle istituzioni sociali. Prendendo l'esempio dei "tweet", essi non solo fungono da mezzo per comunicare informazioni, ma svolgono anche un'azione reiterativa ("following"), evidenziando le dichiarazioni precedenti, rafforzandole o smentendole, e riscrivendo i metadati sul contenuto dei dati. Il fatto che siano universalmente ripetuti crea un elemento sociale strutturale che è istituzionale perché si autoriproduce (Hodgkin 2017, p. 43).

Questi tre esempi, per ragioni del tutto diverse, evidenziano la presenza di forze che emergono dal basso come piccoli frammenti che non possono essere separati dal tutto. L'istituzionalismo digitale può dunque essere inteso anche come un processo che emerge dalla natura stessa dei dati, che si sprigiona dal loro uso riconfigurando lo spazio a varie latitudini – politiche, relazionali, normative, geografiche - anche indipendentemente dalla regolazione. L'Europa rischia di fare un giro di boa perché, pur riconoscendo questo potenziale, rimane stretta nella morsa della competizione con altre giurisdizioni e altri mercati, che gestisce, come fosse un processo top-down, attraverso la burocratizzazione e molteplici forme di riflessività. Se l'istituzionalismo digitale trova un proprio sviluppo compatibile con i principi democratici e resiste all'appropriazione da parte delle big tech, sarà la natura stessa dei dati - liberi di circolare e non appropriabili - a ricomporre un ordine possibile all'interno della propria storia, una storia di punti di accesso e punti di controllo a volte dipendenti dalle infrastrutture, talvolta dalla regolazione, talaltra dalle logiche di mercato o dalla geopolitica. L'istituzionalismo digitale europeo potrebbe dunque, così mentre si edifica all'interno del processo di integrazione europea, al contempo depurarsi da una idea di normatività ultronea che spegne la propria forza istituzionale proprio perché non rispondente ai bisogni e ricercare nuove fonti di ispirazione più aderenti alla realtà.

Bibliografia

- Bourdieu, P., (1994), *Raisons pratiques. Sur la théorie de l'action*, Paris, Seuil.
- Bradford, A., (2012), The Brussels Effect, *Northwestern University Law Review*, 107,1, pp. 1-67.
- Bradford, A., (2020), *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World*, Oxford, OUP.
- Bradford, A., (2023), *Digital Empires. The Global Battle to Regulate Technology*, Oxford, OUP.
- Clopton, Z.D., (2016), Data Institutionalism: A Reply to Andrew Woods, *Stanford Law Review Online*, 69, pp. 9-16.
- Caporaso, J.A., Stone Sweet, A., (2001), Conclusion: Institutional Logics of European Integration, in Stone Sweet, A. - Sandholtz, W. - Fligstein, N., eds., *The Institutionalization of Europe*, Oxford, OUP, pp. 221-236.
- Capri, A., (2024), *Techno-Nationalism. How it's Reshaping Trade, Geopolitics and Society*, Hoboken, Wiley.
- Croce, M., (2023), L'anima doppia dell'istituzionalismo giuridico. Carl Schmitt vs. Santi Romano, *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, pp. 255-263.
- Curtin, D., (2009), *The Executive Power of the European Union: Law, Practices, and the Living Constitution*, Oxford, OUP.
- Deleuze, G., (2014), *Istinti e Istituzioni*, Milano, Mimesis.
- Espósito, R., (2023), *Vitam Instituere. Genealogia dell'istituzione*, Torino, Einaudi.
- Fahey, E., (2022), *The EU as Global Digital Actor: Institutionalizing Global Data Protection, Trade, and Cybersecurity*, Londra, Bloomsbury.
- Hauriou, M., (1967), *Teoria dell'istituzione e della fondazione* (a cura di W. Cesarini Sforza), Milano, Giuffrè.
- Headrick, D.R., (2018), *Il predominio dell'Occidente. Tecnologia, ambiente, imperialismo*, Bologna, Il Mulino.
- Hedley, R.A., (1998), Technological Diffusion or Cultural imperialism?: Measuring the Information Revolution?, *International Journal of Comparative Sociology*, 39, pp. 198-211.
- Hodgkin, A., (2017), *Following Searle on Twitter: How Words Create Digital Institutions*, Chicago, The University of Chicago Press.
- Hofmann, H.G.H., Rowe, G.C., Türk, A., (2011), *Administrative Law and Policy of the European Union*, Oxford, OUP.
- Infantino, M., (2019), *Numera et impera. Gli indicatori giuridici globali e il diritto comparato*, Milano, Franco Angeli.
- Graziano, P., Vink, M., (2013), Europeanization: Concepts, Theory, and Methods, in Bulmer, S., Christian Lequesne, C., eds., *The Member States of the European Union* (II ed.), Oxford, OUP, pp. 31-54.

- Fligstein, N., (2000), The Process of Europeanization, *Politique Européenne*, 1, 1, pp. 25-42.
- Keohane, R., (2002), Ironies of Sovereignty: The European Union and the United States, *Journal of Common Market Studies*, 42, pp. 743-765.
- Kuner, C., (2013), *Transborder Data Flow Regulation and Data Privacy Law*, Oxford, OUP.
- Kuner, C., (2019), The Internet and the Global Reach of EU Law, in Cremona, M., Scott, J., eds., *EU Law beyond EU Borders: The Extraterritorial Reach of EU Law*, Oxford, OUP, pp. 112-145.
- Maroni, M., (2021), An Open Internet? The Court of Justice of the European Union between Network Neutrality and Zero Rating, *European Constitutional Law Review*, 17, pp. 517-537.
- Miadzvetzskaya, Y., (2023), Data Governance Act: On International Transfers of Non-Personal Data and GDPR Mimesis, *European Data Protection Law Review (EDPL)*, 9, 1, pp. 13-26.
- Newell, J.L., (2022), *European Integration and the Crisis of Social Democracy*, Londra, Palgrave MacMillan.
- Olgiate, V., (2013), L'istituzionalismo italiano e la sociologia del diritto in Santi Romano, in Febbrajo, A., a cura di, *Le radici del pensiero sociologico-giuridico*, Milano, Giuffrè, p. 185-241
- Papakonstantinou, V., De Hert, P. (2022). The Regulation of Digital Technologies in the EU: The law-making phenomena of “actification”, “GDPR mimesis” and “EU law brutality”, *Technology and Regulation*, pp. 48-60.
- Pennisi, C., (2024), *Il diritto come rappresentazione del sistema giuridico. Spunti di sociologia del diritto*, Rimini, Maggioli.
- Pistor, K., (2019), *The Code of Capital. How the Law Creates Wealth and Inequality*, Princeton, Princeton University Press.
- Romano, S., (1951), *L'ordinamento giuridico*, Firenze, Sansoni.
- Rouet, G., Côme, T., eds., (2023) *Participatory and digital democracies at the local level: European discourses and practices*, Cham, Springer.
- Salvatore, A., (2021), Al limite estremo. L'istituzionalismo giuridico di Maurice Hauriou, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 50, pp. 151-179.
- Schmitt, C., (2022), *Costituzione e istituzione* (a cura di M. Croce e A. Salvatore), Macerata, Quodlibet.
- Schmidhauser, J.R., (1997), The European Origins of Legal Imperialism and Its Legacy in Legal Education in Former Colonial Regions, *International Political Science Review*, 18, 3, pp. 337-351.
- Searle, J., (2010), *Making the social world: the structure of human civilization*, Oxford, OUP.
- Sgueo, G., (2023), *The design of digital democracy*, Cham, Springer.

- Stone Sweet, A., Sandholtz, W. and Fligstein, N., eds., (2001), *The institutionalization of Europe*, Oxford, OUP.
- Tarantino, A., (1976), *La teoria della necessità nell'ordinamento giuridico. Interpretazione della dottrina di Santi Romano*, Milano, Giuffrè.
- Woods, A.K., (2016), Against Data Exceptionalism, *Stanford Law Review*, 68, pp. 729-789.
- Zuboff, S., (2023), *Il capitalismo della sorveglianza*, Luiss University Press, 2023.

Discrezionalità artificiale e giudizio algoritmico

Artificial Discretion and Algorithmic Judgment

LUIGI COMINELLI¹

Sommario

L'articolo esplora l'impatto della digitalizzazione e dell'intelligenza artificiale (IA) sul sistema giudiziario e amministrativo, concentrandosi su "discrezionalità artificiale" e "giustizia digitale". La digitalizzazione può semplificare gli adempimenti, ma una sua cattiva implementazione può complicare ulteriormente i processi. Le tecnologie IA, invece, presentano sfide qualitative: possono automatizzare l'apprendimento e la decisione, adattando il comportamento in base ai dati acquisiti. Tuttavia, l'IA comporta anche rischi di errori. Nel contesto giuridico, l'IA non sostituirà a breve l'analisi delle politiche pubbliche, ma piuttosto la supporterà, ad esempio, attraverso l'analisi degli umori del pubblico sui social network e la realizzazione di analisi di impatto più accurate. La "giustizia digitale" include l'uso di algoritmi per decisioni giudiziarie, sollevando preoccupazioni su *bias* e pregiudizi. Sebbene l'IA possa supportare il lavoro intellettuale, il decisore umano rimane insostituibile in molte situazioni, in particolare quando è necessaria discrezionalità. È necessario un uso etico e appropriato dell'IA, per evitare di pregiudicare l'equità delle decisioni e mantenere il controllo umano nelle decisioni critiche.

Parole chiave: diritto, algoritmo, discrezionalità, decisione, amministrazione, giurisdizione

Abstract

The article explores the impact of digitisation and artificial intelligence (AI) on judicial and administrative systems, focusing on 'artificial discretion' and 'digital justice'. Digitisation, in a broad sense, can simplify tasks, but its poor implementation can complicate processes further. AI technologies, by contrast, present qualitative challenges: they can automate learning and decision-making by adapting behaviour based on accumulated data. However,

¹ Dipartimento di scienze Giuridiche "C. Beccaria", Università degli Studi di Milano. luigi.cominelli@unimi.it.



AI also entails the risk of errors. In the legal context, AI is unlikely to replace public policy analysis in the near future; instead, it is expected to support it, e.g., by analysing public sentiment on social networks and conducting more accurate impact assessments. ‘Digital justice’ includes the use of algorithms in judicial decisions, raising concerns about bias and prejudice. Although AI can support intellectual work, human decision-makers remain irreplaceable in many situations, particularly when discretion is required.

Keywords: Law, Algorithm, Discretion, Decision, Administration, Jurisdiction

1. Introduzione

La relazione/articolo di Monica Raiteri cita i due aspetti della semplificazione e della proceduralizzazione. Sono due valori entrambi apprezzabili scaturenti da principi costituzionali, ma il cui potenziale contrasto non è sempre letto e gestito correttamente dalle nostre istituzioni.

La digitalizzazione in senso lato implica l’abbandono della burocrazia cartacea e, se implementata con gli strumenti giusti, porta alla semplificazione degli adempimenti. Come sappiamo bene, non sempre è così: una digitalizzazione di cattiva qualità o realizzata con strumenti impropri, uniti a un modesto tasso di alfabetizzazione informatica nella popolazione², cancellano ogni potenzialità semplificatoria e anzi creano ulteriore complicazione. Anche la proceduralizzazione del diritto a scopo di garanzia, paventa Raiteri, rischia di incidere negativamente sull’asimmetria di potere tra cittadino e istituzioni. Le dinamiche burocratiche descritte dai maestri della sociologia (Merton 1983; Weber 1995) si replicano in epoca moderna con le società democratiche (Coser 1974; Crozier 1962), ed ineluttabilmente producono logiche di chiusura e distanziamento che si scontrano con gli scopi dichiarati da qualsiasi riforma amministrativa (Cassese 2001) e con le esigenze di apertura indicate dalle dottrine del New Public Management (Peters e Pierre 1998).

Oggi la digitalizzazione indica però in un senso più specifico anche tecnologie che impattano sul contenuto dei nostri diritti. L’effetto della tecnologia sul mondo del diritto è un tema che sempre più dovrà interessare giuristi e cittadini. Gli avanzamenti nel campo dell’intelligenza artificiale generativa hanno alzato il livello dell’attenzione: il 63% degli avvocati interpellati a livello internazionale da LexisNexis ritiene che l’IA cambierà il

2 L’Italia, ad esempio, è al quart’ultimo posto tra i paesi dell’Unione europea per competenze digitali: Istituto Nazionale di Statistica, *Cittadini e competenze digitali*, <https://www.istat.it/it/files/2023/06/cs-competenzedigitali.pdf>, consultato il 15 maggio 2024.

modo in cui il diritto è insegnato e studiato; il 47% ritiene che vi sarà un impatto significativo o trasformativo sull'esercizio delle professioni forensi³. Complessivamente, il 77% crede che l'impatto sarà in generale positivo, permettendo al legale di concentrarsi sulle attività a più alto valore intellettuale come l'analisi del caso e la consulenza, ad aiutandolo nelle attività ripetitive o di natura amministrativa e segretariale. Le preoccupazioni riguardano la qualità e l'affidabilità del lavoro delle IA, e la necessità di un uso etico⁴. Non si tratterebbe sicuramente della “fine degli avvocati” preconizzata da Susskind (2023).

Tra gli effetti dell'automazione del lavoro intellettuale c'è lo stesso “effetto di sostituzione” della forza lavoro umana da parte del capitale che già da qualche secolo interessa il lavoro manuale (Acemoglu e Restrepo 2019, 2020). Con taluni tipi di automazione a basso valore aggiunto, tale effetto rischia semplicemente di fare scomparire posti di lavoro senza creare contestualmente opportunità e campi di impiego alternativi (Acemoglu e Restrepo 2020, p. 3). Tra gli esempi di automatizzazione positivi, che cioè non minacciano la centralità del fattore produttivo umano, vi sono l'*educazione*, dove le modalità di interazione dell'insegnante con la classe non sono cambiate negli ultimi secoli, e dove potrebbe essere utile potenziare l'insegnamento con attività dirette a singoli o sottogruppi, oppure l'*assistenza sanitaria*, dove non mancano le opportunità di svolgere compiti ausiliari di cura, rispetto ai quali il lavoro umano non sempre riesce a tenere il passo, per finire con la *realtà aumentata*, grazie alla quale il lavoro umano si gioverebbe di un incremento delle abilità percettive e di monitoraggio (Acemoglu e Restrepo 2020, p. 7). Una buona automazione incrementa notevolmente la produttività, e contribuisce indirettamente alla creazione di domanda per compiti non automatizzabili nei quali il fattore umano ha un vantaggio competitivo, oltre a creare nuovi impieghi nel settore dell'automazione stessa. Sono quindi paradossalmente le forme di automazione che creano minore incremento di produttività e dunque meno innovative, a creare un rischio di sostituzione.

Nel campo delle professioni intellettuali, le ricerche empiriche sulla consulenza professionale hanno evidenziato che se l'applicazione dell'IA ai *large language models* tende a generare output di qualità media percepita più alta e in un tempo minore, l'intervento umano è ancora quello che può generare soluzioni più innovative e salti di paradigma (Bossieux et al. 2023, p. 5). In questi contesti, il noto problema delle “allucinazioni” dei *large language models*, cioè il rischio che l'IA restituisca risposte verosimili ma fondate su circostanze del tutto inventate, può essere trasformato in uno strumento di generazione di idee a supporto della creatività umana (Girotra et al. 2023, p.

3 Lexis Nexis, International Legal Generative AI Report, 2023, pp. 3-4.

4 Ivi, p. 11.

4). L'intervento umano è comunque essenziale nella valutazione e selezione delle opzioni generate.

Un altro recente studio ipotizza che i maggiori benefici delle IA generative riguardano i lavoratori intellettuali che si collocano sotto la media delle performance (Dell'Acqua et al. 2023, p. 11). Uno dei rischi impliciti in questo caso sarebbe quello della sostituzione dei lavoratori ancora in fase di training, come i più giovani (Dell'Acqua et al. 2023, p. 18). Alcuni esperimenti hanno provato che chatGPT e sistemi generativi concorrenti sono in grado di arrivare molto vicino a passare (talvolta riuscendoci) gli esami di abilitazione alla professione medica, senza nessuno tipo di training specializzato (Kung et al. 2023).

2. Automazione, intelligenza artificiale e diritto

Problemi parzialmente diversi pone l'uso dell'intelligenza artificiale nell'azione amministrativa e di governo. Il fatto che queste ultime siano improntate alla discrezionalità ha spinto taluni a coniare l'espressione "discrezionalità artificiale" (Young, Bullock, and Lecy 2019), applicabile ad almeno quattro aspetti fondamentali delle attività amministrative: analisi, previsione, decisione e monitoraggio⁵. Anche se ogni attività decisionale può già da tempo giovare degli strumenti informatici e della loro potenza di calcolo e di organizzazione delle informazioni, l'intelligenza artificiale modifica il processo da un punto di vista qualitativo in virtù di due aspetti: 1) è progettata per automatizzare l'apprendimento e la decisione grazie alla rappresentazione matematica e astratta dei problemi; 2) quanto più acquisisce nuovi dati, tanto più adatta il proprio comportamento modificando le euristiche decisionali (Young, Bullock, e Lecy 2019, p. 301).

Come per ogni sistema automatizzato, sussiste sempre il rischio di errori. Un celebre esempio è quello dell'autorità olandese per il welfare dell'infanzia, la quale ricorse a un sistema automatizzato che irrogò automaticamente sanzioni sulla base di un semplice sospetto di frode determinato da un algoritmo statistico. Oltre mille bambini furono temporaneamente sottratti alla potestà dei genitori, e tra questi ultimi vi furono dei casi di suicidio. Un

⁵ Tra gli esempi virtuosi di Intelligenza artificiale e discrezionalità artificiale c'è il caso dell'Estonia, dove il fondo per la disoccupazione usa ad esempio sistemi predittivi per determinare le probabilità che una persona disoccupata riesca a trovare un nuovo lavoro in base a determinate variabili; il Ministero dell'ambiente determina la specie degli alberi e l'altezza media delle piante nelle foreste, e individua i casi di abbattimenti illegali; l'ente di gestione delle strade e la polizia di frontiera mappano i segnali stradali e tentano una previsione degli incidenti stradali; le autorità di vigilanza fiscale selezionano le imprese per le verifiche fiscali sulla base delle dichiarazioni presentate e della probabilità statistica che siano stati effettuati pagamenti in nero (Ebers e Trasberg 2023, p. 11).

altro celebre caso fu quello del *Robodebt* australiano, che inviò erroneamente avvisi di pagamento a circa 400.000 cittadini (Ebers e Trasberg 2023, pp. 19, 21).

In taluni casi, i sistemi automatizzati di tracciatura e riconoscimento hanno fornito l'occasione per un pronunciamento dei tribunali costituzionali. Nel 2018 la Corte costituzionale tedesca ha dichiarato l'illegittimità dei sistemi di riconoscimento delle targhe automobilistiche in tre Länder, sulla base del diritto a muoversi liberamente senza che gli spostamenti siano registrati arbitrariamente dalle autorità pubbliche e senza che il cittadino debba provare la propria integrità o si senta sotto costante sorveglianza (Ebers e Trasberg 2023, pp. 19, 23).

Ebers e Trasberg si chiedono se l'utilizzo dell'AI da parte di un ente pubblico nell'esercizio dei suoi poteri non configuri una delega di poteri pubblici. Il rischio è che il decisore umano, in cerca come è di parametri "oggettivi" che limitino la sua discrezionalità, si affidi supinamente al suggerimento dell'AI, finendo così per pregiudicare l'equità della decisione. La normativa tedesca sull'assunzione automatizzata di decisioni stabilisce che un atto amministrativo possa essere adottato integralmente in maniera automatizzata solo quando ciò sia previsto dalla legge e quando non siano richiesti discrezionalità o valutazioni⁶. Dobbiamo quindi escludere che nella tradizionale discrezionalità amministrativa possa essere compresa la scelta stessa di affidare motivatamente una decisione a un sistema automatico?

Il tema che tuttavia mi preme espressamente esplorare è quello della "giustizia digitale" citato da Raiteri, ossia degli algoritmi che prendono decisioni di rilevanza amministrativa o giudiziaria. Sussiste il rischio concreto che tali metodi di decisione finiscano per tradursi in una profezia che si autoavvera, e che cristallizzino pregiudizi e bias preesistenti, legittimando in ultima analisi lo status quo.

Qui occorre però fare una distinzione essenziale tra algoritmi come criteri di decisione automatica basati su regole definite a monte, e algoritmi come sistemi di "deep machine learning", che si evolvono autonomamente imparando dagli esempi. Il problema posto dai secondi è meno impellente di quanto non appaia, dal momento che il deep learning è ancora largamente perfettibile, e anche nel lungo periodo potrebbe non raggiungere mai livelli di intelligenza generale comparabili a quelli umani (Faggin 2022). Sul punto esistono opinioni discordanti anche tra i maggiori esperti, ma è importante puntualizzare che i *large-language models* divenuti di recente popolari grazie all'illusione di un'intelligenza naturale che producono, sono in grado di svolgere solo dei task limitati, e non sono certo al livello dell'in-

⁶ Si veda il nuovo art. 35a del codice degli atti amministrativi della Repubblica Federale tedesca, introdotto nel 2017 ("Gesetz zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens," Vol. 18 July 2016, BGBl. I, p. 1679 - no. 35).

telligenza umana, anche a prescindere dai palesi errori e delle allucinazioni di cui soffrono⁷.

Il punto di riferimento per l'intelligenza artificiale oggi è l'*AI Act* dell'Unione europea⁸:

Art. 3 (1) 'AI system' means a machine-based system that is designed to operate with varying levels of autonomy and that may exhibit adaptiveness after deployment, and that, for explicit or implicit objectives, infers, from the input it receives, how to generate outputs such as predictions, content, recommendations, or decisions that can influence physical or virtual environment.

In passato la Commissione europea⁹, e successivamente un gruppo di esperti da questa nominati, avevano offerto una definizione ancora più esauriente:

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

As a scientific discipline, AI includes several approaches and techniques, such as machine learning (of which deep learning and reinforcement learning are specific examples), machine reasoning (which includes planning, scheduling, knowledge representation and reasoning, search, and optimization), and robotics (which includes control, perception, sensors and actuators, as well as the integration of all other techniques into cyber-physical systems)."¹⁰

7 Basti citare l'esempio dei sistemi autonomi di guida di un veicolo, cioè di un'attività che richiede un'intelligenza tutto sommato limitata. Nella gran parte dei paesi, per guidare è sufficiente un esame di abilitazione dopo il compimento dei 16/18 anni di età, senza nessun particolare titolo di studio. Eppure, i sistemi autonomi di guida non sono ancora abbastanza sicuri da essere autorizzati all'uso generalizzato, se non in contesti normativi e ambientali molto specifici e con la supervisione umana.

8 AI Act, 13 marzo 2024: Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 13 marzo 2024 sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione (COM(2021)0206 – C9-0146/2021 – 2021/0106(COD)).

9 Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni: L'intelligenza artificiale per l'Europa, Brussels, 25.4.2018 COM(2018) 237 final.

10 A definition of AI: Main capabilities and scientific disciplines. High-Level Expert Group on Artificial Intelligence, 2019, https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?-doc_id=56341. Sembra tuttavia mancare in questa definizione, a dimostrazione della natura

L'approccio regolamentare dell'AI Act si basa su una definizione di livelli di rischio che a seconda del potenziale impatto di ogni singola applicazione richiederanno cautele diverse. Anche nel caso di *rischio alto*, le relative applicazioni dovranno essere fortemente limitate, ma non necessariamente vietate.

Particolarmente interessanti a proposito dell'attività amministrativa e giurisdizionale sono due dei "considerando" introduttivi. Il n. 58 considera le prestazioni e i servizi essenziali di assistenza pubblica, ed afferma in maniera piuttosto apodittica che nella decisione sulla concessione o sulla revoca, la delega all'IA dovrebbe essere comunque possibile, purché ciò non comporti un rischio alto.

In maniera più puntuale, il considerando n. 61 classifica come intrinsecamente ad alto rischio "i sistemi di IA destinati all'amministrazione della giustizia e ai processi democratici", in particolare quando svolgono "attività di ricerca e interpretazione dei fatti e del diritto e nell'applicazione della legge a una serie concreta di fatti", e quando sono usati da "organismi di risoluzione alternativa delle controversie [che] producono effetti giuridici per le parti". Il testo afferma che il potere decisionale e l'indipendenza dei giudici non possono in ogni caso essere sostituiti. A rischio "non alto" dovrebbero essere considerate tutte le attività amministrative puramente accessorie come l'anonimizzazione delle decisioni e la comunicazione tra il personale.

Cosa questo possa significare in concreto non è sempre chiaro, ed è ipotizzabile che in un secondo momento l'Ue provvederà a normare in maniera più casistica. Peraltro, nel contesto normativo e giudiziario attuale, il ricorso a sistemi automatici e algoritmici semplici e basati su dati pubblici potrebbe in molti campi costituire un progresso rispetto ai sistemi decisionali intuitivi, rimessi totalmente alla discrezionalità e soggetti a bias sistematici (Kahneman and Tversky 2000), e potrebbe addirittura contribuire alla riduzione di discriminazioni e disuguaglianze.

Accanto ai bias, non possiamo nemmeno trascurare l'enorme impatto del *rumore di fondo*, rispetto a cui esistono raccolte di dati empirici che testimoniano della pericolosità e dell'irrazionalità dei processi decisionali pacificamente praticati in campo legale, giudiziario, contrattuale, medico-clinico e ingegneristico (Kahneman, Sibony e Sunstein 2021). Il rumore di fondo è costituito da ogni istanza di variazione randomica involontaria (si pensi alla distribuzione imprecisa delle freccette sul bersaglio). Rappresenta qualcosa di diverso dai bias, e fino ad ora non è stato altrettanto studiato: oltre a tutto è facilmente confondibile con i bias, perché tende a sovrapporsi e confondersi.

inesorabilmente limitata di ogni attività definitoria, il riferimento a quei sistemi intelligenti che si ipotizza possano essere a loro volta concepiti da altri sistemi intelligenti.

È ad esempio ampiamente accettato che la decisione sull'affidamento di un minore o la durata di una sentenza detentiva siano soggetti a un'ampia variabilità anche in casi simili, e ciò è difficilmente spiegabile anche controllando l'effetto che il bias del singolo giudice imprime. Questo rumore di fondo crea decisioni irragionevolmente casuali, e nel campo della giustizia rappresenta un magnifico esempio della combinazione tra materialità e irrazionalità¹¹. In campo medico, uno studio condotto nel 1964 su 91 pazienti esaminati da 10 psichiatri esperti scopre che le diagnosi concordavano solo nel 57% dei casi (Kahneman, Sibony e Sunstein 2021, p. 229; Aboraya et al. 2006).

Il rumore di fondo provoca incertezze anche nella pratica commerciale: una meta-analisi evidenzia che le previsioni tecniche sulla durata dei lavori arrivano a differire anche del 71% (Kahneman, Sibony e Sunstein 2021, pp. 8ss). I premi di polizza fissati dagli assicuratori hanno tra loro una differenza mediana del 55%, ossia cinque volte quanto stimato dal management dell'azienda (il quale a sua volta soffre evidentemente di un *agreement illusion*), e la differenza tra le stime dei liquidatori è del 43%.

Tutte queste variazioni nell'esito decisionale sono spiegabili solo ricorrendo a fattori extra-razionali incontrollabili, ai quali si potrebbe almeno in parte rimediare ricorrendo maggiormente a regole anche automatiche (che sono più lunghe e costose in fase di elaborazione), e limitando invece il ricorso agli standard generali (che richiedono discrezionalità e quindi tempi più lunghi in fase di applicazione). Con questi ultimi, ci si affida a valutazioni cliniche basate su una considerazione intuitiva e non sistematica dei precedenti (Grove and Meehl 1996), introducendo appunto un rumore irrazionale e iniquo: casi diversi sono trattati allo stesso modo, e casi identici sono trattati in modo diverso. Esempi ben diffusi e funzionanti di regole automatiche che orientano le decisioni giudiziarie sono quei criteri semplificati forniti attraverso linee guida, tabelle dal danno biologico o *sentencing guidelines*.

3. Intelligenza artificiale e decisione

Nella percezione comune, le nuove applicazioni dell'intelligenza artificiale sembrano arrivate a maturazione e dunque pronte a svolgere compiti sensibili e di evidenza pubblica. Come si è argomentato, tale risultato non è ancora definitivamente acquisito, e nei compiti per i quali sia richiesto uno standard anche ordinario di diligenza, non si sono ancora visti casi impor-

11 Simonelli (2020) ricorda come lo stesso Weber sottolineasse l'appetibilità di un sistema decisionale giuridico di tipo meccanicistico e deterministico.

tanti di delega nell'assunzione di decisioni senza una importante supervisione del soggetto umano.

Posto tuttavia che anche questo ultimo passaggio potrà avvenire a breve, e che dunque si dovrà iniziare a ragionare in senso proprio di responsabilità, di diligenza, e di imputabilità con riferimento a un'intelligenza artificiale, si apre il tema dell'*accountability* democratica di un sistema normativo che in ultima istanza potrebbe definirsi autoreferenziale e autopoietico. Questo appare particolarmente preoccupante quando la massa di dati sui quali l'IA si esercita e impara è chiaramente sbilanciata verso specifici settori della popolazione e particolari aree del mondo, e prende dunque a modello una realtà che non è rappresentativa. Nonostante non si possa certamente ascrivere all'IA un auto-interesse, manca in essa anche quella capacità di auto-critica riflessiva che conduce a soppesare in un secondo momento il proprio giudizio e rivalutarlo alla luce di altre prospettive o del trascorrere del tempo.

In campo giudiziario, uno degli studi più citati scoprì che il software utilizzato per prevedere la possibilità di una recidiva e per guidare dunque la decisione del magistrato di sorveglianza nella concessione dei benefici, era appena marginalmente migliore rispetto alla decisione presa da un soggetto senza particolari competenze nel campo giustizia penale (65% contro il 62%) (Dressel e Farid 2018). Uno studio successivo ha tuttavia sollevato dei dubbi sul setting sperimentale, che aveva di fatto aiutato la decisione del soggetto umano, orientandola verso gli elementi più importanti e migliorandola attraverso un feedback continuo, cosa che nel contesto decisionale reale non si verifica (Lin et al. 2020).

Più la decisione è contestualizzata e ricca di dati, più il ragionamento e la decisione umana divengono infatti ondivaghi e incoerenti, proprio come nel caso del rumore. Lo studio sembra in sostanza arrivare alla conclusione che nei contesti giudiziari reali, l'umano potrebbe arrivare a una predittività simile a quella di un algoritmo relativamente semplice, trasparente e correttamente istruito, solo con enorme sforzo di tempo e di training, e che quindi l'IA come strumento di supporto sarebbe nell'interesse di tutti, oltre che dei principi di economia ed efficienza dei procedimenti giudiziari e decisionali.

La soluzione di recente proposta da Lobel (2022) è di definire e regolare come un *commons* l'utilizzo che i sistemi di intelligenza artificiale fanno dei dati. D'altro canto, una volta prevenuti i rischi più importanti, l'intelligenza artificiale offre potenzialità innumerevoli di individuazione e di riduzione dei comportamenti discriminatori in maniera anche molto più efficace rispetto al contenzioso fondato su norme di carattere generale.

Gli esempi di queste discriminazioni sottili, che sfuggono perlopiù ai meccanismi del diritto, sono numerosi e ormai noti: dal gap retributivo tra uomo e donna (quantificabile tra il 20-30% a parità di mansioni ed esperienza), alla discriminazione dei profili lavorativi in fase di selezione del

personale, per finire con l'iniquità nella selezione di candidati ugualmente qualificati che applicano per l'ammissione a un corso di master o di dottorato (largamente basata in ultima istanza sull'università di provenienza). Si tratta come è ormai chiaro anche di bias impliciti, che come tali operano su soggetti talvolta inconsapevoli di perpetrare una discriminazione.

Nel caso delle politiche di assunzione, molti enti in passato ritenevano che fossero più effettivi il passaparola e la conoscenza diretta, ma tendevano in questo modo a reclutare gruppi di dipendenti sempre più omogenei, privilegiando chi avesse le stesse caratteristiche. Se anche questo metodo fosse semplicemente sostituito da sistemi algoritmici e automatizzati addestrati sulla base degli attuali dipendenti, si finirebbe per contribuire al perdurare della discriminazione. D'altro canto, gli stessi algoritmi sono in grado di eliminare negli annunci per le nuove assunzioni quei termini che sono repulsivi per un certo gruppo di persone. Si è notato ad esempio che l'uso di parole come *partnership* o *passione per l'apprendimento* riuscissero ad attrarre più donne. Rischi analoghi possono derivare dai software per il riconoscimento facciale, o da sistemi di intelligenza artificiale che inferiscono il livello di salute di una popolazione di riferimento dai livelli di spesa sanitaria.

Sappiamo invece che la diversità può portare vantaggi economici anche in termini di appetibilità del prodotto e di produttività del lavoratore¹². In ultima analisi, è comunque l'istituzione sapiente che deve mettere in atto meccanismi di igiene decisionale che impediscano al decisore (giudice o altri) di impigrirsi e appiattare la sua decisione sulla probabilità statistica di un fatto, e di orientare e addestrare in questo senso gli algoritmi decisionali, che rispetto all'output finale restano pur sempre neutri. Sarà poi opportuno che la legislazione o la normativa regolamentare esplicitino il principio per cui non è detto che a una probabilità di recidiva più alta, considerando le circostanze personali, debba necessariamente corrispondere una decisione di diniego di un beneficio o di inasprimento della sanzione.

Così come è intuibile che la decisa preferenza a sottoporsi esclusivamente a un decisore umano e l'istintiva refrattarietà a sottoporsi a un giudizio automatizzato (cd "algorithm avoidance"), anche quando è chiaro che questo sia di qualità superiore, possano essere contrastate consentendo al cittadino di fornire un feedback che modifichi, magari anche di poco, l'output del sistema, restituendo una sensazione di controllo sul processo (Young, Bullock, and Lecy 2019, p. 311).

12 Lobel (2022, p. 165, p. 60) mette in evidenza la consistenza di questo "premio" sia nei risultati dei film con un cast più diversificato (in media 130 milioni di dollari di incassi in più rispetto alla media), sia nei risultati delle società con un consiglio di amministrazione più inclusivo (profitti superiori del 91% e valutazioni delle partecipazioni azionarie maggiorate del 36%).

4. Conclusioni

Tornando alle tesi di Raiteri, mi sento di condividere la sua cauta apertura anche rispetto a questo tipo di digitalizzazione, il cui rifiuto ideologico finirebbe per essere controproducente. Circa la validazione umana ex-post sulla decisione automatica, che secondo Raiteri richiederebbe “una capacità computazionale [del decisore umano] superiore a quella dello strumento tecnologico”, credo che l'*arrêt* giurisprudenziale citato sia interpretabile anche nel senso che non sia necessariamente richiesta una superiorità computazionale ma semplicemente cognitiva (qualcosa di più e di meno al tempo stesso), trovandosi il decisore umano ancora su un piano di superiorità sia a livello di intelligenza generale che di sensibilità politica. Ciò rifletterebbe la natura necessariamente semantica dell'attività di interpretazione giuridica, a fronte della natura sintattica dei Big Data (Ferrari 2020).

Condivido inoltre il timore dell'Autrice che la proceduralizzazione, spinta oltre un certo limite, si ritorca contro l'apertura e il controllo democratico, creando un sovraccarico cognitivo che di fatto allontana il cittadino dalla dinamica della decisione pubblica. È un problema che spesso ritorna¹³, e che testimonia dell'incapacità del potere pubblico di imparare dai propri errori, insistendo ulteriormente sul concetto che più regolamentazione equivalga a più diritti.

Ancora più che in altri terreni di ricerca, è inoltre necessario un ulteriore sforzo di dialogo con le altre scienze sociali, dall'economia, alla psicologia, e certamente anche con le discipline tecnico-scientifiche, poiché attingere da una conoscenza specialistica in maniera sempre e solo mediata, ho il timore che finisca per produrre una visione distorta su aspetti tecnici apparentemente marginali, ma che in realtà potrebbero poi finire per rivelarsi centrali.

Pragmaticamente, sul problema del rumore e degli errori sistematici umani, l'osservazione e la pratica suggeriscono l'adozione di prassi di igiene decisionali che ogni istituzione potrebbe e dovrebbe recepire: il ricorso a un terzo neutrale che, senza poter intervenire nel merito, osservi dall'interno il processo decisionale e ne corregga i difetti; l'affidamento di fasi diverse di uno stesso processo decisionale a soggetti distinti, il cui output possa poi in un secondo momento essere aggregato olisticamente; l'utilizzo, per quanto possibile, di giudizi comparativi graduati e in scala piuttosto che di giudizi assoluti.

Dal punto di vista dell'alfabetizzazione decisionale, è utile il ricorso alla statistica bayesiana per comprendere ad esempio il concetto della *baseline*. L'algoritmo non è sempre e necessariamente inserito in una black-box: è possibile fare ricorso ad algoritmi aperti e controllabili, che semplificano meccanicamente la decisione, come del resto già si è fatto in campo giudiziario con strumenti come linee-guida e tabelle schematiche, specialmente

13 Basti qui pensare al movimento contro il formalismo procedurale (Genn 1993).

in quei campi dove la disomogeneità tra le decisioni è particolarmente scandalosa per la sua imprevedibilità.

Benché imperfetti, si è anche argomentato che alcuni algoritmi “stupidi”, applicati meccanicamente e senza la capacità di imparare, e passibili di correzione solo su input umano, siano comunque meglio dei giudizi clinici (60% di accuratezza contro 55%) poiché eliminano del tutto quanto meno il sopracitato rumore (Kahneman, Sibony e Sunstein 2021). Il problema dell’algoritmo come profezia che si autoavvera è del resto né più né meno lo stesso problema che affligge le decisioni umane, per quanto ci si illuda che un decisore istruito, illuminato e bene intenzionato sia in grado di evitarlo (Danziger, Levav e Avnaim-Pesso 2011). La decisione sulla praticabilità deve quindi basarsi su una comparazione con la procedura preesistente e con i rischi a essa connessi, e non su petizioni di principio di natura assoluta. È presumibile che l’intelligenza artificiale non potrà soppiantare a breve l’analisi delle politiche pubbliche, ma che la supporterà ad esempio nel cogliere gli umori del pubblico attraverso i social network, e si è parlato in proposito di “intelligenza [naturale] aumentata” (Longo 2022).

Occorre naturalmente rispondere a legittime obiezioni e ansietà, alcune delle quali già affrontate a proposito dei bias razziali o discriminatori e della *predictive policing* (Boussioux et al. 2023). La soluzione al momento ipotizzabile e accettabile per il diritto può essere quella di fornire meccanismi e procedure di decisione ibrida, che lascino il controllo finale del risultato decisionale all’umano, alla cui sensibilità e intuito politico dovrà anche essere demandato il compito di stabilire quando è il momento di introdurre un elemento di novità e deviare dalle linee guida algoritmiche, perché un nuovo valore politico-sociale richiede che tutte le variabili coinvolte vadano soppesate nuovamente.

È poi necessario considerare che la creazione di un sistema algoritmico adeguato può essere ben più costosa di un sistema basato sulla decisione individuale clinica, e richiede un lavoro di sviluppo molto maggiore. Le decisioni intuitive sono più economiche: richiedono solo un decisore ispirato e carismatico (o supposto tale). Su questi temi sarebbe preferibile in generale non affidarsi ciecamente ad un principio di precauzione fondato su un’occulta presunzione di pericolosità, ma valutare caso per caso se in un determinato contesto i rischi e i difetti di una decisione automatica e algoritmica siano maggiori rispetto alla procedura decisionale in atto.

Bibliografia

- Aboraya, A., Rankin, E., France, C., El-Missiry, A., John, C. (2006). The Reliability of Psychiatric Diagnosis Revisited: The Clinician's Guide to Improve the Reliability of Psychiatric Diagnosis. *Psychiatry*, 3, 1, pp. 41–50.
- Acemoglu, D., Restrepo, P., (2019). Automation and new tasks: How technology displaces and reinstates labor. *Journal of Economic Perspectives*, 33, 2, pp. 3–30. <https://doi.org/10.1257/jep.33.2.3>
- Acemoglu, D., Restrepo, P., (2020). The wrong kind of AI? Artificial intelligence and the future of labour demand. *Cambridge Journal of Regions, Economy and Society*, 13, 1, pp. 25–35. <https://doi.org/10.1093/cjres/rsz022>
- Boussioux, L., N. Lane, J., Zhang, M., Jacimovic, V., Lakhani, K. R., (2023). The Crowdless Future? How Generative AI Is Shaping the Future of Human Crowdsourcing. *SSRN Electronic Journal*. <https://doi.org/10.2139/ssrn.4533642>
- Cassese, S. (2001). L'esplosione del diritto. Il sistema giuridico italiano dal 1975 al 2000. *Sociologia Del Diritto*, 28, 1, pp. 55–65.
- Coser, L. A. (1974). *Greedy Institutions*, New York, Free Press.
- Crozier, M. (1962). Administration et bureaucratie. In *Transactions of the Fifth World Congress of Sociology*. 2. Washington, DC: International Sociological Association.
- Danziger, S., Levav, J., Avnaim-Pesso, L. (2011). Extraneous factors in judicial decisions. *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 108, 17, 6889–6892. <https://doi.org/10.1073/pnas.1018033108>
- Dell'Acqua, F., McFowland, E., Mollick, E. R., Lifshitz-Assaf, H., Kellogg, K., Rajendran, S., Lakhani, K. R., (2023). Navigating the Jagged Technological Frontier: Field Experimental Evidence of the Effects of AI on Knowledge Worker Productivity and Quality. *SSRN Electronic Journal*. <https://doi.org/10.2139/ssrn.4573321>
- Dressel, J., Farid, H. (2018). The accuracy, fairness, and limits of predicting recidivism. *Science Advances*, 4, 1, pp. 1–5. <https://doi.org/10.1126/sciadv.aao5580>
- Ebers, M., Trasberg, H. (2023). Delegation of Administrative Powers to AI Systems, in Ebers, M., Tupay, P.K., eds., *Artificial Intelligence and Machine Learning Powered Public Service Delivery in Estonia*, Cham, Springer, pp. 85–102. https://doi.org/10.1007/978-3-031-19667-6_5
- Ebers, M., Tupay, P. K., Juksaar, J., Kohv, K. (2023). The Promise and Perils of AI and ML in Public Administration, in Ebers, M., Tupay, P.K., eds., *Artificial Intelligence and Machine Learning Powered Public Service Delivery in Estonia*, Cham, Springer, pp. 7-33. https://doi.org/10.1007/978-3-031-19667-6_2

- Faggini, F. (2022). *Irriducibile. La coscienza, la vita, i computer e la nostra natura*, Milano, Mondadori.
- Ferrari, V. (2020). Note socio-giuridiche introduttive per una discussione su diritto, intelligenza artificiale e big data, *Sociologia del Diritto*, 47, 3.
- Genn, H. (1993). Tribunals and Informal Justice. *The Modern Law Review*, 56, 3, pp. 393–411.
- Girotra, K., Meincke, L., Terwiesch, C., Ulrich, K. T. (2023). Ideas are Dimes a Dozen: Large Language Models for Idea Generation in Innovation. *SSRN Electronic Journal*. <https://doi.org/10.2139/ssrn.4526071>
- Grove, W. M., & Meehl, P. E. (1996). Comparative efficiency of informal (subjective, impressionistic) and formal (mechanical, algorithmic) prediction procedures: The Clinical-Statistical Controversy, *Psychology, Public Policy, and Law*, 2, 2, pp. 293–323. <https://doi.org/10.1037/1076-8971.2.2.293>
- Kahneman, D., Sibony, O., Sunstein, C. R., (2021). *Noise: A Flaw in Human Judgement*, New York, Little, Brown and Company.
- Kahneman, D., Tversky, A., (2000). Choices, Values, and Frames, in Kahneman, D., Tversky, A., eds., *Choices, Values, and Frames*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Kung, T. H., Cheatham, M., Medenilla, A., Sillos, C., De Leon, L., Elepaño, C., Tseng, V., (2023). Performance of ChatGPT on USMLE: Potential for AI-assisted medical education using large language models. *PLOS Digital Health*, 2, 2, e0000198. <https://doi.org/10.1371/journal.pdig.0000198>
- Lexis Nexis. (2023). *International Legal Generative AI Report*.
- Lin, Z. J., Jung, J., Goel, S., Skeem, J. (2020). The limits of human predictions of recidivism, *Science Advances*, 6, 7, pp. 1–8. <https://doi.org/10.1126/sciadv.aaz0652>
- Lobel, O. (2022). *The Equality Machine. Harnessing Digitally Technology for a Brighter, More Inclusive Future*, New York, PublicAffairs.
- Longo, J. (2022). When artificial intelligence meets real public administration. *Canadian Public Administration*, 65, 2, pp. 384–388. <https://doi.org/10.1111/capa.12465>
- Merton, R. K. (1983). *Teoria e struttura sociale. I. Teoria sociologica e ricerca empirica*, Bologna, Il Mulino.
- Peters, B. G., Pierre, J., (1998). Governance without government? Rethinking public administration, *Journal of Public Administration Research and Theory*, 8, 2, pp. 223–244.
- Simonelli, M. A. (2020). Algoritmo versus ermeneutica giudiziaria. L'utopia della 'matematizzazione' del diritto, in *Annali del Dipartimento Giuridico dell'Università degli Studi del Molise*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, pp. 365–375.
- Susskind, R. (2023). *Tomorrow's Lawyers. An Introduction to your Future*, Oxford, Oxford University Press.

- Weber, M. (1995). *Economia e società. IV. Sociologia politica*, Torino, Edizioni di Comunità.
- Young, M. M., Bullock, J. B., Lecy, J. D., (2019). Artificial Discretion as a Tool of Governance: A Framework for Understanding the Impact of Artificial Intelligence on Public Administration, *Perspectives on Public Management and Governance*, 2, 4, pp. 301–313. <https://doi.org/10.1093/ppmgov/gvz014>

Gli strumenti di intelligenza artificiale nel sistema giudiziario: verso una nuova normatività digitale

Artificial Intelligence Tools in the Judicial System: Towards a New Digital Normativity

STEFANIA ADRIANA BEVILACQUA¹

Sommario

Questo contributo analizza l'impatto dell'intelligenza artificiale sul sistema giuridico italiano, esaminando come l'IA stia evolvendo da semplice strumento di supporto a forza normativa autonoma. La digitalizzazione del sistema giudiziario, in particolare l'uso di banche dati di giurisprudenza con IA, sta rimodellando le prassi operative degli uffici giudiziari e la stessa funzione decisoria dei magistrati. L'articolo esplora le nuove forme di normatività digitale che emergono dagli algoritmi, sollevando questioni cruciali sulla capacità del diritto di governare questa trasformazione e sul rischio di un "autoritarismo digitale" se non adeguatamente regolamentata. La ricerca, basata su interviste a magistrati, evidenzia sia le opportunità che le preoccupazioni relative all'adozione dell'IA, sottolineando la necessità di ripensare il rapporto tra diritto e tecnologia.

Parole chiave: Intelligenza artificiale, sistema giudiziario, banca dati, normatività digitale.

Abstract

This paper examines the impact of artificial intelligence on the Italian legal system, exploring how AI is transitioning from a mere support tool into an autonomous normative force. The digitalization of the judiciary, particularly through the use of AI-powered case law databases, is reshaping the operational practices of judicial offices and the very decision-making processes of judges. The article explores the new forms of digital normativity emerging from algorithms, raising critical questions about the legal system's capacity to govern this transformation and the risk of "digital authoritarianism" if left unregulated. Based on interviews with judges, the research highlights

¹ Dipartimento di Scienze Politiche, Sapienza Università di Roma. stefaniaadriana.bevilacqua@gmail.com.



both the opportunities and concerns associated with AI adoption, emphasizing the need to reassess the relationship between law and technology.

Keywords: artificial intelligence, judicial system, database, digital normativity.

1. Premessa

Questo contributo nasce dalla tavola rotonda organizzata dalla sezione di sociologia del diritto dell'Associazione Italiana di Sociologia tenutasi all'università di Milano Bicocca durante la quale si è discusso in merito alle relazioni di Monica Raiteri e Sergio Marotta sul tema dell'intelligenza artificiale. Queste relazioni hanno stimolato alcune riflessioni in merito alla digitalizzazione del sistema giudiziario sorte alla luce della mia partecipazione al progetto di Uni4Justice e della mia successiva ricerca realizzata in occasione della conferenza dal titolo "Representing the law" organizzata dal Research Committee on Sociology of Law dell'International Sociological Association tenutasi all'Università di Bangor. Alla luce di tali esperienze questo contributo intende condividere con il lettore degli schemi di ragionamento rispetto a quelle sollecitazioni volti all'osservazione di una normatività emergente espressa dai sistemi di intelligenza artificiale e dalle norme tecniche che li regolamentano.

2. La normatività digitale nella letteratura

In considerazione dell'inarrestabile espansione dell'IA destinata a determinare cambiamenti nelle leggi, nelle istituzioni e nei valori di oggi (Larsson 2019, p. 573), uno degli effetti più interessanti da studiare è legato alla maggiore normatività intrinseca che stanno acquisendo le norme tecniche (Hydén 2020, p. 357). Per affrontare questa questione, si adotterà come cornice teorica la teoria dei sistemi autopoietici (Luhmann 1984; Teubner 1987), che descrive la normatività emergente come un processo attraverso le cui regole si sviluppano autonomamente all'interno di sistemi sociali complessi, senza necessariamente richiedere un riconoscimento formale del diritto positivo. Secondo questo paradigma le norme possono stabilizzarsi attraverso prassi ripetute e accettate dagli attori coinvolti, autodefinendosi, ridefinendosi, sostenendosi attraverso meccanismi di autocontrollo e riproducendosi all'interno del sistema che esse stesse creano.

In questa prospettiva, si può ipotizzare che gli algoritmi, attraverso processi di apprendimento automatico e adattamento, producano nuove forme di normatività che ridefiniscono il rapporto tra diritto e tecnologia.

Tale normatività digitale concerne due aspetti. Il primo riguarda il modo in cui la tecnologia viene progettata e applicata, sollevando questioni di equità, pregiudizi sociali e trasparenza. A riguardo alcuni studi hanno evidenziato come gli algoritmi possano riflettere *bias* strutturali (Caplan, Donovan, Hanson, Mathewa 2018; Datta, Tschantz 2015; Buolamwini, Gebru 2018; Liu, Lin, Chen 2019) o rendere opache le responsabilità decisionali (Guidotti, Monreale, Ruggieri, Turini, Giannotti, Predeschi 2018; Pasquale 2015). In merito a questo ultimo aspetto, la letteratura ha sottolineato come le diversità tra il linguaggio simbolico del diritto e il linguaggio algoritmico, empirico e deterministico, potrebbero comportare delle conseguenze distorsive sulla decisione giuridica imponendo uniformità non giustificate e frenando la sua evoluzione, perfino compromettendo le basi democratiche del sistema (Supiot 2015; Lassègue 2018; Devins, Felin Kauffman, Koppi 2017). Infatti, la scrittura digitale, attraverso una modificazione del regime di senso della scrittura alfabetica, proietterebbe la decisione verso l'esterno del diritto con il rischio di causare un allontanamento dal ragionamento giuridico in favore di proposte decisorie fondate su correlazioni statistiche fra elementi combinati dallo strumento di IA (Garapon, Lassègue 2021, p. 173). Sul punto è stato, infine, osservato come il diritto rischi di diventare esso stesso una circostanza di cui tenere semplicemente conto, senza sconti né graduazioni possibili, poiché l'IA porrebbe sullo stesso piano tutti i fatti, giuridici e non giuridici (Ferrari 2021, p. 13).

La seconda dimensione della normatività digitale riguarda le modalità attraverso cui essa diventa parte integrante della tecnologia. Sotto questo profilo non si tratta più di comprendere come regolamentare socialmente l'IA, ma piuttosto di stabilire come essa, attraverso le proprie norme, determini la regolamentazione. Ciò significa che occorre guardare a come la tecnologia produce regolamentazione e normatività verso la strutturazione di comportamenti che vanno, così, istituzionalizzandosi. Questo aspetto è oramai centrale in considerazione della presa di coscienza del fatto che le conseguenze normative determinate dal mix di algoritmi portano reazioni nel contesto sociale circostante (Alvarez-Pereira 2017, p. 68), andando a codificare valori sociali nell'architettura digitale e creando modelli di azione sociale e culturale (Dijck 2013), che vanno ben oltre gli scopi dichiarati (Kranzberg 1986, p. 549). Un esempio ci viene dal sistema di intelligenza artificiale COMPASS utilizzato negli Stati Uniti che è stato progettato per analizzare una serie di dati relativi al reo (storia criminale, età, occupazione, contesto sociale, ecc.) e generare punteggi di rischio di recidiva. In questo caso è stato mostrato come l'algoritmo non solo supportasse il processo decisionale, ma introducesse anche criteri regolativi in grado di istituzionalizzare nuove prassi giu-

ridiche di valutazione del rischio senza un'esplicita deliberazione legislativa (Angwin, Larson, Mattu, Kirchner 2022; Alvarez-Pereira 2017, p. 68).

Poiché queste esperienze suggeriscono una trasformazione del diritto verso una dimensione giuridico-tecnologica, in cui la regolazione si trasferisce dal piano della norma scritta a quello del codice digitale, questo contributo intende esplorare l'emersione di una nuova normatività digitale, interrogandosi su come l'IA non si limiti a eseguire norme preesistenti, ma contribuisca a produrne di nuove, ridefinendo così le dinamiche sociali e istituzionali del sistema giuridico. In particolare, ci si interrogherà sul modo in cui l'IA possa agire come vettore di regolazione autonoma, operando anche oltre l'intenzionalità degli attori giuridici tradizionali producendo nuove forme di regolazione in grado di affiancarsi, o talvolta sostituirsi, al diritto tradizionale.

Alla luce di queste considerazioni la domanda di ricerca generale che si pone a fondamento di questo contributo è se e in che misura i sistemi di intelligenza artificiale stiano contribuendo alla formazione di un nuovo campo istituzionale giuridico-tecnologico, caratterizzato da regole, routine e attori specifici. Adottando il paradigma del diritto autopoietico e integrandolo con contributi sulla normatività tecnica e digitale, il paper intende analizzare se e come l'IA stia ridefinendo il diritto, non solo come strumento, ma come forza regolativa autonoma.

3. Il sistema giudiziario e l'innovazione tecnologica

La questione della emergente normatività digitale viene affrontata in questo contributo osservando il sistema giudiziario e, in particolare, la capacità di orientamento dell'azione di una banca dati di giurisprudenza di merito, con l'intento di comprendere se il ricorso a strumenti tecnologici porti con sé una riarticolazione delle funzioni, delle strutture, degli uffici e delle competenze, ma anche una ridefinizione delle regole di esercizio della funzione decisoria e delle relative modalità di controllo.

Lo sviluppo digitale del sistema giudiziario in atto in Italia da molti anni è stato intrapreso grazie a delle sperimentazioni locali, come ricordato in tema di tensioni tra centro e periferia nella sua gestione (Piana, Verzelli 2016), poi estese sul territorio nazionale. Questo sviluppo è stato progressivo e può essere tematizzato in tre fasi: la dematerializzazione, lo sviluppo del potenziale cognitivo dell'innovazione e la standardizzazione dei contenuti (Piana, 2021).

Inizialmente sorretta da performance in termini di efficienza (Verzelli 2019; Mayer-Schonberger, Cukier 2013, p. 135), la digitalizzazione della giustizia non ha determinato solo una riduzione dei costi. A riguardo la letteratura ha, in primis, mostrato una trasformazione qualitativa del mo-

due operandi dei tribunali dovuta all'introduzione di innovazioni tecnologiche come, ad esempio, gli applicativi per il trattamento dematerializzato e standardizzato dei documenti e dei provvedimenti, la razionalizzazione degli script di redazione degli atti, la remotizzazione dell'udienza (Piana 2021) e l'implementazione dell'e-dossier (Amantea et al. 2023). Altri studi, invece, si sono concentrati sulle ricadute dello sviluppo tecnologico sulla struttura degli uffici giudiziari con particolare attenzione all'interazione tra innovazione tecnologica e unità amministrative (Zan 2004), alle barriere tecnologiche e alle competenze digitali (Zan 2006; Shini 2024). Tuttavia, la letteratura ha messo in luce anche le criticità di questo processo, osservando i rischi di rallentamento delle performance organizzative degli uffici giudiziari (Verzelloni 2022), e le difficoltà di controllo e previsione delle conseguenze cognitive di queste trasformazioni (Castelli 2015; Carnevali, Contini, Fabri, 2006).

Anche la banca dati di giurisprudenza di merito è stata oggetto di osservazione da parte della letteratura che ne ha individuato da un lato le ricadute organizzative (Ciccarelli 2022) e dall'altro ha evidenziato come essa abbia reso la tecnologia una precondizione alla possibilità di ragionare in un'ottica sistemica sull'andamento della giurisprudenza, sulla qualità della giustizia intesa come prevedibilità, ossia come esistenza di effetti di convergenza nei dispositivi, nelle evoluzioni argomentative e categoriali del diritto sostanziale (Castelli, Piana 2019).

Questi studi costituiscono la base della ricerca empirica presentata nel paragrafo successivo, dedicato alla funzione di archiviazione delle sentenze, che in passato non poneva particolari problemi, poiché consisteva semplicemente nella digitalizzazione di operazioni prive di attività interpretativa nella formazione della volontà dell'amministrazione (Torchia 2023, 109). L'integrazione dell'IA all'interno di un database, invece, promette di produrre conseguenze rilevanti su tutta l'attività giurisdizionale, visto che si presenta non più come un mero strumento di raccolta delle informazioni, ma come un sistema di estrazione della conoscenza. Infatti, siamo di fronte a qualcosa di diverso rispetto alla mera dematerializzazione dei documenti e alla digitalizzazione del processo. Queste due attività, infatti, sono solo propedeutiche all'ottenimento di una moltitudine di dati da elaborare: i dati digitalizzati sono il carburante che alimenta i modelli di intelligenza artificiale permettendo loro di apprendere dalle serie storiche, identificare i pattern e prendere decisioni basate su informazioni accurate e tempestive. Dunque, una banca dati facente uso dell'IA non rappresenta più solo una ricognizione della giurisprudenza al servizio del giudice e dei professionisti legali, ma è un insieme di rilevazioni orientate alla ricognizione dei flussi di contenzioso, in grado di mettere in relazione numerosi elementi e fornire informazioni che sfuggirebbero, altrimenti, alla mente umana.

È bene rilevare che l'individuazione di questo mutamento nella funzione di archiviazione espressa dalla banca dati non è solo una questione definitoria, ma sollecita la necessità di affrontare le sue conseguenze sull'attività giudiziaria, provvedimentale e non provvedimentale, e pone l'esigenza di interrogarsi sul tema della modalità di utilizzo di quella conoscenza e dei rischi ad essa collegati (Falcone 2017, p. 638).

Pertanto, questo contributo, concentrandosi sulla funzione giudicante e sull'organizzazione degli uffici giudiziari, rifletterà su come l'IA sia in grado di strutturare comportamenti andando ad istituzionalizzare prassi sociali sia all'interno che all'esterno degli uffici giudiziari, cercando di rispondere alla domanda se l'IA sia un nuovo soggetto normativo, che agisce come codificatore invisibile.

4. Nota metodologica

Questo contributo si basa su una serie di interviste condotte nell'arco di due anni (2022-2024). Le prime interviste sono il frutto della partecipazione al progetto di ricerca "Universitas per la Giustizia. Programma per la qualità del sistema giustizia e per l'effettività del giusto processo" di cui l'Università di Bologna era la capofila progettuale. Circa 30 interviste sono state sottoposte, prevalentemente da remoto, da un team di ricerca a magistrati e personale amministrativo degli uffici giudiziari del distretto della Corte D'Appello di Bologna con l'obiettivo di esplorare le prassi organizzative degli uffici giudiziari. Al termine del progetto di ricerca Uni4Justice, durante il quale ho potuto anche osservare la realizzazione di un prototipo di banca dati facente uso di sistemi tecnologici avanzati e discutere con il team di ricerca sulle questioni giuridico-applicative ad essa connessi, ho sottoposto altre 15 interviste semi strutturate effettuate da remoto in maniera indipendente a magistrati del distretto della Corte d'Appello di Roma e di Napoli al fine di esplorare le rappresentazioni dei giudici circa l'eventuale uso di un data base di giurisprudenza di merito. Questo aggiornamento dei dati raccolti è stato effettuato al fine di aggiornare la ricerca visti i rapidi mutamenti in atto con il fine di realizzare un *dataset* che coprisse un campione di tipo nazionale. Le risposte alle domande sono poi state sottoposte ad un processo di standardizzazione tenendo conto della *consecutio* temporale, al fine di mostrare elementi evolutivi di tipo concettuale e funzionale. Tale processo ha così permesso l'emersione di alcune evidenze in merito ad una nuova normatività di tipo digitale, che sono mostrate suddivise in due diverse aree tematiche, ossia l'organizzazione degli uffici giudiziari e il lavoro del giudice e la funzione decisoria. Sebbene queste due aree siano strettamente connesse in termini di efficienza operativa, di accesso alle informazioni e gestione del carico di lavoro, esse verranno trattate separatamente per ana-

lizzare con maggiore chiarezza le loro specificità e verranno discusse tenendo conto dei problemi sollevati, dei rischi ad esse collegati e della necessità di contestualizzarle alla luce del rapido mutamento a cui il sistema giudiziario è sottoposto.

5. Risultati della ricerca

5.1. L'intelligenza artificiale e le prassi organizzative degli uffici giudiziari

Per ciò che concerne l'organizzazione degli uffici e del lavoro dei giudici, il primo aspetto che rileva ai fini dell'osservazione della normatività digitale è la modalità di condivisione delle prassi di lavoro.

A riguardo i giudici hanno riferito che la funzione decisoria *strictu sensu* viene generalmente esercitata in maniera individuale, senza uno scambio delle esperienze giurisprudenziali. Questo piuttosto viene lasciato alla rara e informale iniziativa personale dei singoli magistrati, salvo alcuni casi in cui la rilevanza della fattispecie giuridica trattata nella sentenza richiede una diffusione sistematizzata. A riguardo alcuni magistrati hanno riferito espressamente che questa lacuna ha comportato discontinuità nell'interpretazione del diritto sia tra tribunali diversi sia all'interno dello stesso tribunale, con ricadute negative in termini di qualità della giustizia. Questo aspetto è stato approfondito sollecitando una sua osservazione rispetto al progresso tecnologico ed in particolare all'uso di una banca dati delle sentenze di merito facente uso di IA. I magistrati a riguardo hanno sottolineato come essa possa favorire la condivisione delle interpretazioni giurisprudenziali, consentendo di trovare più facilmente precedenti rilevanti che prima erano inaccessibili, grazie anche alla possibilità di inserimento nelle stringhe di ricerca di prompt più appropriati e dettagliati. Questo, è considerato un aiuto per il lavoro dei giudici poiché consente “*un confronto più rapido tra decisioni*” favorendo “*una maggiore coerenza interpretativa anche tra corti diverse*”, modificando la prassi lavoristica monologica consolidata.

Anche il tema della formazione del personale affrontata nelle interviste offre degli spunti interessanti ai fini di questo contributo.

Quello che è emerso è che la formazione non è istituzionalizzata attraverso corsi di aggiornamento strutturati e sistematizzati. Sollecitati sul tema in relazione agli avanzamenti tecnologici, i magistrati riferiscono la necessità, non ancora riscontrata, di realizzare una formazione in merito agli strumenti digitali in vista di una implementazione massiva dei sistemi di IA all'interno dei tribunali:

“dovrebbe esserci un’azione mirata, considerando l’evidente bisogno di formazione continua, sia per il personale stabilizzato che per quello in entrata”, a causa “della velocità delle innovazioni tecnologiche a cui siamo chiamati a rispondere, anche prevedendo l’ingresso di nuove risorse con profilo tecnico organizzate in uffici appositi”.

È poi emersa la questione dell’assistenza tecnica di cui i giudici necessiterebbero per far fronte ai problemi nell’uso degli strumenti tecnologici a disposizione. Le evidenze raccolte nella prima fase dello studio mostrano la presenza di una assistenza non sempre adeguata e tempestiva, gestita per lo più da remoto a causa della carenza di personale tecnico informatico presente all’interno dell’ufficio giudiziario. I magistrati hanno indicato di avere l’esigenza di essere supportati maggiormente per non vedere il loro lavoro rallentato, esigenza che diventa essenziale a fronte dell’implementazione di nuovi strumenti tecnologici.

Le interviste effettuate offrono delle opportunità di riflessione sul tema dell’attitudine degli strumenti di IA di dipanare effetti che vanno al di là dell’intento algoritmico di offrire un supporto al sistema giudiziario. Ad esempio, si può rilevare che l’uso di sistemi di IA integrati nel processo giurisdizionale sia in grado di portare alla formazione di una prassi di condivisione della giurisprudenza di merito che prima era assente, attraverso momento istituzionalizzati di confronto per individuare quali provvedimenti inserire nella banca dati. Da un lato si nota che la possibilità di accedere a tale giurisprudenza favorisce il passaggio da un modello prevalentemente individualistico a uno maggiormente “condivisivo”, in cui l’uso dell’IA contribuisce a definire uno standard di lavoro più omogeneo, a rafforzare la coerenza delle decisioni giudiziarie e ottimizzare la gestione del tempo di lavoro, attraverso la diffusione di pratiche e di soluzioni decisionali comuni. Dall’altro lato però sorge il dubbio che una siffatta condivisione potrebbe legarsi indissolubilmente allo strumento che la produce, escludendo così di fatto una interazione fisica e verbale tra i giudici. Va osservato, però, che questo modello di organizzazione del lavoro, allo stesso tempo includente la condivisione delle esperienze ed escludente l’interazione, sembra contribuire a creare prassi di lavoro fondate su un dialogo mediato solo dallo strumento tecnologico, che di fatto porta ad un uso individuale e relazionalmente disconnesso di una conoscenza diffusa.

Si può poi rilevare come l’uso di sistemi di intelligenza artificiale integrati all’interno di una banca dati di giurisprudenza abbia degli effetti istituzionalizzanti anche in merito all’organizzazione degli uffici giudiziari. Il tema della riorganizzazione delle unità amministrative emerge chiaramente, in primo luogo, dalle esigenze formative manifestate nelle interviste: sebbene vi sia una richiesta crescente di aggiornamento, non esiste ancora una struttura che favorisca lo sviluppo di nuove competenze digitali, che invece dovreb-

be essere realizzata, secondo quanto emerso, per garantire una integrazione consapevole della tecnologia nei processi giudiziari. Non solo le interviste suggeriscono l'inserimento di strutture stabili per l'aggiornamento digitale, ma mostrano anche la necessità di affidarsi a nuove figure professionali con competenze tecniche specifiche, da inserire in uffici appositi per gestire l'interazione tra magistratura e tecnologia, sia a livello centrale che periferico.

Nel primo caso la questione è stata affrontata attraverso la realizzazione, ad oggi *in itinere*, di unità amministrative con il compito di monitorare il funzionamento della banca dati, di interpretare gli output dell'intelligenza artificiale e di favorire un uso consapevole degli strumenti algoritmici. A livello invece dei singoli tribunali, l'innovazione tecnologica favorisce la creazione di unità amministrative o prassi amministrative informali che si occupino di formare il personale alla digitalizzazione e supportare il personale, togato e non togato, attraverso un'assistenza tecnica adeguata e tempestiva.

Poste queste riflessioni che si fondano sullo stato attuale degli uffici giudiziari e sulle rappresentazioni fornite dai magistrati sull'uso di strumento di intelligenza artificiale nel sistema giudiziario, occorre notare come cambiamenti di tale natura avvengano tradizionalmente (*rectius*: legalmente) attraverso l'adozione di norme regolamentari disposte sulla base di un piano organizzativo all'uopo redatto che consideri le funzioni amministrative da soddisfare, gli obiettivi sistemici e specifici dell'azione amministrativa, le piante organiche e le risorse materiali e immateriali a disposizione.

Quello che si nota è che l'utilizzo di strumenti di intelligenza artificiale tendono a creare repentinamente esigenze a cui occorre far fronte altrettanto velocemente. Il rischio è che l'articolazione degli uffici, come anche le prassi di lavoro, si trovino a inseguire attraverso adattamenti fattuali guidati da logiche algoritmiche che potrebbero condannare il sistema giudiziario ad uno stato operativo "transitorio" perenne. A ciò si aggiunga che, anche a voler riformare amministrativamente gli uffici dal punto di vista funzionale legandoli allo sviluppo tecnologico secondo le procedure legali prescritte per questi cambiamenti, i tempi delle riforme amministrative difficilmente potrebbero seguire la velocità dell'innovazione, a meno che la forza riformatrice non si concentri sull'indicazione di un metodo di riforma che renda l'organizzazione degli uffici e del lavoro flessibile, piuttosto che sulla mera creazione di rigide strutture. Queste problematiche sono ancora più insidiose se si considera che l'organizzazione degli uffici e del lavoro non è esclusivamente un mezzo attraverso cui si persegue l'efficacia dell'azione amministrativa, ma è anche uno strumento per garantire il rispetto di tutte le fasi del procedimento amministrativo posto a tutela dei cittadini.

5.2 *L'intelligenza artificiale e la funzione decisoria*

Per ciò che concerne la funzione giurisdizionale *strictu sensu*, i giudici hanno riferito il timore di dover lavorare con uno strumento che presenti effetti distorsivi, fraintendimenti giuridici e non in grado di fornire una visione semantica dei portati linguistici presenti nelle sentenze. Il dubbio che emerge è che una banca dati di giurisprudenza non sia in grado di differenziare questi portati linguistici e, dunque, non si è in grado di fornire un supporto utile alla decisione: *“l'intelligenza è in grado di capire che la nozione di danno non patrimoniale può essere espresso in modi diversi, come danno morale, danno biologico, danno esistenziale, oppure in espressioni più generiche come sofferenza psico-fisica o pregiudizio alla qualità della vita?”*. O ancora, *“è in grado di utilizzare correttamente la nozione di truffa che oggi comprende condotte molto diverse tra loro come il phishing, gli scam finanziari o i chatboat fraud, e che sono in continua evoluzione?”*

Nonostante le perplessità mostrate in merito al rischio di fraintendimenti degli algoritmi di supporto alla decisione, i giudici accolgono con favore la possibilità di una restituzione dei risultati della ricerca giurisprudenziale attraverso *dashboard* visive da sostituire agli elenchi di sentenze a cui sono stati abituati, purché sia in grado di cogliere le sentenze come un portato di cultura giuridica, cultura sociale, scienza giuridica, scienza processuale e linguaggio giuridico.

L'idea che emerge dalle interviste è l'utilità delle correlazioni statistiche relative alle fattispecie decisionali purché corredate da un'adeguata ontologia e da metadati in grado di spiegare il perché l'algoritmo suggerisca una determinata decisione: *“Non basta che il software restituisca un risultato, ma bisogna capire la logica sottostante così da poterla verificare”*.

“Una banca dati di questo tipo non è solo un archivio, ma è anche uno strumento di conoscenza giuridica, che ci fa anche apprendere il diritto e ci dà un indirizzo su come applicarlo”.

Posti questi dubbi sulle performance dei sistemi di intelligenza artificiale, accompagnati dalla sensazione di poter sfruttare nuove opportunità, i magistrati sono stati intervistati sulla percezione delle conseguenze dell'uso di una banca dati facente uso dell'intelligenza artificiale rispetto alla funzione giudicante. A riguardo sono emerse tre tipologie di rappresentazione del rapporto tra giudice e sistemi di intelligenza artificiale. Il primo modello relazionale mostra un sostanziale rifiuto delle possibilità offerte dalla tecnologia, con ciò intendendosi non solo il suggerimento di una decisione probabile, ma anche il supporto all'individuazione di un processo argomentativo utile alla decisione: *“il giudice non deve solo applicare norme, ma interpretarle alla luce del caso concreto, considerando le sfumature, le circostanze e il contesto”*. *“non posso accettare che qualcun altro, tantomeno un software, si sostituisca a me nel valutare prove, pesare responsabilità o determinare la porta-*

ta di un diritto". All'opposto vi è chi ha sostenuto che la ricchezza dei dati e delle correlazioni porteranno ad una "fiducia cieca" nei confronti dei sistemi di IA, "chiaramente nel momento in cui gli effetti illusori e i fraintendimenti saranno ridotti al minimo".

Secondo un modello relazionale intermedio il giudice diventerà un guardiano, ossia una figura con un ruolo di controllo critico e di supervisione rispetto ai processi decisionali assistiti da intelligenza artificiale.

Infine, gli intervistati hanno riflettuto su una possibile condivisione all'esterno dei risultati della banca dati volta a mostrare non solo la giurisprudenza di merito, ma anche i dati statistici sulle performance dei tribunali (sia quantitativi che qualitativi). Da un lato è stato evidenziato come questo potrebbe causare delle resistenze nei confronti dell'innovazione poiché l'operato del giudice diventerebbe ampiamente verificabile non solo in termini di performance amministrativa, ma anche in termini di coerenza delle decisioni con il corpus normativo. Dall'altro viene evidenziato come non solo i giudici, ma anche i professionisti del diritto verrebbero coinvolti da un tale avanzamento tecnico. Ad esempio, fornendo informazioni circa le performance dei tribunali, l'avvocato potrebbe adottare strategie legali più efficaci o predire il risultato di una causa, contribuendo ad abbattere il contenzioso.

Le interviste mostrano la percezione che l'IA porti con sé un potere di orientamento dell'azione legato ad una possibile restrizione delle possibilità di decisione.

Tale restrizione potrebbe verificarsi in tutti e tre modelli relazionali emersi nelle interviste (fiducia, rifiuto e sorveglianza sui risultati).

Nel caso in cui i magistrati mostrassero una fiducia incondizionata nei confronti dei risultati espressi dall'intelligenza artificiale nel supporto al percorso argomentativo giuridico, si potrebbe giungere ad una situazione in cui sarebbe il volume delle correlazioni a fare il diritto e non il ragionamento logico-giuridico (Garapon, Lassègue 2021, p. 176). Di conseguenza si potrebbe creare una standardizzazione dei modi di ragionare che non sarebbe altro che il riflesso di parametri e logiche algoritmiche, che andrebbero a rafforzare acriticamente le tendenze maggioritarie (cd. effetto gregge), nonostante l'algoritmo sia progettato per mantenere uno spazio deliberativo intatto. Nel secondo caso, ossia di rifiuto a priori delle possibilità fornite dai sistemi di IA, potrebbero istituzionalizzarsi prassi di resistenza nei confronti dell'innovazione attraverso comportamenti orientati a preservare l'autonomia decisionale.

Infine, nel caso di un giudice orientato al controllo critico e alla supervisione dei processi decisionali assistiti dai sistemi di intelligenza artificiale si potrebbe arrivare a una modificazione della funzione interpretativa del diritto che andrebbe a istituzionalizzarsi verso prassi di validazione e correzione dei risultati generati dall'algoritmo. Questi scenari di restrizione delle possibilità di decisione ci spingono a dover ragionare sulla circostanza che

detenere dei dati non implica più solo raccogliarli nel rispetto dei diritti dell'individuo e depositarli in sicurezza, ma anche trattarli adeguatamente per restituire all'utilizzatore finale delle informazioni che poi utilizzerà per porre in essere le sue azioni.

La pervasività di queste conseguenze è ancora più evidente se si considera che la normatività digitale non coinvolge solo i giudici, ma anche tutti i soggetti che interagiscono con il sistema giudiziario. Infatti, la conoscenza estratta potrebbe generare, in un'ottica predittiva, un bilanciamento in merito agli esiti di una controversia o di una impugnazione molto più accurato rispetto ad una valutazione tradizionale. Dunque, i cittadini, consapevoli della capacità predittiva dell'IA, potrebbero orientare il loro comportamento legale e persino la loro condotta sociale in base alle previsioni algoritmiche. Si pensi al caso in cui l'algoritmo fornisca dei dati rendendo note delle deroghe normative o giurisprudenziali ad una determinata fattispecie prima celate. In questo caso gli individui, guidati dai professionisti, avrebbero la possibilità di agire secondo uno schema di azione che altrimenti non considererebbero, fornendogli nuove opportunità o indicandogli restrizioni prima non conosciute.

Quello che si nota è che l'IA crea un nuovo circuito comunicativo in cui lo strumento tecnico è il "soggetto" ricettore dei segni (i dati), se ne fa interprete e ritrasmette dei messaggi agli individui, sulla cui base gli attori sociali fonderanno il presupposto delle loro azioni.

Ciò significa che la transizione algoritmica aggiunge un elemento ulteriore rispetto alla rivoluzione digitale. Essa, infatti, non si fonda più sulla diade "informazione-dato", ma mette in gioco una triade composta da "informazione – dato – tecno-informazione", con quest'ultima intendendosi un'informazione ulteriore, nascosta ad una osservazione analitica dei dati, che in assenza dello strumento dell'intelligenza artificiale non sarebbe disponibile alla mente umana (o che lo sarebbe, forse, solo a patto di dedicare alla sua estrazione una quantità di tempo indefinibile). La tecno-informazione, è bene chiarire meglio, non rappresenta qualcosa in più solo quantitativamente, ma anche qualitativamente poiché grazie alla aggregazione dei dati si forma un patrimonio conoscitivo inedito, che dipende dalla prospettiva dell'osservatore e dall'identificazione del suo significato (Ferrari 2020, p. 11).

Il processo di modificazione della conoscenza passa dunque per la manipolazione del dato, intesa come processo di trasformazione, organizzazione e aggregazione dei dati grezzi per ottenere nuove informazioni, modelli o *insight* significativi, che include operazioni come la pulizia, il filtraggio, la combinazione e l'analisi dei dati, consentendo di estrarre valore e supportare la presa di decisioni basata su evidenze.

Ciò significa che le sentenze inserite nel database vengono trasformate in metadati che poi, a loro volta, vengono lavorati e aggregati dall'IA secondo

criteri individuati dal decisore algoritmico, generando così un pacchetto di informazioni inedite utilizzabili dal giudice, dai professionisti del diritto e dei cittadini.

Tuttavia, è il caso di notare come questo processo di addestramento della macchina possa avvenire secondo criteri in astratto infiniti e potenzialmente disancorati da criteri giuridici, contestuali e sociali di cui normalmente la decisione si alimenta.

Si prospettano così ulteriori interrogativi. Infatti, non solo l'intelligenza artificiale rimodella il contenuto della funzione di archiviazione, ma apre anche il tema dell'individuazione dei processi attraverso i quali il patrimonio informativo viene fornito agli individui. Questo comporta il dover considerare l'output della manipolazione algoritmica come bene comune da fornire all'utilizzatore secondo il paradigma dell'open dato, in applicazione del principio della trasparenza dell'agire amministrativo (Tresca 2021, p. 548). Infatti, il dato, nel passaggio verso la tecno-informazione, perde completamente ogni aspirazione verso la sua neutralità poiché va a fornire un certo tipo di conoscenza all'uopo "confezionata" che viene modellata da una serie di soggetti, sia pubblici che privati, lungo la filiera informativa che coinvolge la produzione, la conservazione, la distribuzione e l'accesso alla conoscenza.

Il rischio che si pone quindi è che, anche qualora la tecno-informazione fosse effettivamente pubblica e accessibile, essa possa essere orientata ad indurre certi comportamenti. Il punto è particolarmente rilevante considerando che, generalmente, quando si parla dei rischi legati alla raccolta dei dati ci si concentra per lo più sulla modalità con cui essi vengono assunti (input) trascurando di osservare le esigenze di tutela di fronte all'output della loro aggregazione, cioè la tecno-informazione che ne deriva. Ne è la prova il profluvio di norme esistenti o in via di approvazione in tema di riservatezza, protezione dei dati, diritto d'autore, tutela dei consumatori, non discriminazione, giusto processo, trasparenza dell'azione della pubblica amministrazione e diritto di accesso. Invece, prendere in considerazione quell'output e il suo potere di orientamento delle azioni significa prendere coscienza della presenza di una nuova forma di asimmetria esistente tra il soggetto che estrae e possiede le informazioni e l'individuo che utilizzerà il prodotto di quella conoscenza. Infatti, la facoltà di scelta dei criteri di aggregazione di quei dati raccolti conferisce inevitabilmente un nuovo potere in capo al soggetto estrattore che si sostanzia, formalmente, nel confezionamento di un certo tipo di conoscenza piuttosto che di un'altra e, sostanzialmente, nel potere di orientamento e condizionamento dell'azione attraverso di essa. Ne deriva, dunque, la necessità di regolare il processo attraverso cui si produce la tecno-informazione cercando di declinare i principi dell'azione amministrativa in maniera idonea al nuovo corso dell'azione pubblica, pena

l'emersione di un potere autoritario che si esprime attraverso la diffusione di un certo tipo di conoscenza².

Tuttavia, ad oggi, affrontare queste sollecitazioni e questi schemi argomentativi rimane complesso visto che ci troviamo in una situazione che Luciano Gallino chiama "tecno-ignoranza" ossia un'area in cui gli esperti non hanno contezza di cosa non conoscono o, nella migliore delle ipotesi, ne posseggono una nozione vaga (Gallino 2007, p. 8). In questo contesto la sfida alla regolamentazione dei processi amministrativi è certamente più insidiosa, ma deve essere affrontata, pena l'esercizio di una funzione decisoria opaca e confligente con i principi di uno Stato di diritto.

6. Conclusioni

Le riflessioni e gli schemi argomentativi sviluppati in questo contributo evidenziano come lo sviluppo tecnologico del sistema giudiziario, lungi dall'essere solo un supporto tecnico alla funzione decisoria, stia assumendo una funzione regolativa autonoma, ridefinendo il ruolo del diritto e le dinamiche della giurisdizione. Le evidenze fornite dopo un percorso di ricerca durato due anni ci mostrano, infatti, che l'integrazione dell'intelligenza artificiale nei processi giudiziari non si limiti alla archiviazione delle informazioni, ma introduce nuove pratiche e standard operativi che tendono a consolidarsi al di fuori del controllo tradizionale del diritto positivo. Questo scenario solleva interrogativi cruciali sulla capacità delle istituzioni giuridiche di mantenere il primato normativo in un contesto in cui le regole emergono spontaneamente dagli algoritmi e si strutturano attraverso processi di autoregolazione tecnica.

Se, come appare sempre più evidente, il diritto non può sottrarsi alla sfida posta dalla regolazione della tecno-informazione, diventa essenziale che l'azione amministrativa, e in particolare quella giurisdizionale, trovi strumenti adeguati per governare il fenomeno, evitando che l'assenza di un controllo giuridico efficace favorisca l'emersione di un autoritarismo digitale. L'urgenza di questa sfida non consente inerzie: il diritto, per rimanere un elemento centrale del sistema democratico, deve assumere un ruolo proattivo nell'affrontare la complessità del presente.

Questo solleva interrogativi sulla necessità di ripensare il rapporto tra diritto e tecnologia, non solo in termini di regolamentazione dell'IA, ma an-

2 Sul punto si è espresso il Consiglio di Stato (sentenza 8 aprile 2019, n. 2270) nel tentativo di iniziare a normare la procedura algoritmica utilizzata per emanazione dei provvedimenti individuali criticandola sulla base del fatto che il funzionamento dell'algoritmo non era conoscibile, i provvedimenti erano privi di motivazione e indicazione del responsabile del procedimento.

che di definizione di nuovi principi di governance digitale che garantiscano la compatibilità tra normatività algoritmica e Stato di diritto.

Ciò ci pone di fatto di fronte a un nuovo ordine normativo, ove la normatività della società non proviene più esclusivamente dallo stato e dalla legge, ma anche dalle norme tecniche.

Bibliografia

- Alvarez-Pereira, C., (2017), Disruptive Technologies. A Critical Yet Hopeful View, *Cadmus*, 3, 2, pp. 68-84.
- Amantea, I., Quaranta M., (2023), The E-Dossier as a Tool to Optimize Civil Courts: The Cuneo Case, *Proceedings of the 13th International Conference on Simulation and Modeling Methodologies, Technologies and Applications SIMULTECH*, pp. 425-431.
- Angwin, J., Larson, J., Mattu, S. and Kirchner, L., (2022), Machine bias, *Ethics of data and analytics*, pp. 254-264.
- Barbieri, F., (2022), Il “nuovo” ufficio per il processo: un modello organizzativo aperto all’intelligenza artificiale. [Online] Consultabile all’indirizzo: <https://www.giustiziainsieme.it/en/news/74-main/28-organizzazione-giustizia/2364-il-nuovo-ufficio-per-il-processo-un-modello-organizzativo-aperto-all-intelligenza-artificiale> (Data di accesso: 10 marzo 2024).
- Balloni, A., Mosconi, G. and Prina, F., (2004), *Cultura giuridica e attori della giustizia penale*, Milano, Franco Angeli.
- Battelli, E., (2020), Giustizia predittiva, decisione robotica e ruolo del giudice, *Giustizia civile*, 1, pp. 280-319.
- Biavati, P., (2022), La riforma del processo civile: motivazioni e limiti, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 76, 1, pp. 45-57.
- Buolamwini, J., Gebru, T., (2018), Gender Shades: Intersectional Accuracy Disparities in Commercial Gender Classification, *Proceedings of Machine Learning Research*, 81, pp. 1-15.
- Caplan, R., Donovan, J., Hanson, L. and Matthews, J., (2018), Algorithmic Accountability: A Primer, *Data & Society*, 2018, pp. 1-11.
- Carnevali, D., Contini, F., Fabri, M., (2006), *Tecnologie per la giustizia. I successi e le false promesse dell'e-justice*, Milano, Giuffrè.
- Castells, M., (2010), *The Rise of the Network Society*, Oxford, Wiley-Blackwell.
- Castelli, C., Piana, D., (2019), *Giusto processo e intelligenza artificiale*, Roma, Maggioli.
- Cavallini, D., (2021), L’ufficio per il processo, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, pp. 981- 992.

Ciccarelli, M., (2022), Le banche dati di giurisprudenza e l'ufficio per il processo. [Online] Consultabile all'indirizzo: <https://www.questionegiustizia.it/articolo/le-banche-dati-di-giurisprudenza-e-l-ufficio-per-il-processo> (Data di accesso: 1 marzo 2024).

Datta, A., Tschantz, M. C. and Datta, A., (2015), Automated Experiments on Ad Privacy Settings. A Tale of Opacity, Choice, and Discrimination, *Proceedings on Privacy Enhancing Technologies*, 1, pp. 92-112.

Devins, C., Felin, T., Kauffman, S. and Koppl, R., (2017), The law and the big data, *Cornell Journal of Law and Public Policy*, 27, p. 357.

Dijck, J., (2013), *The Culture of Connectivity: A Critical History of Social Media*, New York, Oxford University Press.

Falcone, M., (2017), Big data e pubbliche amministrazioni: nuove prospettive per la funzione conoscitiva pubblica, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, pp. 601-639.

Ferrari, V., (2021), Diritto e nuove tecnologie della comunicazione, *Istituto Lombardo-Accademia di scienze e lettere-Rendiconti di Lettere*, 155, pp. 13-26.

Ferrari, V., (2020), Note socio-giuridiche introduttive per una discussione su diritto, intelligenza artificiale e big data, *Sociologia del diritto*, 3, pp. 9-32.

Friesen, E.C., (1971), Constraints and conflict in Court Administration, *Public Administration Review*, pp. 120-124.

Gallino, L., (2007), *Tecnologia e democrazia. Conoscenze tecniche e scientifiche come beni pubblici*, Torino, Einaudi.

Garapon, A., Lassègue, J., (2018), *Justice digitale. Révolution graphique et rupture anthropologique*, Parigi, Presses Universitaires de France.

Garapon A., Lassègue J., (2021), *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, Bologna, Il Mulino.

Guidotti, R., Monreale, A., Ruggieri, S., Turini, F., Giannotti, F. and Predeschi, D., (2018), A Survey of Methods for Explaining Black Box Models, *ACM Computing Surveys (CSUR)*, 51 (5), pp. 1-41.

Hydén, H., (2020), Sociology of digital law and artificial intelligence, in Přibáň K., ed., *Research Handbook on the Sociology of Law*, Elgar, Cheltenham, pp. 357-369.

Katsh, M.E., (1989), *The Electronic Media and the Transformation of Law*, Oxford University Press.

Kranzberg, M., (1986), Technology and History: "Kranzberg's Laws", *Technology and culture*, 27, 3, pp. 544-560.

Larsson S., (2019), The Socio-Legal Relevance of Artificial Intelligence, *Droit et Société*, 103, 3, pp. 573-593.

Luciani, M., (2018), La decisione giudiziaria robotica, *Riv. AIC associazione italiana dei costituzionalisti*, pp. 872-893.

Liu, H., Lin, C. and Chen, Y., (2019), Beyond State v Loomis: Artificial Intelligence, Government Algorithmization and Accountability, *International Journal of Law and Information Technology*, 27, 2, pp. 122-141.

Luhmann, N., (1984), *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Suhrkamp Verlag.

Mayer-Schonberger, V., Cukier, K., (2013), *Big data. Una rivoluzione che trasformerà il nostro modo di vivere e già minaccia la nostra libertà*, Milano, Garzanti.

Martoni, M., (2024), Un'autonomia ostacolata. Limiti cognitivi, incompetenze e design ingannevoli nella trasformazione digitale, *Sociologia del diritto*, 1, pp. 7-32.

Mosconi G., Padovan D., (2005), *La fabbrica dei delinquenti. Processo penale e meccanismi sociali di costruzione del condannato*, Torino, L'Harmattan Italia.

Pasquale, F., (2015), *The Black Box Society. The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Cambridge, Harvard University Press.

Piana, D., (2021), Costo, ritualità, valore. Le qualità della giustizia nell'era digitale. [Online] Consultabile all'indirizzo: <https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-e-innovazione/1908-costo-ritualita-valore-le-qualita-della-giustizia-nell-era-digitale> (Data di accesso: 26 febbraio 2024).

Piana, D., Verzelloni, L., (2016), Dal centro disperso al centro ritrovato? Riflessioni a partire dalle riforme della giustizia in Italia, *Quaderni di scienza politica*, 2, 237-273

Pollner, M., (1995), *La ragione mondana. La realtà nella vita quotidiana e nel discorso sociologico*, Bologna, Il Mulino.

Quassoli, F., (2002), Il sapere dei magistrati: un approccio etnografico allo studio delle pratiche giudiziarie, in Dal Lago, A., De Biasi, R., eds., *Un certo sguardo. Introduzione all'etnografia sociale*, Roma-Bari, Laterza, pp. 197-217.

Santagada, F., (2020), Intelligenza artificiale e processo civile, *Judicium*, 4, pp. 467-496.

Shini, M., Gravili, G., Nisio, A. and Loia, F., (2024), Organizational change and digital transformation in the judicial system: new challenges and perspectives from an Italian case study, *Azienda Pubblica*, 3, pp. 475 – 496.

Simoncini, M., (2021), L'agire provvedimentale dell'amministrazione e le sfide dell'innovazione tecnologica, *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, 2, pp. 529-543.

Sudnow D., (1983), Reati normali. Aspetti sociologici del codice penale nella difesa d'ufficio, in Giglioli P.P., Dal Lago A., eds., *Etnometodologia*, Bologna, Il Mulino, pp. 145-176.

Supiot, A., (2015), *La gouvernance par les nombres, Cours au Collège de France (2012-2014)*, Parigi, Fayard.

Torchia, L., (2023), *Lo Stato digitale*, Bologna, Il Mulino.

Tresca, M., (2021), Big data, open data e algoritmi: I dati al servizio della pubblica amministrazione, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, pp. 545-557.

Teubner, G. (1987), *Autopoietic law. A new approach to law and society*, De Gruyter.

Turing, A.M., (1947), Lecture on the Automatic Computing Engine, in Copeland, B.J., ed., *The Essential Turing: Seminal Writings in Computing, Logic, philosophy, Artificial Intelligence and Artificial Life, Plus the Secret of Enigma*, Oxford, Clarendon, pp. 378-394.

Verzelloni, L., (2019), *Pratiche di sapere. I rituali nell'innovazione della giustizia italiana*, Soveria Mannelli, Rubettino.

Verzelloni, L., (2022), *Qualità ed efficienza della giurisdizione*. [Online] Consultabile all'indirizzo: <https://www.giustiziasieme.it/it/ordinamento-giudiziario/2495-qualita-ed-efficienza-della-giurisdizione-di-luca-verzelloni> (Data di accesso: 26 febbraio 2024).

Zan, S., (2006), Il sistema organizzativo della giustizia civile in Italia: caratteristiche e prospettive, *Quaderni di giustizia e organizzazione*, 1, pp. 17-48.

Zan, S., (2004), *Tecnologia, Organizzazione e Giustizia - L'evoluzione del processo Civile Telematico*, Bologna, Il Mulino.

L'organizzazione del Potere. Efficienza, adattamento, efficacia e integrazione

The Organization of Power. Efficiency, Adaptation, Effectiveness and Integration

ANGELO ZOTTI¹

Sommario

Nella percezione comune così come nella letteratura sociologico-giuridica sul tema, è diffusa l'idea che in società dominate dal modello economicista il miglior modo per organizzare la vita sociale sia quello di privilegiare un comportamento *efficiente*. Vero è, però, che nella prospettiva degli studi organizzativi (e non solo), accanto all'efficienza, vengono parimenti considerati l'adattamento, l'efficacia e l'integrazione. Si tratta di stati del sistema a cui individui e gruppi (Enti, famiglie o imprese) devono fisiologicamente tendere, al fine di svolgere in modo adeguato le proprie funzioni vitali e raggiungere così un equilibrio sostenibile. L'ipotesi avanzata in questo paper è che ogni sistema sociale organizzato tenda a privilegiare uno stato piuttosto che un altro. Ciò al fine, più o meno intenzionale, di istituzionalizzare una forma tipica di potere all'interno delle relazioni sociali e intersistemiche (rapporti interpersonali o tra governanti e governati, relazioni tra Stati). Questo studio, pertanto, ipotizza l'esistenza di quattro modelli idealtipici di relazione sociale organizzate al loro interno secondo specifiche logiche di potere. L'obiettivo è analizzarne, seppur brevemente, caratteristiche ricorrenti e motivazioni, struttura normativa, vantaggi e rischi per gli altri individui.

Parole chiave: Sociologia dell'Azione, efficienza, adattamento, efficacia, integrazione.

Abstract

Both in the general perception and in the socio-legal literature on the subject, there is a widespread idea that the best way to organize social life in

¹ Dipartimento di Scienze Politiche, Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli. angelo.zotti@unicampania.it

economist-dominated societies is to emphasize efficient behavior. However, according to the perspective of organizational studies, adaptation, effectiveness, and integration are equally important as efficiency. These are systemic states to which individuals and groups (organizations, families, or companies) must physiologically tend to perform their essential functions properly and thus achieve a sustainable balance. The hypothesis proposed is that every organized social system tends to favor one state over another, which defines a more or less deliberate process whose aim is to institutionalize a typical form of power within social and inter-systemic relations (interpersonal relationships or those between rulers and the ruled, relations between States). Therefore, the following study assumes the existence of four ideal-typical models of social relations, internally organized according to specific logics of power. The aim is to briefly analyze their recurring characteristics and motivations, normative structure, advantages, and risks for other social actors.

Keywords: Sociology of Action, Efficiency, Adaptation, Effectiveness, Integration.

1. Stati organizzativi e relazioni di Potere

Essere o agire nel mondo in modo particolarmente efficiente; adattarsi con successo all'ambiente circostante; dimostrare agli altri l'efficacia del proprio comportamento sociale o quella di un atto normativo; avere indubbia capacità di integrare, semmai con opportune e ulteriori addizioni, il proprio sistema di riferimento: può il possesso di queste attitudini costituire uno strumento di potere?

Partendo dall'assunto che individui e sistemi sociali siano parimenti impegnati a far fronte alle sfide che vengono dalla società e dai diversi, molteplici, ambienti che la costituiscono, questa riflessione mira a mettere in luce il nesso che lega gli stati organizzativi del sistema (efficienza, adattamento, efficacia, integrazione) a specifiche forme di potere². Detto in altri termini,

2 Questo paper ha origine nella riflessione già condivisa con i colleghi della Sezione di Sociologia del diritto e sviluppatasi nell'ambito dell'Intersezione "Le istituzionalizzazioni dei poteri nella società digitale"; incontro tenutosi in occasione del Convegno AIS organizzato presso l'Università Bicocca di Milano,

In particolare, il presente contributo prende le mosse dagli assunti e dalle premesse epistemologiche che Sergio Marotta sembra porre a base della relazione "Servizio idrico integrato e nuove dimensioni della normatività". L'idea, pur parzialmente condivisa, di una società dominata da un modello di sviluppo economicistico, capace di imporre a individui e Istituzioni una sorta di obbligo ad operare esclusivamente secondo il canone dell'efficienza, sollecita qui

ipotizziamo che l'enfasi preferenzialmente posta dalla *governance* di un sistema organizzato [ovvero di una società o di un individuo che dell'organizzazione fanno "la fonte di ogni potere" (Galbraith 1984, p. 67)], su uno, e non su altri, degli stati a cui esso peraltro fisiologicamente tende, contribuisca a determinare relazioni di potere tipiche, che si ripetono cioè invariabilmente nel tempo secondo un preciso schema formale. Sarà proprio questa circostanza a consentirci di investigare il significato sociale ed eventuali, seppur mutevoli, contenuti storici di relazioni siffatte, avvalendoci, in ambito metodologico, di una strumentazione idealtipica.

Presentiamo, di seguito, quattro diversi modelli teorici di 'potere'. L'intento è descrivere le mutevoli conformazioni che i rapporti di potere sono teoricamente idonei ad assumere a vari livelli della vita e dell'esperienza sociale (rapporti intersoggettivi o tra governanti e governati; relazioni tra Stati)³. Immaginiamo che queste relazioni si presentino con una struttura interna di tipo 'negoziale', in virtù della quale il soggetto che dimostri di possedere una delle capacità organizzative di cui sopra accede alla posizione che, convenzionalmente, definiamo 'sovraordinata'. Con l'accettazione della proposta che il titolare del potere, in forza della sua azione efficiente, adattiva, efficace o integrativa, formula alla controparte, si addivene pertanto a una sorta di accordo. Tale accordo risulta idoneo, dal nostro punto di vista, a *istituzionalizzare* una relazione consensuale di potere. Ad essa i soggetti accedono in virtù delle loro 'buone ragioni' (Boudon 1985, pp. 66 e ss.), avendo cioè considerato, in modo più o meno consapevole, vantaggi e costi che è necessario sopportare.

Vediamo brevemente i termini essenziali di questi accordi.

2. Il potere efficiente

L'analisi delle dinamiche socio relazionali implicate nel concetto di 'potere efficiente' ci induce a recuperare una definizione letterale della parola efficienza. Essa, secondo il prestigioso dizionario della lingua italiana Devoto-Oli designa una "capacità costante di rendimento, di rispondenza alle proprie funzioni e ai propri fini" (Devoto Oli 2002, p. 705).

Si tratta di una ricostruzione semantica che, a nostro avviso, autorizza a indagare più approfonditamente l'elemento soggettivo dell'azione sociale

una riflessione volta a segnalare la presenza, negli stili di vita e nelle culture organizzative delle comunità, di altre modalità di azione e di intervento: quali sono l'efficacia, l'adattamento e l'integrazione. Dimensioni dell'agire riconducibili, a nostro avviso, al comportamento individuale come di sistema.

3 Per un'analisi del '*world power*' esercitato tra diversi 'sistemi-Stato', si veda lo studio che Schurmann dedicava alla politica mondiale dal secondo dopoguerra agli anni '70 dello scorso secolo (Schurmann 1980).

o, in altri termini, gli aspetti salienti della personalità di colui che agisce in modo efficiente e che, così facendo, guadagna una posizione dominante all'interno delle relazioni di potere. Individui e sistemi efficienti vantano solitamente specifiche e a volte straordinarie capacità tecnico-performative. Si consideri la circostanza di possedere in esclusiva un dato *know-how*; si pensi a soggetti dotati di cultura superiore o di capacità fisiche e atletiche fuori dal comune. Ci si chiede dunque: quanto alta è la probabilità che, all'interno di una data organizzazione sociale, ruoli e mansioni di particolare rilevanza siano assegnati a chi, tra i suoi membri, dimostri di possedere un *plus* rispetto agli altri (si tratti pure di millantare un carattere più volitivo o intraprendente della media)?

Rispetto all'efficienza nelle grandi organizzazioni, Presthus manifestava perplessità sulla definizione, per lui tautologica, di efficienza, in quel caso intesa come "raggiungimento dei fini dell'organizzazione con un minimo dispendio di risorse. [...] E benché ognuno sia un grande competente e abbia l'aria di sapere benissimo quello che fa, è tuttavia quasi impossibile accettare la convinzione che l'organizzazione burocratica sia 'efficiente'." (Presthus 1971, p. 68-69).

Così iscrivendosi per molti aspetti in una dimensione individualista del comportamento sociale, l'efficienza sembra trovare le sue origini anche nei processi tardo ottocenteschi di divisione del lavoro. La spiegazione che Simmel (Simmel 1998, pp. 607 e ss.) offriva della genesi di un fenomeno culturale come l'individualismo; lo stesso concetto di solidarietà organica introdotto nelle scienze sociali da Durkheim (Durkheim 1960, pp. 100-101), enfatizzano l'importanza che nella società moderna assumono competenze o abilità distribuite in modo eterogeneo, possedute cioè da qualcuno e non da altri. Nel momento in cui, all'interno di una comunità organizzata, posizioni e status si differenziano in base all'effettiva capacità delle persone di agire e di risolvere problemi, è probabile che a cambiare sia anche la percezione sociale del valore attribuito alle singole *performances*. È in quel momento, infatti, che la singola prestazione professionale diventa, agli occhi di molti, attività che ha natura *infungibile*, e ciò in base al principio elementare che non tutti sanno fare tutto. Così come, di conseguenza, *insostituibile* diventa quella persona che, all'interno dell'organizzazione comunitaria, dimostri di agire secondo criteri o determinazioni volte per l'appunto a realizzare la forma più alta di efficienza. Insomma, l'individuo che vanti il possesso di doti o abilità superiori e che allo stesso tempo non faccia mistero dell'intenzione di agire anche nell'interesse altrui, a favore della stessa organizzazione a cui appartiene, appare potenzialmente idoneo a istituzionalizzare la sua *leadership* all'interno della relazione sociale, esercitando giustappunto un 'potere di tipo efficiente'.

Operando però secondo quali modalità?

È probabile che il soggetto in questione tenti di avocare a sé il più gran numero di funzioni a cui il sistema sociale nel quale è inserito deve in modo fisiologico far fronte, e ciò pur avendosi cura di bilanciare la tendenza accentratrice con la disponibilità a prendere in carico oneri, incombenze, semmai l'intera attività di regolazione e gestione di lungo periodo. Sarà dei risultati di queste attività così efficienti che potranno avvalersi soggetti muniti di minor potere e diverse abilità. Più nello specifico, affermiamo che in questa fattispecie la possibilità di condizionare o influenzare il comportamento altrui si realizza nella misura in cui il titolare del potere efficiente induce il suo interlocutore a fare quanto necessario per la realizzazione di un piano comune. In fondo ciò che motiva il tipo di attore che qui esaminiamo ad assumere atteggiamenti performanti, orientati al massimo rendimento, è forse l'attitudine soggettiva ad agire in modo progettuale.

Uno dei principali meccanismi della persuasione politica risiede in quella che Gramsci chiama la capacità direzionale dei leader o del gruppo sociale che esercitano e rivendicano il potere. Con ciò bisogna intendere la capacità dei dirigenti di proporre un progetto sociale, morale, culturale, in una parola antropologico, in grado di infondere [...] una visione del mondo [...]. (Bromberger 1986, p. 116).

Individui e sistemi muniti di una visione chiara delle 'cose del mondo', che agiscono secondo modelli già capaci di indicare le *best practices* dell'organizzazione sociale, non possono che privilegiare, tra gli stati cui naturalmente tende un sistema sociale, quello dell'efficienza.

L'uomo d'azione o l'Istituzione politica particolarmente 'fattivi' in un dato campo della società⁴ devono giocoforza dotarsi di una sorta di cronoprogramma idoneo a individuare le iniziative più coerenti con i loro propositi riformatori, così pianificando ogni mossa secondo un preciso ordine temporale. Anche le cd. 'tecnologie di concatenamento' rispondono a questa logica (Picherri 2011, pp. 113 e ss.). Secondo tale *modus operandi*, infatti, è opportuno che le singole azioni previste e poi effettivamente realizzate stiano tra loro in rapporto di successione necessaria, cosicché all'azione A segua l'azione B e poi quella C.

Così operando, un sistema efficiente può autoprogrammare in modo teleologicamente orientato la ricerca del materiale necessario per la realizzazione del progetto iniziale: esso dovrà, per ipotesi, acquisire i mezzi tecnici più avanzati o semmai, all'interno di una organizzazione di lavoro, selezionare

4 Sulla recente decisione del Presidente USA, Donald Trump, di istituire un Department of Government Efficiency, si consulti l'indirizzo <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/2025/01/establishing-and-implementing-the-presidents-department-of-government-efficiency/>.

personale con un profilo adeguato, in ogni caso avendo cura di seguire l'iter normativo più utile a ottenere la piena legittimazione nell'esercizio del potere d'azione.

Il rischio è che, stabilizzatosi questo specifico tipo di potere, azioni e operazioni sistemiche, in forza della loro natura risoluta e programmatica, volte come sono ad avocare a sé tutte le funzioni operative e di comando, si manifestino nel tempo come espressione di una volontà autoritaria.

Le cardinal de Retz, en parlant d'Henri IV, dit qu'il ne se désioit pas des lois, parce qu'il se sioit en lui-même. Les bons princes savent qu'ils ne sont dépositaires du pouvoir que pour le bonheur de l'état ». (*Encyclopédie de Diderot et d'Alembert*, voce «pouvoir», p. 84.)

Il dispiegamento di una forza d'attacco a volte sproporzionata rispetto ai bersagli da colpire; l'ancoraggio ideologico a una filosofia di impronta vitalista; l'accettazione incondizionata o la mancata previsione dei pericoli impliciti in interventi per altri versi risolutivi, tutto questo proietta il potere efficiente verso una gestione diretta del set di attività disponibili e dunque verso la definitiva monopolizzazione del campo d'azione; il terreno di gioco o il mercato competitivo, ad esempio. Di conseguenza, l'*efficientismo*, analizzato come degenerazione di uno stato sistemico privilegiato, l'efficienza, appunto, reca con sé un rischio politico e sociale alto: quello di escludere definitivamente dall'organizzazione collettiva, in una fase o in un'altra del processo, soggetti od entità ad esso fino a quel momento subordinati⁵.

3. Il potere adattivo

La capacità di adattamento di un sistema al suo ambiente interno o esterno è requisito fondamentale per il buon funzionamento di ogni tipo di organizzazione sociale.

Nella sociologia contemporanea si parla di adattamento per designare prevalentemente un rapporto dinamico di scambio tra una collettività – il soggetto dell'adattamento – e il suo ambiente sociale e naturale, tendente ad assicurare le condizioni di esistenza della collettività stessa [...] tramite un rifornimento di risorse – beni e servizi comunque intesi, anche simbolici – adeguate quantitativamente e qualitativamente ai bisogni dei suoi membri». (Gallino 2006, p.7»).

⁵ Sul significato che Carl Schmitt dava al concetto di *Grossraum*, si veda (Freund 2008, p. 227-228): "All'interno della sua sfera, la potenza dominante organizza un *Leistungsraum*, vale a dire uno spazio che determina il rendimento e le *performances* degli Stati che vivono sotto la sua obbedienza".

Ma “fino a che punto il concetto di adattività è utile ai livelli più alti?” (Hinde 1989, p. 201).

È evidente che l'individuo in grado di fronteggiare, adattandovisi, situazioni impreviste e imprevedibili guadagna un notevole vantaggio competitivo rispetto a soggetti esclusivamente votati al raggiungimento di una soglia pur elevata di efficienza⁶. Probabilmente se ogni individuo ha in teoria la possibilità di mostrarsi più o meno flessibile rispetto a richieste e pressioni sociali, ciò avviene nella misura in cui egli riesce a derogare a principi o ideali posti a base della sua stessa organizzazione di vita, così interagendo con il mondo esterno in maniera più ‘elastica’ o resiliente (e a volte gaudente!).

Nonostante gli esempi riportati nella letteratura sul tema indichino a grandi linee il senso ultimo del concetto di adattamento, da intendere quale proprietà costitutiva di un ente inorganico (ad esempio, un materiale resistente a forti vibrazioni e sollecitazioni ambientali) o anche abilità che l'attore acquisisce sul campo in funzione auto conservativa, non può ignorarsi come la nozione presenti una valenza semantica molto ampia, così come testimoniano i diversi usi del termine che ricorrono nell'ambito della tradizione sociologica (Gallino 2006, pp. 7 e ss.). Dal nostro punto di vista, l'analisi dei processi in oggetto muove dall'assunto che considera l'adattamento innanzitutto uno stato del sistema a cui le organizzazioni, a vario titolo presenti nella vita delle società umane, devono obbligatoriamente, seppur in modo non esclusivo, tendere. Si consideri, a riguardo, l'esempio dei dirigenti che “avallano esplicitamente (con comunicazioni ufficiali [...]) modalità di svolgimento delle mansioni e di collaborazione che i membri hanno sviluppato spontaneamente nel corso della loro attività comune” (Cesareo 2006, p. 111).

Il quesito già posto in riferimento al processo di istituzionalizzazione del ‘potere efficiente’ si ripropone nei seguenti termini: possiamo fondatamente ritenere che l'enfasi posta in una data cultura organizzativa sulle capacità adattive dei suoi membri determini una forma caratteristica di potere?

In modo non tanto diverso dall'artista che ‘strappa’ al pubblico l'applauso per il solo fatto di entrare spettacolarmente in scena, così il potere adattivo si esprime il più delle volte come richiesta di attenzione, e dunque come provocazione. O, più concretamente, come pretesa di ottenere una prestazione, spesso di natura economica, a proprio favore. Ma non è solo il pubblico pagante a offrire la propria attenzione ai *performer* dell'avanspettacolo. Anche una certa politica può stare dentro rapporti di forza tali da legittimare richieste o addirittura pretese di un elettorato che si assume versare in perenne stato di bisogno, così da giustificare la previsione normativa di

6 In modo solo parzialmente diverso, sappiamo come in un altro dominio, quello del regno animale, al fine di sottrarsi alle improvvise aggressioni dei predatori, alcune specie riescano a salvarsi, più che mettendosi in fuga, attraverso l'utilizzo di tecniche mimetiche, adottando cioè comportamenti sostanzialmente passivi.

forme anche molto diverse di contribuzione economica (sussidi, indennità, finanziamenti a pioggia) a suo favore. Si rileggano a riguardo le considerazioni di Ferrarotti sull'atavico problema dell'immobilismo politico italiano, di un sistema cioè:

che va al di là della meccanica parlamentare e delle stesse grandi riforme legislative e dell'intervento diretto dello Stato. Riforme o interventi dello Stato, nell'attuale situazione del rapporto cittadini-autorità, potrebbero aggravare, più che sanare il carattere arcaico della società italiana, nel senso che potrebbero avere la funzione 'latente' di confermare i cittadini nell'atteggiamento di sostanziale estraniamento e di attesa passiva di provvedimenti che li riguardano ma che sono presi da 'altri', quindi come oggetti, non soggetti di azione politica e di decisioni socialmente rilevanti. (Ferrarotti 2004, p. 105).

Una ulteriore questione da porsi sarà dunque la seguente: se è vero che la legittimazione di chi esercita potere all'interno della fattispecie che qui definiamo 'adattiva' difficilmente si può ritrovare nel concetto di carisma, nella legge o nella tradizione (Weber 1980, pp. 210 ss.), su quale determinante psico-sociale verosimilmente si fonda una richiesta siffatta?

In fondo sembra che qui il potere di chiedere, o di non chiedere, e di ottenere qualcosa il più delle volte trovi la sua legittimazione (e giustificazione) sulla base della situazione contingente in cui si trova l'istante⁷. Al soggetto adattivo viene riconosciuta la capacità di gestire, e con successo, circostanze di vita ed eventi particolari, che sono spesso critici, ma non solo. Tipicamente si tratta di situazioni di urgenza, indigenza, emergenza; ma anche di occorrenze tutto sommato piacevoli. In fin dei conti il potere adattivo garantisce ai suoi interlocutori un adeguato livello di gratificazione edonistica. Assicura insomma il divertimento in sala pur disponendo l'artista di pochi mezzi; offre intrattenimento conviviale in circostanze altrimenti noiose, come nel mezzo di una fila all'ufficio postale; garantisce il parcheggio, per

7 Dal punto di vista dell'analisi normativa e delle dinamiche criminogenetiche, la sottomissione alle richieste del cd. 'potere adattivo' può configurare fattispecie devianti come conformi, risolvendosi in diversi tipi di comportamento sociale, variamente motivati e più o meno socialmente tollerati.

È illecito, ad esempio, che il soggetto subordinato accetti una occupazione lavorativa 'a nero' o paghi il 'pizzo', pur sotto la minaccia del grave danno che il titolare di un potere violento (e adattivo) rivolge alla sua persona; è lecito ma facoltativo lasciare una cospicua mancia in un ristorante o fare l'elemosina a un venditore ambulante in grado di esercitare un oggettivo potere di persuasione sul passante. In modo simile, un governo può legalmente decidere di finanziare con contributi straordinari le casse di un'Amministrazione locale allorché questa, sull'orlo della bancarotta, guadagna il potere morale e mediatico di avanzare siffatta richiesta. Non molto diverso sembra infine il caso in cui, in forza di un provvedimento giudiziario *ad hoc*, saranno obbligatoriamente risarciti i danni per molto tempo patiti da un nostro condomino; e ciò seppur egli stesso, pur vantando un legittimo credito, ha dimostrato negligenza o mala fede e nulla ha fatto per contenere la portata del danno.

quanto abusivo, dell'automobile, pur in assenza di aree adibite allo scopo, riuscendo in questo modo a far fronte alle multiformi espressioni che può assumere il disagio ambientale.

Se è vero che il potere “è una categoria concettuale connessa all'organizzazione dell'ordine costituito, alle continue trattative su di esso, sul suo senso, sui suoi significati” (Strati 1998, p. 120), vanno allora rimarcati e messi in evidenza gli effetti particolari, se non paradossali, di questa specifica dinamica sociale. La soluzione ‘adattiva’ a problemi e criticità che emergono nella vita quotidiana e nelle scelte politiche che attori individuali e istituzionali sono chiamati ad assumere di continuo e in tempo reale, determina, a ben vedere, il mantenimento di una sorta di stabile equilibrio all'interno dei sistemi sociali di riferimento. Un equilibrio di natura speciale, se si vuole, in linea però con quella particolare legge sociale del mutamento che fa dell'inerzia dei singoli attori, così come di una condizione di immobilismo generale, proprietà costitutive e a loro modo utili, funzionali alle esigenze regolative del sistema in oggetto.

4. Il potere efficace

Dal punto di vista dell'analisi teorica l'esercizio di un potere ‘efficace’ appare intimamente connesso con il tema, centrale nello studio sociologico-giuridico, delle conseguenze sociali (in altri termini, degli effetti) provocate dal comportamento del singolo attore, così come da provvedimenti e da atti giuridici⁸.

Chi produce un effetto è un fantasma, non una realtà. L'uomo importante impara a poco a poco che, *sinché produce un effetto*, nella mente altrui è un fantasma, e prova forse il sottile tormento di chiedersi se, per il bene del prossimo, egli non debba salvaguardare il fantasma». (Nietzsche 1993, p. 784).

Come ricorda il già citato dizionario, nel diritto positivo l'efficacia designa “l'attitudine di un fatto, di un atto o di un negozio giuridico a produrre gli effetti collegati al suo compimento”. (Devoto, Oli 2002, p. 705). Il risultato efficace, conseguito all'interno di una organizzazione collettiva o da una sola persona, presuppone il più delle volte nell'attore il possesso di capacità tattiche e strategiche. È infatti ricorrendo agli strumenti operativi propri a una razionalità di tipo economico o incrementale che riusciamo a valutare, e con un certo margine di obiettività, sia il *range* di opportunità che il contesto

8 «Si resta più vicini alle intenzioni di Kelsen se per validità di una norma si intende il fatto che il destinatario ‘ha una ragione per osservarla’. Sul concetto di norma valida, efficace e ‘fino a un certo grado efficace’ in Kelsen, si veda K. Seelmann, *Filosofia del diritto*, Guida, Napoli, 2006, pp. 73 e ss.

sociale può offrire, sia, in seconda battuta, i costi-benefici che intendiamo sopportare pur di ottenere l'effetto desiderato e conseguire i nostri scopi⁹. Pertanto, una volta focalizzata l'attenzione cognitiva, il giudizio morale e quello estetico su un solo oggetto sociale, ciò che consente di definire con chiarezza gli obiettivi specifici a cui si mira, il soggetto in questione finisce per acquisire un potere molto concreto e fattuale (Hammond, Keeney, Raiffa, 1999, pp. 29 e ss.). Potere che potenzialmente si esercita su tutti coloro i quali, per motivi disparati, si dimostrano interessati a beneficiare dei risultati a cui conduce un'azione razionalmente orientata allo scopo (Weber 1980, p. 21 e ss.)

Per essere intellegibile l'ambiente deve essere guardato da qualche punto di vista [...] il ricondurre questa massa amorfa a qualcosa di significativo richiede un criterio di discriminazione per scegliere questo o quello come pertinente, rilevante, interessante ... il criterio per questa discriminazione è uno scopo [...]. (Barnard 1970, p. 176).

Immaginiamo che, anche più degli altri, questo tipo di potere si manifesti nelle forme di una proposta, a volte solo accennata, rivolta ai terzi. Ad essi si chiede di associarsi alla propria azione, in modo da intraprendere insieme, seppur per un breve tratto, una sorta di viaggio verso la meta. In caso di accettazione di questa offerta si stabiliscono tra i soggetti della relazione vincoli parziali e a tempo determinato. Aderire alle richieste di un potere efficace in fondo non è un atto dovuto, di quelli condizionati da preesistenti obblighi di natura sociale, quali ad esempio i doveri che scaturiscono dal sentimento di riconoscenza per l'attività già svolta da chi esercita il potere. Si tratta piuttosto di una libera scelta delle parti, il più delle volte dettata da ragioni pratiche, da una valutazione che l'attore elabora comparando vantaggi e benefici promessi dall'offerta del potere al numero e al valore delle aspirazioni personali.

L'ordine contrattuale della società è un ordine di diritto, fondato sulla legge [...] Diritto o legge è il complesso delle regole che determinano l'orbita in cui gli individui sono liberi di agire. (von Mises 1959, pp. 192 e ss.)

La natura marcatamente contrattuale della relazione è quanto qui consente di orientare e dirigere l'intenzione altrui, in altri termini, di esercitare potere, attraverso attività volte alla persuasione dell'interlocutore. Non si tratta più, insomma, del 'patto con il diavolo', sorta di accordo che, nel definire per il tramite di un dispositivo normativo il buon esito dell'incontro tra due forti determinazioni volitive, consente al potere efficiente di impos-

⁹ Sulla nozione di 'rischio calcolato', e non solo, si veda (Savadori, Rumiati 2009, pp. 63 e ss.).

sessarsi in maniera esclusiva e totale dei desideri della controparte, in altre parole, della sua 'anima'. Ma a ben guardare l'accordo che il potere efficace propone non somiglia neanche a quel tipo di consuetudine o di prassi sociale, si pensi per tutte all'atto dell'infedamento (Elias 2010, p. 81 e ss.) diffuso in età medievale, che dalla tradizione o dagli usi giuridici trae la forza per formalizzare un vincolo già esistente di natura morale e sociale (fedeltà, gratitudine, ad esempio). In ultima analisi sembra di poter dire che agire in modo efficace significhi soprattutto relativizzare il legame che l'attore stabilisce con i diversi mondi esterni di riferimento, intrecciando relazioni sociali che hanno contenuto e frequenza parziale, tendenzialmente limitate cioè ai soli comportamenti di ruolo.

Casi pertinenti di comportamento sociale strategicamente volto al conseguimento degli effetti desiderati sono di frequente offerti dalla migliore narrativa universale; li ritroviamo nei poemi classici incentrati sul racconto dell'esperienza esistenziale di un soggetto viaggiatore o nei romanzi che più prosaicamente danno conto della scalata sociale di individui molto ambiziosi e arrivisti. Valga per tutti l'esempio di Georges Duroy, il protagonista del celebre romanzo di Guy de Maupassant, *Bel-Ami*: "Petit jeu de société. Connaissez-vous des Bel-Ami? Combien? Des bataillons [...] le type de Bel-ami ne datai pas, il est lié à la vie même de Paris» (Bory 1973, p. 26).

Il soggetto subordinato sta dunque in questa relazione di potere. Accetta di essere un mezzo per l'altra parte sapendo di poter avvalersene a sua volta quando si tratterà di soddisfare il proprio interesse. Emerson – lo scrive un autore come Ritzer –

ha definito il potere come il costo potenziale che un attore è in grado di far accettare ad un altro attore. La dipendenza riguarda invece il costo potenziale che un attore è disponibile a tollerare all'interno di una relazione. (Ritzer 2014, p. 239).

Il sacrificio che all'interno della relazione di potere efficace è imposto dal criterio di parzialità, così come determinato dalla durata limitata dell'impresa e dall'assunzione di soli ruoli specifici, è compensato dalla consapevolezza della convenienza comune; il rischio di rimpiangere la perdita della totalità, di rinunciare cioè a investimenti di senso più intensi e di natura assoluta, risulta di fatto bilanciato dalla garanzia, che è cifra specifica di questa dinamica socio-relazionale, di ottenere e di godere del risultato sperato.

5. Il potere integrativo

Consultando per l'ultima volta il dizionario della lingua italiana, apprendiamo che la parola 'integrazione' designa innanzitutto un comportamento

funzionale, che si manifesta “mediante opportune addizioni e compensazioni” (Devoto, Oli 2002, p. 1064). Inferiamo legittimamente dalla definizione che il tipo di soggetto o di sistema intento a compiere queste specifiche operazioni disponga in teoria di un asset patrimoniale consistente e già ben organizzato. È probabile, infatti, che la necessità di gestire la propria vita sociale e relazionale attraverso attività finalizzate al completamento dal punto di vista sia quantitativo che qualitativo e all’aggiunta di opportuni elementi complementari, si palesi non prima che la stessa *governance* interna abbia preso atto dello stato di buona salute in cui versa il sistema.

Un’organizzazione che punti a nuove e ulteriori integrazioni della sua struttura si avvale con alta probabilità di un ordine interno prestabilito, in virtù del quale le risorse addizionali, i nuovi input, vengono smistati e utilizzati secondo criteri logici e in base a regole di funzionamento già in uso nel sistema di riferimento. In altre parole, la preoccupazione di completare o di integrare qualcosa, dentro o al di fuori del sistema su cui il titolare del potere ha giurisdizione, sorge verosimilmente quando si è a buon punto nell’opera di costruzione.

A livello macro-sociale, d’altra parte, si parla spesso di ‘integrazione’ a proposito della necessità di rendere status e attività degli stranieri o di intere comunità etniche quanto più funzionali e compatibili con gli specifici modi di organizzazione già adottati dalla società di accoglienza, senza peraltro che tale addizione pregiudichi l’organizzazione di vita dei gruppi di nuovo arrivo, con cui si è chiamati, per l’appunto, a integrarsi. Valga a riguardo la definizione di ‘integrazione’ offerta da Gallino:

stato variabile di un sistema sociale caratterizzato dalla tendenza e disponibilità costanti da parte della gran maggioranza degli individui che la compongono a coordinare regolarmente ed efficacemente le proprie azioni sociali con quelle degli altri a diversi livelli della struttura [...]. (Gallino 2006, p. 378).

Guardate a ritroso, tutte queste dinamiche ci riportano direttamente al profilo del soggetto che, titolare della funzione normativa e di controllo all’interno del sistema, esercita il cd. ‘potere integrativo’; ovvero il potere che si estrinseca tipicamente nella volontà e nella capacità di estendere l’applicazione di norme e principi interni al proprio ordinamento a soggetti e realtà esterne, che verranno acquisiti in funzione compensativa e integrativa. Il ‘signore’ o l’ente in questione detiene in maniera esclusiva, ancor prima che l’uso e la disponibilità di un pur vasto patrimonio, la conoscenza delle tradizioni e degli usi normativi. Il suo comportamento si iscrive weberianamente nell’idealtipo dell’azione tradizionale (Weber 1980, p. 22 e ss.), quella che per definizione esclude in modo categorico dai processi decisionali ogni alternativa a quanto previsto e prescritto dalla normativa adottata nella propria organizzazione di vita.

Come noto, il diktat del 'si deve fare così' può trovare la sua fonte ultima nelle regole comuni, in abitudini reiterate, nella prassi, in codici normativi o etici. Ciò che conta però ai fini di questa analisi è che, così operando, il *dominus* del potere integrativo assicura il buon funzionamento dell'intero sistema-ordinamento e delle sue parti-componenti. E ciò fino al punto in cui si porrà come fisiologica l'esigenza di dar nuova forza o potenza al sistema attraverso l'attività di acquisizione programmata di ulteriori componenti e funzioni interne. Così Bubner

sull'ossessionante insistenza di Parsons sull'orientamento normativo (*che*) deriva in sostanza dal suo sforzo di garantire la stabilità del sistema sociale [...] La coerenza appare soprattutto garantita se tutti i partecipanti quando agiscono seguono norme conformi al sistema e integrative. Un simile agire (*è*) al servizio del mantenimento del sistema'. (Bubner 1985, p. 31).

Pertanto, se a livello di procedura sistemica si renderà necessario accettare o respingere l'input proveniente dall'esterno, sarà giocoforza attraverso un'analisi preventiva che dovrà appurarsi quanto l'eventuale addizione migliori qualitativamente e quantitativamente la fisionomia, la composizione e la funzionalità del sistema stesso. Successivamente, una volta verificata la compatibilità con l'oggetto esterno, esso viene processato secondo le esigenze organizzative interne e finalmente assegnato a determinati ruoli o funzioni. Diversamente, come sappiamo, se K., il protagonista de *Il castello* di Kafka, resta per antonomasia, e nell'immaginario collettivo, il forestiero, perpetuamente estraneo al sistema domestico di un maniero a cui non riesce ad accedere, è anche perché egli "pensa e agisce in base al comune buon senso [...] egli si appella ad ogni piè sospinto ai propri diritti in un mondo in cui la logica dei diritti risulta del tutto inadeguata" (Capriolo 2002, p. VIII).

Se poi è vero che "per Max Weber l'organizzazione era potere. Nel senso che l'organizzazione costituisce di per sé stessa una struttura di dominio e di controllo" (Strati 1998, p. 118), possiamo allora agevolmente affermare che da un punto di vista microsociologico ciò che la controparte intravede in maniera chiara e distinta all'interno di una relazione siffatta è proprio la *struttura* che fa da sfondo all'esercizio di un potere integrativo. Laddove con struttura ci riferiamo metaforicamente a qualcosa che assume la forma architettonica di una residenza padronale¹⁰ (un *ranch*, una villa lussuosa, un castello); luoghi del potere all'interno dei quali il soggetto subordinato viene invitato a soggiornare.

Più nel dettaglio, l'analisi della relazione sociale non può non essere anche analisi dell'interazione tra i soggetti, considerato come il potere sia in fondo

10 Sulla relazione tra esercizio del potere sugli uomini e campo spaziale, in particolare sul significato sociologico della 'casa' come centro e irradiazione del potere, si veda (Simmel 1998, pp. 588 e ss.).

“trasmissione-ricezione [...] è trasmettere impulsi e ricevere impulsi in una spirale continua di interazione” (Lasswell 1975, p. 402). Nella relazione di potere integrativo l’interazione si manifesta a livello superficiale come scambio di cordialità, ad esempio come un invito a palazzo o a cena. Tale invito, un po’ come una proposta che anticipa condizioni e termini del contratto, è quanto autorizza l’ospite a figurarsi il modo e il tempo in cui potrà legittimamente occupare un posto alla tavola del suo influente interlocutore. La posizione così guadagnata all’interno della struttura ‘domestica’ del sistema sociale, per quanto possa apparire ancillare o subalterna al potere costituito, si qualifica per l’attribuzione al nuovo arrivato di uno status acquisito, compatibile e complementare all’ordine del sistema.

Il Panopticon [...] gioca un ruolo di amplificazione: se organizza il potere, se vuole renderlo più economico e più efficace, non è per il potere stesso [...] si tratta di rendere più forti le forze sociali – aumentare la produzione, sviluppare l’economia, diffondere l’istruzione, elevare il livello della moralità pubblica; far crescere e moltiplicare» (Foucault 1993, p. 226).

Come in un Panopticon di minor portata, la struttura abitativa del signore, “un principe che ne costituisce il solitario padrone” (d’Alessandro 1993, p. 85), finisce così per inglobare il soggetto esterno, legandolo a un vincolo di lealtà o di riconoscenza, evidenti non solo nelle forme storicamente determinate proprie ai rapporti tra signori feudali ma anche nelle relazioni ordinarie. L’esercizio del potere integrativo riesce a sedurre e ad autolegittimarsi agli occhi altrui in virtù dei meriti e degli oneri che il soggetto sovraordinato si è accollato. *In primis*, quello di aver saputo organizzare, secondo lo schema reiterato di un’integrazione funzionale, esigenze e necessità interne del sistema, ospitando a casa propria le sue nuove e diverse componenti.

6. Conclusioni

Ritorniamo, in conclusione, alle sollecitazioni offerteci, durante i lavori del Convegno di Milano, dall’accurata disamina scientifica di fenomeni sociali e giuridici dominati dall’imperativo dell’efficienza. In senso solo parzialmente diverso, la tesi qui sostenuta assume che, al di là del dettato di legge, sempre più in prima linea nel promuovere comportamenti efficienti a ogni livello della vita sociale, le culture giuridiche (e non solo) dimostrano volontà e capacità di organizzarsi anche in altro modo. La conseguente strutturazione di relazioni di potere informata alla necessità sistemica di far fronte ai problemi sociali non solo efficientemente ma anche in modo efficace, adattivo o integrativo, consente, a nostro avviso, di problematizzare casi e situazioni

concrete in cui il diktat dell'efficienza non basta a spiegare in modo esaustivo l'impatto sociale e le conseguenze della previsione normativa.

Ricapitoliamo, dunque, le caratteristiche essenziali dei quattro schemi di potere che, a nostro avviso, si manifestano all'interno di modelli di relazione sociale tipici e ricorrenti:

1. Il potere efficiente si palesa inizialmente come proposta, una sorta di chiamata alle armi, che attori o sistemi particolarmente intraprendenti rivolgono a un altro soggetto affinché esso esegua una determinata prestazione, di contenuto attivo (si richiede ad esempio un supporto logistico-militare) o passivo (si chiede di astenersi dal fare qualcosa). Ciò in cambio dell'adempimento di un'obbligazione di risultato ed eventualmente dell'accettazione incondizionata della propria *leadership*. Al cd. soggetto subordinato, vuoi per debolezza della volontà e incapacità gestionale, vuoi per la scarsa dotazione di mezzi, non può che giovare questa proposta di efficientamento della sua stessa organizzazione di vita. Per affidarsi alle superiori capacità del proponente, al netto dei vantaggi, bisogna però pagare un prezzo; la riduzione del carico di lavoro (si lascia sostanzialmente che il grosso di esso, o il 'lavoro sporco', venga svolto da altri), corrisponde a una limitazione dei benefici legati al buon esito dell'impresa. Si riceve insomma una quota minore del bottino. Allo stesso tempo, più l'agire efficiente si dimostra adeguato al raggiungimento delle mete, più il titolare di questo potere acquista credito economico e morale, così rendendo asimmetrici e meno equilibrati i rapporti di forza all'interno del sistema.
2. Nel modello che definiamo 'potere adattivo' ad essere sovraordinato nella relazione è il soggetto che, forte della capacità di definire in modo sì adattivo ma concreto le proprie mosse all'interno di sistemi poco regolamentati e tendenzialmente caotici, riesce a gestire con successo l'incertezza e la scarsa predicibilità che ne caratterizzano gli ambienti interni. A primo acchito potremmo dire che la pretesa avanzata trovi qui la sua giustificazione proprio nella capacità, che il soggetto dimostra sul campo, di far fronte a situazioni critiche in modo a volte prodigioso. Insomma, qui non si acquista il credito o un seguito perché si è abili a condurre il gioco, perché ci si intesta la paternità di un progetto da attuare secondo una certa progressione temporale, ma piuttosto in virtù di una gestione irruale seppur ottimale di situazioni contingenti e complesse, in cui resta oggettivamente difficile assumere decisioni adeguate.
3. Definiamo 'efficiente' il potere che si esercita in virtù dell'abilità di un individuo di conseguire con successo un obiettivo specifico e circoscritto; dinamica che corrisponde, in ambito sistemico, alla capacità di cui può essere dotata un'entità impersonale, ad esempio un dispositivo normativo, di produrre l'effetto desiderato. Destare una certa impressione negli altri; usare un'argomentazione persuasiva per convincere l'uditorio delle

proprie ragioni; imporre attraverso lo strumento della legge una modifica nei comportamenti o addirittura nella mentalità sociale, sono alcuni esempi del credito e della reputazione che il titolare del potere efficace può vantare rispetto ad altri soggetti. È a quest'ultimi che si propone una sorta di associazione *pro tempore*, volta alla collaborazione e a raggiungere un risultato condiviso, nell'interesse comune. Come certificato dallo studio ormai classico che Tocqueville condusse sulla società americana (de Tocqueville 1991, p. 597) il fenomeno associativo testimonia della forza di questo potere, capace di coinvolgere politicamente i soggetti interessati al fine di coordinarsi e lavorare insieme, seppure in funzione dei loro rispettivi ruoli sociali (Donati, Archer 2015, p. 200).

4. Infine, il potere che definiamo 'integrativo'. Considerato che l'intero processo di integrazione a cui per ipotesi mira in modo preferenziale un sistema sociale consiste nell'applicazione della norma interna a realtà e soggetti che si è deciso di cooptare, la posizione che il cd. 'soggetto subordinato' guadagna con l'ingresso nel sistema appare a tutti gli effetti legittima e socialmente approvata. Per questa ragione riteniamo che la proposta formulata dal titolare del potere integrativo contenga per la controparte un intrinseco elemento di seduzione. 'L'invitato' deve ponderare le conseguenze dell'offerta. È evidente, infatti, il contenuto dello scambio di favori che viene a definirsi: a una riduzione di libertà corrisponde un aumento di sicurezza e della protezione che si offre all'ospite, una volta introdotto a corte. Alla visibilità sociale e a tutti i vantaggi ottenuti in termini di prestigio e status, corrisponde l'obbligo a sottomettersi, all'interno della struttura di potere, a forme di controllo sociale più pervasive e invadenti.

Bibliografia

- Barnard, C. J., (1970), *Le funzioni del dirigente. Organizzazione e direzione*, a cura di Piero Bontadini, Utet, Torino.
- Bory, J-L, (1973), *Preface*, Guy de Maupassant, *Bel-Ami*, Gallimard.
- Boudon, R., (1985), *Il posto del disordine. Critiche delle teorie del mutamento sociale*, il Mulino, Bologna.
- Bromberger, C., (1986), *La seduzione del potere. Procedure simboliche di legittimazione nell'Islam rivoluzionario*, in *Potere senza Stato*, a cura di Carla Pasquinelli, Editori Riuniti, Roma.
- Bubner R., (1985), *Azione, linguaggio e ragione*, il Mulino, Bologna.
- Capriolo, P., (2002), *Traducendo il castello*, in F. Kafka, *Il castello*, Einaudi, Torino.
- Cesareo, V., (2006), *Sociologia. Concetti e tematiche*, Vita e pensiero, Milano.

- d'Alessandro L., (1993), *Utilitarismo morale e scienza della legislazione. Studio su Jeremy Bentham*, Guida, Napoli, II ed.
- de Tocqueville, A., (1991), *La democrazia in America*, a cura di Nicola Matteucci, Utet, Torino.
- Devoto, G., Oli, G.C., (2002), *Il dizionario della lingua italiana*, Le Monnier, Firenze.
- Donati, P., Archer, M.S., (2015), *The Relational Subject*, Cambridge University Press.
- Durkheim, E., (1960), *De la division du travail social*, PUF, Paris.
- Elias, N., (2010), *Potere e civiltà*, il Mulino, Bologna.
- Encyclopédie* de Diderot et d'Alembert, (1980), vol. 17, voce «POUVOIR», Franco Maria Ricci Editore, Milano.
- Ferrarotti, F., (2004), *Il potere*, Newton Compton, Roma.
- Foucault, M., (1993), *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Einaudi, Torino.
- Freund, J., (2008), *La crisi dello Stato tra decisione e norma*, Guida, Napoli.
- Gallino, L., (2006), *Dizionario di Sociologia*, Utet, Torino.
- Hammond, J.S., Keeney, R.L., Raiffa, H., (1999), *Decisioni. Le otto mosse per scegliere con sicurezza*, il Mulino, Bologna.
- Hinde, R.A., (1989), *Individui, relazioni e cultura. Un ponte tra etologia e scienze sociali*, Giunti, Firenze.
- Lasswell, H.D., (1975), *Potere, politica e personalità*, a cura di Mario Stoppino, Utet, Torino.
- Nietzsche, F., (1993), *Umano troppo umano*, Newton Compton, Roma.
- Picherri, A., (1993), *Sociologia dell'organizzazione*, Laterza, Roma -Bari.
- Presthus, R., (1971), *La società dell'organizzazione*, Rizzoli, Milano.
- Ritzer, G., (2014), *Teoria sociologica, Radici classiche e sfide contemporanee*, Maggioli, Sant'Arcangelo di Romagna.
- Savadori, L., Rumiati, R., (2009), *Rischiare*, il Mulino, Bologna.
- Seelmann, K., (2009), *Filosofia del diritto*, Guida, Napoli.
- Shurmann, F., (1980), *La logica del potere. Le origini, le correnti e le contraddizioni della politica mondiale*, Il Saggiatore, Milano.
- Simmel, G., (1998), *Sociologia*, Editori Riuniti, Milano.
- Strati, A., (1998), *Sociologia dell'organizzazione*, Carocci, Roma.
- Von Mises, L., (1959), *L'azione umana. Trattato di economia*, Utet, Torino.
- Weber, M., (1980), *Economia e società. Teorie delle categorie sociologiche*, Edizioni di Comunità, Milano.
- Whyte, W.H., (1960), *L'uomo dell'organizzazione*, Einaudi.

Pubblica amministrazione e digitalizzazione: una relazione controversa

Public Administration and Digitisation: A Controversial Relationship

PATRIZIA SANTORO¹

Sommario

Nel seguire le direttrici del cambiamento imposte dalle nuove tecnologie digitali, la pubblica amministrazione si trova dinnanzi a sfide impegnative che lasciano intravedere rischi e criticità i cui impatti ricadono inevitabilmente nel rapporto con i cittadini. In questo quadro, l'articolo considera alcuni aspetti di natura istituzionale che entrano nel dibattito sul rapporto tra diritto e nuove tecnologie, conducendo l'attenzione su quei meccanismi di automatizzazione che potrebbero far perdere di vista la riflessività della decisione giuridica.

Parole chiave: discrezionalità amministrativa, processo decisionale, automazione, algoritmo.

Abstract

In navigating the change imposed by new digital technologies, public administration faces significant challenges that hint at risks and critical issues the impacts of which inevitably affect the relationship with citizens. Within this framework, the article examines specific institutional aspects that contribute the debate on the relationship between law and new technologies. It focuses on automation mechanisms that could potentially overshadow the reflective nature of legal decision-making.

Keywords: discretion, decision making process, automation, algorithm.

¹ Dipartimento di Scienze politiche e sociali, Università degli Studi di Catania. patrizia.santoro@unict.it

1. Introduzione

Qualsiasi dibattito sul cambiamento di istituzioni e dinamiche sociali oggi non può prescindere dall'uso sempre più pervasivo delle tecnologie digitali e delle loro implicazioni sui processi democratici. Ciò che va delineandosi è una complessa relazione tra tecnologia e potere pubblico che influisce sulle dinamiche di esercizio e trasformazione dell'agire pubblico. La tavola rotonda del Convegno AIS “Le istituzionalizzazioni dei poteri nella società digitale” ben testimonia questa relazione, evidenziando la necessità di riflettere sul tema utilizzando le lenti della sociologia giuridica.

È in questa direzione che si vuole qui circoscrivere l'attenzione sull'agire amministrativo delle pubbliche amministrazioni, facendo emergere delle criticità legate ad una configurazione di norme, valori e relazioni di potere che lasciano intravedere il rischio di nuove vulnerabilità istituzionali il cui impatto ricade inevitabilmente sul rapporto tra cittadini e istituzioni. L'utilizzo della tecnologia digitale sta infatti cambiando la visione tradizionale sulle organizzazioni pubbliche come uniche promotrici del processo di creazione del valore pubblico e sta dettando particolari configurazioni di relazioni di potere che aprono spazi ad un'ampia riflessione sulla sua supposta neutralità e sulle possibili derive sui meccanismi a garanzia di una “buona” democrazia (Bannister & Connolly 2014): dall'*accountability* alla *responsiveness*, alla progressiva realizzazione di una maggiore eguaglianza sociale ed economica. Le perplessità riguardano soprattutto l'utilizzo degli algoritmi nei processi decisionali delle pubbliche amministrazioni.

Seppure il recente regolamento europeo 2024/1689 (noto come AI ACT), abbia promosso l'utilizzo antropocentrico dell'intelligenza artificiale² – così da proteggere i diritti sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, compreso il diritto ad una buona amministrazione – l'algoritmo continua a destare preoccupazioni riguardo l'esercizio dei diritti dei cittadini, destinatari di provvedimenti.

Del resto, è ormai noto che l'utilizzo dell'algoritmo tende a far venir meno quella necessaria ponderazione dell'interesse pubblico con gli ulteriori interessi rilevanti per la decisione che garantisce, seppure non in modo sempre esaustivo, il rispetto delle garanzie dei privati (Zuiderveen Borgesius 2018; Burrell, Fourcade 2021). Inoltre, va delineandosi una carente interlocuzione tra pubblico e privato che, in quanto tale, limiterebbe la capacità dei cittadini di partecipare all'attività dell'amministrazione (Geske and Leyer 2022; Ranchordas 2024).

2 Il termine intelligenza artificiale è qui utilizzato in modo generico per indicare alcune tecnologie che utilizzano dati, algoritmi e hardware per identificare relazioni,

fare previsioni, svolgere compiti complessi o semi-complessi, prendere decisioni in grado di risolvere razionalmente i problemi per raggiungere un obiettivo.

Emerge dunque la necessità di riconsiderare le relazioni fra le dinamiche dei processi interni della pubblica amministrazione e il perseguimento degli obiettivi di equità, di partecipazione, di trasparenza. Così da poter cogliere alcuni spunti di riflessione che possano contribuire a riflettere sulla necessità di governare l'utilizzo dei sistemi di IA nella pubblica amministrazione.

Nelle pagine che seguono si considereranno alcuni principali aspetti della natura istituzionale della pubblica amministrazione che entrano nel dibattito sul rapporto tra diritto e nuove tecnologie. In particolare, l'utilizzo delle nuove tecnologie è letto in rapporto alle sue implicazioni sulla discrezionalità della pubblica amministrazione, esplicitando il rischio di un offuscamento della riflessività della decisione giuridica che condurrebbe il diritto lontano dai bisogni della società.

2. Amministrazione digitale e complessità istituzionale

Il continuo e rapido incremento dei processi di innovazione tecnologica rappresenta ormai da tempo un percorso da cui le pubbliche amministrazioni non possono/debbono esimersi. Da più di un decennio, infatti, l'elaborazione delle informazioni avviene attraverso l'uso delle ICT e, più recentemente, di Internet e dell'AI. Gli strumenti digitali sono entrati nella proceduralizzazione facilitando la semplificazione dei procedimenti amministrativi e, in alcuni casi (ad es. quello degli appalti pubblici), lo sviluppo di nuove procedure amministrative. I benefici sono ben visibili in termini sia di accesso e velocità della fornitura dei servizi pubblici, sia di accesso diretto alle informazioni della pubblica amministrazione, sia di modifica delle prestazioni complessive di alcuni servizi pubblici (ad es. il trasporto urbano) (Zalnierute, Moses & Williams 2019).

L'uso dell'ICT ha iniziato a riguardare anche l'automazione parziale o totale delle decisioni amministrative e la comunicazione con i cittadini, determinando nuovi approcci al modo in cui i servizi pubblici sono concepiti (Mergel et al. 2019). Il concetto di "*digital government*" ben esemplifica questa innovazione, esprimendo – in linea all'OECD (2020) – un modello di amministrazione che utilizza dati digitali per erogare servizi e prendere decisioni in tempi più veloci. Inoltre, si affida alle ICT per aumentare la trasparenza e sviluppare servizi pubblici più aperti e guidati dall'utente, così da poterne soddisfare le esigenze più facilmente. Alla base vi sarebbe un ecosistema di governo digitale composto da attori di varia natura (pubblici e privati) che supportano la produzione di dati, servizi e contenuti attraverso le interazioni con l'amministrazione. Ciò significa che i servizi tenderebbero ad essere incentrati sull'utente, puntando a promuovere la trasformazione digitale.

A fronte di ciò, la letteratura evidenzia quanto l'applicazione dei progressi tecnologici nella pubblica amministrazione implichi percorsi e dinamiche di cambiamento particolarmente frastagliati e farraginosi (Geske & Leyer 2022; Mergel, Edelmann & Haug 2019). Le pubbliche amministrazioni sono infatti chiamate a trovare un equilibrio ottimale fra la massimizzazione della digitalizzazione, la tutela degli interessi di tutti i cittadini (compresi coloro che non sono in grado di interagire telematicamente con l'autorità pubblica) e il soddisfacimento dei loro bisogni. Un equilibrio, questo, che pone al centro dell'attenzione nuovi problemi, incongruenze e difficoltà tecnico-operative legate al ruolo istituzionale.

Esemplificativo è il caso italiano, dove i nuovi strumenti digitali sono entrati nella proceduralizzazione dei processi decisionali (ad es. l'algoritmo) e nella semplificazione dei procedimenti amministrativi. Tuttavia, ancora oggi, si registra una certa difficoltà in termini di disponibilità, gestione, accesso, trasmissione, conservazione e fruibilità dell'informazione in modalità digitale (vedi "Report on the state of the Digital Decade" 2024). Tra le cause non va certamente sottovalutata la dimensione culturale dell'agire amministrativo, riconducibile al legalismo tipico della tradizione amministrativa napoleonica – dal cortocircuito tra nuovi compiti e vecchi assetti organizzativi, al sovraccarico di attività di back office generato dall'utilizzo di innovazioni tecnologiche sovrapposte alle vecchie procedure (senza sostituirlle), solo per ricordare alcuni esempi – né la presenza di ostacoli strutturali che contribuiscono a mantenere in auge pratiche amministrative e politiche lontane dai principali obiettivi di trasparenza e di coinvolgimento diretto dei cittadini.

Sarebbe però riduttivo, e poco utile, non considerare altri aspetti riconducibili a difficoltà, per così dire, "applicative". Ovvero, a problematicità che risiedono nella compatibilità delle nuove tecnologie con i principi del diritto amministrativo, o per lo meno con quelli di tipo "tradizionali": ad es., la tutela della *privacy* che esplicita il diritto dell'individuo alla protezione di propri dati personali; il segreto d'ufficio, quale strumento di protezione di interessi pubblici (tutela dell'ordine pubblico, della sicurezza, ecc.) e privati (riservatezza di individui ed imprese); situazioni di emergenza che, nel richiedere risposte rapide, consentono di attivare regole derogatorie alla trasparenza; o, più in generale, la divulgazione di dati personali attraverso il web o il loro utilizzo nei processi decisionali automatizzati, possibili solo se espressamente autorizzati dalla legge.

Del resto, la funzione amministrativa – nel seguire le regole del diritto, quali strumenti principali di gestione dei conflitti, di garanzia dell'ordine collettivo e di limitazione degli ambiti di esercizio del potere politico – è frastagliata da parametri di legittimità di cui tener conto nell'esercizio del potere. Così da circoscrivere il perimetro della decisione amministrativa anche dinnanzi all'utilizzo di procedure di digitalizzazione e automazione.

Certamente, questo non significa che le decisioni amministrative sono prive di discrezionalità, quanto piuttosto che esse sono permeate ad un principio di legalità correlato all'esigenza di assoggettare l'amministrazione ai valori, ai principi e ai diritti costituzionali. La legittimità dell'azione amministrativa deriva infatti da un ordinamento giuridico al quale l'amministrazione digitale deve rapportarsi.

3. In continuità alla burocrazia weberiana

In virtù delle sue prerogative di trasparenza e partecipazione, l'amministrazione digitale richiama la relazione tra democrazia e amministrazione. Questa relazione è al centro di un'ampia letteratura – da John Stuart Mill a Max Weber, passando per Michels, Merton, Selznick, Gouldner e Blau – protesa ad evidenziare meccanismi e traiettorie di potere dell'azione amministrativa.

In essa emerge, com'è ben noto, la tensione tra leadership politica e funzionari, legata alla capacità della burocrazia di condizionare – in virtù di una conoscenza ed un controllo quasi esclusivo delle procedure amministrative – l'attuazione delle decisioni politiche, nonché di orientare queste decisioni in conformità ai propri obiettivi. Seguendo il pensiero weberiano, la burocrazia tende a difendere la sua autonomia da interferenze esterne e trova modo di sottrarsi al controllo della politica, divenendo essa stessa un'istituzione di potere dotata di suoi interessi e sue logiche di conservazione. La funzione amministrativa si separa dunque dalla direzione politica, ritagliandosi spazi più o meno ampi di discrezionalità svincolati di fatto da controlli esterni.

Dinnanzi a ciò, Weber riflette su due ordini di problemi – il controllo parlamentare della burocrazia e la selezione dei capi politici; e il rapporto fra Parlamento e democrazia, ovvero come dovrebbe configurarsi l'istituzione parlamentare per poter rappresentare, contenere e ordinare il processo di democratizzazione della società – che muovono dalla considerazione di un ruolo politico della burocrazia, per molti versi ambiguo. Da una parte, la burocrazia – sposando una forma di razionalità rispetto allo scopo – sviluppa una posizione di potere che si manifesta nella condotta quotidiana dell'amministrazione; dall'altra, essa può essere posta al servizio di qualunque fine assegnato dai capi politici, senza che abbia controllo sulla “razionalità materiale” di questi fini. Essendo per definizione eteronoma, la burocrazia si trova “facilmente disposta a lavorare per chiunque abbia saputo impadronirsi del potere nei suoi confronti” (Weber, 1922, p. 301). Accanto dunque ad una necessaria convergenza fra democratizzazione e burocratizzazione, Weber sottolinea delle ambiguità nel ruolo della burocrazia che mettono in primo piano l'esigenza di “salvare qualche residuo di una libertà di movimento in qualche senso “individualistica” (*ibidem*, p.715).

In questo quadro weberiano, l'amministrazione digitale si presta a costituire un tema centrale. Sul piano del suo funzionamento, sembra infatti riprodurre la formalizzazione delle procedure burocratiche e con essa quei tratti tipici di impersonalità e asetticità che, da una parte, garantiscono precisione, rapidità, univocità, pubblicità degli atti, continuità dell'azione; dall'altra, conducono ad una razionalità "legale-digitale" che si pone nella direzione di un cambiamento delle interazioni tra amministrazione e cittadino. In particolare, quest'ultimo aspetto tende ad essere letto nei termini della

"vecchia questione della relazione tra forma e sostanza, ove la prima assume le vesti di una potente tecnologia in grado di trasformare le decisioni politiche in decisioni tecniche" (Civitarese Matteucci, Torchia 2016, p.12).

A tal proposito, una parte della letteratura evidenzia quanto la digitalizzazione e l'automazione della pubblica amministrazione tendono ad erodere la posizione giuridica dei cittadini nei confronti dell'amministrazione (Busuioc 2021; Gesk and Leyer 2022). All'interno di data set e sistemi di intelligenza artificiale, i cittadini sono considerati meri numeri, selezionati, monitorati e valutati in base alla loro appartenenza ad un determinato gruppo ("donne", "immigrati", "basso reddito", ecc.), rischiando di essere soggetti a stigmatizzazioni difficilmente eliminabili nelle successive procedure: lo scandalo olandese degli assegni di assistenza all'infanzia mostra chiaramente quanto questo rischio sia reale (Bouwmeester 2023). Il cittadino cioè in quanto essere umano, con le sue specificità ed esigenze individuali, tende sempre più ad essere trascurato, divenendo meno tutelato sui suoi diritti fondamentali. Col che, come scrive Ranchordas (2024, p. 3),

"I cittadini perdono la loro visibilità come individui autonomi in grado di prendere decisioni diverse da quanto suggeriscono i dati storici sul "loro gruppo".

In questo scenario, il problema di fondo riguarderebbe il potenziale conflitto delle tecnologie digitali con i valori costituzionali (tra cui la privacy, la protezione dei dati e la dignità umana), delineando delle opacità sulla democrazia e con essa sulla democratizzazione dell'agire amministrativo. Ovvero, sulla declinazione del rapporto tra libertà individuali e autorità (intesa come espressione di poteri pubblici e privati). L'attenzione tende così ad essere incentrata sulla compatibilità dell'innovazione digitale con i principi dell'azione amministrativa, e dunque con la formazione delle decisioni amministrative che passano attraverso il procedimento amministrativo.

A destare interesse è, in particolare, la compatibilità o meno dell'uso dell'ICT con la discrezionalità amministrativa.

4. Discrezionalità amministrativa e decisione automatizzata

Come è ben noto, la discrezionalità rappresenta un meccanismo burocratico-amministrativo che – lontano dalla connessione di matrice weberiana tra razionalizzazione e burocratizzazione – richiama l'esistenza dei "circoli viziosi" di cui parlava Crozier (1963). Essa, da una parte, delinea strategie individuali che i funzionari mettono in atto all'interno del quadro delle regole formali degli apparati burocratici. Dall'altra, rimanda a quell'ambivalenza di base della burocrazia che mette al centro le esperienze, le circostanze, gli atti discorsivi, i contesti quotidiani in cui le regole vengono percepite e trasmesse dai funzionari. Connessi a valori, credenze e pregiudizi, questi aspetti orientano i funzionari verso comportamenti di tipo adattivo, sia nei processi di innovazione sia nelle pratiche quotidiane.

Senza qui volerci addentrare nella letteratura classica della burocrazia – in cui viene delineata la dialettica fra rigidità delle strutture burocratiche e flessibilità dei comportamenti amministrativi – ci sembra opportuno ricordare che i comportamenti adattivi sono strettamente connessi, se non a volte sovrapponibili, all'attività discrezionale. Ovvero, a quella delicata attività di ponderazione del valore dell'interesse pubblico, nei confronti di altri specifici interessi, che identifica la sostanza più valoriale dell'attività amministrativa. Ciò che va delineandosi non è soltanto l'apertura di spazi più o meno ampi di decisionalità politica, ma anche la possibilità di valutare elasticamente l'azione pubblica rispetto agli scopi che si prefigge.

Certamente, siamo dinnanzi ad un tema complesso e da sempre al centro dell'attenzione degli studiosi, in quanto costituisce uno degli elementi dell'azione con i quali la sociologia è obbligata a misurarsi: razionalità, valori, fini, mezzi, senso dell'azione. In particolare, nell'ambito della pubblica amministrazione, è alla dimensione normativa dell'azione – in cui azioni, comportamenti e condotte possono essere disgiunti – che bisognerebbe guardare per cogliere quel nesso tra discrezionalità e perseguimento del bene comune che sta alla base del funzionamento dell'amministrazione (Pennisi 2002).

In questa direzione, la discrezionalità – pur essendo influenzata dalle trasformazioni economiche, sociali e tecnologiche apportate all'ordinamento – è funzionale all'azione. Essa infatti è portatrice di riflessività e dunque di possibile cambiamento di pratiche e azioni, nonché dello stesso sistema legale: consente di gestire il mancato adattamento tra retorica giuridica e realtà (McBamett 1981). La sua applicazione a circostanze particolari, mette in gioco la possibilità di riconoscere e rispondere alle vulnerabilità sociali, economiche, culturali ecc. (Pratt & Sossin 2009).

Ebbene, l'impiego delle nuove tecnologie e in particolare degli algoritmi sembrerebbe affievolire – almeno a primo acchito – la discrezionalità amministrativa. Ciò riguarderebbe soprattutto, ma non esclusivamente, lo

street-level bureaucracy chiamata a prendere decisioni che richiedono la personalizzazione di interventi nell'ambito di regole standardizzate (Busch & Henriksen 2018).

Va infatti sottolineato che nelle procedure o nei procedimenti telematici mancano strategie adattative di cui un funzionario può avvalersi quando deve aggirare problemi non previsti, o non prevedibili. La valutazione da parte dei funzionari di interventi, anche semplici, legata all'esercizio delle loro funzioni lascerebbe il posto ad una forma di *accountability* che si traduce nelle modalità di funzionamento della tecnologia utilizzata (*ibidem*). Di fatto, la decisione sarebbe assunta da un software in cui andrebbero inseriti i dati del singolo procedimento: a realizzarsi è un'operazione automatizzata in cui il funzionario si trova in una posizione asimmetrica rispetto al *software* sul cui funzionamento non ha pieno controllo (Civitarese Matteucci 2019).

Tuttavia, va anche ricordato che questa decisione proviene da criteri di calcolo che riducono, o magari eliminano, le alternative a disposizione del funzionario, apportando così una riduzione della complessità del problema sul quale intervenire: gli elementi qualitativi (in termini di valori giuridici o interessi economico-sociali) vengono convertiti in fattori quantitativi suscettibili di calcolo, comparazione e graduazione (Cassatella 2021). La valenza della decisione automatizzata in termini di semplificazione e riduzione dei tempi è dunque indiscutibile.

Del resto, la creazione di valore e il funzionamento dell'intelligenza artificiale nella pubblica amministrazione sono evidenti in diversi ambiti: dall'analisi predittiva alla simulazione e visualizzazione dei dati, dando così priorità a quelle aree di intervento che richiedono l'ispezione da parte delle amministrazioni (Wirtz et al. 2019). Ricordiamo infatti che la maggior parte delle pubbliche amministrazioni europee si affida a sistemi di supporto esperto che forniscono dati, classifiche, indici e altri tipi di analisi preliminari (Auby 2020; Gesk and Leyer 2022).

In particolare, con riferimento al procedimento amministrativo, l'algoritmo mostra la sua valenza soprattutto nelle attività vincolate in cui supporta l'attività del funzionario nella selezione dei dati funzionali all'applicazione della norma. In questo caso, il sistema computazionale – applicando i parametri numerici necessari ad individuare una determinata situazione di fatto – riduce la decisione a un insieme di regole e criteri, selezionando alternative predeterminate. La scelta operata dal funzionario non scompare, ma si sposta in una fase anteriore. Ovvero, nella fase della selezione dello strumento tecnico che consente l'elaborazione informatica o anche nella fase successiva che è quella della lettura del dato tecnico. Col che, sembra lontana l'esistenza di una relazione causale tra automazione della decisione e deresponsabilizzazione del funzionario (Otranto 2021).

Il valore della decisione automatizzata diviene invece sfuggente nel caso in cui le applicazioni tecnologiche che appartengono all'intelligenza artificiale

vengono utilizzate per assistere il funzionario nell'esercizio della sua discrezionalità. In questi casi, infatti, gli strumenti di intelligenza artificiale non solo possono passare in rassegna una serie di decisioni e il peso connesso a ciascun elemento, stabilendo in base a ciò una generalizzazione; bensì possono anche entrare nel merito della definizione dei parametri giuridici, così da poter comparare e graduare fra loro interessi, anche in competizione fra loro (D'Angelosante 2016). Grazie all'intelligenza artificiale, ad esempio, potrebbero essere stabiliti gli effetti economici di provvedimenti autoritativi, comparandoli con quelli derivanti dall'applicazione di strumenti consensuali. O, anche potrebbero essere misurati gli impatti di una certa scelta sui valori primari (ad esempio, tutela della salute, dell'ambiente), in modo da attribuire ad ogni alternativa un valore indicizzabile e raffrontabile con altri.

In tutti questi casi, all'efficacia dello strumento nella decisione della scelta fa da contraltare una nuova dimensione politica della discrezionalità. Vero è, infatti, che le nuove tecnologie sono in grado di rafforzare la capacità orientativa delle scelte discrezionali (Cassatella 2021). Tuttavia, è altrettanto vero che l'elaborazione e, ancora più a monte, la progettazione dei software di cui si avvale lo strumento informatico non ha carattere neutrale (Airoldi 2020; Burrell & Fourcade 2021): essa necessita di una serie di attività (ad es. ricognizione del sistema normativo e dei fatti che possono assumere rilievo per la formazione della decisione) per le quali è difficile scindere il momento propriamente tecnico da quello politico-amministrativo, in cui peraltro entrano in gioco decisioni provenienti tendenzialmente da più soggetti, maturate magari in momenti diversi. Per meglio dire, i modelli e i criteri in base ai quali i dati sono raccolti, selezionati e sistematizzati, la loro interpretazione e la formulazione di giudizi che ne deriva non sono che l'esito di determinate scelte operate da programmatori e proprietari di software. Forte è dunque l'impressione di una possibile riduzione dello spazio di decisionalità nelle mani dell'autorità pubblica (Burrell & Fourcade 2021).

Diverse riflessioni sottolineano l'influenza di tutto questo sul panorama politico, sollevando il rischio di decisioni che – essendo legate a proceduralizzazioni poco trasparenti e svincolate dal confronto con gli attori coinvolti nel procedimento, fra cui anche i destinatari della decisione – possono svincolarsi da adeguati contrappesi sul versante della tutela delle libertà individuali e dell'interesse pubblico (Bucher 2018; Zajko 2022).

5. Algoritmo e razionalizzazione del diritto

Nell'ambito della discrezionalità, la “disintermediazione” portata in essere dalle tecnologie digitali gioca un ruolo centrale. Nel momento in cui, infatti, le norme di riferimento vengono integrate dagli algoritmi – predeterminando la decisione amministrativa – lo spazio di azione amministrativa si

riduce, affievolendo la garanzia della supervisione dei risultati da parte del funzionario. Nonostante, infatti, la giurisprudenza riconosca la necessità di assicurare il controllo umano del procedimento – in modo che il funzionario possa intervenire per compiere interlocuzioni con il privato e/o per verificare a monte l'esattezza dei dati da elaborare – il funzionario non è in grado di giustificare, motivare e spiegare adeguatamente l'output dell'algoritmo, sia in riferimento al suo contenuto, sia riguardo il procedimento che ha condotto alla sua realizzazione (de Boer and Raaphorst 2021).

Ciò che si viene a determinare è l'indebolimento dell'expertise professionale a favore di una razionalità computazionale che non è capace, né potrebbe esserlo, di orientare culturalmente i dati attraverso un meccanismo riflessivo che invece caratterizza la prospettiva giuridica. Nell'ambito della sua funzionalità, questa razionalità conduce ad offuscare quella separazione tra *know how* e apparato amministrativo decisionale che garantisce il perseguimento dei principi di imparzialità e di buon andamento dell'azione amministrativa (Catanzariti 2020).

In Italia, questa problematicità tende ad essere risolta sia dall'Amministrazione che – utilizzando la potestà organizzatoria o comunque il potere attribuitogli dalla norma primaria – sceglie di ricorrere agli algoritmi per eseguire attività vincolate; sia dal Consiglio di Stato (sentenza n. 8472/2019) che qualifica il ricorso all'algoritmo in termini di "modulo organizzativo", attribuendogli valore meramente procedimentale ed istruttorio, ribadendo tuttavia che il procedimento amministrativo "resta il *modus operandi* della scelta autoritativa da svolgersi sulla scorta della legislazione attributiva del potere e delle finalità dalla stessa attribuite all'organo pubblico, titolare del potere". In questa direzione, l'automazione decisionale riguarda soltanto quelle situazioni che non necessitano di particolare attività istruttorio, in quanto l'individuazione dei requisiti previsti dalla legge rende incontrovertibile la decisione amministrativa: il dispositivo del provvedimento amministrativo risulta l'esito dell'applicazione sillogistica ai fatti delle istruzioni impartite dal programmatore. Siamo dunque dinanzi ad un meccanismo d'azione di tipo condizionale – secondo la formula kelseniana "Se X Allora Y", dove X è la premessa fattuale e Y la conseguenza deontica" – tipico delle procedure decisionali di natura giuridica che risulterebbe perfettamente compatibile col sistema giuridico (Usai 1993).

Nel diritto, però, questo meccanismo è connaturato da una frattura spazio-temporale che coincide "con la cognizione dei fatti costitutivi della premessa e del loro significato in relazione a preesistenti modelli" (Ferrari 2020, p.14). Ovvero, con una cognizione che non è possibile trovare nell'algoritmo. In quest'ultimo caso, infatti, la conseguenza segue automaticamente alla premessa, senza che nel processo entri in gioco un'interpretazione dei dati, una loro ponderazione, una qualche discrezionalità, poiché tutto questo è ricondotto al progetto del programmatore. A ciò, va anche aggiunto

che il diritto è essenzialmente un sistema di segni (Ferrari 2020). E, dunque, in quanto tale, si pone su un piano ben diverso da quello in cui opera l'algoritmo. Quest'ultimo è costituito da un sistema di segnali il cui significato è avulso da interpretazione, poiché gli elementi che lo compongono, ovvero gli input che entrano nella sua struttura, sono per definizione univoci (Rouvroy 2018).

Non sorprende dunque che alcuni algoritmi siano stati denunciati come discriminatori, mostrando malfunzionamenti ben documentati (Benjamin 2019; Rashida, Schultz and Crawford 2019; Buolamwini and Gebru 2018). In particolare, in diversi casi, si è visto che gli algoritmi riproducono e automatizzano pregiudizi sistemici attraverso modalità che, in virtù della loro opacità e/o elevata complessità, si sono dimostrati difficili da diagnosticare (Alon-Barkat, Busuioc 2023).

Seguendo questa letteratura, riemerge quanto la razionalizzazione del diritto – che in prima istanza potrebbe sembrare sovrapponibile alla razionalizzazione insita nell'algoritmo – implichi una razionalità auto-normativa che va oltre l'assunto della calcolabilità: a delinearsi è un processo attraverso cui viene elaborato un pensiero capace di porsi autonomi criteri di decisione. Siamo dinnanzi ad una razionalizzazione che non riguarda soltanto il contenuto delle norme che disciplinano il procedimento, bensì anche l'atteggiamento che guida il ragionamento giuridico. Sicché, la compatibilità con l'algoritmo sulla base della calcolabilità, della "tecnica-razionale", cade poiché viene a mancare l'interpretazione.

Ciò è evidente soprattutto quando l'algoritmo viene utilizzato in merito a situazioni che rendono necessario l'intervento del potere discrezionale della Pubblica Amministrazione. Ovvero, in quelle situazioni in cui, diversamente da quanto accade per le attività vincolate, l'attività decisionale concede qualche spazio di scelta, attribuendo al funzionario una capacità di valutazione. In questo caso, l'utilizzo dell'algoritmo – pur prevedendo una soluzione predefinita per tutti i casi possibili, anche quelli che non sono comuni – non risponde all'esigenza della motivazione, potendo così causare pregiudizio per le aspettative di tutela dei privati. L'amministrazione finirebbe insomma per precludere la potenzialità autoriflessiva del diritto, attraverso cui è possibile far fronte a situazioni specifiche con schemi interpretativi che si adattano al mutamento sociale.

Queste criticità diventano ancor più rilevanti se consideriamo che i procedimenti amministrativi condizionati dall'utilizzo degli algoritmi sono carenti della partecipazione degli interessati alla decisionalità amministrativa. Nonostante, infatti, l'utilizzo dell'algoritmo è assoggettato – in virtù del GDPR (General Data Protection Regulation) – alle norme in materia di accesso agli atti e ai documenti amministrativi, nonché al diritto di conoscibilità riguardo il meccanismo informatico impiegato; l'intervento collaborativo dell'interessato continua a non essere garantito nella fase istruttoria,

mentre l'attività interlocutoria non è prevista neanche nella fase antecedente all'avvio del procedimento.

Senza addentrarci su questa tematica, che richiamerebbe l'assenza di legittimazione democratica della scelta e che richiederebbe uno spazio di analisi a sé, ci sembra che vada delineandosi un modello di amministrazione poco se non del tutto privo di permeabilità rispetto al contesto sociale, con le possibili derive che ne possono derivare in termini di impatto sociale.

6. Conclusioni

Nel ripercorrere le principali problematiche dell'amministrazione digitale, emerge l'attenzione in merito all'avvento di un nuovo modello di amministrazione che si prefigura poco responsabile e funzionale nei confronti della pluralità e complessità della società e dei suoi mutamenti. Senza qui voler richiamare la burocrazia come tecnologia di controllo di Beniger (1986), sembrerebbe diffondersi una tipologia di amministrazione le cui connotazioni sono legate all'utilizzo di una razionalità computazionale priva di quel meccanismo riflessivo che, attraverso il diritto, struttura il significato e le condizioni di azione dei sistemi sociali.

Seguendo alcune considerazioni suggerite dagli sviluppi più recenti del dibattito sull'impatto delle nuove tecnologie sulla pubblica amministrazione, si è osservato che il modello di amministrazione digitale che tende ad essere utilizzato richiede di articolare un diverso assetto dei rapporti fra politica, amministrazione e cittadini, sostenendo i principi della trasparenza e della sussidiarietà connessi ad adeguate regole sulla partecipazione e collaborazione.

Coerentemente alla burocrazia weberiana, siamo dinnanzi ad una amministrazione portatrice di ambivalenze: da una parte, l'efficienza della formalizzazione delle procedure, dall'altra, la posizione di potere che va generando. Tuttavia, diversamente dal modello weberiano, la dimensione del potere sembra straripare in una discrezionalità che, nell'affievolire l'expertise professionale, offusca la separazione tra *know how* e apparato amministrativo decisionale limitando il perseguimento dei principi di imparzialità e di buon andamento dell'azione amministrativa. Profonde sarebbero dunque le implicazioni sulla legittimità burocratica (Busuioç 2021) e sui valori pubblici in senso più ampio (Schiff, Schiff e Pierson 2021).

Questa preoccupazione ha orientato alcuni recenti documenti europei (ad es., le Norme di diritto civile sulla Robotica e il Libro bianco sull'intelligenza artificiale), nonché l'adozione del Regolamento (UE) 2024/1689 che – oltre a richiamare la strumentalità della tecnologia nella valutazione umana – formalizza alcuni principi e garanzie a tutela dei soggetti coinvolti nel procedimento.

È ancora presto per capire l'impatto di questi nuovi interventi. Tuttavia, rimane l'esigenza di una pubblica amministrazione in grado di orientare la programmazione informatica e la definizione dell'algoritmo, tenendo conto della necessità di "garantire" il decisore nell'esercizio del suo potere. Ciò impone una più approfondita riflessione sui contesti in cui l'intelligenza artificiale è applicabile, e che non può non essere guidata dalla cultura giuridica.

Riferimenti bibliografici

- Airoldi, M., (2020), Lo spettro dell'algoritmo e le scienze sociali. Prospettive critiche su macchine intelligenti e automazione delle disuguaglianze, *Polis*, 35,1, pp.111-128.
- Alon-Barkat, S., & Busuioc, M., (2023), Human–AI interactions in public sector decision making: "automation bias" and "selective adherence" to algorithmic advice. *Journal of Public Administration Research and Theory*, 33(1), pp. 153-169.
- Auby, J., B., (2020), Administrative law facing digital challenges. *European review of digital administration & law*, 1(1-2), pp. 7-16.
- Bannister, F., & Connolly, R. (2014), ICT, public values and transformative government: A framework and programme for research. *Government information quarterly*, 31(1), pp. 119-128.
- Beniger, J., (1986), *Control Revolution: Technological and Economic Origins of the Information Society*, London: Harvard University Press.
- Benjamin, R., (2019). *Race After Technology: Abolitionist Tools for the New Jim Code*. Cambridge, Polity Press.
- Bouwmeester, M., (2023), System Failure in the Digital Welfare State: Exploring parliamentary and judicial control in the Dutch childcare benefits scandal, *Recht der Werkelijkheid*, 44(2), 13-37.
- Bucher, T., (2018), *If... then: Algorithmic power and politics*. Oxford University Press.
- Burrell, J., & Fourcade, M., (2021), The society of algorithms, *Annual Review of Sociology*, 47, pp. 213-237.
- Busch, P.A., & Henriksen, H.Z., (2018), Digital discretion: A systematic literature review of ICT and street-level discretion, *Information Polity*, 23, 1, pp. 3-28.
- Buolamwini, J., & Gebru, T., (2018), Gender shades: Intersectional accuracy disparities in commercial gender classification. In *Conference on fairness, accountability and transparency*, PMLR, pp. 77-91.
- Busuioc, M., (2021), Accountable artificial intelligence: Holding algorithms to account. *Public administration review*, 81(5), pp. 825-836.

- Catanzariti, M., (2020), La razionalità algoritmica dei processi decisionali, in Gozzo, S., Pennisi, C., Asero, V., Sampugnaro, R., a cura di, *Big Data E Processi Decisionali Strumenti Per L'analisi Delle Decisoni Giuridiche, Politiche Economiche e Sociali*, Milano, EGEA, pp. 149-165.
- Carloni, E., (2020), I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo, *Diritto amministrativo*, 1, pp. 273-304.
- Cassatella, A., (2021), La discrezionalità amministrativa nell'età digitale, in AA. VV., *Diritto amministrativo: scritti per Franco Gaetano Scoca*, Napoli, Editoriale Scientifica, 1, pp. 675 ss.
- Civitaresse Matteucci, S., Torchia, L., (2016), La tecnificazione dell'amministrazione, in Civitaresse Matteucci, S., Torchia, L., a cura di, *La Tecnificazione*, 4, Firenze, University Press, pp. 7-54.
- Civitaresse Matteucci, S., (2019), Umano troppo umano. Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità, *Diritto pubblico*, 25, 1, pp. 5-42.
- Crozier, M., (1963), *Le Phénomène Bureaucratique*, Paris, Seuil.
- D'Angelosante, M., (2016), La consistenza del modello dell'amministrazione 'invisibile' nell'età della tecnificazione: dalla formazione delle decisioni alla responsabilità per le decisioni, in Civitaresse Matteucci, S., Torchia, L., a cura di, *La tecnificazione*, Firenze, University Press.
- De Boer, N., & Raaphorst, N., (2023), Automation and discretion: explaining the effect of automation on how street-level bureaucrats enforce, *Public Management Review*, 25(1), pp. 42-62.
- European Commission, (2024), *Report on the state of the Digital Decade*, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/report-state-digital-decade-2024>
- Ferrari, V., (2020), Note socio-giuridiche introduttive per una discussione su diritto, intelligenza artificiale e big data, *Sociologia del diritto*, 3, pp. 9-32.
- Gesk, T.S., & Leyer, M., (2022), Artificial intelligence in public services: When and why citizens accept its usage, *Government Information Quarterly*, 39(3), 101704.
- McBamett, D., (1981), *Conviction: Law, the State and the Construction of Justice*, London, Macmillan.
- Mergel, I., Edelman, N., & Haug, N., (2019), Defining digital transformation: Results from expert interviews, *Government Information Quarterly*, 36(4), 101385.
- OECD, (2020), *The OECD Digital Government Policy Framework: Six dimensions of a Digital Government*. OECD Public Governance Policy Papers, OECD Publishing, October 7, No. 02. <https://doi.org/10.1787/f64fed2a-en>

- Otranto, P., (2021), Riflessioni in tema di decisione amministrativa, intelligenza artificiale e legalità, *Federalismi.it*, 7, pp. 187-204.
- Pennisi, C., (2002), Il luogo dell'azione in un mondo di regole, *Sociologia del diritto*, 3, pp.45-60.
- Pratt, A., & Sossin, L., (2009), A brief introduction of the puzzle of discretion, *Canadian Journal of Law and Society/La Revue Canadienne Droit et Société*, 24(3), pp. 301-312.
- Ranchordás, S., (2024), The Invisible Citizen in the Digital State: Administrative Law Meets Digital Constitutionalism, in *European Yearbook of Constitutional Law 2023: Constitutional Law in the Digital Era*, The Hague, TMC Asser Press, pp.15-40.
- Richardson, R., Schultz, J. M., & Crawford, K., (2019), Dirty data, bad predictions: How civil rights violations impact police data, predictive policing systems, and justice, *New York University Law Review Online*, 94, 15.
- Rouvroy, A., (2018), Homo juridicus est-il soluble dans les données?, in Degrave, É., De Terwangne, C., Dusollier, S., & Queck, R., *Law, Norms and Freedom in Cyberspace – Droit, normes et libertés dans le cybermonde*, Liber Amicorum Yves Pouillet, Bruxelles, Larcier.
- Schiff, D. S., Schiff, K. J., & Pierson, P., (2022), Assessing public value failure in government adoption of artificial intelligence, *Public Administration*, 100(3), pp. 653-673.
- Crawford, K., & Schultz, J., (2019), AI systems as state actors, *Columbia Law Review*, 119(7), pp. 1941-1972.
- Usai, A., (1993), Le prospettive di automazione delle decisioni amministrative in un sistema di teleamministrazione, *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, pp. 164 ss.
- Weber, M., (1922), *Economia e società*, trad. it., Milano, Edizioni di Comunità, 1981.
- Wirtz, B.W., Weyerer, J.C., & Geyer, C., (2019), Artificial intelligence and the public sector—applications and challenges, *International Journal of Public Administration*, 42(7), pp. 596-615.
- Zalnieriute, M., Moses, L.B., & Williams, G., (2019), The Rule of Law and Automation of Government Decision-Making, *The Modern Law Review*, 82(3), pp. 425-455.
- Zajko, M., (2022), Artificial intelligence, algorithms, and social inequality: Sociological contributions to contemporary debates, *Sociology Compass*, 16, 3, pp. 1-16.
- Zuiderveen Borgesius, F., (2018), Discrimination, artificial intelligence, and algorithmic decision-making, *Council of Europe, Directorate General of Democracy*, 42.

